

»Der Staat ist eine Mühle die muss mahlen  
Der Staat braucht Feinde wie die Mühle Korn braucht  
Der Staat der keinen Feind hat ist kein Staat mehr  
Ein Königreich für einen Staatsfeind.«  
Heiner Müller (1987)<sup>1</sup>



»Mit dem Unfrieden unter den  
Gelehrten hat es nicht viel zu bedeuten,  
wenn sie nur nicht Kabalen machen und sich  
mit den Politikern vom Handwerk verbrüdern:  
es endet in einem hässlichen Fischschwanz.«  
Immanuel Kant (1795)<sup>2</sup>

## Feindstrafrecht

### Anmerkungen zu einer vergangenen Debatte mit offenem Ausgang<sup>3</sup>

Alle Zeiten haben ihre Themen. Unter den postmodernen Debatten unserer Zeit firmiert z. B. die These vom »Ende der Staatlichkeit«: Von außen unterliegt der Nationalstaat einer Erosion seiner Souveränität, innen gehen ihm Glaubwürdigkeit und soziale Integrationskraft verloren. Wird er einerseits durch das »Empire« als einer imperialen Weltordnung geschluckt,<sup>4</sup> die auf eine Geschlossenheit des nationalen Rechtssystems verzichten kann, wächst in seinem Innern ein Netzwerk von Frustrierten heran, für die Nation und Wohlstand das staatliche Gewaltmonopol längst nicht mehr rechtfertigen. Es ist eine feindliche Welt, meint der Strafrechtler Günter Jakobs: »Eine Gesellschaft, der die Stützen einer staatskonformen Religion ebenso abhanden gekommen sind wie diejenigen der Familie und in welcher die Nationalität als eine zufällige Eigenschaft verstanden wird, lässt den Einzelnen zahlreichen Möglichkeiten, am Recht vorbei eine Identität aufzubauen [...]. Hinzu kommt die Sprengkraft so genannter Multikulturalität – ein schieres Unding.«<sup>5</sup> Doch Jakobs ist keiner, der dies nicht als Herausforderung für ein »modernes Staatsrecht«<sup>6</sup> begriffe. Mit seiner Reaktivierung des »Feindstrafrechts« legte er ein zeittypisches Konzept vor, an dem sich nicht nur StrafrechtlerInnen abarbeiten mussten. Die nunmehr bereits mit Promotionen bedachte und fürs Erste zum Stillstand gekommene Debatte war mehr als eine Verortung von Freund und Feind, von Normgeltung und Strafzwecklehre. Sie rührte an die Grundfragen vom Begriff des Rechts und der Würde des Menschen, die – so scheint es – im Bundestag zur Abstimmung stehen.

VON SEVERUS SNAPE

- 1 Wolokolamsker Chaussee IV: Kentaurer, Berlin 1987.
- 2 Brief vom 15. Oktober 1795 an J.G. Kiesewetter, zitiert in: Immanuel Kant, Rechtslehre, Schriften zur Rechtsphilosophie, hrsg. v. Hermann Klenner, Berlin 1988, S. 510.
- 3 Dieser Beitrag wurde aus Platzgründen stark gekürzt. Der vollständige Text ist auf [www.das-freischuessler.de](http://www.das-freischuessler.de) abrufbar.
- 4 Michael Hardt/Antonio Negri, Empire, Die neue Weltordnung, Frankfurt a.M. 2002; dazu Sonja Buckel, Empire oder Rechtspluralismus? Recht im Globalisierungsdiskurs, KJ 2/2003, S.177 ff.
- 5 Günther Jakobs, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, Kommentar, in: Eser/Hassemmer/Burkhardt (Hrsg.), Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Rückbesinnung und Ausblick, München 2000, S. 52.
- 6 Winfried Hassemmer, Sicherheit durch Strafrecht, HRRS 4/2006, S. 143

