

# Die Debatte über das „Feindstrafrecht“ in Deutschland

## Aufleben eines alten Dilemmas am Anfang des 21. Jahrhunderts?\*

Von Dr. Martin Asholt, Hagen\*\*

„Ein Gespenst geht um in Europa [...].“ So leiten nicht nur Marx und Engels 1848 ihr kommunistisches Manifest ein, sondern auch einige Autoren ihre Stellungnahme zur Debatte um ein „Feindstrafrecht“<sup>1</sup>. Die literarische Anlehnung klingt wortgewaltig und doch nimmt sie Annahmen vorweg, die für die Debatte wesentlich sind: Erstens suggeriert der Begriff des Gespenstes, es handele sich um ein Trugbild, zweitens beschränkt sich das Zitat auf Europa und drittens handelte es sich 1848 bei dem „Gespenst“ des Manifests um eine relativ neue Erscheinung.<sup>2</sup>

Die folgenden Ausführungen werden sich auf die deutsche Entwicklung konzentrieren, also sich nur mit den Annahmen eins und drei auseinandersetzen – wobei ein Blick über den europäischen Tellerrand, soviel sei angemerkt, das wahre Ausmaß der Debatte erst begrifflich macht.<sup>3</sup> Handelt es sich also um ein Trugbild? Und ist es neu? Zur Beantwortung der ersten Frage soll zunächst eine Durchsicht der Begründung(en) des „Feindstrafrechts“, seiner Kritik und der hierbei herangezogenen Gesetze gegeben werden, die die These von der „Unwirklichkeit“ fraglich erscheinen lässt. Hinsichtlich der zweiten Frage suggeriert das Eingangszitat eine neue – andere – Entwicklung. Eine historische Diskontinui-

tät. Insofern wird im zweiten Teil eine Suche nach Kontinuitäten oder Diskontinuitäten der Begründung des „Feindstrafrechts“ angeschlossen.

### I. Die Debatte um das „Feindstrafrecht“

#### 1. Zwei Vorträge über „Feindstrafrecht“

Die Debatte über das „Feindstrafrecht“ lässt sich in zwei Abschnitte einteilen. Beide beginnen mit Vorträgen von Günther Jakobs aus Bonn.<sup>4</sup>

##### a) Bonn 1985

Den ersten Vortrag hielt Jakobs 1985 auf der Frankfurter Strafrechtslehretagung. Dort prägte er die beiden Zentralbegriffe der Auseinandersetzung, indem er dem „Bürgerstrafrecht“ auf der einen Seite ein „Feindstrafrecht“ auf der anderen gegenüberstellte.

Der Staat dürfe – wolle er im Rahmen des bürgerlichen Strafrechts bleiben – nur dann strafen, wenn das vorgeworfene Verhalten die private Sphäre des Bürgers verlasse. Jeder staatliche Eingriff, der diesen inneren Bereich betreffe, ohne durch eine äußere Handlung des Bürgers gerechtfertigt zu werden, sei kein bürgerliches Strafrecht, sondern „Feindstrafrecht“.<sup>5</sup>

Mit dieser Unterscheidung wendet er sich gegen eine Vielzahl von Tatbeständen des geltenden Strafgesetzbuches, wobei hier nur zwei Beispiele genannt werden sollen:

*Beispiel 1:* Die Strafbarkeit von reinen Vorbereitungshandlungen, die den privaten Bereich (noch) nicht verlassen. Hier wäre die Strafbarkeit der Bildung terroristischer Vereinigungen gem. § 29a StGB ebenso zu nennen, wie die Strafbarkeit der bloßen Verabredung eines Verbrechens durch zwei Personen unter den Bedingungen der Privatheit gem. § 30 StGB.

\* Überarbeitete und erweiterte Fassung eines vor der ungarischen Akademie der Wissenschaften am 6.11.2010 in Budapest gehaltenen Vortrages.

\*\* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Juristische Zeitgeschichte von Prof. Dr. Dr. Thomas Vormbaum an der FernUniversität in Hagen.

<sup>1</sup> Nachweise bei Arnold, HRRS 2006, 303. Wenn hier und im Folgenden von Feindstrafrecht die Rede ist, so ist dies allein der Üblichkeit der Bezeichnung geschuldet. Keinesfalls soll diese Figur mit dem Prädikat Recht geadelt werden, da dieser Begriff schon die Lösung der Frage vorwegnahme, ob es sich bei dem Vorgehen schon um Recht oder lediglich um Macht handelt (vgl. Albrecht, in: Uwer/Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen [Hrsg.], Bitte bewahren Sie Ruhe, Leben im Feindrechtsstaat, 2006, S. 117 [S. 122]). Zur Unterscheidung wird im Folgenden der Begriff stets in Anführungszeichen verwendet; den Leser bitte ich, diese sperrige Schreibweise zu entschuldigen.

<sup>2</sup> Vgl. zudem zu der Frage, was der „Feind“ sein soll und wer diesen konstruiert: Aponte, in: Uwer/Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen (Fn. 1), S. 131 (S. 147) und Gössel, in: Vormbaum (Hrsg.), Kritik des Feindstrafrechts, 2010, S. 43 ff.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu statt vieler Muñoz Conde, Über das Feindstrafrecht, 2007; Ambos, in: Vormbaum (Fn. 2), S. 345 (S. 352 ff.); Heinrich, ZStW 121 (2009), 94 (105 ff.); Sinn, in: Vormbaum (Fn. 2.), S. 221 (S. 226 ff.); Aponte, Krieg und Feindstrafrecht, Überlegungen zum „effizienten“ Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien, 2004 und Greco, Feindstrafrecht, 2010, S. 31 ff.

<sup>4</sup> Jakobs, ZStW 97 (1985), 751 und Jakobs, in: Eser/Hassner/Burkhardt (Hrsg.), Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Rückbesinnung und Ausblick, Dokumentation einer Tagung vom 3.-6. Oktober 1999 in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, 2000, S. 47. In der Hauptsache wird es um diese beiden Veröffentlichungen gehen. Die späteren Veröffentlichungen werden jedoch zur Konkretisierung Berücksichtigung finden: Jakobs, HRRS 2004, 88; Jakobs, ZStW 117 (2005), 839; Jakobs, HRRS 2006, 289; Jakobs, in: Rosenau/Kim (Hrsg.), Strafrecht und Strafgerechtigkeit, Deutsch-Japanischer Strafrechtsdialog, 2010, S. 181. Einen guten Zugang zu den Reaktionen auf die Vorschläge von Jakobs bieten zwei hierzu erschienene Sammelbände: Uwer/Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen (Fn. 1), und Vormbaum (Fn. 2); Nachweise internationaler Sammelbände zum Thema bei Greco (Fn. 3), S. 11.

<sup>5</sup> Jakobs, ZStW 97 (1985), 751 (756).

Beide Verhaltensweisen bleiben im privaten Bereich der Beteiligten.

*Beispiel 2:* Die Strafbarkeit von Versuchshandlungen, bei denen sich keine objektive Störung ergibt, sondern die Feststellung der Strafbarkeit allein aus den Gedanken des Täters gewonnen werden kann, wie bei objektiv eindeutig ungeeigneten Versuchshandlungen. Auch hier wird die Strafbarkeit ausschließlich aus der Bewertung innerer – und damit privater – Angelegenheiten des Betroffenen gewonnen.

Der Vortrag hat wenig Kritik erfahren und wurde überwiegend als kritische, aber durchaus zutreffende Beschreibung des geltenden Rechts und seiner Probleme verstanden.<sup>6</sup>

### b) Berlin 1999

Vierzehn Jahre später griff *Jakobs* seine Beschreibung des „Feindstrafrechts“ erneut auf. Diesmal sollte er eine ungleich heftigere Reaktion verursachen.<sup>7</sup>

Auch in seinem zweiten Vortrag stellt *Jakobs* die beiden Sphären des „Bürger-“ und des „Feindstrafrechts“ einander gegenüber. Die kritische Haltung ist jedoch weit weniger ausgeprägt. Auch in diesem Vortrag findet sich eine Beschreibung der Effekte des sog. „Feindstrafrechts“. Es umfasst:

- Vorverlagerungen der Strafbarkeit wie in § 129a StGB, der Strafbarkeit der Zugehörigkeit zu einer terroristischen Vereinigung.
- Diese Vorverlagerungen führen jedoch nicht – wie es in einem rechtsstaatlichen Strafrecht zu erwarten wäre – zu einer Milderung der Strafe.
- Vielmehr ist ein Übergang von der Strafgesetzgebung zu einer Bekämpfungsgesetzgebung festzustellen, die sich nicht zuletzt im Namen der Gesetze – genannt sei hier nur das „Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus“ oder das „Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels“ – niederschlägt.
- Zudem zeichnet das „Feindstrafrecht“ sich durch einen Abbau prozessualer Garantien im Strafverfahren aus.<sup>8</sup>

Der Befund ist deutlich: „In dieser Sprache – vorverlagernd, mit harter Sprache bekämpfend, prozessuale Garantien einschränkend – spricht der Staat nicht mit seinen Bürgern, sondern droht er seinen Feinden“<sup>9</sup>. Bis hier hätte der Vortrag das Schicksal seines Vorgängers von 1985 teilen können. Was die Kritiker auf den Plan rief, waren nicht die Beschreibung des „Feindstrafrechts“, sondern Formulierungen, die als Zustimmung verstanden wurden. An die Beschreibung der Elemente des „Feindstrafrechts“ schließt *Jakobs* die Feststellung an, dass die Zahl der so angesprochenen Feinde in der Zukunft wohl nicht ab-, sondern zunehmen werde. Und dann:

„Eine risikobewußte Gesellschaft kann diese Problematik [...] nicht einfach beiseite schieben; sie kann die Problematik auch nicht nur mit polizeilichen Mitteln lösen. Deshalb besteht zu einem Feindstrafrecht keine heute ersichtliche Alternative.“<sup>10</sup>

Die Ursachen für diese Aussage liegen in einer grundlegenden strafrechtlichen Annahme bei *Jakobs*. Er geht davon aus, dass das Strafrecht der Normstabilisierung dient. Eine Straftat – so *Jakobs* – verletzt die Rechtlichkeit der Gesellschaft. Daher ist die Strafe die Wiederherstellung der verletzten Rechtlichkeit, indem die Geltung des Normbestandes kommunikativ wiederhergestellt wird.<sup>11</sup> Die Gesellschaft geht davon aus, dass der Täter an der „Kommunikation durch Strafe“ teilnimmt und vergewissert sich durch die Strafverhängung über Recht und Unrecht („Normvertrauen“<sup>12</sup>):

„Die Tat als Tat einer vernünftigen Person bedeutet etwas, nämlich eine Desavouierung der Norm, einen Angriff auf ihre Geltung, und die Strafe bedeutet gleichfalls etwas, nämlich die Behauptung des Täters sei unmaßgeblich und die Norm gelte unverändert fort, die Gestalt der Gesellschaft bleibe also erhalten.“<sup>13</sup>

Die Erkenntnis über Recht und Unrecht allein ist jedoch als Grundlage der Existenz einer Gesellschaft unzureichend. In ihr leben nicht nur Heroen, die ihrer selbst gewiss auf ihr Recht vertrauen, sondern auch ängstliche Menschen. Das Vertrauen in die gesellschaftlichen Normen muss daher nach *Jakobs* kognitiv untermauert werden, da die Normen ansonsten nicht für die gesellschaftliche Orientierung geeignet sind:

„Etwa das Bewußtsein, als Opfer einer Tötung im Recht zu sein, ist ohne die Kenntnis, daß die Tötung wahrscheinlich vermieden wird, keine taugliche Grundlage der Lebensplanung.“<sup>14</sup>

Die Gesellschaft muss nicht nur sicher sein, dass ihre Normen Geltung behalten, sondern es muss auch Sicherheit dahingehend bestehen, dass höchstwahrscheinlich niemand die Normen übertreten wird. Die kognitive Funktion des Vertrauens ist also die Erwartung, dass tatsächlich nicht gegen Normen verstoßen wird.

