

## ***Das Feindstrafrecht im Rechtsstaat***

Eine Replik auf Prof. Günther Jakobs

Von Stud. Rer. Iur. Jens Ferner

### *I. Einleitung*

Als ich, nach einer Unterbrechung meines Studiums, im Jahr 2007 wieder begann mich dem Strafrecht zu widmen, fiel mir hin und wieder der Begriff „Feindstrafrecht“ auf. Ein wenig wie ein Phantom, hin und wieder eingestreut, aber nirgendwo wirklich erwähnt, thematisiert oder erläutert. Dann, sobald mir der Ursprung des neuerlichen Aufblühens dieser Diskussion - eine Rede von Prof. Günther Jakobs - vorlag, war ich Fassungslos. Nicht weil dieser Begriff überhaupt geschaffen wurde, in der Rechtsphilosophie gab es diese Überlegungen, in den Anfängen des Strafrechts, schon einmal – etwa in der Aufklärung, wie auch Jakobs richtigerweise festhält. Nein, vielmehr getroffen hat mich, wie über den wissenschaftlichen Weg der Argumente, ohne Leidenschaft, scheinbar nachgewiesen wird, dass das Rechtliche seine Grenzen hat und daher auch außerhalb dieser Grenzen eine Handlung möglich sein muss.

Es bleibt nicht erspart, noch einmal an die Grundfesten, den Ursprung des Rechts zurück zu kehren. Ohne einen Blick auf essentielles der Rechtsphilosophie lässt sich dieses Thema nicht ergründen, genau hier sehe ich auch elementare gedankliche Fehler in der Rede von Jakobs. So wird die Verschiedenheit von Staat und Gesellschaft nicht thematisiert – wo doch schon die Frage sein muss, ob der so genannte „Feind“ ein Feind des Staates oder Gesellschaft ist. Oder gar beides. Wenn Jakobs die Exklusion des Feindes bespricht, offenbart sich der gedankliche Trugschluss in voller Tragweite: Kann denn der Feind des Staates, der Teil der Gesellschaft ist, nur deswegen von der Gesellschaft durch eine Handlung des Staates ausgeschlossen werden? In die Lebenswirklichkeit übertragen ergibt sich durch diese abstrakte Frage die letzte Frage, die mir bei Jakobs schlicht fehlt: Darf der Bürger zum Feind erklärt werden? Ist es nicht Aufgabe des Bürgers, seinen Staat zu kritisieren und kann er diese Aufgabe überhaupt noch wahrnehmen, wenn er fürchten muss, von seinem Staat zum Feind deklariert und außerhalb des Rechts abgeurteilt zu werden?

Diese Fragen sind allgegenwärtig, sie nicht ausreichend zu behandeln ist ein Fehler. Offenbar wird dies bei Jakobs, der unter IV.B zwar zwischen Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht unterscheidet, die Antwort aber schuldig bleibt, wie er Bürger und Feind, der von ihm am Ende als „Terrorist“ bezeichnet wird, unterscheiden will. Das Ergebnis seiner Überlegungen am Ende von IV.B, bestehend aus nur zwei Sätzen, wurde bisher kaum Beachtet und bedeutet vor allem eines: Das Ende der rechtlichen Geltung, das Ende vom Strafrecht. Ich werde versuchen, dies hier auszuführen und darzustellen.

## *II. Rechtsgeltung: Der Grund für den Staat?*

Wenn Jakobs seine Überlegungen zur Rechtsgeltung ausführt, hat er natürlich Recht, ja ist sogar im Recht: Normative Regeln bedürfen immer einer praktischen Umsetzung, mithin einer praktischen Kontrolle. Es ist keine Frage, dass eine Regel nur dann Sinn macht, wenn man sie (a) auch befolgt und (b) ein nicht Befolgen auch Sanktionen nach sich zieht.

Doch, und hier kommt der erste Aspekt den ich vermisse, wer soll Normen erlassen und Kontrollieren? Jedenfalls wir haben dazu den Staat geschaffen, ein konkretes Gebilde zur Verwirklichung der (vermeintlichen) Wünsche und Ideen der Gesellschaft insgesamt. Der Staat hat einen eigenen Willensbildungsprozeß, er kann auf seine Bürger einwirken – nicht nur präventiv und repressiv – sondern im modernen Staat auch meinungsbildend. Eines seiner, bisher repressiven, Werkzeuge ist dabei das Strafrecht geworden. Wer diesem Gedanken folgt, der sieht dann, dass das Strafrecht auch Instrument des Staates ist, und eben nicht Selbstzweck (wie etwa Kant es gerne hätte) oder direkt der Gesellschaft unterstellt ist. Das Strafrecht entzieht sich in seiner Form als Instrument des Staates sogar dem direkten Einfluss der Gesellschaft.

