

Feindstrafrecht als regulative Idee

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Stefan Schick, Regensburg

Der Artikel untersucht Günther Jakobs' umstrittenen Begriff des Feindstrafrechts und versucht ihn in positiver Weise nicht als eine konstitutive, sondern als eine regulative Idee zu deuten. Zu diesem Zwecke wird der Begriff zunächst in seiner deskriptiven Funktion als Mittel zur Beschreibung einer rechtlichen Wirklichkeit untersucht. Anschließend wird die Kritik an diesem Begriff in seinem normativen Verständnis analysiert. Zuletzt wird die hier vorgeschlagene Deutung des Konzepts als regulative Idee gegen andere mögliche und mehr oder weniger konsistente Alternativen abgewogen.

This paper investigates Günther Jakobs' highly controversial concept of „Feindstrafrecht“ (enemy criminal law). It tries to interpret it in a positive manner not as a constitutive, but rather as a regulative idea. For that purpose, in a first step, it investigates this very concept in its descriptive function as a means to characterize a juridical reality. Subsequently, it analyzes the criticism of this notion in its normative understanding. In a final step, it trades off the Interpretation of „Feindstrafrecht“ as a regulative idea which is suggested in this paper against other possible and more or less consistent alternatives.

Um deutlich zu machen, dass die Bedeutung von Worten oder logisch-mathematischen Zeichen sich durch die Regeln ihrer Verwendung konstituiert, wählt Wittgenstein einmal folgenden Vergleich: Wer behauptet, selbige seien an sich selbst bedeutungstragend, gleiche einem Schachspieler, der beim Aufbau der Schachfiguren seine eigene besonders scheußlich angemalte Dame mit den Worten aufstellt, diese sehe so grässlich und schreckenerregend aus, dass sie jede gegnerische Figur vom Brett vertreiben würde. Mit dem Feindstrafrecht hat Günther Jakobs 1985 einen Begriff in die Strafrechtstheorie eingeführt, von dem seine Gegner seit einiger Zeit eben dies behaupten: Er sei so schrecklich, dass er in seiner Konsequenz alle rechtsstaatlichen Errungenschaften seit der Aufklärung vertreiben würde. Ob der Begriff wirklich diese „diabolische Potenz“¹ besitzt oder seine Kritiker mit den gleichen Figuren nicht einfach ein anderes Spiel bzw. dasselbe Spiel nur mit anderen Figuren spielen, soll in den folgenden Ausführungen ganz im Sinne Wittgensteins dadurch festgestellt werden, dass der Blick von den attributiven Selbstcharakterisierungen hin auf die Operationen mit dem in Frage stehenden Begriff des Feindstrafrechts gelenkt wird.

* Ich danke Herrn Dipl.-Jur. Péter Csingár für seine Anregung zu diesem Artikel und seine wertvollen Hinweise.

¹ Prantl, Vom rechten Gebrauch der Freiheit, Die diabolische Potenz der Angst Sicherheit durch Krieg und Folter? (<http://www.erich-fromm.de/data/pdf/Prantl,%20H.,%202006.pdf> [28.2.2012]), S. 8.

I. Feindstrafrecht als Wirklichkeit

1. Deskription

In seiner Untersuchung über Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung diagnostiziert Jakobs eine Tendenz zur Erosion des bürgerlich-liberalen Strafrechts.² Diese weitgehend von Zustimmung begleitete Analyse begründet er anhand von vier Symptomen:

a) Der Übergang von einem bürgerlichen am Schuldprinzip ausgerichteten Strafrecht hin zu einer Bekämpfungsgesetzgebung zeigt sich bereits an der Bezeichnung bestimmter Gesetze als „Bekämpfungsgesetze“ – wie dem Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus (BGBl. I 1986, S. 2566), dem Terrorismusbekämpfungsgesetz v. 9.1.2002, dem Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten (BGBl. I 1998, S. 160), dem Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (BGBl. I 1992, S. 1302), dem Eurojust-Gesetz zur Verstärkung der Bekämpfung der schweren Kriminalität (BGBl. I 2004, S. 902) oder dem Ersten und Zweiten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (BGBl. I 1976, S. 2034 und BGBl. I 1986, S. 721). Die Zielsetzungen „Kampf“ und „Bekämpfung“, die damit „in fundamentalen internationalen Gesetzestexten“ „die Eigenschaft regelrechter Rechtsbegriffe angenommen“ haben,³ machen deutlich, dass mit der Bestrafung der Terroristen oder (organisierten) Kriminellen als Mittel ein eigentlich polizeilicher Zweck verfolgt wird: nämlich die Herstellung von Sicherheit.⁴

b) Diese gesetzgeberische Nomenklatur könnte man noch als bloße unbedachte Rhetorik abtun, die nur eine gewisse legislatorische Hemdsärmeligkeit beweisen soll.⁵ Doch hier belehrt uns nach Jakobs das materielle Strafrecht eines Besseren: Die Besonderheit dieser Regelungen zur Bekämpfung der Kriminalität besteht darin, dass in ihnen das Tatprinzip verlassen wird, um entweder – wie im Fall der Sicherungsverwahrung – nach Vollziehung der Strafe einen Täter zum Zwecke der Sicherung den Delinquenten „fremdzuverwalten“⁶ oder infolge von Vorfeldkriminalisierungen – also

² Vgl. Jakobs, ZStW 97 (1985), 751. Zur Literatur zum Feindstrafrecht vgl. Greco, Feindstrafrecht, 2010, S. 31-47.

³ Domini, in: Vormbaum (Hrsg.), Kritik des Feindstrafrechts, 2009, S. 279 (S. 284) – Hervorhebungen im Original.

⁴ Vgl. Jakobs, ZStW 117 (2005), 839. Zur Verpolizeilichung des Strafrechts vgl. auch: Jakobs, in: Rosenau/Kim (Hrsg.), Strafrechtstheorie und Strafgerechtigkeit, 2010, S. 167 (S. 172-175).

⁵ Hassemer, HRRS 2006, 130 (132): „Die derzeit gängige Rhetorik des Strafgesetzgebers, die auch bei scheinbar randständigen Gesetzen nicht auf die militante Überschrift ‚Bekämpfung‘ verzichten mag und die auch im Strafprozessrecht trotz der Unschuldsvermutung ungeniert von Tätern spricht, sind dafür nur eine Grundierung. Es ist Schluss mit bedachter und vorsichtiger Nomenklatur, jetzt wird geholt.“

⁶ Vgl. Jakobs, HRRS 2006, 289 (293).

insbesondere Kriminalisierungen im Privatbereich vollzogener materieller Vorbereitungen, wie der Bildung krimineller oder terroristischer Vereinigungen (§§ 129, 129a, 129b StGB) – schon vor der Straftat zum Zwecke der Sicherung zu strafen. Hier ist aber das eigentlich strafbare Verhalten noch überhaupt nicht bestätigt, nicht einmal durch unmittelbaren Versuch, sondern eben erst geplant. Im Gegensatz dazu werden Alleintäter erst strafbar, wenn sie unmittelbar zur Tatverwirklichung ansetzen (§§ 22, 212 StGB). Der Staat bleibt durch diese Behandlung der ihm unterworfenen Subjekte nicht mehr auf der Ebene bürgerlichen Strafrechts, das gerade der Sicherung der Freiheit der Bürger diene, sondern konstituiert ein neues Recht, das nicht die Freiheitssphäre, sondern nur den Rechtsgüterschutz optimieren soll.⁷

c) Außerdem zeigt sich die Erosion des Strafrechts im Abbau prozessualer Garantien: Dies beginnt bereits bei der nach § 81a StPO erlaubten zwangsweisen Entnahme von Blutproben und anderen körperlichen Eingriffen, die mit § 136a StPO und Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG konkurrieren,⁸ geht weiter mit der erlaubten Überwachung der Telekommunikation nach § 100a StPO, geheimen Ermittlungen (§ 100c StPO), dem Einsatz verdeckter Ermittlungen (§ 110 StPO) und endet etwa bei der Kontaktsperre für bestimmte Untersuchungshäftlinge nach § 31 EGGVG.⁹ Schon die Untersuchungshaft selbst dient mitunter einzig dem Rechtsgüterschutz.¹⁰ Seit dem 11.9.2001 ließe sich dies noch ergänzen durch die Verbrechenverfolgung durch Krieg.¹¹ All diese Maßnahmen würden zwar „nicht außerhalb des Rechts erfolgen, aber die Beschuldigten werden insoweit, als bei ihnen eingegriffen wird, von ihrem Recht exkludiert: Der Staat hebt in rechtlich geordneter Weise Rechte auf.“¹²

d) Nun könnte man einwenden, dass es sich bei diesen Handlungen entweder um abstrakte Gefährdungsdelikte oder um Klimaschutzdelikte bzw. Verletzungen vorgelagerter Rechtsgüter handle. Im ersten Fall verhielte sich die Grün-

dung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung oder die gemeinschaftliche Planung eines Verbrechens analog zum Fahren unter Alkoholeinfluss oder der privaten Lagerung waffenfähigen Plutoniums. Hier bewertet der Gesetzgeber allerdings die Handlung als objektiv so gefährlich, dass unabhängig vom weiteren Willen des Täters die Handlung Rechtsgüter gefährdet. Die Gesinnung des Handelnden spielt dabei keine Rolle, vielmehr abstrahiert der Gesetzgeber gerade von individuellen und internen Unterschieden. Bei den beschriebenen Handlungen verhält es sich hingegen umgekehrt, wie insbesondere das Gesetz zur Bestrafung von Aufenthalt in Terrorcamps zeigt: Da das Erlernen bestimmter Fertigkeiten an sich selbst noch nicht gefährlich ist, stellt der Gesetzgeber in § 89a StGB die Gesinnung unter Strafe.

Es bleibt also die Möglichkeit, diese Handlungen als Verletzung vorgelagerter Rechtsgüter zu bestrafen. So geht von der bekannt gewordenen Existenz einer terroristischen Vereinigung für die Gesellschaft ja tatsächlich „eine diffuse Bedrohung, eine latent verunsichernde Wirkung“¹³ aus. Im Rahmen des bürgerlichen Strafrechts lässt sich also argumentieren, dass das Rechtsgut des öffentlichen Friedens, der öffentlichen Ordnung bzw. des Rechtsfriedens verletzt wird. Als Störungen dieser Rechtsgüter werden u.a. Bedrohungen (§ 241 StGB), die Androhung von Straftaten (§ 126 Abs. 1 StGB) oder das Aufstacheln zum Rassenhass (§§ 130, 131 StGB) bestraft. Allerdings könnte nur eine „der Vorverlagerung proportionale Reduktion der Strafe“¹⁴ der Verbrechensvorbereitung zeigen, dass die Bestrafung nicht auf die Gefährlichkeit des Verbrechens zweckt, sondern den erfolgten Angriff auf die öffentliche Sicherheit bestraft.¹⁵ Sowohl die mit der Limitierungsfunktion des Schuldprinzips unvereinbare Höhe der Strafe v.a. bei der Bildung einer terroristischen Vereinigung nach §§ 129a, 129b StGB (der Strafraum entspricht immerhin dem der schweren Körperverletzung!¹⁶), als auch die damit verbundene Einschränkung prozessualer Garantien¹⁷ zeigen aber im Gegenteil, dass hier nicht die Verletzung der öffentlichen Sicherheit bestraft, sondern einerseits abgeschreckt und andererseits v.a. eine Gefahr beseitigt werden soll.

⁷ *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (756): „Eine solche Diminution des Subjekts gehört zu einem Strafrecht eigener Art, das vom bürgerlichen Strafrecht deutlich unterschieden ist: Das Feindstrafrecht optimiert Rechtsgüterschutz, das bürgerliche Strafrecht optimiert Freiheitssphären.“

⁸ Vgl. *Arnold*, HRRS 2006, 303 (309).

⁹ „Besteht eine gegenwärtige Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit einer Person, begründen bestimmte Tatsachen den Verdacht, dass die Gefahr von einer terroristischen Vereinigung ausgeht, und ist es zur Abwehr dieser Gefahr geboten, jedwede Verbindung von Gefangenen untereinander und mit der Außenwelt einschließlich des schriftlichen und mündlichen Verkehrs mit dem Verteidiger zu unterbrechen, so kann eine entsprechende Feststellung getroffen werden.“

¹⁰ So etwa auch *Hassemer*, HRRS 2006, 130 (133): „Den Haftgrund der Wiederholungsgefahr in § 112a StPO braucht man nicht lange und kompliziert auszulegen; er trägt das Kainszeichen auf der Stirn: Er verfolgt das materiellrechtliche Ziel der Straftatenverhütung, nicht das prozessrechtliche Ziel der Verfahrenssicherung.“

¹¹ Vgl. *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (93).

¹² *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (296).

¹³ *Pawlik*, *Der Terrorist und sein Recht*, Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus, 2008, S. 29.

¹⁴ *Jakobs*, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Rückbesinnung und Ausblick, 2000, S. 47 (S. 51).

¹⁵ Vgl. *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (94); *ders.*, ZStW 117 (2005), 839 (840).

