

Terroristen als Personen im Recht? *

Von Prof. Dr. **Günther Jakobs**, Bonn

I.

Kann mit den Mitteln eines rechtsstaatlichen Strafrechts „Krieg gegen den Terror“ geführt werden? Nun, bereits 1986 wurde ein „Gesetz zur Bekämpfung (!) des Terrorismus“ erlassen¹, 2003 in Umsetzung eines Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union ein weiteres zur „Terrorismusbekämpfung“², und auch das kurz zuvor erlassene, unscheinbar „34. Strafrechtsänderungsgesetz“³ genannte Gesetz gehört in die Reihe der gegen Terrorismus gerichteten Kampfgesetze⁴. „Krieg“ und „Kampf“, sind das bloße Worte, dann sollte man sie nicht unbedingt auf die Goldwaage legen, oder sind es doch Begriffe, dann implizieren „Krieg“ und „Kampf“ einen Feind, gegen den es vorzugehen gilt.

Wenn die Gesetze als das zu Bekämpfende nicht die Terroristen, sondern den Terrorismus nennen, vergleichbar dem Kampf gegen die Cholera oder den Analphabetismus, so verschlägt das nichts: Es handelt sich um *Strafgesetze*, und Strafe gilt nun einmal nicht dem Terrorismus, sondern den Terroristen. Aber wie der Name der Gesetze zeigt, ist die Bestrafung der Terroristen nur ein Zwischenziel, nicht das Hauptanliegen des Gesetzgebers; offenbar soll durch die Bestrafung der Terroristen der Terrorismus insgesamt bekämpft werden, mit anderen Worten, die Strafe ist ein Mittel zu einem polizeilichen Zweck, ein Schritt im Kampf um Sicherheit. Wie dem auch sei, jedenfalls bleibt die Frage: „Kampf“ als Wort oder als Begriff?

Die beiden neueren Gesetze betreffen in der Hauptsache die Vorschrift gegen die Bildung terroristischer Vereinigungen (§ 129a StGB), intensi-

* Geringfügig erweiterte und mit Anmerkungen versehene einleitende Stellungnahme auf der Strafrechtslehrertagung Frankfurt (Oder) in der Diskussionsveranstaltung zum Thema „Krieg gegen den Terror – Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht“ am 8. 5. 2005.

¹ Vom 19. 12. 1986, BGBl. I S. 2566.

² Vom 22. 12. 2003, BGBl. I S. 2836.

³ Vom 22. 8. 2002, BGBl. I S. 3390.

⁴ Weitere Bekämpfungsgesetze gelten der Wirtschaftskriminalität (vom 15. 5. 1986, BGBl. I S. 721), dem illegalen Rauschgifthandel und anderen Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität (vom 15. 7. 1992, BGBl. I S. 1302), den Sexualdelikten und anderen Straftaten (vom 26. 1. 1998, BGBl. I S. 160), sowie schließlich überhaupt dem Verbrechen (vom 28. 10. 1994, BGBl. I S. 3186).

vieren sie und dehnen sie auf Vereinigungen im Ausland aus (§ 129b StGB); es geht also um die Ausformung von Spezialvorschriften aus dem Bereich strafbarer Verbrechensvorbereitung. Nun ist gegen deren Bestrafung nichts Prinzipielles einzuwenden: Die Vorbereitung einer schweren Tat stört die öffentliche Sicherheit und mag *als solche Störung* bestraft werden. Das Reichsstrafgesetzbuch sah nach seiner Ergänzung um den „Duchesneparagrafen“ (§ 49a RStGB) für Verbrechensvorbereitung bis zu drei, äußerstenfalls fünf Jahre Gefängnis vor (nicht: Zuchthaus), was dem Unrecht in einer Zeit entsprechen haben dürfte, in der Mord geradezu selbstverständlich mit dem Tode bestraft wurde. Diese Zurückhaltung wurde 1943 (!) aufgegeben, und seitdem gilt bei der allgemeinen Verbrechensvorbereitung nach § 30 StGB die nur um eine schmale Schamdistanz gemilderte Strafe für die geplante Tat. Dieser Ausuferung durchaus vergleichbar beläuft sich die Höchststrafe bei der Bildung einer terroristischen Vereinigung auf 10 Jahre Gefängnis, bei Rädelsführern auf 15 Jahre.