Dieses kognitive Vertrauen muss zudem nicht nur für die Normen gelten, sondern auch für Personen. Wer der Kommunikation durch Strafe zugänglich ist, nimmt an ihr teil. Er gibt – so *Jakobs* – eine gewisse kognitive Sicherheit dafür, dass er sich als Person verhalten wird:

„Bleibt diese Garantie aus oder wird sie sogar ausdrücklich verweigert, wandelt sich das Strafrecht von einer Reaktion der Gesellschaft auf die Tat eines ihrer Mitglieder zu einer Reaktion gegen einen Feind.“<sup>15</sup>

Insgesamt bleibt hiernach der Gesellschaft keine Alternative als gegen ihre Feinde vorzugehen. Da eine Integration der hierfür erforderlichen Bestimmungen in das Strafgesetzbuch jedoch unweigerlich zu einer Vermischung des bürger-

<sup>6</sup> Nachweise bei *Greco*, GA 2009, 96 (100).

<sup>7</sup> Umfassender Nachweis der ablehnenden Stellungnahmen im Sammelband „Kritik des Feindstrafrechts“ (Fn. 2) und bei *Heinrich*, ZStW 121 (2009), 94 (101 Fn. 37).

<sup>8</sup> *Jakobs* (Fn. 4 – Strafrechtswissenschaft), S. 51 f.

<sup>9</sup> *Jakobs* (Fn. 4 – Strafrechtswissenschaft), S. 52.

<sup>10</sup> *Jakobs* (Fn. 4 – Strafrechtswissenschaft), S. 53.

<sup>11</sup> *Jakobs* (Fn. 4 – Strafrechtswissenschaft), S. 49.

<sup>12</sup> *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (775).

<sup>13</sup> *Jakobs*, HRRS 2004, 88.

<sup>14</sup> *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (775).

<sup>15</sup> *Jakobs* (Fn. 4 – Strafrechtswissenschaft), S. 50.

lichen Strafrechts und des „Feindstrafrechts“ führt, muss – um die bürgerliche Freiheit zu schützen – das „Feindstrafrecht“ vom bürgerlichen Strafrecht getrennt werden. Der Strafrechtswissenschaft hingegen bleibt – will sie nicht marginalisiert werden – nur die Möglichkeit, die eingeschlagene Richtung zu benennen bzw. zu begleiten.<sup>16</sup>

## 2. Verbindungen

Hier soll nicht die Debatte darüber geführt werden, ob die Äußerungen aus dem Jahr 1999 als beschreibend oder als zustimmend bewertet werden können. Es ist nicht der Bote, der interessieren soll, sondern die Nachricht über die strafrechtliche Entwicklung und die vorhandenen Rechtfertigungsmöglichkeiten, die er überbringt.<sup>17</sup> Dabei wird hier

<sup>16</sup> *Jakobs* (Fn. 4 – Strafrechtswissenschaft), S. 54.

<sup>17</sup> Verhehlt werden soll jedoch nicht, dass *Jakobs'* Konzeption zum „Feindstrafrecht“ bedenklich erscheint. So enthält sie kein Element, das den staatlichen Zugriff gegenüber dem Einzelnen begrenzt. In ihr ist der Einzelne nur „Empfänger staatlicher Fürsorge und Freiheitszuweisung [...] und [...] Adressat beliebiger Normen“. (*Kindhäuser*, in: Hoyer [Hrsg.], Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 81 [S. 89]), vgl. auch *Gierhake*, ARSP 2008, 337 (344 ff., insb. 346). Ein solcher „Ansatz passt auch zu einem paternalistischen System, in dem sich die Norm als äußerlicher Befehl darstellt“ (a.a.O.). Vgl. hierzu auch den Bericht *Nauckes* über eine Unterhaltung mit *Luhmann*: „Die Frage an die Systemtheorie, ob sie auch die Abläufe in einem Konzentrationslager theoretisch bearbeiten könne, ohne diese Abläufe als ungerecht zu bewerten, lag nahe. Die Antwort war, dass die Systemtheorie dies könne. Es gehe nur um Beobachtung. Der Einwand, es sei einer Systemtheorie doch nicht bei Strafe verboten, sondern wegen der Einsicht in das Funktionieren von Systemen geradezu aufgegeben, in ihre Überlegungen Mechanismen zur Zerstörung falscher Systeme einzubauen, wurde mit der Bemerkung, falsche Systeme könne eine Systemtheorie nicht, abgetan.“ (*Naucke*, in: Hilgendorf [Hrsg.], Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen, 2010, S. 417 [S. 439 f.]; kritisch zu der Vereinbarkeit der Ableitungen *Jakobs* mit der Systemtheorie: *Sinn* [Fn. 3], S. 221 [S. 237]). Die Begrenzungen gegen Normen, die letztlich nur noch aus bloßem Zwang bestehen, bleibt in *Jakobs'* Ausführungen vage, vgl. *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft, Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 2008, S. 100 und 117 f. Zudem sind – auch wenn dies theoretisch nichts zu bedeuten hat, da vom Sein nicht auf das Sollen geschlossen werden kann – auch die empirischen Annahmen der Notwendigkeit eines „Feindstrafrechts“ weder überzeugend noch belegt. Es fehlt die wissenschaftliche Untermauerung seiner Behauptung vom Untergang der Gesellschaft durch die vielfache Normübertretung. Die Gegenthese findet sich im abweichenden Votum des *Lord Hoffmann* in der Entscheidung des House of Lords: „The Spanish people have not said that what happened in Madrid, hideous crime as it was, threatened the life of their nation. Their legendary pride would not allow it. Terrorist violence, serious as it is, does not threaten our insti-

tutions of government or our existence as a civil community. [...] The real threat to the life of the nation, in the sense of a people living in accordance with its traditional laws and political values, comes not from terrorism but from laws such as these.“ (A. vs. Home Secretary, zit. nach *Paeffgen*, in: Böse [Hrsg.], Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, 2009, S. 81 [S. 109 Fn. 104]). Eventuell würde nicht nur Deutschland, sondern auch die Welt insgesamt erheblich sicherer (da ruhiger), wenn man sich entschliesse, vermeintlich notwendige Grausamkeiten einmal nicht zu begehen (vgl. nur die Beispiele bei *Paeffgen* [a.a.O.], S. 120, und bei *Cancio Meliá*, in: Vormbaum [Fn. 2], S. 1 [S. 6]). Vgl. auch *Aponte*, Krieg und Feindstrafrecht, 2004 S. 352, der darauf hinweist, „daß eine Befriedung, die auf der systematischen Negierung von Rechten und Garantien basiert, jegliche wirkliche Erlangung des Friedens verhindert“.

davon ausgegangen, dass es sich 1985 wie 1999 um identische Möglichkeiten handelt. Oft wird der Vortrag von 1985 als kritisch anmutender und der von 1999 als legitimierender<sup>18</sup> Vortrag aufgefasst. Im Folgenden soll diese Unterscheidung näher untersucht werden. Dabei geht es alleine um die Vorträge selbst und die in ihnen enthaltenen theoretischen Aussagen. Weder ist eine Zuschreibung der aus diesen Aussagen möglichen Ableitung zu der Person des Vortragenden angestrebt,<sup>19</sup> noch soll auch nur versucht werden, dessen Strafrechtstheorie insgesamt<sup>20</sup> oder auch nur die Tatsache zu hinterfragen, ob die Position von 1999 eine konsequente Ableitung aus den theoretischen Grundannahmen *Jakobs'* ist.<sup>21</sup>

Betrachtet man die enthaltenen Rechtfertigungsmöglichkeiten für ein „Feindstrafrecht“, so fallen die Verbindungen der Vorträge auf. Dem ersten Vortrag liegt – wie erwähnt – die Idee einer Gegenüberstellung von privater und staatlicher Sphäre zu Grunde. Ein bürgerliches Strafrecht müsse einen internen Bereich anerkennen, in dem jede staatliche Kontrolle ende. Ein Eingriff in diesen Bereich verlasse den Bereich des Strafrechts und müsse dem „Feindstrafrecht“ zugeordnet werden.

tutions of government or our existence as a civil community. [...] The real threat to the life of the nation, in the sense of a people living in accordance with its traditional laws and political values, comes not from terrorism but from laws such as these.“ (A. vs. Home Secretary, zit. nach *Paeffgen*, in: Böse [Hrsg.], Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, 2009, S. 81 [S. 109 Fn. 104]). Eventuell würde nicht nur Deutschland, sondern auch die Welt insgesamt erheblich sicherer (da ruhiger), wenn man sich entschliesse, vermeintlich notwendige Grausamkeiten einmal nicht zu begehen (vgl. nur die Beispiele bei *Paeffgen* [a.a.O.], S. 120, und bei *Cancio Meliá*, in: Vormbaum [Fn. 2], S. 1 [S. 6]). Vgl. auch *Aponte*, Krieg und Feindstrafrecht, 2004 S. 352, der darauf hinweist, „daß eine Befriedung, die auf der systematischen Negierung von Rechten und Garantien basiert, jegliche wirkliche Erlangung des Friedens verhindert“.

<sup>18</sup> „Der andere *Jakobs*“, *Aponte* (Fn. 2), S. 131 (S. 138); „Diesmal hatte *Jakobs* überzogen“, *Krauß*, in: Uwer/ Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen (Fn. 1), S. 79, 84. Kritisch zu dieser Gegenüberstellung *Bung*, in: Uwer/ Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen (Fn. 1), S. 251 ff.; *Neumann*, in: in Uwer/Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen (Fn. 1), S. 300; *Prittwitz*, ZStW 113 (2001), 796; *Schulz*, ZStW 112 (2000), 653 (650 ff.).

<sup>19</sup> Gegen eine Wertschätzung einer, an dieser Stelle zunächst vermuteten Kontinuität spricht schon die Bezeichnung feindstrafrechtlicher Elemente als „Bankrotterklärung der freiheitlichen Ordnung“ im Vortrag von 1985, *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (782).

<sup>20</sup> Einen Überblick über die Theorie bietet *Gierhake*, ARSP 2008, 337 (342 ff.).

<sup>21</sup> Dies ist umstritten, vgl. *Bung* (Fn. 18), S. 262; *Gierhake*, ARSP 2008, 337 (344).

