

Kai Ambos, Göttingen

Feindstrafrecht*

Inhaltsübersicht

Einführung

- I. Feind – Annäherung an einen Begriff
 1. Der Feind in der Rechts- und Staatsphilosophie
 2. Der Feind in der politischen Praxis
 3. Zusammenfassung: äusserer und innerer Feind
- II. Der Feindbegriff nach *Jakobs*
 1. Feindbegriff im Wandel
 2. Kritische Würdigung
 - a) Wer ist der Feind?
 - b) Von der Deskription zum politischen Programm
 - c) Folgenlose Strafrechtsdogmatik?
- III. Gegenentwurf: ein Strafrecht für alle Menschen

Einführung

Die Wiederbelebung des Feindstrafrechts durch *Günther Jakobs* hat nicht nur in der deutschsprachigen, sondern vor allem in der spanisch- und portugiesischsprachigen Strafrechtsdiskussion hohe Wellen geschlagen.¹ Wie so oft wurden die Gedanken *Jakobs'* von seinen talentierten Schülern eilends in aller Herren Länder des kontinentaleuropäischen Rechtskreises (des sog. «civil law») getragen. Ich habe mich schon früher kritisch zu den (neueren) Thesen von *Jakobs* geäußert und vor allem die darin liegende Doppeldeutigkeit beklagt, die gerade in rechtsstaatlichen fragilen Systemen leicht zu einer missbräuchlichen Verwendung führen kann.² Ich halte diese Kritik – im Kern in Übereinstimmung mit vielen anderen Autoren³ –

* Ich danke meinem wiss. Mitarbeiter Nils Meyer-Abich für seine wichtige Hilfe bei der Materialsammlung und Abfassung dieses Beitrags. Dr. Peter Rachow (Göttingen) danke ich für krit. Anmerkungen. Die Beiträge von *Jakobs*, ZStW 117 (2005), und *Hörnle*, GA 2006, Heft 2 konnten nicht mehr berücksichtigt werden.

1 Zum italienischen «diritto penale da emergenza» *M. Donini*, ¿Una nueva edad media penal? in: *J. M. Terradillos Basoco/M. Acala Sánchez* (coords.), *Temas de Derecho Penal Económico*, Madrid 2004, 214 f. m.w.N.

2 Vgl. *K. Ambos*, *La Parte General del Derecho Penal Internacional, Bases para una elaboración dogmática*, Montevideo 2005, 58.

3 Vgl. *F. Muñoz Conde*, *El nuevo Derecho penal autoritario*, in: *M. G. Losano/F. Muñoz Conde* (coords.), *El Derecho ante la Globalización y el Terrorismo: «Cedant arma togae»*; *Actas del Coloquio Internacional Humboldt*, Montevideo 2003, Valencia 2004, 161, 170 ff.; i.W. identisch *ders.*, *Las Reformas de la Parte Especial del Derecho Penal Español en el 2003: de la «Tolerancia Cero» al*

nach wie vor für zutreffend, meine jedoch nun, dass man zwischen der Verwendung des Feindstrafrechts als deskriptiv-analytischer Kategorie zur Kritik am expandierenden⁴ nationalen und internationalen Strafrecht und seiner Postulierung und Legitimierung im Sinne eines kriminalpolitischen Programms unterscheiden muss.⁵ Nur Letzteres kann *Jakobs* als dem Protagonisten der gegenwärtigen Diskussion vorgeworfen werden, weshalb ich im Folgenden – nach einer historischen Annäherung an den Feindbegriff (infra I.) – nachzuweisen versuche, dass sich der *jakobssche* Diskurs von blosser Deskription zu kriminalpolitischer Programmatik gewandelt hat (insbesondere II.2.b) und dass darin das eigentlich Anstössige und Gefährliche besteht (II.). Ich stelle dem den – nicht neuen, aber wieder wichtigen – Gegenentwurf eines menschengerechten Strafrechts gegenüber (III.).

I. Feind – Annäherung an einen Begriff

1. Der Feind in der Rechts- und Staatsphilosophie

Aristoteles fordert in seinen Abhandlungen über den besten Staat, dass seine Städte für Friedens- und für Kriegszeiten gewappnet sein müssen. Feinden müsse durch Befestigungsanlagen und eine schwer zugängliche Lage und Bauweise die Einnahme der Stadt verwehrt werden.⁶ Geht es dabei um den äusseren Feind, be-

«Derecho Penal del Enemigo», in: Revista Electrónica de Ciencias Jurídicas (RECJ) 2 (2005) 22 ff.; *ders.*, De nuevo sobre el «derecho penal del enemigo», in: Revista Penal (RP) 16 (2005) 123 ff.; *E. Demetrio Crespo*, Del «Derecho Penal Liberal» al «Derecho Penal del Enemigo», in: Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPC) 14 (2004) 88 ff., 109 (= in: *F. Pérez Álvarez* [Hrsg.], Serta in memoriam Alexandri Baratta, 1027–1054, Salamanca 2004, und in: Nueva doctrina penal (NDP) 2004/A, 47–76); *F. Velásquez V.*, El Funcionalismo Jakobsiano: una perspectiva latinoamericana, RDPC 15 (2005) 215; *A. Aponte*, Krieg und Feindstrafrecht, Überlegungen zum «effizienten» Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien, Baden-Baden 2004, 126 ff. (131, 134 f.); *G. Portilla Contreras*, Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo, in: Jueces para la Democracia (JpD) 49 (2004) 43 ff. = *ders.*, El Derecho Penal y procesal del «enemigo». Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos, in: *López Barja de Quiroga/Zugaldía Espinar* (coords.), Dogmática y Ley Penal, Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, tomo 1, Madrid/Barcelona 2004, 693 ff.; *E. Prieto Navarro*, Ciudadanos y enemigos. Günther Jakobs, de Hegel a Schmitt, in: *S. Bacigalupo/M. Cancio Meliá* (coords.), Derecho penal y política transnacional, Barcelona 2005, 49 (70 ff.); *L. Greco*, Über das so genannte Feindstrafrecht, Manuskript, 2005 (vorgesehen zur Veröffentlichung in *Goldammer's Archiv* [GA] 2006), IX; krit. auch *Jakobs'* Schüler und Übersetzer *M. Cancio Meliá*, Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo, in: Derecho Penal Contemporáneo (DPC) 3 (2003) 39 ff.; *ders.*, Feind«strafrecht»? ZStW 117 (2005) 282 ff.

4 Grdl. *J. M. Silva Sánchez*, La expansión del derecho penal, 2. Aufl., Madrid 2001.

5 Zu *Greco* (Fn. 3), III instruktiver Unterscheidung zwischen einem deskriptiven, denunziatorisch-kritischen und legitimatorisch-affirmativen Begriff des Feindstrafrechts s.u. Fn. 126 und dazugehöriger Text.

6 *Aristoteles*, Politik, Eugen Rolfes (Übersetzung, Anmerkungen, u.a.), Leipzig 1948, 260 ff. Rn. 1330 b–1331 a.

ziehen sich *Aristoteles'* Äusserungen zu den Staatsangehörigen, die sich als «Teile zu dem Ganzen, dem sie angehören», zu verhalten hätten, auf den inneren Feind: Wer nicht in Gemeinschaft leben kann oder ihrer nicht bedarf, ist «kein Glied des Staates und demnach entweder ein Tier oder ein Gott». ⁷ Noch deutlicher verkündet *Zeus* gegenüber *Hermes* im Mythos des Prometheus: «Wer nicht Sitte und Recht sich zu eigen machen kann, den töte man als ein krankes Glied des Staates.» ⁸ *Cicero* hingegen warnt davor, nur Rücksicht auf Mitbürger, nicht aber auf Fremde zu nehmen, denn damit würde die gemeinsame Gesellschaft des Menschengeschlechts aufgehoben und infolgedessen auch «Wohltun, Grosszügigkeit, Güte, Gerechtigkeit». ⁹ Dieses Ideal der gegenseitigen Rücksichtnahme im Hinblick auf Fremde hat freilich Grenzen im Hinblick auf Feinde: «Wenn ein guter Mann den grausamen und unmenschlichen Tyrannen Phalaris, um selbst nicht vor Kälte zu vergehen, der Kleidung berauben könnte, würde er es nicht tun?» ¹⁰ Die Antwort auf diese rhetorische Frage liefert *Cicero* gleich selbst, hält er es doch nicht für tadelnswert, wenn der gesellschaftlich Nützliche denjenigen, «der in keiner Richtung etwas nütze», in seinen Rechten beschränke. ¹¹ Vielmehr sei insoweit Trennung und Exklusion erforderlich:

«Mit Tyrannen nämlich haben wir keine Gesellschaft, vielmehr schärfste Trennung, und es ist nicht gegen die Natur, den zu berauben, (...) den zu töten ehrenhaft ist; und dies ganze verderbenbringende und gottlose Geschlecht muss aus der Gemeinschaft der Menschen ausgeschlossen werden. Denn wie manche Glieder amputiert werden, wenn sie selber das Blut und gleichsam den Lebensodem verlieren und den übrigen Teilen des Körpers schaden, so ist diese Vertiertheit in Menschengestalt und diese Ungeheuerlichkeit eines Untieres aus der gemeinsamen Menschlichkeit des Körpers (...) auszuschneiden.» ¹²

Auch die *Digesten* ¹³ unterscheiden zwischen äusserem und innerem Feind: Feinde sind diejenigen, mit denen wir uns im Krieg befinden; im übrigen Räuber

7 *Aristoteles* (Fn. 6), 5 Rn. 1253 a.

8 *Platon*, Protagoras/Theaitetos, Karl Preisendanz (Übersetzung), Jena 1925, 26.

9 *M. T. Cicero*, Vom rechten Handeln, hrsg. von *K. Hoem*, Zürich 1953, 139 f. § 28 f.: «Denn die menschliche Gesellschaft, deren Grundlage die Einsicht ist, eher selbst körperlich oder seelisch zu leiden, als einen Anderen zum eigenen Vorteil in seinen Rechten zu verkürzen, würde so zerstört.»

10 *Cicero*, Vom rechten Handeln (Fn. 9), 140 § 29.

11 *Cicero*, Vom rechten Handeln (Fn. 9), 140 § 30.

12 *Cicero*, Vom rechten Handeln (Fn. 9), 141 § 32; lat.: *ders.*, De officiis, Libri tres, hrsg. von *H. A. Holden*, Amsterdam 1966, 106 f. § 32: «Etenim ut membra quaedam amputantur, si et ipsa sanguine et tamquam spiritu carere coeperunt, et nocent reliquis partibus corporis, sic ista in figura hominis feritas et inmanitas beluae a communi tamquam humanitate corporis segreganda est.»

13 Zentraler Teil des Corpus Iuris Civilis, Sammlung der Schriften der klassischen Juristen des römischen Rechts, vgl. *U. Wesel*, Geschichte des Rechts, München 1997, 157 f.

und Seeräuber.¹⁴ Feind ist auch, wer in böser Absicht und verräterischem Geist das Vaterland verlässt,¹⁵ nicht aber, mit wem eine Freundschaft, Gastfreundschaft oder eine sonstige freundschaftliche Verbindung besteht.¹⁶

Für *Locke* führt die Gewalt eines Mitglieds der an sich friedlichen, «natürlichen» Gemeinschaft¹⁷ zum Kriegszustand¹⁸, der alle – gesellschaftsvertraglich begründeten – Verpflichtungen aufhebt und jedem Einzelnen das Recht gibt, sich dem Angreifer zu widersetzen.¹⁹ *Locke* differenziert zwischen diesem durch einen Gesetzesbruch ausgelösten begrenzten Kriegszustand und der Rebellion gegen die bestehende Ordnung.²⁰ Während es in diesem Fall darauf ankomme, inwieweit die staatliche Autorität die Rebellion provoziert habe,²¹ sei es im Kriegszustand

«vernünftig und gerecht, dass ich ein Recht habe, etwas zu vernichten, was mir mit Vernichtung droht. Denn da das Grundgesetz der Natur verlangt, dass die Menschheit soweit wie möglich erhalten werden soll, ist die Sicherheit des Unschuldigen vorzuziehen, wenn schon nicht alle erhalten werden können.»

Den Menschen, der einem den Krieg erklärt, dürfe man töten wie ein Raubtier, denn

«solche Menschen sind nicht durch das gemeinsame Gesetz der Vernunft gebunden und kennen keine anderen Regeln als die der rohen Kraft und Gewalt. Sie dürfen deshalb wie Raubtiere behandelt werden, wie jene gefährlichen und schädlichen Geschöpfe, die einen mit Sicherheit vernichten, sobald man in ihre Gewalt fällt.»²²

14 *Pomponius*, Dig. L, 16, 118 (zitiert nach Ausgabe von *T. Mommsen* [Hrsg.], *Corpus Iuris Civilis*, Volumen Primum, Berlin 1928, Rn. 943, 18): «Hostes hi sunt, qui nobis aut quibus nos publice bellum decrevimus: ceteri latrones aut praedores sunt»; vgl. *Ulpianus*, Dig. XLIX, 15, 24 (ebd., Rn. 892, 5); *Gaius*, Dig. L, 16, 234 (ebd., Rn. 954, 28): «Quos nos hostes appellamus, eos veteres perduelles appellabant, per eam adiectionem iudicantes, cum quibus bellum esset.»

15 *Paulus*, Dig. XLIX, 15, 19 (nach *Mommsen* [Fn. 14], Rn. 890, 18): «Qui malo consilio et proditoris animo patriam reliquit, hostium numero habendus est.»

16 *Pomponius*, Dig. XLIX, 15, 5 (nach *Mommsen* [Fn. 14], Rn. 886, 10): «In pace quoque postliminium datum est: nam si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium neque foedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt.»

17 *J. Locke*, Zwei Abhandlungen über die Regierung, hrsg. von *W. Euchner*, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 1995, 260 ff. §§ 95 ff.

18 Den *Locke* (Fn. 17), 211 § 19, ausdrücklich vom (friedlichen) Naturzustand abhebt.

19 *Locke* (Fn. 17), 345 § 232.

20 *Locke* (Fn. 17), 210 f. § 17 f.

21 *Locke* (Fn. 17), 211 § 18.

