

# Krieg im Frieden?\*

## Grund und Grenzen der Unterscheidbarkeit von Strafrecht und Krieg

Von Prof. Dr. Cornelius Prittwitz, Frankfurt a.M.

### I. Strafrecht und Krieg: Althergebrachtes und Aktuelles

#### 1. Althergebrachte, aber wenig diskutierte Bezüge

Krieg und Strafrecht haben viel gemein. Das ist nichts Neues – und es ist leicht einsehbar. Beide fügen Übel zu, die sich, wie es scheint (oder: lange schien?) auf dem erreichten Zivilisationsniveau kaum rechtfertigen lassen,<sup>1</sup> und beide stehen in der Nachbarschaft – wenn nicht in der Tradition – von Rache und Vergeltung. Trotzdem werden Krieg und Strafrecht jeweils nur von pazifistischen und abolitionistischen Minderheiten als in einem Ausmaß irrational oder inhuman angesehen, dass sie völlig abgelehnt werden. Die ganz überwiegende Mehrheit der Menschen glaubt unerschütterlich daran, dass Strafe und Krieg sein müssen; Übel seien sie zwar, aber notwendige Übel<sup>2</sup> und der Gerechtigkeit geschuldet oder im Hinblick auf erhoffte präventive Wirkungen legitim. Nicht wenige sehen in Krieg und Strafrecht sogar weit mehr als „bittere Notwendigkeit“<sup>3</sup> und „ultima ratio“<sup>4</sup>: Was die Menschheitsgeschichte so lange begleitet hat, das

---

\* Die ZIS hat durch ihre Aktualität, Internationalität und unbeschränkte Verfügbarkeit für Interessierte die kriminalwissenschaftliche Diskussion bereichert. Ihr, und das heißt, den Herausgebern und Redakteuren, namentlich dem Schriftleiter *Thomas Rotsch* und seinen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, ist dafür zu danken und zum Jubiläum zu gratulieren. Mein Beitrag zum Jubiläum baut auf früheren Gedanken zum Thema, die ich in der Festschrift für *Klaus Lüderssen* (Prittwitz, in: Prittwitz/Baurmann/Günther/Kuhlen/Merkel/Nestler/Schulz (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, 2002, S. 499) veröffentlicht und auf dem VI. Deutsch-Griechischen Strafrechtssymposium 2002 in Thessaloniki vorgetragen habe. Einzelne Passagen sind dieser früheren Version entnommen.

<sup>1</sup> Vgl. zum Krieg z.B. *Friedrich Schiller*: „Es ist der Krieg ein roh, gewaltsam Handwerk!“ (Die Piccolomini, 1. Aufzug, 2. Auftritt, 1798), und zur Strafe *Friedrich Nietzsche*: „Die ‚Strafe‘ ist [...] der Mimus des normalen Verhaltens gegen den gehassten, wehrlos gemachten, niedergeworfenen Feind, der nicht nur jedes Rechtes und Schutzes sondern auch jeder Gnade verlustig gegangen ist; also das Kriebsrecht und Siegesfest des *Vae victis!* in aller Schonungslosigkeit und Grausamkeit [...]“ (Zur Genealogie der Moral, 1887, 9. Kap.).

<sup>2</sup> Vgl. zum Krieg *Lew N. Tolstoi*: „Der Krieg ist [...] das Scheußlichste, was es im Leben gibt. [...] Ernst und streng müssen wir diese furchtbare Notwendigkeit hinnehmen.“ (Krieg und Frieden, 1865) und zur Strafe *Peter Noll*: „Die Strafe ist zwar ein notwendiges Übel, aber sie ist nicht notwendig ein Übel.“ (Die ethische Begründung der Strafe, 1962, S. 17.).

<sup>3</sup> So aber der AE eines StGB, Allgemeiner Teil, 1966, S. 29.

<sup>4</sup> Vgl. zu dieser Charakterisierung des Strafrechts *Prittwitz*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, S. 387.

darf – wie im Fall des Krieges – immer wieder einmal mit *Heraklit* als „Vater aller Dinge“<sup>5</sup> oder – wie im Fall der Strafe – mit *Hegel* als „Ehrung des Verbrechers als Vernünftiges“<sup>6</sup> gepriesen werden.

Das Verhältnis zwischen Strafrecht und Krieg wird jedoch selten thematisiert, obwohl Kriegsmetaphern den Strafrechtsdiskurs ebenso durchziehen wie Strafmetaphern den Kriegsdiskurs. Strafrecht gilt als Gegenstand der Innen-, Krieg als Gegenstand von Außen- und Sicherheitspolitik. Dieser Unterscheidung folgend betreiben Innenpolitiker<sup>7</sup> das eine, Außen- und Verteidigungspolitiker das andere. Und den handelnden Akteuren folgen – alles andere als selbstverständlich – die Wissenschaften und Wissenschaftler, die, ohne voneinander auch nur Kenntnis zu nehmen, sich ihrem jeweiligen Gegenstand mit nahezu parallelen Fragen etwa nach der Empirie und Legitimation von Vergeltung und Abschreckung nähern.

#### 2. Aktuelle Bezüge

Diesen Zustand gegenseitiger Nichtbeachtung und Nichteinmischung können wir uns spätestens seit dem 11. September 2001 und den Monaten danach nicht mehr leisten. Viele Reaktionen auf die jüngsten Anschläge in Paris (2015, 2016) und Brüssel (2016), lassen erkennen, dass nicht viel gelernt wurde, dass der damals oft gehörte Satz, nichts werde mehr so sein, wie es einmal war,<sup>8</sup> recht schnell verblasste und der Hoffnung, alles werde wieder so, wie es war, wich. Denn seit „nine/eleven“, wie der unnachahmliche US-amerikanische Sprachgebrauch die Tragödie ebenso verewigt wie handhabbar und also entschärft hat, weiß keiner so recht, ob damals auf ein Verbrechen mit Krieg reagiert wurde, ob das vermeintliche Verbrechen selber Kriegshandlung war und ob es am Ende galt, auf ein Verbrechen kriegesischen Ausmaßes mit Strafverfolgung und Strafe zu reagieren. Hat man gar, wenn und soweit die Antwort trotzdem Krieg war, selbst mit Verbrechen auf Verbrechen geantwortet? Und vor allem:

---

<sup>5</sup> 53. Fragment des *Heraklit*, überliefert von *Hippolytos*.