Die Trennung der beiden Sphären lässt sich an einem Beispiel verdeutlichen: Nach *Jakobs* ist nur strafbar, was ohne Heranziehung der „inneren Sphäre“ des Bürgers als erklärungsbedürftig bezeichnet werden kann: Verwechsle ein Koch bei dem Versuch einen Gast zu töten, das Arsen mit dem Salz und versalze das Essen, so könne nicht von einem strafbaren Versuch gesprochen werden, da das salzige Essen nur dann im strafrechtlichen Sinne erklärungsbedürftig werde, wenn man das Innere des Täters kenne. Dessen Erforschung ohne äußere Legitimation sei dem Staat jedoch verwehrt.<sup>22</sup>

Im Anschluss an diese Abgrenzung zwischen straflosem Vorbereitungsstadium und strafbarem Versuch folgt jedoch ein Satz, der aufhorchen lässt.

„Versalzene Suppen sind ärgerlich, aber geben niemandem Anlaß, an der Geltung der Normen zum Lebensschutz zu zweifeln.“<sup>23</sup>

Der Satz weist darauf hin, dass es auch 1985 nicht allein um die Unterscheidung zwischen privater und öffentlicher Sphäre geht, sondern um die dahinterstehende Theorie über das „Normvertrauen“.<sup>24</sup> Die beiden Sphären sind Ableitungen aus dieser Theorie.<sup>25</sup> Die private Sphäre ist gegeben, solange die dort vorgenommenen Handlungen nicht dazu geeignet sind, das gesellschaftliche Vertrauen in die Normen zu erschüttern, die öffentliche Sphäre beginnt, wenn das gesellschaftliche Vertrauen durch Handlungen erschüttert werden kann. In dem Satz „Ohne externes störendes Verhalten darf ein Subjekt nicht auf seine Interna festgelegt werden“<sup>26</sup> bildet die Grundlage das „störende Verhalten“, das die Erwartung der Normgeltung destabilisieren könnte, nicht die Interna des Einzelnen.

Wenn die Trennung zwischen bürgerlicher und öffentlicher Sphäre jedoch nur eine Ableitung aus der Erwartung der Normgeltung ist, ist diese Trennung, auf der alle liberalen Annahmen von 1985 beruhen, in Gefahr, wenn sie ihrer Grundlage, der Normgeltung, widerstreitet.<sup>27</sup> Und dies ist schon 1985 angelegt:

Das Postulat, dass niemand an Normen zweifele, wenn salziges Essen geliefert werde, wird in dem Vortrag nicht begründet, sondern nur behauptet. *Jakobs* argumentiert, derart untaugliche Handlungen eines Versuchs seien ebenso zu behandeln, wie bloße Vorbereitungshandlungen. Dieser Satz bildet 1985 die Begrenzung der Vorverlagerung des Strafrechts. Das Normvertrauen wird durch private Handlungen nicht beeinträchtigt. Bei salzigem Essen mag das einleuchten.

Anschaulicher wird die Verbindung zu den Ausführungen im Jahre 1999 an dem Beispiel der Verabredung von Verbrechen durch mehrere Personen im Sinne des § 30 StGB. *Jakobs* führt hierzu 1985 aus, dass es ebenso wenig störe, wenn man wisse, dass mehrere Personen ein Verbrechen verabredet hätten, wie es störe, wenn man wisse, dass eine einzelne Person ein Verbrechen plane. Letzteres sei – da Gedankenverbrechen nicht bestraft werden dürften – straflos. Da es keinen Unterschied zwischen den beiden Formen gebe, müsse auch ersteres straflos bleiben.<sup>28</sup>

Natürlich lässt sich das Argument umdrehen: Wenn es die Gesellschaft stört, dass zwei Personen ein Verbrechen planen, dann stört es ebenso, wenn eine Person allein dies tut. Da die Störung eine Störung des kognitiven Normvertrauens sein kann, müssen beide Arten der Vorbereitung sanktionierbar werden. Dies bedeutet auf das Beispiel übertragen: Die Annahme, die Verabredung eines Verbrechens störe nicht, beruht auf der Trennung zwischen bürgerlicher und öffentlicher Sphäre. Wenn diese Verabredung jedoch das Indiz dafür bildet, dass die Beteiligten sich nicht mehr als Personen verhalten wollen – wann immer das auch der Fall ist –, dann wird zwar nicht das normative Vertrauen gestört, jedoch das kognitive.

„Da man die normative Seite der Normgeltung nicht beliebig gegen die kognitive Seite ausspielen kann, wird man auch in einem freiheitlichen Staat solche oder ähnliche Begründungen für die Beschneidung des Privatbereichs zugunsten öffentlicher Kontrolle akzeptieren müssen.“<sup>29</sup>

Die Unterscheidung, wann eine Verabredung zu einer Straftat welche Seite des Vertrauens stört, bezieht sich damit letztlich nur darauf, wie die Gesellschaft dieses Verhalten bewertet. Genauer: Jedes Rechtsgut, dessen Angreifen die Gesellschaft – je nach ihrer Ängstlichkeit – überfordern würde, kann neben dem Strafrecht durch „feindstrafrechtliche“ Machtmittel geschützt werden. Die Begrenzung liegt nur in der Befindlichkeit der Mehrheit. Dies ist das theoretische Konzept, das schon der Kritik von 1985 zugrunde liegt. Und schon 1985 finden sich dementsprechend Ausnahmen von dem Verbot des Eingriffs in die private Sphäre. In seltenen – aber erforderlichen – Fällen sollen auch dort Vorverlagerungen zugelassen werden, so z.B. bei der Strafbarkeit der Aufstachelung zum Rassenhass.<sup>30</sup> Dies wird anhand der schon 1985 erfolgten (begrenzten) Zulassung von „Klimaschutzdelikten“ anschaulich:

„Die Berechtigung von Klimaschutz kann deshalb nur für Krisenzeiten dargetan werden, genauer: für Legitimationskrisenzeiten, in denen eine vorübergehende Suspendierung der

<sup>22</sup> *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (764).

<sup>23</sup> *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (764).

<sup>24</sup> *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (775).

<sup>25</sup> Zum Zusammenhang der Theorie der Normgeltung und der Theorie der Person bei *Jakobs* vgl. *Bung* (Fn. 18), S. 259 und *Gierhake*, ARSP 2008, 337 (355).

<sup>26</sup> *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (773).

<sup>27</sup> Ganz ähnlich kritisiert *Vormbaum*, *Jakobs'* Kritik an der Rechtsgutsverletzungslehre aus dem Vortrag von 1985 bleibe seiner eigenen Lehre extern (*Vormbaum*, in: *Vormbaum* [Fn. 2], S. XXXII).

<sup>28</sup> *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (765 f.)

<sup>29</sup> *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (771).

<sup>30</sup> *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (777). Kritisch zu den Aussagen von 1985: *Bung* (Fn. 18), S. 249, 251 ff. *Bung* weist darauf hin, dass die Anerkennung von „Partialunrecht“ im Vorfeld des Verletzungsstadiums, das sich in der Verletzung sog. flankierender Normen zeige, sich als hoch gefährlich erweist, sobald man dessen Anerkennung mit dem Gedanken des „geltungskonstitutiven Normvertrauens“ verbinde (*Bung* [Fn. 18], S. 256).

Freiheit zum Zweck ihrer umso stärker gesicherten Wiederherstellung toleriert werden muß<sup>31</sup>.

Der Vortrag wurde in einer Zeit gehalten, in der das gesellschaftliche und politische Klima friedlich war. Nicht zufällig veröffentlichte der amerikanische Politikwissenschaftler *Francis Fukuyama* sieben Jahre später seine These vom „Ende der Geschichte“. Dass die Anwendung dieses theoretischen Systems nach den Ereignissen im September 2001 Ängste und auch Strafbedürfnisse eröffnete, die zuvor niemand für möglich gehalten hätte, liegt auf der Hand.

Insofern kann man festhalten, dass der Vortrag von 1985 von einem liberalerem Ton geprägt ist und die Notwendigkeit von Ausnahmen zum bürgerlichen Strafrecht geringer einschätzt als sein Nachfolger im Jahr 1999. Theoretisch von anderer Qualität ist der Vortrag jedoch nicht.<sup>32</sup> Verändert man die empirischen Annahmen, die die Ausnahmen stützen, ergeben sich die gleichen Ergebnisse wie 1999.

### 3. Gesetzliche Manifestation des „Feindstrafrechts“

Die Vorträge spiegeln sich nicht nur in der Wissenschaft, sondern auch in zahlreichen Gesetzen. Unabhängig davon, ob man die theoretische Herleitung *Jakobs* teilt, bildet seine Beschreibung aus dem Jahr 1999 große Teile der Strafrechtswirklichkeit ab. Sowohl die Aktualität als auch die Spanne der möglichen Arten des „Feindstrafrechts“ *Jakobs*-scher Beschreibung können an zwei Beispielen verdeutlicht werden.

#### a) Strafbarkeit der Teilnahme an „Terrorcamps“

2009 wurden, zurückgehend auf ein Übereinkommen des Europarates<sup>33</sup>, die §§ 89a und 89b sowie 91 in das Strafgesetzbuch aufgenommen. Sie sanktionieren die „Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat“ bzw. die „Aufnahme von Beziehungen zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat“.

Medial bekannter wurde das Gesetzgebungsvorhaben unter dem Stichwort „Strafbarkeit der Teilnahme an einem Terrorcamp“, wenn dies auch nur eine Variante des Tatbestandes beschreibt. Den Hintergrund der Neuregelungen beschreibt *Bader* anschaulich:

„Die Vorbereitung schwerer Gewalttaten war bislang [überwiegend] erst mit Beginn des Versuchsstadiums strafbar. Die Entwicklungen und Bedrohungen des Terrorismus gründen sich in jüngerer Zeit insbesondere auf eine zunehmende Dezentralisierung und damit einhergehende nur lose organisatorische Einbindung islamistischer Straftäter in bestimmte Vereinigungen. Dies begründet das Interesse der Sicherheitsbehörden, bei drohenden Anschlägen bereits im Vorfeld der Tatvollendung einzugreifen und dabei im Einzelfall auch freiheitsentziehende Maßnahmen anzuwenden.“<sup>34</sup>

Um das Ziel, auch im Vorfeld der Tatvollendung eingreifen zu können, zu erreichen, bedroht § 89a StGB bestimmte Vorbereitungshandlungen mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren.

Taugliche Vorbereitungshandlungen sind – grob vereinfacht:

- die Teilnahme an einer Unterweisung über die Herstellung oder Anwendung von Waffen oder anderen gefährlichen Objekten,
- das Herstellen oder Beschaffen dieser Gegenstände,
- das Beschaffen von Stoffen, die für die Herstellung solcher Waffen oder Objekte notwendig sind oder
- das Sammeln oder Entgegennehmen von nicht unerheblichen Vermögenswerten.

