

Lasha-Giorgi Kutalia

„Feindstrafrecht“

-

Naturzustand vs. Rechtsbeziehung?

Cuvillier Verlag Göttingen

**„Feindstrafrecht“ –
Naturzustand vs. Rechtsbeziehung?**

Von Dr. Lasha-Giorgi Kutalia

Cuvillier Verlag Göttingen 2007

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2007

978-3-86727-450-0

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2007

Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen

Telefon: 0551-54724-0

Telefax: 0551-54724-21

www.cuvillier.de

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2007

Gedruckt auf säurefreiem Papier

978-3-86727-450-0

Vorwort

Einen Zustand, in dem man über keinerlei rechtsstaatliche Garantien verfügt, gibt es in keinem Rechtsstaat. Dies aber betrifft nur eine Seite der „feindstrafrechtlichen“ Selbsttäuschung. Eine weitere Seite fällt etwas komplizierter aus, wobei es nach der Entschlüsselung darin zu suchen ist, daß ebensowenig ein Zustand *überhaupt* nachweisbar sein kann bzw. muß, in dem alle – jedem ausnahmslos zukommenden! – rechtsstaatlich denkbaren Rechte auf einmal realisierbar wären, *scil.* ohne daß dabei die Rede von „Feinden“ und rechtsstaatlichen Defiziten sein sollte. Wo und wann es jedoch rechtsstaatliche Defizite aufzudecken gelingt, gilt es sie nun einmal aufzuheben; sie lassen sich unter keinem Vorwand der „rechtsstaatlichen Überhitzung“ fortschreiben. Indem es nämlich tatsächlich um rechtsstaatliche Lücken und das heißt, um Verstöße gegen die Rechtsstaatlichkeit geht, behandelt man wiederum das Subjekt ohnehin nicht etwa als „Feind“, und zwar mit legitimem Anspruch, wie dies durch das „Feindstrafrecht“ zu unterstellen versucht wird, sondern delinquent man gegen den Bürger.

Bonn, den 14. November 2007

Lasha-Giorgi Kutalia

Inhaltsverzeichnis

I. „Feinde“ <i>extra muros</i>	9
II. Konfliktfähigkeit der rechtsstaatlich verfaßten Gesellschaft	13
III. Die wahren Konsequenzen	18
IV. „Entpersonalisierung“ im Frieden vs. Personalisierung im Krieg	22
V. Im Namen der Sicherheit?	27
VI. Dialektik des wirklichen Lebens	34
VII. Zusammenfassung	42

I. „Feinde“ *extra muros*

Die von *Jakobs* entfaltete Konzeption des „Feindstrafrechts“¹ stellt vor allem alles andere als Umwandlung des einseitig-„kommunikativ“ konzipierten gesellschaftstheoretischen Ansatzes *seiner* Zurechnungslehre in ein interaktionistisches Leitprogramm dar, sondern was hier unmittelbar fortzuführen versucht wird, ist präventiver Gesichtspunkt im Gegensatz zur schuldausgleichenden Betrachtungsweise, dies wiederum nicht i. S. der positiven Generalprävention, sondern in demjenigen eines isoliert genommenen spezialpräventiven Blickpunkts². Es geht nämlich um einen *ab initio* „inkompetenten“³ Pflicht-

¹ S. *Jakobs*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: HRRS 2004 (H. 3), S. 88 ff; *ders.*, Terroristen als Personen im Recht?, in: ZStW 2005 (H. 4), S. 834 ff; *ders.*, Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtllichkeit, in: HRRS 2006 (H. 8/9), S. 289 ff; *ders.*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Paderborn, 2004, S. 28 f, 43 ff und passim; *ders.*, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, Kommentar, in: A. *Eser et al.* (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick, München, 2000, S. 51 ff; M. C. *Meliá*, Feind„strafrecht“?, in: ZStW 117 (2005), S. 267 ff; s. die spanischen Auflagen des „Feindstrafrechts“: *Jakobs, Meliá*, Derecho penal del enemigo, 1. Aufl., Madrid, 2003; 2. Aufl., 2006; s. aber auch *Jakobs*, Kriminalisierung im Vorfeld der Rechtsgutsverletzung, in: ZStW 97 (1985), S. 773 f und passim.

² Kritisch zum „Feindstrafrecht“ u. a. *J. Bung*, Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person, in: HRRS 2006 (H. 2), S. 63 ff („Feindstrafrecht“ als „Angststrafrecht, S. 64, 70 f); *L. Greco*, Über das sogenannte Feindstrafrecht, in: GA 2006 (H. 2), S. 96 ff; *W. Hassemer*, Sicherheit durch Strafrecht, in: HRRS 2006 (H. 4), S. 138; *F. Saliger*, Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?, in: JZ 2006, S. 756 ff; *B. Schüenemann*, Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende, in:

tenträger (u. a.) als Subjekt des Verbrechens, der als „rechtliche Unperson“ bzw. „rechtloses Individuum“⁴ erfassbar sei.

Wer sich im *Kantischen* Sinne als „ständig Bedrohender“ nicht „in einen gemeinschaftlich-gesetzlichen Zustand“ zwingen⁵, sich als keine „kompetente Person“⁶ begreifen „will oder kann“⁷ (genauer: „keine

GA 2001, S. 212; T. Hörnle, Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs „Feindstrafrecht“, in: GA 2006 (H. 2), S. 80 ff; M. Donini, Das Strafrecht und der „Feind“, in: Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen – Kleine Schriften, Bd. 11, 2007; E. D. Crespo, Das „Feindstrafrecht“ darf nicht sein! Zur Unzulässigkeit des sogenannten „Feindstrafrechts“ und dem Gedanken der Sicherheit unter besonderer Berücksichtigung der wissenschaftlichen Diskussion und Tendenzen in Spanien, in: ZIS 9/2006, S. 413 ff („Feindstrafrecht“ als „Täterstrafrecht“, S. 420 f); K. Malek, Feindstrafrecht – Einige Anmerkungen zur Arbeitsgruppe „Feindstrafrecht – Ein Gespenst geht um im Rechtsstaat“ auf dem 30. Strafverteidigertag 2006, in: HRRS 2006 (H. 8/9), S. 316 ff; A. Sinn, Moderne Verbrechenverfolgung – auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht?, in: ZIS 3/2006, S. 107 ff; D. Sauer, Das Strafrecht und die Feinde der offenen Gesellschaft, in: Neue Juristische Wochenschrift 24/2005, S. 1703 ff; R. Hamm, Feindstrafrecht – Bürgerstrafrecht – Feindstrafrecht, in: Neue Lust auf Strafen. Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung, Bd. 27, Münster, 2005, S. 105 ff; Th. Uwer (Hrsg.), Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, 1. Aufl., Berlin, 2006; J. L. González Cussac, „Feindstrafrecht“, Die Wiedergeburt des autoritären Denkens im Schoße des Rechtsstaates, in: Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen – Kleine Schriften, Bd. 15, 2007.

³ Jakobs, Bürgerstrafrecht, S. 88 f.

⁴ Jakobs, Terroristen als Personen im Recht?, S. 837 f und passim; ders., Staatliche Strafe, S. 43; ders., Feindstrafrecht, S. 292 und passim; ders. Bürgerstrafrecht, S. 93.

⁵ S. Jakobs, Bürgerstrafrecht, S. 90 ff.

⁶ Jakobs, Bürgerstrafrecht, S. 88 f.

⁷ Kritisch zur „feindstrafrechtlichen“ Thematisierung vor allem des letzteren Aspekts Bung, Feindstrafrecht, S. 68; s. hierzu Jakobs, Feindstrafrecht, S. 297, wonach „die Pathologisierung der hartnäckigen Abweichenden“, auf die

kognitive Mindestgarantie (personalen Verhaltens) leistet“, indem sich „entschieden vom Recht abgewandt hat“ bzw. „die Legitimität der Rechtsordnung prinzipiell leugnet“, etc.⁸), gegen ihn kann nach *Jakobs* als gegen das „gefährliche Individuum“ nur „physisch effektiv“ per Maßregel vorgegangen werden⁹, was heißt, dem läßt sich nicht als einer „an sich kompetenten Person“ per Strafe „widersprechen“¹⁰. Der „prinzipielle Abweichler“¹¹ bzw. der „prinzipielle Geg-

Ausführungen *Bungs*, freilich nicht unbedingt (s. *ders.*, Zurechnen-Können, Erwarten-Dürfen und Vorsorgen-Müssen – Eine Erwiderung auf Günther Jakobs, in: HRSS 2006 (H. 8/9), S. 321, Fn. 29), hinauslaufen, zurecht bestritten wird; mit Beleg *J. Gunn*, *Psychiatric Aspects of Imprisonment*, London, New York, San Francisco, 1978, S. 256. Nur fällt in einer freiheitlichen Gesellschaft die Stilisierung als „Feind“ kaum akzeptabler als die „Pathologisierung“ aus; vielmehr war sie eben die Parallelerscheinung dort, wo „pathologisiert“ (s. *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 297) wurde, *scil.* nach dem „Muster“ eines Unrechtsstaates, nach welchem man die Dissidenten nicht nur als „Kranke“ (s. *ibid.*), sondern *vor allem* gerade als „Feinde (des Volkes)“ stigmatisierte. Wenn wiederum nach *Jakobs* „unter einem prinzipiellen Gegner heute nicht (nur) ein Gegner der etablierten Herrschaft verstanden werden darf, vielmehr ist er als ein Gegner der freiheitlich verfaßten Gesellschaft zu begreifen“ (*ibid.*, S. 293), so ändert dies – zumindest – im Kontext jeglicher Thematisierung der Dissidierungen nichts daran, daß es „feindstrafrechtlich“ um keine rechtsstaatlich konkretisierbaren „Gefahren“ geht. Doch um welches „Nicht-Können“ handelt es sich *e. c.* beim Terrorist, der mordet? Nach *Jakobs* delinquent hier der „Feind“, und der „Feind“ kann zu keiner strafrechtlichen Verantwortung gezogen werden, sondern die Strafe gilt dem nach der geschehenen Tat aus dem Nichts auftauchenden „Bürger“. Was hier vorliegt, ist ein desperater Dualismus, der die Abstraktheit des Begriffs des „Feindes“ bloßlegt.