¹⁶ Vgl. *Pawlik* (Fn. 13), S. 30 f.: § 129b StGB erhebt zudem in der Konsequenz den „öffentlichen Frieden ‚auf der ganzen Welt‘ zum Schutzgut“.

¹⁷ § 129a StGB erlaubt trotz mäßigem Unrechtsgehalts der inkriminierten Verhaltensweise massive Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte bis hin zu Untersuchungshaft ohne Haftgrund (§ 112 Abs. 3 StPO) und Kontaktsperre während der Untersuchungshaft (§§ 31 ff. EGGVG), vgl. *Pawlik* (Fn. 13), S. 33.

2. Interpretation

Die beschriebenen Regelungen zeigen nach *Jakobs* den „Übergang von einem Normgeltung erhaltenden Strafrecht, üblicherweise Schuldstrafrecht genannt, zu einem Strafrecht als Maßnahmenrecht bei drohenden Gefahren“¹⁸, in dem das Schuld- und Tatprinzip preisgegeben wird, um Gefährdungen zu bekämpfen.¹⁹ Eben damit hört es aber auf, Strafrecht im eigentlichen Sinne des Wortes zu sein.²⁰ Mehr noch: Solch ein Recht betrachtet das ihm unterworfenen Subjekt nicht als Bürger, sondern als potentiellen oder aktuellen Feind schützenswerter Rechtsgüter.

Als Bürger ist der Einzelne nach *Jakobs* nämlich gerade durch sein „Recht auf eine von Kontrolle freie“²¹ „interne bürgerliche Sphäre“²² bestimmt. Der Bürger ist überhaupt nur Bürger, solange er eine vor staatlichem Zugriff geschützte Privatsphäre besitzt. Wenn ihm diese genommen wird, indem seine Interna inkriminierbarer Gegenstand des Strafrechts werden, ist er als Bürger nicht mehr vorhanden. Diese Interna umfassen nicht wie bei *Hobbes* nur die Gedanken, sondern neben Kleidung, Wohnung und Eigentum auch sämtliche einvernehmliche soziale Kontakte. Der Satz *cogitationis poenam nemo patitur* ist also nur ein Spezialfall des bürgerlichen Rechts auf Privatsphäre und umfasst auch die Lebensführung, solange sie nicht über einvernehmliche Akte mit anderen Personen hinausgeht. Die externe Sphäre beginnt erst bei nicht-einvernehmlichen sozialen Kontakten. In diesem Sinne ist also auch die delikt vorbereitende soziale Beziehung noch ein privates Internum.

Für ein bürgerliches Strafrecht muss daraus folgen, dass es nur externe Handlungen und nicht Interna zu bestrafen hat. Der Staat darf kein Verhalten bestrafen, das nur deshalb auffällt, weil er die Interna kennt. Der Bürger darf nur dann Täter werden, wenn er sich störend verhält. „Die Frage nach den Interna ist nur zur Interpretation sowieso schon störender Externa erlaubt.“²³ Sonst zielt die Bestrafung mit an sich nicht auffälligen Handlungen eigentlich auf die Interna des Bürgers, die als Interpretamente diese unauffälligen Handlungen erst zu auffälligen machen. Wie die inneren Gedanken des Handelnden müssen also auch die delikt vorbereitenden Verabredungen im Privatbereich straffrei bleiben. Denn das Wissen um die Vorbereitung eines Verbrechens durch Verabredung ist an sich nicht weniger störend als dasjenige um die Planung eines Verbrechens im Kopf eines Alleintäters.²⁴

¹⁸ *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (295).

¹⁹ Vgl. *Pawlik* (Fn. 13), S. 26.

²⁰ So auch *Hassemer*, HRRS 2006, 130 (136): „Im Strafrecht abstrakter Gefährdungen verschwindet das Unrecht, um das es dem Strafrecht doch geht, schwimmt die Schuld, das Dafür-Können der handelnden Person, auf die das Strafrecht doch antwortet.“

²¹ *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (753).

²² *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (755).

²³ *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (761) – *Hervorhebung* im Original.

²⁴ Vgl. *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (765). Das Gegenargument, der Zusammenschluss berge die „Gefahr einer Eigendynamik“, die durch den Täter nicht mehr kontrollierbar sei,

Vorverlagerungen von Straftaten kriminalisieren nun aber nicht ein externes störendes, sondern ein äußerlich völlig problemloses Verhalten, das durch Interpretation der Interna der handelnden Personen zur Gefahr für ein Rechtsgut erklärt wird. Wenn also im materiellen Strafrecht in § 30 StGB beim Beteiligungsversuch auch die unter Bedingungen der Privatheit vorgenommenen Verabredungen als Straftat definiert werden oder die §§ 129a, 129b StGB die Vereinigungsbildung unter Strafe stellen,²⁵ wird der Bürger nicht mehr als Bürger, sondern als Feind behandelt, da den betroffenen Bürgern ihr Internbereich genommen wird, ohne dass es extern schon zu einem störenden Verhalten gekommen wäre.²⁶ *Jakobs* bezeichnet solche Regelungen, die nicht der Sicherung der Freiheitssphäre des Bürgers, sondern dem Zwecke der Sicherung bestimmter Rechtsgüter vor der Gefahr möglicher künftiger Schäden dienen, deshalb als „feindstrafrechtliche“²⁷.

3. Analyse

Eine theoretische Grundlage für die Konfusion bürgerlichen Strafrechts mit Feindstrafrecht bilden nach *Jakobs* sowohl Rechtsgutslehre als auch Vertragstheorie:

a) Die Rechtsgutslehre versteht das Strafrecht vornehmlich als Instrument zum Schutz von Rechtsgütern²⁸ und Strafe dementsprechend als Sanktionierung einer Rechtsgutverletzung. Damit intendiert sie eigentlich die Limitierung des materiellen Strafrechts mit der Begrenzung des Strafmaßes:²⁹ Das Rechtsgutdogma soll dem Gesetzgeber strenge Schranken dafür setzen, was er überhaupt bestrafen darf. Insbesondere die Pönalisierung bloßer Verstöße gegen Tabus, Sittlichkeit und Moral ist demnach nicht zulässig.³⁰ Diese Inten-

vgl. *Jäger*, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis*, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Bd. 1, 2011, S. 71 (S. 82), scheint solange nicht überzeugend, wie es sich bei allen Tatbeteiligten um schuldfähige Personen handelt.

²⁵ Vgl. *Pawlik* (Fn. 13), S. 26.

²⁶ Im formellen Strafrecht widerspricht etwa der Lauschangriff eindeutig dem Begriff des Bürgers, vgl. *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (296.)

²⁷ *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (295).

²⁸ Als Rechtsgut definiert *Roxin* „für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems“ notwendige „Gegebenheiten oder Zwecksetzungen“, vgl. *Roxin*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 2.

²⁹ So ist für *Franz von Liszt*, der die „Strafe als Rechtsgüterschutz“ auffasste, gegen *Hegel* und *Kant* „die Herrschaft des Zweckgedankens der sicherte Schutz der individuellen Freiheit gegen jene grausamen Strafarten früherer Zeiten“, vgl. v. *Liszt*, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, Bd. 1, 1970, S. 126 (S. 161). Vgl. dazu auch *Schünemann*, in: *Vormbaum* (Fn. 3), S. 11.

³⁰ Im Rahmen der Reform des Sexualstrafrechts wurden so die „Sittlichkeitsdelikte“ aus dem StGB gestrichen, die nicht

tion verkehrt sich nach *Jakobs* allerdings in ihr Gegenteil: Denn zum Zwecke des Schutzes der Rechtsgüter expandiert das Strafrecht „ins Uferlose“³¹: Was sich als Gefahr für ein Rechtsgut bezeichnen lässt, wird kriminalisiert. Die potentielle Schädigung eines Rechtsguts begründet die Vorverlagerung der Vollendung und damit Vorfeldkriminalisierungen, „wobei sich der Beginn der Gefahr potentiell grenzenlos vorverlagern läßt“³². Der Täter ist „nur Gefahrenquelle, mit anderen Worten, Feind des Rechtsguts“³³. Unter dem Namen bürgerlichen Strafrechts droht die Rechtsgutslehre in ihrer Konsequenz also jeden Straftäter als Rechtsgutsfeind zu behandeln und so Feindstrafrecht im Mantel bürgerlichen Rechts zu werden. Die Rechtsgutstheoretiker bezeichnen also zwar alle Straftäter als Bürger, tun dies aber nur noch nominell, da sie auf Grund der fehlenden Unterscheidung zwischen Bürger und Feind Regelungen aus unterschiedlichen Sphären konfundieren.

b) Die Vertragstheorie insbesondere *Rousseaus* und *Fichtes* hat hingegen die Tendenz, jeden Verbrecher zum Feind zu erklären: Das Verbrechen bedeutet Aufkündigung des Gesellschaftsvertrages. *Rousseau* und *Fichte* erklären deshalb jeden Straftäter zum Feind und sprechen ihm seinen Status als Bürger ab. Da der Straftäter den zwischen den Mitgliedern der Gesellschaft geschlossenen Vertrag im Verbrechen für nichtig erklärt, darf er auch nicht mehr von dessen Vorzügen profitieren und kann mit den anderen nicht mehr im Rechtsverhältnis leben. So erklärt *Rousseau* denjenigen, der das gesellschaftliche Recht angegriffen hat, zum ennemi.³⁴ Für *Fichte* ist die Hinrichtung des Verbrechers deshalb nicht Strafe, sondern Sicherungsmittel.

c) Im Anschluss an *Hobbes'* Unterscheidung zwischen dem Feind in Person des Rebellen und dem bürgerlichen Straftäter und *Kant*, der dem normalen Straftäter seinen personalen Status belässt und nur den prinzipiellen Abweichler zum Feind erklärt,³⁵ argumentiert *Jakobs*, dass der Verbre-

cher weiterhin als Träger von Rechten und Pflichten im Recht bleiben muss. Der Delinquent hat zugleich das Recht und die Pflicht, sich durch Wiedergutmachung mit der Gesellschaft erneut zu versöhnen. Gegen die „Definition des Täters als Rechtsgutfeind“ setzt *Jakobs* deshalb die „Definition des Täters als Bürger“.³⁶

Bürgerliches Strafrecht dient nicht einer Gefahrenbekämpfung, sondern dem Erhalt der Normgeltung,³⁷ an der die Bürger sich orientieren sollen. Die Straftat ist keine Güterverletzung, sondern „Verletzung der Rechtlichkeit“³⁸. Die Straftat eines Bürgers bedeutet etwas, nämlich die „Desavouierung der Norm, einen Angriff auf ihre Geltung“³⁹. Das Verbrechen löst dabei die Normierungen der Gesellschaft aber nicht auf, sondern irritiert selbige nur.⁴⁰ Die Strafe behauptet die Unmaßgeblichkeit der in der normwidrigen Tat sich ausdrückenden Behauptung und stellt die unveränderte weitere Geltung der Norm fest, indem sie die Handlungsmaxime des Delinquenten für unmaßgeblich erklärt.⁴¹ Die gesellschaftliche Geltung der Norm wird durch den Verbrecher nicht annulliert, sofern dieser Norm in der Bestrafung des Täters Geltung verschafft wird. Ihre Wirklichkeit wird im strafrechtlichen Widerspruch „kontrafaktisch durchgehalten“⁴², und kann so sowohl für den (potentiellen) Täter als auch für das (potentielle) Opfer ihre orientierungsleitende Funktion behalten.⁴³ Tat und Strafe sind also „Mittel symbolischer Interaktion“⁴⁴, sie bedeuten etwas. Strafe im Sinne von *Jakobs* ist deshalb Moment eines kommunikativen Prozesses. Als Widerspruch gegen die Normverletzung und damit kontrafaktische Normbestätigung bedeutet sie die „Marginalisierung der Tat in ihrer normverletzenden Bedeutung“⁴⁵. Insofern seiner Tat wi-

„um das seinige zu behaupten“. Die Interpretation von *Jakobs* scheint insofern zwar strapaziert (da es bei *Kant* ja doch eher um das Verhältnis von Staaten zueinander geht und nicht von Staat zu Individuum), aber nicht grundsätzlich falsch.

³⁶ *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (753).

³⁷ *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (90): „Bürgerstrafrecht erhält die Normgeltung, Feindstrafrecht [...] bekämpft Gefahren“. Dagegen *Schünemann* (Fn. 29), S. 17: Das Strafrecht diene nicht der Erhaltung der Normgeltung, sondern die Norm ist eigentlich nur Mittel für das Ziel der Rechtsguterhaltung.

³⁸ Vgl. *Jakobs* (Fn. 14), S. 49. Vgl. *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 97 = *ders.*, in: Moldenhauer (Hrsg.), Werke, Bd. 7, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, 1970, S. 185: „Verletzung des Rechts als Recht“.

³⁹ *Jakobs*, HRRS 2004, 88.

⁴⁰ Vgl. *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (91).

⁴¹ Mit *Hegel* gesprochen: Die Strafe ist Negation der Negation des Rechts und zeigt die Gültigkeit des Rechts, vgl. *Hegel* (Fn. 38 – Grundlinien), § 97 = *ders.* (Fn. 38 – Werke 7), S. 185 f.

⁴² *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (291).