Diese Vorbereitungshandlungen müssen jeweils der Vorbereitung einer „schweren staatsgefährdenden Gewalttat“ dienen, die sich dadurch auszeichnet, dass sie sich gegen das Leben oder die Freiheit richtet und geeignet ist, „den Bestand oder die Sicherheit eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beeinträchtigen oder Verfassungsgrundsätze der Bundesrepublik Deutschland zu beseitigen, außer Geltung zu setzen oder zu untergraben“.

Die Vorverlagerung dieses Tatbestandes geht weit. Nicht erst die Ausbildung an einer Waffe, nicht erst der Erwerb dieser Waffe, sondern schon das Sammeln des zum Kauf einer solchen Waffe nötigen Geldes ermöglicht Freiheitsstrafen von bis zu zehn Jahren, wenn es nur in der Absicht erfolgt, eine „schwere staatsgefährdende Gewalttat“ zu begehen.

Wendet man die von *Jakobs* 1985 vorgestellten Kriterien der privaten und öffentlichen Sphäre auf das Beispiel an, so fällt der Tatbestand eindeutig in die private Sphäre. Eine alltägliche Handlung – die Zahlung bzw. Entgegennahme von Geld – bekommt ihren strafbaren Sinn erst durch die Kenntnis der Hintergedanken der Beteiligten. Nicht die Tat, sondern die Gesinnung dient der Begründung der Strafbarkeit. Um zu dem schon erläuterten Vergleich von *Jakobs* zurückzukommen, in dem er gefolgert hatte: wenn eine Tatplanung in Gedanken straflos sei, müsse auch die gemeinsame Planung in der privaten Sphäre straflos bleiben. Der Gesetzgeber argumentiert (wie befürchtet) andersherum. Da die Strafbarkeit der Planung in der privaten Sphäre gemäß § 129a StGB nicht immer mit hinreichender Sicherheit nachweisbar sei,<sup>35</sup> müssten auch Vorbereitungshandlungen (die allerdings über die bloße Absicht hinausgehen müssen) von „(Einzel-)Täter[n]“ unter Strafe gestellt werden.<sup>36</sup>

#### b) Debatte im hessischen Wahlkampf

Fortgesetzt werden kann die Beschreibung der gegenwärtigen Gesetzgebungslage mit einem Feld, das man wahrscheinlich nicht unmittelbar dem Thema „Feindstrafrecht“ zuordnen

<sup>31</sup> *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (783).

<sup>32</sup> Ebenso *Heinrich*, ZStW 121 (2009), 94 (98).

<sup>33</sup> Übereinkommen des Europarates zur Verhütung des Terrorismus v. 16.5.2005 (SEV Nr. 196).

<sup>34</sup> *Bader*, NJW 2009, 2853.

<sup>35</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 25.3.2009, BT-Drs. 16/12428, S. 2.

<sup>36</sup> Vgl. *Deckers/Heusel*, ZRP 2008, 169 und die Erwiderung von *Kauder*, ZRP 2009, 20.

wird: mit der Behandlung von Jugendkriminalität. Als am 20.12.2007 ein türkischer und ein griechischer Jugendlicher in der Münchener U-Bahn einen deutschen Rentner überfielen, hatte der hessische Wahlkampf sein Thema gefunden. Der hessische Ministerpräsident *Roland Koch* forderte die Opposition auf, unverzüglich an den Verhandlungstisch zu kommen um „gemeinsam die notwendigen Gesetzesinitiativen durchzusetzen“<sup>37</sup>.

Die darauf hin erstellten strafrechtlich bedeutsamen Vorschläge sind zweigeteilt: „Sanktionen müssen spürbar sein. Gleichzeitig muss der Strafvollzug Sicherheit schaffen und Rückfällen entgegenwirken.“

Elemente zur Realisierung dieses Ziels sind unter anderem:

- Einführung des sog. Warnschussarrests, der in Verbindung mit einer zur Bewährung ausgesetzten Jugendstrafe angeordnet werden soll,
- die Schaffung von „Erziehungscamps“ für jugendliche Straftäter, in denen ein „Leben in fester Struktur und Respekt vor Anderen“ erlernt werden soll. Die Mittel dieser Camps sind: „strenge Regeln, Sport, Disziplin, Arbeit und Verhaltenstraining“,
- die regelmäßige Anwendung des Erwachsenenstrafrechts auf Heranwachsende,
- die Anhebung des Strafrahmens der Jugendstrafe gegen dennoch nach Jugendstrafrecht zu beurteilende Heranwachsende auf bis zu 15 Jahre sowie
- die Möglichkeit der Anordnung von Sicherungsverwahrung gegen Heranwachsende, wenn diese zu einer Jugendstrafe von mindestens 5 Jahren wegen einer schwerwiegenden Straftat verurteilt wurden.

Ausgangspunkt des Programms ist die Abschaffung „rechtsfreier Räume“: Es „muss sich jeder Bürger zu jeder Tages- und Nachtzeit sicher und frei von Angst bewegen können“.

Anders gewendet: Wer die kognitive Normstabilität eines nächtlichen Spaziergangs gefährdet, fällt unter die vorgeschlagenen Maßnahmen. Im Bereich des Jugendstrafrechts spricht man jedoch nicht von Feinden, sondern von „Intensivtätern“<sup>38</sup>. Gemeinsam ist den beiden Gruppen – abgesehen von den Schwierigkeiten die Zugehörigkeitskriterien exakt zu definieren –, dass weniger die Tat als vielmehr die sich aus dem „Lebensführungsunrecht“ des Beschuldigten ergebende Gefährlichkeit in den Blick rückt.<sup>39</sup>

### c) Zusammenfassung

Die beiden Entwicklungen zeigen: die Spanne der unter dem Begriff „Feindstrafrecht“ fassbaren Gesetze ist weit. Vielleicht ist dies der Auslöser, dass die Kritik sich einhellig

<sup>37</sup> Eingehend hierzu *Asholt*, Jahrbuch der Juristischen Zeitschichte 9 (2007/2008), 343.

<sup>38</sup> Vgl. auch *Jasch*, in: Uwer/Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen (Fn. 1), S. 267, der zu den „alltägliche[n] Feinde[n]“ auch „die ‚nicht Ansprechbaren‘ [also] Intensivtäter und Banden“ zählt (*Jasch* [a.a.O.], S. 268).

<sup>39</sup> *Jasch* (Fn. 38), S. 267 (S. 270).

gegen *Jakobs* wendet, da das Verständnis des „Feindstrafrechts“ von eindeutigen „Kampf“-Regelungen bis hin zu alltäglichem Recht reicht.

Unabhängig davon, ob man es „Feindstrafrecht“ nennen will oder nicht: Das geltende Strafrecht enthält zunehmend Vorverlagerungen, die nicht mit einer entsprechenden Reduktion der Strafe verbunden sind und einen Übergang zu einer Bekämpfung immer stärker personalisierter und aus der Hauptgesellschaft ausgeschlossener Gruppen – in den Beispielen den „Terroristen“ oder den „jugendlichen Intensivtätern“. Hinzu kommt, betrachtet man die Entwicklung der Gesetzgebung im Strafprozessrecht, eine zunehmende Beschränkung prozessualer Rechte der Verteidigung und eine Ausweitung der Ermittlungsbefugnisse der Strafverfolgungsbehörden, also ein Abbau klassischer prozessualer Formen, die bei der Bekämpfung als störend empfunden werden.

Dieser Befund entspricht weitgehend den von *Jakobs* diagnostizierten Kriterien.<sup>40</sup> Das Beispiel der Jugendlichen zeigt darüber hinaus, dass die Argumentationsfiguren des „Feindstrafrechts“ nicht auf einen Kernbereich der schweren und schwersten Straftaten beschränkt bleiben, sondern in alltägliche Kriminalgesetze einsickern.

### 4. Kritik des „Feindstrafrechts“

Die Thesen von *Jakobs* sind in der deutschen Wissenschaft – soweit sie präskriptiv verstanden werden – auf nahezu einhelligen Widerspruch gestoßen.<sup>41</sup> Kritisiert werden:

- die martialische Terminologie, die eine sachliche Auseinandersetzung mit dem Thema erschwere,
- die fehlenden Konturen des „Feind“-Begriffes,
- die inhaltliche Nähe zu fragwürdigen historischen Vorbildern, wie *Carl Schmid*<sup>42</sup>, und
- die Unvereinbarkeit des Konzeptes mit den Vorstellungen des deutschen Grundgesetzes.

## II. Eine avantgardistische Debatte?

Die heftige und weitgehend einhellige Kritik an den Thesen von *Jakobs* führt zu der zweiten Frage dieses Aufsatzes. Handelt es sich um eine *neue* Debatte? Muss man *Günther Jakobs* als „Avantgardisten der Strafrechtsdogmatik“ bezeichnen?<sup>43</sup> Eine verbreitete Antwort hierauf ist bequem: Das „Feindstrafrecht“ ist eine Rückkehr voraufklärerischer Gedanken über die „Bekämpfung von Tätern“, die im 19. und 20. Jahrhundert erfolgreich durch die Konzentration auf die

<sup>40</sup> Vgl. zur Situation außerhalb Deutschlands *Muñoz Conde*, in: Vormbaum (Fn. 2), S. 107 (S. 114).

<sup>41</sup> Einen Überblick über die Verschiedenen Argumente mit zahlreichen Nachweisen bieten *Greco* (Fn. 3), S. 31 ff., und *Morguet*, Feindstrafrecht, Eine Kritische Analyse, 2009, S. 81 ff.

<sup>42</sup> Überblick bei *Vormbaum* (Fn. 27), S. XXVII ff. Kritisch zu diesem Vorwurf: *Gierhake*, ARSP 2008, 337 (340 ff.).

<sup>43</sup> So die Kategorisierung von *Schneider/Morguet*, in: Uwer/Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen (Fn. 1), S. 335 (S. 337).

Verhütung sozialschädlicher Taten verdrängt worden seien.<sup>44</sup> Insofern wäre es – jedenfalls was die letzten 200 Jahre betrifft – in der Tat neu.

Eine augenscheinliche Ursache für „feindstrafrechtliche“ Argumentationsfiguren wären dann beispielsweise die Anschläge in New York vom 11. September 2001. Hier – so könnte man meinen – liegt der Anlass für ein Vorgehen des Staates gegen Feinde. Allerdings passt diese These nicht zum Alter der beiden Vorträge. Diese wurden 1985 und 1999 gehalten und zeigen, dass die Entwicklung älter sein muss, zumal *Jakobs* schon 1985 vorgefundene Tatbestände und Probleme beschreibt.

### 1. Zwei Spuren des Strafrechts?

Wie muss man sich die Entwicklung historisch vorstellen? Das verbreitete Bild hiervon entspricht dem Ton der beiden Vorträge von *Jakobs*. Der Ton des Vortrags von 1985 entspricht dem liberalen, aufgeklärten Strafrecht der Moderne, das bemüht ist, die Strafen auf das unumgängliche zu beschränken. Der des Vortrags von 1999 entspricht einem neuen, autoritär-illiberalen Strafrechtsdenken, einer „zweiten Spur“, die sich in den letzten Jahren zunehmend zu einer Überholspur entwickelt.