22 *Locke* (Fn. 17), 209 f. § 16, vgl. auch *ders.*, ebd., 211 § 19, wonach auch die Tötung eines Räubers gerechtfertigt sein könne, da er nicht die Sicherheit gebe, einem das Leben zu belassen; einem Dieb hingegen, darf man «nicht anders schaden, als durch die Anrufung des Gesetzes». An anderer Stelle (ebd., 210 f. § 18) spricht *Locke* auch von der legitimen Tötung eines Diebes, der versucht, sein Opfer «durch Anwendung von Gewalt in seine Macht zu bekommen, um ihm sein Geld (...) wegzunehmen». Das ist nur widerspruchsfrei, wenn man den Diebstahl mit Gewalt zum Raub erklärt.

Geht es hier um das Zusammenleben der Bürger untereinander mit der Folge der Exklusion derjenigen, die den friedlichen Naturzustand verlassen und demzufolge als «Raubtiere» behandelt werden dürfen, bezieht sich *Locke* an anderer Stelle auf die Verletzung der politischen Rechte und das daraus resultierende Widerstandsrechts des Volkes²³ gegen einen gemeinsamen Feind:

«Ob Herrscher oder Untertan, wer es auch immer unternimmt, gewaltsam die Rechte entweder des Fürsten oder des Volkes anzutasten, und den Grund legt zu einem Umsturz der Verfassung und der gesamten Struktur einer *gerechten* Regierung, macht sich des schwersten Verbrechens schuldig, das nach meinem Gefühl ein Mensch überhaupt begehen kann. Er muss all jenes Unheil von Blutvergiessen, Raub und Verwüstung verantworten, die das Zertrümmern einer Regierung über ein Land bringt. Und wer so handelt, ist zu Recht als der gemeinsame *Feind*, als Schädling der Menschheit zu betrachten und entsprechend zu behandeln.»²⁴

In der ebenfalls gesellschaftsvertraglich begründeten Konzeption *Rousseaus* hat der in politischer Gemeinschaft lebende Mensch Pflichten als Untertan und Rechte als Bürger.²⁵ Zum Feind wird, wer nur dem eigenen Macht- und Besitzstreben folgt und dabei die gesellschaftlichen Normen und somit das Wohl der anderen missachtet.²⁶ Ein Bruch des Gesellschaftsvertrags kommt einer Aufgabe der Eigenschaften als moralische Person gleich und stellt einen Verrat am Vaterland dar.

«Indem er dessen Gesetze verletzt, hört er auf, dessen Mitglied zu sein, ja er macht ihm den Krieg. (...) Man lässt den Schuldigen weniger als Staatsbürger denn als *Feind* sterben.»²⁷

Als solcher ist er «keine moralische Person, er ist ein Mensch, und in diesem Fall ist es Kriegsrecht, den Besiegten zu töten».²⁸ Der Bruch des Gesellschaftsvertrags und die daraus resultierende Exklusion des Vertragsbrüchigen als *inneren* Feindes ist zu unterscheiden von der Situation des Krieges zwischen Staaten, in denen sich die Soldaten *a limine* als Feinde gegenüberstehen,²⁹ freilich nur solange der Kriegszu-

23 *Locke* (Fn. 17), 345 ff. §§ 232 ff.

24 *Locke* (Fn. 17), 344 f. § 230 (Herv. K.A.).

25 *J.-J. Rousseau*, Staat und Gesellschaft, «Contrat Social», übersetzt und kommentiert von K. Weigand, München 1959, 30; vgl. *C. Pérez del Valle*, Estudios de filosofía política y del derecho penal, Bogotá 2004, 57.

26 Vgl. *Pérez del Valle* (Fn. 25), 61.

27 *Rousseau* (Fn. 25), 33 (Herv. K.A.).

28 *Rousseau* (Fn. 25), 34; an anderer Stelle (ebd., 14 f.) äussert *Rousseau* sich insoweit kritisch und verneint ein solches Recht; vgl. *R. Brandt*, *Rousseaus Philosophie der Gesellschaft*, Stuttgart-Bad Cannstatt 1973, 87. Ob es sich dabei um einen Appell an das Strafrecht oder um eine grundsätzliche Rechtfertigung der Todesstrafe handelt, ist str., vgl. *Pérez del Valle* (Fn. 25), 58.

29 Laut *Rousseau* (Fn. 25), 14, ist dies die einzige Möglichkeit, wie sich Menschen als Feinde gegenüberstehen können: Weder im Naturzustand noch im Gesellschaftszustand sind sich die Menschen Feinde.

stand andauert: «Sobald sie sie [die Waffen, K.A.] aber niederlegen und sich ergeben, werden sie – da sie nicht mehr länger Feinde oder Werkzeuge der Feinde sind – wiederum Menschen schlechthin.»³⁰ Die gesellschaftsvertraglich begründete Exklusion des «Feindes» wird auch zum politischen Manifest der *Französischen Revolution*:

«Depuis le peuple francais a manifesté sa volonté tout ce qui lui est opposé est hors le souverain; tout ce qui est hors le souverain est ennemi. (...) Entre le peuple et ses ennemis il n' y a plus rien de commun que le glaive.»³¹

Erwähnung verdienen auch *Hobbes* und *Fichte*, die – wie *Locke* und *Rousseau* auf vertragstheoretischer Grundlage – von einem Rückfall in den Naturzustand bei qualifizierten Verbrechen wie Rebellion etc. ausgehen. Infolgedessen erfolge eine Bestrafung nicht als Untertan, sondern als Feind (*Hobbes*)³² bzw. der Täter werde «für eine Sache, für ein Stück Vieh» erklärt und gerate in den Zustand der Vogelfreiheit (*Fichte*), die es jedem – nicht nur dem Staat – erlaube, ihn zu «ergreifen, willkürlich [zu] martern und [zu] töten»³³. Ähnlich kann nach *Kant*³⁴ der Mensch oder das Volk im Naturzustand durch die vermeintliche Gesetzeslosigkeit dieses Zustandes eine Bedrohung darstellen und dementsprechend als Feind behandelt werden.³⁵

Das moderne und juristisch geprägte Verständnis des Begriffs des Feindes ist entscheidend auf *Carl Schmitt* zurückzuführen.³⁶ Der Feind ist für Schmitt eine zentrale Größe, Definitionsmacht und Wesen des Politischen:

«Jeder religiöse, moralische, ökonomische, ethnische oder andere Gegensatz verwandelt sich in einen politischen Gegensatz, wenn er stark genug ist, die Menschen nach Freund und Feind effektiv zu gruppieren.»³⁷

30 *Rousseau* (Fn. 25), 15.

31 Bericht des Comité de salut public, Rapport v. 10. Okt. 1793: Choix de rapports etc., Paris 1818 ff., T. XIII, 119, zitiert nach *E. Friesenhahn*, Der politische Eid, Bonn 1928, 16.

32 *T. Hobbes*, Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates, hrsg. von *I. Fetscher*, Frankfurt a.M. 1984, 242 Kap. 28; *ders.*, Vom Menschen. Vom Bürger, hrsg. von *G. Gawlick*, 2. Aufl., Hamburg 1966, 233 Kap. 14 Abs. 22.

33 *J. G. Fichte*, Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre, Hamburg 1960, 272: «Es lässt sich gar kein Grund aus dem (äusseren) Rechte anführen, warum ihn nicht der erste der beste, dem es einfällt, ergreifen, willkürlich martern und töten sollte; aber auch keiner dafür.»

34 *I. Kant*, Zum ewigen Frieden, hrsg. von *T. Valentiner*, Stuttgart 1971, 24 2. Abschnitt mit Fn.

35 Vgl. zu diesen Autoren auch *G. Jakobs*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht (HRRS) 3/2004, 89 (= Ritsumeikan Law Review 21 [2004] 93–107 und *ders.*, in: *G. Jakobs/M. Cancio Meliá*, Derecho Penal del Enemigo, Madrid 2003, 19–56); *L. Gracia Martín*, Consideraciones Críticas sobre el Actual Denominado «Derecho Penal del Enemigo», in: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) 07-02 (2005) 13 ff., <http://criminet.ugr.es/recpc>.

36 Zu seiner Bedeutung für die NS-Ideologie krit. *B. Rüthers*, Entartetes Recht, Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich, München 1994, 101–180 m.w.N.

37 *C. Schmitt*, Der Begriff des Politischen, Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien, Berlin 1963, 26 ff., 37.

Der Feind ist kein allgemeiner oder privater Gegner im Sinne eines Konkurrenten oder Antagonisten, er ist nur der öffentliche Feind: «Hostis is est cum quo publice bellum habemus.»³⁸ Er ist «in einem besonders intensiven Sinn existenziell etwas anderes und Fremdes»; mit ihm sind Konflikte möglich, «die weder durch eine im voraus getroffene generelle Normierung noch durch den Spruch eines «unbeteiligten» und daher «unparteiischen» Dritten entschieden werden können»³⁹. Während sich mit dem privaten «Feind» ein Frieden schliessen lässt,⁴⁰ ist die Antwort auf den öffentlichen Feind letztlich immer Krieg. Feind und Kampf sind dabei keinesfalls Begriffe einer rein geistigen Diskussion oder eines symbolischen Ringens:

«Die Begriffe Freund, Feind und Kampf erhalten ihren realen Sinn dadurch, dass sie insbesondere auf die reale Möglichkeit der physischen Tötung Bezug haben und behalten. Der Krieg folgt aus der Feindschaft, denn diese ist seinsmässige Negierung eines anderen Seins. Krieg ist nur die äusserste Realisierung der Feindschaft.»⁴¹

Krieg muss dabei als reale Möglichkeit bestehen, «solange der Begriff des Feindes seinen Sinn hat»,⁴² denn auch der «Krieg hat seinen Sinn nicht darin, dass er für Ideale oder Rechtsnormen, sondern darin, dass er gegen einen wirklichen Feind geführt wird».⁴³ Einen «Feind der Menschheit» im Sinne Lockes kann es im System Schmitts nicht geben, denn «Menschheit» und Freund-/Feindgruppierung schliessen sich gegenseitig aus;⁴⁴ der Begriff der Menschheit impliziere einen Zustand, in dem die «Unterscheidung von Freund und Feind auch der blossen Eventualität nach» aufhört.⁴⁵ Wer im konkreten Fall als Feind anzusehen ist, wird zumindest in kritischen Situationen – ganz dezisionistisch – durch den Staat⁴⁶ bzw. im

38 *E. Forcellini*, Lexicon Totius Latinitatis, Band III, 1865, 320 u. 511, das Vollzitat – von *Schmitt*, Begriff (Fn. 37), 29 Fn. 5, zitiert – lautet: «Hostis is est cum quo publice bellum habemus (...) in quo ab inimico differt, qui est is, quocum habemus privata odia. Distingui etiam sic possunt, ut inimicus sit qui nos odit; hostis qui oppugnat.»

39 *Schmitt*, Begriff (Fn. 37), 27.

40 *Schmitt*, Begriff (Fn. 37), 30.

41 *Schmitt*, Begriff (Fn. 37), 33.

42 *Schmitt*, Begriff (Fn. 37), 33.

43 *Schmitt*, Begriff (Fn. 37), 50 f.; erst durch den Krieg gewinnt der Feind als Kriegsgegner einen Status und damit die Chance auf einen Friedensschluss oder eine Amnestie, ebd., 11, 46 ff.; vgl. auch *C. Schmitt*, Theorie des Partisanen, Berlin 1963, 87 (Kriegserklärung als «Feind-Erklärung»), 91 («[...] Unterscheidung der Feindschaft, die dem Kriege seinen Sinn und Charakter gibt»). Vgl. auch die Differenzierung von *Rousseau* (Fn. 25), 14 f.

44 *Schmitt*, Begriff (Fn. 37), 54 f. und 56: «Die Menschheit (...) ist (...) ein System von Beziehungen zwischen einzelnen Menschen, das erst dann wirklich vorhanden ist, wenn die reale Möglichkeit des Kampfes ausgeschlossen und jede Freund- und Feindgruppierung unmöglich geworden ist.»

45 *Schmitt*, Begriff (Fn. 37), 54 f.: In diesem Sinne sei der Begriff der Menschheit ein «ideologisches Instrument»; wer ihn benutzt, will betrügen.

46 *Schmitt*, Begriff (Fn. 37), 46 f.

Staat durch den Inhaber der tatsächlichen Entscheidungsgewalt, den Souverän bzw. die «legale Regierung», bestimmt.⁴⁷

2. Der Feind in der politischen Praxis

In der praktischen Politik dient die Qualifizierung des politischen Gegners als «Feind» bis heute zur Rechtfertigung aller möglichen Arten von Repressionsmassnahmen von wirtschaftlichen Sanktionen bis hin zum inneren oder äusseren Krieg.⁴⁸

Im Spanien unter *Franco* wurde als Feind bezeichnet, wer öffentlich Opposition gegenüber dem frankistischen Staat verlautbaren liess oder demokratische Grundrechte einforderte.⁴⁹ Argentinische Militärs bezeichneten in den Jahren der Diktatur – auf der Grundlage der Doktrin nationaler Sicherheit⁵⁰ – die «Ideologen, die an unseren Universitäten die Seele unserer Jugendlichen vergiften» als Feinde⁵¹ und drohten, dass «die Feinde der Seele Argentiniens zerstört werden»⁵². *Jean Kambanda*, u.a. wegen Genozids verurteilter ehemaliger Regierungschef Ruandas, lobte die Arbeit eines zur Verfolgung und Tötung von Angehörigen der Tutsi und moderater Hutu aufrufenden Radiosenders als «unentbehrliche Waffe im Kampf gegen den Feind»⁵³. In den Konflikten im und um den *Nahen Osten* ist der Begriff Legion. Die Hamas stigmatisiert den «zionistischen Feind»⁵⁴, Palästinenserpräsident Abbas bezeichnete «Israel»⁵⁵ und

47 Vgl. C. Schmitt, Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, München/Leipzig 1934, 11, 20; Schmitt, Partisanen (Fn. 43), 87.

48 Vgl. auch Muñoz Conde, Reformas (Fn. 3), 17 ff.; Demetrio Crespo (Fn. 3), 90; Gracia Martín (Fn. 35), 3 f.

49 Muñoz Conde, in: Losano/Muñoz Conde (Fn. 3), 175; ders., Reformas (Fn. 3), 30.

50 Deren theoretische Begründung liefert, jedenfalls ansatzweise, Schmitt, Partisanen (Fn. 43), 30, 40 ff., 85 f. u. passim, wenn er den Partisanen als irregulären und illegitimen Kämpfer, als «Träger der absoluten Feindschaft» (91), der nur auf «Partisanenart» bekämpft werden könne (83), charakterisiert.