⁴³ *Jakobs*, ZStW 107 (1995), 843 (844): Das „Strafrecht stellt auf der kommunikativen Ebene die gestörte Normgeltung schlechthin immer wieder her.“

⁴⁴ *Jakobs*, HRRS 2004, 88.

⁴⁵ *Jakobs* (Fn. 14), S. 49.

gegen die sexuelle Selbstbestimmung verstoßen (mit Ausnahme freilich des Inzestverbots).

³¹ *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (753).

³² *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (753).

³³ *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (753).

³⁴ Vgl. *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (89).

³⁵ Vgl. *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (293); *ders.*, HRRS 2004, 88 (90). Dass bei *Kant* der prinzipielle Abweichler (derjenige, der sich nicht aus dem Naturzustand in den staatlichen Zustand begeben will) zum Feind wird, leitet *Jakobs* vornehmlich aus einer Anmerkung aus „Zum ewigen Frieden“ ab (*Kant*, in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften [Hrsg.], *Kant's gesammelte Schriften*, Bd. 8, S. 349). Der unbelehrbare Delinquent und Terrorist, da er eine oder mehrere fundamentale Normen in seinem Verhalten nicht anerkennt, tritt nach *Jakobs* wieder in den dort beschriebenen Naturzustand zurück. Dieser Zustand ist für *Kant* ein Zustand der Feindschaft, wobei er in seiner „Metaphysik der Sitten“ (*Kant*, in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften [Hrsg.], *Kant's gesammelte Schriften*, Bd. 6, S. 349 f.) ausführt, der Feind sei immer „ungerechter Feind“, so dass man sich „aller zulässigen Mittel“ bedienen dürfe,

dersprochen wird, wird der Delinquent als Person anerkannt. „Der Verbrecher bleibt Person im Recht.“⁴⁶

Diese Bedingungen bürgerlicher Rechtlichkeit zeigen allerdings zugleich ihre Grenzen auf.⁴⁷ Denn Strafe bedeutet ja nicht nur, sondern bewirkt zugleich etwas Psychisches, nämlich Abschreckung (negative Generalprävention), und etwas Physisches, nämlich Sicherung (negative Spezialprävention). Diese Wirkung erzielt sie durch Zwang. Dieser Zwang depersonalisiert den Delinquenten.⁴⁸ Zweckt Strafe vornehmlich auf diese Wirkungen, so ist darin der Delinquent nicht als Person anerkannt. Schon *Hegel* wandte bekanntlich gegen das negativ präventive Strafrecht ein, man begegne darin dem Menschen nicht als einer Person, an die man normative Ansprüche stellen und deren Anerkennung aus Einsicht erwarten kann, sondern wie einem Hund, gegen den man den Stock hebt,⁴⁹ und in der Sicherungsverwahrung (§§ 66, 66a, 66b StGB) behandelt man den Delinquenten mit „Han[g] zu erheblichen Straftaten“ (§ 66 Abs. 1 S. 4 StGB) offensichtlich eher wie eine Gefahr oder wie einen Feind, vor dem man sich schützen muss.

d) Bis zu diesem Punkt – von den philosophischen Begleiterscheinungen abgesehen – erfährt *Jakobs* weitgehende Zustimmung. Problematisch ist nun, dass er es unter bestimmten Umständen für notwendig hält, Staatssubjekte wie Feinde zu behandeln, nämlich denjenigen, der sich offensichtlich überhaupt oder partiell nicht in einen gemeinschaftlich-gesetzlichen Zustand begeben will und dadurch die Normgeltung des Staates permanent bedroht. Normen müssen wirklich befolgt werden und nicht nur theoretisch gelten, damit sich Mitglieder der Gesellschaft an ihr orientieren können.⁵⁰ Wird die Erwartung in die Normgeltung zu oft getäuscht, so leistet sie keine Orientierung mehr für die Bürger. Die Rechtsordnung muss deshalb zumindest im Regelfall durchgesetzt sein. Wie die Normgeltung, so bedarf auch die Normtreue des Delinquenten einer gewissen kognitiven Mindestbestätigung,⁵¹ die aber nicht von allen geleistet wird.⁵² Wer diese kognitive Garantie verweigert, die Normen der Gesellschaft, in der er lebt, anzuerkennen – etwa durch wiederholte schwere Rechtsbrüche –, den muss das Recht nicht mehr als Bürger, also als vernünftige Person, die sich an Normen orientiert, behandeln, sondern zumindest partiell als gefährlichen Feind. Die Strafe wird dann zu einer Reaktion gegen einen Feind, die ihn all der Mittel berauben soll, durch

die er gefährlich werden kann.⁵³ Bestimmte Bindungen des Staats gegenüber seinen Bürgern, v.a. die „Reaktion nur auf externalisierte Taten, nicht auf bloße Vorbereitungen“⁵⁴, sind dann unangemessen. Diese „hässliche Gestalt des Feindstrafrechts“⁵⁵ lässt sich nach *Jakobs* solange nicht vollständig auflösen, wie es Individuen gibt, die diese kognitive Mindestgarantie bürgerlich-personalen Verhaltens nicht leisten und sich scheinbar dauerhaft oder entschieden vom Recht abgewandt haben (der Terrorist ist hierbei nur der Extremfall, der die Ordnung als solche leugnet). In gewisser Hinsicht wird in den Naturzustand zurückgetreten, da der Delinquent die Normen de facto ja gar nicht anerkennt. Aus seiner Perspektive geschieht ihm deshalb kein Recht, vielmehr herrscht eine Form von Krieg, dessen Sieger entscheidet, welche Normen tatsächlich gelten.⁵⁶ Es ergeben sich damit zwei Idealtypen von Recht: „*Bürgerstrafrecht ist das Recht aller, Feindstrafrecht das Recht derjenigen, die gegen den Feind stehen; dem Feind gegenüber ist es nur physischer Zwang, bis hin zum Krieg.*“⁵⁷

e) *Jakobs* plädiert für eine klare begriffliche Unterscheidung beider Arten von Strafrecht: Beim normalen Verbrecher ist die Strafe Widerspruch und eine Art zwangsweise eingetriebener Schadensersatz, beim Feind ist sie Sicherung.⁵⁸ Gegenüber dem Bürger ist deshalb die Ausführung der Tat bzw. ihr unmittelbar angesetzter Versuch abzuwarten, gegen den Feind hingegen übt man aus bloßen Sicherheitsgründen physischen Zwang aus. Aus dieser begrifflichen Differenzierung ergibt sich, dass man das Feindstrafrecht als ein „Feindbekämpfungsrecht“⁵⁹ aus dem Bürgerstrafrecht aussondern sollte, um den bürgerlichen Verbrecher weiterhin als Rechtsperson zu behandeln. Denn da nicht jeder Verbrecher „ein prinzipieller Gegner der Rechtsordnung“ ist, sei „die Einführung einer mittlerweile kaum noch übersehbaren Menge an feindstrafrechtlichen Strängen und Partikeln in das allgemeine Strafrecht aus rechtsstaatlicher Sicht ein Übel.“⁶⁰ Diese schleichende Kontamination des bürgerlichen Strafrechts so-

⁴⁶ *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (292).

⁴⁷ Vgl. *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (289).

⁴⁸ *Jakobs* (Fn. 4), S. 169: „Zwang depersonalisiert den Gezwungenen; alles andere wäre Schönrednerei.“

⁴⁹ Vgl. *Hegel* (Fn. 38 – Werke 7), S. 190.

⁵⁰ Vgl. *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 839 (841).

⁵¹ Vgl. *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (91). S. auch *Jakobs* (Fn. 14), S. 51: „Wer als Person behandelt werden will, muss seinerseits eine gewisse kognitive Garantie dafür geben, dass er sich als Person verhalten wird.“

⁵² Vgl. *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (91).

⁵³ In der provokativen Terminologie von *Jakobs*: Das Feindstrafrecht muss diejenigen „kaltstellen“, die es nicht als Person behandeln kann, vgl. *Jakobs* (Fn. 14), S. 53.

⁵⁴ *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (92).

⁵⁵ *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (290). Zum Feindstrafrecht besteht „keine heute ersichtliche Alternative“, vgl. *Jakobs* (Fn. 14), S. 53.

⁵⁶ Vgl. *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (92). Man könnte diesen Straftäter vielleicht am ehesten mit dem *Akolastos* bei *Aristoteles* oder demjenigen, der nach *Thomas v. Aquin* aus Schlechtigkeit handelt vergleichen: dieser erkennt bestimmte Prinzipien der Moral nicht an und ist insofern unbelehrbar, im Gegensatz zum *Akrates* und Unwissenden, der im einen Fall die Prinzipien zwar grundsätzlich anerkennt, aber aus Willensschwäche nicht nach ihnen gehandelt hat, oder im anderen Fall das Prinzip oder einen Umstand der Handlung (schuldhaft oder unschuldig) nicht gekannt hat.

⁵⁷ *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (90) – *Hervorhebung* im Original.

⁵⁸ Vgl. *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 839 (844).

⁵⁹ *Jakobs* (Fn. 14), S. 54.

⁶⁰ *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (93).

wie die überflüssige Anwendung von Feindstrafrecht auf den Bürger seien zu vermeiden.⁶¹

II. Feindstrafrecht als normativer Begriff

Die folgende Analyse der Kritik des Feindstrafrechts vornehmlich in seinem normativen Verständnis soll einerseits einer begrifflichen Schärfung des Konzepts dienen, andererseits die Antwort auf die Frage nach seiner Legitimität als regulative Idee vorbereiten. Überlegungen zur faktischen Effektivität des Feindstrafrechts können deshalb unbeachtet bleiben.⁶²

1. Die geistige Verwandtschaft des Feindstrafrechts zu nationalsozialistischem Gedankengut

Argument: *Jakobs'* Konzept des Feindstrafrechts wird nicht nur als in sich inkonsistent, impraktikabel oder schlicht unsinnig, sondern von einigen seiner Gegner als moralisch verwerflich kritisiert.⁶³ So bezeichnet mancher Kritiker *Jakobs* als „geistigen Brandstifter“⁶⁴, dessen Feindstrafrecht Ausdruck totalitären Denkens sei.⁶⁵ Nicht wenige rücken ihn (sowie seinen Schüler *Pawlik*) damit in die Nähe nationalsozialistischen Gedankenguts.⁶⁶ *Jakobs'* Feindbegriff habe seine historische Entsprechung in *Mezgers* Begriffen vom „Gemeinschaftsfremden“, vom „asozialen“ und „lebensunwerten Leben“.⁶⁷ Die Gegenüberstellung von gewöhnlichen, resozialisierbaren Kriminellen mit Terroristen klinge für „den geschichtsbewussten Juristen“ nach der von den Nazis entwickelten Tätertypenlehre.⁶⁸ Und natürlich lasse die Rede vom Feind „die Befürchtung geistiger Komplizenschaft mit *Carl*

Schmitts Begriff des Politischen“⁶⁹ aufkommen. Dass *Jakobs* selbst sich gegen eine sachliche Verwandtschaft seiner Inanspruchnahme der Kategorie „Feind“ mit der *Schmitts* verwahrt, stört einige Kritiker nicht weiter.⁷⁰ *Pawlik* hingegen sei „sich nicht zu schade, für seine Forderung nach einer Wahrung der Begriffe *Schmitt* ins Feld zu führen, den Kronjuristen des Dritten Reichs“⁷¹.

Analyse: Das Prädikat „nationalsozialistisch“ bleibt, um argumentativ wirksam sein zu können, bei den Kritikern aus folgenden Gründen allerdings zu unterbestimmt:

a) *Jakobs* argumentiert an keiner Stelle rassenideologisch.⁷² Eine Zustimmung zu *Schmitts* antisemitischen Äußerungen⁷³ oder seiner Begeisterung für den Führer, der das „Lebensrecht des Volkes“⁷⁴ schützt, sucht man bei *Jakobs* vergeblich.

b) *Jakobs* in die Tradition des Gesetzes gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln zur Sicherung und Besserung (RGBl. I 1933, S. 995) zu stellen, ist völlig widersinnig; zwar steht eine Bestimmung wie die Sicherungsverwahrung in dieser Tradition, deren Geltung *Jakobs* allerdings zunächst nur feststellt und problematisiert, er fordert aber nicht deren Einführung. Problematisch ist also wohl eher das Faktum, dass diese Sicherungsgesetze heute noch Teil des Strafgesetzbuches sind. Denn gerade diese Vermengung von Strafgesetz und Sicherungsgesetz – deren strikte Aussonderung *Jakobs* fordert – versuchten die juristischen Ideologen der Nazis zu legitimieren.⁷⁵

⁶¹ *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (295): „Was bei Terroristen – prinzipiellen Gegnern – angemessen sein mag, eben auf die Größe der Gefahr und nicht auf den verwirklichten Normgeltungsschaden abzustellen, wird hier auf den Fall *jeder* Planung eines Verbrechens, etwa eines einfachen Raubs, übertragen. Solches *überflüssige* Feindstrafrecht ist ein Übel, nicht das *notwendige*.“ (*Hervorhebungen* im Original).

⁶² Solche empirischen Argumente würden selbigem nicht eine schlechthinnige, sondern „nur eine kontingente Hürde“ sein, vgl. *Greco* (Fn. 2), S. 40.