<sup>6</sup> „Daß die Strafe darin als *sein* eigenes *Recht* enthaltend angesehen wird, darin wird der Verbrecher als Vernünftiges *geehrt*.“ (*Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Edition Felix Meiner Hamburg, 1995, § 100 Rn. 98 S. 96; *Hervorhebungen* im Original).

<sup>7</sup> Wobei hier ein weiter und untechnischer Begriff von Innenpolitik verwandt wird, dem Kriminalpolitik als (und soweit sie) als nach innen gerichteter Politikbereich zugeordnet werden kann. Dass – und: wie sehr – die Dinge im Fluss sind, zeigt sich z.B. an den (erfolgreichen) Bemühungen um das Statut von Rom und ein deutsches Völkerstrafrecht, die von Auswärtigem Amt und Justizministerium gemeinsam geleistet wurden.

<sup>8</sup> Vgl. dazu meinen Beitrag „Krieg als Strafe, Strafrecht als Krieg?“, *Prittwitz* (Fn. 1), S. 500-503.

Kommt es hier und heute auf solche Unterscheidungen überhaupt noch an?

### 3. Ausschluss der herrschaftskritischen Perspektive

Um möglichst schnell auf diese – mich jedenfalls interessierenden – Fragen zu kommen, sei ein Thema kurz vor die Klammer gezogen, das Strafrecht und Krieg ebenfalls verbindet, beiden immanent scheint und Gegenstand höchst kontroverser politischer Bewertung ist. Ich meine den Herrschaftsbezug von Strafrecht und Krieg, die mögliche Interpretation beider als Instrument der Machtdurchsetzung nach innen und außen. Kriminologisch aufgeklärte und strafrechtsgeschichtlich bewanderte Kriminalwissenschaftler wissen, dass Strafrecht herrschaftskritisch interpretiert und verstanden werden kann.<sup>9</sup> Und um in vergangenen wie gegenwärtigen kriegerischen Auseinandersetzungen neben Schutz und Selbstverteidigung mindestens auch Sicherung und Ausweitung des Einflussbereichs zu erkennen, bedarf es nur eines Blickes in Geschichtsbücher und Tageszeitungen.<sup>10</sup> Dieser Herrschaftsbezug, vorab benannt, soll im Folgenden jedoch außer Betracht bleiben. Dies aber nicht etwa deswegen, weil ich die herrschaftskritische Perspektive für irrelevant ansehe. Eine darauf reduzierte Rekonstruktion von Strafrecht und Krieg erscheint mir zwar unangemessen und unaufgeklärt; ebenso unangemessen und unaufgeklärt übrigens wie umgekehrt die strikte Weigerung, solche Elemente in Strafrecht und Krieg aufzuzeigen. Entscheidend im Zusammenhang dieser Überlegungen ist etwas anderes: Die herrschaftskritische Perspektive ist im Hinblick auf Grund und Grenzen der Unterscheidung zwischen Strafrecht und Krieg wenig ertragreich, weil sie Strafrecht und Krieg als nur verschiedene Gesichter der Herrschaftsdurchsetzung nivelliert.

## II. Terrorismus, Krieg gegen den Terrorismus: Erste Einordnungen

Den Bezug zwischen Strafrecht und Krieg *nicht* herzustellen, fällt – ich habe es erwähnt – schon seit dem 11. September 2001 schwer. Seit den symbolträchtigen Anschlägen auf die twin towers des World Trade Center und das Pentagon, und seit der wenige Wochen darauf erfolgenden Antwort der USA und ihrer Verbündeten purzeln Begriffe und Konzepte

der beiden bisher sorgfältig getrennten Welten ziemlich wild durcheinander. Es liegt nahe, den Terrorismus als das Phänomen zu identifizieren, das die Dinge in Unordnung gebracht hat: Einerseits eigentlich (d.h. vor allem nach den eigenen Kategorien) Verbrechen, auf das man aber, wie es scheint, mit den Mitteln des Kriminalrechts nicht angemessen reagieren kann, andererseits (nach Ansicht vieler) nur mit Mitteln des Krieges angemessen zu beantworten, obwohl die terroristischen Anschläge allenfalls nach dem Selbstverständnis der Aktivisten, nicht aber nach den eigenen Maßstäben einen kriegerischen Angriff darstellen. Versuchen wir, ein bisschen Ordnung herzustellen.

### 1. Krieg gegen Afghanistan (und gegen den IS)?!

Vergleichsweise einfach verhält es sich mit den Reaktionen auf die New Yorker Attentate, die mehrere tausend Menschenleben forderten. Die Bombenangriffe auf Ziele in Afghanistan, mit denen die USA, unterstützt von einer ziemlich einmaligen Allianz gegen den Terror seit dem 7. Oktober 2001 auf die Anschläge reagierten, und die ebenfalls mehreren tausend Zivilisten das Leben kosteten, waren ein „internationaler bewaffneter Konflikt“, wie das moderne Völkerrecht den Krieg nennt<sup>11</sup> – ein Euphemismus,<sup>12</sup> der nur noch übertroffen wird vom Auswechseln des Kriegsrechts gegen das weit wohlklingendere „humanitäre Völkerrecht“. Es war ein „Krieg“ im klassischen, im „eigentlichen“ Sinn. Dass mit diesem Krieg aber auch, vielleicht sogar vor allem, bestraft werden sollte, konnte niemandem entgehen. Darauf wird zurückzukommen sein.