51 Coronel Juan Carlos Moreno, zitiert nach J. R. Serrano-Piedecasas, El delito de genocidio. Especial referencia al «caso Pinochet», in: J. L. Díez Ripollés et al. (Hrsg.), La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo, Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Madrid 2002, 1508: «Son enemigos (...) los ideólogos que envenenan en nuestras universidades el alma de nuestros jóvenes.»

52 General Luciano Menéndez, zitiert nach Serrano-Piedecasas (Fn. 51), 1508: «Los enemigos del alma argentina serán destruidos.» Vgl. auch Velásquez (Fn. 3), 211, der auf die «rechte» Politik der Säuberung des lateinamerikanischen Kontinents von «Feinden» Bezug nimmt.

53 Prosecutor v. Kambanda, Judgement and sentence 4.9.1998 (ICTR-97-23-S), para. 39 (vii).

54 Scheich Ahmad Yassin (am 22.3.2004 getöteter Führer von Hamas), Interview vom 1. Juli 2003, <http://www.rebellion.org/palestina/030710mhuammad.htm>.

55 Mahmoud Abbas, USA TODAY, 1.4.2005, <http://www.usatoday.com/news/world/2005-01-04-abbas-x.htm?csp=34>.

Ariel Sharon den ehem. Palästinenserpräsidenten «Arafat»⁵⁶ als Feind. Aufständische im Irak werden in US-amerikanischen Medien als «enemy force»⁵⁷, Bush von diesen als «enemy of Islam, an enemy of Allah, an enemy of Muslims» bezichtigt.⁵⁸ *Bush* selbst hat den Begriff des Feindes seit dem 11. September 2001 zum Kampfbegriff hochstilisiert: «We are the target of enemies who boast they want to kill: kill all Americans, kill all Jews and kill all Christians.»⁵⁹ In einer Rede zur Nation drei Tage vor Beginn des Irak-Krieges beschwört Bush die möglichen Folgen einer Fortsetzung der Beschwichtigungspolitik als eine «destruction never before seen on this earth» und rechtfertigt auf diese Weise den Präventivschlag: Dem «evil man» bzw. «such enemies» darf nicht der Erstschatz überlassen werden.⁶⁰ Der von der Bush-Regierung eingeführte «unrechtmässige Kämpfer» («unlawful combatant») steht rechtlos zwischen dem humanitär-völkerrechtlichen Kombattanten und dem gewöhnlichen Kriminellen.⁶¹ Im Zuge dieser Rhetorik hat sich auch das Terrorismusstrafrecht immer mehr zum Feindstrafrecht entwickelt.⁶² Ein Beispiel für die Benutzung des Feindbegriffs in der innenpolitischen Auseinandersetzung lieferte jüngst ein deutscher Gewerkschaftsführer, als er bestimmte Unternehmen als «Feinde» bezeichnet, die es zu «vernichten» gelte.⁶³

Das Völkerrecht kennt die anachronistische Feindstaatenklausel des Art. 107 UN-Satzung,⁶⁴ die sich gegen die Achsenmächte des 2. Weltkriegs richtet, heute aber

56 Ariel Sharon, CNN World, 29.3.2002, <http://archives.cnn.com/2002/WORLD/meast/03/28/mideast/>.

57 Washington Times, 17.7.2003, <http://washingtontimes.com/national/20030717-121015-6169r.htm>.

58 Abdel Aziz al-Rantissi, (am 17.4.2004 getöteter Führer von Hamas), BBC News, 28.3.2004, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle-east/3576563.stm>.

59 Wahlkampfrede, Atlanta/Georgia, 8.11.2001, «the only possible response is to confront it and to defeat it. This new enemy seeks to destroy our freedom and impose its views. We value life; the terrorists ruthlessly destroy it», CNN.com, 8.11.2001, <http://archives.cnn.com/2001/US/11/08/rec.bush.transcript/>.

60 Bush, Rede zur Nation, CNN World, 17.3.2003, <http://www.cnn.com/2003/WORLD/meast/03/17/sprj.irq.bush.transcript/>. Vgl. auch Bushs Rede vom 6.10.2005, <http://www.cnn.com/2005/PO-LITICS/10/06/bush.transcript/>: «Against such enemy there is only one effective response: We will never back down, never give in and never accept anything less than complete victory.»

61 Zur Rechtslage instruktiv das Gutachten der Europ. Kommission für Demokratie und Recht (Venedig-Kommission), abgedruckt in EuGRZ 2004, 343 ff.

62 Vgl. K. Ambos, Terrorismusbekämpfung seit dem 11. September, in Politische Vierteljahrschrift (PVS) Sonderheft 2006 (im Erscheinen); rechtsvergleichend zu Spanien, Frankreich, Italien, England und USA G. Portilla Contreras, FS Bacigalupo (Fn. 3), 708 ff.; zu Spanien Cancio Meliá, delitos de terrorismo (Fn. 3), 43 ff.

63 So der Vorsitzende der IG-Bau Wiesehügel, 5.10.2005, <http://www.n-tv.de/587492.html>.

64 «Massnahmen, welche die [...] Regierungen als Folge des zweiten Weltkriegs in bezug auf einen Staat ergreifen oder genehmigen, der während dieses Krieges Feind eines Unterzeichnerstaates dieser Charta war, werden durch diese Charta weder ausser Kraft gesetzt noch untersagt» (Herv. K.A.). Vgl. auch die Bezugnahme in Art. 53 UNS: «(...) ausgenommen sind Massnahmen gegen einen Feindstaat im Sinne des Abs. 2». Art. 53 Abs. 2 definiert als Feindstaat «jeden Staat, der während des zweiten Weltkriegs Feind eines Unterzeichners dieser Charta war».

praktisch ohne Bedeutung ist.⁶⁵ Aus (völker)strafrechtlicher Sicht viel wichtiger ist die überkommene Lehre vom *hostis humani generis*, die vor allem auf Cicero zurückgeht und als Wegbereiter der weltweiten Verfolgung bestimmter völkerrechtlicher Verbrechen aufgrund des sog. Weltrechtsgrundsatzes angesehen werden kann.⁶⁶ Würden zunächst Piraten in diesem Sinne als Feinde der Menschheit – «*pirata hostes humani generis*» – bezeichnet und somit ihre Verfolgung durch jeden Staat ermöglicht, so wird der Begriff heute auf alle Täter völkerrechtlicher Verbrechen (*delicta iuris gentium*) bezogen.⁶⁷

3. Zusammenfassung: äusserer und innerer Feind

Nach diesem historischen *tour d'horizon* liegt es nahe, zwischen dem «äusseren» und «inneren» Feind zu unterscheiden. Der «äussere» Feind bedroht das Eigene von ausserhalb der eigenen Gesellschaft. Er tritt besonders im klassischen Krieg zwischen vorstaatlichen Gebilden und Staaten auf. Feind ist hier der Gegner im Krieg, dem aufgrund seines Status gewisse Rechte *konzediert* und mit dem sogar Friedens- und Amnestievereinbarungen abgeschlossen werden. Die «Feindschaftserklärung», also die Darstellung und Kenntlichmachung des Feindes, ergibt sich aus der Kriegssituation: Der mit mir in der kriegerischen Auseinandersetzung befindliche Mensch ist mein Feind. Endet jedoch die Kriegssituation, können aus Feinden Freunde oder zumindest Partner in politischen Allianzen werden.⁶⁸ Der äussere Feind kann eben auch (*etwas*) *Recht* haben; jedenfalls hat er bestimmte – heute humanitär-völkerrechtlich abgesicherte⁶⁹ – *Mindestrechte* auf eine *menschliche* Behandlung, er verliert diese Rechte nicht, er wird nicht rechtlos.

Ganz anders steht es mit dem *inneren Feind*. Er ist «Abweichler» in seiner eigenen Gesellschaft. Innerer Feind ist, wer seine Existenz als Individuum nicht an eine Gemeinschaft binden und sich nicht in diese integrieren will, wer sich nicht an die herrschenden gesellschaftlichen Grundwerte halten kann oder will. Der klassi-

65 Für eine Abschaffung etwa UN-Generalsekretär *Kofi Annan*, zitiert nach *B. Fassbender*, UN-Reform und kollektive Sicherheit, Der Bericht des «UN High-level Panel on Threats, Challenges and Change» vom Dezember 2004 und die Empfehlungen des UN-Generalsekretärs vom März 2005, Berlin 2005, <http://www.boell.de/downloads/global/GIP17-UN-Reform-Sicherheit.pdf>, 29: «It is high time to eliminate the anachronistic «enemy» clauses (...).»

66 *F. Neubacher*, Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit, Politische Ideen- und Dogmengeschichte, kriminalwissenschaftliche Legitimation, strafrechtliche Perspektiven, Tübingen 2005, 111 m.w.N.

67 Vgl. *K. Ambos*, Vor §§ 3–7, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, §§ 1–51 StGB, München 2003, Rn. 47 ff. m.w.N.

68 Das erkennt auch *Schmitt*, Partisanen (Fn. 43), 16: Friedensschluss als selbstverständliches Ende des Krieges.

69 Vgl. <http://www.icrc.org>.

sche Krieg zwischen Staaten wird zum «inneren Krieg» zwischen entfesselten Menschen oder Menschengruppen, die, vergleichbar Tieren im Naturzustand oder zumindest losgelöst von den herrschenden Werten, den Bestand der Gesellschaft bzw. das friedliche Zusammenleben gefährden.⁷⁰ Aber wer *genau* ist der innere Feind? Wann liegt ein Abweichen von den Grundwerten einer bestimmten Gesellschaft vor, die eine Exklusion der Abweichler rechtfertigt? Muss sich das abweichende Verhalten extern manifestieren? Die Philosophie konkretisiert die Antworten auf diese Fragen nicht. Der Bedrohungsaspekt steht im Vordergrund:⁷¹ Die Ablehnung des anderen, der die eigene Existenz und Identität bedroht, ist konstitutives Kriterium für den Feind. Feind ist also, wer mich in geistig-kultureller oder physisch-realer Hinsicht in Frage stellen kann bzw. von dem ich befürchte, dass er dies kann.⁷² Der – so bestimmte – innere Feind kann *nie Recht* haben.

Der *hostis humani generis* kann sowohl äusserer als auch innerer Feind sein. Tatsächlich kommt es darauf nicht an. Völkerrechtliche Verbrechen können im Krieg – genauer: bewaffneten Konflikt – ebenso wie im Frieden begangen werden. Feinde der Menschheit gibt es demnach immer und so lange, als solche Verbrechen begangen werden. Der *hostis humani generis* unterscheidet sich jedoch durch seinen Bezug auf völkerrechtliche Verbrechen vom blossen Begriff des inneren Feindes, der Tatbezug garantiert immerhin eine relative Bestimmtheit.

Kann also dem Begriff des äusseren Feindes eine gewisse Legitimität nicht abgesprochen werden, dient der des inneren Feindes alleine der Diskreditierung des Gegners und der Rechtfertigung der eigenen, rigorosen Vorgehensweise, ohne selbst eine materiale Begründung für die Exklusion des Anderen zu liefern. *Dieser* Feindbegriff ist konturenlos. Das wird insbesondere bei *Schmitt* deutlich, der einerseits mit der Vorstellung vom wertfreien Staat als neutraler Maschine jegliche Frage nach den Gründen eines Konflikts ausklammert und andererseits den Krieg als notwendige und einzige Folge der Feindschaft postuliert und damit alternativen Lösungsmöglichkeiten *a limine* die Grundlage entzieht.⁷³ Die Konturenlosigkeit geht einher

70 Vgl. auch *J. S. Hohmann*, «Ihr Charakter ist ein Inbegriff von Schlechtigkeit und Leichtsinne», Zur Geschichte von Feindbildern in Deutschland, Berlin 1995, 40; *Brandt* (Fn. 28), 87 m.w.N.

71 Nach *Kant* (Fn. 34), 24 2. Abschnitt mit Fn., bedroht der Mensch «im blossen Naturzustand» schon durch seinen gesetzlosen Zustand die Sicherheit, weshalb es legitim sei, ihn in einen «gemeinschaftlich-gesetzlichen Zustand» zu zwingen oder ihn aus der «Nachbarschaft» zu vertreiben, ihn «als einen Feind behandeln».

72 *C. Schmitt*, *Ex captivitate salus: Erfahrungen der Zeit 1945/47*, Köln 1950, 88.

73 *Schmitt*, Begriff (Fn. 37), 33: «Der Krieg folgt aus der Feindschaft, denn diese ist seinsmässige Negierung eines anderen Seins. Krieg ist nur die äusserste Realisierung der Feindschaft.» Die Möglichkeit des Krieges muss bestehen, «solange der Begriff des Feindes seinen Sinn hat». Wenn nach *Schmitt* die Feindschaft das Wesen des Politischen ist, eine Feindschaft aber nur vom Krieg her zu verstehen ist, so wird der Krieg zum Wesen des Politischen, vgl. *H. Lauffer*, Das Kriterium politischen Handelns, München 1962, 156 Fn. 69.

mit Übertreibung: Die Übergrösse der scheinbaren Bedrohung bei gleichzeitiger Negierung guter Eigenschaften verzerrt die Wirklichkeit und lässt die Auseinandersetzung unausweichlich werden. Mit dem (inneren) Feind kann es keine Gemeinsamkeiten geben, er stellt eine Bedrohung für die eigene Existenz dar und steht insofern immer ausserhalb der eigenen – individuellen oder kollektiven – Identität. Feind ist dabei niemals ein belang- oder harmloser Begriff: Ihm ist eine Bedrohung immanent, die nach Klärung oder Abwendung verlangt. Da eine Kommunikation mit dem Feind nicht mehr stattfindet, verbleibt einzig die militärische Auseinandersetzung: Krieg. Vielfach wird der Feind, den es zu vernichten gilt, durch seine Bezeichnung als solche – ganz im Sinne des labeling approach⁷⁴ – erst geschaffen (im wahrsten Sinne des Wortes «auf den Begriff gebracht»⁷⁵).