⁶³ *Jakobs'* und *Pawliks* Lehren zu Terrorismus und Strafrecht sind nach *Walter* „nicht nur verkehrt, sondern gefährlich“ (vgl. *Walter*, Süddeutsche Zeitung v. 22.4.2008, S. 14).

⁶⁴ *Sauer*, NJW 2005, 1703 (1705). Vgl. *Schünemann* (Fn. 29), S. 17.

⁶⁵ Vgl. *González Cussac*, Feindstrafrecht, Die Wiedergeburt des autoritären Denkens im Schoße des Rechtsstaates, 2007, S. 1.

⁶⁶ Vgl. *Ambos*, in: Vormbaum (Fn. 3), S. 345 (S. 372).

⁶⁷ *González Cussac* (Fn. 65), S. 10 f.

⁶⁸ *Walter*, Süddeutsche Zeitung v. 22.4.2008, S. 14. *Dix* bezeichnet die Beiträge von *Jakobs* als in einer Weise zynisch und totalitär, die man „nach dem Nationalsozialismus in Deutschland im wissenschaftlichen Diskurs“ (*Dix*, ZRP 2003, 189 [194]) nicht mehr hätte für möglich halten können. Dazu auch: *Cavaliere*, in: Vormbaum (Fn. 3), S. 315.

⁶⁹ *Bung*, in: Uwer (Hrsg.), Bitte bewahren Sie Ruhe, Leben im Feindrechtsstaat, 2006, S. 249 (S. 250).

⁷⁰ *Uwer*, in: Uwer (Fn. 69), S. 37 (S. 42): „An keiner Stelle zitiert *Jakobs* *Carl Schmitt*, aber an jeder Stelle scheint er hervor.“

⁷¹ *Walter*, Süddeutsche Zeitung v. 22.4.2008, S. 14. Ob *Waldemar Gurians* Bezeichnung „Kronjurist des 3. Reichs“ ganz zutreffend ist, ist allerdings umstritten. Die Nazis zumindest zeigten anders als *Schmitt* selbst kein besonderes Interesse daran, von *Schmitt* legitimiert zu werden, wurden er selbst und sein Denken doch im „Schwarzen Korps“ diskreditiert, worauf *Schmitt* in seiner Verteidigung dann selbst hinweist, vgl. *Schmitt*, in: Quaritsch (Hrsg.), *Carl Schmitt – Antworten in Nürnberg*, 2000, S. 65. Das bedeutet freilich umgekehrt nicht, in *Schmitt* nur den „intellektuelle[n] Abenteuerer“ zu sehen, als den er sich selbst dann inszenierte ([a.a.O.], S. 60).

⁷² *Greco* (Fn. 2), S. 27-30.

⁷³ So etwa *Schmitt*, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, 1982, S. 18 und 109.

⁷⁴ *Schmitt*, in: Quaritsch (Hrsg.), *Positionen und Begriffe Carl Schmitts*, 3. Aufl. 1994, S. 227 (S. 229).

⁷⁵ So sieht es *Ernst Schäfer* als „Wendepunkt in der Entwicklung des deutschen Strafrechts“, vgl. *Schäfer*, in: Frank (Hrsg.), *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, 2. Aufl. 1935, S. 1366, dass mit besagtem Gesetz die Sicherung gegen den „Rechtsbrecher in den Vordergrund gerückt und der Kreis der zur Bekämpfung der Rechtsbrecher zur Verfügung stehenden Mittel des Strafrechts bedeutend erweitert wird“ ([a.a.O.], S. 1367). Die

c) Das Feindstrafrecht ist zwar ein Täterstrafrecht, aber das ist nicht identisch mit der Tätertypenlehre. So ordnet *Schmitt* gerade in seinem im „Nationalsozialistischen Handbuch für Recht und Gesetzgebung“ erschienenen Artikel „Der Rechtsstaat“ Täterstrafrecht und Tatstrafrecht beide dem liberalen rechtsstaatlich normativistischen Denken zu und unterscheidet davon das nationalsozialistische Strafrecht.⁷⁶

d) Die Inanspruchnahme der Konzepte „Feind“ oder „Ausnahme“ ist nicht schon dadurch fragwürdig, dass ihr Schöpfer ein moralisch widerlicher Charakter war. Ein Konzept ist entweder adäquat oder nicht adäquat, aber nicht per se unmoralisch. Dass *Schmitts* Anbiederung an die Nationalsozialisten in seinen Begriffen Feind und Ausnahmezustand bereits impliziert ist, ist ja nicht unmittelbar evident. Das zeigt allein die Tatsache der Personen, die von *Schmitts* Philosophie in positiver Weise beeinflusst sind: ansonsten müsste man auch *Alexandre Kojève* oder dem jüdischen Philosophen und Rabbiner *Jakob Taubes*, der sich selbst in einem Brief an *Schmitt* als „Erzjude“⁷⁷ und damit Erzfeind *Schmitts* bezeichnet, „in den Verdacht totalitären Denkens“⁷⁸ stellen und „geistige Komplizenschaft“ mit dem Nationalsozialismus vorwerfen.

2. Die Überflüssigkeit von Feindstrafrecht

Argument: Selbst wenn das Konzept des Feindstrafrechts nicht schon in sich verwerflich ist, so ist seine Realisierung dennoch unnötig, da der Staat auch ohne es bereits wehrhaft ist. Denn das Strafrecht besitzt bereits erprobte Mittel gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität.⁷⁹

Analyse: Dieses Argument ist deshalb unzulänglich, weil es kontrafaktisch ist: denn nach *Jakobs* hat dieser wehrhafte Staat ja bereits feindstrafrechtliche Elemente in das Strafrecht integriert und bezeichnet diese nur nicht als solche. So stimmen die meisten Autoren mit *Jakobs* darin überein, dass das Strafrecht mehr und mehr den Charakter eines Gefahrenabwehrrechts annimmt, das vom Interesse an Sicherheit dominiert wird.⁸⁰ Ob ein Strafrecht ohne diese Momente ebenso

Trennung von Sicherungsgesetzen und Strafgesetzen, die er noch in der Weimarer Zeit gefordert hatte, hält *Friedrich Oetker* dann im Nationalsozialismus nicht mehr für nötig, sondern sieht die Verbindung beider Typen als durch das nationalsozialistische Recht gerechtfertigt an, vgl. *Oetker*, in: Frank (a.a.O.), S. 1319 (S. 1364). Dabei bestimmt er den Verbrecher als Rechtsgutsfeind und hält es für die nationalsozialistische Auffassung der Strafe, dass selbige „die Vergeltung nicht um ihrer selbst willen, sondern zum Zwecke des Rechtsgüterschutzes in Wahrung der Staatsautorität“ übt, *Oetker* (a.a.O.), S. 1322.

⁷⁶ *Schmitt*, in: Frank (Fn. 75), S. 24 (S. 31 f.).

⁷⁷ *Taubes*, Ad Carl Schmitt, Gegenstrebiges Fügung, 1987, S. 39.

⁷⁸ *Hörnle*, in: Vormbaum (Fn. 3), S. 85 (S. 100).

⁷⁹ *Walter*, Süddeutsche Zeitung v. 22.4.2008, S. 14.

⁸⁰ *Hassemer*, HRRS 2006, 130 (138): „Das moderne Strafrecht ist dabei, sich in ein Gefahrenabwehrrecht zu verwandeln. Seine Diskurse werden vom Interesse an der Herstellung und Bewahrung von Sicherheit beherrscht.“

wehrhaft wäre, bleibt insofern eine hypothetische Spekulation; und für eine Erweiterung dieser Elemente plädiert *Jakobs* überhaupt nicht.

3. Die Vermengung von Deskription und Normativität

Argument: Entgegen seiner Behauptung, seine Ausführungen seien deskriptiv⁸¹ und bestimmten insofern nicht, wen das Recht als Feind behandeln soll, sondern wen es als Feind behandelt und was daraus für die Zukunft folgt,⁸² verwendet *Jakobs* den Begriff in jüngeren Publikationen nicht mehr deskriptiv oder gar nur kritisch-denunziatorisch, sondern normativ. Durch diese Zweideutigkeit gerade bei „schockierenden Gedanken“ immunisiert er sich gewissermaßen selbst, da man nicht wisse, ob *Jakobs* bereits legitimiert oder noch beschreibe.⁸³ Dies liegt daran, dass er „Hegelianer und damit Holist“⁸⁴ ist, so dass sein Konzept zwischen Deskription und Normativität nicht sauber unterschieden werden kann.

Analyse: Hiergegen spricht zunächst, dass *Jakobs* sich sicher nicht ohne Schwierigkeiten als Hegelianer bezeichnen lässt. Aber natürlich kennen sowohl *Hegel* als auch *Jakobs* den Unterschied zwischen bloß faktischer Wirklichkeit und Vernunft bzw. Normativität. Gerade deshalb differenziert *Jakobs* ja zwischen der bloß gesollten Geltung von Normen, die keine wirkliche Orientierung geben, und Normen, die wirklich anerkannt werden. Insbesondere für *Hegel* ist das Recht gerade die Sphäre, in der dem Vernünftigen Wirklichkeit oder dem Sollen Sein verschafft werden soll. So ist *Kants* „alle durch Arglist oder Gewalt vorgezeichnete krumme Wege abschneidender Rechtsgrundsatz“⁸⁵ fiat iustitia – pereat mundus für *Hegel* nicht zu Unrecht bloß ein „leeres Wort“⁸⁶.

Wenn deshalb der ideale Rechtsstaat ohne alle feindstrafrechtlichen Elemente zwar wünschenswert, aber unter gegebenen Umständen nicht verwirklichtbar wäre und somit überhaupt keine Rechtsgeltung garantieren könnte,⁸⁷ würde er dem Begriff des idealen Rechtsstaates gerade widersprechen. In der Sphäre des bloßen Sollens wäre er – und hierin stimmen *Jakobs* und *Hegel* sicher überein – eben bestenfalls für den Philosophen wirklich, der ihn im Himmel betrachten und seine individuelle Seele danach gestalten könnte. Insofern lassen sich Norm und Wirklichkeitsbedingungen der Norm auch für den Rechtswissenschaftler nicht radikal trennen, da es zur Norm gehört, wirklich zu sein. Daraus folgt umgekehrt aber auch, dass eine Rechtsordnung, die jedes erdenkliche Mittel zum Erhalt ihrer selbst einsetzt, eine *contradictio in adjecto* wäre: Sie würde aufhören, Rechtsordnung zu sein.⁸⁸

⁸¹ Vgl. *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (290).

⁸² Vgl. *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (289).

⁸³ *Greco* (Fn. 2), S. 19. *Cavaliere* spricht von einem bloßen „Schein des Deskriptiven“, vgl. *Cavaliere* (Fn. 68), S. 323

⁸⁴ *Saliger*, in: Vormbaum (Fn. 3), S. 203 (S. 204).

⁸⁵ *Kant* (Fn. 35 – Zum ewigen Frieden), S. 378 f.

⁸⁶ *Hegel* (Fn. 38 – Werke 7), S. 240.

⁸⁷ *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 839 (847).

⁸⁸ Eine „mit drakonischen Strafen durchgesetzte despotische Ordnung“ ist keine normative Ordnung, sondern Gewaltregiment, vgl. *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft, 2. Aufl.

Also gehört die formale Beschreibung der Bedingungen der realen Geltung von Rechtsnormen durchaus in die Rechtstheorie, die inhaltliche Festlegung konkreter Bedingungen ist dagegen keine rechtswissenschaftliche, sondern eine politische Frage.

4. Feindstrafrecht als Ausnahmerecht

Argument: Das Feindrecht als eine Art Ausnahmerecht legitimiert eine unabsehbare Folge von Eingriffen, die in Widerspruch zum Rechtsstaat stehen. Insofern widerspricht bereits seine Existenz dem Rechtsstaat.⁸⁹ Die sich in der Rede vom Feindstrafrecht artikulierende „intellektuelle Lust am antizipierten Ausnahmezustand“⁹⁰ veralltäglicht den Ausnahmezustand und normalisiert ihn. Insofern sie sich nicht mit den Grenzen des Rechts abfinden, sondern sie dogmatisieren will, erinnert sie „an den scharfsinnigen Geistesverwirrer Carl Schmitt“⁹¹.

Analyse: Dieses Argument ignoriert, dass *Jakobs* die Ausnahme nicht postuliert, sondern gegebene Gesetze als Ausnahme vom Recht identifiziert und auf ihre Folgen hin analysiert.⁹² Wenn die Ausnahme für notwendig gehalten wird, sollte sie aber zumindest rechtlich eingehegt werden. Bedingung dieser Einhegung ist ihre Kennzeichnung als Ausnahme, nämlich als Ausnahme vom bürgerlichen Strafrecht. Die Ausnahme verschwindet nicht, wenn man sie nicht als solche bezeichnet, vielmehr wird sie gerade dann zur Regel: „der imperfekte Rechtsstaat stellt sich durch einen ideologischen Wortgebrauch als perfekt dar“.⁹³ Diese Normalisierung der Ausnahme zeigt sich vor allem darin, dass schon jetzt geltende Regelungen, die zur Gefahrenabwehr höchstens auf gefährliche Individuen angewandt werden sollten, auf alle Bürger angewandt werden.

