

Das „Feindstrafrecht“ darf nicht sein!* **

Zur Unzulässigkeit des sogenannten „Feindstrafrechts“ und dem Gedanken der Sicherheit unter besonderer Berücksichtigung der wissenschaftlichen Diskussion und Tendenzen in Spanien

Von Prof. Dr. **Eduardo Demetrio Crespo**, Toledo/Köln

„Im Banne der Terrorgefahr hat sich ein rechtsfreier Raum gebildet, der erlaubt, was noch vor kurzem ausgeschlossen schien, daß nämlich ein doppelter Freibrief im Wechselverhältnis der Staaten ausgestellt wird: Jeder kann seine heimischen Feinde als Terroristen mit dem Segen der Staatengemeinschaft bekämpfen, und die Menschenrechtsverletzungen von Verbündeten werden mit Diskretion übergangen und dadurch ermöglicht“ (U. Beck, *Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden*, Frankfurt am Main, 2004, S. 213.).

Zusammenfassung: Der Verf. reflektiert über den Begriff „Feindstrafrecht“ als deskriptiv-präskriptive Theorie und konsequente Ausnahme der Stabilisierung der Norm, dem roten Faden des Spannungsverhältnisses zwischen Freiheit und Sicherheit im Rechtsstaat folgend. Die Frage nach der Legitimität eines solchen Strafrechtsverständnisses wird deutlich negativ beschieden; zum einen aufgrund des damit verbundenen Verstoßes gegen die Würde des Menschen, zum anderen aufgrund seines eigentlichen Wesens als „Täterstrafrecht“, und schließlich wegen der daraus resultierenden Verletzung des Grundprinzips der Rechtstheorie, wonach die Geltung nicht von der Wirksamkeit abgeleitet werden darf. Der Autor kommt zu dem Schluss, dass die Menschenrechte die unüberwindliche Grenze gegenüber jedem kriminalpolitischen, philosophisch-politischen, rechtsphilosophischen, soziologischen oder dogmatischen Angriff bilden sollten.

I. Ausgangspunkt

Der Problematik um den Begriff „Feindstrafrecht“ liegt eine alte Diskussion zugrunde: Das Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit. Bei diesem grundlegenden Gegensatz optiert das Modell des „Feindstrafrechts“ einseitig zugunsten der Sicherheit. Das Thema muss daher dem methodologischen und philosophisch-politischen Kontext entsprechend beurteilt werden.

1. Methodologisch: Das „Sein“ und das „Sollen“ des Strafrechts

Der Gegensatz zwischen Sicherheit und Freiheit gehört ohne Zweifel zu den klassischen Themen sowohl der Rechtsphilosophie als auch der politischen Philosophie. Allein dies erklärt bereits die enormen Auswirkungen dieses Themas auf das Strafrecht. Wir werden sehen, dass diese Bereiche „Freiheit – Sicherheit“, „Hermeneutik der Pflicht – Hermeneutik der Freiheit“, „Sein-Sollen des Rechts“ mit Denkmodellen der politischen Philosophie verbunden sind, die ihrerseits durch die Diskussion über die Strafzwecke in das Strafrecht einfließen. Die Strafzwecke stellen die Kernpunkte des Strafrechts dar; sie sind Ausgangs- und Endpunkt der meisten Überlegungen bezüglich der dogmatischen und/oder kriminalpolitischen Entwicklung. In der Diskussion kann mindestens ein Ausgangspunkt innerhalb der rechtlichen Methodo-

logie, und ein weiterer innerhalb der politischen Philosophie ausgemacht werden.

Bezüglich des ersten Ausgangspunktes wird in der aktuellen neokonstitutionellen Diskussion erneut die Frage nach dem *Spannungsverhältnis zwischen Sein und Sollen des Rechts* aufgeworfen; denn während ersteres vielfältig auftreten kann, ist letzteres gleichmäßig oder strebt solches jedenfalls an.¹ Vor diesem Hintergrund geht es gemäß *García Figueroa* um das Auffinden irgendeines Bindeglieds zwischen dem Sein und dem Sollen des Rechts: Der materielle Aspekt der Konstitutionalisierung der Rechtsordnung besteht in der Aufnahme mancher moralkritischer Anforderungen durch die Rechtsordnung in Form von Grundrechten (axiologische Last). Der *strukturell-funktionale Aspekt* der besagten

* Zu Beginn eines von der *Alexander von Humboldt-Stiftung* geförderten Forschungsaufenthaltes am *Institut für ausländisches und internationales Strafrecht der Universität zu Köln* fertig gestellter Aufsatz. Ich danke seinem Direktor, Herrn Prof. Dr. *Thomas Weigend*, für seine Gesprächsbereitschaft und kritische Würdigung.

Berücksichtigt sind einige Fragen, die in der Diskussion am 8. Mai 2005 in Frankfurt (Oder) anlässlich der Strafrechtslehrertagung „Transnationale Grundlagen des Strafrechts“, an der ich Gelegenheit hatte, teilzunehmen, aufgeworfen wurden. Ich danke Herrn Professor Dr. Dr. h.c. *Günther Jakobs* für die Gelegenheit, mit ihm über die Entwicklung seiner Gedanken in diesem Punkt zu sprechen.

Besonderer Dank gebührt Frau Wiss. Mit. *Federica Giralt* für ihre wertvolle Unterstützung bei der Erstellung des deutschen Manuskripts. Herrn stud. HK *Nikolaos Gazeas* und Frau stud. HK *Kiomi von Frankenberg* danke ich für die weiteren Korrekturvorschläge.

Nicht zuletzt bedanke ich mich beim Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Hans Joachim Hirsch* und Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. *Bernd Schünemann* für die Durchsicht des Manuskripts.

** Verwendete Abkürzungen spanischer und lateinamerikanischer Zeitschriften: ADPCP. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AP: Actualidad Penal; CRP: Claves de Razón Práctica; CPC: Cuadernos de Política Criminal; DPCRI: Derecho Penal contemporáneo. Revista Internacional; NDP: Nueva Doctrina Penal; RCSP: Revista catalana de seguridad pública; JpD: Revista Jueces para la Democracia; RDP: Revista de Derecho Penal; RDPC: Revista de Derecho Penal y Criminología; RECPC: Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología; RDPP: Revista de Derecho y Proceso penal; RGDP: Revista General de Derecho Penal; RP: Revista Penal; RMT: Revista Mientras Tanto.

¹ *García Figueroa*, in Carbonell (Hrsg.), *Neoconstitucionalismo* (s), 2003, S. 159 ff.; *ders.*, in Betegón/de Páramo/Laporta/Prieto Sanchís (Hrsg.), *Constitución y Derechos Fundamentales*, 2004, S. 235 ff.

Konstitutionalisierung ergibt sich aus der Struktur der verfassungsrechtlichen Normen und Art und Weise der Argumentation,² die aufgrund der Ausstrahlungswirkung verfassungsrechtlicher Prinzipien zwingend vorgegeben ist.³ Wie Díaz anmerkt, lässt sich „diese notwendige und selbständige Differenzierung, die sich jeder Verbindung und Vermischung beider Dimensionen (traditioneller Rechtsnaturalismus) widersetzt, auch nicht auf den Bruch und die Teilung zwischen beiden (extremer Positivismus) reduzieren“.⁴ Dementsprechend reflektiert sich diese Spannung zwischen Sein und Sollen des Rechts im Strafrecht, in der Abgrenzung zwischen Funktionen und Zielen desselben.⁵ Letztere legitimieren ein Eingreifen des Strafrechts, erstere können hiermit in Missklang treten und so zum Gegenteil beitragen. Dies ist eine in der Debatte über Sicherheit und Freiheit im Strafrecht wiederkehrende Problematik, da sich hinter den aktuellen kriminalpolitischen Sicherheitsmodellen symbolische Funktionen verstecken, die mit gewissen sozialen Notwendigkeiten⁶ in Verbindung stehen. Jene Funktionen entsprechen wiederum nicht dem grundsätzlichen Ziel des Tatstrafrechts – das manche aufgeben – nämlich dem Schutz von Rechtsgütern.⁷

² García Figueroa (Fn. 1), S. 165.

³ Siehe hierzu die wertvollen Äußerungen von Donnini für eine Implementierung des „Konstitutionalismus“ in die Strafrechtslehre: Donnini, in: Mir Puig/Corcoy Bidasolo/Gómez Martín (Hrsg.), *La política criminal en Europa*, 2004, S. 41 (56) [„... in vielen europäischen Kulturen findet sich die Entwicklung eines an der Verfassung orientierten Strafrechts sogar in den Anfängen ihrer Geschichte und muss daher voll und ganz nachvollzogen werden“], S. 55 „in einem weniger europäischen Kontext handelt es sich vor allem um eine auf verfassungsrechtliche Prinzipien und auf Garantien gegründete Dogmatik die eine fördernde Kraft besitzt, welche der „teleologisch“ orientierten (...) Dogmatik nicht beschieden ist“], S. 56 (Hervorhebungen im Original); ders., in Pérez Álvarez (Hrsg.), *Serta in memoriam Alexandra Barata*, Salamanca 2004, S. 1227 (1240).

⁴ Díaz, E., *Boletín informativo* 286, Fundación Juan March 1999, S. 4 f.

⁵ Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, S. 194; Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 1995; Pérez Manzano, *Culpabilidad y prevención*, 1986, S. 217 ff.; Demetrio Crespo, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, S. 56 ff.

⁶ Vgl. Díez Ripollés, *CRP* 1998/85, 48; ders., *AP* 2001/1, 1; ders., *Doxa* 2001/24, 485; ders., *La racionalidad de las leyes penales*, 2003; Pastor, *Recodificación penal y principio de reserva de código*, 2005, S. 15 ff.

⁷ Siehe u.a. Günther, in: Institut für Kriminalwissenschaften der Johann Wolfgang Goethe-Universität (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995, S. 445 ff.; Hirsch, in: Courakis (Hrsg.), *Die Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert. Festschrift für Dionysios Spinellis*, Band I, 2001, S. 425 ff.; Alcácer Guirao, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003; Portilla Contreras, in Octavio De Toledo/ Gurdíel/ Cortés (Hrsg.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, 2004, S. 895 ff.

Aus all dem lässt sich schließen, dass das Bindeglied zwischen Sein und Sollen im Strafrecht die Menschenrechte sein müssen. Jeder auf Sicherheitsbedürfnisse oder Notstand irgendeiner Art⁸ gestützte Versuch der Veränderung des Rechtsstaats, der diesen Punkt übergeht, ist aus Sicht des Verf. inakzeptabel.

2. Philosophisch-politisch: Liberalismus – Kommunitarismus

Im Bereich der politischen Philosophie finden sich bei Bewertung der Gegenpositionen Sicherheit – Freiheit verschiedene philosophisch-politische Traditionen: Der Liberalismus und der Kommunitarismus.⁹ Der Liberalismus ist keine einheitliche Doktrin; den klassischen Autoren wie *Hobbes*, *Mandeville*, *Locke*, *Adam Smith*, *Voltaire*, *Kant*, *Bentham* und *J.S. Mill* haben sich im 20. Jahrhundert verschiedene Versionen des Liberalismus, etwa jene von *Popper*, *Hayek*, *Nozick* und *Dworkin*¹⁰ angeschlossen. Besonders bedeutend für die politische Philosophie waren in der letzten Zeit zweifelsohne die Werke von *Rawls*¹¹ und *Habermas*¹². Entgegen dem freiheitlichen Schwerpunkt der Vernunft und der Individualgrundrechte¹³ wendet der Kommunitarismus ein, dass damit die Bedeutung der Gemeinschaft unterschätzt wird, deren Existenz zur Schaffung einer zusammenhaltenden und gerechten Gesellschaft unverzichtbar ist. Neben dem Werk *Tönnies' Gemeinschaft und Gesellschaft* (1887), haben sich namhafte Autoren wie *Marx*, *Nietzsche*, *Weber*, *Simmel*, *Adorno*, *Heidegger*, *Arendt* et al., und kürzlich *Alasdair MacIntyre* und *Charles Taylor*, kritisch in diesem Sinne geäußert.¹⁴

⁸ Zur Problematik des „Staatsnotstandes“ siehe statt aller *Jahn*, *Das Strafrecht des Staatsnotstandes. Die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe und ihr Verhältnis zu Eingriff und Intervention im Verfassungs- und Völkerrecht der Gegenwart*, 2004, passim.

⁹ Über die Bedeutung der Problematik in der Strafrechtstheorie und Kriminalpolitik siehe *Kunz*, *Bürgerfreiheit und Sicherheit. Perspektiven von Strafrechtstheorie und Kriminalpolitik*, 2000, S. 35 ff.

¹⁰ *Muñoz, J.*, *Diccionario de Filosofía*, 2003, S. 526.

¹¹ *Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 7. Aufl. 1993; ders., *Politischer Liberalismus*, 1998; *Hirsch* (Hrsg.), *Zur Idee des politischen Liberalismus. John Rawls in der Diskussion*, 1997.

¹² *Habermas*, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 5. Aufl. 1997; ders., *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, 1996.