⁸ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 92 f und *passim*; *ders.*, Feindstrafrecht, S. 291 ff; vgl. *ders.*, Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung, in: U. Neumann et al. (Hrsg.), Verantwortung in Recht und Moral, 2000, S. 67 ff.

⁹ *S. Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 89.

¹⁰ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 88.

ner“¹² anders als der „kompetente Bürger“ soll hierbei seine Taten in keinem Maße externalisieren „dürfen“, sondern „weit im Vorfeld abzufangen“ sein¹³. Mit anderen Worten, für das Strafrecht, das die Taten im großen und ganzen abwartet, bleibt hier kein Raum, der Staat soll, *ad litteram*, in keiner Hinsicht „reagieren“, sondern schon vor jeder Aktion eines „prinzipiellen Gegners“ selbst unmittelbar „agieren“: „Wer keine hinreichende kognitive Sicherheit personalen Verhaltens leistet, kann nicht nur nicht erwarten, noch als Person behandelt zu werden, sondern der Staat *darf* ihn auch nicht mehr als Person behandeln, weil er ansonsten das Recht auf Sicherheit der anderen Personen verletzen würde“¹⁴. Erst wo er seiner daraus resultierenden prinzipiellen Aufgabe: der „Beseitigung einer Gefahr“¹⁵ nicht nachkommt, also wo die Externalisierung der Tat aus welchem Grund auch immer versäumt wird, heißt etwa die Verlegenheitslösung staatliche „Reaktion“ im o. e. Sinn, nur gilt sie hier allein dadurch ebenso wenig „schuldiger Person“, sondern „gefährlichem Feind“, der von vornherein „exkludiert“ bleibt¹⁶.

¹¹ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 90.

¹² *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 93; *ders.*, Feindstrafrecht, S. 293.

¹³ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 92.

¹⁴ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 93.

¹⁵ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 92.

¹⁶ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 95.

II. Konfliktfähigkeit der rechtsstaatlich verfaßten Gesellschaft

Zunächst einmal kann jedoch die Frage, ob das Subjekt „*bestraft*“ werden kann oder man sich vor ihm zu „*sichern*“ hat, eben nicht zur *Jakobsschen* Problemstellung führen, wonach die Beantwortung dieser Frage bestimmen soll, ob es hier etwa um „Personen im Recht“ oder „rechtlose Unpersonen“ gehen muß¹⁷. Das *Jakobssche* Argument gegen eine aus der Sicht der Menschenrechte zwingende Behandlung von jedem „stets als eine Person mit Rechten“, daß „es komme doch wohl – unter anderem – auch auf das Verhalten des Gegenüber an“¹⁸, läßt sich kaum als schlüssig ansehen: Ob jemand „entrechtlich“ bzw. „aus der Gesellschaft exmittiert“¹⁹ werden kann, ob man also die Bürger in „Feinde“ *extra muros* wandelt, hängt in keinem Maße vom gegebenen „Verhalten des Gegenüber“, sondern in vollem Maße von der *Verfassung der Gesellschaft* ab, *scil.* unter dem Aspekt, ob es um eine auf die Menschenrechte abstellende Gesellschaft geht oder nicht²⁰. Demnach ist u. a. der Notwehrbegriff „feindstrafrechtlich“ bei weitem kein „aufschlußreiches Beispiel“, wie darauf aber nach *Jakobs* erklärterweise rekurriert wird²¹; vielmehr worauf hier die „feindstrafrechtlichen“ Ausführungen unmittelbar hinauslaufen, ist folgendes: Gegen die „prinzipiellen Gegner“ ist keine

¹⁷ *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 293.

¹⁸ *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 289.

¹⁹ *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 292.

²⁰ S. insofern zu den rechtsstaatlichen Bedenken im Lichte der Menschenwürde *Hassmer*, Sicherheit durch Strafrecht, S. 138, *H. Bielefeldt*, Das Folterverbot im Rechtsstaat, Berlin, 2004, S. 9 f.

²¹ *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 292, 297.

Notwehr möglich, und zwar aus jener Sicht, die die Berufung auf die Unantastbarkeit der Menschenwürde unumgänglich macht²², resp. es gibt keine Notwehr gegen einen „rechtlosen“ Angreifer. Wäre dem anders, so wäre *e. c.* das – „feindstrafrechtlich“ unsichtbare – Recht des Angreifers auf Notwehr gegen Notwehrexzeß nach § 33 StGB, geschweige denn gegen sonstige Überschreitungen der Notwehrgrenzen, kaum konzeptibel.

Andererseits reduziert sich die „feindstrafrechtliche“ „Entpersonalisierung“, zum Teil wird auch relativiert: „Erstens muß der Staat den Feind nicht von allen Rechten ausschließen. So bleibt etwa der Sicherungsverwahrte in seiner Rolle als Sacheigentümer unangetastet. Und zweitens muß der Staat nicht alles tun, wozu er frei ist, sondern er kann sich zurücknehmen, insbesondere um die Möglichkeit eines späteren Friedensschlusses nicht zu verbauen“²³. Doch es kommt auch insoweit auf mehr als das an. Eine genuin rechtlich gestaltete bzw. rechtsstaatlich verfaßte Gesellschaft kann schon *von sich aus*²⁴ auf keinen naturzuständlichen Gewaltstreich zurückgreifen, vielmehr geht hier keine Gewalt vor Recht, und das o. a. Moment wächst über eine bloße Relativierung, was den Begriff der „rechtlichen Unperson“ anbelangt, gerade keineswegs hinaus²⁵. Daß wiederum diejenige, die sich etwa in keinen „bürgerlich-gesetzlichen Zustand“ zwingen lassen, daraus schon deshalb nicht exmittiert werden können²⁶,

²² S. *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 292 f.

²³ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 90.

²⁴ Vgl. *Bielefeldt*, Folterverbot, S. 5.

²⁵ S. auch unmittelbar zum „Feind“, den man nicht „im Griff“ hat, *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 290.

²⁶ S. diesbezüglich *Bung*, Feindstrafrecht, S. 69; s. im allgemeinen auch zur Problematik der Auslieferung der Terroristen im Kontext des Europäischen Haftbefehls *U. Buermeyer*, Grundrechtsschutz in Deutschland und Europa: Das BVerfG hebt die Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl auf, in: HRRS 2005 (H. 8), S. 274.

mag nun – freilich als kaum inzidente Kontradiktion des „Feindstrafrechts“ – auf sich beruhen. Wesentlicher ist es, indem man davon ausgeht: „wer den Krieg gewinnt, bestimmt, was Norm ist, und wer verliert, hat sich dieser Bestimmung zu beugen“²⁷, daß kaum erhellen kann, worum es sich im Ergebnis handelt: um *einen* „gefährlichen Feind“ oder um eine „(zusammengehörnde) Horde“²⁸, und der Bürgerstatus von jedem rutscht insofern hinweg, was heißt, alle stellt man in diesem „Krieg“ als instrumentell verführende Individuen hin, da es kein Gegenteil im Zustand der Normlosigkeit geben kann. Soll es sich nun um die Bestimmung der Norm bzw. der Gestalt der Gesellschaft handeln, so läßt sich kaum behaupten, daß dem „Feindstrafrecht“ „jeder rechtspolitische Impetus“ fehle²⁹. Doch nicht zuletzt: Um welches „feindstrafrechtliche“ Friedensdiktat geht es?

Derjenige, der sich der Norm „prinzipiell“ nicht beugt, und zwar trotz jeder Konsequenz, *resp.* dies „nicht will oder nicht kann“, würde es infolge keines Krieges „wollen oder können“: *Die Gewalt überzeugt nicht*. Jede solche Desperation des „Feindstrafrechts“ geht ihrerseits auf eine mangelnde Abgrenzung deliktischen Verhaltens von abstrakten „Abweichungen“ zurück. Es wird eben einem Schatten nachgejagt. Der Verbrechensbegriff, in einem mehr als nur psychologischen Sinn, läßt hingegen für „feindstrafrechtliche“ Abstraktifizierungen keinen Raum. Der entgegengesetzte Ausgang des „feindstrafrechtlich“ postulierten „Krieges“ ist hierbei ebensowenig möglich, denn niemandem läßt sich die Bindung auferlegen, sich den illegitimen „Normen“ von „Feinden“ des Rechtsstaats zu beugen. Vor allem wird hier jeder Unterschied zwischen Recht und Unrecht völlig verwischt, dem Recht seine Geltung genommen; die Rechtsordnung setzt sich nicht zur Wehr, sondern deren Erhaltung und das heißt, die

²⁷ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 92.

²⁸ *S. Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 295, freilich in einem engeren Kontext.

²⁹ *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 297.