Schwieriger schon ist die Einordnung des Kampfes gegen die sich „Islamischer Staat“ (IS) nennende Gruppierung, und dass nicht in erster Linie, weil es bisweilen schwierig erscheint einzuordnen, wer eigentlich wo gegen wen mit wessen (offener oder klandestiner) Unterstützung kämpft. Kompliziert erscheint die zutreffende Klassifizierung der Auseinandersetzungen vor allem, weil der IS entgegen seiner antizipierenden Namensgebung eben kein Staat im völkerrechtlichen Sinn ist, je nach Frontverlauf einmal hier, einmal dort „herrscht“. Die hier auftauchenden schwierigen völkerrechtlichen Fragen, können hier aber – zumal der Kriminalwissenschaftler insoweit besser auf Antworten Kompetenter warten, als sich selbst an solchen versuchen sollte – dahingestellt bleiben, weil die Aktionen gegen den IS offensichtlich nicht einmal im weitest denkbaren Sinn als polizeilich eingeordnet werden können.

<sup>9</sup> Diese Erkenntnis hat ihren Weg inzwischen bis in die Lehrbücher des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches gefunden. Vgl. Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 1 S. 3; die freilich die so begründeten Angriffe auf die Existenzberechtigung des Strafrechts zurückweisen, wenn, wie das in einer „freiheitlich und rechtsstaatlich verfaßten Gesellschaft“ der Fall sei, „nur die Strafe den Schutz des Rechtsfriedens in Freiheit ermöglicht[e]“.

<sup>10</sup> Das gilt ungeachtet des Briand-Kellog-Paktes von 1928, durch den jeder Krieg zur Durchsetzung von Zielen nationaler Politik verboten wurde. Mir scheint allerdings, dass Sicherheitspolitik und vor allem Politikwissenschaft sich durch im Pakt vereinbarte gute Absicht weniger an nüchterner Analyse hindern lassen als dies in Kriminalpolitik und Kriminalwissenschaften der Fall ist.

<sup>11</sup> Im Anschluss an den auch als „Kriegsächtungspakt“ bezeichneten Briand-Kellog-Pakt von 1928 vor allem seit den vier Genfer Abkommen von 1949 und den zwei 1977 verabschiedeten Zusatzprotokollen.

<sup>12</sup> Vgl. aber die in genau diesem Punkt kritische Sicht des „Kriegsächtungspaktes“ im Völkerrechtslehrbuch von Ignatz Seidl-Hohenvörderstein (Völkerrecht, 10. Aufl. 2000, Rn. 1829).

## 2. Krieg und Verbrechen gegen die USA, Frankreich, Belgien?

Interessanter ist die Frage, als was die Anschläge des 11. September 2001 in New York, die vom November 2015 und Februar 2016 in Paris und vom März 2016 in Brüssel einzuordnen sind. Die Probleme beginnen weit vor der eigentlich notwendigen – wenn auch von Fall zu Fall ungemein schwierigen – Abgrenzung zwischen Freiheitskämpfern und Terroristen.<sup>13</sup> Notiert und analysiert man die ersten Einschätzungen erscheint auch auf sie die Antwort einfach. Die Attentate waren nach allgemeiner und Politikeransicht und auch von den Medien hundertfach verstärkt „Verbrechen und Krieg“: „Angriff auf Amerika“ und „Terroranschläge“<sup>14</sup>, „Krieg gegen die USA“ und „monströser Massenmord“<sup>15</sup>, eben ein „Weltkrieg des Terrors“<sup>16</sup>. Besonders aufschlussreich war die oszillierende Ausdrucksweise von US-Präsident George W. Bush, der wenige Minuten nach dem Anschlag zunächst den Begriff der „nationalen Katastrophe“ verwendete,<sup>17</sup> dann aber, nur wenige Stunden später, das kriegsartige Bild benutzte, die „attackierte“ Freiheit werde „verteidigt“ werden. Noch in derselben Verlautbarung versprach er allerdings in der Sprache des Kriminalrechts, die für die Anschläge Verantwortlichen zu „fassen und zu bestrafen.“<sup>18</sup> Am Tag darauf, in seiner ersten live übertragenen Fernsehansprache, bei der die Administration sicherlich sorgsam auf die verwendete Sprache achtete, bezeichnete Bush die Anschläge wieder als „Massenmord“, nur um andererseits erneut zu versprechen, Amerika werde den „Krieg gegen den Terrorismus“ gewinnen.<sup>19</sup> Nach den jüngsten Anschlägen in Europa wurde zwar die Kriegsmetapher ebenfalls – und vor allem unmittelbar im Anschluss an die Vorfälle – bemüht; die sichtbaren Reaktionen blieben aber aus.

## 3. Konkretisierung des Gegenstandes meines Interesses

Kann man sich damit nicht zufrieden geben, muss man wirklich wissen wollen, was denn nun Krieg, was Verbrechen und

was Strafrecht ist, ob diese Kategorien noch unterscheidbar sind, und vor allem, ob sie und warum sie unterscheidbar sein sollen? Ich meine, man muss sich darauf einlassen, auch wenn diese Fragen Risiken bergen. Für alle diejenigen nämlich, für die Krieg und Strafe in Atavismus, mindestens aber in Anachronismusverdacht stehen,<sup>20</sup> könnte sich die Notwendigkeit möglicherweise unbequemer neuer Stellungnahmen zu Krieg oder Strafrecht ergeben. Muss man vielleicht in Anbetracht der vielfachen gegenwärtig wahrgenommenen Bedrohungen von objektiver und subjektiver Sicherheit alle pazifistischen und abolitionistischen Gedankenspiele erschrocken beiseitelegen? Sind sie nur im Luxus beträchtlicher und schnell selbstverständlich gewordener (äußerer und innerer) Sicherheitsgewinne in unseren Breitengraden aufgekeimt? Muss also die einfache Antwort nicht vielleicht doch lauten „Strafe – auch durch Krieg: Das muss sein!“ Oder kann und muss man nach wie vor der verführerischen Verheißung entgegentreten, mit der Sicherheit als Ergebnis strafender Kriege und kriegsartigen Strafrechts versprochen wird?