¹³ Siehe diesbezüglich *Betegón*, in *Betegón et al.* (Fn. 1), S. 41 („Der Liberalismus in originärem oder prinzipiellen Sinne muss charakterisiert werden als eine politische Theorie, deren zentrales Interesse die Verteidigung einer Doktrin bezüglich der Grenzen der Regierung ist, und die zu diesem Zwecke einen Rahmen institutioneller Garantien liefert, die den Schutz der persönlichen Freiheit gewährleisten sollen.“)

¹⁴ *Muñoz, J.* (Fn. 10), S. 100 f.

Sicherlich warnt *Alcácer Guirao* zu Recht, dass Strafe als soziale Einrichtung für die Individualfreiheit ein zweischneidiges Schwert ist – was der Diskussion darüber erst die tiefe ethische Bedeutung verleiht: Denn die individuelle Freiheit wird zwar durch Strafe generell geschützt – durch deren konkrete Anwendung aber auch verletzt.¹⁵ Nicht umsonst weist *Zaffaroni* darauf hin, dass die antiliberalen Losung besagt, der Verzicht auf Garantien sei zur Erhöhung der Sicherheit notwendig; das heißt, ein gegenläufiges Verhältnis zwischen Garantien und Sicherheit wird als selbstverständliche Tatsache vorausgesetzt.¹⁶ Diese Diskussion über die Legitimität des Strafrechts kommt in der Gleichung „Prävention-Garantien“, einem ständigen Konflikt, zum Ausdruck (je mehr Prävention, desto weniger Garantien; je mehr Garantien, desto weniger Prävention). Hinter dieser Gleichung verbergen sich verschiedene Formen der Rationalität, im Einzelnen Zweckrationalität und Wertrationalität, die zwei ethischen Traditionen entsprechen: der utilitaristischen und der kantischen.¹⁷

Bezüglich der Strafziele haben sich die Generalpräventions-Theorien in ihren verschiedenen Varianten um den Versuch verdient gemacht, einen Ausgleich zwischen den genannten beiden Polen zu schaffen, insbesondere den Anforderungen der Prävention und der Schuld.¹⁸ Die Theorien und dogmatischen Beiträge in diesem Bereich sind in ihrer Vielfältigkeit kaum zu überblicken. Auch wenn es nicht Ziel dieses Aufsatzes ist, diesen auf den Grund zu gehen, so soll doch versucht werden, eine Verbindung zwischen der funktional-systematischen Variante der positiven Generalprävention und dem sogenannten „Feindstrafrecht“ darzulegen.¹⁹ Das Feindstrafrecht stellt m.E. eine „Ausnahme“ dar, die diesem Verständnis der Ziele und/oder Funktionen des Strafrechts nicht zuwiderläuft, sondern eine Konsequenz desselben ist.²⁰

¹⁵ *Alcácer Guirao*, Doxa 2002/25, 139.

¹⁶ *Zaffaroni*, Discurso para la investidura como Doctor *Honoris Causa* por la Universidad de Castilla-La Mancha, 2004, S. 20.

¹⁷ Tiefgründiger hierzu statt aller, *Alcácer Guirao*, ADPCP 1999/LII, 177; *ders.* (Fn. 15), S. 139 ff.

¹⁸ Zu den verschiedenen Denkmodellen *Schumann*, Positive Generalprävention, 1989, S. 1 ff.; *Demetrio Crespo* (Fn. 5), S. 114 ff.

¹⁹ Bezüglich des Funktionalismus im Strafrecht, siehe u.a. *García Amado*, Doxa 2000/23, 233; *Peñaranda Ramos*, Doxa 2000/23, 289; *Portilla Contreras*, in: Diez Ripollés/Romeo Casabona/Gracia Martín/Higuera Guimerá (Hrsg.), La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir, 2002, S. 135 ff.; *Prieto Navarro*, Doxa 2000/23, 265; *Sacher*, ZStW 2006 (erscheint demnächst).

²⁰ Siehe statt aller *Jakobs*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, passim.

II. „Feindstrafrecht“

I. „Feindstrafrecht“ und die Idee der Sicherheit

Die Reformen des spanischen Strafgesetzbuches aus dem Jahre 2003 sind Gegenstand von Besorgnis und Kritik seitens der Strafrechtslehre gewesen,²¹ da ihnen ein kriminalpolitisches Konzept zugrunde liegt, das die Sicherheit den Garantien voranstellt.²² Dasselbe Phänomen ist auch in der Rechtsvergleichung zu beobachten.²³ Die Reformen müssen daher auf ihre Berechtigung einerseits, und ihre Kompatibilität mit dem einem Rechtsstaat typischerweise eigenen „Tatstrafrecht“ andererseits hin überprüft werden. Die logische Konsequenz einer solchen Fragestellung wird die Überlegung sein, ob das Recht auf Sicherheit tatsächlich ein solches ist, oder ob die Sicherheit nur ein Aspekt der Grundrechtsgarantie gegenüber dem Staat und gegenüber Dritten ist. Es geht hierbei nicht nur um eine bloße theoretische Überlegung, sondern um eine Frage, die die grundlegenden Menschenrechte betrifft: Handelt es sich dabei um konfligierende Interessen oder sind diese Grundrechte der Inbegriff eines Freiheitskonzeptes, das Sicherheit als eine seiner Voraussetzungen hat?²⁴

Fraglich ist, ob nicht ein schärferes Einschreiten des Strafrechts statt Sicherheit doch eher Unsicherheit hervorbringt. Gesteht man der Sicherheit selbständigen Status zu, so könnte dies eine Grundlage bieten, die Verschärfung des Strafrechts insoweit als legitim anzusehen, als dies zum Schutze des Anrechts auf Sicherheit jener vonnöten ist, die

²¹ Siehe u.a. *Acale Sánchez*, in Pérez Álvarez (Hrsg.) (Fn. 3), S. 1197 ff.; *Cugat Mauri*, in Pérez Álvarez (Hrsg.) (Fn. 3), S. 183 ff.; *Demetrio Crespo*, RDP 2005/1, 505; *ders.*, in: Bernuz Beneitez/Pérez Cepeda (Hrsg.), La tensión entre la libertad y la seguridad: una aproximación sociojurídica, 2006, S. 107 ff.; *Laurenzo Copello*, JpD 2004/50, 30; *Maqueda Abreu*, in: Pérez Álvarez (Hrsg.) (Fn. 3), S. 1287 ff.; *Mir Puig/Alcácer Guirao*, GA 2005, 243; *Nieto Martín*, RP 2004/13, 219; *Pérez Cepeda*, in: Bernuz Beneitez/Pérez Cepeda (Hrsg.) (Fn. 21) S. 223 ff.; *Quintero Olivares*, in: Octavio De Toledo et al. (Fn. 7), S. 929 ff.; *ders.*, Adónde va el Derecho penal, 2004; *Zugaldía Espinar*, in: Octavio De Toledo et al. (Fn.7), S. 1132 ff.

²² Bezüglich der Entwicklung der Kriminalität und Sicherheitspolitik in Spanien siehe die kriminalanalytische Studie von *Arroyo Zapatero*, in: Urban Society across the World: Lessons Learned, ISPAC Ancillary Meeting. Eleventh United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice, 2005 (www.defensesociale.org).

²³ Siehe u.a. *Bernardi*, in: El Derecho Penal entre abolicionismo y tolerancia cero. Homenaje a Louk Hulsman, Cahiers de Défense Sociale, 2003, S. 71 ff.; *Miranda Rodríguez*, in: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, 2003, S. 207 ff.; *Hassemer*, StraFo 2005, 312. Vgl. auch jüngst, hinsichtlich der „Feindbekämpfung“ im deutschen Strafrecht, *Scheffler*, in: Festschrift für Hans-Dieter Schwind, 2006, S. 123 (125 ff).

²⁴ In diesem Sinne *Gómez Martín*, in: Mir Puig et al. (Fn.3), S. 59 (62).

nicht straffällig werden. Versteht man dagegen den Schutz von Rechtsgütern als zentralen Punkt des Strafrechts, kann auch die Überlegung, dass jeder Staatsbürger zu irgendeinem Zeitpunkt straffällig werden kann, keinesfalls die Verkürzung von rechtsstaatlichen Garantien rechtfertigen, weil die Folge hiervon Unsicherheit statt Sicherheit ist. Der Begriff der „Sicherheit“, der die Strafverschärfung rechtfertigt, ist teilweise real, teilweise symbolisch, teilweise objektiv, teilweise subjektiv – in jedem Fall schwierig einzugrenzen. Die „Unsicherheit“, die damit einhergehen kann, manifestiert sich in *rechtlicher* Unsicherheit, beispielsweise durch die Unbestimmtheit der Erfassung tatbestandlichen Verhaltens, der Schwierigkeit der Identifizierung zu schützender Rechtsgüter, die Vorverlagerung der Strafbarkeit mittels der Gefährdungsdelikte, oder generell durch die Schwächung rechtsstaatlicher Garantien angesichts der ständigen Suche nach vermeintlicher Effektivität.

Es handelt sich allgemein um den Verlust der Freiheit auf Basis der funktionalen Logik des Präventivstaates, der das vorzeitige Aktivwerden gegenüber Risiken propagiert, und nicht – wie es für einen Rechtsstaat angemessen ist – auf nachträgliche Reaktionen in Einklang mit bestimmten Prinzipien und Garantien vertraut.²⁵ Diese Prinzipien, insbesondere das Prinzip der Verhältnismäßigkeit (oder des Übermaßverbotes), werden durch ein Sicherheitsdenken überdehnt, bei dem nicht der Schutz von Rechtsgütern entscheidend ist, sondern lediglich das Erreichen des erstrebten Zieles. Dies führt letztlich, wie am Ausländerstrafrecht deutlich wird, zu restriktiven Maßnahmen auf der Grundlage unbestimmter Programme²⁶. Wie uns schon *Baratta* erinnerte, bewirken „die diskriminatorischen Mechanismen in der Behandlung von Grundrechten zugunsten „respektabler“ und auf Kosten Ausgeschlossener (Immigranten, Arbeitslose, Bedürftige, Drogenabhängige, unterprivilegierte Jugendliche, u.a.) eine Abnahme der Rechtssicherheit, die ihrerseits das Gefühl der Unsicherheit in der öffentlichen Meinung nährt. Daraus ergibt sich eine selektive Stilisierung der Risikobereiche der Rechtsverletzungen, wo der Teil nicht als Bestandteil des Ganzen betrachtet wird, sondern anstelle des Ganzen oder sogar entgegen dem Ganzen, das Ganze verstanden als die Gesamtheit der Grundrechte und aller Personen“²⁷.

Hier wird vertreten, dass die Einforderung rechtsstaatlicher Garantien kein Luxus ist, auf den man in Krisenzeiten verzichten kann. Dies ist keine konservative, sondern im Gegenteil eine fortschrittliche These, die sich dazu verpflichtet, ein Strafrechtsmodell zu bewahren, das sich strikt an den

verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundrechten orientiert. Die diesem Modell immanente „wertende Rationalität“ durch eine „pragmatische Rationalität“²⁸ zu ersetzen, und zwar gerade dann, wenn diese Prinzipien verteidigt werden müssen, stellt eine bedauernswerte Umwandlung der kriminalpolitischen Parameter dar. Das Strafrecht hat zweifelsfrei viele Gesichter. Eines, das keinesfalls vergessen werden darf, ist das des Beschützers und Garanten.²⁹

2. Berechtigtes „Feindstrafrecht“?

Die Strafrechtswissenschaft in der uns heute bekannten Form nahm ihren Anfang in der Aufklärung³⁰, signifikanterweise mit dem berühmten Werk von *Beccaria* (1738-1794), *Über Verbrechen und Strafen* (1764), in dem der Autor eine Reihe von Herausforderungen für eine „Humanisierung“ des Strafrechts formuliert, die bis heute gültig sind. Andererseits wird das Strafrecht seit *von Liszt* (1851-1919) als die „Magna Charta des Verbrechers“, und, in jedem Fall, als die „unüberwindbare Grenze der Kriminalpolitik“ betrachtet, wie der Autor in seinem berühmten Marburger Programm von 1882 hervorhebt.

Aus kriminalpolitischer Sicht scheint sich in den letzten Jahrzehnten ein gewisser Konsens dahingehend gebildet zu haben, dass das Strafrecht die stärkste Form des Einschreitens des Staates gegenüber dem Einzelnen ist, dies aber starke stigmatisierende Konsequenzen für den Einzelnen hat und deshalb in seiner Anwendung restriktiv gehandhabt werden, und stets überzeugend gerechtfertigt sein muss. Zusammen mit der Krise des rezozialisierenden Denkens führen diese Überlegungen zu Vorschlägen, die von der Reduzierung des Strafrechts bis zu dessen Abschaffung reichen. Erstere manifestieren sich in der Suche nach Alternativen zur Freiheitsstrafe, im Wege der Entkriminalisierung, im Gegensatz zur ausdehnenden Tendenz des gegenwärtigen Strafrechts und zu den Vorschlägen, dem Opfer im strafrechtlichen Konflikt wieder die Hauptrolle zuzudenken.