Da das Strafrecht sich nicht nur dem direkten Einfluss, und somit der Kontrolle, der Gesellschaft entzieht sondern darüber hinaus auch das wohl heftigste Eingriffsinstrument des Staates in die Freiheit seiner Bürger ist, kann es nicht sein, dass der Staat unkontrolliert dieses Werkzeug einsetzen darf. Damit der Staat gerade nicht zum kontrollierenden Organ der Bürger wird, bedarf es einer Sicherheit für die Bürger. Diese Sicherheit ist die Bindung des Staates an das

Recht, was am Ende den Rechtsstaat formt. Der Begriff „Recht“ ist keine Worthülse und es ist wichtig, sich dies gedanklich zu bewahren: Recht ist nicht Gesetz. Das Gesetz ist nur die vom Staat geschaffene Normierung dessen, was als Recht empfunden und gewünscht wird. Zum Recht aber gehören auch Grundsätze, gleich den Axiomen der Mathematik, die eben nicht nur Anschauung sind, nicht der Willensbildung der Gesellschaft Preis gegeben werden können. Nur dort, wo wir diese Axiome anerkennen kann Recht existieren. Der Staat aber, der sich nur dem Gesetz, nicht aber dem Recht, unterwirft entzieht sich letztlich jeder Kontrolle – ist doch das Gesetz wiederum nur sein Instrument zur Normierung des Rechts.

Der Bürger also verlangt, dass der Staat niemals außerhalb des Rechts handeln kann und wird. Und dieses Recht wird durch eines der wesentlichsten Axiome unserer Neuzeit geprägt: Dass der Mensch nur durch sein Menschsein unveräußerliche Rechte und Eigenschaften hat.

So wie der Staat letztlich die praktische Umsetzung des Normativen sichern will, so steht dem Bürger die Prüfung zu, ob der Staat das gewollte Recht auch wirklich praktisch umsetzt. Es läuft also letztlich immer auf eine Diskussion zwischen dem idealen Recht und der praktischen Umsetzung hinaus – eine losgelöste Betrachtung ist nicht möglich.

### *III. Der Bürger als Feind*

Die Ausführungen von Jakobs laufen in III.C in die Quintessenz: Der Bürger ist nur Person im Recht, wenn er sich auch so verhält. Der Anspruch an den Staat als „Person im Recht“ behandelt zu werden kann verfallen, wenn man sich selbst so nicht verhält. Nach Jakobs wird eine Person in einer freiheitlichen Gesellschaft niemals ausgeschlossen (er sagt „exkludiert“), sondern schließt sich nur selbst aus. Und kann sich auch jederzeit wieder selbst einbringen, durch eine Verhaltensänderung.

Auf den ersten Blick mag dies stimmen, doch gerade in einer Rede, in der zu Anfangs zwischen Theorie und Praxis derart langatmig unterschieden wurde, erschüttert diese lebensfremde Überlegung doch sehr: So wird die Gesellschaft einen durch das Strafrecht mit einer Sanktion stigmatisierten Bürger niemals

einfach wieder aufnehmen, nur weil er sich anders verhält. Das Stigma der Sanktion wirkt fort, mindestens über eine mittelfristige Dauer.

Weiterhin verkennt diese Aussage die von mir oben dargelegte Stellung von Bürger zu Staat: Der Staat ist ein Organ der Gesellschaft, er dient ihren Interessen, zumindest sollte er dies tun. Wenn der Staat dies nicht mehr tut, muss die Gesellschaft, also jeder einzelne Bürger, sich wehren können. Er muss Kritik üben können und in der Lage sein dürfen, den Staat – bzw. den Teil des Staates der fehl läuft – durch neue Ideen zu ersetzen oder zu ergänzen. Der Staat aber, der sich des Instrumentariums des Strafrechts bedienen kann, kann sehr wohl den Bürger sanktionieren und somit aus der Gesellschaft (wenigstens erstmal) verbannen.

Das Perfide dabei ist, dass der Bürger – jedenfalls für den Staat – erstmal ein Feind sein wird: Schließlich will er den Staat ändern, an ihm rütteln, wenn auch nur teilweise. Der Hinweis darauf, dass der Bürger dies tun dürfe, solange er sich im Rahmen von Recht und Gesetz bewegt, nutzt wenig, solange der Staat jedenfalls das Gesetz selber schafft. Es liegt schlussendlich alleine in der Hand des Staates, zu definieren, welche seiner Bürger ihm genehm sind und welche besser ausgeschlossen werden. Die Deklaration als „Feind“ ist da nützlich und hilfreich, da sie schon begrifflich den Betroffenen außerhalb von Gesellschaft und Staat rückt.