Erhaltung der Rechtsgeltung wird durch den Naturzustand ersetzt. Was Norm *resp.* was Recht ist, schwebt insofern überhaupt in der Luft und soll erst durch den kontingent ausfallenden Stärkeren offenbart werden. Das „Feindstrafrecht“ läßt also konkurrieren, läßt (auch) beim Hauptton etwa i. S. *Hobbeschen jus naturalis*³⁰ gewähren, als ob es um Durchsetzung gleichberechtigter Weltentwürfe gehe, genauer, der Weltentwürfe, deren Legitimation der nackten Gewalt überlassen sei. Oder wird schon im Ansatz der ganze Kampflärm zwischen legitimer und illegitimer bzw. rechts- und unrechtsstaatlicher Weltgestaltung als bloße Marginalie gedacht? Wo liegt dann der Brennpunkt? Gleich, ob das „Feindstrafrecht“ einen ewigen „Krieg“ entwirft oder nicht und wenn etwa nicht, „wer gewinnt“, gerät inzwischen die Rechtsidee jedenfalls eben unnachholbar in den Hintergrund, denn der Stärkere *an und für sich* ist es nicht, der bestimmt, was *Recht* ist.

Einzig im Naturzustand selbst ist jedoch die Konzeption des „Feindstrafrechts“ in ihrem Element; außerhalb des Naturzustands ringt sie um rudimentäre Parallelen. Dort, wo der Kern der *Jakobsschen* Auffassung kristallisiert, wird wiederum – „mangels einer verbindlich definierten Ordnung“³¹ – nicht delinquent. Sowohl aktuelles wie potentielles Delikt sind hiermit für das „Feindstrafrecht“ prinzipiell fremde Begriffe. Rekuriert es dennoch auf den Verbrechensbegriff, in welcher Hinsicht und mit welchen Akzentuationen auch immer, so sind das eben keine wesenseigenen Rekurse. Warum es beim Terrorist, der grenzenlos horribel mordet, um denjenigen geht, der dafür verantwortlich, und zwar strafrechtlich verantwortlich, muß, ist für die „feindstrafrechtliche“ Betrachtungsweise eine Rätsselfrage. Kommt es nun hier nicht nur auf die Strafe, sondern auch auf die Sicherungsverwahrung

³⁰ Näher zu dessen „feindstrafrechtlichem“ Aspekt *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 91.

³¹ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 91.

an, so wandelt sie keinen in „Feind“, sondern gilt dem potentiellen Delinquent, der im Naturzustand ebensowenig vorkommen kann. Trotz Deskriptionsansprüche des „Feindstrafrechts“³² geht es also um rechtlich verfaßte Gesellschaft, um keinen Naturzustand. Ob die Gesellschaft im Hinblick auf ein deliktisches Verhalten als solches dem Naturzustand verfällt oder sich durch „Exklusion“ des Delinquenten reduziert, kommt aufs gleiche hinaus: Man weicht von dem ab, was konfliktfähige Gesellschaft ist³³, und die Konfliktfähigkeit macht *konstitutives* Merkmal der genuin rechtlich gestalteten Gesellschaft aus.

³² *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 289.

³³ S. aber auch zur *Jakobsschen* Beziehung selbst zwischen der „Exklusion“ des Delinquenten und dem gesellschaftlichen Konflikt *ders.*, Norm, Person, Gesellschaft (Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie), 1. Aufl., Berlin, 1997, S. 101 f.

III. Die wahren Konsequenzen

Vom naturzuständlichen Krieg versucht das „Feindstrafrecht“ den Blick abrupt auf die staatliche Gefahrenabwehr zu wechseln. Nach der eigenen Identität wird dabei unter den verschiedensten Gesichtspunkten gesucht: Von durchaus berechtigten Zweifeln, ob sich das „Feindstrafrecht“ überhaupt als Recht erweist³⁴, und dem Vorhaben, es aus einem vor allem nicht existierenden rechtsstaatlichen Vakuum herauszufiltern³⁵, was es als Recht gerade negiert, bis zur Konzessionsbereitschaft, es mit einem Teil der rechtsstaatlichen Garantien des materiellen Strafrechts und des Prozeßrechts auszustatten, „um es rechtsstaatlich erträglich zu machen“³⁶, und schließlich dem Recht in einem rechtsstaatlich aktuellen Sinn im Hinblick darauf, daß das „Feindstrafrecht“ nicht zuletzt den Staat bei der Gefahrbekämpfung binden sollte³⁷. In dieser letztgenannten Hinsicht läßt sich jedoch andererseits vor allem kaum davon absehen, daß ein Recht niemals „mindestens“, sondern ausschließlich mehr als nur „für ein regelgeleitetes und deshalb nicht spontan-affektives Verhalten“³⁸ stehen kann, denn auf die Regeln selbst kommt es gerade an.

Kann hierbei die Ausschließung des rechtlichen Umgangs mit dem Subjekt³⁹ nicht ohne die Ausschließung des rechtsstaatlichen Umgangs mit demselben erfolgen, so ist das nicht weniger evident, und der Behauptung *Jakobs*’, daß das „Feindstrafrecht“ rechtsstaatlich

³⁴ *Jakobs*, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft, S. 51.

³⁵ *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 290.

³⁶ *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 296; *ders.*, Bürgerstrafrecht, S. 90.

³⁷ *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 294.

³⁸ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 88.

³⁹ *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 294.

vom Nutzen sei⁴⁰, läßt sich unter keinen Umständen folgen. Vielmehr bleibt die Rechtsstaatlichkeit bzw. die Rechtlichkeit ein allumfassendes Gebot, wobei sie auch für jede prekärste Herausforderung *eigene* Institute kennt⁴¹, zu denen u. a. dasjenige der Notwehr zählt. Aus den rechtsstaatlichen Lücken, ja der gähnenden Leere in diesem Sinn, die die Konzeption des „Feindstrafrechts“ entwirft, mag hingegen alles andere extrapolierbar zu sein scheinen, aber eben kein Recht. Erhebt nun das „Feindstrafrecht“ den Anspruch, das Recht zu sein, indem es den Staat, seine Organe und Bürger bei der Bekämpfung der „Feinde“ bindet, so setzt dies normlogisch voraus, daß der „Feind“ über das subjektive Recht verfügt, dies vom Staat, seinen Organen und Bürgern zu verlangen. Das „Feindstrafrecht“, das bindet und wenn es darin als Recht zu sehen sein soll, muß sonach den Rechtsschutz gewährleisten, aber dieser „Rechtsschutz“ kann so wenig dem Bürger gelten, da den Bürger nicht das „Feindstrafrecht“ schützt, wie dem „Feind“ selbst, da er, soll sich sein Begriff nicht direkt erübrigen, „rechtlos“ bleibt.

Die Parallelisierung mit der Notwehr wird mithin anhand der bloß negativen „feindstrafrechtlichen“ Perspektive⁴² angestrebt, *scil.* es geht nur noch darum, daß „der Angriff darf (...) nicht beliebig, sondern nur im Rahmen des Erforderlichen abgewehrt werden“. – Wenn dies aber als kein subjektives Recht des Angreifers institutionalisiert wird, also gerade im Gegensatz zu den „feindstrafrechtlichen“ Maßstäben, so mutiert der ganze „Schutzgedanke“ zu einer Abstraktion, denn jeder Rechtsschutz kann dem Menschen eben nur als der Person bzw. dem Subjekt der Rechtsbeziehung gelten. Sprengt man nun den normlogischen Bezugsrahmen, wie dies „feindstrafrechtlich“ überhaupt der

⁴⁰ *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 297 und passim.

⁴¹ Anders *K. Viquez*, Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?, in: *Política Criminal*, 3/2007, S. 11 f.

⁴² *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 292.

Fall ist⁴³, so kommt man über eine krasse Pejoration kaum hinweg. Nur verhält es sich hier bei weitem nicht so, als ob das letztere Unge-nügen zumindest das erstere völlig ausräume: Der „Entpersonalisier-te“ kann bestenfalls nur noch zusehen, ob und inwieweit gegen die Ausschweifung im Einzelfall tatsächlich vorgegangen wird, verfügt hingegen für die Ausschließung kontingenter Ergebnisse über keinen institutionalisierten Anspruch. Doch zu welchem *Zweck* die „Entper-sonalisierung“ auch insofern, also hinsichtlich der Bändigung der ge-gen den „Feind“ gerichteten bzw. nicht einmal der von ihm ausgehen-den Gefahren, erfolgen sollte, hierzu hüllt sich das „Feindstrafrecht“ in Schweigen.

Anders als totalitär lassen sich ähnliche Schemata schwerlich be-zeichnen. Die Kehrseite wurzelt wiederum im wesentlichen tief im Naturzustand, wo das „gefährliche Individuum“ selbst keinen Einfluß auf die „exzessive Gewalt“ hat, sei sie ihrerseits in Form von Aktion oder nur „Reaktion“ gekleidet, *resp.* im Hinblick auf seine bloß „in-tuitive“ (ganz im „feindstrafrechtlichen“ Sinn!) oder faktische Ge-fährlichkeit. Die erwähnten Zufallsergebnisse sind aber hinsichtlich der „Entpersonalisierung“ auch insoweit nicht das einzige Problem, nicht einmal das *punctum saliens*, von dem die Erschließung der wahren Gestalt des „Feindstrafrechts“ in ihrer äußersten Konsequenz ab-hängt.