Was tut's schon, wenn WissenschaftlerInnen abwegige, radikale bzw. – je nach Selbstverständnis – avantgardistische Ideen vorbringen oder Forderungen für die Zukunft stellen? Das hat es neben systematischen und analytischen Betrachtung der Welt und des eigenen (fachlichen) Gegenstands darin immer schon gegeben.<sup>7</sup> Ist es nicht sogar die Aufgabe kritischer Wissenschaft, die Voraussetzung des gesellschaftlichen Zusammenlebens stetig zu erforschen, kritisch zu hinterfragen und Ansätze für konkrete Utopien zu geben? So funktioniert der Wissenschaftsbetrieb, werden Fußnoten produziert und Bibliotheken gefüllt. Das meiste davon genügt für einen akademischen Titel, doch bleibt nicht für die Ewigkeit.

### Sicherheit und Wissenschaft

Fragen nach Sicherheit und Freiheit der Menschen werden mit besonderer Sensibilität registriert. Anlass für Diskussionen dieser Art schafft die Politik – nicht erst seit 9/11 – zur Genüge: Einführung biometrischer Merkmale in Pässen, Rasterfahndung, Online-Durchsuchung, Vorratsdatenspeicherung, Terrorlisten usw. In solchen Zeiten avancieren (Rechts-)WissenschaftlerInnen schnell zu StichwortgeberInnen der Politik, vor allem wenn sie diese legitimieren.

Der Kölner Staatsrechtler *Otto Depenheuer* tut dies unter dem Schlagwort von der »Selbstbehauptung des Rechtsstaats«.<sup>8</sup> Er geißelt die »Opfervergangenheit« der bundesdeutschen Gesellschaft und propagiert für den »Ernstfall« das »Bürgeropfer« als »apriorischen Pflichtenstatus des Einzelnen« zur Aufrechterhaltung jeglicher Staatlichkeit, die er als Voraussetzung menschlichen Zusammenlebens für unabdingbar hält. So lassen sich auch ohne Skrupel Passagierflugzeuge abschießen.

Sein Bonner Strafrechtskollege *Günther Jakobs* hat sich darauf verlegt, zur Verteidigung des bürgerlichen »Rechtsstaats« den Ausschluss jener Person aus dessen Anwendungsbereich zu verlangen, die sich »vermutlich dauerhaft, zumindest aber entschieden vom Recht abgewandt haben«.<sup>9</sup> Mit solchen Thesen promotet Jakobs ein »Feindstrafrecht«, das die »Bürger« vor Maßnahmen präventiver strafrechtlicher Vorfeldermittlungen und einer Kriminalisierung eigentlich sozialadäquater Verhaltensweisen bewahren soll, weil »das, was man gegen Terroristen tun muss, wenn man nicht untergehen will,«<sup>10</sup> als strafrechtliche »Sonderbehandlung« den zum »Feind« erklärten vorbehalten bleibe.

Damit gibt Jakobs vor allem das, was StaatskritikerInnen sonst schuldig bleiben: Konkrete Antworten auf die von ihm gestellten Fragen der Zeit. Ist er damit für die Wissenschaft das geworden, was nach Jakobs der »Feind« für den Rechtsstaat ist: eine »aktuelle Unpersonen«?<sup>11</sup> Oder, wie es auf der Abschlussdiskussion des 29. Strafverteidigertages in Aachen ausgedrückt wurde: »ein gefährlicher alter Mann«?<sup>12</sup>

### Feindstrafrechtspraxis

Günther Jakobs' Feindstrafrechtsmodell ist von Angst geprägt: Angst vor den »Herausforderungen des Terrorismus« und vor den Folgen der – von ihm für legitim gehaltenen – »Reaktion des Rechtsstaats« gleichermaßen. So kritisierte Jakobs schon 1985, »dass die im StGB auffindbaren Vorfeldkriminalisierungen zu nennenswerten Teilen in einem freiheitlichen Staat nicht legitimierbar sind.«<sup>13</sup>