Das Bild zweier „Spuren“<sup>45</sup> ist verlockend. Und wenn es sich um eine alte und eine neue Spur handelt, so muss ein Anfang der illiberalen Spur zu finden sein, also ein Zeitpunkt, zu dem die problematischen Argumente (noch) nicht in der Begründung des Strafrechts enthalten waren. Die These soll an einigen Gesetzen der letzten Jahre geprüft werden.<sup>46</sup>

#### a) Siebziger Jahre

Geht man von den Vorträgen 1985 und 1999 zurück in die Siebziger Jahre stößt man auf die Gesetzgebung des „deutschen Herbstes“, die sich gegen die Bedrohung durch den Terror der RAF richtete.

Geschaffen wurden § 129a StGB<sup>47</sup>, der die bisherige Vorfeldstrafbarkeit im Falle der Bildung krimineller Gruppen für terroristische Vereinigungen mit einer erhöhten Mindeststrafe

versah, § 130a StGB, der die Anleitung zu Straftaten sanktionierte und § 88a StGB<sup>48</sup> wonach die Befürwortung von Straftaten verfolgt werden konnte.

Eine Würdigung dieser Tatbestände findet sich bei *Hilgendorf*:

„Die Gesetzgebung zum Terrorismus läßt sich als Sondergesetzgebung beschreiben. Dies bedeutet, daß zur Terrorismusbekämpfung strafrechtliche und strafprozessuale Mittel zulässig sein sollten, die als generelle Mittel eines bürgerlichen Strafrechts nicht zu rechtfertigen gewesen wären. Es wurde betont, daß jede Ausdehnung der Mittel der Bekämpfung des Terrorismus auf andere Bereiche die Legitimität und die Verfassungsmäßigkeit des Strafrechts gefährden würden“<sup>49</sup>

Dass hier keine Ausnahme zum „guten Strafrecht“ präsentiert wird, zeigt ein Blick in die Folgezeit. Die Gesetzgebung ging von der Bekämpfung der terroristischen Bedrohung unmittelbar zur „Bekämpfung“ der Wirtschaftskriminalität<sup>50</sup> über, zur Bekämpfung von Sexualstraftaten<sup>51</sup> und zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität<sup>52</sup>.

#### b) Fünfziger Jahre

Geht man weitere zwanzig Jahre zurück, sollte man meinen, dass der Wiederaufbau des Strafrechts in den 50 Jahren zu dessen konsequent rechtsstaatlichster Fassung angesichts der Erfahrungen in der Zeit des Nationalsozialismus geführt hätte. Und die Bemühungen gingen auch sicherlich in diese Richtung. Auch hatte der Gesetzgeber – anders als heute – bei dem nun interessierenden Gesetz ein „ungutes Gefühl“<sup>53</sup>: Nach der Aufhebung des gesamten Staatsschutzrechtes durch das erste Kontrollratsgesetz vom 20.9.1945 hatte die junge

<sup>44</sup> Statt vieler: *Schünemann*, in: Vormbaum (Fn. 2), S. 11 f.; *Heinrich*, ZStW 121 (2009), 94 (112); *Brunkhorst* spricht vom „Umschlag des demokratischen Straf- und Strafverfahrensrechts der 70er und 80er Jahre des 20. Jahrhunderts ? in ein exekutiv bestimmtes und global vernetztes Hochsicherheits- und Feindbekämpfungsstrafrecht des frühen 21. Jahrhunderts.“; *Brunkhorst*, in: Uwer/Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen (Fn. 1), S. 103 (S. 104); kritisch zur Strafrechtsentwicklung: *Albrecht* (Fn. 1), S. 117 (S. 120 ff.).

<sup>45</sup> Gemeint ist nicht die technische Bedeutung der zweiten Spur des Strafrechts, die Nähe in der Formulierung ist jedoch durchaus beabsichtigt.

<sup>46</sup> Die Darstellung konzentriert sich auf das materielle Strafrecht. Zu entsprechenden Beispielen für das Prozessrecht in den letzten 40 Jahren vgl. *Morguet* (Fn. 41), S. 110 ff.

<sup>47</sup> Gesetz zur Änderung des StGB, der StPO, des GVG, der BRAO und des StVollzG v. 18.8.1976.

<sup>48</sup> 14. Strafrechtsänderungsgesetz vom 22.4.1976.

<sup>49</sup> *Hilgendorf*, in: Vormbaum/Welp (Hrsg.), Das Strafgesetzbuch, Sammlung der Änderungen und Neubekanntmachungen, Supplementbd. 1, 130 Jahre Strafgesetzgebung, Eine Bilanz, 2004, S. 279.

<sup>50</sup> Erstes Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität v. 29.7.1976; Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität v. 15.5.1986; Gesetz zur Bekämpfung der Korruption v. 13.8.1997. Vgl. hierzu *Hilgendorf* (Fn. 49), S. 290 ff. Zur Entwicklung nach 1976 auch *Albrecht* (Fn. 1), S. 117 (S. 120).

<sup>51</sup> 26. Strafrechtsänderungsgesetz v. 14.7.1992; 27. Strafrechtsänderungsgesetz v. 23.7.1993; 29. Strafrechtsänderungsgesetz v. 31.5.1994; 30. Strafrechtsänderungsgesetz v. 23.6.1994; 33. Strafrechtsänderungsgesetz v. 1.7.1997; Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten v. 26.1.1998, vgl. *Hilgendorf* (Fn. 49), S. 316 ff.

<sup>52</sup> Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität v. 15.7.1992; Verbrechensbekämpfungsgesetz v. 28.10.1994; Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität v. 4.5.1998; vgl. *Hilgendorf* (Fn. 49), S. 325.

<sup>53</sup> *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 2. Aufl. 2011, S. 238.

Bundesrepublik die „große Chance“<sup>54</sup>, ein ihr gemäßes neues Staatsschutzrecht zu schaffen. Doch das Gesetz sollte unter wenig erfreulichen Umständen verabschiedet werden. Kalter Krieg und Korea-Krieg waren es, die das Klima der Neugesetzgebung prägten.

Im Hinblick auf das Thema „Feindstrafrecht“ ist auf zwei Aspekte des sog. „Blitzgesetzes“<sup>55</sup> hinzuweisen<sup>56</sup>:

- Das Gesetz ist erkennbar von anti-kommunistischer Tendenz geprägt und sollte „Staatsfeinde von der verfassungsmäßigen Opposition“ scheiden.<sup>57</sup> In der Gesetzesbegründung hieß es, dass „die Feinde der Demokratie [...] mit unerbittlicher Härte getroffen werden“ müssten.<sup>58</sup>
- Neben diesen rhetorischen „Feindregelungen“ wurde durch das Gesetz § 90a des Strafgesetzbuches neu geschaffen. Dieser knüpfte an die aus dem Republiksschutzgesetz bekannte Entwicklung an<sup>59</sup> und bedrohte in schweren Fällen unter anderem denjenigen mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren, der „eine Vereinigung gründet, deren Zwecke sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten“<sup>60</sup>. Die Rechtsprechung interpretierte diese Norm als „Angriffstatbestand“. Es sei hierfür „zwar nicht erforderlich, daß schon ein bestimmtes Unternehmen [...] oder eine konkrete Gefährdung der verfassungsmäßigen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland [...] vorliegt, es muß sich aber um einen organisierten Angriff unmittelbar gegen

diese Ordnung handeln“<sup>61</sup>. Auch die Motivation der Täter wurde mit klaren Worten beschrieben: es sei eine „aktiv kämpferische, aggressive Haltung“ erforderlich.<sup>62</sup>

Vor diesem Hintergrund kann auch für die Nachkriegszeit kein einspuriges Strafrecht in liberaler Tradition, ohne „feindstrafrechtliche“ Normen im Sinne *Jakobs*, festgestellt werden.

### c) Dreißiger Jahre

Dass die Fünfziger Jahre auch nicht als „Geburtsstätte“ der zweiten, „feindstrafrechtlichen“, Strafrechtsspur verstanden werden können, zeigt die Gesetzgebung der Zeit des Nationalsozialismus.

Hierfür muss man nicht erst das Blutschutzgesetz von 1935, die Analogienovelle von 1934 oder den Entwurf des Gemeinschaftsfremdengesetzes anführen, es genügt eines der ersten Änderungsgesetze unter der Herrschaft der Nationalsozialisten, das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher vom 24.11.1933. Das Gesetz führte die Kategorie der „Gewohnheitsverbrecher“ in das Strafgesetzbuch ein. Das wesentliche Kriterium für die Zuordnung zu dieser Kategorie waren Vortaten bzw. Vorverurteilungen. Zwei bzw. drei Vorverurteilungen führten zu einer drastischen Erhöhung des zur Verfügung stehenden Strafrahmens<sup>63</sup> – eine frühe Form der „three strikes“.

Zudem war das Gesetz die Geburtsstunde eines bis heute im Strafgesetzbuch zu findenden Instituts; es führte die Maßregeln der Besserung und Sicherung in das Strafgesetzbuch ein. Zentrale Maßnahme hierbei war die Sicherungsverwahrung, die eine zeitlich unbegrenzte Einsperrung von „Gewohnheitsverbrechern“ vorsah.

Dass auch diese Geburtsstunde nicht der Beginn der „feindstrafrechtlichen“ Spur im Strafrecht war, liegt schon angesichts der Bezeichnung der „Geburt“ nahe, der in der Regel ein Wachstums- und ein Zeugungsvorgang vorangeht. Die Maßregeln der Besserung und Sicherung sind insofern kein eindeutig nationalsozialistisches Strafrecht, sie wurden beispielsweise schon 1922 von einem sozialdemokratischen Justizminister befürwortet.

### d) Weimarer Republik

Der Verweis auf das Jahr 1922 und den Strafgesetzentwurf des SPD-Justizministers *Gustav Radbruch*<sup>64</sup> soll zum Anlass genommen werden, die Suche in der Gesetzgebungsgeschichte abzubrechen und zu den dahinterliegenden Annahmen überzugehen. Aus dem Abbruch der weiteren Suche sollte jedoch keinesfalls geschlossen werden, dass die Zeit vor 1933

<sup>54</sup> *Schroeder*, Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht, 1970, S. 176.

<sup>55</sup> Gemeint ist das (Erste) Strafrechtsänderungsgesetz v. 30.8.1951. Zur Berechtigung des in dem Namen liegenden Vorwurfs übereilten Vorgehens vgl. *Schiffers*, Zwischen Bürgerfreiheit und Staatsschutz. Wiederherstellung und Neufassung des politischen Strafrechts in der Bundesrepublik Deutschland 1949-1951, 1989, S. 206 f.

<sup>56</sup> Eingehend zur Erneuerung der Staatsschutztatbestände *Schiffers* (Fn. 55) und *Schroeder* (Fn. 54) und *Felske*, Kriminelle und terroristische Vereinigungen, Paragraphen 129, 129a StGB, 2002, S. 276 ff. Nachweise zum Staatsschutzrecht als „Feindstrafrecht“ bei *Kaleck*, in: Uwer/ Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen (Fn. 1) S. 281 (S. 287 ff.).

<sup>57</sup> *Schroeder* (Fn. 54), S. 186.