Heute kann die Debatte über die Legitimation des Strafrechts, deren Kern noch vor nicht allzu langer Zeit durch den Gegensatz der Abschaffungs- und Reduzierungsvorschläge gekennzeichnet war, klarer mit den Begriffen Reduktionismus *versus* Ausdehnung³¹ umschrieben werden, d.h. mit der Diskussion über die „Modernisierung des Strafrechts“. Diese Modernisierung wird von *Gracia Martín*³² vehement propagiert, gegenüber dem von ihm so getauften „Diskurs des

²⁵ Nach Meinung *Denningers* hat die „Erfindung“ eines Grundrechts auf Sicherheit durch das Bundesverfassungsgericht nicht dazu beigetragen, den Grundkonflikt zwischen Sicherheit und Freiheit zu lösen, sondern ist dazu benutzt worden, immer tiefere staatliche Eingriffe zu rechtfertigen. Vgl. *Denninger*, in: Goethe Institut. Online-Redaktion – <http://www.goethe.de/kug/ges/pok/thm/de163802.htm> –; *ders.*, in: Koch (Hrsg.), *Terrorismus – Rechtsfragen der äußeren und inneren Sicherheit*, 2002.

²⁶ Siehe *Laurenzo Copello* (Fn. 21), S. 30.

²⁷ *Baratta*, RCSP 2001/8, 19.

²⁸ Vgl. in diesem Sinne *Díez Ripollés*, JpD 2004/49, 41.

²⁹ *Hassemer*, RGDP 2005/3 (www.iustel.com).

³⁰ *Prieto Sanchís*, *La Filosofía Penal de la Ilustración*, 2003, passim.

³¹ Ausführlich zur Entwicklung m.w.N *Demetrio Crespo*, RDPC 2004/14, 87 [= NDP 2004/A, 47; in: Pérez Álvarez (Fn.3), S. 1027]. Vgl. auch jüngst m.w.N, *Weigend*, in: Sieber/Albrecht (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, 2006, S. 44 (55 ff., 64).

³² *Gracia Martín*, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003.

Widerstandes“, den er als „ultraliberal und reaktionär“ bezeichnet. Zu der Modernisierung zählt er auch das so genannte „Feindstrafrecht“³³, das von der Prämisse ausgeht,

³³ **In der spanischen Literatur** siehe u.a. *Brandariz García*, in: Faraldo/Brandariz/Puente (Hrsg.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, 2004, S. 15 ff. (siehe insb. seine interessanten Reflektionen über die Konstruktion des „inneren Feindes“ als ein Charakterzug des aktuellen Strafrechtssystems als formeller sozialer Kontrollmechanismus und die „Notstandskultur“ in der Ära des permanenten globalen Krieges, S. 42 ff., 54 ff.); *Cancio Meliá*, DPCRI 2003/3, 31; *Demetrio Crespo* (Fn. 31), S. 87; *ders.*, RGDP 2005/4 (www.iustel.com); *Díez Ripollés*, RECPC 2005/07-01, 22 (<http://criminet.ugr.es/recpc>); *Faraldo Cabana*, in: Faraldo et al. (Fn. 34), S. 310 ff.; *Gracia Martín*, RGDP 2004/2, 1 (www.iustel.com); *ders.*, RECPC 2005/07-02, 1 (<http://criminet.ugr.es/recpc>) [RDP 2005/1, 87]; *ders.*, *El horizonte del finalismo y el „derecho penal del enemigo“*, 2005; *Jakobs/Cancio*, *Derecho penal del enemigo*, 2003, (2. Aufl. 2006); *Muñoz Conde*, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el nacionalsocialismo*, 2002, S. 117 ff.; *ders.*, in: Octavio De Toledo et al. (Fn. 7), S. 803 ff.; *ders.*, RGDP 2005/3, 1 (www.iustel.com); *ders.*, RP 2005/16, 123; *ders.*, *De nuevo sobre el „Derecho penal del enemigo“*, 2005; *Pastor*, in: *Libro Homenaje al Profesor Doctor Günther Jakobs* (erscheint demnächst); *Pérez Del Valle*, CPC 2001, 75; *Portilla Contreras*, RMT 2002, 83; *ders.*, JpD 2004/49; *ders.*, in: *Pérez Álvarez* (Hrsg.) (Fn. 3), S. 1401 ff.; *ders.*, in: *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, 2004, S. 706 ff.; *Prittowitz*, in: *Mir Puig et al.* (Fn. 3), S. 107 ff.; *Ramos Vázquez*, in: *Pérez Álvarez* (Fn. 3), S. 1425 ff.; *ders.*, in: *Faraldo et al.* (Fn. 34), S. 65 (90 ff.); *Silva Sánchez*, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2. Aufl. 2001, S. 163 ff.; *Velásquez Velásquez*, in RGDP 2005/3, 1 (www.iustel.com); *Zaffaroni* (Fn. 16).

In der deutschen Literatur siehe u.a. *Albrecht*, ZStW 117 (2005), 852; *Ambos*, *Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2. Aufl. 2004, S. 62 ff.; *ders.*, ZStrR 2006, 1; *Aponte*, *Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum „effizienten“ Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, 2004; *Cancio Meliá*, ZStW 117 (2005), 267; *Greco*, GA 2006, 96; *Gössel*, in: *Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter* (Hrsg.), *Festschrift für Friederich-Christian Schroeder*, 2006, S. 33; *Hefendehl*, StV 2005, 156; *Hörnle*, GA 2006, 80; *Kindhäuser*, in: *Hoyer et al.* (Fn. 33), S. 81; *Prittowitz*, in: *Prittowitz/Baurmann/Günther/Kuhlen/Merkel/Nestler/Schulz* (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002, S. 499 ff.; *ders.*, in: *Pilgramm/Prittowitz* (Hrsg.), *Kriminologie. Akteurin und Kritikerin gesellschaftlicher Entwicklung*, 2005, S. 215 ff.; *Sauer*, NJW 2005, 1703; *Schulz*, ZStW 112 (2000), 653; *Scheffler* (Fn. 23) S. 123 ff.; *Schünemann*, GA 2001, 205 (210); *ders.*, in: *Griesbaum/Hannich/Schnarr*, *Festschrift für Kay Nehm*, 2006, S. 219 ff.; *Sinn*, ZIS 2006, 107; *Uwer/Organisationsbüro der Straffverteidigervereinigungen* (Hrsg.), *Bitte bewahren Sie*

bestimmte Personen, nämlich die Straftäter, seien ihrer Staatsbürgerschaft zu berauben und als bloße „Gefahrenquelle“ zu behandeln, die um jeden Preis³⁴ unwirksam gemacht werden müssen, als handele es sich um wilde Tiere.³⁵ So würde man diese Menschen nicht wie Personen behandeln, sondern wie gefährliche Individuen, die das Strafrecht teilweise im Rahmen des Notwendigen entpersönlicht, um bestimmte Arten von Straftaten zu bekämpfen (etwa Wirtschaftsstraftaten, Terrorismus, organisierte Kriminalität, Sexualstraftaten oder allgemein schwere Straftaten).³⁶

Angesichts dieses Strafrechts muss man sich fragen, ob eine solche „Modernisierung“ wirklich eine Weiterentwicklung darstellt, oder ob es sich nicht vielmehr – wie ich meine – um einen bedauernswerten Rückschritt handelt. Die Frage nach der Legitimation eines solchen Strafrechts muss m.E. ohne Zweifel negativ beschieden werden, da es sich jedenfalls um ein „Strafrecht“ handelte, das die Würde des Menschen nicht achtet.

3. Eigenschaften des „Feindstrafrechts“

Das „Feindstrafrecht“ ist gekennzeichnet durch eine Ausdehnung der Strafbarkeit, eine grundsätzlich präventive Sichtweise, eine beträchtliche Verschärfung der Strafen und durch einen laxen Umgang oder gar eine Missachtung bestimmter prozessualer Garantien.³⁷ Es handelt sich dabei nicht um eine

Ruhe. *Leben im Feindstrafrechtsstaat*, 2006 (und die dazu gehörende Beiträge).

Aus den Werken von Günther Jakobs siehe insb. *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751; *ders.*, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 1997 (2. Aufl. 1999); *ders.*, ZStW 107 (1995), 843; *ders.*, in: *Eser/Hassemmer/Burkhardt*, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, S. 47 ff.; *ders.*, in: *Courakis* (Hrsg.) (Fn. 7), S. 447 ff.; *ders.*, in: *Hsu* (Hrsg.), *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure. An anthology in memory of Professor Fu-Tseng Hun*, 2003, S. 41 ff.; *ders.* (Fn. 20), S. 5 ff.; *ders.*, ZStW 117 (2005), 247; *ders.*, ZStW 117 (2005), 418; und zuletzt *ders.*, ZStW 117 (2005), 839.

³⁴ *Cancio Meliá* (Fn. 33), S. 280.

³⁵ Siehe *Jakobs* (Fn. 20), S. 40 ff. (41): „es geht demgemäß um die Sicherung einer Gefahrenquelle, wie bei einem wilden Tier, nicht aber um den Umgang mit einer Person“ (Kursiv vom Verf.); so auch in: *Jakobs* (Fn. 33), S. 843: „Deshalb ist der Satz „rechtlich hat jeder Mensch den Anspruch, als Person behandelt zu werden“ unvollständig; (...) . Der Satz muss also richtig lauten, „jeder, der zumindest einigermaßen verlässlich Rechtstreue leistet, hat den Anspruch, als Person behandelt zu werden“, und wer diese Leistung nicht erbringt, wird eben fremdverwaltet, was heißt, nicht als Person behandelt“.

³⁶ *Ebenda*, S. 40 ff. (41 f).

³⁷ *Jakobs* (Fn. 33), S. 47 ff.; *Cancio Meliá* (Fn. 33), S. 37; *Gracia Martín* (Fn. 33), S. 9 ff. *Muñoz Conde* (Fn. 33), 803, charakterisiert es – angesichts der Tatsache, dass es kein nicht-autoritatives Strafrecht gibt als ein „autoritativeres Strafrecht als üblich, ein Strafrecht, das unvermutet „durch

aktuelle Kennzeichnung, sondern entspringt zum einen einer Anlehnung an die von *Carl Schmitt*³⁸ verwendete Dichotomie³⁹, und zum anderen der klassischen Epoche.⁴⁰ In diesem Sinne bemerkt *Zaffaroni*, dass „die Beschreibung der Merkmale des aktuellen Angriffs auf das liberale Strafrecht (...) zwar keine der historischen autoritären Staatsformen wiederherstellt, allerdings Elemente verwendet, die sich in fast jeder dieser vergangenen Staatsformen finden lassen“, was die Schlussfolgerung zulässt, dass „Strukturen existieren, die identisch sind, obwohl die Inhalte und Technik je nach Kultur variieren“.⁴¹

Der Haupttheoretiker des Konzepts des Feindstrafrechts in der aktuellen Kontroverse, *Jakobs*, betont, dass das Strafrecht zwei Formen von Regeln kenne: Einerseits den Um-

die falsche Tür“ einer Rechtsordnung eingetreten ist, deren verfassungsrechtliche Parameter einige fundamentalen Menschenrechte anerkannt hatten, Garantien, die zumindest formell als Grenze für die Strafgewalt des Staates fungieren.“

³⁸ Während paradoxerweise *Carl Schmitt* betont, dass dem Feind gerade dadurch Respekt gezollt wird, dass er als solcher, und nicht als Delinquent behandelt wird (siehe den Nachweis in *Beck*, *Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden*, 2004, S. 205), handelt es sich bei der „Theorie des Feindstrafrechts“ um „Delinquenten“, die wie „Feinde“ behandelt werden müssen.

Diese Ähnlichkeit wurde *Günther Jakobs* von *Peter-Alexis Albrecht* nach seinem Vortrag über das Thema auf der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt (Oder) am 8. Mai 2005 vorgeworfen. Gegenüber diesem Einwurf entgegnete *Jakobs*, dass seine Theorie in keiner Weise von der politischen Philosophie jenes Autors inspiriert sei. Die Terminologie und Fragestellungen sind sicherlich ähnlich, aber müssen in ihrem entsprechenden historischen Rahmen betrachtet werden. Vgl. *Uwer*, in: *Uwer et al.* (Fn. 33), S. 37 ff; *Kaleck*, in: *Uwer et al.* (Fn. 33), S. 290 ff.

Andere Argumente von *Albrecht*, um das Feindstrafrecht abzulehnen, waren die Unteilbarkeit der Menschenwürde (in Anspielung auf die Differenzierung zwischen Personen und Nicht-Personen oder „Feinde“), das Feindstrafrecht als Legalisierung der Erosion des rechtsstaatlichen Strafrechts, indem es an eine unerträgliche Grenze geführt wird, oder die so vollzogene Rückkehr zu einem „Naturzustand“. Vgl. *Albrecht* (Fn. 33); *ders.*, in: *Uwer et al.* (Fn. 33), S. 117 ff.

³⁹ So kann man in „Der Begriff des Politischen“ lesen: „Feind ist nur eine wenigstens eventuell, d.h. der realen Möglichkeit nach kämpfende Gesamtheit von Menschen, die einer eben-solchen Gesamtheit gegenübersteht“ (vgl. *Schmitt*, *Der Begriff des Politischen*. Mit einer Rede über das Zeitalter der Neutralisierung und Entpolitizationen, 1932, S. 15 ff, 16). Zur Denkweise von *Carl Schmitt* siehe *Gómez Orfanel*, *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, 1986. Zu den Parallelen siehe *Prieto Navarro*, in: *Bacigalupo, S./Cancio Meliá* (Hrsg.), *Derecho Penal y Política Transnacional*, 2005, S. 49 (70 ff).