II. Der Feindbegriff nach Jakobs

1. Feindbegriff im Wandel

Noch im Jahre 1985 – auf der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt am Main – benutzte *Jakobs* den Begriff des Feindstrafrechts als Topos zur deskriptiv-kritischen Analyse des geltenden deutschen Strafrechts.⁷⁶ Dieses enthalte Regelungen, die den Straftäter zu einer blossen «Gefahrenquelle», zu einem «Feind des Rechtsguts» machten⁷⁷ und ihm damit seine Privatsphäre und den Status als *Bürger* überhaupt nähmen. Denn dringt der Staat in die Privatsphäre, die «interne bürgerliche Sphäre», ein, so «endet die Privatheit und damit die Subjektstellung des Bürgers; ohne seinen Privatbereich ist ein Bürger überhaupt nicht vorhanden».⁷⁸ Der Adressat sog. feindstrafrechtlicher Regelungen – welche durch eine Vorverlagerung des strafrechtlichen Eingriffs, eine Bekämpfung- statt Strafrechtsgesetzgebung und den Abbau prozessualer Garantien gekennzeichnet seien⁷⁹ – wird zum Feind, dem

74 Nach dem «labeling approach» sind das Verbrechen und der Verbrecher Ergebnisse einer sozialen Definition, d.h., sie werden im Wege gesellschaftlicher Zuschreibung geschaffen, vgl. *H. J. Schneider*, *Kriminologie*, Berlin/New York 1987, 551.

75 *Laufer* (Fn. 73), 150 ff., spricht diesbezüglich von der Unterscheidung zwischen Feinderkenntnis und -bestimmung.

76 *G. Jakobs*, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung* (Referat auf der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt a.M. im Mai 1985), *ZStW* 97 (1985) 753; vgl. auch *ders.*, *Strafrecht*. Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre: Lehrbuch, 2. Aufl., Berlin 1991, 2/25c.

77 *Jakobs*, *Kriminalisierung* (Fn. 76), 753.

78 *Jakobs*, *Kriminalisierung* (Fn. 76), 755.

79 *G. Jakobs*, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart* (Kommentar), in: *A. Eser/W. Hassemer/B. Burkhardt* (Hrsg.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München 2000,

der Status eines Bürgers nicht zukommt;⁸⁰ die «Entprivatisierung» ermögliche den Zugriff auf etwas «anderes Internes», nämlich den tatbestandlichen Planungszusammenhang, in dem das Verhalten steht.⁸¹ So genieße das Bürgerprivileg etwa nicht, «wer mit einer Person komplottiert, die ihrerseits gegenüber dem hiesigen Staat kein Recht auf Privatheit hat, etwa mit dem Vertreter einer ausländischen Macht».⁸² Kurzum: Das Bürgerstrafrecht sei mit feindstrafrechtlichen Regelungen durchsetzt und in dieser *Kontamination* des «reinen» Bürgerstrafrechts liege die eigentliche Gefahr des Feindstrafrechts.⁸³

Die rein deskriptiv-analytische Ebene hat *Jakobs* später, insbesondere mit seiner Rede auf der von *Eser*, *Hassemer* und *Burkhardt* im Jahre 1999 organisierten Berliner Tagung zur «Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende», verlassen.⁸⁴ Nun spricht *Jakobs* von «Bekämpfungsgesetzen»,⁸⁵ mit denen Individuen bekämpft werden,

«die sich in ihrer Haltung (Sexualdelikte), ihrem Erwerbsleben (Wirtschafts-, Rauschgift- und sonst organisierte Kriminalität) oder durch Einbindung in eine kriminelle Organisation (Terrorismus, organisierte Kriminalität) vermutlich dauerhaft, zumindest aber mit einem Nachdruck vom Recht abgewandt haben, mit anderen Worten, welche die kognitive Mindestgarantie nicht leisten, die zur Behandlung als Rechtsperson nun einmal unabdingbar ist»⁸⁶.

51 f. In concreto gehören dazu laut *Jakobs* (Kriminalisierung [Fn. 76], 757; *ders.*, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt*, 51; *ders.*, *Feindstrafrecht* [Fn. 35], 93) insbesondere alle Vorschriften, die Vorbereitungverhalten im Privatbereich kriminalisieren (§§ 30, 129, 129a StGB) sowie Urkundsdelikte in den Varianten des Herstellens und Verschaffens (§ 267 StGB), weiter §§ 30 I, Nr. 1, 31 I, Nr. 1 BtMG, §§ 211 I, 49 I Nr. 1 StGB, §§ 31 ff. EGGVG, sowie §§ 112, 112 a, 81 a, 100a, 100c, 110 StPO.

80 *Jakobs*, *Kriminalisierung* (Fn. 76), 756, 761.

81 *Jakobs*, *Kriminalisierung* (Fn. 76), 773.

82 *Jakobs*, *Kriminalisierung* (Fn. 76), 776, unter Bezugnahme auf §§ 98, 99 StGB.

83 Vgl. *Jakobs*, *Kriminalisierung* (Fn. 76), 757, 784; auch *ders.*, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck* in: *Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge 390*, Paderborn 2004, 45 f.; *ders.*, *Feindstrafrecht* (Fn. 35), 93 f. Vgl. auch *J. L. Diez Ripollés*, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, RECPC 07-01 (2005) 24, <http://criminolnet.ugr.es/recpc>.

84 *Jakobs*' Kenner *Cancio Meliá*, *Feind«strafrecht»* (Fn. 3), 277 mit Fn. 32, sieht eine Entwicklung in drei Schüben: 1985/1991, 1999/2000 und 2003/2004. *Portilla Contreras*, *Fundamentos* (Fn. 3), 44 spricht von einem «cambio cualitativo»; *C. Prittitz*, *Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del derecho penal?*, in: *S. Mir Puig/M. Corcoy Bidasolo* (Hrsg.), *La política criminal en Europa*, 2004, 112 ff. von einem «cambio de sentido». Vgl. auch *Donini* (Fn. 1), 214 mit Fn. 33 («función de legitimación»); *Greco* (Fn. 3), nach Fn. 30 («Ton [...] wesentlich verändert»); *Diez Ripollés*, *sociedad* (Fn. 81), 20.

85 *Jakobs*, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Fn. 79), Fn. 10 ff.: So etwa die Gesetze zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, des Terrorismus, des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität und von Sexualstraftaten und anderen gefährlichen Straftaten.

86 *Jakobs*, *Staatliche Strafe* (Fn. 83), 42 (Herv. K.A.).

Darin ist schon mehr als die bloße Beschreibung feindstrafrechtlicher *lex lata* enthalten, nämlich die Kreation eines Feindbegriffs auf der Grundlage des *jakobschen* Strafzweckverständnisses: Der Feind als 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 insoweit die kognitive Mindestsicherheit personellen Verhaltens nicht garantiert und dieses Defizit durch sein Verhalten demonstriert»⁸⁷.

Erscheine es beim «Delinquenten alltäglicher Art» noch «selbstverständlich», ihn «nicht als gefährliches Individuum, sondern als falsch agierende Person», also eben noch als Person und Bürger, nicht schon als Feind zu behandeln, sei dies beim «Hangtäter oder dem in eine Organisation eingepassten Täter» schon schwieriger.⁸⁸ Als Feind zu behandeln sei jedenfalls ein Terrorist, leugne dieser doch «die Legitimität der Rechtsordnung prinzipiell» und sei «darauf aus (...), diese Ordnung zu zerstören»⁸⁹.

Jakobs definiert den Feind nicht mehr nur mit Blick auf das identifizierte Sonderstrafrecht – gleichsam als Produkt des Gesetzgebers –, sondern löst sich von den konkreten Tatbeständen und abstrahiert: Feind ist die «störende Umwelt» derer, die sich weder in einen bürgerlichen Zustand «zwingen lassen, noch sich separieren»⁹⁰. Ein solches Individuum «kann der Segnungen des Begriffs der Person nicht teilhaftig werden»,⁹¹ denn «wer sich dauernd wie der Satan aufführt, den kann man zumindest insoweit nicht als Rechtsperson behandeln, als es um das Vertrauen geht, er werde seine Pflichten erfüllen».⁹² Vielmehr muss, wenn von einer Orientierung des Straftäters «an Recht und Unrecht ausgegangen werden soll, (...) auch diese normative Erwartung im grossen und ganzen kognitiv unterfangen sein, und zwar um so deutlicher, je gewichtiger die in Rede stehenden Normen sind».⁹³

87 Jakobs, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 52 (Herv. K.A.).

88 Jakobs, Feindstrafrecht (Fn. 35), 92.

89 Jakobs, Feindstrafrecht (Fn. 35), 92.

90 Jakobs, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 53. An anderer Stelle (*ders.*, Prólogo, in: *Jakobs/Cancio Meliá* [Fn. 35], 14) formuliert Jakobs noch entschiedener: «hay que separarse de quien no admite ser incluido bajo una constitución civil».

91 Jakobs, Feindstrafrecht (Fn. 35), 92.

92 Jakobs, Staatliche Strafe (Fn. 83), 41.

93 Jakobs, Feindstrafrecht (Fn. 35), 91.

2. Kritische Würdigung

a) Wer ist der Feind?

Wurde schon früher die in der Begrifflichkeit liegende Abgrenzungsunsicherheit kritisiert,⁹⁴ verschwimmt die Abgrenzung zwischen Person/Bürger und Feind vollends, wenn sich die Argumentation von den konkreten Tatbeständen als einzigem fassbarem Kriterium löst und der Feind abstrakt definiert wird. Ein «Feind» wird nicht mehr nur – gleichsam reaktiv – im Lichte der gesetzgeberischen Anordnung bestimmt, sondern davon losgelöst aufgrund der «feindlichen» Einstellung gegenüber der Staatsordnung und – möglicherweise – aufgrund der Entschlossenheit, sich den Werten dieser Ordnung dauerhaft zu widersetzen (organisierte Kriminalität) bzw. aufgrund der vermuteten Unfähigkeit, sich zukünftig wertekonform zu verhalten (Hangtäter). Hangtäter und organisierte Kriminelle sind danach «potenzielle» und Terroristen «sichere» Feinde (ungeachtet der Schwierigkeit einer verbindlichen Definition des Terroristen⁹⁵ und der schon erwähnten bekannten Praxis, jeden unliebsamen Opponenten als solchen zu bezeichnen⁹⁶). Aus prozessualer Sicht stellt sich die Frage, nach welchen Verfahrensregeln die «Feindidentifizierung» erfolgen soll. Eigentlich gibt es nur zwei Möglichkeiten: Entweder wird nach den Regeln des Bürgerstrafrechts vorgegangen und versucht, in einem rechtsstaatlichen Verfahren – Unschuldsvermutung! – die Spreu (die Feinde) vom Weizen (den Bürgern) zu trennen. Damit würde freilich das Bürgerstrafrecht auch auf Feinde angewendet und somit der feindstrafrechtliche Diskurs desavouiert. Aus feindstrafrechtlicher Sicht konsequenter ist es deshalb, den Feindstatus abstrakt zuzuschreiben, was freilich – ganz im Sinne einer *petitio principii* – bedeuten würde, dass vorausgesetzt wird (der Status bestimmter Menschen als «Feinde»), was erst noch zu beweisen wäre.⁹⁷

94 Vgl. bereits 1985 die Kritik von Puppe, Schmidhäuser, Lampe, Hirsch und Köhler, wiedergegeben von W. Groppe, Tagungsbericht. Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1985 in Frankfurt a.M., ZStW 97 (1985) 920 ff, 924, 926. Krit. auch H. Schüler-Springorum, Kriminalpolitik für Menschen, Frankfurt a.M. 1991, 240; Muñoz Conde, in: Losano/Muñoz Conde (Fn. 3), 174; Portilla Contreras, Fundamentos (Fn. 3), 45 mit Fn. 17. Zur ähnlichen Kritik an Schmitt, Laufer (Fn. 73), 138, 150, 153: Dem Fremden werde nicht klar, wann jemand Feind sei. Schmitt umgehe die Frage, warum und wie ein Mensch oder eine Menschengruppe das Dasein eines anderen Menschen oder einer Menschengruppe negiere. – Einen guten Überblick über den Meinungsstand gibt Greco (Fn. 3), II.

95 Vgl. G. Martin, Understanding Terrorism, Challenges, Perspectives, and Issues, Thousand Oaks, London/New Delhi 2003, 9, 35 f., 116: «One Person's Terrorist is Another Person's Freedom Fighter.» Zur völkerrechtlichen Seite näher Ambos, Terrorismusbekämpfung (Fn. 62).

96 Vgl. etwa die Aussage des argentinischen Generals Videla, der auch den Gesinnungstäter zum Terroristen macht: «el terrorista no solo es considerado por matar con un arma o colocar una bomba, sino también por activarlas a través de ideas contrarias a nuestra civilización occidental y cristiana» (zit. nach Serrano-Piedecabras [Fn. 51], 1508).

97 Vgl. zu diesem «callejón sin salida» auch Gracia Martín (Fn. 35), 2–28 f. Die «Zirkularität einer von sprachlichen Einfällen lebenden «aperçuhaften» Strafrechtsdogmatik» kritisierte insoweit schon B. Schünemann, Die deutsche Rechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende, GA 2001, 211.