<sup>58</sup> *Felske* (Fn. 56), S. 280.

<sup>59</sup> Vgl. *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 84 Rn. 2.

<sup>60</sup> § 90a Abs. 1 StGB (in der Fassung ab dem 31.8.1951) lautete: „Wer eine Vereinigung gründet, deren Zwecke oder deren Tätigkeit sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten, oder wer die Bestrebungen einer solchen Vereinigung als Rädelführer oder Hintermann fördert, wird mit Gefängnis bestraft.“ § 90a wurde vom Bundesverfassungsgericht am 21.3.1961 – soweit er politische Parteien betraf – für verfassungswidrig erklärt (BVerfG NJW 1961, 723) und anschließend im Vereinsgesetz vom 5.8.1964 umgestaltet (vgl. heute §§ 84 f. StGB).

<sup>61</sup> BGH NJW 1963, 2132 (2133).

<sup>62</sup> BGH NJW 1963, 2132 (2133).

<sup>63</sup> Vgl. hierzu *Jefberger*, in: Vormbaum/Welp (Hrsg.), Das Strafgesetzbuch, Sammlung der Änderungen und Neubekanntmachungen, Supplementbd. 3, 2004, S. 121 f.

<sup>64</sup> Eingehend zum Entwurf *Goltsche*, Der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1922 (Entwurf *Radbruch*), 2010.



lediglich theoretische Überlegungen und keine praktische Umsetzung enthielt. Dem, der dies einwendet, seien das „Republikenschutzgesetz“ der Weimarer Republik, das Strafrecht des Ersten Weltkrieges, das der deutschen Kolonien oder das Gesetz gegen die „gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie“ von 1878 zur Lektüre empfohlen.<sup>65</sup>

Der gerade angesprochene Justizminister *Gustav Radbruch* verwirklichte in dem genannten Entwurf von 1922 sein eigentliches Anliegen für eine Reform der Strafe nicht. Hierzu äußerte er 1927 auf einer Tagung:

„Ich bekenne mich zu dem Entwurfe von *Enrico Ferri*, der bekanntlich nicht mehr ‚Strafen‘ kennt, sondern nur noch ‚Sanktionen‘: sichernde Maßnahmen; der nicht mehr von ‚Schuld‘ redet, sondern nur noch von ‚Gefährlichkeit‘.“<sup>66</sup>

## 2. Verbindungen

Geht man die Begründungen für die geschilderten Ausweitungen des Strafrechts durch, so stößt man – neben anderen Effekten<sup>67</sup> – stets auf diesen Aspekt. Die Gefährlichkeit des Täters, seiner Organisation oder seiner Bestrebungen gebiete eine Erweiterung des Strafrechts, eine Schließung von „Strafbarkeitslücken“<sup>68</sup>. In allen Fällen wird das Strafrecht

<sup>65</sup> Vgl. die weitere Aufzählung bei *Naucke*, Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, 2000, S. VI.

<sup>66</sup> *Radbruch*, in: Kaufmann (Hrsg.), *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, Bd. 9, 1992, S. 293 (S. 294 f.), zit. nach *Goltzsche* (Fn. 64), S. 321. Eine spezielle Variante eines „Feindstrafrechts“ findet sich bei *Radbruch* zu den Überzeugungsverbrechern, die nicht selbstwidersprüchlich handelten, sondern der staatlichen Ordnung eine geschlossene Überzeugung entgegenstellten: „der Staat mag ihn mit aller Schärfe als seinen Gegner bekämpfen, er kann ihn nicht wie einen sittlich Haltlosen bessern wollen“; *Radbruch*, *Bemerkungen zum Entwurf von 1922*, in: Schubert/Regge/Rieß/Schmid (Hrsg.), *Begründung des Entwurfs eines allgemeinen Strafgesetzbuches*, Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, Abt. 1, Bd. 1, 1995, S. 192.

<sup>67</sup> Neben den Vorrang der Zweckidee (Flexibilisierung) treten Prozesse der Materialisierung, Moralisierung und Subjektivierung auf, vgl. *Vormbaum* (Fn. 53), S. 281. Diese Kriterien spielen auch im Feindstrafrecht eine Rolle, sollen hier aber außer Betracht bleiben. Vgl. bspw. zur Subjektivierung in Form der Dämonisierung potentieller Täter *Cancio Meliá* (Fn. 17), S. 1 (S. 7), der zeigt, dass in den Hauptbereichen des „Feindstrafrechts“ „keineswegs eine nüchterne, kühle Bearbeitung von gesellschaftlichen Risiken stattfindet, sondern vielmehr ein Scheiterhaufen sozialer Gefühlsregungen lodert, die sich gegen sie, gegen die Aggressoren richtet.“

<sup>68</sup> Die Ausweitung des Strafrechts ist im Übrigen keinesfalls nur auf den Bereich der schweren Kriminalität beschränkt. Parallel zu der Darstellung der „feindstrafrechtlichen“ Spur in der Strafgesetzgebung ließe sich eine identische Entwicklung für den Bereich der Alltagskriminalität aufzeigen. Statt vieler sei für die Gegenwart die Einführung des Tatbestandes der Nachstellung (§ 238 StGB) genannt, für die Neunziger Jahre die neu geschaffene Strafbarkeit der bloß versuchten Körperverletzung (§ 223 Abs. 2 StGB), für die Siebziger Jahre die

gegen eine Gefahr in Stellung gebracht, unabhängig davon, ob diese von Terroristen, Wirtschaftsführern, Sexualstraftätern, Gewohnheitsverbrechern oder Gemeinschaftsfremden erwartet wird. Dies ist die eigentliche Quelle, aus der sich in der Folge die Analysen von Günther *Jakobs* speisen,<sup>69</sup> die Reduktion des Strafrechts auf die Gefährlichkeit des Täters, die sich unmittelbar aus der Verfolgung des Präventionsgedankens ergibt. Insofern liegt es nahe, dass es erneut – wie im Falle der Vorträge von 1985 und 1999 – nicht zwei sich widersprechende Spuren sind, die das Strafrecht und seine Erweiterungen darstellen, sondern zwei unterschiedlich intensive Ausprägungen eines Gedankens:<sup>70</sup> auf der einen Seite die abmildernde Funktion der Effektivität, die sich darauf beruft, dass beispielweise das Einsperren eines Verbrechers in einem Gefängnis entsozialisierende Wirkungen zeitigen kann und daher nach Möglichkeit durch ambulante Maßnahmen – wie z.B. eine Bewährung oder Sozialarbeit – ersetzt werden sollte, und auf der anderen Seite die verschärfende Funktion, durch die ein gesellschaftliches Phänomen, das als gefährlich wahrgenommen wird, mittels staatlicher Machtausübung „kaltgestellt“ werden soll.

Beide Funktionen haben gemeinsam, dass sie die Strafe legitimieren, jedoch nicht begrenzen. Auch die milde Variante geht davon aus, dass ein staatlicher Eingriff durchgeführt werden darf, wenn er nützlich ist. Beiden Varianten fehlt eine Grenze, ab der nützliche Maßnahmen – unabhängig davon ob milde oder hart – nicht mehr zulässig sind.

Die Idee der Nützlichkeit stammt keinesfalls von *Gustav Radbruch*, der sich in dem Zitat seinerseits auf *Enrico Ferri* beruft. Es wäre sicherlich interessant diesem Verweis auf *Ferri* nachzugehen, der ein bedeutender Vertreter der italienischen „*scuola positiva*“ ist, die jegliche individualschützende Regelungen des Strafverfahrens, die dessen Effektivität be-

Aufwertung des Mundraubes zum Vergehen (§ 248a StGB), für die Sechziger Jahre die Strafbarkeit der Trunkenheit im Verkehr (§ 316 StGB), für die NS-Zeit stellvertretend eine Auswahl der Veränderungen durch die sog. Strafrechtsangleichungsverordnung, die die nur noch fakultative Strafmilderung des Versuchs ebenso einführt, wie eine Neuformulierung des Nötigungstatbestandes (vgl. im einzelnen *Vormbaum* [Fn. 53], S. 212). In der Weimarer Republik ruhte die Strafgesetzgebung im Bereich der geringen Kriminalität weitgehend in Erwartung der Strafrechtsreform. Dass Änderungen sehr wohl geplant waren, zeigt ein Blick in Tatbestände wie den der allgemeinen Lebensgefährdung im Entwurf von 1922 (§ 228 E 1922) oder der dort schon nur noch fakultativen Strafmilderung für den Versuch (§ 23 Abs. 2 E 1922). Für das Kaiserreich sei nur auf das Jahr 1917 verwiesen. Die dort erlassene Irrtumsverordnung hatte zwar strafmildernde Wirkungen, dokumentierte jedoch das Ergebnis der Unübersichtlichkeit einer ständigen Neufassung und Neuschaffung strafrechtlicher Vorschriften (ca. 1.600) im Zuge des Ersten Weltkrieges (*Roth*, in: *Vormbaum/Welp*, [Fn. 49], S. 43).

<sup>69</sup> So auch *Naucke*, *Journal der Juristischen Zeitgeschichte* 2008, 32 (33 f.).

<sup>70</sup> Vgl. auch *Paeffgen* (Fn. 17), S. 81 (S. 96 ff. und S. 118 ff.).

drohten, ablehnte. Zunächst soll aber die deutsche Entwicklung den Kern der Darstellung bilden, wo sich die Konzentration auf die Gefährlichkeit schon bei *Franz von Liszt* findet. *von Liszt* war nicht nur der Doktorvater *Radbruchs*, sondern auch der Begründer der sog. modernen Schule.

Zentral in der *von Liszt*schen Strafrechtstheorie ist seine bekannte dreigliedrige Unterscheidung der Notwendigkeit einer Strafe. Er fordert: 1. Besserung der besserungsfähigen und besserungsbedürftigen Verbrecher, 2. Abschreckung der nicht besserungsbedürftigen Verbrecher und 3. Unschädlichmachung der nicht besserungsfähigen Verbrecher.

Betrachtet man die letzte Gruppe genauer, so ist der Gedanke *Jakobs*, dass die Strafe für „Feinde“ der Gesellschaft ungeeignet ist, nicht neu.<sup>71</sup> In einer frühen Äußerung schreibt *v. Liszt*:

„Sicherungshaft für Gewohnheitsverbrecher: Arbeitshaus mit militärischer Strenge, ohne Federlesen und so billig wie möglich, wenn auch die Kerle zugrunde gehen. Prügelstrafe ist unerlässlich. [...] Der Gewohnheitsverbrecher (ich meine den prinzipiellen Gegner der Rechtsordnung) muß unschädlich gemacht werden, und zwar auf seine Kosten, nicht auf die unsern. Ihm Nahrung, Luft, Bewegung usw. nach rationalen Grundsätzen zumessen ist Mißbrauch der Steuerzahler. Solche Menschen in ein Zellengefängnis modernen Stils setzen ist schablonenhafte Humanität.“<sup>72</sup>

Auch wenn die in diesem Zitat aufscheinende Härte für die Strafrechtslehre *v. Liszt*s nicht kennzeichnend wäre – wie *Radbruch* hervorhebt<sup>73</sup> –, zeigt sich die Trennung zwischen der Strafe zugänglichen Tätern auf der einen Seite und denen, die ihr nicht mehr zugänglich sind auf der anderen Seite deutlich. Während mit Ersteren Kommunikation möglich ist, muss sich die Gesellschaft gegen die Letzteren nur schützen.