⁴⁰ Siehe *Pastor* (Fn. 33) unter II, Fn. 27 ff.; *Gracia Martín* (Fn. 33), S. 12 ff.

⁴¹ *Zaffaroni* (Fn. 16), S. 26.

gang mit dem Staatsbürger, dessen Tatausführung man abwarten könne, um dann mit dem Ziel, die normative Struktur der Gesellschaft zu bestätigen, zu reagieren. Auf der anderen Seite sei der Umgang mit dem Feind, der in einem frühen Stadium aufgehalten und seiner Gefährlichkeit wegen bekämpft werden müsse.⁴² Seiner Auffassung nach existiert kein normativer Kontext, der die Rechtsperson einschließt, aus sich selbst heraus. Real sei nur, was in groben Zügen die Gesellschaft formt. Diese These führt ihn zu der Behauptung, dass derjenige, der keine ausreichende kognitive Sicherheit eines persönlichen Verhaltens bietet, nicht erwarten kann, als Person behandelt zu werden, da anderenfalls das Recht auf Sicherheit anderer Personen gefährdet würde. Es sei deshalb falsch, das „Feindstrafrecht“ zu verteufeln, denn das löse nicht das Problem des Einzelnen, der sich nicht in den Rahmen einer staatsbürgerlichen Verfassung bringen lasse⁴³.

4. „Feindstrafrecht“ als Notstand im Rahmen des Unverzichtbaren?

Der Vortrag von *Jakobs* anlässlich der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt/Oder begann mit folgender Frage: Kann mit den Mitteln eines rechtsstaatlichen Strafrechts „Krieg gegen den Terror“ geführt werden?⁴⁴ Dies verneint der Autor, da dann der Staat seine *Feinde* als Personen behandeln müsste und sie nicht als bloße Gefahrenquellen behandeln dürfte.⁴⁵ Diese erste Frage setzt ihrerseits eine weitere essentielle Frage voraus: Ist ein „Feindstrafrecht“ erlaubt, und wenn ja, in welchem Maße? Die Antwort auf diese Frage lautet nach *Jakobs* folgendermaßen: Das „Feindstrafrecht“ ist zulässig, jedoch nur im Rahmen des Erforderlichen. *Jakobs'* Auffassung nach darf der Staat zum Schutz der Staatsbürger weder auf irgendwelche Mittel verzichten, noch darf er Tabus verfallen, denn es handelt sich um Ausnahmefälle, in denen er seiner Beschützerfunktion gerecht werden muss⁴⁶. Dies alles

⁴² *Jakobs* (Fn. 33), S. 41 ff.

⁴³ Ebenda, S. 47 f. Zu dem von *Jakobs* behandelten Konzept der Person als Träger von Rechten und Pflichten und die Unterscheidung Individuum/Person siehe *Jakobs* (Fn. 33), S. 247 (265): „1. Menschliche Individuen (Sinneswesen) sind weder in ihrer Physis frei noch in ihrem psychischen Antrieb durch Lust oder Unlust; insoweit setzt die Straftheorie nicht anders an als die moderne Hirnforschung; 2. Eine normativ strukturierte Gesellschaft verbindet nicht menschliche Individuen, vielmehr *Personen*. Personen sind die kommunikativ konstruierten Adressaten von Rechten und Pflichten.“ Siehe hierzu *Portilla Contreras* (Fn. 33), S. 699 ff; *Gracia Martín* (Fn. 33), S. 23 ff; *Gössel* (Fn. 33), S. 38 ff.

⁴⁴ *Jakobs* (Fn. 33), S. 839.

⁴⁵ Ebenda, S. 851.

⁴⁶ Siehe jedoch die Überlegungen von *Roxin* bezüglich der Diskussion in Deutschland, ob Folter in Ausnahmefällen zulässig ist oder zumindest straflos bleiben kann, in dem Sinne, dass der Schutz, den der Staat dem menschlichen Leben und der Würde seiner Bürger bieten kann, sich nur innerhalb des dem Rechtsstaat eigenen Handlungsrahmens bewegen kann, in dem sich auch das Folterverbot befindet. (Siehe *Roxin*, in: *Arnold/Burkhard/Gropp/Heine/Koch/La-*

wird in Zusammenhang mit der Tatsache erwähnt, dass der Rechtsstaat nicht als abstrakt-ideal angesehen werden kann, sondern aus Sicht seiner konkreten Geltung zu betrachten wäre.⁴⁷ Notwendig ist, dass den Terroristen diejenigen Rechte verwehrt werden, die sie missbrauchen, um ihre Pläne in die Tat umzusetzen; insbesondere ihr Recht auf Handlungsfreiheit, wie es bei der Sicherungsverwahrung der Fall ist.⁴⁸ Diesbezüglich stellt sich *Silva Sánchez* die Frage, ob man ein Strafrecht der „dritten Geschwindigkeit“ (mit der „ersten Geschwindigkeit“ wäre ein scharfes Strafrecht gemeint, mit der „zweiten“ ein Strafrecht ohne Freiheitsentzug, dessen Flexibilisierung in Abhängigkeit von rechtsstaatlichen Garantien erfolgte), mit Freiheitsentzug, und im gleichen Atemzug eine weitgehende Relativierung kriminalpolitischer Garantien, Zurechnungserfordernisse und prozessualer Vorschriften zulassen kann. Der Autor pflichtet der Meinung, die die Existenz eines Strafrechts mit Freiheitsentzug und weniger strikten prozessualen Vorschriften als jene des Strafrechts „erster Geschwindigkeit“ als ausnahmsweise in einigen Bereichen und für eine begrenzte Zeit unvermeidbar betrachtet, mit Vorbehalten bei. Gleichzeitig schränkt er seine Berechtigung

godny/Perron/Walther, *Menschengerechtes Strafrecht*. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 461 (466). Auch jüngst: Beestermöller/Brunkhorst (Hrsg.), *Rückkehr der Folter. Der Rechtsstaat im Zwielficht?*, 2006, passim.⁴⁷ *Jakobs* (Fn. 33), S. 846: „Erstens, der Staat muss seine Gestalt nicht mutwillig aufs Spiel setzen; [...]. Zweitens, die Deduktion einer Antwort auf die Frage nach der Legitimität aus dem *abstrakten* Begriff des Rechtsstaats ist nichts wert. Dass ein Staat, der keine Sicherungsverwahrung kennt, der die Bildung einer terroristischen Vereinigung nur als Tat gegen die öffentliche Ordnung bestraft, dem Kontaktsperren, Lauschangriffe, V-Leute und vieles weitere fremd sind, dem Ideal eines Rechtsstaates näher komme als ein Staat, der solche Einrichtungen und Maßnahmen erlaubt, lässt sich nur abstrakt feststellen; konkret mag der Verzicht auf diese Einrichtungen das Recht des Bürgers auf Sicherheit aushöhlen, und dieses Recht auf Sicherheit ist nur ein anderer Name für ein Recht auf den Zustand wirklicher Rechtsgeltung.“ In diesem Sinne auch in *Jakobs* (Fn. 33), S. 421 und 425.

⁴⁸ *Jakobs* (Fn. 33), S. 847: „Hält man sich von solchen Extremen fern, so geht es um das Erreichbare, um das praktisch Optimale, was heißt, das Feindstrafrecht sei auf *das Erforderliche* zu beschränken ... *Aber was ist erforderlich?* Zunächst muss dem Terroristen dasjenige Recht entzogen werden, dass er missbräuchlich für seine Planungen einsetzt, also insbesondere das Recht auf Verhaltensfreiheit. Insoweit verhält es sich nicht anders als bei der Sicherungsverwahrung, [...]“ So auch *Silva Sánchez* (Fn. 33) (165), der bemerkt, dass das Feindstrafrecht sich als Strafrecht der Sicherungsmaßnahmen für gefährliche Straftäter schon im ersten Drittel des 20. Jahrhunderts deutlich herauskristallisierte. Vgl. zur Problematik *Kunz*, in: Arnold et al. (Fn. 46), S. 1375 (1388); ebenso Rehn/Wischka/Lösel/Walter (Hrsg.), *Behandlung „gefährlicher Straftäter“*. Grundlagen, Konzepte, Ergebnisse, 2001. Zum „Wiederaufbau“ des Rechts der Gefahr, seiner Eigenschaften und Vorschläge siehe *Diez Ripollés* (Fn. 33), S. 26 ff.

auf Situationen des „absoluten Notstandes, Subsidiarität und Effektivität im Rahmen eines Notfalles“ ein.⁴⁹

Wie ich im Weiteren ausführen werde, scheinen mir beide Auffassungen widerlegbar: Ich halte ein „Feindstrafrecht“ in einem demokratischen Strafrecht für unhaltbar, da es sich *per definitionem* um ein die Würde des Menschen leugnendes „Strafrecht“ handelt.⁵⁰

5. „Feindstrafrecht“ als deskriptiv/präskriptives Konzept und „konsequente Ausnahme“ zur „Stabilisierung der Norm“

Die Schriften *Jakobs'* der letzten Jahre zeigen auf eindrucksvolle Weise, dass seine heutige Auffassung im Gegensatz zu der noch 1985⁵¹ vertretenen nicht nur beschreibend, wenn auch von hohem kritischen Wert, sondern immer stärker darauf gerichtet ist, das Feindstrafrecht unter bestimmten Bedingungen zu verteidigen.⁵² Paradoxerweise, und trotz des abgerundeten Charakters seiner Aussagen, entgegnete der Autor auf den Einwand der Gefährlichkeit einer Theorie, die ein Ausnahmestrafrecht am Rande der Rechtsstaatlichkeit propagiert,⁵³ dass seine Vorschläge zu 98 % beschreibenden Charakter hätten. Daher hatte es den Anschein, als gehe es am ehesten um die Vermeidung einer „Verschmutzung“ des Strafrechtsrests durch die Eigenschaften des Feindstrafrechts.⁵⁴ Jedoch handelt es sich eigentlich um ein Problem,

⁴⁹ *Silva Sánchez* (Fn. 33), S. 163 ff (166). Zur Nähe der Vorschläge von *Jakobs* und *Silva*, sowie zu möglichen Abweichungen siehe *Diez Ripollés* (Fn. 33), S. 24 f.

⁵⁰ In diesem Sinne auch *Ambos* (Fn. 33), S. 62 ff.

⁵¹ So kann man in seinem Beitrag über die Strafbarkeit des Versuchs von 1985 folgendes lesen: „Der Definition des Täters als Rechtsgutsfeind, nach der schon früheste Gefähranzeichen bekämpft werden dürfen, wenn dies im Einzelfall nicht opportun sein mag, soll hier eine Definition des Täters als Bürger entgegengesetzt werden. Der Täter soll dabei nicht nur insoweit wahrgenommen werden, als er den Gütern des Opfers gefährlich werden kann, sondern er soll von vornherein auch durch sein Recht auf eine von Kontrolle freie Sphäre definiert werden, und es wird zu zeigen sein, dass sich aus dem Status des Bürgers einigermaßen handfeste Grenzen von Vorverlagerungen entwickeln lassen.“ Vgl. *Jakobs* (Fn. 33) S. 753.

⁵² Ebenso, neben anderen, *Cancio Meliá* (Fn. 33), S. 278; *Greco* (Fn. 33), S. 96 ff. Auf diese Entwicklung weist *Pritt-witz* (Fn. 33), S. 109, zu Recht hin, indem er zeigt, dass in seinem Vortrag in Berlin im Oktober 1999 „*Jakobs* nicht nur die Präsenz des Feindstrafrechts im deutschen Strafrecht konstatiert hat, sondern seine Existenz rechtfertigt hat.“ Vgl. auch *Weigend* (Fn. 31), S. 59, Fn. 97.

⁵³ Der Einwand wurde in der auf seinen Vortrag in Frankfurt (Oder) am 8. Mai 2005 folgenden Diskussion erhoben.

⁵⁴ In einem Gespräch, das ich kürzlich mit *Professor Jakobs* in Bonn hatte, in dem er auf dieser „prozentualen Unterteilung“ bestand, bei der die restlichen 2 % bedeuteten, dass das „Feindstrafrecht“ in jedem Fall unvermeidbar sei, weshalb der Staat darauf zurückgreifen müsse, erkannte ich, dass es sich zum Teil um ein verfehltes Dilemma dreht. Für *Jakobs* hat sein Konzept vor allem deshalb beschreibenden Charak-

das grundlegend den ambivalenten Charakter des Konzepts betrifft, welches je nach Kontext unterschiedliche Anwendungen erlaubt⁵⁵.