Doch der aus der Gesellschaft entrückte, als „Feind“ deklarierte, stellt den Staat vor erhebliche Probleme: Auf welche Grundlage sind denn Sanktionen dann gestützt? Wenn sich der Exkludierte in der Tat in einem so genannten Naturzustand befindet, was ist dann die rechtliche Grundlage für die Handlung des Staates gegenüber dem Exkludierten? Es verbleibt nur der Weg, auch in den Naturzustand hinein Pflichten eines Einzelnen zu definieren, aus denen wiederum Rechte des Staates erwachsen können. Doch, und das ist die Natur eines jeden – auch erdachten – Vertrages, solche Pflichten dürfen nur angenommen werden, wenn dem Betroffenen gleichsam auch Rechte zugestanden werden müssen. Sonst ist es kein Vertrag, sondern mithin Diktat – womit der angebliche Rechtsstaat sich als Diktatur entlarvt, die in freier Willkür bestimmt, wer Bürger

ist und wer nicht. Um die dann entstandenen Feinde zwar mit Pflichten und Sanktionen, aber keinerlei Rechten zu belegen.

#### *IV. Die Gefahr des Gesinnungsstrafrechts*

Wie unglücklich diese Diskussion ist, zeigt das konsequente Fortdenken der gerade entwickelten Ansätze: So führt Jakobs den Vertreter der organisierten Kriminalität an. Wie ist es um den Bürger bestellt, der gedanklich ein kriminelles Szenario entwirft und seine Energien darauf verwendet, zuerst gesetzliche Grundlagen zu schaffen, die ihm sein – jetzt verbotenes – Tun legalisieren würden? In einer Demokratie, in der jeder seine Ideen äußern und vertreten darf ist dies kein abstraktes Szenario, wie doch zunehmend deutlich wird, dass so genannte Lobbyisten günstigere Gesetze für die von Ihnen vertretenen sehr erfolgreich erreichen.

Muss also der Staat, der sich als Organ schützen will, da nicht letztlich auch solche Handlungen unterbinden? Doch wer sich darauf einlässt findet sich in einem Dilemma: Tut doch derjenige, der diesen Weg geht, nichts böses. Böse ist seine Absicht, nicht seine Handlung – und wenn die Handlung einmal eintritt, wird sie dann legal sein. Der einzige Schutz des Staates zum Selbsterhalt kann dann nur noch sein, jede Handlung, losgelöst von jeder Objektivität, nach vermeintlicher Gesinnung des Handelnden zu beurteilen und zu verurteilen.

Die von Jakobs richtigerweise beschriebene Mentalität des Staates, in der Strafbarkeit immer weiter vorzugreifen, wird zur Falle: Denn der Beginn einer jeden Handlung, gleich wie Vorbereitend, ist schlussendlich der gefasste Gedanke, die Idee, des Einzelnen.

Wenn der Staat nun beginnt, sich selbst auch gegenüber seinen Bürgern zu schützen, so entfernt sich der Staat von seiner Rolle als Organ im Interesse der Gesellschaft. Er wird Selbstzweck, herrschend über die Bürger indem er sie kontrolliert und rechtlos ihren Status per Gesetz festlegen kann. Mit dem „Staat im Selbstzweck“ verkommt auch der Schutz des Selbigen zum Selbstzweck. Geschützt wird nicht mehr die Handlungsfähigkeit der Gemeinschaft, sondern der Staat als abstraktes, herrschendes Organ um seiner selbst Willen.

Mit diesem Zustand aber verliert der Staat eben das, worauf er sich am Anfang noch berufen hat: Die Legitimation durch den Gesellschaftsvertrag. Der Staat wird selbst rechtlos.

#### *V. Sinn der Strafe*

Diesen losgelassenen Staat gilt es frühzeitig zu erkennen. Die Rede von Jakobs bewältigt diese Aufgabe nicht, stattdessen wird in IV.B proklamiert, was im Rechtsstaat niemals Wirklichkeit werden darf: Es gibt ein Feindstrafrecht, gerichtet gegen „Terroristen“ und ein Bürgerstrafrecht dass sich in die Gefahrenabwehr hinein entwickelt.

Als Argument wird angebracht, dass das Strafrecht die Sicherungsverwahrung kennt, mithin also die Gefahrenabwehr im Auge hat. Die Tatsache der Existenz der Sicherungsverwahrung zu leugnen wäre widersinnig; doch ist die Aussage an sich nicht richtig, lässt sie doch außer acht, dass auch die Sicherungsverwahrung des deutschen Strafrechts erst einmal festgestellte Schuld und darüber hinaus sogar schwere Schuld verlangt. Die Gefahrenabwehr, die alleine auf den Schutz der Bürger vor einer Gefahr – losgelöst von den Einzelnen – ausgelegt ist, ist mit dem Prinzip von Schuld nicht vereinbar.