Der Vergleich mit *Schmitt* ist insofern falsch, als für *Schmitt* der Souverän über den Ausnahmezustand entscheidet

1999, S. 54. So begründen totalitäre Staaten keine personalen Ordnungen, sondern entwickeln nur Instrumente, um Individuen zu beherrschen, *Jakobs* (a.a.O.), S. 77.

⁸⁹ *Saliger* (Fn. 84), S. 218 f.: „Es trägt sogar totalitäre Züge, weil es mit dem Feindstrafrecht das Recht der Ausnahme mit unabsehbaren Eingriffsfolgen salonfähig macht. Insofern ist nicht mehr streitig, ob es ein solches Ausnahmerecht in einem Rechtsstaat überhaupt geben kann. Die Existenz eines Ausnahmerechts wird vielmehr vorausgesetzt, und zulässig sind nur noch Fragen zu Art und Umfang seiner Befugnisse.“

⁹⁰ *Di Fabio*, NJW 2008, 421 (423).

⁹¹ *Di Fabio*, NJW 2008, 421 (424) – *Hervorhebung* im Original.

⁹² So stellte er ausgehend vom 2006 für verfassungswidrig erklärten § 14 Abs. 3 LuftSiG, das den Abschuss auch mit Unbeteiligten besetzten Flugzeugen im Falle terroristischer Angriffe erlaubt, fest, dass sich eine Politik, die solch eine „systemsprengende“ Entrechtung und Entpersonalisierung unschuldiger Bürger vornimmt, bei den Terroristen als Urhebern des Ausnahmefalls im Rahmen „des Erforderlichen“ voraussichtlich keine Tabus auferlegen wird, vgl. *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 839 (848).

⁹³ *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 839 (851).

und diese Entscheidung insofern qua Souveränität legitim ist, aber nicht legal sein muss.⁹⁴ Für diejenigen, die auch den Ausnahmezustand ins Legalitätssystem aufnehmen und ihn damit letztlich aushebeln wollen, hatte *Schmitt* nicht allzu viel übrig.⁹⁵ Im Gegensatz dazu fordert *Jakobs* ein rechtliches Prozedere.⁹⁶ Das Feindstrafrecht ist Recht, weil es den Staat, seine Organe und Institutionen im Umgang mit dem Verbrecher bindet.⁹⁷ Zudem bestimmt *Jakobs* den Normalzustand gerade nicht vom Ausnahmezustand her, sondern umgekehrt.⁹⁸

5. Entpersonalisierung durch das Feindstrafrecht

Argument: *Jakobs*' Konzept stellt einen Rückschritt hinter die Aufklärung dar, die jedem Menschen qua Menschsein Personenstatus zuschreibt. Das Feindstrafrecht hingegen behandelt Menschen nicht als Personen, sondern als gefährliche Individuen, die das Strafrecht entpersonalisieren darf, um bestimmte Arten von Straftaten zu bekämpfen.⁹⁹ Denn der Delinquent, der zur Vorbeugung von Gesetzesbrüchen ausschließlich unter Gesichtspunkten der Zweckmäßigkeit behandelt wird, wird nicht mehr als Person, sondern nur mehr als Sache anerkannt.¹⁰⁰ *Jakobs*' leistungsabhängiger Personenbegriff ist zudem totalisierend und konfliktiert mit der Idee der Menschenwürde.¹⁰¹ Die Beweislast, nicht Feind zu sein, ist dem Bürger überhaupt nicht zuzumuten,¹⁰² da das Grund-

⁹⁴ Denn der Souverän, der über den Ausnahmezustand entscheidet, „steht außerhalb der normal geltenden Rechtsordnung und gehört doch zu ihr, denn er ist zuständig für die Entscheidung, ob die Verfassung in toto suspendiert werden kann.“, vgl. *Schmitt*, Politische Theologie, 9. Aufl. 2009, S. 14.

⁹⁵ Vgl. *Schmitt* (Fn. 94), S. 13: „Denn eine generelle Norm, wie sie der normal geltende Rechtssatz darstellt, kann eine absolute Ausnahme niemals erfassen und daher auch die Entscheidung, dass ein echter Ausnahmefall gegeben ist, nicht restlos begründen.“

⁹⁶ Das Feindstrafrecht bleibt Recht, weil es sich um „ein regelgeleitetes und deshalb nicht spontan-affektives Verhalten“ handelt, vgl. *Jakobs*, HRRS 2004, 88. Vgl. auch *Jakobs* (Fn. 14), S. 53.

⁹⁷ Dagegen *Schmitt* (Fn. 74), S. 228: Der Souverän schafft vielmehr Recht. „Der Führer schützt das Recht vor dem schlimmsten Missbrauch, wenn er im Augenblick der Gefahr kraft seines Führertums als oberster Gerichtsherr unmittelbar Recht schafft.“

⁹⁸ Anders *Schmitt* (Fn. 94), S. 13.

⁹⁹ Vgl. *Crespo*, in: Vormbaum (Fn. 3), S. 385 (S. 393).

¹⁰⁰ Vgl. *Greco* (Fn. 2), S. 52.

¹⁰¹ Vgl. *Hassemer*, HRRS 2006, 130 (138).

¹⁰² *Saliger* (Fn. 84), S. 217: „Diese Mitzuständigkeit des Bürgers für die Sicherheitsfrage entäußert sich in einer totalen, weil diffusen Bringschuld verlässlicher Rechtstreue mit der Konsequenz, bei Fehlverhalten exkludiert zu werden. Der Bürger schuldet dem Staat nicht mehr nur das Unterlassen strafbarer Handlungen. Er muss sich – darüber weit hinausgehend – verlässlich rechtstreu präsentieren, um nicht als Gefahrenquelle eliminiert zu werden.“

gesetz allen Menschen einen unverlierbaren Personenstatus zuschreibt.¹⁰³

Analyse: Tatsächlich vertritt *Jakobs* „ein leistungsorientiertes Modell der Person: Der Personenstatus muss durch Wohlverhalten verdient werden.“¹⁰⁴ Allerdings muss man hierbei eben die Personenkonzeption von *Jakobs* berücksichtigen: in Anlehnung an *Kant* unterscheidet er das Individuum als ein dem Kausalgesetz unterworfenen, von Lust und Unlust bestimmtes Naturwesen (homo phaenomenon) von der Person als dem sich nach normativen Vorgaben frei bestimmen könnenden Vernunftwesen (homo noumenon).¹⁰⁵ Gleichzeitig ist Personsein für *Jakobs* eine ausschließlich durch intersubjektive gegenseitige Anerkennung in einer Gesellschaft mögliche Attribution. Personsein heißt deshalb, Pflichten zuerkannt zu bekommen. An Personen wird ein Sollen gerichtet im Vertrauen darauf, dass sie diesem nachkommen können.¹⁰⁶ Personsein ist damit eine normative Konstruktion: die Erwartung der anderen Rechtspersonen an rechtskonformes Verhalten. An sich ist also durchaus jeder Mensch Person, d.h. es ist ihm qua Menschsein möglich, Pflichten zu erfüllen. Wer aber nur an sich, also der Möglichkeit nach, Person ist, aber nicht auch der Wirklichkeit nach für die anderen, wer sich also nicht so verhält, als könne von ihm grundsätzlich Rechtstreue erwartet werden, der kann auch nicht den Anspruch erheben, von den anderen als Person anerkannt zu werden. Als Person anerkannt zu werden ist deshalb immer auch die Bringschuld dessen, der als solche anerkannt werden will. Er muss kognitiv untermauern, dass er nicht nur auf Grund von Lust und Unlust, sondern auf Grund von normativen Ansprüchen handelt. Sonst ist es einfach sinnlos, irgendetwas von ihm zu fordern. Der Bürger erbringt diese Bringschuld, indem er im Regelfall „zumindest einigermaßen verlässlich Rechtstreue“¹⁰⁷ leistet.

Personen im Recht sind aber nicht nur durch ihre Anerkennung als Träger von Pflichten, sondern auch als Träger von Rechten charakterisiert. Wer also bestimmten Individuen grundsätzliche Rechte aberkennt, kann diese zwar weiterhin nominell als Person ansprechen, behandelt sie aber nicht als Person und zeigt damit, dass er sie nicht als solche anerkennt: die Person wird etwa dann nicht aktuell als solche anerkannt, wenn die Strafe nur Mittel zur Sicherung vor der Gefährlichkeit des Delinquenten ist. In diesem Sinne bekennen sich die meisten eben nur nominell zum *unverlierbaren* Personenstatus.¹⁰⁸

¹⁰³ Vgl. *Neumann*, in: Uwer (Fn. 69), S. 299 (S. 313).

¹⁰⁴ *Neumann* (Fn. 103), S. 310.

¹⁰⁵ Vgl. *Kant* (Fn. 35 – Metaphysik der Sitten), S. 239-242.

¹⁰⁶ *Jakobs*, ZStW 107 (1995), 843 (866): Person sein heißt eine Rolle für andere zu spielen und die allgemeinste ist die Respektierung des Rechts.

¹⁰⁷ *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (293) – *Hervorhebung* im Original.

¹⁰⁸ Besonders bezeichnend war hier mit Sicherheit § 14 Abs. 3 LuftSiG.

6. Feindstrafrecht als Negierung der Menschenrechte

Argument: *Jakobs* enthumanisiert die Rechtsordnung, weil er nur Personen und Individuen bzw. Bürger und Feinde, aber keine Menschenwürde und dementsprechend keine Menschenrechte kennt. Die Behandlung des Menschen als Feind setzt voraus, dass er nicht mehr Mensch, sondern Unperson – also ein Tier – ist.¹⁰⁹ Das Feindstrafrecht stellt damit einen „Bruch mit der universalistischen Konzeption der Menschenrechte“¹¹⁰ dar,¹¹¹ da es die allgemeine Anerkennung der unverletzlichen Menschenrechte an Bedingungen knüpft.¹¹² Damit verstößt seine Konzeption zugleich gegen die Verfassung, weil sie sowohl mit dem Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG) als auch mit der Unantastbarkeit der Menschenwürde (Art. 1 GG) unvereinbar ist.¹¹³

Analyse: Tatsächlich verzichtet *Jakobs* in seiner Konzeption ganz bewusst auf den Begriff Mensch und damit auch den der Menschenwürde und der Menschenrechte.¹¹⁴ Das liegt aber einerseits an der rechtswissenschaftlichen Ausrichtung seiner Lehre und andererseits an der Voraussetzung, dass eine Norm nicht identisch mit einem Postulat ist, sondern Rechtssicherheit garantieren muss. Normen müssen nicht nur behauptet, sondern in ihrer Wirklichkeit durchgesetzt sein. Ein nur nominell zugesprochenes oder postuliertes Menschenrecht ist deswegen nicht gleichzusetzen mit einer wirklichen Norm, da es nicht das leistet, was ein Recht zu leisten hat: Orientierung zu geben, sowohl für potentielle Opfer als auch Täter. Das Vernünftige muss, wie ausgeführt wurde, im Recht immer auch wirklich sein. Nun kann man nicht leugnen, dass die „universalen“ Menschenrechte in vielen Ländern verletzt werden und dort überhaupt nicht verwirklicht sind. Der Behauptung globaler Menschenrechte wird dort durch die Täter sehr erfolgreich widersprochen. An ihnen kann man sich in diesen Ländern weder orientieren noch sich auf sie verlassen. Dies macht ihren Postulatscharakter deutlich. So erhält die internationale Strafgerichtsbarkeit auch nicht die Normgeltung, sondern begründet selbige erst durch den Kriegszustand. Welches Recht wirklich gilt, entscheidet nämlich der militärische Sieg. Wer die Menschenrechte verletzt, wird militärisch bekämpft und nicht per Haftbefehl durch die Polizei verfolgt. Erst wenn der Täter „unschädlich“ gemacht ist, wird zu Strafgesetzbuch und Strafrechtsordnung gewechselt. Der Täter wird dann ex post zum Träger der rechtlichen Pflicht „Anerkennung der Menschenrechte“ erklärt, „um die Fiktion der universalen Geltung der Menschenrechte aufrechterhalten zu können“¹¹⁵, als wäre die Rechtsordnung je schon etabliert gewesen. Die Strafen dienen aber gerade erst der Etablierung einer Weltverfassung. Man bekämpft gefährliche Feinde und nicht im juristischen

¹⁰⁹ *Ambos* (Fn. 66), S. 369.

¹¹⁰ *Pulitanò*, in: Vormbaum (Fn. 3), S. 269 (S. 270).

¹¹¹ Vgl. *Crespo* (Fn. 99), S. 394; *Ambos* (Fn. 66), S. 376.

¹¹² *Cavaliere* (Fn. 68), S. 326 und *Neumann* (Fn. 103), S. 313.

¹¹³ *Gössel*, in: Vormbaum (Fn. 3), S. 43 (S. 50 und 55).

¹¹⁴ Vgl. *Heger*, ZStW 117 (2005), 865 (887) und *Jakobs* (Fn. 88), S. 5.