Indem man nämlich auf den rechtlichen Umgang mit der Person ver-zichtet, man also eben „entpersonalisiert“, überträgt sich die ganze Problematik (allenfalls) auf die Ebene der *nackten* instrumentellen Verhältnismäßigkeit, und auf dieser wäre jegliche Suche schon nach dem Folterverbot vergeblich: „Es mag nach Jakobs pragmatische Gründe dafür geben, auf Folter zu verzichten – zum Beispiel, um den ‚Feind‘ nicht unnötig zu reizen. Ein rechtliches *Verbot* der Folter hat

⁴³ *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 294; dagegen eingehend *Bung*, Zurechnen-Können, S. 319 f.

L.-G. Kutalia „Feindstrafrecht“ – Naturzustand vs. Rechtsbeziehung?

im Rahmen des Feindstrafrechts hingegen keinen Ort mehr⁴⁴. Mehr noch: Die „feindstrafrechtliche“ „Optimierung“ des Rechts auf Sicherheit schließt die Tötung auf Verdacht ebensowenig aus – „Sümpfe“⁴⁵, mit dem Unterschied allerdings, daß es sie positivrechtlich weder gibt („deskriptiv gemeintes“⁴⁶ „Feindstrafrecht“?) noch in keinem Rechtsstaat geben darf.

⁴⁴ *Bielefeldt*, Folterverbot, S. 10.

⁴⁵ *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 290.

⁴⁶ *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 290, 297.

IV. „Entpersonalisierung“ im Frieden vs. Personalisierung im Krieg

Bezieht man sich auf die Annahme, daß das „Feindstrafrecht“ im Unterschied zum „Bürgerstrafrecht“ nicht „die Normgeltung erhält“, sondern „Gefahren bekämpft“, freilich „massenweise“ die „Zwischenformen“ einbezogen⁴⁷, so geht es allemal nicht um die Oberfläche der in Rede stehenden Konzeption⁴⁸. Die These *Jakobs'*, daß „die Maßnahme gegen den Feind nichts bedeutet, sondern nur zwingt“⁴⁹, also der eigentliche Leitpunkt insofern, wird dort jedoch am Beispiel der Verstöße gegen elementare Menschenrechte außer Kraft gesetzt, wonach die „Strafe“ gegen den „Feind“ Menschenrechtsverletzer „von einem Mittel zur *Erhaltung* der Normgeltung zu einem Mittel zur *Begründung* von Normgeltung mutiert“⁵⁰ oder anders gewendet: „Es geht (...) nicht um die *Erhaltung* eines ‚gemeinschaftlich-gesetzlichen Zustands‘, vielmehr erst einmal um seine *Herstellung*“⁵¹, was seinerseits heißt, daß die „feindstrafrechtlich“ modellierte „Strafe“ hier⁵², *resp.* im Lichte der „Begründung von Normgel-

⁴⁷ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 90.

⁴⁸ Näher dazu *F. M. Llinares*, *Persona o enemigo; Vigencia real o postulada de las normas; Estado de derecho perfecto u óptimo en la práctica*. Al hilo de la segunda edición del libro *Derecho penal del enemigo* de Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, in: *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, Bd. I, Nr. 1, Juli, 2006, S. 140 f.

⁴⁹ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 90.

⁵⁰ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 94.

⁵¹ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 95.

⁵² S. zur *Jakobsschen* Differenzierung zwischen „Strafbedeutung“ und „Strafzweck“ *Bung*, *Feindstrafrecht*, S. 67 f.

tung“, nicht als nackter Zwang ohne „Bedeutungsgehalt“ konkretisierbar sein kann.

Die „feindstrafrechtliche“ Formel „Gefahrbekämpfung statt Kommunikation“⁵³, indem es in letzterer Hinsicht um einseitige „Kommunikation“ statt Interaktion geht, scheint also insofern schon ohne weiteres zu scheitern. Nur läßt sich die besagte „Bedeutung“ in *keine* rechtliche Reaktion einpassen: sie setzt die Normgeltung voraus, und für die Abstraktifizierung des *Delinquenten* Menschenrechtsverletzer gibt es keinen Grund, da wo keine nationale Strafgerichtsbarkeit insofern das Wort ergreifen kann, kann dies eben die internationale Strafgerichtsbarkeit, und zwar derart, daß dies kein ängstlich gehütetes Geheimnis vor den Menschenrechtsverletzern bleibt, *i. e.* es geht eben um etablierte Menschenrechte als Orientierungsbasis. Andererseits: Im Gegensatz zur „Begründung von Normgeltung“ läßt sich zwar deren „Erhaltung“ als kein Fremdkörper im Strafbegriff hinstellen, dies aber ist nicht das Dezisive, sondern daß der Delinquent weder etwa „feindstrafrechtlich“ zum Zweck der „Begründung von Normgeltung“ noch „bürgerstrafrechtlich“ zum Zweck der „Erhaltung der Normgeltung“ *instrumentalisiert* werden darf.

Nicht zuletzt bleibt ihrerseits angesichts des o. e. Kontexts die *Kantische* „Lokalisierung“ des Problems „auf der Schwelle zwischen dem (fiktiven) Naturzustand und dem staatlichen Zustand“⁵⁴, auf die sich *Jakobs* bei „feindstrafrechtlichen“ Auswertungen der Bekämpfungsgesetzgebung (*scil.* am Beispiel der Wirtschaftskriminalität wie des Terrorismus bis hin zu „Verbrechen‘ überhaupt“ in einem „metatechnischen“ Sinn) beruft⁵⁵, nach wie vor extrem ausgeweitet⁵⁶. „Der Zustand vor der Herstellung des ‚bürgerlich-gesetzlichen‘ Zu-

⁵³ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 89.

⁵⁴ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 90.

⁵⁵ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 92.

⁵⁶ S. hierzu auch *Bung*, Feindstrafrecht, S. 69.

stands“ wäre allemal „der Naturzustand, und in diesem gibt es keine Personalität, jedenfalls (?) keine gesicherte Personalität“⁵⁷; doch ob der Menschenrechtsverletzer „aus *der* Gesellschaft stammt, die ihn vor Gericht stellt“ oder man auf eine „auswärtige Gerichtsbarkeit“ angewiesen wird⁵⁸ (wobei es sich auch niemals um eine isoliert genommene „andere“ Gesellschaft, sondern immer nur um internationale Gerichtsbarkeit handeln kann), geht es hier wie dort gerade um keinen Naturzustand, in dem es nun einmal weder Strafe noch Sicherungsverwahrung⁵⁹ als Rechtsinstitut geben kann.

Daß es wiederum „*im Zustand verwirklichter Rechtsgeltung, eben im funktionierenden Staat*“⁶⁰ nicht nur um „Grundfälle eines Delikts“, sondern gleichermaßen um „prinzipielle Abweichungen“, also nicht von bloß „gedachter“, sondern „wirklich geltender“ Ordnung gehen und somit auch die „Erhaltung von Normgeltung“ mitgedacht werden kann, erscheint dabei eben nicht undenkbar⁶¹, so wie das, was eine Rechtsordnung *e. c.* „gegen Terroristen tun *muß*, wenn man nicht untergehen will“, sollte dies „(gebändigter) Krieg“ heißen⁶², macht so wenig einen Krieg im Naturzustand aus wie etwa einen *Bürgerkrieg*, der aus „feindstrafrechtlicher“ Sichtweise überhaupt als inkonzeptibel hinzustellen sein muß⁶³. Gewiß kann im Zeitalter des internationalen Kampfes gegen den Terrorismus, wo die Terroristen mancherorts staatlich offen unterstützt und ebenso offen geschützt werden, hin und wieder scheinen, daß „die Begriffe ‚Krieg‘ und ‚Strafverfahren‘

⁵⁷ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 95.

⁵⁸ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 94 f.

⁵⁹ Näher *Bung*, Feindstrafrecht, S. 69.

⁶⁰ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 94 f.

⁶¹ Vgl. *Sinn*, Moderne Verbrechenverfolgung, S. 113 f und *passim*.

⁶² *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 92.

⁶³ S. aber *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 294; vgl. *A. Aponte*, Feind oder Bürger? Günther Jakobs und das Dilemma eines feindlichen Strafrechts, in: *Leben im Feindrechtsstaat*, S. 152.

durcheinandergeraten“⁶⁴, nur ändert das nichts daran, daß im Naturzustand kein Recht auf Sicherheit gibt, und wer gegen die Terroristen bzw. die „prinzipiellen Gegner“ kämpft, kämpft nicht um dessen „Erlangung“, sondern übt es aus, macht es eben geltend, *i. e.* beruft sich auf den bereits *vorhandenen* Anspruch, der u. a. nur *rechtlich* und nicht etwa naturzuständlich *legitim*⁶⁵ zu sein vermag. Als *Krieg* kann dieser Kampf wiederum *nur in extremis* einen legitimen Ausweg abgeben⁶⁶, niemals jedoch gegen „rechtlose Feinde“: Die gibt es nach modernem Verständnis in keinem Krieg, und darüber hinaus: Man konstruiert und hält an entsprechende normative Erwartungen fest, die den Feinden in jedem Krieg gelten, *resp.* man konstruiert sie – *sit venia verbo* – nicht etwa im Hinblick darauf, daß keiner ihnen nachkommen werde. Auf *diese* Weise gelangt dann das Völkerstrafrecht in beiden Hinsichten zum Begriff des Kriegsverbrechers – ein in jeder seiner Ausprägung für den Naturzustand fremdes Phänomen.