Besonders schwierig und für kritische Kriminalwissenschaftler, die sich angewöhnt haben, jedes Weniger an Strafrecht ausnahmslos für einen Fortschritt zu halten,<sup>21</sup> besonders herausfordernd gerät dabei die Diskussion, ob ein supranationales Strafrecht, dessen Konturen immerhin am Horizont zu sehen sind, im Vergleich zu kriegsartigen Auseinandersetzungen als zivilisatorischer Fortschritt zu begrüßen sein könnte.

Eines scheint mir festzustehen: Das weltweite Entsetzen über die Attentate des 11. September und die greifbare Erschütterung der subjektiven Sicherheit – also der Sicherheitsgefühle – der US-amerikanischen Bevölkerung und ihrer

<sup>13</sup> Vgl. zur Wiederaufnahme dieser notwendigen Diskussion nach dem 11. September die Beiträge von Hess, in: Prittwitz/Baurmann/Günther/Kuhlen/Merkel/Nestler/Schulz (Fn. 1), S. 489, und Scheerer, in: Prittwitz/Baurmann/Günther/Kuhlen/Merkel/Nestler/Schulz (Fn. 1), S. 515.

<sup>14</sup> *Nonnenmacher*, FAZ v. 12.9.2001, S. 1 (<http://www.faz.net/aktuell/politik/9-11/11-september-2001-angriff-auf-amerika-1359511.html>).

<sup>15</sup> So die Wochenzeitung „Die Zeit“ v. 13.9.2001, S. 1.

<sup>16</sup> So die inzwischen eingestellte Wochenzeitung „Die Woche“ v. 14.9.2001, S. 1.

<sup>17</sup> Erklärung von U.S. Präsident Bush in Sarasota, Florida, zitiert nach:

[www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010911.html](http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010911.html).

<sup>18</sup> Die wörtlichen Zitate sind entnommen der FAZ v. 12.9.2001, wobei einige Nachrichtenagenturen nicht das „Fassen“, sondern das „Zur Strecke bringen“ der Verantwortlichen meldeten.

<sup>19</sup> Wörtliche Zitate nach der Berichterstattung der FAZ v. 13.9.2001, *Hervorhebungen durch Verf.*

<sup>20</sup> Wer bei diesen Positionen sogleich an die eingangs schon zitierten ebenso romantisch wie weltfremd wirkenden Pazifisten und Abolitionisten denkt – verständlich angesichts der unübersehbaren Bereitschaft vieler Staaten weltweit, namentlich aber auch der USA, Krieg und Strafe (einschließlich der Todesstrafe und vollkommen unverhältnismäßiger lebenslanger Freiheitsstrafe) als eines von vielen (keineswegs nur als ultima ratio) Instrumenten der Innen- und Außenpolitik einzusetzen, sei an das kriegsverbietende Gewaltanwendungsverbot von Art. 2 Ziffer 4 der Charta der Vereinten Nationen und an die fast weltweite Ächtung der Todesstrafe erinnert. Zur weitergehenden, (noch) nicht allgemein geteilten Skepsis auch gegenüber der Freiheitsstrafe, vgl. den Sammelband von Klaus Lüderssen, *Abschaffen des Strafsens?*, 1995.

<sup>21</sup> Bei genauer Analyse der strafrechtskritischen Positionen stellt sich heraus, dass eine solche radikale Position die Ausnahme ist und dass dem Ruf nach Entkriminalisierung (im Bereich der Mikrokriminalität) immer auch Forderungen nach Neu- oder Umkriminalisierungen (im Bereich der – weit definierten – Makrokriminalität) beigemischt waren. Vgl. dazu: Naucke, GA 1984, 199; Lüderssen (Fn. 20), S. 186. Zu einem weiten Begriff von Makrokriminalität vgl. Prittwitz, in: Bemann/Spinellis (Hrsg.), *Strafrecht – Freiheit – Rechtsstaat*, Festschrift für Georgios Alexandros Mangakis, 1999, S. 673.

Politiker verbietet den immunisierenden Rückzug auf zu einfache und im schlechten Sinn ideologische Erklärungen. Wer immer schon gewusst haben will, dass sich die USA innenpolitisch auf den Weg in den Polizeistaat und außenpolitisch – auf der Suche nach Märkten und Energiequellen – auf den Weg zum globalen Imperium gemacht haben, mag in diesem oder jenem oder auch in vielen Details Recht haben, wird sich aber damit einen analytischen Zugang zu den Problemen verstellen.

Mindestens genauso strikt abzulehnen ist freilich die Gegenansicht, in der mit religiöser Gewissheit eine Einteilung der Welt in „Gut“ und „Böse“ vorgenommen wird. Sie macht anscheinend jede rationale Analyse von Interessengegensätzen überflüssig, erspart es offensichtlich, den geschichtlich gewachsenen und kulturell ausgeformten Gründen für Spannungen und Konflikten nachzugehen, und gipfelt darin, dass nationales wie internationales Recht bei der Bekämpfung des „Bösen“ kaum noch eine Rolle spielen. Die Erfahrung, dass dies zu Beginn des 21. Jahrhunderts noch (oder wieder?) möglich ist, dürfte die nachhaltigste Erschütterung der zivilisierten Welt außerhalb der USA darstellen.