Jakobs selbst konzediert, dass die Frage nach der Grenzziehung zwischen Bürger und Feind «je nach Vorverständnis verschieden beantwortet werden kann»⁹⁸. Er räumt ein, dass Bürger und Feind nur zwei «Idealtypen» darstellen, «die sich kaum je rein verwirklicht finden»⁹⁹. Dementsprechend könne es «nicht darum gehen, zwei isolierte Strafrechtssphären gegenüberzustellen, sondern zwei Pole einer Welt zu beschreiben oder zwei gegenläufige Tendenzen in einem Zusammenhang des Strafrechts aufzuzeigen»¹⁰⁰. Und er warnt: «Wer zwischen Feind und bürgerlichem Verbrecher nicht sauber differenziert, sollte sich nicht wundern, wenn ihm die Begriffe «Krieg» und «Strafverfahren» durcheinandergeraten.»¹⁰¹

Trotz der beschriebenen Unsicherheiten bleibt die Bürger-Feind-Klassifizierung Grundlage der *jakobsschen* Argumentation.¹⁰² *Jakobs* geht es gerade nicht um das Bild der widerstrebenden Kräfte innerhalb eines *Menschen* (eines Bürgers oder einer Person), sondern um zwei getrennte Regelungswerke, die sich je nach Verhalten an Bürger – als Bürgerstrafrecht – oder an Feinde – als Feindstrafrecht – richten. Auch die Strafe richtet sich je nach Funktion an unterschiedliche Adressaten: In ihrer bestätigenden Wirkung an Personen als sog. «rechtlich gesonnene Kommunikationsteilnehmer», zur Abschreckung und Einübung in Rechtstreue aber an denjenigen, «der nicht per se rechtlich gesonnen ist»¹⁰³. So wird der Eindruck erweckt, es gebe Menschen, die sich grundsätzlich rechtlich oder eben widerrechtlich verhalten. Nicht die Tat (Tatstrafrecht), sondern die Tütereigenschaften (*Täterstrafrecht*)¹⁰⁴ entscheiden über die Zugehörigkeit zur Gruppe der Feinde. Es wird das Bild eines Menschen – als Bürger oder Feind – entworfen, den es in dieser Absolutheit nicht gibt; der Bürger-Feind-Gegensatz postuliert – ähnlich wie schon der *schmittsche* Freund-Feind-Gegensatz (supra I.1.)¹⁰⁵ – den Feind seinem Wesen nach und beruft sich dabei auf die Wirklichkeit:

«Ob man es aber für verwerflich hält oder nicht und vielleicht einen atavistischen Rest barbarischer Zeiten darin findet, dass die Völker sich immer noch wirklich nach Freund und Feind gruppieren, oder hofft, die Unterscheidung werde eines Tages von

der Erde verschwinden, ob es vielleicht gut und richtig ist, aus erzieherischen Gründen zu fingieren, dass es überhaupt keine Feinde mehr gibt, alles das kommt hier nicht in Betracht. Hier handelt es sich nicht um Fiktionen und Normativitäten, sondern um die seinsmässige Wirklichkeit und die reale Möglichkeit dieser Unterscheidung.»¹⁰⁶

Auf der Ebene praktischer Politik führt die Bürger/Feind-Gruppierung zu zusätzlichem Druck gerade auf die gesellschaftlichen Gruppen, die ohnehin mit ihrer Marginalisierung zu kämpfen haben, beispielsweise Migranten, Jugendliche und Angehörige von Subkulturen, die in den gesellschaftlich wahrgenommenen Reziprozitätsverhältnissen nur bedingt vorkommen.¹⁰⁷ Wenn *Jakobs* darüber hinaus die Gefahr «extreme[r] Pluralität»¹⁰⁸ und die «Sprengkraft so genannter Multikulturalität»¹⁰⁹ heraufbeschwört, so richten sich seine Äusserungen vor allem gegen den *Anderen aus einer fremden Kultur*. Wenn die Strafe die Identität der Leitkultur bestätigen soll – ungeachtet der multikulturellen Realität der modernen Industriegesellschaften, die eine homogene kulturelle Basis für das Strafrecht eigentlich ausschliesst¹¹⁰ –, so kann der in seinen eigenen kulturellen Zusammenhängen verbleibende Migrant nicht die notwendige kognitive Sicherheit bieten, um sich seiner Rechtstreue gewiss zu sein.¹¹¹

106 *Schmitt*, Begriff (Fn. 37), 28 f.

107 Vgl. *M. Bock*, Kriminalität der Mächtigen, Kritische Anfragen an ein in die Jahre gekommenes Konzept und Seitenblicke auf jüngere Verwandte, in: *G. Kaiser/J.-M. Jehle* (Hrsg.), *Kriminologische Opferforschung: Neue Perspektiven und Erkenntnisse*, Teilband I, Freiburg 1994, 180 ff.; vgl. *Aponte* (Fn. 3), 135; *E. R. Zaffaroni*, El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos, in: *En Torno de la Cuestión penal*, Colección: Maestros del Derecho Penal Nr. 18, Montevideo/Buenos Aires 2005, 156.

108 Diese Pluralität verdünne laut *G. Jakobs*, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und «alteuropäischem» Prinzipiendenken, Oder: Verabschiedung des «alteuropäischen» Strafrechts? *ZStW* 107 (1995) 868 «die personale Gleichheit», was zu einem nur noch «instrumentalen Auskommen» führe, indem «man sich gegenseitig zur Natur wird»; dabei ist zu beachten, dass *Jakobs*, Feindstrafrecht (Fn. 35), 92, den Naturzustand als rechtlosen Zustand der fehlenden kognitiven Sicherheit beschreibt: «Der Naturzustand ist eben ein Zustand der Normlosigkeit, also exzessiver Freiheit wie exzessiven Kampfes. Wer den Krieg gewinnt, bestimmt, was Norm ist, und wer verliert, hat sich dieser Bestimmung zu beugen.» Ferner *ders.*, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Fn. 79), 52: Feinde würden zunehmen, da die Gesellschaft die Stütze der staatskonformen Religion, die Institution der Familie und das Bewusstsein einer gemeinsamen Nationalität verloren habe, wodurch die Möglichkeit, sich eine Identität am Recht vorbei aufzubauen, zunehme.

109 Als harmlose Multifolklorismen einer Kultur oder als gefährliches Nebeneinanderleben mehrerer Kulturen, *Jakobs*, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Fn. 79), 52.

110 Vgl. auch, *M. Martínez Sánchez*, La Necesidad de Pena en el Derecho Penal Alemán (Strafbedürfnis), Consagración y aplicación en Colombia. Críticas a la teoría de la Imputación Objetiva: entrevista al profesor *Jakobs*, Bogotá 2002, 33; siehe auch *Aponte* (Fn. 3), 135: Bürger, wer sich der «Leitkultur» anschliesst?

111 Vgl. *Zaffaroni* (Fn. 107), 156, der insofern von den Ausgeschlossenen einer globalisierten Welt, nämlich Migranten, Arbeitslosen u.a., spricht.

98 Zitiert nach *Gropp* (Fn. 94), 928.

99 *Jakobs*, Feindstrafrecht (Fn. 35), 88, 90.

100 *Jakobs*, Feindstrafrecht (Fn. 35), 88.

101 *Jakobs*, Staatliche Strafe (Fn. 83), 46, siehe dazu, auch *Cancio Meliá*, Feind«strafrecht» (Fn. 3), 288: «entweder Kriegshandlungen i.e.S. oder Straftaten, tertium non datur».

102 *Z.B. Jakobs*, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Fn. 79), 50; *ders.*, Staatliche Strafe (Fn. 83), 42 f.; *ders.*, Feindstrafrecht (Fn. 35), 88 f., 93.

103 *Jakobs*, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Fn. 79), 50; vgl. Fn. 127.

104 In diesem Sinne auch *Gracia Martín* (Fn. 35), 22; *Cancio Meliá*, Feind«strafrecht» (Fn. 3), 281, 284, 286 f., 289; *Demetrio Crespo* (Fn. 3), 90; *R. Hefendehl*, Organisierte Kriminalität als Begründung für ein Feind- oder Täterstrafrecht? *StV* 2005, 157; *Díez Ripollés*, sociedad (Fn. 81), 21; vgl. auch *Puppe*, zitiert nach *Gropp* (Fn. 94), 920.

105 Krit. zur Ähnlichkeit auch *L. Schulz*, Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, *ZStW* 112 (2001) 659 f.; *Greco* (Fn. 3), nach Fn. 95.

b) *Von der Deskription zum politischen Programm*

Jakobs führt an (und das unterscheidet ihn von *Carl Schmitt*¹¹²), dass seine Ausführungen deskriptiv zu verstehen seien, und zwar zu «95%»¹¹³ bzw. «98%».¹¹⁴ Er sei lediglich der Überbringer der schlechten Nachricht, der aufgrund ihrer Unpässlichkeit gescholten werde.¹¹⁵ Doch *Jakobs* ist nur insoweit deskriptiv, als er Vorschriften der *lex lata* zum Gegenstand seiner Analyse macht; schon deren Charakterisierung als Feindstrafrecht setzt eine Wertung voraus, denn der Begriff des «Feindes» ist ein normativer Begriff *par excellence*.¹¹⁶ Die durchaus nachvollziehbare «Kontaminationsthese»¹¹⁷ muss das Bürgerstrafrecht – das rechtsstaatliche Strafrecht – gerade wegen der normativen Aufladung des Feindbegriffs zu teuer bezahlen. Denn die Definition des Feindes kann nicht so genau gelingen (supra a), dass der rechtsstaatliche Schaden nicht noch grösser wird, als er mit der (feindstrafrechtlich kontaminierten) *lex lata* ohnehin schon ist. Die mangelnde Präzision des Feindbegriffs ist denn auch das durchschlagende Argument gegen seine analytische Leistungsfähigkeit.¹¹⁸

Der qualitative Sprung von der Deskription zur Programmatik lässt sich an vielen Äusserungen der jüngeren Zeit festmachen und gipfelt in der Postulierung einer «Feindbehandlung», die *Jakobs* für angemessen hält:¹¹⁹ Es sei – umgekehrt – geradezu «unlauter, die Selbstverständlichkeit des Bürgerstrafrechts dadurch zu missbrauchen, dass Feinde zu Bürgern erklärt werden».¹²⁰ Vielmehr bestehe «zu einem Feindstrafrecht keine heute ersichtliche Alternative».¹²¹ Es ist nämlich «sehr wohl zu fragen», ob dem Staat in der Terrorismusbekämpfung nicht eine unangemessene Bindung auferlegt werde, und man könne das, «was man gegen Terroristen tun muss, wenn man nicht untergehen will», nicht «anders nennen» als «eben Feindstrafrecht, gebändigten Krieg».¹²² *Last but not least*:

112 Was bei diesem empirisch und deskriptiv klingt (etwa bei *Schmitt*, Begriff [Fn. 37], Zitat bei Fn. 106 im Haupttext), muss in den programmatischen Zusammenhang (o. Fn. 36 ff. und Text) gestellt werden und ist auch so gemeint.

113 So auf der Strafrechtslehrrerntagung in Frankfurt/Oder im Mai 2005 (vgl. Tagungsbericht von *Heger*, ZStW 117 (2005), 865, 886, wo allerdings die Prozentangabe nicht erwähnt wird).

114 *Jakobs* auf dem 29. Strafverteidigertag in Aachen, zitiert nach *D. Sauer*, Das Strafrecht und die Feinde der offenen Gesellschaft, NJW 24/2005, 1704.

115 *Jakobs*, in: *Jakobs/Cancio Meliá* (Fn. 35), 15: «se mata al mensajero que trae una mala noticia por lo indecoroso de su mensaje».

116 Vgl. auch *Greco* (Fn. 3), nach Fn. 102; *Prittwitz*, in: *Mir Puig/Corcoy Bidasolo* (Fn. 84), 114.

117 Vgl. schon o. Fn. 83 und Text.

118 Krit. auch *Greco* (Fn. 3), nach Fn. 108.

119 *Jakobs*, Staatliche Strafe (Fn. 83), 46: «Was bei Hochverrätern, Terroristen oder sonstigen prinzipiellen Gegnern der Rechtsordnung angemessen sein mag» (ihre Behandlung als Feinde, K.A.).

120 *Jakobs*, Staatliche Strafe (Fn. 83), 47.

121 *Jakobs*, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Fn. 79), 53.

122 *Jakobs*, Feindstrafrecht (Fn. 35), 92; dabei ist zu beachten, dass «gebändigter Krieg» eine Konsequenz einer Ansicht ist, die, wie *Jakobs*, von einem kriegerischen Naturzustand ausgeht, der durch einen Gesellschaftsvertrag gebündigt wird.

«Es geht um die Herstellung erträglicher Umweltbedingungen dadurch, dass alle diejenigen (...) kaltgestellt werden, die nicht die kognitive Mindestgarantie bieten, die nötig ist, um sie praktisch aktuell als Personen behandeln zu können. Gewiss wird das Verfahren zur Behandlung der feindlichen Individuen rechtlich geregelt, aber es handelt sich dabei um die rechtliche Regelung einer Exklusion: Feinde sind aktuell Unpersonen. Auf den Begriff gebracht ist Feindstrafrecht also Krieg, dessen Gehegtheit oder Totalität (auch) davon abhängt, was vom Feind alles befürchtet wird. Das klingt anstössig und ist es auch, da es von der Unmöglichkeit umfassender Rechtlichkeit handelt.»¹²³

Aufgabe der Strafrechtswissenschaft sei es in diesem Zusammenhang, «die Regeln des Feindstrafrechts zu identifizieren ...»¹²⁴, «das, was unter dem Namen des Strafrechts läuft, zu scheiden, also die Ergänzung des Strafrechts durch ein Feindbekämpfungsrecht zur Sprache zu bringen». Sonst werde die Strafrechtswissenschaft «von der wirtschaftlich dominierten Gesellschaft mangels Effektivität marginalisiert werden»¹²⁵. Das alles ist *das kriminalpolitische Programm eines Feindstrafrechts* und die Forderung an die Strafrechtswissenschaft, dieses Programm aktiv mitzugestalten. Es ist der Schritt von einem deskriptiven und denunziatorisch-kritischen zu einem *legitimatorisch-affirmativen Begriff* des Feindstrafrechts.¹²⁶

Mit der Überzeichnung der Gefährlichkeit des «Feindes» und der durch ihn drohenden Gefahr nimmt auch die rechtliche *Entpersonalisierung* zu.¹²⁷ Denn die Reaktion auf den Feind hängt vor allem auch davon ab, «was von ihm befürchtet wird»¹²⁸. Zugleich scheint die Bedrohung mit der Überzeichnung auch real mehr Gewicht zu erhalten, denn in der Anwendung des Feindstrafrechts liegt die Anerkennung der Fähigkeit des Täters, die Normgeltung fundamental – nicht nur geringfügig – in Frage zu stellen.¹²⁹ Dies wiederum legitimiert die eigene Aufrüstung und feindstrafrechtliche Reaktion.¹³⁰ Die Grenze zwischen wirklicher und bloss behaupteter Gefahr verschwimmt, die Wahrnehmung der Gefahr wird feindstrafrechtlich deter-

123 *Jakobs*, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Fn. 79), 53.

124 *Jakobs*, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Fn. 79), 53.

125 *Jakobs*, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Fn. 79), 53 f.

126 Vgl. zu dieser Terminologie *Greco* (Fn. 3), III, der selbst (nach Fn. 77) dazu neigt, die Verwendung bei *Jakobs* als legitimatorisch-affirmativ zu bezeichnen. – Der hier beschriebene qualitative Sprung wird auch unter *Jakobs'* Schülern anerkannt, lediglich der genaue Zeitpunkt ist umstritten. So lässt für *Cancio Meliá*, Feind«strafrecht» (Fn. 3), 278 mit Fn. 34, «die Weiterentwicklung der Thesen *Jakobs'* in jüngster Zeit [sog. «dritter Schub», o. Fn. 84] (...) keinen Zweifel darüber mehr zu, dass er über die Beschreibung hinaus ein Feindstrafrecht unter bestimmten Umständen für legitimierbar hält». *Prieto Navarro*, Ciudadanos (Fn. 3), 53 u. passim sieht darin ein «desarrollo lógicamente necesario» der *jakobs'schen* Lehre.

127 *Jakobs*, Staatliche Strafe (Fn. 83), 44.