Mit der Tendenz, und zwar der rechtstheoretisch irreversiblen Tendenz, die sich da einstweilen abzeichnet, deckt sich der Grundgedanke des „Feindstrafrechts“ kaum, vielmehr handelt es sich gerade um prinzipiell konträre Blickrichtungen: Die Abstellung auf die Personalität des Feindes im Krieg, *resp.* wo der gegebene Begriff genuin rechtlich eben hingehört, im ersteren und die Suche nach „Feinden“ bzw. „(rechtlichen) Unpersonen“ im sozialen Frieden im letzteren Falle. Andererseits, wo dies also, sei es im Falle der Terroristen oder der Menschenrechtsverletzer, unumgänglich, daß „*zunächst*“⁶⁷ Krieg

⁶⁴ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 92; s. hierzu auch *A. Aponte*, Krieg und Politik – Das politische Feindstrafrecht im Alltag, in: HRRS 2006 (H. 8/9), S. 302.

⁶⁵ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 95.

⁶⁶ Vgl. *W. S. Heinz, J.-M. Arend*, The International Fight against Terrorism and the Protection of Human Rights (With Recommendations to the German Government and Parliament), Berlin, 2005, S. 30 f und *passim*.

⁶⁷ Hervorhebung von mir – L.-G. K.

geführt wird“⁶⁸, läßt sich der Begriff des Feindes ebensowenig etwa als Selbstzweck hinstellen, der hier denjenigen des Prozeßsubjekts substituieren⁶⁹; vielmehr kann es nur noch um eine möglichst ephemere Interimslösung ohne eigene Bedeutung gehen, die besagt, daß der Terrorist als Terrorist wie der Menschenrechtsverletzer als Menschenrechtsverletzer nicht als Feind, sondern als Delinquent zu behandeln ist⁷⁰. Zwar gilt es „feindstrafrechtlich“ dem Worte nach, das nackte Gegenteil zu vermeiden⁷¹, aber es liegt jedenfalls klar zutage, daß für das „Feindstrafrecht“ als „Maßregelrecht“ der Wesenskern des Verbrechensbegriffs verborgen bleibt.

⁶⁸ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 95.

⁶⁹ *Aponte*, Krieg und Politik, S. 302.

⁷⁰ *W. S. Heinz, J.-M. Arend*, The International Fight against Terrorism, S. 9, 30 f.

⁷¹ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 92; *ders.*, Feindstrafrecht, S. 294.

V. Im Namen der Sicherheit?

Ob man den Begriff des Bürgers in der Tat durch denjenigen des „Feindes“⁷² in bestimmter Anknüpfung an vertragstheoretische Thesen mehr von *Hobbes* und *Kant* oder weniger von *Rousseau* und *Fichte* wie *Leibniz*⁷³ reduziert⁷⁴ – oder insofern darauf u. a. etwa als auf den „vernünftigen Egoisten“ im *Kantischen* Sinne⁷⁵ auf eine andere Art und Weise verzichtet bzw. schlicht von einem „nicht sozialisierbaren Subjekt“ nach *Montesquieu*⁷⁶ ausgeht –, mag dennoch ein anderes Problem zu sein scheinen⁷⁷. Das ist es aber kaum, und zwar ungeachtet dessen, ob der in Rede stehende Begriff „prinzipiell pejorativ“ gemeint wird oder nicht⁷⁸ bzw. ob nur als *terminus technicus* beansprucht⁷⁹. Vor allem ist die „feindstrafrechtliche“ Sichtweise ge-

⁷² *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 90; *ders.*, Feindstrafrecht, S. 289, s. auch zum Begriff des „Rechtsgutsfeindes“ *ders.*, Kriminalisierung im Vorfeld der Rechtsgutsverletzung, S. 753 f.

⁷³ S. *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 89 ff; *ders.*, Feindstrafrecht, S. 292 f.

⁷⁴ Kritisch zur *Jakobsschen* Berufung vor allem auf *Kant: J. Arnold*, Entwicklungslinien des Feindstrafrechts in 5 Thesen, in: HRRS 2006 (H. 8/9), S. 305 f; *Bung*, Feindstrafrecht, S. 69 f; *Bielefeldt*, Folterverbot, S. 9.

⁷⁵ Eingehend dazu *R. Saage*, Eigentum, Staat und Gesellschaft bei Immanuel Kant, 2. Aufl., Baden-Baden, 1994, S. 134 f.

⁷⁶ S. *Montesquieu*, *De l'esprit des lois*, Paris, 1977, S. 96.

⁷⁷ S. zum Begriff des „konstruierten Feindes“ bei *Aponte*, Krieg und Politik, S. 300; *ders.*, Feind oder Bürger?, S. 145 ff; kritischer in diesem Sinn *Malek*, Feindstrafrecht, S. 317.

⁷⁸ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 88.

⁷⁹ Was allerdings nicht heißt, daß im Strafrecht davon insoweit jede Spur fehle. Nur läßt sich aus den instrumentellen Zusammenhängen, in denen *e. c.* das Moment der „feindlichen Willensrichtung“ (S. *Lackner*, StGB, § 211/6

gen den Leitgedanken *Hegelscher* Straftheorie gerichtet⁸⁰, den *Jakobs* ansonsten *selber* gründlich auszuwerten versucht⁸¹. – Gilt nun die „Reaktion“ des „Feindstrafrechts“ nicht einer „Person“, sondern einem „psychophysischen System“, und soll sie nicht nur im Falle des „aktuellen Täters“ (unter dem Quantitätsaspekt der „feindstrafrechtlichen“ „prinzipiellen Abweichung“), sondern gleichermaßen in demjenigen des „potentiellen Täters“ überhaupt vor jeglicher Straftat (unter dem Qualitätsaspekt in demselben Kontext) erfolgen, so sind das Spezifika, die *Jakobs* ansonsten keiner Rechtsordnung, sondern zu recht der „totalitärsten Ordnung“ zuordnet⁸².

Eine sich in *status belli* mit „gefährlichem Individuum“ begreifende Gesellschaft wäre demnach selbst nicht weniger gefährlich, und so kommt es auch im hier interessierenden Fall, indem es „feindstrafrechtlich“ auf eine „Entpersonalisierung“ (auch) in ihrer äußersten Ausprägung abgestellt wird. Denn in einer Gesellschaft, die Bürger in „rechtlose Individuen“ wandeln könnte, gäbe es keine Menschenrechte, *resp.* es kann schon *per definitionem* nicht darum gehen, wen auch immer in einem Rechtsstaat zu ächten, also jenseits der Menschenrechte zu begreifen, sondern die Stigmatisierung etwa als ex-lexer „Feind“ kommt in Frage nur auf Kosten der Erodierung des Begriffs der Menschenrechte, da sie eben *Jedermannsrechte* bzw. *unveräußerlich* sind⁸³. Wenn das „Feindstrafrecht“ lehrt, daß „der Bür-

f) zutagetritt, kaum etwa der Angelpunkt des genuin Rechtlichen erschließen, eher eben umgekehrt.

⁸⁰ Vgl. *B. Haffke*, Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat?, in: Kritische Justiz, 2005 (H. 1), S. 22.

⁸¹ *Jakobs*, Das Schuldprinzip, Opladen, 1993, S. 26 ff; s. aber *ders.*, Rezension (B. Zabel, Schuldtypisierung als Begriffsanalyse. Tiefenstrukturen moderner Praxisformen und deren strafrechtliche Transformation, Berlin, 2007), HRRS 2007 (H. 5), S. 232.

⁸² *Jakobs*, Schuldprinzip, S. 26.

⁸³ Eingehend *Bielefeldt*, Folterverbot, S. 5 und *passim*.

gerstatus nicht unbedingt etwas Unverlierbares sein muß“⁸⁴, so hat das also kaum einen Bezug zu unserer Zeit, denn in der Ära der Menschenrechte ist der Bürgerstatus eben „etwas Unverlierbares“. Dies seinerseits erklärt, warum ein inwieweit ausnahmsweise auch immer entpersonalisierendes „Feindstrafrecht“ die Menschenrechte als „sogenannte Menschenrechte“ hinstellt⁸⁵.

Sollte jedoch das, worauf sich *Jakobs* im positiven Recht beruft⁸⁶, zur Konklusion: „Feind“ führen⁸⁷, so dürfte es an dessen diversesten Erscheinungsformen weit über das „Strafrecht“ hinaus wohl kaum mangeln, geschweige denn, warum hier nicht *jeder* Verbrecher⁸⁸ als „Feind“ erfaßbar sei, wo doch die Rechte nicht *nur* dem „prinzipiellen Gegner“ „genommen“⁸⁹ werden, anders gewendet: wo nicht nur die Sicherungsverwahrung, sondern auch die Strafe nicht spurlos insofern erfolgen kann. Aus der Perspektive der „feindstrafrechtlichen“ „Aufhebung“⁹⁰ der Rechte, die in der in Rede stehenden Konzeption als „Hauptmerkmal“ der Dekuvrierung der „Feinde“ gedacht wird⁹¹, mutiert somit bei *Jakobs* jeder Delinquent – genauer, schon jeder Rechtsverletzer – zum „Feind“. Heißt es nun auf der Ebene der Pflichten, daß das „Feindstrafrecht“ als „Feinde“ nur diejenige hinstelle, die keine „kognitive Mindestgarantie personalen Verhaltens“ leisten – ein weiterer „zentraler“ Maßstab⁹², so zeugt dies gerade von keiner Kongruenz der „feindstrafrechtlichen“ Postulate, und mehr

⁸⁴ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 89.