¹¹⁵ *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (95).

Sinne schuldige Personen, weswegen man Maßnahmen auch als Feindstrafrecht bezeichnen sollte. So hat es die internationale Strafgerichtsbarkeit ja immer mit dem besiegten Feind zu tun.¹¹⁶

7. Feindstrafrecht als Widerspruch zum Rechtsstaat

Argument: *Jakobs'* Feindstrafrecht nimmt eine Selektion von Menschen auf Grund ihrer Gefährlichkeit vor. Damit verstößt es gegen die Gleichheit vor dem Gesetz. Der Rechtsstaat hätte sogar Hitler, Stalin oder Pol Pot als Rechtsperson zu behandeln.¹¹⁷

Analyse: *Jakobs* bestreitet nicht, dass in unserem Rechtsstaat auch mit menschenverachtenden Diktatoren rechtsstaatlich umgegangen werden müsste – allerdings nur, sobald sie nicht mehr gefährlich sind. Für die Zeit ihrer aktuellen Machtausübung und damit akuten Gefährlichkeit würde diesen Umgang aber wohl niemand postulieren:¹¹⁸ Wir werfen Stauffenberg ja nicht vor, dass er nicht die Eröffnung eines rechtsstaatlichen Verfahrens gegen Hitler abgewartet hat. Dass zumindest die politischen Spitzen der europäischen Rechtsstaaten dies Urteil von *Jakobs* bestätigen, zeigte die fragwürdige Reaktion entsprechender Politiker nach der Tötung Bin Ladens wohl ganz unmissverständlich.¹¹⁹

8. Feindschaft als dezisionistische Setzung

Argument: *Jakobs'* Unterscheidung in Bürger und Feinde erschüttert die tragenden Säulen des Rechtsstaates: denn nicht die Tat, sondern Tütereigenschaften entscheiden über die Zugehörigkeit zur Gruppe der Bürger oder der Feinde.¹²⁰ Könnte die rechtliche Ungleichbehandlung von Mitgliedern terroristischer oder krimineller Vereinigungen noch gerechtfertigt sein, so droht letztlich die „Stigmatisierung ganzer Bevölkerungsgruppen als ‚anders‘“¹²¹. Denn die Feinderklärung ist immer eine dezisionistische Setzung.

¹¹⁶ Vgl. *Fronza*, in: Vormbaum (Fn. 3), S. 413 (S. 417 f.). Sie soll die politisch-militärische Niederlage gewissermaßen moralisch legitimieren.

¹¹⁷ *Gössel* zitiert nach *Heger*, ZStW 117 (2005), 865 (883).

¹¹⁸ Vgl. *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (289).

¹¹⁹ So gratulierte unter anderem Bundeskanzlerin Merkel den USA zur Tötung Bin Ladens. Diese habe gezeigt, dass Terrorakte nicht ungesühnt bleiben und würde zur Abschreckung anderer Terroristen dienen. Sie sei zugleich ein wichtiges Zeichen und die Ausschaltung einer Gefahr.

(<http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Mitschrift/Pressekonferenzen/2011/05/2011-05-02-merkel-osama-bin-laden.html>, 28.2.2012) Hier erfolgte also letztlich negative General- und Spezialprävention mit militärischen Mitteln.

¹²⁰ Nach *Ambos* richten sich *Jakobs'* Äußerungen „vor allem gegen den Anderen aus einer fremden Kultur“, vgl. *Ambos* (Fn. 66), S. 364 (*Hervorhebung* im Original).

¹²¹ *Greco* (Fn. 2), S. 53. Die Unterscheidung zwischen Bürger und Feind sei deshalb ein „Rückschritt zur Horde“ (*González Cussac* [Fn. 65], S. 23), außerhalb derer die stehen, die nicht so sind wie wir: „viktimisierte Gruppen wie Einwanderer, Landstreicher, Drogenabhängige und sogar Ausländer“

Analyse: Dieser Vorwurf konfundiert *Jakobs'* Unterscheidung zwischen Bürger und Feind mit der Freund-Feind-Unterscheidung *Schmitts*.¹²² Für *Schmitt* bezeichnen Freund und Feind die äußersten Enden der Assoziation bzw. Dissoziation von Menschen.¹²³ Diese Unterscheidung ist keine juristische, sondern eine rein politische, ja die das Politische überhaupt erst konstituierende Grundunterscheidung.¹²⁴ Der Feind ist der existentiell Andere oder Fremde, mit dem im Ernstfall Konflikte bis hin zum Krieg möglich sind. Wer Feind ist, ist eine bloße Setzung derjenigen, die sich als Freunde zu einer politischen Einheit zusammenschließen, je nachdem, unter welchem Aspekt sich selbige assoziieren: Sprache, Religion, Rasse etc. Den Feind in diesem Sinne, den *hostis*, unterscheidet *Schmitt* jedoch strikt vom inimicus, dem Feind, den man aus diversen Gründen verabscheut.¹²⁵ Der Feind ist insofern gerade kein Verbrecher, als die politische Unterscheidung von Freund und Feind von der moralischen zwischen Gut und Böse strikt unterschieden ist.¹²⁶

Nach *Jakobs* wäre der Feind im Sinne des Feindstrafrechts aber eher inimicus, insofern er ja als Verbrecher behandelt wird.¹²⁷ Dieser Feind soll sich ja als Gleicher benehmen, die Gesellschaft stellt einen normativen Anspruch an ihn, nur erwartet sie, weil er die normativen Erwartungen dauerhaft enttäuscht hat, keine Erfüllung dieser Ansprüche. Nur deshalb lässt sich überhaupt von Feind-Strafrecht sprechen, weil eine normative Forderung besteht und diese durch ein äußeres Handeln enttäuscht ist. An den Feind *Schmitts* kann man dagegen weder einen juristischen noch einen moralischen Anspruch stellen. Der Feind ist nicht Feind, weil er kriminell, sondern weil er anders ist. So lassen sich Feinde nach *Schmitt* nur exkludieren und nicht bestrafen. Für *Schmitt* darf also der Feind nicht kriminalisiert werden, weil er nur der Andere ist. Für *Jakobs* hingegen darf der Andere deshalb nicht kriminalisiert werden, weil er auf Grund seiner Andersheit, etwa seines religiösen Bekenntnisses oder seiner Nationalität, überhaupt nicht Feind ist.¹²⁸ Der Feind ist vielmehr

(a.a.O., S. 35) – (*Hervorhebung* im Original). Vgl. auch *Thiëe*, in: Uwer (Fn. 69), S. 195 (S. 224).

¹²² Dagegen wendet bereits *Greco* (Fn. 2), S. 26, 27, kritisch ein, hier liege bloß eine „oberflächliche terminologische Übereinstimmung“ vor. Die Identifizierung von *Schmitt* und *Jakobs* „unterschätzt zu sehr die Originalität und die systematische Geschlossenheit der Gedankensysteme der beiden Juristen.“ (*Hervorhebung* im Original).

¹²³ *Schmitt*, Der Begriff des Politischen, Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien, 1963, S. 38.

¹²⁴ *Schmitt* (Fn. 123), S. 26.

¹²⁵ Vgl. *Schmitt* (Fn. 123), S. 11 f. So rühmt er das römische Recht, weil es „den Feind, den *hostis*, vom Räuber und vom Verbrecher zu unterscheiden“ wusste, vgl. *Schmitt*, Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum, 4. Aufl. 1997, S. 22.

¹²⁶ *Schmitt* (Fn. 123), S. 27.

¹²⁷ Vgl. *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (294).

¹²⁸ Wenn *Walter* also etwa die Inhaftierung der japanischen Amerikaner während des 2. Weltkriegs als rechtsstaatlichen

jeder, der sich durch Haltung, Erwerbsleben oder Einbindung in Organisationen „vermutlich dauerhaft vom Recht abgewandt“¹²⁹ hat. Dass er nicht die Mindestsicherheit bürgerlichen Verhaltens garantiert, demonstriert er „durch sein Verhalten“¹³⁰ und nicht etwa durch seine Religionszugehörigkeit oder Muttersprache. Er ist der zumindest momentan unbelehrbare Feind der freiheitlich verfassten Gesellschaft, eher public enemy als enemy of the state.¹³¹ So kann man sich nach *Jakobs* in gewisser Hinsicht nur selbst exkludieren und zum Feind machen: nämlich durch kriminelles Verhalten. „Exklusion in einer freiheitlichen Gesellschaft ist immer Selbstexklusion.“¹³² So steht dem Delinquenten durch glaubhafte Versicherung künftiger Rechtstreue auch immer der Weg zurück in den bürgerlichen Zustand offen.¹³³ Im Gegensatz zur Konzeption *Schmitts* ist für *Jakobs* der Feind zudem

Skandal hinstellt, so ist ihm unbedingt Recht zu geben, vgl. *Walter*, Süddeutsche Zeitung v. 22.4.2008, S. 14.

¹²⁹ *Jakobs* (Fn. 14), S. 52.

¹³⁰ *Jakobs* (Fn. 14), S. 52.

¹³¹ *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (293): „Nur darf unter einem prinzipiellen Gegner heute nicht (nur) ein Gegner der etablierten Herrschaft verstanden werden, vielmehr ist er als ein Gegner der freiheitlich verfassten Gesellschaft zu begreifen. [...] Wer sich selbst zu einem Teil verfestigter krimineller Strukturen gemacht hat, bei dem verdünnt sich die Hoffnung, ein gemeinsamer modus vivendi werde sich trotz einzelner verbrecherischer Taten finden lassen, zur schieren Illusion, eben zur ‚endlos kontrafaktischen‘ Erwartung.“ Der Feind ist eben nur derjenige, der die Rechtsordnung nicht anerkennt und dies durch sein Verhalten zeigt. Die Entscheidung darüber, wer Feind ist, wird also nicht „a priori gefällt“ (*Crespo* [Fn. 99], S. 400), sondern genuin a posteriori.

¹³² *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (293); die Selbstexklusion bedeutet freilich nicht, dass der Feind entscheiden kann, wann er exkludiert wird und wann nicht, sondern dies entscheidet immer die Gesellschaft. Die Gesellschaft entscheidet auch, inwieweit sie ihn einschließt oder ausschließt und sie exkludiert ihn nicht von seiner Pflicht, keine Verbrechen zu begehen, vgl. *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (293, 294); krit. dazu *Ambos* (Fn. 66), S. 362. Ausgehend von, aber nicht reduziert auf die kolumbianischen feindstrafrechtlichen Erfahrungen konstatiert *Aponte*, HRRS 2006, 297 (300): „Der Feind ist immer ein konstruierter Feind. Es gibt immer eine Entscheidung über die Feindschaft und über den Feind. [...] Es ist pure Naivität und Demagogie zu glauben, dass der Feind derjenige ist, der sich auch so benimmt.“

¹³³ *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (293 f.): „Durch eine Verhaltensänderung könnte der Feind wieder zum Bürger werden. Es verhält sich also nicht so, als lasse die Gesellschaft den Feind nicht ‚herein‘; er selbst hindert sein ‚Hineinkommen‘, weil er seine Bringschuld nicht leistet, also nicht dafür sorgt, dass bei ihm rechtstreu Verhalten vermutet werden kann.“ Dass auch Terroristen bereuen und Einsicht in das Unrecht ihrer Taten zeigen können, dass es Gründe, Terrorist zu werden, die nicht für immer die Person bestimmen müssen (vgl. etwa *Walter*, Süddeutsche Zeitung v. 22.4.2008, S. 14), das alles wird durch das Feindstrafrecht nicht verunmöglicht.

immer nur partieller Feind, je nachdem welche Normtreue von ihm nicht mehr erwartet wird. Der Feind steht damit nie völlig außerhalb des Rechts, sondern nur von eben den bürgerlichen Rechten exkludiert, die in Bezug zu seiner kriminellen Gefährlichkeit stehen. Feindstrafrecht ist so „eine bestimmte – mehr oder weniger große – Reduzierung des *status civitatis*“¹³⁴.