128 *Jakobs*, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Fn. 79), 53.

129 Vgl. *Cancio Meliá*, Feind«strafrecht» (Fn. 3), 286; *Schulz* (Fn. 103), 663 f.

130 Vgl. *Zaffaroni* (Fn. 107), 163 f.: «Bewaffnung» («armamentismo») des Diskurses: Feind wird zur Rechtfertigung der eigenen Bewaffnung hochstilisiert.

miniert, die Gefahr herbeigeredet, ohne dass der feindstrafrechtliche Diskurs eine Stütze in der Realität finden würde.¹³¹ Der wie auch immer gebändigte Krieg als Reaktion auf diese fiktive Wirklichkeit scheint so unabdingbar zu werden. Die Freiheiten der Bürger, die das Feindstrafrecht zu bewahren vorgibt, bleiben davon nicht unberührt; auch sie werden nicht (nur) geschützt, sondern (auch) abgebaut.

Jakobs argumentiert *intrasystematisch* – auf der Basis des luhmannschen Konzepts der Person als physisch-psychisches Subsystem¹³² – und auf der Basis eines *extremen Normativismus*, der die Realität bis in die Wortwahl hinein krass überzeichnet.¹³³ So soll es etwa bei der Wiederholungsgefahr in § 112a StPO «um die Sicherung einer Gefahrenquelle, wie bei einem wilden Tier, nicht aber um den Umgang mit einer Person» gehen.¹³⁴ Doch selbst wenn man mit *Jakobs* an das gefährliche und unkontrollierte Tier im Menschen glaubt, so setzt die Behandlung dieses Menschen als Feind nachgerade voraus, dass er nicht mehr Mensch, sondern nur noch Tier – eine «Unperson» eben – ist und *als solche(s)* keine rechtliche Behandlung verdient. Dieser Konsequenz aber kann aus der Sicht eines menschengerechten Strafrechts, wie es auch hier vertreten wird (infra III.), nicht gefolgt werden: Eine Massnahme im Recht gilt immer dem Menschen, dessen Würde ist kein normatives Konstrukt, sondern folgt aus der menschlichen Existenz an sich.¹³⁵

c) *Folgenlose Strafrechtsdogmatik?*

Auf der schon erwähnten Berliner Tagung zur Zukunft der Strafrechtswissenschaft hat *Björn Burkhardt* als «folgenlose Dogmatik» alle rechtsdogmatischen Sätze, Theorien und Systeme bezeichnet, die weder praxisrelevant noch anwendbar sind, die sich weder auf den Schuld- noch den Strafausspruch auswirken oder die durch die Praxis (Gesetzgebung, Rechtsanwendung) neutralisiert oder konterka-

riert werden.¹³⁶ Ferner sei Dogmatik auch dann folgenlos, «wenn sie keine adäquate Resonanz findet.»¹³⁷ Legt man diesen Massstab hier zugrunde, so wird man die unmittelbare Praxisrelevanz des Feindstrafrechts – über die bloße Beschreibung der *lex lata* hinaus – zwar bezweifeln können, doch drängt sich seine «Resonanz» in der wissenschaftlichen und kriminalpolitischen Diskussion geradezu auf.¹³⁸ Die programmatischen Thesen von *Jakobs* haben *Eser* schon unmittelbar auf der Berliner Tagung zu einer Stellungnahme herausgefordert, auf die sogleich noch einzugehen sein wird. Sie haben sich wie ein Lauffeuer in der spanisch- und portugiesischsprachigen Strafrechtswelt verbreitet, sodass heute – vor allem in Lateinamerika – die Diskussion um das Feindstrafrecht den gleichen Rang einnimmt wie grundlegende Fragen der Verbrechenslehre und des Strafrechtssystems.¹³⁹ Auch wenn es sich dabei um ein vergängliches Phänomen handeln mag, so enthält der programmatische Charakter der *jakobsschen* Thesen (supra b) doch ein kriminalpolitisches Potenzial, das – unabhängig, wie man inhaltlich dazu stehen mag – durchaus praktische Konsequenzen haben kann, sei es auf legislativer oder judikativer Ebene.

Diese möglichen Konsequenzen auch und gerade in Lateinamerika¹⁴⁰ oder Regionen mit ähnlich fragilen rechtsstaatlichen Strukturen geben nun freilich zu Bedenken Anlass. Wenn man mit *Eser* von der Pflicht des Wissenschaftlers ausgeht, die etwaigen Folgen seiner Theorien zu bedenken,¹⁴¹ so wird man *Jakobs* eine Ver-

131 Zur mangelnden empirischen Basis auch *Prittowitz*, in: *Mir Puig/Corcoy Bidasolo* (Fn. 84), 116, 118, 119.

132 Vgl. *Jakobs*, Strafrecht (Fn. 106), 843 ff., 851 ff., 859, 874 mit Fn. 70; *N. Luhmann*, Die Wissenschaft der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1990, 33 f.; *ders.*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, 124 ff., 225. Grdl. und krit. *Prieto Navarro*, Ciudadanos (Fn. 3), 54 ff.

133 Vgl. auch *Cancio Meliá*, Feind«strafrecht» (Fn. 3), 280 f.; krit. auch *H. Prantl*, Diabolische Potenz – ein neues fatales Denken: Das Feindstrafrecht von *Jakobs*, Süddeutsche Zeitung vom 5./6. März 2005, 17: Formulierungen, die «zum ersten Mal seit 60 Jahren wieder in Deutschland zu hören sind»; *Sauer* (Fn. 114), 1705: «geistiger Brandstifter».

134 *Jakobs*, Staatliche Strafe (Fn. 83), 41; vgl. auch *H. H. Lesch*, «Hörfalle» und kein Ende – Zur Verwertbarkeit von selbstbelastenden Angaben des Beschuldigten in der Untersuchungshaft, GA 2000, 363, demzufolge eine den Nemo-tenetur-Grundsatz überdehnde und das Verantwortungsprinzip durchbrechende «subjektivistische Gesinnungsethik» die Gefahr birgt, «die Qualität des Beschuldigten als Person [zu] zerstören und ihn stattdessen auf die Stufe einer tiergleich-keatürlichen Existenz herab[zu]setzen».

135 Vgl. *Gracia Martín* (Fn. 35), 34 ff.

136 *B. Burkhardt*, Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik (Hauptreferat), in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Fn. 79), 111 (127 f.). Dagegen sieht *B. Schünemann*, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der Deutschen Strafrechtswissenschaft, GA 1995, 203, 221 ff., in der – begrifflich von ihm geprägten – «folgenlosen Dogmatik» den einen Block einer aus zwei Blöcken bestehenden «deutschen Strafrechtswissenschaft», «deren Ursache entweder in einem Eklektizismus oder in einem Traditionalismus liegt und auf deren Boden neuerdings sogar eine als Wissenschaft nur verkleidete Interessenpolitik anzutreffen ist» (203).

137 *Burkhardt* (Fn. 136), 128.

138 Anders freilich *Schünemann*, Rechtswissenschaft (Fn. 97), 211 f., der die Kategorie des Feindstrafrechts mitsamt der sie tragenden «zirkulären» Strafrechtsdogmatik (o. Fn. 97) nun auch der folgenlosen Dogmatik zurechnen will, wobei er diese freilich anders als *Burkhardt* versteht (vgl. Fn. 136).

139 Fast vergleichbar mit dem Interesse an der objektiven Zurechnungslehre, die in den 90er-Jahren des vergangenen Jahrhunderts – auch vermittelt über die deutsche und spanische Strafrechtswissenschaft – in Lateinamerika Einzug gehalten hat, kommt man heute nicht um eine Stellungnahme zum Feindstrafrecht herum. Es bildet sogar eine eigene Unterrichtseinheit («modulo») in einigen Postgraduiertenkursen.

140 *Velásquez* (Fn. 3), 215, der seine Kritik in den Zusammenhang mit einer allgemeinen Kritik am *jakobsschen* Funktionalismus stellt.

141 *A. Eser*, Schlussbetrachtungen, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Fn. 79), 443: «eine Theorie nicht eher in die Welt zu setzen, als sie auch praktisch zu handhaben ist». Ebd., 445: «Rechtstheoretische Systeme zu entwerfen, mögen sie auch in sich noch so schlüssig sein, ist das eine, daraus ableitbare Folgen zu bedenken, ist das andere – und das im Rahmen wissenschaftlicher Verantwortung nicht weniger gewichtige.»

letzung dieser Pflicht – einen «Mangel an Folgebewusstsein»¹⁴² – vorwerfen müssen, scheint es ihm doch alleine auf die innere Schlüssigkeit seines Systems, unabhängig von etwaigen Folgen, anzukommen. Überhaupt nimmt *Jakobs* Kritik, die in nicht juristischen Kategorien daherkommt, nicht ernst: Angst sei keine «juristische Kategorie»¹⁴³, und wenn seine Diagnose Angst mache, dann deshalb, weil die Welt einem manchmal Angst machen könne.¹⁴⁴ *Jakobs* argumentiert alleine in abstrakten juristischen Kategorien und ignoriert die reale Wirkung, die diese Kategorien auf Kolleginnen und Bürgerinnen haben können. *Jakobs* sieht sich nicht in der Tradition *Carl Schmitts* (und schon gar nicht «als Zulieferer autoritärer Persönlichkeiten»),¹⁴⁵ doch wenn er sich für «sein» Feindstrafrecht auf *Hobbes* beruft,¹⁴⁶ so trifft er sich mit *Schmitt*, der *Hobbes* als «klassische[n] Vertreter des ... dezisionistischen Typus» gesehen und aus dessen Betonung der staatlichen Autorität zulasten der Wahrheit («auctoritas, non veritas facit legem») seine These des Vorrangs des Staates gegenüber dem Recht abgeleitet hat.¹⁴⁷ «Ist dieser Zustand [der Ausnahmezustand, K.A.] eingetreten, so ist klar, dass der Staat bestehen bleibt, während das Recht zurück-

142 *Eser*, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Fn. 141), 445 mit Fn. 3.

143 Vgl. *Eser*, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Fn. 141), 445 mit Fn. 3.

144 *Jakobs*, in: *Jakobs/Cancio Meliá* (Fn. 35), 15.

145 Vgl. den bei *Muñoz Conde*, *De nuevo sobre* (Fn. 3), 124 mit Fn. 9, abgedruckten Brief von *Jakobs* an *Muñoz Conde*, wobei auch hier – wie schon beim Konflikt zwischen *Velásquez* und *Jakobs* im Rahmen einer Konferenz in der Universidad Externado de Colombia, Bogotá, im Oktober 2004, bei der *Jakobs* empört den Saal verlassen hat (so wird es von zahlreichen Anwesenden kolportiert, vgl. auch *Muñoz Conde*, *De nuevo sobre* [Fn. 3], 125 mit Fn. 11; in der veröffentlichten Fassung des Vortrags von *Velásquez* [Fn. 3], 197, wird der Vorgang nicht berichtet) – die wissenschaftliche Auseinandersetzung auf eine wenig fruchtbare persönliche Ebene gehoben wird, was nicht zuletzt auch auf sprachliche Missverständnisse seitens *Jakobs* zurückzuführen sein dürfte.

146 *Jakobs*, *Feindstrafrecht* (Fn. 35), 89 f. Zu *Hobbes* bei *Jakobs* auch *Prieto Navarro*, *Ciudadanos* (Fn. 3), 62 ff.

147 Vgl. *C. Schmitt*, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, Hamburg 1938, 67 ff. *Schmitt* beruft sich hinsichtlich seiner Auffassung vom Staat und seiner Autoritäten wiederholt auf *Hobbes* (ebd., insb. 66 ff., 131 f.), doch ist die darin liegende Vereinnahmung von *Hobbes* in der *Hobbes*-Exegese umstritten (vgl. *Aponte* [Fn. 3], 96 ff.). Wie dem auch sei, nach *Schmittscher Hobbes*-Interpretation müsse der Staat, gleich einer Maschine, frei werden von politischen Zielen und Überzeugungen und die Wert- und Wahrheitsneutralität eines technischen Instruments erhalten. So begeistert sich *Schmitt* (ebd., 63): «Wie aussichtslos und verworren ist der Streit theologischer, juristischer oder ähnlicher Gegensätze! Wie «sauber» und «exakt» ist dagegen die Maschine! Wie selbstverständlich eine Auffassung, die den Wert des Staates darin findet, dass er eine gute Maschine, ja, die grosse Maschine, die *machina machinarum* ist!» Und weiter S. 69: «Ein derartig technisch-neutraler Staat kann sowohl tolerant wie intolerant sein; er bleibt in beiden Fällen in gleicher Weise neutral. Er hat seinen Wert, seine Wahrheit und seine Gerechtigkeit in seiner technischen Vollkommenheit.» Der Staat sei die Negation des Krieges bzw. des Bürgerkrieges und verhindere den Krieg. Tue er dies nicht, «dann herrscht eben wieder der Naturzustand und es ist überhaupt kein Staat mehr da. (...) Das eine schliesst das andere aus» (ebd., 72).

tritt.»¹⁴⁸ Die Argumentation diene bekanntlich insbesondere den lateinamerikanischen Diktaturen dazu, den *Abbau* des Rechtsstaats mit der Staatsräson, ja dem *Erhalt* des Staats selbst – *welch contradictio in adiecto!* – zu rechtfertigen.¹⁴⁹ Der feindstrafrechtliche Diskurs, wie er von *Schmitt* betrieben wurde, gibt der staatlichen Repression also eine Besorgnis erregende Richtung, nämlich auf die Exklusion ganzer Bevölkerungsgruppen hin;¹⁵⁰ insoweit kann man *Schmitt* als «Vordenker» oder «geistigen Ahnherr» des Feindstrafrechts und somit auch als Vorläufer des *Jakobs*-Diskurses bezeichnen.¹⁵¹ Mindestens wird man *Jakobs* eine «*bendición científica*» feindstrafrechtlicher Kriminalpolitik, scil. des populistischen Diskurses der öffentlichen Sicherheit und Nulltoleranz, vorwerfen können,¹⁵² auch wenn das ganz und gar nicht von ihm gewollt sein mag. Noch weitergehend setzt sich ein legitimatorisch-affirmativer Feindbegriff dem Vorwurf einer Nähe zu NS-Gedankengut aus, wie es in dem Gesetzentwurf zu den «Gemeinschaftsfremden»¹⁵³ und vor allem bei *Edmund Mezger* zum Ausdruck kommt: «Ausmerzung volks- und rasseschädlicher Teile der Bevölkerung»¹⁵⁴ und Schaffung von zwei Strafrechten, eines für die Allgemeinheit und ein anderes für bestimmte Personengruppen, etwa die Hangtäter.¹⁵⁵ Damit soll nichts über die politische Gesinnung von *Jakobs* oder anderen Vertretern eines modernen Feindstrafrechts gesagt werden – *Jakobs* ist aufgrund seines strafrechtlichen Gesamtwerks über jeden Zweifel erhaben! –, doch drängt sich die historische Parallele bei näherer Betrachtung geradezu auf.