In der gesetzlichen Definition von Tatbeständen, deren »Vollendung« nicht mehr formal als Teil der Tatbestandsformulierung erkennbar seien, sondern bei denen nach materiellen Kriterien in der Person des/der TäterIn gesucht werden müsse, macht Jakobs eine »Subjektivierungstendenz« aus, »die sich ihrerseits aus diversen Quellen speist: Schuldprinzip, Täterorientierung, Personalisierung des Unrechts.«<sup>14</sup> Das Überwiegen des Rechtsgüterschutzes bewirke, dass der »Rechtskreis des Täters« überhaupt nicht in den Blick geriete. Der Täter werde nur dadurch definiert, »dass er dem Rechtsgut gefährlich werden kann, wobei sich der Beginn der Gefahr potentiell grenzenlos vorverlagern lässt. Der Täter hat keine Privatsphäre, keinen Bereich eines noch nicht sozial relevanten Verhaltens, sondern ist nur Gefahrenquelle, mit anderen Worten, Feind des Rechtsguts.«<sup>15</sup>

Dieser Definition »des Täters als Rechtsgutsfeind« wollte Jakobs »eine Definition des Täters als Bürger« entgegensetzen. Dabei soll der »Bürger-Täter« »nicht nur insoweit wahrgenommen werden, wie er den Gütern des Opfers gefährlich werden kann, sondern er soll von vornherein auch durch sein Recht auf eine von Kontrolle freie Sphäre definiert werden«, in dem er dem Staat als Subjekt gegenübersteht. Dringt der Staat in diesen Privatbereich ein, ende auch die Privatheit der BürgerInnen und damit ihre Subjektstellung. Dies markiere die Aberkennung ihrer Rechte als »Bürger«, und damit dieses Status selbst: »Sie werden als Feinde behandelt.«<sup>16</sup>

- 7 Vgl. Hendrik Schneider/Geraldine Morguet, *Gefährliches Strafrecht*, Zu den Grenzen avantgardistischer Strafrechtsdogmatik, in: Uwer/Organisationsbüro (Hrsg.): *Bitte bewahren Sie Ruhe, Leben im Feindrechtsstaat*, Berlin 2006.
- 8 Otto Depenheuer, *Selbstbehauptung des Rechtsstaats*, Schönburger Gespräche zu Recht und Staat, Bd. 8, Paderborn 2007.
- 9 Günther Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, HRRS 3/2004, S. 92.
- 10 Ders., a. a. O.
- 11 Ders., a. a. O. (Fn. 5), S. 53.
- 12 Zitiert nach Jörg Arnold, *Geleitwort*, Das Ende der Gespensterjagd, in: Uwer/Organisationsbüro (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 7), S. 16.
- 13 Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung*, ZStW 97 (1985), S. 751.
- 14 A. a. O., S. 752.
- 15 A. a. O., S. 753.

Vier Kriterien benennt Jakobs, mit denen sich das »Feindstrafrecht« identifizieren lasse:<sup>17</sup>

1. eine weite Vorverlagerung der Strafbarkeit, also Wendung des Blicks von der vergangenen auf eine zukünftige Tat (z. B. §§ 129, 129a StGB – Bildung krimineller oder terroristischer Vereinigungen),
2. keine der Vorverlagerung entsprechende Minderung des Strafmaßes,
3. einen Übergang von der Strafrechtsgesetzgebung zur Bekämpfungsgesetzgebung sowie
4. den Abbau prozessualer Garantien.