Wir kommen an einen Punkt, der Juristen seit Jahrhunderten beschäftigt: Der Sinn der Strafe, mithin Kern des Strafrechts. So kann schon begrifflich das Strafrecht (das strafen will) sich nicht mit dem auseinandersetzen, was noch nicht geschehen ist. Die Abwehr abzusehender Gefahren kann und darf nicht Aufgabe des Strafrechts sein. Die einzige Möglichkeit der Strafe im Bereich der Prävention läge im Bereich der Abschreckung, sei es individuell oder generell. Doch liegt es in der Natur der Sache, dass gerade der, der den Staat derart ablehnt wie Jakobs es beschreibt, in einer stärkeren Abschreckung nur die größere Motivation sieht. Das Strafrecht bietet, mit dem Mittel der Strafe, letztendlich gar nicht die Möglichkeit des ernsthaften präventiven Eingriffs, da es immer erst hinterher ansetzen kann.

Dies ist sowohl Jakobs als auch unserem Staat klar – eben deswegen werden ja zunehmend Vorbereitungstatbestände strafrechtlich erfasst. Der Aufruf zu Verbrechen, die Gründung krimineller Eigenschaften, ja als nächstes soll das

Anbahnen von Kontakten strafrechtlich bedacht werden. Die dahinter stehende Logik ist deutlich: Wenn man nur dann sanktionieren kann, wenn etwas geschehen ist, werden zunehmend triviale Handlungen, in Abhängigkeit der Motivation, der Gesinnung, strafrechtlich sanktioniert. Das Problem dabei ist, dass es immer eine Vorbereitende Handlung geben wird, selbst vor der noch so trivialen gibt es immer eine weitere – bis schlussendlich zum Gedanken selbst. Wir liefern uns, mit dieser „Taktik“ nur der eigenen Ohnmacht hin, spielen auf Zeit. Denn die vermeintliche Lösung hat eine maximal Anzahl von Ansatzpunkten und das Ende ist wahrlich voraussehbar.

#### *VI. Idealistische Diskussion*

Jakobs macht es sich einfach: Er sagt, er beschreibt nur was er sieht, deutet was er kommen sieht und wertet nicht. Man solle über die Realität diskutieren, nicht über ideale Welten. So einfach ist es aber nicht, zumal – wie ich oben schon dargelegt habe – gerade das Ideal als Ausgangspunkt dessen was man will, Voraussetzung für den kritischen Bürger ist, um zu prüfen, ob „sein Staat“ sich an den gedachten Gesellschaftsvertrag hält.

Einfach nur festzustellen, was geschieht, dies kann jeder Biograph. Abzusehen, worauf es hinausläuft, ist keine große Kunst, es bedarf nicht ernsthaft einer juristischen Ausbildung zu erkennen, was uns bevor steht.

Als Juristen aber sind wir, und das ist die Lehre der von Jakobs ebenfalls bedachten und als Negativ-Beispiel angeführten Herrschaft der Nationalsozialisten, dem Recht verpflichtet. Gerade die Juristen sind es, die zwischen Recht und Gesetz zu unterscheiden vermögen und darüber hinaus gelernt haben müssen, dass wir nicht nur stumme Marionetten des vom Staat geschaffenen Gesetzes sind. Wir müssen Einfluss nehmen, über das Mahnen hinaus, und auch ideologische Grundlagen für die Arbeit des Staates schaffen. Unser, ebenfalls von Jakobs zitierter, Bundesinnenminister hat den Boden unter den Füßen verloren. Es ist nicht hinnehmbar, schweigend zuzusehen und vorauszusagen, was nun geschehen wird – es gilt Alternativen aufzuzeigen, Lösungen aus dem Dilemma unserer Zeit.

Dazu gehört, dass man sich als Strafrechtler eines wieder gewiss wird: Man steht, mehr als manch anderer Jurist, im Dienste der Menschenrechte. Für den Strafrechtler sind die Menschenrechte kein abstraktes Postulat, sie sind die Fundamente seines Wirkens und sein wichtigster Wegweiser bei (neuen) Fragestellungen. Der Strafrechtler aber, der dies vergisst, verliert das Recht aus den Augen und dient nur noch dem Gesetz. Unabhängig von der Frage, wer in welchem Interesse das Gesetz als Werkzeug einsetzt.