Diese einseitige Ausrichtung des Strafrechts<sup>74</sup> an den Interessen der Gesamtheit – und vor allem deren Interesse an Sicherheit – ist es, die beide „Spuren“ des Strafrechts – die milde wie die harte – gebiert. Und sie kann nicht als voraufklärerisch abgetan werden.

<sup>71</sup> Vgl. *Sinn* (Fn. 3), S. 221, der eine Passage aus dem Marburger Programm zitiert: „Solche Leute in Zellengefängnissen um teures Geld bessern zu wollen, ist einfach widersinnig [...]. Gegen die Unverbesserlichen muss die Gesellschaft sich schützen; und da wir köpfen und hängen nicht wollen und deportieren nicht können, so bleibt nur die Einsperrung auf Lebenszeit (bzw. auf unbestimmte Zeit)“ (*v. Liszt*, in: *v. Liszt*, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, Bd. 1, 1970, S. 126 ff. [S. 169]).

<sup>72</sup> *v. Liszt*, Brief an Adolf Dochow vom 21. November 1880, abgedruckt bei *Radbruch* (Fn. 66), S. 323 (S. 326).

<sup>73</sup> *Radbruch*, in: Kaufmann (Fn. 66), S. 323 (S. 326); kritisch zu dieser Interpretation *Naucke*, ZStW 94 (1982), 525 (548).

<sup>74</sup> Dazu, dass nicht nur das Strafgesetz, sondern auch das – bisher eher wenig verdächtige – Bundesverfassungsgericht an dieser Entwicklung beteiligt ist, vgl. *Streng*, in: *Vormbaum* (Fn. 2), S. 181 f. (am Beispiel von Übergangsregelungen für hochgefährliche Straftäter) und *Vormbaum* (Fn. 27), S. XXXIII (mit Hinweis auf die Auswirkungen der Theorie von einem Grundrecht auf Sicherheit).

Auch bei dem für die strafrechtliche Aufklärung wie kaum ein anderer stehenden italienischen Gelehrten *Cesare Beccaria* findet sich eine überraschend parallele Argumentationstechnik zu *Jakobs*. *Beccaria* ist nicht zuletzt wegen seiner Forderung nach der Abschaffung der Todesstrafe bekannt geworden. Zentral ist bei ihm eine Argumentation über die Nützlichkeit:

„Um gerecht zu sein, darf eine Strafe nur jene Intensitätsgrade besitzen, die ausreichen, um Menschen vom Verbrechen abzuhalten“<sup>75</sup>.

*Beccarias* Verdienste in der Gegnerschaft gegen die Todesstrafe sollen nicht geschmälert werden. Es ist abermals die Argumentationstechnik, die interessiert. *Beccaria* lehnt die Todesstrafe als unnütze Grausamkeit ab, bildet hiervon allerdings zwei Ausnahmen:<sup>76</sup>

Erstens sieht er keinen Anlass „einen Bürger zu vernichten, solange nicht sein Tod das wirkliche und einzige Hindernis wäre, andere von der Begehung von Verbrechen abzuhalten“ und zweitens werde der Tod eines Bürgers „notwendig, wenn die Nation ihre Freiheit wiedererlangt oder verliert, oder in der Zeit der Anarchie, wenn Unordnung die Stelle der Gesetze einnimmt“<sup>77</sup>.

Ersetzt man die in der Diskussion bisher glücklicherweise noch nicht aufgetauchte Todesstrafe als „Vernichtung eines Bürgers“ durch eine bürgerliche „Vernichtung“, also durch die Erklärung zur „Unperson“, so wird die argumentative Parallele zum „Feindstrafrecht“ deutlich.<sup>78</sup> Das Vorgehen ist zulässig, wenn es notwendig ist und insbesondere in einer Zeit der Unordnung in der Gesellschaft. Zum Vergleich bei *Jakobs* – wohlgemerkt in der „milden“ Formulierung von 1985:

„Die Berechtigung von Klimaschutz kann deshalb nur für Krisenzeiten dargetan werden, genauer: für Legitimationskrisenzeiten, in denen eine vorübergehende Suspendierung der Freiheit zum Zweck ihrer umso stärker gesicherten Wiederherstellung toleriert werden muss.“<sup>79</sup>

Oder: „Soll die Wirklichkeit nicht leiden, muss sich das Maß der Perfektion des Rechtsstaats nach der jeweiligen Lage richten; ruhige Zeiten lassen mehr Kautelen zu als Zeiten der Not. Es gilt also eine Balance von Perfektion und

<sup>75</sup> *Beccaria*, in: *Vormbaum* (Hrsg.), *Von den Verbrechen und Strafen*, 1764, S. 51.

<sup>76</sup> Ausführlich hierzu *Vormbaum* (Fn. 53), S. 32 ff. Vgl. auch *Naucke*, *Journal der Juristischen Zeitgeschichte* 2008, 32 (33 f.).

<sup>77</sup> *Beccaria* (Fn. 75), S. 49.

<sup>78</sup> *Beccaria* hatte den (zweifelhaften) Vorteil, dass er ein „katastrophales“ Strafrecht vorfand, er konnte seine Effektivitätsargumente ohne Sorge um eine Verschärfung für die Milderung des Strafrechts einsetzen: „Zu einer Zeit, da in Frankreich mit dem Tode bestraft werden konnte, wer bei einer Fronleichnamsprozession nicht vor der Monstranz den Hut abnahm, und da in den meisten Staaten noch die Folter zur Anwendung kam, lagen kritische Argumente aus allen Arsenalen sozusagen auf der Straße“; *Vormbaum* (Fn. 53), S. 34.

<sup>79</sup> *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (783).

Wirklichkeit herzustellen, und die Frage, ob das gelungen ist, lässt sich nicht durch einen Verweis auf die bestehende Notstandsverfassung beantworten, sondern nur mit Blick auf das, was der konkrete Konflikt erforderlich macht.<sup>80</sup>

Die Elemente der ersten „bürgerlichen“ und der zweiten „feindstrafrechtlichen“ Spur des Strafrechts erweisen sich insofern sowohl in historischer,<sup>81</sup> wie in theoretischer Hinsicht als Äste des gleichen Baumes.<sup>82</sup> Beide beruhen auf identischen theoretischen Annahmen.<sup>83</sup> Und die Hauptannahme ist die Forderung nach einer effektiven Verbrechensbekämpfung.<sup>84</sup>

Wenn man dieses Kriterium als Ausgangspunkt nimmt, lässt sich sowohl das aktuelle Strafrecht als auch die Analyse von *Jakobs* erklären. Die Erklärung stammt von *Beccaria*: „Um gerecht zu sein, darf eine Strafe nur jene Intensitätsgrade besitzen, die ausreichen, um Menschen vom Verbrechen abzuhalten“<sup>85</sup>. Dieser Satz lässt sich umkehren und bildet damit die gesuchte gemeinsame Grundlage: „Um gerecht zu sein, muss eine Strafe jene Intensitätsgrade besitzen, die ausreichen, um Menschen vom Verbrechen abzuhalten“<sup>86</sup>.

Das geltende Strafrecht beweist also Milde, wo man annimmt,<sup>87</sup> dass zu große Härte kontraproduktiv wirken könnte und Härte, wo diese als notwendiges Übel erkannt wird. Ebenso funktioniert die Theorie des „Feindstrafrechts“. Auch hier dominiert der Präventionsgedanke.<sup>88</sup> „Normative Rechts-

geltung“ ist etwas für den rechtlich Ansprechbaren. Das bedeutet nichts anderes als dass dort, wo ein Ansprechen genügt, nicht die volle Härte der staatlichen Macht gefordert werden darf. „Kognitive Rechtsgeltung“ ist hingegen der Bereich, in dem die bürgerlichen Mittel ihre Wirkung verlieren. Dort muss die Härte des strafrechtlichen Zugriffs erheblich ansteigen – bis hin zum „Kaltstellen“ des Betroffenen.<sup>89</sup> Es geht „um das Erreichbare, um das praktisch Optimale, was heißt, das Feindstrafrecht sei auf das Erforderliche zu beschränken, dies ganz unabhängig von dem sowieso bestehenden Klugheitsgebot, physische Gewalt wegen ihrer korrumpierenden Nebenwirkungen geringzuhalten.“<sup>90</sup>

### III. Folgerungen

Insofern kann die Aufgabenbeschreibung, die *Jakobs* der Strafrechtswissenschaft gegeben hat, nicht überzeugen. Sie hat nicht „das, was unter dem Namen des Strafrechts läuft, zu scheiden, also die Ergänzung des Strafrechts durch ein Feindbekämpfungsrecht zur Sprache zu bringen.“<sup>91</sup>

#### 1. Notwendigkeit einer absoluten Grenze des Strafens

Sie hat vielmehr die Aufgabe, die begrenzende Funktion des Zweckgedankens – dessen Verdienste nicht bestritten sollen – um eine absolute Grenze zu ergänzen. Nur so kann eine Antwort auf die Frage gegeben werden, was von einer Maßnahme zu halten ist, die sehr effektiv aber auch sehr hart ist.

Mit anderen Worten: Der Strafrechtswissenschaft bleiben bei der Kritik des „Feindstrafrechts“ zwei Möglichkeiten. Sie kann die Tradition des 19. und 20. Jahrhunderts fortsetzen und dennoch gegen *Jakobs'* Thesen opponieren. Dann gilt jedoch dessen Entgegnung eines „Schönwetter-Rechtsstaates“, der den wirklichen Staat dazu verleite, „die zu sei-

<sup>80</sup> *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 418 (425).

<sup>81</sup> Dies ist keine genuin deutsche Entwicklung, Beispiele zum italienischen Strafrecht finden sich bei *Fiandaca*, in: Vormbaum (Fn. 2), S. 21 ff.

<sup>82</sup> Vgl. *Schünemann*: „Wenn aber das gesamte Strafrecht der Gefahrenabwehr dient, [...] dann ist damit die Grundprämisse für die Unterscheidung von Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht fortgefallen.“ (*Schünemann* [Fn. 44], S. 11 [S. 18]); ähnlich *Crespo*, in: Vormbaum (Fn. 2), S. 385 (S. 410).

<sup>83</sup> *Vormbaum* (Fn. 27), S. XXXVI. So im Ergebnis auch *Rogall*, GA 2009, 375 (378).

<sup>84</sup> So auch *Streng* (Fn. 74), S. 181 (S. 197); *Sinn* (Fn. 3), S. 221 (S. 242); *Naucke*, Journal der Juristischen Zeitgeschichte 2008, 32 (33 f.).

<sup>85</sup> *Beccaria*, S. 51.