## Feindstrafrechtstheorie

Aber Jakobs bleibt bei dieser Analyse nicht stehen. Denn es seien ja auch Situationen denkbar, »in denen Normen, die für einen freiheitlichen Staat unverzichtbar sind, ihre Geltungskraft verlieren, wenn man mit der Repression wartet, bis der Täter aus seiner Privatheit heraustritt.«<sup>18</sup> Jakobs zweifelt also nicht an der Notwendigkeit der von ihm problematisierten Maßnahmen, sondern sorgt sich um die Wirkung solcher Inkonsistenzen für die Normgeltung eines Strafrechts, das an der positiven Generalprävention orientiert ist und die Resozialisierung des/der TäterIn zum Ziel hat. Daher plädiert er auch nicht für eine Aufwertung des »Rechtskreises des Täters«, sondern bricht einem Perspektivenwechsel in der Ausrichtung des Strafrechts die Lanze, in dem sich die strafrechtlichen Grundbegriffe (z. B. Handlung, Vorsatz, Schuld) nicht mehr am Ausmaß der persönlichen Verantwortlichkeit für die begangene Tat orientieren, sondern in erster Linie der Einübung von »Normenankennung« dienen. Der dem Strafrecht unterworfenen Mensch kommt hier allenfalls als Störfaktor in Betracht, »an dem veranschaulicht werden soll, dass die Norm als Orientierungsmuster sozialer Beziehung nach wie vor maßgeblich ist.«<sup>19</sup>

Es geht Jakobs dabei »um die Herstellung erträglicher Umweltbedingungen.«<sup>20</sup> Dazu müsse jede Norm durch kognitive Gewissheit stabilisiert werden. Das könne nur dadurch geschehen, dass alle diejenigen »kaltgestellt« würden, »die nicht die kognitive Mindestgarantie bieten, die nötig ist, um sie praktisch aktuell als Person behandeln zu können.« Der/die StraftäterIn muss also die Bedingungen für seine/ihre Behandlung nach rechtsstaatlichen Grundsätzen in seiner/ihrer eigenen Person herstellen. Bleibe diese Garantie aus oder werde sie sogar ausdrücklich verweigert, »wandelt sich das Strafrecht von einer Reaktion der Gesellschaft auf die Tat eines ihrer Mitglieder zu einer Reaktion gegen den Feind.«<sup>21</sup>

Woran aber misst sich, ob ein Mensch die »kognitiven Mindestgarantien« erfüllt? Auch das lässt sich für Jakobs nur negativ durch die Eigenschaften des »Feindes« beschreiben: Es handelt sich um »ein Individuum, das sich in einem nicht nur beiläufigen Maß in seiner Haltung [...] oder seinem Erwerbsleben [...] oder, hauptsächlich durch seine Einbindung in eine Organisation [...], also jedenfalls vermutlich dauerhaft vom Recht abgewandt hat [...] und dieses Defizit durch sein Verhalten demonstriert.«<sup>22</sup>

Das kennzeichnet letztlich alle Individuen, die im System durch ihr Verhalten als Fremdkörper erscheinen und denen wegen eines über ihre Tat hinausgehenden »Defizits« nicht getraut werden kann. Dabei lässt Jakobs außer Zweifel an wen er denkt: Sexualtäter, Drogendealerinnen, Wirtschaftskriminelle und Terroristinnen. Gegen sie sei zwar nicht alles erlaubt, doch müsse das zu ihrer Bekämpfung erforderliche getan werden.

## Feindstrafrechtsfolgen

Mit seiner Definition des »Feindes« als »aktuelle Unpersonen« beschreibt Jakobs vor allem die BürgerInnen. In dieser Gegenüberstellung

liegt auch die Brisanz seiner Ausführungen.

Nur so erhält der Feindbegriff seine eigenständige Bedeutung, die alle

- 16 A. a. O., S. 756.  
 17 A. a. O. (Fn. 5), S. 51; vorstehende Zitate auf S. 53.  
 18 A. a. O. (Fn. 13), S. 784.  
 19 Schneider/Morguet, a. a. O. (Fn. 7), S. 339.  
 20 A. a. O. (Fn. 5), S. 53.  
 21 A. a. O., S. 51.  
 22 A. a. O. (Fn. 5), S. 52.