Was sich nach alledem nicht verändert hat, ist sein methodisches Denken, in dem das Kriterium des geschützten Rechtsguts als abgrenzendes Element des strafrechtlichen Eingreifens sämtliche Relevanz einbüßt und ersetzt wird durch die positiv-generalpräventive Funktion der „Stabilisierung der Norm“.⁵⁶ In diesem Sinne hält *Gómez Martín* fest, es habe sich in jenem frühen *Jakobs* bereits angekündigt, dass seine Ansicht Gefahr lief, im Widerspruch mit seiner eigenen Konzeption des Strafrechts und der Strafzwecke zu stehen.⁵⁷ In der Tat hatte *Jakobs* bereits 1985 anerkannt, dass in Ausnahmesituationen die Gültigkeit der Norm als gefährdet betrachtet werden kann, wenn nicht in die Privatsphäre des

ter, weil nach seiner Auffassung feststeht, dass das „Feindstrafrecht“ schon besteht, oder früher oder später unumkehrbar vorhanden sein wird, weil anderenfalls der Staat zugrunde ginge. So bliebe dem Strafrecht lediglich die Funktion, das Feindstrafrecht zu beschreiben und so gut wie möglich vom restlichen Strafrecht abzugrenzen, in der Annahme, dass ein solches Strafrecht seine Daseinsberechtigung nur im Rahmen des Erforderlichen findet. In diesem Sinne sei seine Theorie nicht rechtspolitisch, sondern rechtsphilosophisch und dogmatisch. Der Schlüsselgedanke wäre *Jakobs* zufolge dann, das bestmögliche Bürgerstrafrecht mittels Abgrenzung des „Rahmen[s] des Erforderlichen“ des „Feindstrafrechts“ zu erreichen, von dem es sauber getrennt werden muss. Dies, und nicht die Frage, ob das Konzept eher deskriptiv oder eher präskriptiv oder umgekehrt ist, ist meines Erachtens das wirklich relevante in der Diskussion. Die Größe des „deskriptiven“ Elementes hängt eigentlich davon ab, inwiefern die Normen einer bestimmten Rechtsordnung ganz oder teilweise als „Feindstrafrecht“ eingestuft werden, und welche Prognosen formuliert worden sind.

⁵⁵ Bezüglich der Unklarheit des Konzepts des Feindstrafrechts, das sowohl als deskriptiv als auch als kritisch verstanden werden kann, vgl. *Greco* (Fn. 33), S. 102 ff.

⁵⁶ Siehe *Jakobs*, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Übersetzung von Cancio Meliá und Feijóo Sánchez, 2003, S. 47 ff (48): „Eine Skizze der Überlegungen ergibt folgendes: Die Tat stellt eine Auflehnung gegen die Norm dar, und die Strafe wehrt diese Auflehnung ab; gleichzeitig wird durch den Schmerz, den diese erzeugt, das Risiko einer völligen Erosion der Gültigkeit der Norm verhindert. Dies nennt man „positive Generalprävention“. Diese Schlussfolgerung des ersten Teils gibt bereits diejenige des zweiten Teils vor: das entscheidende ist der Schutz der Gültigkeit der Norm.“

⁵⁷ *Gómez Martín* (Fn. 24), S. 82. Vgl. auch jüngst *Frommel*, in: Uwer et al. (Fn. 33), S. 60 f; *Bung*, in: Uwer et al. (Hrsg.) (Fn. 33), S. 249 (257 ff.); *Schünemann* (Fn. 33), S. 224 f. Vgl. auch, hinsichtlich der Theorie der Positiven Generalprävention, *Scheffler* (Fn. 23), S. 138 f.: „In die Praxis umgesetzt soll das Vertrauen der Gesellschaft in die Rechtsordnung dadurch gestärkt werden, dass die Stammtische mit ihren „unappetitlichen Bestrafungsphantasien“ gehört werden.“

Täters eingedrungen wird, wenn auch solche Vorschriften vom Bürgerstrafrecht getrennt bleiben sollten.⁵⁸ Meines Erachtens handelt es sich um einen nur scheinbaren Widerspruch; denn was deutlich wird, ist, dass aus seiner Denkweise konsequenterweise die Notwendigkeit folgt, auf ein Ausnahmesystem für bestimmte Fälle (Individuen, die keine *kognitive Sicherheit* bieten) zurückzugreifen, die nicht in das künstliche normative Gebilde des Autors passen.⁵⁹

Außerdem gilt zu bedenken, dass die Theorie des Feindstrafrechts einen größeren Teil zu legitimieren vermag, als in erster Linie vom aktuellen Zustand einer bestimmten Rechtsordnung abgeleitet wird. Ist dies jedoch der Fall, dann bedeutet dies, dass das konstante Herbeireden des bloß deskriptiven Charakters einer Konstruktion, die im Grunde die theoretische Rechtfertigung für die Realität liefert, die sie nur zu beschreiben behauptet, einen Zirkelschluss ergibt, oder wie *Prittowitz* es nennt, eine „Überzeugung“⁶⁰.

6. „Feindstrafrecht“ als „Täterstrafrecht“

Nach alledem ist das Konzept des Feindstrafrechts nicht nur Theorie, sondern in unserer Strafrechts- und Strafprozessordnung (*tendenziell* in den Bereichen Terrorismus, Drogenhandel oder illegale Migration), und in der internationalen Politik (die, ohne nach den „Ursachen“ so komplexer Phänomene wie Terrorismus zu forschen, lediglich die „Wirkungen“ bekämpfen will, beispielsweise durch „Präventivkriege“ oder „gezieltes Morden“) existent. Im Gegensatz zum klassischen Kriegsrecht, das klar zwischen Krieg und Frieden, Feind und Delinquent, Soldat und Zivilist unterschied, werden solche Trennlinien im Kreuzzug gegen den Terror verwischt. Wie in *George Orwells* Roman „1984“ ist „Krieg Frieden, Freiheit

⁵⁸ *Jakobs* (Fn. 33), S. 783 f [“Freilich sind Situationen möglich, vielleicht zur Zeit gegeben, in denen Normen, die für einen freiheitlichen Staat unverzichtbar sind, ihre Geltungskraft verlieren, wenn man mit der Repression wartet, bis der Täter aus seiner Privatheit austritt. Aber auch dann ist das Feindstrafrecht nur als ein ausnahmsweise geltendes Notstandstrafrecht legitimierbar“].

⁵⁹ Vgl. *Neumann*, in: Uwer et al. (Fn. 33), S. 306 [“Gleichwohl bleibt der Gegensatz von Normbestätigung auf einer Seite, Gefahrenabwehr auf der anderen für das dualistische Modell von Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht zentral: Bürgerstrafrecht erhält die Normgeltung, Feindstrafrecht bekämpft Gefahren“].

⁶⁰ *Prittowitz* (Fn. 33), S. 117. Auch *Greco* (Fn. 33) S. 104, betont die Existenz nicht weniger Gründe für die Ansicht, dass *Jakobs* das Konzept überwiegend mit legitimierend-zustimmendem Charakter nutzt, indem er normative Schlussfolgerungen aus vermeintlich deskriptiven Prämissen zieht. Vgl. auch *Neumann*: in Uwer et al. (Fn. 33), S. 304 [“*Jakobs*’ Modell des Feindstrafrechts ist also jedenfalls in seiner aktuellen Ausgestaltung ein (auch) normativ geprägtes Konzept, das nicht nur der Beschreibung, sondern auch der Legitimation feindstrafrechtlicher Maßnahmen dient, und das gerade auch unter diesem Gesichtspunkt kritische Aufmerksamkeit verdient“].

Sklaverei und Ignoranz Kraft“. Dieser erste *Slogan* wird von *Ulrich Beck* übernommen, zum einen zur Illustration der Methoden des postnationalen Krieges, der die Menschenrechte verletzt, paradoxerweise mit dem Argument, sie zu schützen; und um zum anderen vor der Gefahr der unbegrenzten Manipulation der menschlichen Existenz zu warnen⁶¹.

Angesichts der tatsächlichen Situation geht es hier freilich nicht darum, den „Boten zu töten“, aber auch nicht darum, es bei einer deskriptiv-erklärenden Haltung zu belassen, die die Neutralität vorgibt, und noch viel weniger, eine direkte oder indirekte Legitimation auf der Grundlage eines schwachen, jedenfalls zweifelhaften philosophischen Fundaments zu leisten.⁶² Vielmehr ist hervorzuheben, dass ein Recht wie das Feindstrafrecht keinesfalls das Strafrecht eines Rechtsstaates darstellen kann (und dass am Rande dessen auch kein anderes Recht gültig sein kann) unabhängig davon, wie sehr dessen (des Feindstrafrechts) Befürworter dies (den Rechtsstaat) auch beschwören mögen.⁶³

Schlimmer noch, denn gerade wenn das sogenannte „Feindstrafrecht“ seine primären Ziele darauf lenkt, bestimmte Personengruppen zu bekämpfen, kehrt es sich von der eigentlichen Grundlage, dem Tatstrafrecht⁶⁴, ab und erscheint als Manifestierung der autoritären Tendenzen des historisch bereits hinlänglich bekannten „Täterstrafrechts“⁶⁵. Dem Täterstrafrecht entspricht seinerseits ein Konzept der „Täterschuld“⁶⁶ im Gegensatz zum Prinzip der „Tatschuld“ des Rechtsstaats.⁶⁷ Ein Zeichen hierfür ist, dass die Entscheidung darüber, wer als Feind anzusehen ist, *a priori* gefällt wird, ohne dass die Person irgendwelche Rechte hätte, geschweige

denn wüsste, weswegen sie angeklagt wird, wie das bedauerlicherweise in Guantánamo der Fall ist.⁶⁸

Aus diesem Grund ist das Argument der Effektivität und Sicherheit unbeschadet negativer Konsequenzen im axiologischen Bereich verboten, denn, wie bereits bekannt, kann die *Geltung* keinesfalls von der *Wirksamkeit* abgeleitet werden⁶⁹. Das „Feindstrafrecht“ ist nach meiner Überzeugung unter anderem die Folge des symbolischen Gebrauchs des Strafrechts⁷⁰ (hier als das Recht verstanden, dessen Ziele andere sind als der verfassungsrechtliche Schutz von Rechtsgütern) und der Krise des Sozialstaats.⁷¹

III. Das „Feindstrafrecht“ im Kontext der Strafrechtsmodernisierung

1. Vorherige Differenzierungen

Auf der einen Seite muss die Modernisierung und Ausdehnung des Strafrechts und auf der anderen Seite das „Feindstrafrecht“ unterschieden werden, denn während erstere vor allem im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts angesiedelt ist, betrifft letzteres insbesondere die organisierte Kriminalität und den Terrorismus. Dennoch handelt es sich nicht um Phänomene, die man isoliert betrachten könnte, weil beide bestimmte Tendenzen der aktuellen Kriminalpolitik enthalten, insbesondere die Suche nach Effektivität und Sicherheit.⁷² Erstgenanntes Phänomen ist begrenzt durch den verfassungsrechtlich garantierten Rechtsgüterschutz und das Problem ist mehr das der Grenzen der Kompatibilität der Gefährdungsde-

⁶¹ *Beck* (Fn. 38), S. 197 ff. und *passim*.

⁶² Vgl. *Schünemann* (Fn. 33), S. 222 ff. Darüber hinaus etwa *Ramos Vázquez* (Fn. 33) (S. 98), der meint, dass „die Theorie des Feindstrafrechts zwischen der absoluten theoretischen Leere und einer höchst rätselhaften Argumentation verkehrt, wobei sie sich ohne Komplexe über den Abgrund lehnt, der das fragile Gebilde des demokratischen Rechtsstaates säumt.“ Anders aber *Gracia Martín* (Fn. 33), S. 19 („... die aktuellen Verfechter des so genannten Feindstrafrechts verfügen über eine ernste historisch-philosophische Bürgschaft als Garantie für ihre Doktrin“).

⁶³ So schon *Demetrio Crespo* (Fn. 31), S. 87 ff. Genau deshalb sollten m.E. keinesfalls Bedingungen für die Legitimität eines solchen „Rechts“ in einem authentischen Rechtsstaat gestellt werden. Anders *Gracia Martín* (Fn. 33), S. 4. Vgl. hinsichtlich der Strafrechtsmodelle, *Streng*, in: Uwer et al. (Fn. 33), S. 231 ff.

⁶⁴ Hierzu *Hirsch*, in: Prittwitz et al. (Fn. 33), S. 253 ff.

⁶⁵ Ebenso *Cancio Meliá*, in: *Jakobs/Cancio Meliá* (Fn. 33), S. 57 ff., 100 ff.; ders. (Fn. 33), S. 286 ff.; *Muñoz Conde* (Fn. 33), S. 126.

⁶⁶ Bezüglich der verschiedenen Formulierungen der „Täterschuld“ von Autoren wie *Mezger*, *Bockelmann*, *Heinitz*, *Engisch* und *Schmidt* siehe u.a. *Demetrio Crespo* (Fn. 5), S. 227 ff.

⁶⁷ Vgl. zu dieser Problematik, *Kindhäuser* (Fn. 33), 81 (94), der auf mögliche Mutationen an der Aufgabenteilung von Straf- und Polizeirecht hinweist.

⁶⁸ Zu den kürzlich ergangenen Urteilen des Obersten Gerichtshofes der USA siehe *Fletcher*, RP 2005/16, 61; so auch *Muñoz Conde* (Fn. 33), S. 128 ff.