⁸⁵ S. *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 289.

⁸⁶ S. *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 92 f und passim; *ders.*, Feindstrafrecht, S. 289 f, 293 ff.

⁸⁷ Konsentierend insofern *Aponte*, Feind oder Bürger?, S. 140 f.

⁸⁸ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 89.

⁸⁹ *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 293.

⁹⁰ *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 296.

⁹¹ *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 293.

⁹² *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 93.

noch: diese Diskrepanz tritt schon allein innerhalb des letzteren Aspekts mit gleicher Evidenz zutage, *i. e.* „Strafe bedeutet nicht nur etwas, sondern bewirkt auch physisch etwas (...) Der Zwang soll insoweit nichts bedeuten, sondern wirken, was heißt, er gelte nicht der Person im Recht, sondern dem gefährlichen Individuum“⁹³, also „feindstrafrechtlich“: dem „Feind“, und lautet dabei die Ausgangsbasis, daß es sich bei „Bürgerstrafrecht“ und „Feindstrafrecht“ um „zwei Pole *einer* Welt“ handele⁹⁴, so ändert sich doch gerade nichts an der Annahme, daß auch insofern in der Konzeption des „Feindstrafrechts“ jeder Delinquent (mehr oder weniger) in „Feind“ gewandelt wird, was hier freilich nicht weiter verfolgt werden muß.

Der Begriff des Feindes setzt denjenigen des Kriegs voraus, und wo man den rechtsstaatlichen Frieden im Namen der Sicherheit durch Krieg abschafft, übersieht man vor allem, daß *es in jeder Permanenz des Friedens mehr Sicherheit als in jeder Permanenz des „gebändigsten“ Kriegs gibt.* Das „feindstrafrechtliche“ Verständnis von Gesellschaft bzw. die „Gesellschaft“ als quasisoziale Konstruktion, die „exkludiert“⁹⁵ und „bekriegt“, scheitert prinzipiell, denn *Gesellschaft ist Kriegsvermeidung, resp. niemals weniger als Kriegsvermeidung.* Um das aus „feindstrafrechtlichen“ Postulaten resultierende „gesellschaftliche“ Weltverständnis: die Welt als „Kriegsschauplatz“ kann es sich allenfalls bei Unrechtsordnungen handeln. Der kaum gewollte Kern der ganzen Korrelation konkretisiert sich schon bei einem weiteren Segment des „feindstrafrechtlichen“ Widerspruchsspektrums. Zwar heißt es, daß das „Feindstrafrecht“ „als etwas, das nicht zu dau-

⁹³ Jakobs, Bürgerstrafrecht, S. 88 f.

⁹⁴ Jakobs, Bürgerstrafrecht, S. 88; *ders.*, Feindstrafrecht, S. 293.

⁹⁵ Und wenn das auch eine „Selbstexklusion“ heißen sollte: Jakobs, Feindstrafrecht, S. 293 und *passim*; *ders.*, Personalidad y exclusión en Derecho penal, in: *ders.*, Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad, Madrid, 2004, S. 66 f; s. aber auch gegen die „exkludierende“ Sichtweise überhaupt *ders.*, Norm, 1. Aufl., S. 101 f.

erndem Gebrauch taugt,⁹⁶ zu erfassen sei, aber ohne Rücksicht auf die o. e. Supposition, wieso es dann um keine „Präskriptivität“, sondern nur noch darum gehe, das längst Funktionierende zu „deskribieren“⁹⁷ (was wiederum bedeutet, daß es eben zu keinem Gebrauch taugt, und nicht etwa, daß man es hier mit einem positivrechtlich permanent geführten Krieg zu tun hätte), und zwar verspricht das „Feindstrafrecht“ ein „Friedensdiktat“⁹⁸, aber ohne gewährleisten zu können, daß es keine Terroristen oder keine „notorischen Radfahrer ohne Licht“⁹⁹, kurzum: keine „prinzipiell Abweichenden“ geben wird, die es doch im Visier haben will.

Von einer „feindstrafrechtlichen“ Auswertung des positiven Rechts kann also eben keine Rede sein, dies nicht zuletzt am Beispiel der prozessualrechtlichen Komponenten¹⁰⁰. Denn wenn dadurch, daß dem Beschuldigten in Ausnahmefällen keine Kontaktmöglichkeit nach §§ 31 ff EGGVG mit seinem Verteidiger für die Vermeidung diverser Gefahren für eine dritte Person gewährt wird, kaum jemand ernsthaft resümieren kann, daß der Staat Krieg gegen den Gefangenen führe oder zumindest es um einen Kriegsgefangenen gehe, so fällt dabei der Begriff des Feindes *schon* deshalb keineswegs weniger abstrakt aus, und die Untersuchungshaft §§ 112, 112 a StPO ist ja auch keine Vernichtungshaft. (Straf-)Rechtsverwirklichung und Krieg sind aber niemals etwa ab Moment der Inhaftierung antithetische Begriffe, sondern bleiben dies immer schon von vornherein. Nichts anderes gilt im Hinblick auf materiellrechtliche Konsequenzen u. a. im Falle der Bildung terroristischer Vereinigungen nach § 129 a Abs. 6 f StGB. Das und weiteres mehr heißt freilich nicht, daß der positivrechtliche

⁹⁶ *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 294.

⁹⁷ *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 290.

⁹⁸ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 92.

⁹⁹ *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 292.

¹⁰⁰ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 93; näher insoweit *ders.*, Feindstrafrecht, S. 296.

Kontext *per se* nicht anders aussehen könnte, nur ergäbe dies und mithin auch jede „Entlastung“ des „Bürgerstrafrechts“ durch das „Feindstrafrecht“¹⁰¹ eben kein genuin sozial bzw. rechtsstaatlich erkennbares Bild. Im ersteren Sinn wiederum mit keiner geringeren Prägnanz als im letzteren, was heißt, die „Exkludierung aus der Gesellschaft“ ist schon mit jedem genuin sozialen Gesichtspunkt definitionsgemäß unverträglich.

Nun mag das „Feindstrafrecht“ über seinen virtuellen Gegenstand verfügen – die „Gefahrbekämpfung“, es mag an sich u. a. den Staat bei der „Gefahrbekämpfung“ binden, etc.¹⁰²; wer aber „keine Person im Recht“ ist, läßt sich auch als kein Subjekt des „Feindstrafrechts“ begreifen, und wo das Subjekt fehlt, kann es auch kein „Feindstrafrecht“ geben. Die Frage, ob sich hier überhaupt ein Strafrecht „im weiteren Sinn“ zu Wort meldet (*Jakobs*¹⁰³) oder sich das „Feindstrafrecht“ als *contradictio in adjecto* herausstellt (*Meliá*¹⁰⁴), drängt sich also ein übriges Mal nicht allein in jenem Kontext auf, in welchem es sich dabei um ein „Sicherungsrecht“ handeln sollte. Das „Feindstrafrecht“ schafft, mit anderen Worten, wesentlich größere „Gefahren“ als es „bekämpfen“ könnte¹⁰⁵, und nichts garantiert, daß man auf diesem Weg zu keiner Terrorjustiz gelangt. Aus demselben Grund gibt es in einem Rechtsstaat für ein „Feindstrafrecht“ auch dann keinen Ort, wenn man die „Feinde“ – was also nicht einmal im Kriegsrecht anders der Fall ist – als keine „rechtlosen Individuen“ bzw. als keine „rechtlichen Unpersonen“ konstruiert. Denn die Erklärung zum „Feind“, sei dabei *C. Schmittsche* oder *Jakobssche* Konnotation ge-

¹⁰¹ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 94.

¹⁰² *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 293 f.

¹⁰³ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 89, 91.

¹⁰⁴ *M. C. Meliá*, Feind„strafrecht“, S. 268.

¹⁰⁵ S. hingegen zur rechtsstaatlichen Korrelation zwischen Freiheit und Sicherheit *M. Kaiafa-Gbandi*, Aktuelle Strafrechtsentwicklung in der EU und rechtsstaatliche Defizite, in: ZIS 11/2006, S. 522.

meint¹⁰⁶, ist allemal nur ein anderer Name für die Politisierung des Strafrechts. Wie die Rechtsgeschichte lebendig illustriert: Die Rechtssicherheit genießt in solchem Fall *keiner*. Der Begriff des „Feindes“ höhlt jegliches Recht auf Sicherheit unvermeidbar und vollständig aus. Legitime Ordnungen suchen daher nach keinem Feindbild, was heißt, es handelt sich um einen rechtsstaatlich bzw. unumkehrbar in-aktuellen Begriff.

Was hiermit für das „Feindstrafrecht“ vor allem unerschlossen bleibt, ist das Phänomen der fehlerhaft agierenden Person: *Es gibt keinen (Normgeltungs-)Schaden ohne vorangehende Gefahr*. Der Bürger, der „delinquier“, ohne daß die Gefahr der Delinquierung in seinem Begriff mitgedacht werden kann, weist jedenfalls nicht auf *die* Welt hin, in der ein *Strafrecht* entfaltet wird. Vielmehr käme es hier auf keine normativen Erwartungen, kein Rückwirkungsverbot an, es ginge also um keinen Rechtsstaat. Die normativen Erwartungen können wiederum enttäuscht werden, wobei dies bzw. die Gefahr keine strafrechtliche Verantwortung ausschließt, sondern bedingt deren Thematisierung gerade von vornherein, *scil.* – im wesentlichen („feindstrafrechtlich“ noch einmal inkonzeptibel) – in einem mehr als bloß präventiven Sinn. Die Personalität des Delinquenten, freilich nicht anders als des normtreu Agierenden, symbolisiert also keine *Ad-hoc*-Skizzen, sondern interaktionistisches Kontinuum.