Übergriffe des Gesetzgebers nicht nur beschreiben, sondern aus sich heraus begründen und legitimieren soll. Eine raffinierte Ursachenumkehr: »Nicht mehr wird der Bürger zum Feind, indem der Gesetzgeber ihn durch Schaffung neuer Eingriffstatbestände marginalisiert, sondern umgekehrt sieht sich der Staat zu solchen Eingriffen genötigt, weil und soweit er unter den Bürgern Feinde entdeckt.«<sup>23</sup> Um dieser Legitimation willen definiert Jakobs den Feind als ein Individuum, das sich, sei es aus eigenem Willen oder aus Unvernunft, gegen die Gesellschaft wendet.

Zurück bleibt der Mensch als potentielle oder tatsächliche Gefahrenquelle, dem seine Kriminalitätsneigung als persönliche Eigenschaft anhaftet. Allein, die Definition ist einfach nur zirkulär: Ein Mensch wird schließlich nicht als Straftäter geboren, er wird auch nicht durch sein Handeln zum Straftäter, sondern erst durch das Gesetz, das sein Handeln unter Strafe stellt.

Der »Feind« wird also erst durch den Beschluss des Gesetzgebers konstituiert und konkretisiert sich in der Entscheidung der Sicherheitsbehörden, gegen wen sie vorgehen werden. Damit übernimmt die Exekutive das Recht im Staate und eine Informalisierung des Rechts ist unvermeidlich: »Dem Rechtsanwender ist der Rechtsgesohsam ins Belieben gestellt.«<sup>24</sup> Die ideologische Dimension des Rechts verdrängt zunehmend dessen praktisch-freiheitssichernde und instrumentell-steuernde Funktion.

Das Recht, das Jakobs fordert, zeichnet sich dadurch aus, dass es der zum Feind Erklärten jegliche subjektiven Abwehransprüche gegen ihre staatlichen Verfolger abspricht. Es ist ein bloß objektives Recht, dass dem Staat Kompetenzen verschafft, aber keine Schranken mehr setzt; kurz: ein Feindbekämpfungsentfesselungsrecht. Damit geht ihm seine wesentlichste Eigenschaft verloren: Nicht nur »Mittel von Macht« zu sein, sondern auch »Maß von und für Macht«. Denn »insoweit die Bürger gegenüber dem Staat keine subjektiven Rechte haben, gibt es letztlich auch kein objektives Recht.«<sup>25</sup>

### Menschwürde als Gegen-»Gerede«

Bei aller schillernden Eingängigkeit von Jakobs' Feindstrafrechtskonzept bleibt seine Zentralthese inhaltslos. Der Status des Menschen als Rechtsperson geht schließlich nicht durch den Habitus feindseligen Handelns verloren, wie auch der Feindbegriff ein Rechtsbegriff bleibt.<sup>26</sup> Alles andere würde uns auf den Stand vor der Französischen Revolution zurückwerfen. Bestimmte Prinzipien europäischer

Freiheitsmanifestation sind auch für den Gesetzgeber nicht mehr hinterfragbar.<sup>27</sup> Eine zentrale Rolle kommt dabei der Menschenwürde zu, die universell und prinzipiell unteilbar ist. Die sich daraus ableitenden Probleme für die Letztbegründung eines global behaupteten Menschenrechts lassen sich irdisch verorten und sind daher auch für andere »Kulturkreise« vermittelbar.<sup>28</sup> Es ist die Einsicht, in die Notwendigkeit praktischer Solidarität, wie sie durch globale Rechte vermittelt wird, die Schutz und Partizipation ermöglichen, weil sie nicht hierarchisch zueinander, sondern untereinander in einem wechselseitigen Verweisungszusammenhang stehen.<sup>29</sup>

Das ist für Jakobs natürlich nur »Gerede«, solange die gesellschaftlichen Bedingungen nicht genannt würden, unter denen Rechte überhaupt gewährt werden könnten.<sup>30</sup> Gleichwohl, die Menschenwürde bleibt unabdingbarer Kern der Menschenrechtskonzeption, woran auch Jakobs nicht vorbei kommt. Denn die Voraussetzung eines Staates, der auf das Feindstrafrecht oder dessen Elemente im Rahmen der »normalen Rechtsordnung« verzichten kann, vermag weder ein Strafrecht, schon gar nicht ein Feindstrafrecht zu erzeugen.