⁶⁹ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 219 [„Auch ist die Wirksamkeit einer Rechtsordnung ebensowenig wie die Tatsache ihrer Setzung Grund der Geltung. Grund der Geltung, das ist die Antwort auf die Frage, warum die Normen dieser Rechtsordnung befolgt und angewendet werden sollen, ist die vorausgesetzte Grundnorm, derzufolge man einer tatsächlichen Gesetzen, im großen und ganzen wirksamen Verfassung und daher den gemäß dieser Verfassung tatsächlich Gesetzen, im großen und ganzen wirksamen Normen entsprechen soll“]. Vgl. in diesem Zusammenhang schon die Stellungnahme von *Jakobs* hinsichtlich der Verfolgung in der DDR begangener Delikte, in: *Isensee* (Hrsg.), *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, 1992, S. 37 (52 ff.), sowie die entsprechende Kritik von *Lüderssen*, ZStW 104 (1992), 735 (742 ff.) und *Hirsch*, *Rechtstaatliches Strafrecht und staatlich gesteuertes Unrecht*, 1996, S. 9 ff. (13).

⁷⁰ Siehe diesbezüglich *Cancio Meliá* (Fn. 33), S. 270 f.

⁷¹ *Ferrajoli*, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 1999, S. 15 ff.; *Serrano-Piedecasas*, in: *Pérez Álvarez* (Hrsg.) (Fn. 3), S. 921 ff.

⁷² In diesem Sinne *Cancio Meliá* (Fn. 33), S. 269, der sich auf das „symbolische Strafrecht“ und den „Punitivismus“ als Entwicklungslinien bezieht, die die aktuelle expansive Kriminalpolitik charakterisieren und die auch die Richtlinien des „Feindstrafrechts“ bilden.

likte mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip.⁷³ Der letztgenannte Bereich überschreitet klar diese Grenzen und stellt ein „Strafrecht“ dar, das sich als unvereinbar mit dem „verfassungsrechtlichen Strafrecht“ erweist.⁷⁴

Wie *Hassemer*⁷⁵ aufgezeigt hat, haben einige charakteristische Merkmale der „Risikogesellschaft“ eine soziale Unruhe generiert, deren Folge die Tendenz ist, diese einzig mit Hilfe des Strafrechts anzugehen, was wiederum die traditionellen Garantien des Rechtsstaates beschneidet. Das Phänomen der Ausdehnung des Strafrechts fügt sich ohne weiteres in ein generelles Bedürfnis nach Restriktion oder bestenfalls „Neuinterpretation“ der klassischen Garantien des Strafrechts ein; dies hängt mit der Natur der zu schützenden Rechtsgüter (überindividuelle Rechtsgüter), der Form der tatbestandlichen Erfassung (abstrakte Gefährungsdelikte), und der Täterschaft in diesem Bereich (Unternehmenskriminalität, mittels organisierter Machtapparate, mit transnationalem Charakter, aus Überzeugung, usw.) zusammen.

Es muss jedoch zugegeben werden, dass die Modernisierung des Strafrechts sowohl notwendig als auch unabänderbar ist. Es hat eine Wandlung der Kriminalität stattgefunden, die ohne Zweifel zu einem Wechsel der rechtlichen Modelle führt. Das Strafrecht muss dementsprechend auch zur Erfassung der „Kriminalität der Mächtigen“ in der Lage, und nicht mehr lediglich zum Umgang mit den in der Gesellschaft unterprivilegierten, geeignet sein. Weiterhin ist evident, dass das Strafrecht die tatbestandliche Erfassung von abstrakten Gefährungsdelikten mitträgt und kollektive Rechtsgüter schützt, und dass es daher keinen Sinn hat, deren Legitimität *ab initio* zu leugnen, da es sich dabei, wie *Roxin* konstatiert, lediglich um eine „unbegründete Skepsis“ gegenüber dem Leistungsvermögen einer kriminalpolitisch begründeten Strafrechtsdogmatik handelte.⁷⁶ Daraus ergibt sich, dass es nicht nur möglich, sondern auch notwendig ist, das Strafrecht zur Prävention neuer Gefahren fruchtbar zu machen.⁷⁷

⁷³ Einen in diese Richtung gehenden Versuch kann man sehen in *Demetrio Crespo*, RDPP 2004/12, 201.

⁷⁴ Zur Reichweite dieses Begriffs *Arroyo Zapatero*, RJCL 1987/1. *Díez Ripollés* (Fn. 33), S. 31, erklärt richtigerweise „dass das strafrechtliche Modell der bürgerlichen Sicherheit sich parasitär an der Debatte über die Risikogesellschaft und vereinzelt an den Vorschlägen, die eine Modernisierung des Strafrechts befürworten, bedient hat“. Differenzierend auch *Pérez Cepeda* (Fn. 21) („Das Feindstrafrecht, die „Zero-Tolerance“, die Instrumentalisierung der Opfer; dies sind keine Bestandteile des modernen Strafrechts, sondern Konsequenz des symbolischen Gebrauchs des Strafrechts und der Krise des Rechtsstaats“).

⁷⁵ *Hassemer*, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 2. Aufl. 1996, S. 15 ff. Ebenso in: *Hassemer/Muñoz Conde*, La responsabilidad por el producto en derecho penal, 1995, S. 27 ff.

⁷⁶ *Roxin*, La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal, 2000, S. 65.

⁷⁷ Vgl. *Corcoy Bidasolo*, Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, 1999, S. 26 ff.; *Gómez Martín* (Fn. 24), S. 66 ff.; *Gimbernat Ordeig*, in:

Es darf indessen nicht übersehen werden, dass die Modernisierung des Strafrechts, wenn sie zu dessen Weiterentwicklung dienen soll, nur unter strenger Beobachtung der rechtsstaatlichen Garantien erfolgen kann und nicht entsprechend den Sicherheitserfordernissen einer Gesellschaft, die keine rationalen Kriterien für strafrechtliche Intervention hat, da ansonsten eine Intervention nicht gerechtfertigt werden kann⁷⁸.

2. Der notwendige Schutz kollektiver Rechtsgüter

In der Regel zeigt die Erfahrung die Existenz einer gewissen Divergenz zwischen theoretischen Fragestellungen und empirischer Realität. Jedoch ist im Moment die Divergenz zwischen dem theoretischen Konzept eines Minimalstrafrechts sowie entsprechenden Vorschlägen zur Abschaffung und Reduzierung des Strafrechts einerseits und der aktuellen Realität andererseits so gravierend, dass zu Recht bereits über *die unhaltbare Situation des Strafrechts gesprochen wird*.⁷⁹

Teilweise wird so weit gegangen, den Begriff „Minimalstrafrecht“ als einen Begriff ohne konkreten Inhalt zu bezeichnen.⁸⁰ Ganz im Gegensatz zu diesem Modell erhebt sich zur Zeit ein Phänomen der „Ausdehnung“ von Strafbarkeit, welches im krassen Widerspruch zu dem Anspruch steht, das Strafrecht auf einen Kern zu reduzieren, im Grundsatz dem Kernstrafrecht entsprechend, wie es insbesondere die sogenannte „Frankfurter Schule“ vorschlägt.⁸¹ Die genannte Ausdehnung von Strafbarkeit ist eine Folge des „neuen“ Strafrechts – teilweise Nebenstrafrecht genannt –, das darauf gerichtet ist, die einer postindustriellen Gesellschaft eigenen Rechtsgüter zu schützen. Gegenüber den axiologischen Forderungen des Modells des Kernstrafrechts scheinen sich die *Forderungen nach strafrechtlichem Einschreiten durchzusetzen, die von einer modernen, als „Risikogesellschaft“ bezeichneten Gesellschaft herrühren*.⁸² Diese Gesellschaft

Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y la Criminología, 2001, S. 355 ff.

⁷⁸ Vgl. *Demetrio Crespo* (Fn. 31), S. 114. Zur „unkritischen Fortsetzung“ der Modernisierung siehe *Díez Ripollés* (Fn. 33), S. 31 ff. Vgl. auch kritisch *Weigend* (Fn. 31), S. 62, der einerseits von einer zunehmenden Instrumentalisierung, andererseits von einer – damit einhergehenden – Marginalisierung des Strafrechts spricht.

⁷⁹ Vgl. Institut für Kriminalwissenschaften der Johann Wolfgang Goethe-Universität (Fn. 7); *Hirsch*, in: *Hirsch/Hofmannski/Plywaczewski/Roxin* (Hrsg.), Neue Erscheinungsformen der Kriminalität in ihrer Auswirkung auf das Straf- und Strafprozessrecht, 1996, S. 33 ff.

⁸⁰ *Silva Sánchez* (Fn. 33), S. 17.

⁸¹ Siehe u.a. *Hassemer*, RDPC 1999/3; *ders.*, Persona, mundo y responsabilidad, 1999; *Arroyo Zapatero/Neumann/Nieto Martín* (Hrsg.), Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, 2003.

⁸² Siehe u.a. *Beck*, Risikogesellschaft. Die organisierte Unverantwortlichkeit, 1989; *ders.*, Riskogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1993; *Ewald*, Der Vorsorgestaat, 1993; *Corcoy Bidasolo* (Fn. 77); *Gómez Martín* (Fn.

zeichnet sich vor allem durch besondere Eigenschaften aus, wie etwa das außerordentliche Anwachsen kausaler Verknüpfungen unserer Lebenswirklichkeit und den Ersatz der Einzelhandlung durch kollektive Handlungszusammenhänge, in denen der zwischenmenschliche Kontakt durch anonyme und standardisierte Verhaltensweisen ersetzt wird.⁸³

Die Debatte über die Geeignetheit des Strafrechts zum Schutz kollektiver Rechtsgüter ist im Rahmen der kriminalpolitischen und dogmatischen Diskussion bezüglich der Ausdehnung des Strafrechts in der „Risikogesellschaft“ als Folge der Umwandlung der sozialökonomischen Strukturen in der postindustriellen Gesellschaft bis zu seiner letzten Konsequenz gelangt, die zu einer beträchtlichen Strafinflation geführt hat. *Prittowitz* hat diese Situation mit dem Hinweis darauf verurteilt, dass seit geraumer Zeit ein irritierender Missklang zwischen der Programmatik eines Grenzen unterworfenen Strafrechts und der sich Tag für Tag steigernenden Kriminalisierung herrscht. Letztere ist zu einem Zeitpunkt, in dem Einigkeit über die „Unfähigkeit“ des Strafrechts zur Lösung von Problemen herrscht, nicht tolerierbar.⁸⁴ Ob sich das Strafrecht deshalb in einer „unhaltbaren“ Situation befindet oder ob es sich schlicht um eine „neue“ Situation handelt, die zur Umformulierung von Fragestellungen zwingt, hängt von den Diskrepanzen zweier unterschiedlicher Methoden der Erforschung des Strafrechts ab, die ihrerseits mit verschiedenen epistemologischen Ausgangspunkten zu tun haben: der erste personalistischer, der zweite funktionalistischer Natur. Natürlich liegen diesen Methoden und epistemologischen Ausgangspunkten bestimmte „Menschen- und Gesellschaftsbilder“ zugrunde, bestimmte „Ideologien“, die eine entscheidende Rolle spielen.⁸⁵ Gemeint ist der Individualismus der

24), S. 59 ff.; *Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, Studien zur Vorlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich, 1991; *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 210 ff. und passim; *Kuhlen*, GA 1994, S. 347; *Martínez-Buján Pérez*, in: Díez Ripollés et al. (Hrsg.) (Fn. 19), S. 395 ff.; *ders.*, in: Mir Puig et al. (Hrsg.) (Fn. 3), S. 91 ff.; *Mendoza Buero*, El Derecho penal en la sociedad del riesgo, 2001; *Moccia*, La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale, 2. Aufl. 1997; *Prittowitz*, Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, 1993; *Soto Navarro*, La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, 2003; *Navarro Cardoso* in: Pérez Álvarez (Fn. 3), S. 1321 ff.

⁸³ *Schünemann*, GA 1995, 201 (211).

⁸⁴ *Prittowitz*, in: Institut für Kriminalwissenschaften der Johann Wolfgang Goethe-Universität (Fn. 7), S. 387 ff.

⁸⁵ Beispielsweise bezieht sich *Martínez-Buján* (Fn. 82), 106, ausdrücklich auf „eine klare und vertretbare ideologische Grundlage“, die seiner Meinung nach die Theorie des *Big Bang* (verbunden mit der Entwicklung neuer kollektiver Rechtsgüter) besitzt, die sich aus dem Gedanken des modernen und demokratischen Sozial- und Rechtsstaats ergibt; gegenüber dem von ihm als „wankelmütige Mischung aus Interessen, in einigen Fällen vertretbar, in anderen weniger“ bezeichnete Theorie, die die Anhänger der Theorie des *Big*

schon erwähnten „Frankfurter Schule“⁸⁶ beziehungsweise der „Normativismus“ von *Jakobs*; Modelle, denen *Schünemann* attestiert hat, dass sie in Sackgassen führen: Ersteres, weil sie der Versuchung erlegen sind, ein einziges Prinzip zu überpointieren, es dabei jedoch eher in ein Hindernis als in einen positiven Bestandteil umwandeln. Letzteres, weil es notwendigerweise zu einer bedingungslosen Kapitulation angesichts der herrschenden politischen Praxis in Legislative oder Judikative führt.⁸⁷

3. Die Suche nach Effektivität und Sicherheit

Das Phänomen der *Ausdehnung* bzw. *Modernisierung* des Strafrechts kann durch drei große Strömungen gekennzeichnet werden. Die *Administratisierung*⁸⁸, die *Globalisierung*, und die *fortschreitende Dekonstruktion des liberalen Paradigmas* des Strafrechts. *Silva Sánchez* hat das Problem analysiert und es mit folgenden Variablen in Verbindung gebracht: Schaffung neuer „Strafrechtsgüter“, Erweiterung der strafrechtlich relevanten Risikobereiche, Flexibilisierung der Zurechnungserfordernisse und Relativierung der kriminalpo-

Crunch im wirtschaftlichen Bereich charakterisiert. Nach alledem schließt er, dass „daran erinnert werden muss, dass die Rechtsordnung nicht nur die Freiheit derer schützen muss, die Vorschriften verletzen, sondern auch – und vor allem – die Freiheit jener, die die Vorschriften beachten.“

Meiner Auffassung zufolge ist – ohne die ideologische Grundlage jedes einzelnen in Frage zu stellen – letztere Einschätzung hinsichtlich der Freiheit derer, die die Normen befolgen, gegenüber denen, die sie brechen, wie ich in diesem Aufsatz darstelle, verfehlt. Das Strafrecht soll nicht „vor allem“ die Freiheit einiger weniger gegenüber der Freiheit anderer schützen, sondern die Freiheit aller: Es geht daher eigentlich darum, Rechtsgüter im verfassungsrechtlichen Rahmen zu schützen.