9. Die Schrankenlosigkeit des Feindstrafrechts

Argument: *Jakobs* erklärt nicht konkret, was nach dem Feindstrafrecht erlaubt sein soll, da er dies letztlich für eine politische Frage hält. Diese rechtswissenschaftliche Selbstbescheidung bedeutet entweder, dass *Jakobs* durch das Feindstrafrecht jede Maßlosigkeit im Umgang mit dem Feind für gerechtfertigt hält¹³⁵ oder er die Pflicht verletzt, über die Folgen seiner Theorie nachzudenken, um stattdessen „alleine in abstrakten juristischen Kategorien“¹³⁶ zu argumentieren. Denn präskriptiv verstanden ist das Feindstrafrecht ein „Konzept, das dazu führt, alle absoluten Schranken der Strafgewalt zu annullieren“¹³⁷ und in der Konsequenz die normative Legitimation für Guantánamo und Abu Ghuraib zu liefern.¹³⁸ Auf Grund seiner geistigen Verwandtschaft mit der Philosophie *Schmitts* könne das Feindstrafrecht nur auf die „Vernichtung und Auslöschung“ des Feindes abzielen.¹³⁹ Denn bekanntlich erklärt der Souverän nach *Schmitt* dem Feind nur deshalb im entscheidenden Moment den Krieg, um ihn zu vernichten.¹⁴⁰

Analyse: Hier liegt offensichtlich ein zweifaches Missverständnis vor. Denn sowohl bei *Schmitt* als auch bei *Jakobs* hat die Feindkonzeption grundsätzlich eine hegende Funktion. So ist das Ideal von Krieg für *Schmitt* ja der Krieg zwischen souveränen Staaten, in dem sich reguläre Armeen bekämpfen und gegenseitig als souverän anerkennen.¹⁴¹ Der Feind soll diesem Konzept entsprechend gerade nicht vernichtet, sondern niedergeworfen, das heißt seiner Gefährlichkeit beraubt werden. Der Feind wird wehrlos gemacht und niedergeworfen, aber nicht vernichtet.¹⁴² So betont *Taubes*, dass *Schmitt* als Jurist mit seiner Feindbestimmung „der tödlichen Konsequenz jener theologischen Feindbestimmung entgehen zu können“¹⁴³ hoffte, nach der der Feind immer vernichtet werden muss. Dies kann nach *Schmitt* nur durch klare Unterscheidungen vermieden werden: zwischen Krieg und Frieden, Kombattant und Nicht-Kombattant, vor allem

¹³⁴ *Silva Sánchez*, ZStW 118 (2006), 547 (549) – (*Hervorhebung* im Original).

¹³⁵ *Malek* befürchtet hier „wahrhaft gespenstische Antworten“, vgl. *Malek*, HRRS 2006, 316.

¹³⁶ *Ambos* (Fn. 66), S. 370.

¹³⁷ *Greco* (Fn. 2), S. 53.

¹³⁸ Vgl. *Malek*, HRRS 2006, 316 (317).

¹³⁹ Vgl. *Bung* (Fn. 69), S. 262 und *Ambos* (Fn. 66), S. 357.

¹⁴⁰ Vgl. *Uwer* (Fn. 70), S. 43.

¹⁴¹ *Schmitt*, *Theorie des Partisanen*, 1963, S. 87: „Der Feind ist nicht etwas, was aus irgendeinem Grunde beseitigt und wegen seines Unwertes vernichtet werden muss. Der Feind steht auf meiner eigenen Ebene.“

¹⁴² Vgl. *Clausewitz*, *Vom Kriege*, Bd. 1, Berlin 1832, S. 3 f.

¹⁴³ *Taubes* (Fn. 77), S. 7.

aber zwischen Feind und Verbrecher. Ein totaler Krieg entsteht durch die Aufhebung des Unterschieds zwischen Öffentlichem und Privatem, Militär und Zivil,¹⁴⁴ ein Krieg, in dem man den Gegner vernichten will, durch die Aufhebung des Unterschieds zwischen Feind und Verbrecher.¹⁴⁵ Der Krieg, wie *Taubes* mit *Schmitt* feststellt, wird nicht dadurch abgeschafft, dass er kriminalisiert wird, vielmehr kann er dann nur noch in seiner schlimmsten Form geführt werden, weil das Gegenüber als Verbrecher auch moralisch disqualifiziert wird.¹⁴⁶

Klare Unterscheidungen fordert auch *Jakobs*, und zwar ebenfalls zum Zwecke der Einhegung: Die Unterscheidung zwischen schuldbezogenem Bürgerstrafrecht und bloß sicherndem Feindstrafrecht soll einerseits das Bürgerstrafrecht vor der Kontamination durch feindstrafrechtliche Elemente schützen und andererseits in Bezug auf die Feinde deutlich machen: Diese Delinquenten werden nicht bestraft, weil sie eine der Strafe adäquate Straftat begangen haben, sondern nur, weil die Gesellschaft sich vor ihnen schützen will. Der Rechtsstaat soll seine Grenze deutlich machen und nicht verschleiern. *Jakobs'* Übergang von der Deskription zur Präskription zielt also nicht auf die Ausweitung schon bestehender feinstrafrechtlicher Bestimmungen, sondern auf die Einführung eines Begriffs zur Kennzeichnung bestimmter Gesetze und ihrer Separierung vom Normalen, die deutlich macht: Hier behandelt der Staat den Delinquenten nicht mehr als Person oder Bürger, hier handelt es sich nicht um normales Strafrecht, sondern um eine Ausnahme als ultima ratio.¹⁴⁷ Die Kennzeichnung der faktisch schon stattfindenden Aussetzung partieller Rechte ist für *Jakobs* „das Warnzeichen der Ausnahme“, wohingegen die Inklusion solcher Bestimmungen in

das bürgerliche Recht sie gewissermaßen normalisiert.¹⁴⁸ Solange Gesetze, die de facto nicht gewöhnliches Strafrecht, sondern Präventionsrecht sind, nominell noch unter dem beruhigenden Namen des bürgerlichen Strafrechts firmieren, scheint rechtstaatlich nichts gegen ihre Expansion zu sprechen. Die Kennzeichnung als Feindstrafrecht macht hingegen die Notwendigkeit einer strikten Limitation deutlich. So plädiert *Jakobs* ja für eine Beschränkung des Feindstrafrechts auf das Erforderliche und eine Reduzierung bestehender feindstrafrechtlicher Regelungen.¹⁴⁹ Da der Feind an sich immer Person ist, ist auch nur die Verunmöglichung künftiger Angriffe erlaubt. Beim Terroristen etwa geht es primär darum, ihm sein „Recht auf Verhaltensfreiheit“¹⁵⁰ zu entziehen. Insofern ist Feindstrafrecht auch nur als negative Spezialprävention und nicht als negative Generalprävention legitim, da der Delinquent nicht für die Schadensneigung Anderer verantwortlich ist. Von Kritikern perhorreszierte Foltermethoden bleiben schlechthin indiskutabel.¹⁵¹

10. Feindstrafrecht als *contradictio in adjecto*

Argument: *Schmitt* erklärt also den Feind gerade nicht zum Verbrecher, *Jakobs* hingegen zum Gegenstand eines besonderen Strafrechts. Das letzte Argument stellt deshalb in Frage, ob man in Bezug auf einen Feind sinnvollerweise von Strafrecht sprechen kann oder man nicht eher von einer Art präventivem Sicherheitsrecht sprechen müsste.¹⁵² Dies lässt sich gerade unter Bezugnahme auf *Schmitt* bezweifeln: Insofern jeder Staat ein *ius ad bellum* besitzt, ist er als Feind anzuerkennen und nicht als Verbrecher zu disqualifizieren. Feindstrafrecht wäre insofern eine *contradictio in adjecto*, da der Feind keinerlei Pflichten gegen mich hat. Legitimerweise kann der Feind nicht bestraft, sondern nur als Gefahr bekämpft werden.

¹⁴⁴ *Pawlik* (Fn. 13), S. 20.

¹⁴⁵ So soll das *ius ad bellum* gerade eine gegenseitige Anerkennung der Kriegsgegner ermöglichen, die die Inkriminierung des Krieges verunmöglicht. Jeder Feind ist dann ein gerechter Feind. „Die Fähigkeit, einen *justus hostis* anzuerkennen, ist aber der Anfang allen Völkerrechts“, vgl. *Schmitt* (Fn. 125), S. 22. Dagegen *Kant* (Fn. 35 – *Metaphysik der Sitten*), S. 349 f.

¹⁴⁶ *Taubes* (Fn. 77), S. 50 f.

¹⁴⁷ *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (294): „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. Um zu dieser Selbstbescheidung zu kommen, ist es freilich erst einmal nötig zu wissen, was man bei feindstrafrechtlichen Regeln ‚in der Hand hält‘. Die vielleicht gutgemeinte, aber gewiß nicht gute Annahme, alles Recht sei stets jedermann gegenüber Recht, weil das nicht anders sein *dürfte*, vertuscht in ihrer einfältigen Zeichnung der Lage die – mehr oder weniger umfassende – Exklusion des Feindes, was seine *Rechte* angeht, und damit das Warnzeichen der Ausnahme.“ (*Hervorhebungen* im Original). Klugheit ist dabei nicht im Sinne der Zweckrationalität, sondern eher im Sinne der Phronesis zu verstehen.

¹⁴⁸ *Polaino-Orts* spricht deshalb treffend vom Feindstrafrecht als der „ultima ratio der ultima ratio des Strafrechts“, vgl. *Polaino-Orts*, in: Heinrich u.a. (Fn. 24), S. 91 (S. 111).

¹⁴⁹ Vgl. *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (297). So forderte er 1995 die Streichung der Vorfeldkriminalisierungen nach den §§ 267, 130, 131, 140 StGB, vgl. *Jakobs*, ZStW 107 (1995), 843 (858). Die Tatsache, dass etwa der kolumbianische Strafgerichtshof unter Berufung auf *Jakobs'* Feindstrafrecht bestimmte Rechtsvorschriften für verfassungswidrig erklärt hat, wird von manchem Kritiker einfach für der Sache nach bedeutungslos erklärt, so z.B. *Ambos* (Fn. 66), S. 374.

¹⁵⁰ *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 839 (847).

¹⁵¹ Vgl. *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 839 (849). Das Feindstrafrecht „muss nicht heißen, nunmehr sei alles erlaubt, auch eine maßlose Aktion; vielmehr mag dem Feind eine potentielle Personalität zugestanden werden, so dass bei seiner Bekämpfung über das Erforderliche nicht hinausgegangen werden darf“, vgl. *Jakobs* (Fn. 14), S. 51.

¹⁵² *Jakobs* selbst hierzu: „Man mag fragen, warum diese Sicherung Feindstrafrecht heißt, wo es doch um ein *Sicherungsrecht* geht. Den Grund für diese Namensgebung liefert der Gesetzgeber, der die Sicherung formell als Strafrecht ausgestaltet“, vgl. *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (294) – (*Hervorhebungen* im Original).

Bei *Jakobs* hingegen geht der Feind, der seinen bürgerlich-rechtlichen Personenstatus verliert, zwar bestimmter Rechte (im Extremfall sogar dem Grundrecht auf Leben)¹⁵³ verlustig, behält aber weiterhin sämtliche Pflichten. Wegen dieser Pflichtverletzung ist er überhaupt nur Verbrecher. Als Unperson wird der Feind dadurch behandelt, dass er bestimmter Rechte beraubt wird.¹⁵⁴ Das Feindstrafrecht entpersonalisiert ihn. Seine politischen Intentionen sind dabei unwichtig, relevant ist nur die wahrscheinliche zukünftige Normverletzung. Der Feind im Sinne des Feindstrafrechts wäre für *Jakobs* also zu unterscheiden vom Feind im Sinne des Kriegsrechts.

Dies stellt vor allem für *Pawlik* zumindest in Bezug auf den Terroristen eine Vereinfachung seines Status im Recht dar: Da bei ihm die „klassischen“ Unterscheidungen zwischen Krieg und Frieden, Kombattant und Nicht-Kombattant, Krieg und Verbrechen usw. nicht mehr passen, kann auch die klassische Unterscheidung zwischen Kriegsvölkerrecht und Strafrecht nicht mehr passen.¹⁵⁵ Das Recht gegen den Terroristen wäre eher ein „Präventionsrecht mit kriegsrechtlichen Elementen“¹⁵⁶. Ist für *Schmitt* das Partisanentum der „Nachfolger des herkömmlichen Staatenkrieges“¹⁵⁷, so sieht *Pawlik* im Anschluss an die Theorie des Partisanen den modernen Terrorismus als dessen konsequente Fortführung. Wie bei *Schmitt* der Partisan so muss auch bei *Pawlik* der Terrorist nicht inkriminiert werden.¹⁵⁸ In der Bekämpfung der Gefährdung durch den Terrorismus wird vielmehr die spezialpräventive Zielsetzung aus dem Kriegsrecht in Form einer Strafrechtsnorm realisiert. Beide – der Umgang mit dem militärischen Gegner wie die negative Spezialprävention – zielen einzig auf die Unschädlichmachung des Gegners.¹⁵⁹ Unschädlichmachung bzw. Spezialprävention im kriegsrechtlichen Sinne bedeutet – ganz im Anschluss an *Schmitt* – aber gerade keine Entpersonalisierung des unschädlich gemachten Feindes. Insofern der Terrorist zum Feind im quasi kriegsrechtlichen Sinne erklärt wird, wird er gerade anerkannt.¹⁶⁰ Nur im Rahmen regulären Strafrechts wäre die radikale Spezialprävention entpersonalisierend. *Jakobs'* Feindstrafrecht

konfundiert in diesem Sinne Strafrecht und Kriegsrecht. Dies ist insofern richtig, als für *Jakobs* die Entpersonalisierung darauf gründet, den Feind partiell dauerhaft als von Lust und Unlust statt von verpflichtender Norm bestimmt zu sehen. Ob dies für den Terroristen, der sich ja durch alternative oder sogar höherwertige Normen bestimmt sieht, gilt, ist fraglich.¹⁶¹

Analyse: Zwei Dinge lassen sich allerdings einwenden:

1.) Was ist mit den nicht gegen Terroristen gerichteten feindstrafrechtlichen Bestimmungen? Die Gefährdung durch organisierte Kriminelle lässt sich nicht mehr analog zu der Gefährdung durch einen militärischen Gegner bzw. Partisanen verstehen.