### III. Strafrecht und Krieg: eine notwendige Differenzierung?

Wer sich von den erregten und emotionalisierten Debatten, die terroristische Anschläge auslösen, nicht überwältigen lässt und weiter nach Argumenten und Differenzierungen sucht, wird zunächst fragen müssen, ob die hier vorausgesetzte Unterscheidung von Krieg und Strafrecht – jedenfalls aber die nahegelegte Dichotomie – wirklich vonnöten ist. Lektüre und Diskussionen lehren, dass viele Teilnehmer am öffentlichen Diskurs von einer Dichotomie gerade nicht ausgehen und sogar die Differenzierung für überflüssig halten. Angesichts der US-amerikanischen Tradition und Rhetorik von Kriegserklärungen und Kriegen gegen das Verbrechen als Teil des Bösen, überrascht dieser Befund nicht. Darüber hinaus sollte man auch anerkennen, dass die Nivellierung von Verbrechen und Krieg einerseits, von Strafverfolgung und Krieg andererseits im ersten Schock über die Ereignisse verständlich, vielleicht sogar rechtfertigbar sind. Gerade auch in verantwortlicher Position wird man versucht sein, sicherzustellen und zu vermitteln, dass auf allen Ebenen alles getan wird, was irgendeinen Nutzen verspricht. Aber nach diesem ersten Schock, das gebietet das Erbe der Aufklärung, müssen Staat und Gesellschaft die Ereignisse, auf die reagiert werden muss, einordnen: Krieg oder Verbrechen sind vorgefallen, Krieg oder Strafverfolgung ist die Antwort!

Es lohnt sich, einen Moment bei den Gründen für dieses Gebot der Differenzierung zu verweilen. Ein zentrales Element zivilisatorischen Fortschritts liegt in der Stigmatisierung der Anwendung von Freiheitsberaubung und Gewalt als generell illegitim. Genau deswegen ist Strafvollzug tatbestandlich Freiheitsberaubung, die Tötung von Menschen im Krieg tatbestandlich Totschlag und oft<sup>22</sup> schon deswegen Mord,

weil sie gemeingefährlichen Mitteln begangen werden. Dieser zivilisatorische Fortschritt verdankt sich – jedenfalls nach ganz überwiegender und auch von mir geteilter Ansicht – nur scheinbar paradox dem staatlichen Gewaltmonopol, also der Anerkennung, dass der Staat unter bestimmten Voraussetzungen die Freiheitsrechte von Menschen (im Beispiel Strafvollzug) und sogar ihre Rechte auf körperliche Integrität und Leben (im Beispiel Krieg) verletzen darf, die Tatbestände des StGB also verwirklicht, aber nicht rechtswidrig verwirklicht werden. Im Bürgerfreiheitsrechte sichernden nationalen Rechtsstaat setzt die Rechtfertigung staatlicher Gewaltanwendung strikt voraus, dass die jeweils spezifischen Voraussetzungen für bestimmte Rechtsgutsverletzungen vorliegen. Zur Rechtfertigung strafverfolgender oder strafender Eingriffe in die Rechtsgüter von Menschen bedarf es des Vorliegens der gerade dafür formulierten Voraussetzungen und dasselbe gilt in einer Welt, in der von einer global rule of law immerhin geträumt wird, mutatis mutandis für die Rechtfertigung kriegsbedingter Rechtsgutsverletzungen.

Daraus folgt natürlich noch nicht, dass ein Sachverhalt (wie die Attentate des 11. September) nicht die Voraussetzungen beider Möglichkeiten legitimer – staatlicher oder soweit vorhanden: supranationaler – Gewaltausübung erfüllen kann; insoweit wäre es verfehlt, schon aus den skizzierten verfassungsrechtlichen Grundlagen eine Dichotomie zwischen Krieg und Verbrechen abzuleiten; aber sie gebieten Differenzierung.

Keineswegs nämlich genügt der Staat, der sich der Herrschaft des Rechts unterwirft, den rechtsstaatlichen Anforderungen, wenn er in formungebundener Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips zwischen Krieg und Strafverfolgung changierend, aber „mit Gewalt“ auf solche Ereignisse reagiert – und nichts anderes kann grundsätzlich für die Staatengemeinschaft, die sich rechtsstaatlichen Grundsätzen verpflichtet fühlt, gelten.

Vergleichsweise schnell lässt sich daher auch ein Einordnungsversuch, der in der öffentlichen Debatte eine gewisse verschämte Rolle gespielt hat, als offensichtlich nicht tragfähig zurückweisen. Keinesfalls darf man aus der Einschätzung, dass die Reaktionsmöglichkeiten des Kriminaljustizsystems auf ein Geschehen wenig erfolgversprechend erscheinen, folgern, das entsprechende Geschehen sei kein Verbrechen, sondern ein kriegesischer Angriff gewesen. Genau dasselbe gilt für die andere Seite derselben Medaille: Die – zutreffende oder irrige – Einschätzung, Bomben auf Afghanistan seien Erfolg versprechenden Reaktionen auf die Anschläge, stellen offensichtlich kein taugliches Argument dafür dar, dass die Anschläge ein „kriegesischer Angriff“ gewesen seien.

Vielmehr liegt es in der Idee des Rechtsstaats – des Staates also, der sich, gleichgültig, wie mächtig er nach innen oder außen ist, dem Recht unterwirft – dass die Zulässigkeit einer staatlichen Reaktion (Strafverfolgung, Strafe, Krieg) von der Einordnung des Anlasses, auf den man reagiert, abhängt.