Wie aber verständigt sich eine Gesellschaft über die Risiken, die dennoch immer bleiben? Wenn »Bomben ticken«, wenn der Markt das Recht und das System das Leben verzehren oder sich Ideologie in Nihilismus kehrt, ist das Grauen wirkungsmächtiger als Diskursrationalität. Dann fällt es schwer, sich aus dem »Ensemble der [eigenen] gesellschaftlichen Verhältnisse«<sup>31</sup> heraus hinter einen »Schleier des Nichtwissens«<sup>32</sup> zurückzuziehen und sich vorzustellen, wie es gelingt, ein Recht zu schaffen, das die kalte Normativität von Gesetzen selbst noch vor den Opfern von Gewalttaten rechtfertigt.

Hier ist Aufklärung geboten. Eine Aufklärung, die ihr Maß nicht am ökonomischen Wert oder sozialen (Risiko-)Kapital des/der Einzelnen nimmt, sondern an seiner/ihrer immergleichen Eigenschaft, Mensch zu sein; sie und ihn daher immer auch als solchen behandeln muss. Das wäre ein offener Diskurs mit vielen Gefahren: »Allein ob die permanente Aufklärung noch eine Chance hat in der Aktualität und Zukunft, muss an jenen Außenseitern der Gesellschaft demonstriert werden, die als *Monster* geboren wurden. Ihnen leuchtet nicht das Licht des kategorischen Imperativs, denn ihr Tun kann nicht zur Maxime einer allgemeinen Gesetzmäßigkeit gemacht werden. Eben darum jedoch muss sich Aufklärung vor ihnen bewähren.«<sup>33</sup> ☐

<sup>23</sup> Detlef Krauß, Vom Bürgerstrafrecht zum Feindstrafrecht, in: Uwer/Organisationsbüro (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 7), S. 84.

<sup>24</sup> Peter-Alexis Albrecht, Das nach-präventive Strafrecht: Abschied vom Recht, BJ 86 (2006), S. 296.

<sup>25</sup> Hermann Klenner, Recht und Unrecht, Bielefeld 2004, S. 23.

<sup>26</sup> Köhler, zitiert nach Heger, Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 2005 in Frankfurt/Oder, ZStW 117 (2005), S. 882.

<sup>27</sup> So Albrecht, a. a. O. (Fn. 24), S. 294.

<sup>28</sup> Vgl. dazu Matthias Lehnert, »Wer den Tod liebt, der soll ihn auch haben«, Das Feindstrafrecht und seine Gefahr für Menschenrechte und Rechtsstaat, Forum Recht 3/2005, S. 89; Matthias Mahlmann, Sprache als Spiegel der praktischen Vernunft, ZRph 2003, S. 168 ff.

<sup>29</sup> Vgl. Gregor Samsa, Hype oder kommunistisches Szenario?, Globale Rechte im Spannungsfeld von Utopie, sozialen Kämpfen und positivem Recht, das freischübler 15 (2007), S. 19.

<sup>30</sup> Zitiert nach Heger, a. a. O. (Fn. 26), S. 887.

<sup>31</sup> Karl Marx, Thesen über Feuerbach, 1845.

<sup>32</sup> John Rawls, Frankfurt a. M. 1979, S. 159 ff.

<sup>33</sup> Hans Mayer, Außenseiter, S. 11.