2.) Sollten wir den Terroristen wirklich als Fortsetzung des Partisanen verstehen? Nicht nur, dass den modernen Terroristen zumeist der tellurische Charakter des Partisanen fehlt und es eher selten um die bloße Befreiung der eigenen Heimat von einem Besatzer geht, scheint mir die entscheidende Differenz zu sein, dass der Partisan zwar davon profitiert, selbst nicht als Kombattant gekennzeichnet zu sein, aber zumindest nur gegnerische Kombattanten angreift. Der Terrorist hingegen greift zumeist bewusst die Zivilbevölkerung an, um Angst und Schrecken zu verbreiten.¹⁶² Dies scheint dafür zu sprechen, den Terroristen mit *Jakobs* eher in die Kategorie des Verbrechers einzustufen. Der Unterschied wäre eher quantitativer Natur: Der Sexualstraftäter erkennt wie der Mafioso die Rechtsordnung des Staates nur teilweise nicht an, der Terrorist grundsätzlich. Deshalb wird normalerweise auch sein Gefährdungspotential größer sein. Das macht ihn aber nicht zum Feind im Sinne von *Schmitts* *hostis* – anders als der Partisane, der tatsächlich Kriegspartei in einem Krieg ist, den er aufgrund seiner Unterlegenheit nur asymmetrisch führen kann.

Zwischen beiden Argumentationen scheint eine Pattsituation zu bestehen. Aber diese macht deutlich, dass die Inkriminierung des Feindes nach dem Feindstrafrecht nur eine relative sein kann: Denn der Delinquent hat zwar gegen Normen verstoßen, wird dafür aber in einer Weise bestraft, die weit über seine Schuld hinausgeht. In gewisser Hinsicht – und hierin besteht die entscheidende Pointe von *Jakobs'* Vorschlag, Feindstrafrecht und bürgerliches Recht zu trennen – werden der Terrorist, der noch nicht unmittelbar zum Tatversuch übergegangen ist, der Mafioso, der nur wegen seiner Angehörigkeit zu einer kriminellen Vereinigung verurteilt wird, und der sicherheitsverwahrte Straftäter, der seine Schuld schon beglichen hat, nach *Jakobs* disinkriminiert: Sie werden auf Grund eines Sicherheitsbedürfnisses der Gesellschaft so schwer bestraft und nicht wegen ihrer Schuld. Das bürgerliche Strafrecht suggeriert, sie würden als Straftäter verurteilt, das Feindstrafrecht macht dagegen klar: hier wird jemand, der in relativer Hinsicht unschuldig ist, bestraft, weil

¹⁵³ *Jakobs* sieht in der Aberkennung dieses Grundrechts wie mir scheint zu Recht einen Höchstgrad möglicher Entpersonalisierung. Dagegen interpretiert das BVerfG den Abschuss eines nur mit Terroristen bemannten Flugzeugs, das zur Tötung von Zivilisten eingesetzt werden soll, als Anerkennung der Personalität der getöteten Terroristen: BVerfG, Urt. v. 15.2.2006 – 1 BvR 357/05, Rn. 140 ff.

¹⁵⁴ *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (293): „Seine Pflichten bleiben ungeschmälert (wenn auch mit Pflichterfüllung kognitiv nicht mehr gerechnet wird), sonst wäre er mangels einer Pflichtverletzung nicht Verbrecher. Soweit ihm Rechte genommen werden, wird er – definitionsgemäß – nicht als Person im Recht behandelt.“

¹⁵⁵ Vgl. *Pawlik* (Fn. 13), S. 22.

¹⁵⁶ *Pawlik* (Fn. 13), S. 47.

¹⁵⁷ *Pawlik* (Fn. 13), S. 42.

¹⁵⁸ Vgl. hierzu: *Schmitt* (Fn. 141), S. 87.

¹⁵⁹ Vgl. *Pawlik* (Fn. 13), S. 26.

¹⁶⁰ Vgl. *Pawlik* (Fn. 13), S. 40 f.

¹⁶¹ Dagegen freilich: *Jakobs*, ZStW 118 (2006), 831.

¹⁶² So *Pawlik* (Fn. 13), S. 23 selbst: Die Strategie der Terroristen besteht gerade in der Aufhebung der Unterscheidung von Kombattanten und Nicht-Kombattanten, warum sollten die Terroristen also die Vorzüge dieser Unterscheidung genießen?

wir begründet unterstellen, von ihm könnte eine Gefahr ausgehen.¹⁶³

III. Feindstrafrecht als regulative Idee

Nachdem nun die grundsätzlichen Einwände gegen *Jakobs'* „Feindstrafrecht“ zwar wohl nicht vollständig ausgeräumt, aber doch zumindest fragwürdig geworden sein sollten, scheinen mir im Umgang mit diesem Konzept folgende Alternativen möglich zu sein:

1. Man gesteht schon das deskriptive Potential des Konzepts nicht zu, indem man alle Vorfeldkriminalisierungen, den Abbau prozessualer Garantien etc. für völlig unbedenklich hält. Diese Position impliziert, dass der Staat seine Bürger nicht schon dann als Feinde behandelt, wenn er Verhaltensweisen im Privatbereich bestraft, schließlich differenziert auch die Rechtsprechung des BVerfG die Sphäre der Privatheit in einen unantastbaren Kernbereich und eine staatlich regelbare Sphäre, und legitimiert so Eingriffe in dessen weitere Sphäre.¹⁶⁴ Diese Position ist zwar logisch konsistent und konsequent, scheint aber weitere Erosionen des Strafrechts zu legitimieren, sofern sie nur durch das BVerfG nicht für verfassungswidrig erklärt werden.

2. Der überwiegende Tenor der Literatur zum Feindstrafrecht ist dagegen folgender: Als kritisches Instrument zur deskriptiven Analyse des Strafrechts wurde und wird das Konzept weitgehend positiv aufgenommen.¹⁶⁵ Präskriptiv verstanden wird der Begriff jedoch abgelehnt.¹⁶⁶ Das Konzept ist also ein taugliches Instrument zur kritischen Beschreibung bestimmter Entwicklungen im Strafrecht, positiv verstanden handelt es sich um eine *contradictio in adjecto*.¹⁶⁷ Hieraus ergibt sich notwendig die Forderung nach der Abschaffung

sämtlicher feindstrafrechtlicher Bestimmungen. Diese Position möchte ich die extrem idealistische nennen: wirklich konsequent realisiert scheint sie allerdings zur Selbstaufhebung des Ideals zu führen, da es tatsächlich fraglich ist, ob ein solcher Staat die Sicherheit seiner Bürger ausreichend garantieren könnte.

3. Man stimmt der präskriptiven Fassung des Feindstrafrechts in der Form zu, dass alle feindstrafrechtlichen Regelungen beibehalten bzw. ausgebaut werden und als solche bezeichnet werden sollen. Diese Position wird in der Wissenschaft de facto nicht vertreten und hätte wohl auch wenig Möglichkeiten, politisch realisiert zu werden.

4. Man lehnt das Feindstrafrecht wie Position 2 aus vorgeblich normativen Gründen ab, befürwortet aber letztlich wie Position 1 bzw. 3 alle Maßnahmen, die *Jakobs* als feindstrafrechtlich kennzeichnet. Bei dieser Kritik handelt es sich nur um die „Tabuisierung des Begriffs“.¹⁶⁸ So etwa, wenn der damalige Generalbundesanwalt Kay Nehm bei der Deutschen Strafrechtslehretagung in Frankfurt/Oder 2005 zwar das Feindstrafrecht ablehnt, dabei aber gleichzeitig konkrete Neuregelungen im Sinne des Feindstrafrechts fordert¹⁶⁹ und sich bereits 2002 in „Gedanken zum 11. September“ für die gegenüber den „allerlei Restriktionen unterworfenen nachrichtendienstlichen und präventiv-polizeilichen Mitteln“ „ungleich komfortablere[n] Möglichkeiten der Aufklärung“ durch den „Einsatz prozessualer Zwangsmittel“ enthusiastisiert.¹⁷⁰ Solch ein Vorgehen führt letztlich zur realen Expansion feindstrafrechtlicher Momente, weil es „unter allen am meisten [ausschließlich] für den vornehmen Ton gemacht“¹⁷¹ ist.

5. Man versteht das Feindstrafrecht gerade in seiner affirmativen Wendung weiterhin als kritisch. Denn diese Wendung bedeutet gerade nicht die Bejahung aller denkbaren möglichen Weisen, mit dem Feind umzugehen, sondern die Affirmation einer Kennzeichnung: Nämlich die Benennung der Momente als feindstrafrechtlich, die dem Begriff des Bürgers bzw. der Person widersprechen. In diesem Sinne gleicht die geforderte Wirklichkeit des Begriffs Feindstrafrecht mehr der einer regulativen Idee: Man gesteht zu, dass es in jeder wirklichen Rechtsordnung feindstrafrechtliche Regelungen gibt, von denen manche für die Erhaltung der Rechtsordnung notwendig sein mögen – insbesondere bestimmte Vorfeldkriminalisierungen.¹⁷² Das heißt nicht, dass sie immer

¹⁶³ In dieser Hinsicht ist es noch nicht einmal sicher, das das Feindstrafrecht „sich, auf den Begriff gebracht, als Recht erweist“, vgl. *Jakobs* (Fn. 14), S. 51.

¹⁶⁴ Vgl. *Gössel* (Fn. 113), S. 45.

¹⁶⁵ Vgl. *Hörnle* (Fn. 78), S. 85-105. *Gössel* hält den Begriff für zustimmungsfähig, insofern er zum Zweck der Beschränkung staatlicher Strafgewalt eingesetzt wird, vgl. *Gössel* (Fn. 113), S. 45. So verwenden sogar die Strafverteidigervereinigungen zur Kennzeichnung des Reformvorhabens zur Sicherungsverwahrung den Begriff „Feindstrafrecht“

(<http://www.strafverteidigervereinigungen.de/Material/Stellungnahmen/StellungnahmeDiskussionspapierSV Okt 2010.pdf> [28.2.2012], S. 4). Kritisch dazu vgl. *Saliger* (Fn. 84), S. 210.

¹⁶⁶ *Neumann* (Fn. 103), S. 314: „Der Begriff des ‚Feindstrafrechts‘ hat einen guten Sinn, wenn er als analytische Kategorie oder aber in kritischer Absicht, zum Zwecke der Denunziation einer Rechtsordnung verwendet wird, die den straffällig gewordenen Bürger nicht als straffällig gewordenen Bürger, sondern eben als ‚Feind‘ behandelt. Wird der Begriff in einem affirmativen Sinne gebraucht, gerät er zur gefährlichen politischen Rhetorik, weil er die Suggestion nahe legt, zur Bekämpfung des Feindes sei dem Strafrecht (fast) alles erlaubt, und weil die Definition des ‚Feindes‘, wie die historische Erfahrung lehrt, in der Praxis der staatlichen Verfolgung von Personengruppen nicht zu kontrollieren ist.“

¹⁶⁷ *Meliá*, ZStW 117 (2005), 267 (268).

¹⁶⁸ *Meliá*, in: Vormbaum (Fn. 3), S. 1 (S. 9). Vgl. dazu kritisch: *Prittwitz*, in: Vormbaum (Fn. 3), S. 169 (S. 179).

¹⁶⁹ Vgl. *Heger*, ZStW 117 (2005), 865 (886 f.).

¹⁷⁰ *Nehm*, NJW 2002, 2665 (2670).

¹⁷¹ *Kant* (Fn. 35 – Zum ewigen Frieden), S. 395.

¹⁷² In diesem Sinne sind Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht „zwei Idealtypen, die sich kaum je rein verwirklicht finden lassen“, denn formell wird auch der Terrorist noch als Person behandelt, insofern ihm im Verfahren Rechte bürgerlicher Beschuldigter zukommen, und auf der anderen Seite finden sich auch bei Verurteilung von Bürgern Momente der Gefahrenabwehr. Es handelt sich um „zwei gegenläufige Tendenzen in einem Zusammenhang des Strafrechts“, vgl. *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (*Hervorhebung* im Original).

und in beliebiger Exzessivität legitim sind.¹⁷³ So besteht die regulative Funktion vornehmlich in der Aussonderung feindstrafrechtlicher Elemente aus dem gewöhnlichen Strafrecht – soweit wie möglich ist diese Aussonderung als Abschaffung zu vollziehen. Als regulative Idee sorgt sie in Bezug auf die notwendigen Bestimmungen zumindest noch für klare Unterscheidungen und kann damit wiederum ein kritisches Potential entfalten. Völlig widersinnig sind deshalb Urteile über das Feindstrafrecht als eine Theorie, die vermieden werden müsse, aber eine Realität, die nicht beseitigt werden könne.¹⁷⁴ Es verhält sich genau umgekehrt: Die Realität hat auf den Begriff gebracht zu werden, zumal wenn sie als aus rechtsstaatlicher Sicht skandalöse Wirklichkeit *kata to dynaton* beseitigt werden soll!

¹⁷³ *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (95).

¹⁷⁴ *Fiandacas*, in: Vormbaum (Fn. 3), S. 21.