---

<sup>22</sup> Jedenfalls wenn man die Unterscheidung der deutschen Strafrechtsdogmatik zwischen Totschlag und Mord anwendet.

#### IV. „Nine/Eleven“, Paris, Brüssel: Krieg oder Verbrechen?

Nach diesen Klarstellungen, die Manchem überflüssig vorkommen mögen und die auch nach meiner Meinung „an sich“ trivial sind, die aber im Rationalitätserstickenden Notstandsdiskurs notwendig erscheinen, wird auch die Beantwortung der Einordnungsfrage, ob am 11. September 2001 und bei den terroristischen Anschlägen der jüngsten Zeit Verbrechen begangen wurden, unerwartet einfach: Natürlich sind Verbrechen verübt worden. Der Massenmord an Menschen, an den Passagieren der entführten Flugzeuge und an den Menschen, die sich in den angegriffenen Gebäuden aufgehalten haben, erfüllt ebenso wie die Flugzeugentführungen und die angeordneten Zerstörungen Straftatbestände jedes beliebigen Strafgesetzbuches (beziehungsweise jeder anderen Strafrechtsquelle) dieser Erde. Auch an der Rechtswidrigkeit des Tuns kann kein Zweifel bestehen; dasselbe gilt bei aller Ideologisierung oder politischer Verblendung der Attentäter für die Schuld. Innerhalb des kriminalwissenschaftlichen Kontextes gibt es an der Einordnung der Anschläge als Verbrechen keinen Zweifel, wohl aber eine Reihe zu beantwortender Fragen wie z.B. die materiell-strafrechtliche, aber auch kriminalistische nach der spezifischen Verantwortlichkeit von Tatusführenden und planenden Hintermännern, oder wie die kriminologische nach dem Kontext, in dem solche politisch motivierte Kriminalität entsteht.

Sehr viel schwieriger erscheint – wohl nicht nur dem insoweit notwendig dilettierenden Kriminalwissenschaftler – die Beantwortung der Frage, ob die Anschläge des 11. September nicht nur ein Verbrechen in Amerika, sondern auch ein Angriff auf Amerika waren, eine Frage, die sich bei den Anschlägen in Paris und Brüssel so nicht stellt, weil es sich – nach dem derzeitigen Stand des Wissens – um Angriffe von innen handelte. Viele der schnell geäußerten affirmativen (und ersichtlich kriegslegitimierenden) Behauptungen, die USA seien angegriffen worden, halten einer Analyse, die nach Gründen für die Einordnung fragt, nicht stand.

Kernpunkt dürfte die vermeintlich einfache Frage sein, ob ein Angriff auf die USA „von außen“ erfolgt ist. Wie dieser Begriff des „Angriffs von außen“ auszulegen ist, ob er eine Lenkung des Angriffs von einem anderen Staat fordert, ob dafür die Unterstützung durch einen anderen Staat oder gar die Duldung durch einen anderen Staat ausreicht, das erscheint völkerrechtlich durchaus fraglich. Die sich daran anschließenden konkreten Nachfragen, ob das Afghanistan beherrschende Regime der Taliban den Attentätern, die weder afghanische Staatsangehörige waren noch den Angriff von afghanischem Territorium aus gestartet oder vorbereitet haben, erscheint kaum weniger problematisch.

Als weiterer – vielleicht mehr Erfolg versprechender – Weg, die Frage zu beantworten, ob das Verbrechen in den USA auch ein Angriff auf die USA war, bietet sich die Analyse der UN-Sicherheitsratsresolutionen 1368 und 1373 an, mit denen dieses Gremium auf die Anschläge reagiert hat. Völlig eindeutig ist insoweit die Verurteilung der Anschläge als „horrific terrorist attacks“, keineswegs von selbst versteht sich dagegen die Qualifizierung dieser Anschläge „like any act of international terrorism as a threat to international

peace and security.“ Entgegen in der Öffentlichkeit verbreiteter Ansicht liegt darin aber keine eindeutige Autorisierung der USA, ihrerseits kriegerische Gewalt anzuwenden.

Vielmehr ist die Zweideutigkeit der UN-Sicherheitsratsresolution kaum zu übersehen. Das kollektive Selbstverteidigungsrecht wird in der Resolution 1368, deren alleiniger Inhalt die Verurteilung der Anschläge vom 11.9. ist, zwar explizit erwähnt; die dem Sicherheitsrat ebenfalls mögliche ausdrückliche Autorisierung von Sanktionsmaßnahmen auch mit Waffengewalt unterbleibt jedoch. Die Erwähnung des Selbstverteidigungsrechts ergibt – nach allgemeinen Auslegungsregeln – wenig Sinn, wenn damit nicht angedeutet werden soll, dass auch gegen solche Terrorakte die Selbstverteidigung legitim sein kann. Andererseits kann man schlecht übersehen, dass nach Art. 51 der Charta eben nur der (vom Sicherheitsrat nicht ausdrücklich festgestellte) „bewaffnete Angriff“ das Recht zur Selbstverteidigung anerkennt, während die (vom Sicherheitsrat ausdrücklich festgestellte) Bedrohung des Weltfriedens zwar zu bewaffneten Sanktionen führen kann, diese aber an die ausdrückliche Autorisierung dieser Maßnahmen durch den Sicherheitsrat bindet. Für das Verständnis dieser Unklarheiten, nicht aber für ihre Auflösung, hilft es zu wissen, dass sich solche Unklarheiten keineswegs Redaktionsversehen verdanken, sondern unterschiedlichen Auffassungen, die so – und wie mir scheint, zu einem hohen Preis – „unter einen Hut gebracht“ werden. Man wird also dieser Resolution vor allem entnehmen können, dass der Sicherheitsrat sich selber – durch die Erwähnung der potentiellen Bedrohtheit des Weltfriedens durch Terrorismus – in diesen Angelegenheiten für zuständig erklärt, und dass er andererseits anerkennt, dass jedenfalls grundsätzlich auch gegen terroristische Anschläge Maßnahmen der kollektiven Selbstverteidigung geboten sein können.