⁸⁶ Siehe die Kritik von *Martínez-Buján* an dem unscharfen Charakter einiger Diskreditierungen von Seiten der Anhänger der *Big Crunch*-Theorie, insbesondere der Vertreter der Frankfurter Schule, in dem Sinne, dass in vielen Vermögensdelikten, deren Legitimität angezweifelt wird, eigentlich traditionelle Individualrechtsgüter geschützt würden, und auch dass es sich in einigen der Straftatbestände, die direkt darauf gerichtet seien, kollektive Rechtsgüter zu schützen, um Güter handle, die sich unzweifelhaft im Dienste des Individuums befänden (ebenda).

⁸⁷ *Schünemann* (Fn. 83), S. 203.

⁸⁸ Siehe diesbezüglich *Zaffaroni* (Fn. 16), S. 25: „Das Verwaltungsrecht des unmittelbaren Zwangs invadiert und okkupiert den ganzen Bereich des Strafrechts in den Notständen, die den antiliberalen Angriffen im Laufe der Geschichte zugrunde liegen (...). Es ist nicht klug, dieses Phänomen heutzutage zu vergessen, wo von der Administratisierung des Strafrechts die Rede ist. Ist es so oder ist es einfach eine Abtretung des Strafrechts an das Verwaltungsrecht? Ist es nicht so, dass das einzige Strafrecht das liberale Strafrecht ist?“

litischen Garantien.⁸⁹ Der Autor akzeptiert daher „resigniert“ als Lösungsweg die zukünftige Existenz eines „Strafrechts zweier Geschwindigkeiten“.⁹⁰

Sicherlich sind für die Regelung dieser neuen Bereiche vorzugsweise normative Werturteile vonnöten, und deshalb wird darauf gebaut, die Risikobereiche von großer sozialer Bedeutung zu reglementieren, wie etwa die Nuklearenergie, die Umwelt, die biomedizinische Forschung, die Nahrungsmittelherstellung etc., was zur Folge hat, dass in diesen Bereichen sehr häufig auf Blankett-Strafgesetze zurückgegriffen wird. Dieses Phänomen, das allgemein als „Administratisierung“ des Strafrechts bezeichnet werden kann, zeichnet sich durch eine Kombination von Faktoren wie die Einführung neuer Schutzgüter, die Vorverlagerung der Grenzen strafrechtlichen Schutzes, und letztendlich den Übergang vom Modell des Verletzungsdelikts gegen Individualgüter zum Gefährdungsdelikt gegen kollektive Rechtsgüter aus.⁹¹

Die Schlüsselfrage liegt hierbei in der *Entmaterialisierung* des Konzepts des Rechtsguts.⁹² Das liberale Konzept des Rechtsguts, den der systematische Funktionalismus als Ausgangspunkt für die Theorie der Generalprävention durch Normstabilisierung aufgegeben hatte, steckt momentan in der Krise.⁹³ Diese Krise, bemerkt *Moccia*, stellt die grundlegendste Funktion des Konzeptes in Frage: nämlich die der Begrenzung strafrechtlichen Eingreifens. Dies ergibt sich daraus, dass es im Dienste eines verzweifelten Pragmatismus der Effektivität als legitim betrachtet wird, Verhaltensweisen für strafbar zu erklären, die weit von einer tatsächlichen Aggression gegen das Rechtsgut entfernt sind, ohne dabei das Kriterium des sozialschädlichen Verhaltens zu berücksichtigen.⁹⁴

⁸⁹ *Silva Sánchez* (Fn. 33), S. 20 [= *ders.*, Die Expansion des Strafrechts. Kriminalpolitik in postindustriellen Gesellschaften, 2003, S. 2 f. und *passim*].

⁹⁰ Ebenda, S. 162: „Im Rahmen des vorher Gesagten kann *resigniert* die – bereits vorliegende – Ausdehnung des Strafrechts auf Massen- und Gefährdungsdelikte zugegeben werden, also auf von tatsächlichen Gefahren für bestimmte Individualrechtsgüter (und überindividuelle Güter, wenn diese etwas enger gefasst verstanden werden) weit entfernte Handlungen. Aber die Erlaubnis der Vernünftigkeit dieser zweiten Expansion, die von Zügen der oft behaupteten Flexibilisierung begleitet wird, würde zwingend ergeben, dass die besagten Delikte keine Haftstrafen zur Folge hätten“.

⁹¹ Ebenda, S. 121.

⁹² *Krüger*, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutbegriff, 2000; *Müssig*, RDPC 2002/9, 169.

⁹³ Zu Recht ist bemerkt worden, dass „die Straftheorie von Jakobs und im Allgemeinen sein ganzes Strafrechtssystem den Vorteil hat, sich auf befriedigende Weise jedem aktuellen postindustriellen sozialen Modell anzupassen“, vgl. *Gómez Martín* (Fn. 24) S. 73.

⁹⁴ *Moccia*, in: *Silva Sánchez* (Hrsg.), *Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, 1997, S. 114 f.; *ders.* *El Derecho Penal entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica*, Übersetzung von A. Bonanno, Präsentation von G. Fernández, 2003, S. 181 ff

Das Konzept des „erlaubten Risikos“ spielt in der Dogmatik dieses „neuen“ Strafrechts eine grundlegende, regulierende Rolle. Nämlich als rechtliche Figur, die erlauben würde, Handlungen als mit dem Recht vereinbar zu betrachten, die eine Verletzungsgefahr für Rechtsgüter darstellen, wenn das Risikoniveau sich innerhalb vernünftiger Grenzen bewegt und der Handelnde notwendige Vorsichtsmaßnahmen getroffen hat, um eben die Gefahr des Auftretens besagter schädigender Folgen zu verringern.⁹⁵ Es handelt sich hierbei um ein Kriterium, das eine Abwägung aller strafrechtlich relevanten Interessen ausdrückt, ein Abwägungsergebnis, in dem sich nach Auffassung *Silvas* eine vorige Bewertung niederschlägt, die als wichtigste Prämisse das Selbstverständnis der Gesellschaft und die relative Werteordnung hat, in die sich die Gesellschaft einfügt. Mit dieser Argumentation wird hervorgehoben, dass gerade durch den signifikanten Wandel im sozialen Selbstverständnis der letzten Jahrzehnte, eine Modifizierung der Folge des genannten Abwägungsurteils mit dem Ergebnis einer Minderung des erlaubten Risikos eintritt, als Konsequenz einer *essentiellen Überschätzung der Sicherheit*.⁹⁶

Die Globalisierung⁹⁷ als internationales wirtschaftliches Phänomen, und die supranationale Integration als rechtspoli-

(188): „Der Respekt für die persönliche Freiheit, die Suche nach Begrenzung der Ausübung der Bestrafungskompetenz, Gründe der Effektivität und der Aufrechterhaltung der Glaubwürdigkeit des Strafrechtssystems, sowie die Verfolgung des Ziels der Resozialisierung stellen Faktoren dar, die auf eine drastische Reduktion der strafrechtlichen Intervention zielen.“

⁹⁵ Wie *Paredes Castañón* hervorgehoben hat, ist es nicht möglich, das Konzept „erlaubtes Risiko“ auf einen einzigen Moment im Prozess der strafrechtlichen Bewertung des Verhaltens zu reduzieren, sondern dass es jederzeit wirken kann: als „Ausschlussgrund des objektiven Handlungsunwertes“ und als „strafrechtlicher Argumentationsgegenstand im Sitz der Rechtswidrigkeit“, die nützlich wäre, um die Argumentationsform der Bewertung strafrechtlichen Verhaltens zu modifizieren (vgl. *Paredes Castañón*, *El riesgo permitido en Derecho Penal. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas*, 1995, S. 518 ff.).

⁹⁶ *Silva Sánchez* (Fn. 33), S. 42 ff (45).

⁹⁷ Siehe u.a. *Beck*, Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus, Antworten auf Globalisierung, 4. Aufl. 1998; *Quintero Olivares*, in: *Zúñiga Rodríguez/Méndez Rodríguez/Diego Díaz-Santos* (Hrsg.), *El Derecho Penal ante la globalización*, 2002, S. 11-25; *Bernardi*, RDPP 2002/8, 13; *ders.*, *Modelli penali e società multiculturale*, 2006, S. 3 ff.; *Delmas-Marty*, in: *Tours et travaux du Collage de France. Résumés 2003-2004. Annuaire 104 année*, S. 695 ff.; *dies.* in: *Belloubet-Frier/Flogaëtis/Gonod/Picard* (Hrsg.), *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, 2004, S. 89 ff.; *Pérez Cepeda*, in: *Pérez Álvarez* (Hrsg.) (Fn.3), S. 1363 ff.; *ders.*, *Globalización, tráfico internacional de personas, y derecho penal*, 2004, S. 303 ff.; *Silva Sánchez* (Fn. 33), S. 80 ff.; *Terradillos Basoco*, in: *Terradillos Basoco/Acale Sánchez*

tisches Phänomen stellen ihrerseits zwei Faktoren dar, die sich entscheidend auf die Debatte zum Strafrecht in der postindustriellen Gesellschaft auswirken. Ihnen liegt die Forderung eines effektiveren Kampfes gegen die Kriminalität zugrunde, was klar in Gebieten wie der Wirtschaftskriminalität und der organisierten Kriminalität zu beobachten ist; Straftatbestände, die *Jakobs* kürzlich neben dem Terrorismus, den Sexualstraftaten, der Schwerstkriminalität überhaupt, mit dem Begriff des Feindstrafrechts umschrieben hat.⁹⁸ Ein weltweit bedeutendes Kapitel ergibt sich insbesondere aus der Europäisierung des Strafrechts.⁹⁹ Einen breiteren Bezugsrahmen bietet die Diskussion bezüglich der Internationalisierung des Strafrechts und der Strafrechtswissenschaft, ihre Möglichkeiten und Grenzen.¹⁰⁰

Angesichts dieses aktuellen Prozesses wird vorgeschlagen, entweder die Regeln des Allgemeinen Teils des Strafrechts zu teilen, oder zu akzeptieren, dass aufgrund der star-

(Hrsg.), *Temas de Derecho penal económico*, 2004; *Schünemann*, ARSP 93 (2004), 133 ff.

⁹⁸ *Jakobs* (Fn. 20), S. 41 f.

⁹⁹ Siehe u.a. *Bernardi*, L'Europeizzazione del Diritto e della Scienza Penale, 2004; *Demetrio Crespo*, RP 2005/16, 43; *Nieto Martín*, RGDP 2005/3; *Schünemann* (Hrsg.), Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung, 2004; *ders.* ZStW 116 (2004), 376; *Weigend*, ZStW 116 (2004), 281 ff. (302) [„Deren Konzeption scheint vielmehr auf der Annahme zu beruhen, daß *Freiheit* nur dann gedeihen könne, wenn durch eine vereinheitlichte, umfassende und punitive Strafgesetzgebung und deren zentral gesteuerte lückenlose Durchsetzung ein Höchstmaß an *Sicherheit* in Form von allgemeiner Normkonformität geschaffen wird“]. Vgl. auch jüngst, hinsichtlich der „Feindbekämpfung“ im EU-Strafrecht, *Scheffler* (Fn. 23), S. 127 ff.

Diese Europäisierung hat in letzter Zeit, aufgrund des negativen Ergebnisses des Referendums in Frankreich zur „Europäischen Verfassung“, einen herben Rückschlag erlitten. Hinzu kommt auf strafrechtlicher Ebene das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18.7.2005 (2 BvR 2236/04, NJW 2005, 2289), die das deutsche Ausführungsgesetz zum europäischen Haftbefehl für nichtig erklärt hat. In der spanischen Literatur siehe: *Demetrio Crespo*, La Ley 2006/6441, 1 m.w.N (auch zu deutscher Besprechungen).