¹⁰⁶ S. zur „feindstrafrechtlichen“ Trennung *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 294.

VI. Dialektik des wirklichen Lebens

Daß sich der „feindstrafrechtliche“ Lösungsversuch auf keinem spezifisch *strafrechtlichen* Gesichtspunkt beruht, soviel bedarf hingegen keiner Argumentation¹⁰⁷. In diesem Sinn kann es hier auch nach keinem Ausgangspunkt der genuin strafrechtlichen Begriffsbildung gesucht werden. Was bleibt, ist die Frage, ob Ausnahmen ins Spiel gebracht werden, und wenn ja, inwiefern. Bei einem „normalen“ Zusammenhang zwischen Tat und Strafe bleibt hiernach, „wenn der Täter trotz seiner Tat die Gewähr dafür bietet, sich im großen und ganzen als Bürger, also als rechtstreu agierende Person zu benehmen. Wie sich Normgeltung nicht *völlig* kontrafaktisch durchhalten läßt, so auch nicht Personalität (...) Wenn der andere nicht nur als Individuum, also als nach Lust und Unlust kalkulierendes Wesen berechnet, sondern wenn er als Person genommen werden soll, was heißt, wenn von seiner Orientierung an Recht und Unrecht ausgegangen werden soll, dann muß auch diese normative Erwartung im großen und ganzen kognitiv unterfangen sein, und zwar um so deutlicher, je gewichtiger die in Rede stehenden Normen sind“¹⁰⁸. Das „immer wieder anomische Verhalten“¹⁰⁹ bzw. die „notorische Enttäuschung der normativen Erwartung“¹¹⁰ rücke dabei ins Blickfeld isoliert genommene „faktische Gefährlichkeit“¹¹¹, die die „Personalität“ des Agierenden ausschließe.

¹⁰⁷ S. zu den „feindstrafrechtlichen“ Dualisierungen *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 294.

¹⁰⁸ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 91.

¹⁰⁹ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 92.

¹¹⁰ *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 292.

¹¹¹ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 90 f.

Übertragen auf die Normgeltung selbst heißt dies, daß „ohne hinreichende kognitive Sicherheit erodiert die Normgeltung und wird zum leeren Versprechen, leer, weil es keine wirklich lebbar gesellschaftliche Gestalt mehr anbietet (...) Personen wollen nicht nur Recht haben, sondern auch mit ihrem Leib durchkommen, also für sich als bedürftige Individuen ein Auskommen finden, und das Vertrauen auf das, was nicht sein darf, verhilft eben nur dann zu einer Orientierung, mit der man sein Auskommen finden kann, wenn es vom Wissen, was sein wird, nicht allzu stark konterkariert wird“¹¹², genauer, „eine entwickelte Rechtsordnung garantiert den Personen nicht nur das nackte Recht, sondern auch – im großen und ganzen – die Nutzung des Rechts“¹¹³. Ohne gewisse Modifizierung wäre jedoch damit die frühere These von *Jakobs* über die kontrafaktische Durchhaltung von normativen Erwartungen, also der „Erwartbarkeit der Normtreue anderer“¹¹⁴ kaum kompatibel¹¹⁵; doch solche Modifizierungsmühe sollte man gerade keineswegs scheuen¹¹⁶, mehr noch: *flustra ferentur leges nisi subditis et obedientibus*. Darauf kommt es aber hier nicht an, vielmehr liegt der eigentliche Prüfstein eben woanders.

Die Gesellschaft „entläßt auch den hartnäckigen Verbrecher nicht aus seiner Pflicht, kein Verbrechen zu begehen“¹¹⁷. Warum, so ist zu fra-

¹¹² *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 91.

¹¹³ *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 291; vgl. *M. Pawlik*, Strafe oder Gefahrenbekämpfung? Die Prinzipien des deutschen Internationalen Strafrechts vor dem Forum der Straftheorie, in: ZIS 7/2006, S. 283.

¹¹⁴ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 91.

¹¹⁵ Eingehend dazu *F. M. Llinares*, *Persona o enemigo*, S. 141 ff.

¹¹⁶ Nur tritt indes die ganze Abstraktheit des Grundprinzips der „Bürgerstrafrechtslehre“ von *Jakobs* zutage, denn in welcher Gesellschaft kommt es auf eine solche „(Erhaltung der) Normgeltung“ an, die nichts mit „(Rechts-) Gütersicherheit“ (*Jakobs*, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München, 1992, S. 37 und passim) zu tun hätte?

¹¹⁷ *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 294.

gen, sollte es hier überhaupt auf „Pflichten“ und „Delikte“ ankommen, wo doch der Täter für „inkompetent“ gehalten wird? Die Antwort darauf, warum die Pflichten eines solchen Täters „ungeschmälert bleiben“ müssen, wenn also auch „mit Pflichterfüllung kognitiv nicht mehr gerechnet wird“, liege in nichts anderem als in folgendem: „sonst wäre er mangels einer Pflichtverletzung nicht Verbrecher“¹¹⁸. Zwar geht es um einen Pflichtenträger, aber um keinen „kompetenten“ Pflichtenträger, und ebenso liegt zwar ein Verbrechen vor, aber kein „Normalfall eines Verbrechens“¹¹⁹. Pflicht und Delikt, anders als Personalität und Normgeltung, sind demgemäß „feindstrafrechtlich“ etwa „unendlich“ relativierbare Größen. Daß es jedoch die Quadratur des Zirkels ist, liegt auf der Hand, und die Suche nach einem Ausweg kann den abstrakten Zusammenhängen i. S. einer schieren Immanenz nicht gelten.

Das „Feindstrafrecht“ läuft seinem Wesen nach auch insofern einer genuin sozialen Problemstellung zuwider, denn die „Kommunikationsunfähigkeit“ des „prinzipiell Abweichenden“ kann eben nicht begründbar sein¹²⁰. Der Grund, aus welchem hier nicht nur „zuverlässig Zurechnen-Können“, sondern gleichermaßen „in einer Orientierung bietenden Art und Weise Normbefolgung Erwarten-Können“¹²¹ möglich sein kann¹²², liegt in folgendem: *Der Mensch ist soziales Wesen*. Stimmt die These – und wenn nicht, was hält dann die Gesellschaft in ihrer Transfinität zusammen? –, so läßt sich mit dem „entpersonalisierenden“ Konzept der „kognitiven Mindestgarantie personalen Verhaltens“ hier nicht viel anfangen, weil in solchem Fall die interessierende „Mindestgarantie“ auch bei jedem „hartnäckigen Verbrecher“

¹¹⁸ Jakobs, Feindstrafrecht, S. 293.

¹¹⁹ Jakobs, Feindstrafrecht, S. 292 und passim.

¹²⁰ Vgl. Sinn, Moderne Verbrechensverfolgung, S. 114.

¹²¹ Jakobs, Feindstrafrecht, S. 297.

¹²² S. auch Bung, Zurechnen-Können, S. 320 f.

mehr oder weniger präsumierbar, und dies seinerseits zeugt eben nur davon, daß das „Feindstrafrecht“ gegen keine genuin soziale Sichtweise durchsetzbar ist. Nicht zuletzt ergibt sich daraus, daß das Subjekt der monotropen Kriminalität und dasjenige der aus einer „allgemein antisozialen Haltung“ resultierenden polytropen Kriminalität entsprechend etwa als kein „Partialfeind“ und kein „Totalfeind“¹²³ erfaßbar sind.

Der gefährliche Täter, dem die neben der Strafe angeordnete Sicherungsverwahrung gilt, ist weder das „rechtlose“ noch das „gefährliche Individuum“, wie dies „feindstrafrechtlich“ zu „konstatieren“ versucht wird, was heißt, geht es einerseits um das Subjekt der Rechtsbeziehung, das nicht auf die „schicksalhafte“ Einsicht des Staates und seiner Organe angewiesen wird, sondern seine Rechte geltend macht (schon der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach § 62 StGB ist in demselben Sinn radiziert), so liegen andererseits die Pflichten ebenso wenig außerhalb der Rechtsbeziehung, und zum „feindstrafrechtlichen“ Nominalismus degradiert sie die Sicherungsverwahrung eben keineswegs. Anders formuliert, erst einmal ist der Pflichtenträger, der von Pflichtverletzung(-en) abgehalten wird, also der „potentielle Delinquent“, wohl oder übel kein „Individuum“, da die Pflicht nicht zu seinem Begriff paßt, sondern auf denjenigen der Person hinweist; daß dabei das positive Recht auch nicht an bloßer Abstraktion festhält, sondern daß Pflicht und Delikt, genauer: die Persönlichkeit mit interaktionistisch relevantem Inhalt aufgeladen bleiben, ist ebenso evident: Delinquent der Sicherungsverwahrte, so hat er strafrechtlich zu verantworten.