Was nun *Lateinamerika* im Besonderen angeht, so ist die Sorglosigkeit, mit der *Jakobs* seine feindstrafrechtlichen Gedanken auch auf die dortige reale Welt niedergehen lässt, erstaunlich, jedenfalls wenn man zu seinen Gunsten davon ausgeht, dass er sich

148 *Schmitt*, *Politische Theologie* (Fn. 47), 18.

149 *Aponte* (Fn. 3), 107. Krit. zur Staatsräson als «einziger Begründung» («único fundamento») des Strafrechts auch *Muñoz Conde*, in: *Losano/Muñoz Conde* (Fn. 3), 173, für den dies die Position des extremen Funktionalismus jakobsscher Prägung ist.

150 Vgl. auch *Muñoz Conde*, *Reformas* (Fn. 3), 25.

151 *Prantl* (Fn. 133), 17; weiter: «Rückabwicklung des Rechtsstaates», «Kulturbruch», «mit einem Vokabular, wie man es in Deutschland seit sechs Jahrzehnten nicht mehr gehört hat». Ebenso *Prieto Navarro*, *Ciudadanos* (Fn. 3), 79 ff. (81: «peligrosamente cercano»).

152 *Prittitz*, in: *Mir Puig/Corcoy Bidasolo* (Fn. 84), 118. Vgl. auch *J. L. Díez Ripollés*, *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, RECPC 06–03 (2004) 24, <http://criminet.ugr.es/recpc>: «defección ... al campo de la ideología de la seguridad ciudadana».

153 Gesetzentwurf vom 17.3.1944, BA R 22/944, Bl. 225 ff., 233 ff.; dazu grdl. *G. Werle*, *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, Berlin/New York 1989, 619–680, insb. 636 ff.; *F. Muñoz Conde*, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, *Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 3. Aufl., Valencia 2002, 206 ff.

154 *E. Mezger*, *Kriminalpolitik und ihre kriminologischen Grundlagen*, 3. Aufl., Stuttgart 1944, 247.

155 Vgl. das Gutachten *Mezgers* für den o. Fn. 153 genannten Gesetzentwurf, abgedruckt in *Muñoz Conde*, *Edmund Mezger* (Fn. 153), 239 ff. Vgl. auch *Muñoz Conde*, in: *Losano/Muñoz Conde* (Fn. 3), 171 f.; *Portilla Contreras*, *Fundamentos* (Fn. 3), 49 mit Fn. 58; *Prieto Navarro*, *Ciudadanos* (Fn. 3), 76.

in seinen zahlreichen Reisen mit den dort herrschenden kriminalpolitischen Verhältnissen vertraut gemacht hat und nicht noch Öl in das Feuer einer ohnehin tendenziell feindstrafrechtlichen Grundstimmung gießen will. Einige spezifische Äußerungen *Jakobs'* lassen freilich Zweifel daran aufkommen, ob er sich des Gewichts seiner Worte bewusst und tatsächlich darum bemüht ist, nicht selbst zum «Zulieferer» autoritärer Kriminalpolitik oder als solcher missbraucht zu werden. So hat *Jakobs* etwa mit Blick auf Kolumbien die Ansicht vertreten, dass es – in der Situation eines solchen «zerrissenen Landes» – «zwingend zur Lage des Feindstrafrechts kommen» müsse.¹⁵⁶ Ist er sich aber der komplexen Zusammenhänge des jahrzehntelangen bewaffneten Konflikts in Kolumbien bewusst? Ist ihm bekannt, dass auch und gerade in Lateinamerika Feindstrafrecht der Sache nach schon immer als Relikt der spanischen und portugiesischen Kolonialherrschaft existiert und dazu gedient hat, soziale, ethnische u.a. Minderheiten und unterdrückte Gesellschaftsgruppen zu kriminalisieren?¹⁵⁷ Wenn nach *Jakobs* bereits die Existenz von «Gruppen mit unterschiedlichen normativen Verständigungen» und dementsprechend «inhomogenen Personenbegriffen» «zwingend» zum Feindstrafrecht führt,¹⁵⁸ so gilt für Lateinamerika dasselbe wie für die multikulturellen Gesellschaften Europas: Die ohnehin schon marginalisierten werden weiter marginalisiert (supra a am Ende). Gegenüber dieser konkreten Kritik schlägt der allgemeine Einwand, dass «jede theoretische Konstruktion missbraucht werden» könne,¹⁵⁹ nichts. Auch der Hinweis, dass der kolumbianische Verfassungsgerichtshof unter Berufung auf den *jakobsschen* Begriff des Feindstrafrechts mehrere Rechtsvorschriften für verfassungswidrig erklärt hat,¹⁶⁰ ändert nichts an den geäußerten Bedenken. Der darin liegende Versuch, dem *Jakobs* des Feindstrafrechts einen *Jakobs* des Minimalstrafrechts gegenüberzustellen und beide gleichsam gegeneinander aufzuwiegen, schafft ja die Probleme des feindstrafrechtlichen Diskurses nicht aus der Welt.¹⁶¹

Freilich bezieht sich die hier geäußerte Kritik in einem grundsätzlicheren Sinne auch auf die *einseitige Ausrichtung der deutschen Strafrechtswissenschaft* als Exportgut in die Länder des kontinentaleuropäischen Rechtskreises und betrifft als solche nicht nur *Jakobs*, sondern auch andere Exponenten der deutschen Strafrechtswissenschaft.¹⁶² Der einseitige Blickwinkel, ausgehend vom deutschen Straf-

156 *Jakobs*, Interview mit *Martínez*, in: *Martínez* (Fn. 110), 28.

157 Vgl. etwa für Kolumbien *Aponte* (Fn. 3), 221 ff., 331 ff. Krit. zum Schaden des Feindstrafrechts für Lateinamerika auch *Prittowitz*, in: *Mir Puig/Corcoy Bidasolo* (Fn. 84), 119.

158 *Jakobs*, in: *Martínez* (Fn. 110), 28.

159 *M. Cancio Meliá*, in: *Jakobs/Cancio Meliá* (Fn. 35), 93 = *Cancio Meliá*, Feind«strafrecht» (Fn. 3), 283.

160 *Cancio Meliá*, in: *Jakobs/Cancio Meliá* (Fn. 35), 93.

161 Vgl. krit. schon *Ambos*, Parte General (Fn. 2), 58.

162 Vgl. schon *K. Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Ansätze einer Dogmatisierung, 2. Aufl., Berlin 2004, 54 ff.; *ders.*, Parte General (Fn. 2), 49 ff. Vgl. auch *F. Muñoz Conde*, Recensiones bibliográficas, RP 16 (2005), 255.

rechtssystem in die weite Welt, macht die Strafrechtsexporteure immun oder doch partiell blind gegenüber Erkenntnissen der Strafrechtssysteme oder -wissenschaften der Empfangsstaaten und vielfach eben auch gegenüber der sozialen Realität dieser Staaten. Die Gründe dafür sind vielfältig. Sie reichen von mangelnder Sprachkompetenz bis zu intellektueller Überheblichkeit der (deutschen) Exporteure und übertriebener Ehrerbietung der (lateinamerikanischen) Importeure. All das rechtfertigt aber die noch immer krass ungleichen Beziehungen zwischen der deutschen und anderen Strafrechtswissenschaften des kontinentaleuropäischen Rechtskreises nicht; vielmehr sollten den ersten Schritten einer Öffnung der deutschen Strafrechtswissenschaft¹⁶³ weitere folgen.

III. Gegenentwurf: Ein Strafrecht für alle Menschen

Es sollte nach den obigen Ausführungen klar sein, dass das *Feindstrafrecht* aus vielen Gründen *abzulehnen* ist.¹⁶⁴ Der Feindbegriff ist unpräzise und normativ belastet. Selbst wenn man ihm in seiner deskriptiv-kritischen Variante (supra II. 1.) eine sinnvolle analytische Funktion zugestehen will, so bleibt es doch bei seiner *mangelnden Operationalisierbarkeit* aufgrund der beschriebenen Abgrenzungsprobleme (supra II. 2. a) und der – gerade in rechtsstaatlich prekären oder überhaupt totalitären Systemen (latent) vorhandenen – *Missbrauchsgefahr* (supra II. 2. c). Überdies wirkt sein polemischer und polarisierender Gehalt kontraproduktiv im Hinblick auf die notwendige kritisch-rationale Diskussion der allerorten zu beobachtenden strafrechtlichen Expansion. Statt einer solchen Diskussion den Weg zu bereiten, provoziert der Begriff einen emotionalen Schlagabtausch, in dem häufig persönliche an die Stelle sachlicher Argumente treten und in dem die Vernunft auf der Strecke bleibt.¹⁶⁵ Der Feindbegriff steht überdies in einer belasteten historischen Kontinuität, und zwar als Kampfbegriff, der immer dann Verwendung fand, wenn die Kommunikation abgebrochen und ein Mensch oder eine Menschengruppe exkludiert bzw. bekriegt werden sollte.

Grundlegender ist: Das Feindstrafrecht beruht auf der Unterscheidung zwischen dem *Menschen* bzw. Individuum als vorrechtlichem Begriff und der *Person* als

163 Die «neue Offenheit» lässt sich an zahlreichen Indizien festmachen, etwa den verstärkten Aktivitäten und Sprachkompetenzen der jüngeren deutschen Strafrechtswissenschaftler oder dem erweiterten (ausländischen) Mitarbeiterkreis von *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* und zunehmenden Veröffentlichungen ausländischer Kollegen/innen.

164 Vgl. auch *L. R. Guillaumondegui*, Los Discursos de Emergencia y la Tendencia hacia un Derecho Penal del Enemigo, <http://www.carlosparma.com.ar/bloomberg.doc>, 2004, 15; *Cancio Meliá*, Feind«strafrecht» (Fn. 3), 280 ff.; *Hefendehl* (Fn. 104), 158; *Greco* (Fn. 3), nach Fn. 121.

165 Vgl. auch *Greco* (Fn. 3), VIII: «Wenn die Vernunft im Strafrecht ihren Platz behalten soll, gibt es in ihm keinen Platz für das Feindstrafrecht.»

normativem Konstrukt strafrechtlicher Zurechnung.¹⁶⁶ Nur wenn man «Person» in diesem Sinne als Adressat strafrechtlicher Normen «normativ» konstruiert – genauer: wenn man die Anwendung von *Bürgerstrafrecht* von der Anerkennung als Person abhängig macht –, bleibt für das blosse Individuum als «Unperson» das Feindstrafrecht übrig.¹⁶⁷ Schon diese Prämisse trennt das Feindstrafrecht von einem – hier vertretenen – am Menschen orientierten und auf der *Menschenwürde* basierenden Strafrecht. Ein Strafrecht, «dessen Gehegtheit oder Totalität (auch) davon abhängt, was vom Feind alles befürchtet wird»¹⁶⁸, das «dem Feind gegenüber (...) nur physischer Zwang, bis hin zum Krieg»¹⁶⁹ ist, und wo «noch nicht ausgemacht [ist], dass es sich [...] als Recht erweist»,¹⁷⁰ ja, bei dem sogar von der «Unmöglichkeit umfassender Rechtlichkeit»¹⁷¹ die Rede ist, kann kein *menschengerechtes* Strafrecht sein. Die Trennung der Menschen in «gut» und «böse», in Bürger und Feinde, ist eine Vereinfachung, die in ihrer Konsequenz mit der Menschenwürde nicht zu vereinbaren ist.¹⁷² Der Kontamination des Bürgerstrafrechts mit feindstrafrechtlichen Regelungen (supra b) durch Schaffung eines gesonderten Feindstrafrechts zu begegnen, hiesse, den Teufel mit dem Beelzebub auszutreiben und diejenigen in die Hölle zu schicken, die zu Feinden abgestempelt werden. Zugleich würde mit der Trennung der mässige Einfluss des Bürger- auf das Feindstrafrecht entfallen. Ein isoliertes Feindstrafrecht garantiert nicht einmal die Rechtsstaatlichkeit des verbleibenden Bürgerstrafrechts (das es ja zu reinigen vorgibt), denn eine Rechtlosigkeit, die sich nur auf vereinzelte Individuen beziehen soll, bleibt «kein Bereich an der Grenze des Staates, sondern durchzieht zwangsläufig das Ganze des Staates und zerstört den Rechtsstaat im Kern»¹⁷³.