<sup>86</sup> *Vormbaum* weist darauf hin, dass die „Umformulierung des Satzes [...] nicht nur ein Wortspiel, sondern reale Gefahr [ist], denn: Wer abschrecken will, will sichergehen, und die Begrenzung schlägt schnell in Legitimation um.“ S. *Vormbaum* (Fn. 53), S. 33.

<sup>87</sup> *Streng* weist zu Recht darauf hin, dass sich der Effizienzanspruch der Politik gegen kritische Kontrollen immunisiert habe, so dass harte Strafen auch dann eingesetzt würden, wenn die Wissenschaft darauf hinweise, dass diese nutzlos seien, *Streng* (Fn. 74), S. 181 (S. 196). Die „Annahmen“ über das Strafrecht sind daher nicht solche objektiver Art, sondern es handelt sich um eine „symbolische Effizienzkomponente“ (a.a.O.). Kritisch zur wechselseitigen Beeinflussung von Politik und Massenmedien *Cancio Meliá* (Fn. 17), S. 1 (S. 4).

<sup>88</sup> „Die Trennung von Rechtsgeltung und Gütersicherheit ist freilich nur die halbe Wahrheit; in der anderen Hälfte geht es um deren Verbindung. Eine kontrafaktische Erwartung lässt

sich nur dann durchhalten, wenn nicht der Verlust nennenswerter Teile der Glückseligkeit ernsthaft droht [...]. Je mehr ein Gut wiegt, umso sicherer muss es auch sein, wenn die Orientierungsleistung der zugehörigen Norm nicht zerbrechen soll“, *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 839 (841); hierzu krit. auch *Streng* (Fn. 74), S. 181 (S. 197 f.) und *Sinn* (Fn. 3), S. 221 (S. 235); anders *Schünemann*, in: *Schünemann u.a.* (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, S. 1 (S. 13 ff.); *Schünemann*, in: *Prittowitz u.a.* (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 327 f.

<sup>89</sup> Auch dieser Bereich ist flexibel ausgestaltet: „Die kognitive Stabilität der Norm soll erhalten bleiben (nicht: gesteigert werden). Ein für allemal geltende Strafquanten lassen sich nicht nennen, denn eine ‚ihrer selbst sicher gewordene Macht der Gesellschaft‘ setzt ‚die äußerliche Wichtigkeit der Verletzung herunter‘ (*Hegel*, Rph, § 218) und eine unsicher gewordene Macht dementsprechend herauf.“ (*Jakobs* [Fn. 17], S. 115). „Feindstrafrecht ist eben kein Regelwerk zur grenzenlosen Vernichtung, sondern ist im klug verwalteten Rechtsstaat eine ultima ratio, die bewußt als Ausnahme angewandt wird, als etwas, das nicht zu dauerndem Gebrauch taugt“ (*Jakobs*, HRRS 2006, 289 ([294])).

<sup>90</sup> *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (297).

<sup>91</sup> *Jakobs* (Fn. 4 – Strafrechtswissenschaft), S. 53 f.

nem Überleben in einer schmutzigen Welt nun einmal notwendigen Ausnahmen als Regel zu tarnen und dadurch zu verdunkeln, was eigentlich die Regel und was die Ausnahme ist; anders formuliert, der imperfekte Rechtsstaat stellt sich durch einen ideologischen Wortgebrauch als perfekt dar.“<sup>92</sup>

Will man das „Feindstrafrecht“ also wirksam kritisieren, muss man sich von der Ausrichtung des Strafrechts auf Wirksamkeit lösen, ansonsten besteht tatsächlich das Risiko, dass man die Symptome verdammt, aber die Ursachen akzeptiert.<sup>93</sup> Die Alternative liegt darin, die Tradition insoweit zu verlassen, als die Wirksamkeit stets durch ein Kriterium der Gerechtigkeit begrenzt werden muss. Es geht nicht um die Gegenüberstellung von guter Prävention und schlechter Vergeltung, sondern es gilt, die absolute – im Vergeltungsgedanken enthaltene – Grenze für eine Begrenzung des Strafrechts fruchtbar zu machen.<sup>94</sup> „Hier wird kein Mehrheitsbezug, sondern nur eine Legitimationsgrundlage der Richtigkeit weiterhelfen, die am Prinzip unteilbarer und universeller Menschenwürde ankoppelt.“<sup>95</sup>

### 2. Rückkehr zur Tagesordnung?

In seiner jüngsten Erwiderung auf seine zahlreichen Kritiker bemerkt *Jakobs*:

„[D]ie Annahme, man könne einfach zur Tagesordnung des perfekten, alle Personen permanent voll integrierenden Rechtsstaats übergehen, [ist] durch nichts begründet. Vielmehr muss das Recht, soll es orientierend bleiben, auch Ausnahmen von der Integration kennen, und Sicherungsverwahrung, harte Strafen für die Bildung einer terroristischen Vereinigung, Lauschangriffe, verdeckte Ermittlungen und andere mehr zeugen von solchen Ausnahmen.“<sup>96</sup>

Wenn die Strafrechtsgeschichte eines in großer Fülle zeigt, so ist es, dass die Tagesordnung nicht etwa im perfekten Rechtsstaat gesehen werden kann, sondern in der Art Aufzählung, die sich anschließt.<sup>97</sup> Die im Strafrecht ergriffenen präventiven Maßnahmen konnten nicht verhindern, dass das System im letzten Jahrhundert gleich mehrfach unterging – und zumindest was die Weimarer Republik anging, war das Strafrecht auf die entscheidende Konfrontation ausgerichtet, zu nennen ist hier nur das „Republikenschutzgesetz“. Es ist geradezu andersherum, das System des Staates ging mehrfach unter, die angesprochene Tendenz im Strafrecht hingegen nicht. An der Frage, ob der Untergang des Systems (wie im Fall des Dritten Reiches) begrüßt oder (wie im Fall der Wei-

<sup>92</sup> *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 839 (851).

<sup>93</sup> Vgl. auch *Naucke*, Journal der Juristischen Zeitgeschichte 2008, 32 (33 f.).

<sup>94</sup> Eine Beschreibung zu einem Programm einer „kritischen Strafgesetzlichkeit“ findet sich bei *Naucke* (Quaderni Fiorentini 36 [2007], 321 [338 ff.]).

<sup>95</sup> *Albrecht* (Fn. 1), S. 117 (S. 128). Ganz ähnlich *Greco* (Fn. 3), S. 51 f. Vgl. auch schon *Hassemer*, StV 1990, 328 (330 f.).

<sup>96</sup> *Jakobs* (Fn. 4 – Straftheorie), S. 181.

<sup>97</sup> Wobei allerdings nicht verkannt werden soll, dass sich die Entwicklung seit dem 11.9.2001 noch erheblich beschleunigt hat, vgl. *Cancio Meliá* (Fn. 17), S. 1 (S. 9).

marer Republik) bedauert werden sollte, hatte die verwendete Methode des Strafrechts, das es zu verteidigen versuchte, nur wenig Anteil.<sup>98</sup>

Wenn *Jakobs* daher darauf hinweist, dass derjenige, der „den Feind unter den Begriff des bürgerlichen Verbrechens“ bringe, sich nicht wundern solle, „wenn die Begriffe ‚Krieg‘ und ‚Strafverfahren‘ durcheinandergeraten“<sup>99</sup>, dann verkennt dies, dass der Prozess der Verschiebung hin zur effizienten Verbrechensbekämpfung dem Strafrecht in unserer gesamten Epoche innewohnt und dass diese Begriffe deshalb nie wirklich getrennt waren, also auch kaum durcheinandergeraten können. Nicht der Feind wird in letzter Zeit unter das bürgerliche Verfahren gebracht, sondern das bürgerliche Verfahren schon lange (mehr oder weniger intensiv) gegen Feinde gerichtet und daher aufgelöst.<sup>100</sup>

### 3. Feindstrafgesetzbuch?

Etwas Weiteres erscheint als sicher. Eine Begrenzung bzw. Verlagerung des „Feindstrafrechts“ auf ein Spezialgebiet, ein „Feindstrafgesetzbuch“ scheidet aus. Erinnert sei an ein Zitat von *Alexis de Tocqueville*. In seinen „Gedanken über Algerien“ aus dem Jahr 1841 lobt *Tocqueville* das militärische Vorgehen Frankreichs in Algerien. Es seien leidige Notwendigkeiten, wenn man Ernten niederbrenne, Speicher ausräume und Unbewaffnete, Frauen und Kinder in Gewahrsam nehme. Diese seien kaum schändlicher als im Krieg die unschuldige Bevölkerung einer belagerten Stadt zu bombardieren. Algerien – so die dahinterstehende Überlegung – sei gut getrennt von Frankreich. Ein Vorgehen dort also zulässig.

Doch die gelobten französischen Offiziere flößten *Tocqueville* zugleich Angst ein:

„Man kann nicht verhehlen, dass ein Offizier, der sich in Afrika erst einmal eingerichtet hat, bald Gewohnheiten sowie Denk- und Handlungsweisen annimmt, die überall, aber besonders in einem freien Land sehr gefährlich sind. Er findet Geschmack an einem harten, gewaltsamen, willkürlichen und groben Führungsstil. Das ist eine Entwicklung, die ich nicht verallgemeinert und verbreitet sehen möchte [und ich bekenne, dass] ich mich frage, was wir mit einer Vielzahl solcher Männer machen sollten, wenn sie zu uns zurückkehrten. [...] Gott bewahre uns davor, jemals erleben zu müssen, dass Frankreich von einem Offizier der Afrika-Armee gelenkt wird.“<sup>101</sup>

Die Frage danach, wie den Rückwirkungen des „Feindstrafrechts“ sowohl für die demokratische Gesellschaft als auch für die Normen des bürgerlichen Strafrechts begegnet werden kann, ist nicht beantwortet. *Tocqueville* jedenfalls durfte erleben, wie der algerienerprobte General *Cavaignac*

<sup>98</sup> Vgl. hierzu die schon zitierte Passage von *Naucke* (Fn. 17), S. 417 (S. 439 f.).

<sup>99</sup> *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (92).

<sup>100</sup> *Jakobs* selbst spricht von einer „mittlerweile kaum noch überschaubaren Menge an feindstrafrechtlichen Strängen und Partikeln“ im allgemeinen Strafrecht (*Jakobs*, HRRS 2004, 88 [93]).

<sup>101</sup> *Tocqueville*, in: *Bluhm* (Hrsg.), *Alexis de Tocqueville*, Kleine Politische Schriften, 2006, S. 109 (S. 126 f.).

1848 den Juniaufstand in Paris niederschlug. Das Ergebnis waren über 5.500 getötete oder Verwundete, 1.500 standrechtliche Hinrichtungen, 4.000 Verbannungen und 11.000 Festnahmen.<sup>102</sup> Er musste immerhin nicht erleben, wie dieser Offizier der Afrika-Armee den französischen Staat lenkte. *Cavignac* verlor in den Präsidentschaftswahlen im Dezember 1848 gegen *Louis-Napoleon Bonaparte*, der für die Abschaffung der Republik durch seinen Staatsstreich nur drei Jahre benötigte.“

---

<sup>102</sup> Nachweise bei *Winkler*, Geschichte des Westens, 2009, S. 597.