Gleichwohl: Berücksichtigt man, dass allgemein davon ausgegangen wurde, die USA würden militärisch antworten, dann wird man eine Resolution, welche das allgemein Erwartete nicht eindeutig für illegitim erklärt, wohl so zu verstehen haben, dass tatsächlich die vorausgesehenen militärischen Maßnahmen der USA und ihrer Verbündeten als legitime Selbstverteidigung gegen Terrorakte angesehen, bzw. in Kauf genommen werden. Nähert man sich der Antwort auf die rechtliche bedeutsame Frage, ob nine/eleven nicht nur ein Verbrechen, sondern auch ein Angriff auf die USA war, eher prozedural und pragmatisch als materiell und theoretisch, dann spricht – trotz der oben angedeuteten gewichtigen Zweifel – viel dafür, einen solchen Angriff auf die USA anzunehmen, also auch die grundsätzliche Rechtmäßigkeit der kriegesrischen Antwort zu bejahen.

Eine Generalvollmacht stellt das nicht dar. Die freimütige Vergeltungs-, Bestrafungs- und (vereinzelt, aber undementiert) Vernichtungsrhetorik der Bush-Administration ist nicht zu übersehen gewesen. Das Völkerrecht, das an bewaffnete Verteidigungsmaßnahmen nicht nur den Maßstab des Verhältnismäßigkeitsprinzips anlegt, sondern auch fordert, sie müssten sich „streng gegen die terroristische Bedrohung selbst richten und [dürften] nicht den Charakter einer Straf- oder Vergeltungsmaßnahme annehmen“ wird damit in seiner ganzen Unverbindlichkeit vorgeführt. Aus genau diesem

Grund gibt es eine zahlenmäßig kleine, aber sehr bestimmt geäußerte Kritik an den militärischen Aktionen der USA und ihrer Verbündeten. Namentlich *Baltazar Garzón* hat die Auffassung vertreten, die Attentate seien „furchtbare Verbrechen, aber letztlich Straftaten und kein Kriegsakt“ gewesen; auf sie sei daher mit „Strafverfolgung, mit Gerichtsverhandlung und öffentlichem Urteil“, nicht aber mit Krieg zu reagieren.<sup>23</sup> Diese These, der inhaltlich zuzustimmen ist, beschädigt jedoch meines Erachtens zu sehr die fragile Autorität des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen. Vorzugswürdig erscheint es demgegenüber, auch wenn der idealistische Charakter des Arguments nicht verkannt wird, das US-amerikanische Vorgehen eben mit den dafür vorgesehenen Prozeduren an den völkerrechtlichen Maßstäben zu messen und gegebenenfalls festgestellte Verstöße dagegen anzuprangern.

### V. Resümee

Resümieren wir: In den USA hat ein kaum fassbares und viele Menschen weltweit verunsicherndes Verbrechen stattgefunden. In den Jahren darauf hat es eine Reihe weiterer terroristischer Anschläge gegeben, zuletzt in Paris und Brüssel. Wenige Wochen nach 9/11 erfolgte die Antwort u.a. in Form eines wochenlangen Bombardements Afghanistans. Dadurch wurde das Regime der den Terroristen Unterschlupf gewährenden Taliban beseitigt, weiterhin wurde eine unbekannte Anzahl von Kämpfern (Soldaten?) dieses Regimes und Angehörigen der Terrorgruppe, die für die Anschläge des 11. September verantwortlich gemacht werden, getötet oder gefangen genommen wurden. Krieg gewonnen, Ende gut – alles gut? Ist auf diese Weise eine Rechnung beglichen worden, welche der Strafjustiz zwar präsentiert wurde,<sup>24</sup> von ihr aber nicht beglichen werden konnte?<sup>25</sup> Mag sein. Festzustehen scheint mir zunächst, dass erklärtermaßen wesentliche Ziele nicht erreicht wurden: Die verantwortlichen Drahtzieher der Attentate wurden durch die kriegerischen Aktivitäten weder gefasst noch bestraft, erst ein geheimdienstlicher Einsatz hat mit Usama bin Laden einen der mutmaßlichen Hintermänner des Terrors „eliminiert“. Nach Paris und Brüssel sind in relativ kurzer Zeit wichtige Tatverdächtige, die nicht durch Selbstmordattentate ums Leben kamen, von der französischen und belgischen Polizei gefasst worden.

Wichtig erscheint: In der Zeit nach dem 11. September sind zentrale Projekte der Menschheit (Sicherheit, Freiheit und Herrschaft des Rechts) in einer Offenheit und Deutlichkeit beschädigt worden, die von neuer Qualität ist. Die Welt hat sich nicht geändert – aber sie hat ein schon vorher bekanntes, wenn auch nicht gern gesehenes, Gesicht gezeigt: Einbußen an Sicherheit durch eine unheilvolle Verbindung von Terrorismus und Technologie. Einbußen an Freiheitlichkeit durch Staaten und Gesellschaften, die sich zu schnell verunsichern lassen und sich mehrheitlich im Zweifel pro

securitate und contra libertatem entscheiden. Und Einbußen an Rechtsstaatlichkeit und Glauben an das Entstehen einer global rule of law durch staatliche und gesellschaftliche Defizite an Differenzierung und Prozeduralisierung sowie durch einen wenig respektvollen Umgang mit dem Gesetz (oder [Völker-]Recht), wenn es der Durchsetzung eigener Interessen im Wege steht.