Im Ergebnis ist das Feindstrafrecht aus der Sicht eines menschengerechten Strafrechts nicht einmal Recht, nur eine *contradictio in adiecto*,¹⁷⁴ und zwar aus verschiedenen Gründen, die hier noch einmal zusammengefasst werden sollen:

- 166 Vgl. B. Schünemann, Debate en torno a la Conferencia: «La idea de la normativización en la Dogmática Jurídica Penal», del Prof. Jakobs (Coment.), in: H. Moreno (coord.), Problemas capitales del moderno Derecho Penal a principios del siglo XXI, México 2003, 266, wo er die «categoría ontológica del ser humano» und die «categoría normativa de la persona» gegenüberstellt.
- 167 Gracia Martín (Fn. 35), 34, 41 f.
- 168 Jakobs, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 53.
- 169 Jakobs, Feindstrafrecht (Fn. 35), 90.
- 170 Jakobs, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 51.
- 171 Jakobs, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 53.
- 172 Ambos, Allgemeiner Teil (Fn. 162), 60; ders., Parte General (Fn. 2), 55.
- 173 H. Bielefeldt, Das Folterverbot im Rechtsstaat, <http://institut-fuer-menschenrechte.de/437/Bielefeldt-2004-Folterverbot.pdf>, 2004, 10.
- 174 Vgl. Cancio Meliá, Feind«strafrecht» (Fn. 3), 282 ff. (286 mit Fn. 68, 288); ders., Delitos de terrorismo (Fn. 3), 39 ff.; C. Prittowitz, Nachgeholte Prolegomena zu einem künftigen Corpus Juris Criminalis für Europa, ZStW 113 (2001) 795; ders., in: Mir Puig/Corcoy Bidasolo (Fn. 84), 114; Gracia Martín (Fn. 35), 30 (vgl. auch 27, wo er es als Recht nur aus prozeduraler Sicht – «desde el punto de vista del Estado como agente» – betrachtet); Silva Sánchez, expansión (Fn. 4), 166; P. Laurenzo, Recension «Silva S., La expansión de derecho penal, 2nda. ed. 2001», RDPC 12

- Es geht vornehmlich um Aufgaben der *Gefahrenabwehr*, also um präventives Polizei- und Ordnungsrecht, nicht um repressives Strafrecht.¹⁷⁵
- Es führt zu einer Verlagerung von der Tat hin zum Täter, also zu einem *Täterstatt Tatstrafrecht*.¹⁷⁶
- Es kann keine *allgemeine* normstabilisierende Wirkung i.S.d. positiven Generalprävention beanspruchen.¹⁷⁷

Dem ist ein *Strafrecht für alle Menschen* entgegenzusetzen, also eine menschengerechte Strafrechtskonzeption, die vom Einzelnen und seiner unverbrüchlichen *Menschenwürde* ausgeht,¹⁷⁸ ganz im Sinne des auf dieser Menschenwürde beruhenden freien, gleichen und wechselseitigen Anerkennungsverhältnisses *Kants*,¹⁷⁹ der *Selbstzweckhaftigkeit* des Menschen.¹⁸⁰ Ein menschengerechtes Strafrecht sieht den realen Menschen «aus Fleisch und Blut» als Zurechnungsobjekt.¹⁸¹ Es besitzt

(2003) 456; Sauer (Fn. 114), 1704. Krit. auch Greco (Fn. 3), nach Fn. 87. – Selbst Jakobs (nach Groppe [Fn. 94], 930) hegt Zweifel: Ob «Notstandsstrafrecht» noch Recht ist, hängt davon ab, in welchem Masse man es betreibt: Es werde zu einem Feindstrafrecht im vollen Sinne des Wortes, wenn man es radikal anwende. Denn dann gehe der Rechtscharakter verloren, das Recht weiche dem Kampf, dem Krieg. In dieser Situation wäre die Bezeichnung *Feindstrafrecht* ein euphemistischer Ausdruck.

- 175 Zaffaroni (Fn. 107), 158 («administrativización»); Prieto Navarro, Ciudadanos (Fn. 3), 71 («prevención de peligros»); vgl. auch H.-J. Albrecht, Der erweiterte Sicherheitsbegriff und seine Folgen, <http://www.rav.de/infobrief91/albrecht.htm>, 12. Vgl. auch die Einschätzung von J. K. Elsea, Detention of American Citizens as Enemy Combatants, CRS Report for Congress, 2005, <http://www.fas.org/spp/crs/natsec/RL31724.pdf>, 7, dass es sich bei der Festnahme von amerikanischen Bürgern als «enemy combatants» (dazu schon Fn. 61), wie auch allgemein bei Kriegsgefangenen und feindlichen Zivilisten nicht um eine strafrechtliche Massnahme handelt: «detention (...) is administrative rather than punitive, and thus no criminal trial is required».
- 176 Vgl. schon supra II. 2. a) m.w.N. in Fn. 104.
- 177 Cancio Meliá, Feind«strafrecht» (Fn. 3), 284 ff.; auch Zaffaroni (Fn. 107), 154 f., attestiert, dass ein «Feindstrafrecht» in der Realität eher negativ generalpräventive Wirkung zeitigen würde, der auf Dauer nicht nur Freiheit, sondern auch Sicherheit zum Opfer fallen würden.
- 178 Vgl. dazu schon Ambos, Allgemeiner Teil (Fn. 162), 65 ff.; ders., Parte General (Fn. 2), 61 ff. Vgl. auch Gracia Martín (Fn. 35), 34 ff.
- 179 Zur Fruchtbarmachung der kantschen Philosophie für eine weltweit geltende «Philosophie der Menschenrechte» vgl. H. Bielefeldt, Philosophie der Menschenrechte: Grundlagen eines weltweiten Freiheitsethos, Darmstadt 1998, 45 ff. (62 ff.), 158 ff., 202 f.
- 180 Vgl. Greco (Fn. 3), bei Fn. 90 unter Bezugnahme auf Kant. In diesem Sinne auch schon A. Eser, Welches Strafrecht braucht und trägt der Mensch? Einige Gedanken zu vernachlässigten Grundfragen, in: Prittowitz et al. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, Baden-Baden 2002, 196 f., 203; ders., Una justicia penal «a la medida del ser humano» en la época de la europeización y la globalización, in: Universidad nacional de Educación a Distancia (UNED, Hrsg.), Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología, Madrid 2001, 17 f., 31 ff.
- 181 B. Schünemann, La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal, in: UNED (Fn. 180), 655; auch Gracia Martín (Fn. 35), 34 ff. (34, 37, 41 ff. m.w.N. insbesondere zu Pufendorf und Welzel); früher schon W. Hardwig, Die Zurechnung, Ein Zentralproblem des Strafrechts, Hamburg 1957, 118; M. Maiwald, Der «dolus eventualis», Ein Beitrag zur Lehre von der Zurechnung, ZStW 78 (1966) 54.

rechtsstaatliche und verfassungsrechtliche Grundlagen, vor allem die Würde und Freiheit der Persönlichkeit. Nur die Anerkennung der Individualität der Gesellschaftsmitglieder garantiert «ein Korrektiv zur Überprüfung gemeinschaftlich abstrakter Konstruktionen»¹⁸². Nur die «partielle Asozialität des Individuums» gewährleistet die Achtung der verfassungsrechtlich verbürgten Menschenwürde und Humanität: «Humanität als Abweichung und Freiheit gegenüber kollektiven Zwangs- und Wahnvorstellungen, als Schutz von Einzelnen und Minderheiten, als Chance auf Selbstverantwortung durch die Möglichkeit der Selbstbestimmung (...).»¹⁸³ Die Menschenwürde muss also *Ausgangs- und zugleich Fixpunkt* eines jeden Strafrechtssystems sein, nur dann kann der «restlosen ›Entzauberung‹ (Weber) der Welt durch einen formalzweckrationalen Funktionalismus (...) ein ziemlich sperriges und hoffentlich unüberwindliches Hindernis in den Weg» gestellt werden.¹⁸⁴ Kurzum: Die Mitglieder eines auf Menschenwürde beruhenden Strafrechtssystems sind immer Personen mit Bürgerstatus und zwar kraft ihres Menschseins. Das Strafrecht eines solchen Strafrechtssystems kennt keine Feinde, und für die Exklusion irgendwelcher Menschen ist in ihm schon gar kein Platz. Die Strafrechtswissenschaft eines solchen Strafrechtssystems hat nichts mit den «Regeln des Feindstrafrechts» zu schaffen,¹⁸⁵ sondern «durch dogmatische Erforschung und kriminalpolitische Mitgestaltung des Kriminalrechts einen Beitrag für Freiheit in menschengerechter Sicherheit zu leisten».¹⁸⁶ Strafrechtswissenschaft muss in diesem Sinne auch praktische Wissenschaft sein, die sich an den systemexternen Folgen ihrer Thesen und Theorien orientiert.¹⁸⁷

Das alles muss selbstverständlich auch für das expandierende Völkerstrafrecht gelten, handelt es sich dabei doch vorrangig und in erster Linie um Strafrecht, das als solches den gleichen rechtsstaatlichen Grundsätzen wie das nationale Strafrecht zu gehorchen hat.¹⁸⁸ Mehr noch: Es wäre verheerend, wenn die seit der Aufklärung mühsam erkämpften rechtsstaatlichen Errungenschaften eines liberalen Bürgerstrafrechts auf dem Altar eines menschenrechtlichen *Neopunitivismus*, der menschenrechtliche Programmsätze nicht von strafrechtlichen Prinzipien zu unterscheiden vermag und Be-

182 H.-G. Soeffner, Individuelle Macht und Ohnmacht in formalen Organisationen, in: K. Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, Sinzheim 2000, 26.

183 Soeffner (Fn. 182), 26.

184 Soeffner (Fn. 182), 27.

185 ... und schon gar nicht sie «zu identifizieren ...», Jakobs, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 53, vgl. schon oben Fn. 124 und Text.

186 Eser, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 141), 446.

187 F. Muñoz Conde, Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik? (Kommentar), in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 202.

188 Die Idee setzt sich auch immer mehr in der völkerstrafrechtlichen Diskussion durch, vgl. jüngst G. P. Fletcher/J. D. Ohlin, Reclaiming fundamental principles of criminal law in the Darfur case, in: Journal of International Criminal Justice (JICJ) 3 (2005) 539 ff.

strafung um jeden Preis fordert,¹⁸⁹ geopfert würden. Die Folge wäre in der Tat ein *völkerstrafrechtliches Feindstrafrecht*,¹⁹⁰ das all das ignoriert, was seine menschenrechtlichen Apologeten sonst – wenn es nicht um schlimme Menschenrechtsverbrecher geht – verteidigen: die rechtsstaatlichen Garantien und Grundsätze eines aufgeklärten (menschengerechten) Strafrechts eben.

Den viel beschworenen *veränderten Herausforderungen*¹⁹¹ kann auch mit einem menschengerechten Strafrecht begegnet werden, ohne grundlegende rechtsstaatliche Errungenschaften aufzugeben.¹⁹² Die angemessene Antwort auf extreme Bedrohungen muss eine Reaktion der Normalität sein. Normen und Werte können nur durch eine Reaktion stabilisiert werden, die die strafrechtlichen Verhältnismäßigkeits- und Zurechnungskriterien berücksichtigt.¹⁹³ Dass das Strafrecht im Übrigen die in seinem Geltungsbereich lebenden Menschen auf verschiedene Weise anzusprechen vermag, zeigen nicht nur die oft erwähnten Strafzwecke, sondern auch die Zweispurigkeit. Sie trägt dem Unterschied zwischen repressiver Schuldvergeltung und präventiver Sicherung besonders gefährlicher Täter Rechnung.¹⁹⁴ Darüber hinaus gibt es andere Ansätze, etwa der interventionsstrafrechtliche Ansatz *Hassemers*¹⁹⁵ oder der Ansatz eines Strafrechts unterschiedlicher Geschwindigkeiten *Silvas*¹⁹⁶, die in der Sache ebenfalls für eine besondere Reaktion auf bestimmte Ge-

189 Vgl., insbesondere zu Lateinamerika und zur expandierenden menschenrechtlichen Rspr. des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte instruktiv D. Pastor, La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos, Nueva Doctrina Penal 2005/A, 73 ff.

190 Zur Auseinandersetzung mit Jakobs in diesem Zusammenhang schon Ambos, Allgemeiner Teil (Fn. 162), 63 ff.; ders., Parte General (Fn. 2), 58 ff.

191 Vgl. L. Kuhlen, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit (Kommentar), in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 57 ff., der diesbezüglich den Schutz schwer bestimmbarer Universalgüter, die Problematik der abstrakten Gefährdungsdelikte, die Schwächung der individuellen Zurechnung durch Haftung für organisationsbezogenes Handeln, die Flexibilisierung der Rechtsfolgen, Erweiterung von Eingriffsbefugnissen der Strafverfolgungsbehörden, insofern verschwimmende Grenzen zum Polizeirecht und die Problematik der Prozessabsprachen nennt.

192 Demetrio Crespo (Fn. 3), 98; Guillaumondegui (Fn. 164), 14; Prieto Navarro, Ciudadanos (Fn. 3), 77 f.

193 Cancio Meliá, Feind«strafrecht» (Fn. 3), 285 f.

194 Vgl. auch Jakobs, Staatliche Strafe (Fn. 83), 40 ff.; ders., Feindstrafrecht (Fn. 35), 88 ff.

195 W. Hassemer, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992 383, plädiert für ein Interventionsstrafrecht, das zwischen dem – auf ein «Kernstrafrecht» reduzierten – klassischen Strafrecht und dem Ordnungswidrigkeitenrecht angesiedelt sein soll.

196 Silva Sánchez, expansión (Fn. 4), 157 ff. (= dies., Die Expansion des Strafrechts: Kriminalpolitik in postindustriellen Gesellschaften, Frankfurt a.M. 2003, 79 ff.) will eine Abstufung der Zurechnungsanforderungen und der Garantien mit Blick auf die Sanktionen vornehmen. Neben dem traditionellen Strafrecht mit Freiheits- und Geldstrafen und allen Garantien soll ein Strafrecht «zweiter Geschwindigkeit» treten, das die Garantien zugunsten milderer Sanktionen (kein Freiheitsentzug) zurücknimmt, aber – anders als das Interventionsrecht Hassemers – innerhalb des

fahren plädieren. Wie man auch immer zu diesen Ansätzen stehen mag,¹⁹⁷ sie sind jedenfalls dem unscharfen und gefährlichen Denken in feindstrafrechtlichen Kategorien schon deshalb vorzuziehen,¹⁹⁸ weil sie sich grundsätzlich auf dem rechtsstaatlichen Boden demokratisch verfasster Systeme bewegen und die Schärfe der Sanktionen in dem Masse zurücknehmen, wie rechtsstaatliche Garantien aufgegeben werden.¹⁹⁹

Strafrechts angesiedelt sein soll. So entsteht ein dualistischer Aufbau des Strafrechtssystems mit Zurechnungsregeln, Garantien und Sanktionen auf zwei Stufen bzw. mit zwei Geschwindigkeiten. Zu den zwei Geschwindigkeiten als typisches Charakteristikum des Strafrechts der zweiten Hälfte des 20. Jh. vgl. *Donini* (Fn. 1), 203.

197 Krit. zu *Silva Sánchez, Lorenzo* (Fn. 172), 441 ff. (455 u. passim); *J. M. Terradillos Basoco*, Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico, in: *Terradillos Basoco/Acale Sánchez* (Fn. 1), 237 f.; *E. Gorriz Núñez*, Posibilidades y límites del derecho penal de dos velocidades, in: *Terradillos Basoco/Acale Sánchez* (Fn. 1), 343 ff.

198 Ebenso *Greco* (Fn. 3), nach Fn. 93.

199 Anders freilich *Silva Sánchez*, expansión (Fn. 4), 163 ff., wenn er das Feindstrafrecht – ausnahmsweise auf der Grundlage von «absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia» und als «mal menor» – als Strafrecht «dritter Geschwindigkeit» anerkennen will. Zu Recht krit. *Laurenzo* (Fn. 172), 455 f.; *Díez Ripollés*, sociedad (Fn. 83), 25 f.