Der Versuch *Jakobs'*, hier die Personen durch inkompetente Individuen zu ersetzen, läßt sich jedoch aus der Perspektive *seiner* Theorie der Person nicht als inzident hinstellen, vielmehr ist sie nicht wesentlich ergiebiger schon dort, wo es nur noch um Strafe geht. Es handelt

¹²³ *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 293 f.

sich genau genommen um isoliert aus der Norm erschlossene Persönlichkeit, die im Vergleich zum traditionellen, bloß instrumentellen Verständnis von Person zwar einen beachtlichen Vorsprung verkörpert, aber weder die Strafe, die dem „aktuellen Normbrecher“ gilt, noch die daneben dem „potentiellen Normbrecher“ geltende Sicherungsverwahrung kommt in der Welt der ausnahmslos nur „richtig Motivierten“ vor. Man mag lavieren *resp.* den Blick auf die „Umwelt der Gesellschaft“ richten. „Formelle Person“, „unwirkliche Person“¹²⁴, „Unperson“ etc. setzen dabei auf eine oder andere Weise an einer genuin sozial fremden Diskontinuität der Persönlichkeit an. Dementsprechend ist der *Jakobssche* Begriff der Person seinem Wesen nach auf reines Unisono von „normkonformen Weltentwürfen“ zugeschnitten, mit der Dialektik des wirklichen Lebens ist er hingegen wesensmäßig inkompatibel.

Käme es nun gegen den delinquierenden Sicherungsverwahrten nur noch auf die zweite Spur des strafrechtlichen Reaktionssystems an, verhielte es sich mit dem o. e. Aspekt anders. *Hier* ginge es um „Individuen“, nur wäre in solchem Fall nicht nur das Delikt ein zumindest seltsames Konstrukt, sondern keine Sicherungsverwahrung in ihrer Subsidiarität von Anfang an möglich, was also den Ansatzpunkt gerade als krasses Abstraktum enthüllt. Wiederum läßt es sich kaum behaupten, daß die Strafe selbst als einseitig-„kommunikativer“ „Widerspruch“ im (oder auch außerhalb des) Rahmen(-s) der positiven Generalprävention den Inbegriff der Unterscheidung von „Individuum“ und „Person“ darstelle, was aber, beiläufig bemerkt, insofern bzw. beim „Bedeutungsaspekt“ der Strafe nach *Jakobs* etwa der Fall sein sollte¹²⁵.

¹²⁴ *Jakobs*, Norm, 1. Aufl., S. 82 ff, 99 ff; *ders.*, Individuum und Person – Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung, in: ZStW 117 (2005), S. 259 und *passim*.

¹²⁵ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 88.

Beim „*inimicus*“ des „Feindstrafrechts“ handelt es sich also vor allem weder um den Sicherungsverwahrten des Strafrechts, der von Normbrüchen abgehalten wird, noch um den Kriegsgefangenen des Kriegsrechts, der nun davon abzuhalten ist, was er im Krieg als Feind freilich „darf“. Andererseits ist die „Konzession“, es gehe um keinen „anderen“ (etwa als „*hostis*“) ¹²⁶, wo man von „aus der Gesellschaft Exmittierten“ spricht, verlorene Liebesmüh. Wen auch immer das „Feindstrafrecht“ als solchen meinen mag, ist jedenfalls derjenige, den es entwirft, strafrechtlich weder vorhanden noch konstruierbar. Das „feindstrafrechtliche“ Ringen um nahezu Selbstverständliches, daß „Verbrechen bleiben auch dann Verbrechen, wenn sie mit radikalen Absichten und im großen Stil begangen werden“ ¹²⁷, fördert dies allemal zutage. Dem „Feind“ wird die Strafrechtsschuld zugeschrieben ¹²⁸, als Adressat der Strafe kommt er hingegen nicht in Frage. Ein solches „Verbrechenssubjekt“ gäbe es aber nur im Bereich des Fiktiven, denn die strafrechtliche Schuldfähigkeit wird nicht außerhalb der strafrechtlichen Beziehung konzipiert, mehr noch: Schuldfähigkeit von Verantwortungsunfähigen wäre in keinem Fall eine aussichtsreiche Postulierung. Schaut man sich genauer an, worum es kontextuell geht, *resp.* wie sich der „schuldige Feind“ stillschweigend in „schuldige Person“ transformiert, die nun strafrechtlich zu verantworten hat, ist kaum ersichtlich, wieso am überflüssigen Begriff des „Feindes“ dennoch festzuhalten sei.

Dies seinerseits weist in aller Deutlichkeit darauf hin, daß es sich beim Grundsatz der „Mischtypen“ ¹²⁹ weitgehend um einen bloßen Zugzwang handelt. Geht man davon aus, daß gegen den Täter, der „das Leben in einem ‚gemeinschaftlich-gesetzlichen Zustand‘ nicht

¹²⁶ *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 294.

¹²⁷ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 92.

¹²⁸ *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 294.

¹²⁹ *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 293.

mitmacht“, nur noch „*zusätzlich* zur Strafe sichernd zu verfahren ist“¹³⁰, so paßt das kaum zum Wesenskern des „Feindstrafrechts“¹³¹, vielmehr läßt seine Grundannahmen gerade „verblassen“. Sie werden jedoch nicht aufgegeben, es wird dualisiert: Gegen den „Feind“ ist nicht nur „*zusätzlich* zur Strafe“, sondern auch „*vor* der Tat“ sichernd zu verfahren¹³². In dieser letzteren Hinsicht geht es nämlich um strafrechtlich nicht identifizierbare „Gefahren“, wobei es angesichts der polarisierenden „feindstrafrechtlichen“ Relativierungen offen bleibt, welchen gordischen Knoten das „Feindstrafrecht“ durchhauen will, und das Prinzip der Unschuldsvermutung, soweit es bei keiner rein technisch restringierten Gestalt des gegebenen Grundsatzes bleibt, wird eben deutlich unterminiert¹³³. Ebendies beispielhaft gefaßt: Zwischen der Verschließung des eigenen Hauses nachts¹³⁴ und der Hejnenjagd nach potentiellen Dieben verläuft die Grenze, die das rechtsstaatliche vom unrechtsstaatlichen Verständnis von Recht auf Sicherheit trennt.

Doch das „Feindstrafrecht“ erliegt hierbei schon seiner inneren Diskrepanz gänzlich. Wer seine Taten in keinem Maße externalisieren „dürfen“ sollte, also vor jeglicher geschehenen Tat als kein „Bürger“, sondern ausschließlich als „Feind“ zu behandeln wäre, ließe sich nach der geschehenen Tat anhand keiner Leerformel als Verantwortlicher bzw. als „Bürger“, dem per Strafe „widersprochen“ wird, und nur noch daneben als „Feind“ definieren, dem die Sicherungsverwahrung gilt. Das aber ist bereits dem *Jakobsschen* Synallagma von Verhaltensfreiheit und Folgenverantwortung ohne weiteres ablesbar, denn die Folgenverantwortung ist eben nur als Preis für die Verhaltensfrei-

¹³⁰ *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 294.

¹³¹ *S. Jakobs*, Bürgerstrafrecht, S. 90.

¹³² *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 294.

¹³³ *Bielefeldt*, Folterverbot, S. 10.

¹³⁴ *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 292.

heit thematisierbar¹³⁵, und aus derselben Sicht vor allem: *der „rechtlose Pflichtenträger“ als zentrales Spezifikum des „Feindstrafrechts“*¹³⁶ kann also nun einmal ebensowenig theoretisch untermauert werden¹³⁷. Genauer lautet dies, daß die „Unperson“ bzw. der „Feind“ u. a. einen zu künstlichen Begriff darstellt.

¹³⁵ S. *Jakobs*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, Op-laden, 1996, 19 ff.

¹³⁶ S. *Jakobs*, Feindstrafrecht, S. 293.

¹³⁷ Vgl. *Bung*, Zurechnen-Können, S. 320.

VII. Zusammenfassung

In einer freiheitlichen Gesellschaft läßt sich das Recht auf Sicherheit niemals etwa schier instrumentell ins Visier fassen. Wo das „Subjekt“ des „Feindstrafrechts“ das „rechtlose Individuum“ heißt, kann wiederum definitionsgemäß nicht davon die Rede sein, daß das „Feindstrafrecht“ bei der Bekämpfung der „Feinde“ genuin rechtlich bindet. Will es nun hinsichtlich der „Natur“ binden, so rutscht die Unantastbarkeit der Menschenwürde hinweg, und außerdem: mit „Gefahrbekämpfung“ hat hier die Abstellung auf den Begriff der „rechtlichen Unperson“ auch nur *in abstracto* nichts zu tun. Die „Entpersonalisierung“ erfolgt also im „Feindstrafrecht“ nicht nur im Namen der „Sicherheit“, sondern stellt sich bei näherem Hinschauen auch als Selbstzweck heraus.

Unter die Gegenstände des Sachenrechts mischt man den Betreffenden hier wie dort, was heißt, eine exkludierende „Gesellschaft“ führt eben zu keiner *Rechtsordnung*, und nicht zuletzt ist die Unschuldsvermutung ein ausschließlich rechtsstaatlich unverzichtbarer Grundsatz. Mit anderen Worten: *Das „Feindstrafrecht“ widersetzt sich den „prinzipiellen Gegnern“ einer freiheitlichen Gesellschaft im Ergebnis kaum, sondern erweist sich gerade als kontraproduktiv: bringt den Rechtsstaat als Rechtsstaat aus den Fugen, und zwar unnachholbar.* Die „entpersonalisierende“ Welt des (Quasi-)Sozialen ist also keineswegs ein hoffnungsvoller Weltentwurf. Nicht weniger essentiell ist es jedoch, daß in einem Rechtsstaat jede weitere Version des „Feindstrafrechts“ *ex aequo* unpraktizierbar wäre.