¹⁰⁰ Siehe u.a. *Hirsch*, ZStW 116 (2004), 835; *Weigend*, in: *Arnold et al.* (Fn.46), S. 955 ff. Vgl. auch jüngst, hinsichtlich der Aufgaben, Methoden und Theorieansätze der vergleichenden Strafrechtswissenschaft, ausführlich *Sieber*, in: *Sieber/Albrecht* (Fn.31), S. 78 ff. Bezüglich des *Völkerstrafrechts* und seiner Interpretation aus Sicht des „Feindstrafrechts“, siehe *Pastor* (Fn. 33), Fn. 141 ff., in dem kritisch die „Internationale Strafjustiz“ als das „Feindstrafrecht in seiner reinsten Form“ bezeichnet wird. Anders äußert sich dagegen *Ambos* (Fn. 33), 63, der das Konzept des „Feindstrafrechts“ als völlig inakzeptabel aus der Sicht des Internationalen Strafrechts bezeichnet, da es den Minimalkonsens über die Menschenrechte nicht beachtet, auf den sich die Völkerstrafrechtsordnung gründet. Vgl. auch *Aponte*, in: *Uwer et al.* (Fn. 33), S. 156 ff.; *Pawlik*, in: *Hoyer et al.* (Fn. 33), S. 357 ff.

ken Anziehungskraft der neuen Kriminalität auch die den klassischen Formen der Kriminalität zugrunde liegenden Regeln modifiziert werden müssen.¹⁰¹ Nach der Einschätzung *Ferrajolis* kann als Folge des Phänomens der Globalisierung von einer *tiefen Krise des Rechts* gesprochen werden.¹⁰² Diese manifestiert sich in erster Linie als Krise der Glaubwürdigkeit des Rechts, da trotz der vielen verfassungsrechtlichen Chartas und Menschenrechtserklärungen die Menschen heute aufgrund der Armut, der Tausende und Abertausende zum Opfern fallen, ungleicher sind denn je. Ein weiterer Aspekt der Krise ist die Unfähigkeit, Regeln hervorzubringen, die auf der Höhe der Herausforderungen der Globalisierung stehen.¹⁰³

IV. Ergebnisse

1. Der Problematik um den Begriff „Feindstrafrecht“ liegt eine alte Diskussion zugrunde: Das Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit. Bei diesem grundlegenden Gegensatz optiert das Modell des „Feindstrafrechts“ einseitig zugunsten der Sicherheit. Das Thema muss daher dem methodologischen und philosophisch-politischen Kontext entsprechend beurteilt werden.

2. Methodologisch zieht die Theorie des Feindstrafrechts normative Konsequenzen aus vermeintlich deskriptiven Überlegungen, ohne diesen „Sprung“ vom Sein zum Sollen zu rechtfertigen, oder besser: indem sie es – insoweit falsch – rechtfertigt, als dass die Geltung nicht von der Wirksamkeit abgeleitet werden darf.¹⁰⁴ Dagegen erkennt das Strafrecht eines Rechtsstaates eine Verbindung zwischen dem Sein mit dem Sollen aufgrund der verfassungsrechtlichen Orientierung der materiellen Rechtsordnung an. Diese besteht – wie dargestellt – in der Aufnahme bestimmter moralischer Anforderungen in Form von Grundrechten.

3. Philosophisch-politisch gesehen wird die klassische Aufgabe des Liberalismus, nämlich der Schutz grundlegender Individualrechte, ersetzt durch „antiliberalen Tendenzen“ die von dem Gedanken ausgehen, dass es notwendig sei, auf Teile persönlicher Freiheit zu verzichten, um größtmögliche kollektive Sicherheit zu gewährleisten. Dieser Ersatz, der hemmungslos von einer Mehrheit des politischen Spektrums übernommen wird, impliziert gewissermaßen den langsamen, aber offenbar unaufhaltsamen Übergang des Rechtsstaats in einen Präventivstaat, der sich durch vorzeitiges Aktivwerden gegenüber Risiken auszeichnet (da diesen zeitlich vor der Verletzung oder gar Gefährdung vorzubeugen ist), anstatt sich auf nachträgliche Reaktionen in Einklang mit bestimmten Prinzipien und Garantien zu beschränken.

¹⁰¹ *Silva Sánchez* (Fn. 33), S. 81 ff. (90 f.). Einer der geschätztesten Spezialisten des Wirtschaftsstrafrechts Spaniens hat beispielsweise vorgeschlagen, für diesen Bereich spezielle Strafgesetze für Wirtschaftsstraftaten von geringer Schwere zu schaffen, die einen Allgemeinen Teil nach Vorbild der „Euro-Delikte“ hätten; vgl. *Martínez Buján* (Fn. 82), S. 98.

¹⁰² *Ferrajoli*, CRP 2005/152, 20.

¹⁰³ Ebenda.

¹⁰⁴ So bereits *Demetrio Crespo* (Fn. 31), S. 90.

4. Die Frage nach der Legitimität des Feindstrafrechts muss negativ beschieden werden. Es handelt sich hierbei um ein prinzipiell unzulässiges „Strafrecht“, insbesondere weil es das Grundrecht des Menschen auf die Unantastbarkeit seiner Würde leugnet, aber auch, weil es ein „Täterstrafrecht“ darstellt und einem grundlegenden Prinzip der Rechtstheorie zuwiderläuft, wonach die Geltung nicht von der Wirksamkeit abgeleitet werden darf. Soweit man eine bereits vorliegende Geltung dieses „Strafrechts“ feststellen mag, ist es Aufgabe der Juristen, diesem wegen seiner Unvereinbarkeit mit einem rechtsstaatlichen Strafrecht entgegenzutreten.¹⁰⁵

5. Das Konzept des Feindstrafrechts selbst ist mit hoher Wahrscheinlichkeit schädlich und unnötig.¹⁰⁶ Schädlich, weil es Konnotationen beinhaltet, die an die politische Theorie unseliger historischer Zeiten erinnern, und weil es aufgrund seiner Ambivalenz Anlass zu Reaktionen „emotionaler“ statt sachlicher Natur gibt.¹⁰⁷ Unnötig ist es deshalb, weil es sich dabei im Kern um *Täterstrafrecht* handelt, wobei dieser Ausdruck insoweit treffend ist, als er den Unterschied zum *Tatstrafrecht* verdeutlicht. Gleichwohl ist dem Konzept des Feindstrafrechts immerhin zu verdanken, dass es zu einer Kritik und einer sich abzeichnenden Generalrevision des geltenden Strafrechts, seiner Tendenzen und streitigen Gegenstände, geführt hat.¹⁰⁸

6. Fraglich ist, ob das Feindstrafrecht nicht in sich widersprüchlich ist.¹⁰⁹ Zu diesem Ergebnis gelangt man, wenn man feststellt, dass diese Theorie von der Notwendigkeit im Rahmen des Erforderlichen eines Ausnahme'strafrechts' am Rande des Bürgerstrafrechts ausgeht, dessen Anwendung auf gefährliche Personen beschränkt bliebe, die das Recht nicht wie Personen behandeln kann. Wenn jedoch – wie *Gracia Martín* anmerkt – „jemand an einem Prozess teilnimmt, so geschieht dies in seiner Funktion als mit sämtlichen Rechten ausgestatteter und von sämtlichen rechtsstaatlichen Garantien, insbesondere vom Prinzip der Unschuldsumutung, geschützter Bürger“¹¹⁰.

7. Das bisher Gesagte fördert etwas sehr wichtiges zutage, nämlich dass es sich bei dem Feindstrafrecht nicht, wie es auf den ersten Blick den Eindruck erweckt, um eine Theorie handelt, die zunächst feststellt und dann legitimiert wird, sondern ihr Legitimationspotential erlaubt ihr, ein breiteres Spektrum zu erfassen als von der vermeintlichen Beschreibung der Realität abgeleitet werden kann. Die Theorie des Feindstrafrechts ist eine deskriptiv-preskriptive Theorie, die außerdem die konsequente Ausnahme vom Konzept der Stabilisierung der Norm der positiven Generalprävention darstellt. Dieses Konzept bewährt sich hinsichtlich der Strafziele nicht bei Personen, die keine kognitive Sicherheit bieten, so dass für diese Fälle eine andere Erklärung gefunden werden muss. Dies wiederum illustriert, wie schwach die Gegenwehr des funktionalen Normativismus gegenüber der herrschenden politischen Praxis ist.

8. Das „Feindstrafrecht“ fügt sich andererseits in den kriminalpolitischen Kontext ein, der der „Modernisierung“ des Strafrechts innewohnt, welche sich vor allem durch starke Pönalisierungstendenzen und die Suche nach Effektivität auszeichnet. Dennoch ist zwischen den verschiedenen Bereichen zu unterscheiden, die zur Modernisierung gehören (wie etwa beim Wirtschaftsstrafrecht der Fall), und den Bereichen, denen sich die „Feindstrafgesetzgebung“ (insbesondere, wenn auch nicht ausschließlich, organisierte Kriminalität und Terrorismus) zuwendet. Erstgenanntes Phänomen ist begrenzt durch den verfassungsrechtlich garantierten Rechtsgüter-schutz, wobei hier vor allem die Grenzen der Kompatibilität der Gefährdungsdelikte mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip problematisch sind. Letztgenannter Bereich dagegen überschreitet klar diese Grenzen und stellt ein „Strafrecht“ dar, was sich als mit dem „verfassungsrechtlichen Strafrecht“ unvereinbar erweist.¹¹¹

9. Wenn wir eine vor langer Zeit begonnene Entwicklung zugunsten eines rechtstaatlichen Garantien und Humanismus verpflichteten Strafrechts nicht umkehren wollen, dürfen wir das Dilemma zwischen Freiheit und Sicherheit nicht einseitig zugunsten der Sicherheit entscheiden. Hier lässt sich zwar mit guten Argumenten einwenden, dass die beiden Pole nicht *per se* isoliert voneinander stehen, da es zur Gewährleistung der Freiheit unbedingt der Sicherheit bedarf. Es gilt jedoch zu bedenken, dass das Strafrecht nicht selbst Sicherheit zu bieten imstande ist, sondern lediglich einen minimalen Beitrag dazu leisten kann. Gleichzeitig muss zwischen dem Konzept der *Sicherheit durch den Staat* und dem Konzept der *Sicherheit vor dem Staat* unterschieden werden, wobei eine gesunde Distanz dieser beiden nicht zu gering zu bewerten ist.¹¹² Das Strafrecht muss essentielle Rechtsgüter schützen, um ein friedliches Zusammenleben, und damit die persönliche Freiheit jedes einzelnen zu gewährleisten.

10. Die Menschenrechte und deren Schutzmechanismen, wie die Gewaltenteilung oder das demokratische Prinzip, sind unzweifelhaft konstitutive Elemente des Rechtsstaats.¹¹³ Wie bereits *E. Diaz* anmahnte, ist nicht jeder Staat ein Rechtsstaat

¹⁰⁵ So statt aller *Muñoz Conde* (Fn. 33), S. 136.

¹⁰⁶ Besondere Aufmerksamkeit bezüglich der Analyse des Konzepts verdient die Arbeit von *Greco* (Fn. 33), 113, der zu dem Schluss kommt, dass dieses Konzept keinen Platz in der Strafrechtswissenschaft beanspruchen kann. In diesem Sinne auch jüngst *Kindhäuser* (Fn. 33), S. 98.

¹⁰⁷ Vgl. dazu *Gracia Martín* (Fn. 33), S. 27 ff.

¹⁰⁸ In diesem Sinn versteht *Cancio* (Fn. 33), S. 268, das Konzept als ein geeignetes Instrument zur Beschreibung eines wichtigen Bereiches der aktuellen Entwicklung der strafrechtlichen Vorschriften. Vgl. auch *Neumann*, in: Uwer et al. (Fn. 33), S. 301, der von „Feindstrafrecht“ als Instrument der Rechtsanalyse spricht.

¹⁰⁹ Siehe *Cancio* (Fn. 33) 268, der den Ausdruck „Bürgerstrafrecht“ als Pleonasmus bezeichnet, während der Begriff des „Feindstrafrechts“ eine *contradictio in adiecto* sei; jüngst auch *Schünemann* (Fn. 33), S. 219, der meint, dass Feindstrafrecht kein Strafrecht sei.

¹¹⁰ *Gracia Martín* (Fn. 33), S. 29; vgl. auch *Schünemann* (Fn. 33), S. 226.

¹¹¹ Vgl. *Gössel* (Fn. 33), S. 35 ff.

¹¹² Vgl. *Kühne*, IRP-Rechtspolitisches Forum 2004/21, 19.

¹¹³ Ebenda.

(ein rechtsverwaltender Staat genügt nicht), sondern ein Rechtsstaat setzt die rechtliche Institutionalisierung der demokratischen Politik voraus, die in den Menschenrechten ihre eigentliche *raison d'être* findet.¹¹⁴ Diese müssen auch, um auf die zu Beginn gestellte Frage zurückzukommen, das feste Bindeglied zwischen Sein und Sollen des Strafrechts darstellen. Schlussendlich ist es auch die Aufgabe der Menschenrechte, die unüberwindliche Grenze gegenüber jedem kriminalpolitischen, philosophisch-politischen, rechtsphilosophischen, soziologischen oder dogmatischen Angriff zu bilden.

¹¹⁴ *Díaz*, in: *Betegón et al.* (Fn.1), S. 17 ff. (17).