Im – nationalen und internationalen – Kriminalrecht sind vor langem schon in Gang gesetzte (und auch sichtbare) Verwerfungen nunmehr unübersehbar geworden: Sie rechtfertigen es, Strafrecht als „Krieg im Frieden“ zu bezeichnen. Verbrechensbekämpfung einerseits nimmt zunehmend Kriegsgestalt an, Kriege andererseits werden – in Zeiten, in denen das *ius ad bellum* normativ nicht mehr haltbar ist – als Strafaktionen legitimierbar. Dass damit schon vorhandene Tendenzen der „Militarisierung des Strafrechts und der Verstrafrechtlichung des Krieges“ (*Klaus Günther*) verstärkt werden, liegt auf der Hand. Aber was ist damit verbunden? Von der Verstrafrechtlichung des Krieges könnte man sich angesichts der Tradition subtiler strafrechtlicher Verantwortungszurechnung theoretisch eine Zivilisierung erhoffen;<sup>26</sup> der konkrete casus Taliban berechtigt nicht zu solchen Hoffnungen. Weit plausibler erscheint die skeptische Einschätzung, dass sich der Krieg vom Strafrecht nur die Legitimität holt, die ihm ein euphemistisches „humanitäres Völkerrecht“ weggenommen hat.

Noch düsterer erscheinen aber die Wolken, die über dem militarisierten Kriminalrecht aufgezogen sind. Vor nicht allzu langer Zeit wurde – so schlimm scheint es um das Kriminalrecht bestellt zu sein – vorgeschlagen, das an Bedeutung gewinnende Bekämpfungsstrafrecht – von *Jakobs* zunächst als Feindstrafrecht entlarvt,<sup>27</sup> dann als solches offen propagiert<sup>28</sup> – durch die Anwendung der Grundsätze des *bellum iustum* zu zivilisieren.<sup>29</sup> Zivilisierung des Kriegs durch ein Weltstrafrecht, Zivilisierung des Strafrechts durch Kriegsgrundsätze? Zu befürchten ist wohl eher, dass die gegenseitige Befruchtung zu beidseitiger Entfesselung führt.

### VI. Ausblick

Die vergangenen 200 Jahre – das darf man auch dann nicht vergessen, wenn der Glaube an das Böse unerwartet wiedererstarkt – haben eine Verrechtlichung und Zivilisierung der Konflikte sowohl der Bürger untereinander als auch zwischen Bürger und Staat mit sich gebracht. Das gilt ungeachtet der diese Entwicklung abrupt unterbrechenden grauenhaften Rückfälle in Unzivilisiertheit. Sie dementieren diese Entwicklung nicht, illustrieren aber, dass die Abgabe der Macht an das Recht ein schwieriger Prozess ist, dem sich Mächtige immer wieder entgegenstellen. Für die augenblickliche Situa-

<sup>23</sup> *Garzón*, „Die einzige Antwort auf den Terror“ ([http://www.zeit.de/2001/44/Die\\_einzige\\_Antwort\\_auf\\_den\\_Terror.html](http://www.zeit.de/2001/44/Die_einzige_Antwort_auf_den_Terror.html)).

<sup>24</sup> Vgl. *Karl Otto Hondrich*, FAZ v. 18.9.2001, S. 12.

<sup>25</sup> Vgl. *Karl Otto Hondrich*, FAZ v. 8.12.2001, S. 8.

<sup>26</sup> Vgl. Argumente in diese Richtung bei *Lüderssen*, Frankfurter Rundschau v. 23.1.2002, S. 19.

<sup>27</sup> *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751.

<sup>28</sup> *Jakobs*, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 47.

<sup>29</sup> *Schneider*, ZStW 113 (2002), 499.

tion bleibt nach 9/11 wie – erschreckenderweise wenig verändert – nach den Anschlägen 2015 f. ein doppeltes Fazit:

Zum einen: Die Vorgänge um den 11. September wie die Anschläge der jüngeren Vergangenheit haben (auch im Kriminalrecht) so viel Durcheinander an den Tag gebracht, dass wir uns unter den Bedingungen gesellschaftlicher Ungeduld vor die Wahl zwischen der Scylla eines tendenziell rechtsfeindlichen Krieges und der Charybdis einer vermeintlich zahnlosen Strafverfolgung gestellt sehen. Die Anschläge rufen dazu auf, mit neuer Dringlichkeit über die Übergabe des Gewaltmonopols vom Staat auf supranationale Instanzen zu diskutieren.<sup>30</sup> Der Internationale Strafgerichtshof ist ein erster Schritt dazu, die Ausweitung seiner Kompetenzen auf Terrorakte dieser Dimension wäre ein zweiter und die Etablierung einer Welt(kriminal)polizei ein dritter Schritt in diese Richtung. Dass Chancen und Risiken solch wahrhaft weltstrukturverändernder Schritte sorgfältigst gegeneinander abgewogen werden müssen und dass dabei weder für naive Begeisterung noch für reflexhafte Ablehnung Platz ist, versteht sich.

Zum anderen gilt aber: Dass sowohl die Gesellschaften der Welt als auch die Weltgesellschaft bei aller Entwicklungsgeschwindigkeit darauf achten müssen, nicht durch Ausschluss Feinde zu produzieren, mit denen sie Konflikte nicht mehr austragen können, sondern die sie als Feinde bekämpfen müssen, darin mag ein wesentlicher Gewinn des „Kriegs im Frieden“ und der damit auch im Kriminalrecht angerichteten Unordnung liegen.

---

<sup>30</sup> Vgl. Hess, *Kriminologisches Journal* 2002, 143, die Erwiderung darauf Walter/Neubacher, *Kriminologisches Journal* 2002, 205, und die weitere Replik von Hess, *Kriminologisches Journal* 2002, 207, sowie Tönnies, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 2001, 829.