Was bei der Bestrafung der allgemeinen Verbrechensvorbereitung vielleicht eine gesetzgeberische Nachlässigkeit ist – der zur Verfügung stehende Strafraum wird in der Praxis wohl nicht ausgeschöpft –, hat bei der Bestrafung der Bildung einer kriminellen oder gar terroristischen Vereinigung Methode: Obgleich hier die in Aussicht genommenen Taten mehr oder weniger vage geblieben sein können, also auch die Störung der öffentlichen Sicherheit nur einigermaßen diffus zu erkennen sein mag, bedarf es harter Strafandrohungen, *um Eskalationen zu vermeiden*; denn nur das Strafrecht, nicht aber das für Gefahrenabwehr an sich zuständige Polizeirecht kann die Betreiber der gefährlichen Vereinigung zu Tätern stilisieren, eben Tätern nach § 129a StGB, und diese dann durch Untersuchungshaft und Strafhaft für lange Zeit – *sit venia verbo* – kaltstellen.

Die Vorschrift gegen die Bildung einer terroristischen Vereinigung ist also zumindest auch Polizeirecht in strafrechtlicher Gestalt, wie ja auch manche Ermittlungsmethoden nach dem 8. Buch des 1. Abschnitts der StPO weniger der Aufklärung begangener Taten dienen dürften – begangene Taten sind oft wohl nur der Anlass, nicht aber der Grund der Ermittlungen – als der Verhinderung weiterer Taten (so offen bei § 110a Abs. 1 Satz 2 StPO) und wie sich der Haftgrund der Wiederholungsgefahr (§ 112a StPO) nur als Gefahrenabwehr im strafprozessualen Gewand verstehen lässt.

Man mag diese polizeirechtlichen Verschmutzungen des Strafrechts beklagen, wird damit aber, zumal nach dem Rahmenbeschluss des Rates, nichts erreichen außer einer Stärkung der Gemeinschaft der sowieso Gläubigen.

Man kann aber auch untersuchen, ob beim Umgang mit Terroristen – unter anderem mit Terroristen – Besonderheiten zu berücksichtigen sind, die eine solche Verschmutzung geradezu notwendig machen, und diese Untersuchung soll hier in der gebotenen Knappheit, aber doch mit einem Rückgriff auf einige Grundlagen der Theorie des Strafrechts unternommen werden.

II.

Zweck des Rechtsstaats ist nicht höchstmögliche Gütersicherheit, sondern wirkliche Rechtsgeltung, und zwar in der Moderne wirkliche Geltung eines Rechts, das Freiheit ermöglicht. Die *wirkliche* Geltung steht dabei als Gegensatz zu einer nur *postulierten*, aber nicht durchgesetzten, und das heißt, nicht orientierungsleitenden Geltung. Diese Orientierungsleitung kann auch im Fall eines Normbruchs erhalten bleiben: Wenn der Normbruch eben als Normbruch behandelt wird, dient die Norm als Orientierungsmuster und gilt wirklich.

Die Trennung von Rechtsgeltung und Gütersicherheit ist freilich nur die halbe Wahrheit; in der anderen Hälfte geht es um deren Verbindung. Eine kontrafaktische Erwartung lässt sich nur durchhalten, wenn nicht der Verlust nennenswerter Teile der Glückseligkeit ernsthaft droht; denn ansonsten leistet die Behandlung des Unrechts als Unrecht für den Erwartenden nur noch etwas bei heldischer oder märtyrerhafter Haltung; aber Helden und Märtyrer sind dünn gesät. Je mehr ein Gut wiegt, um so sicherer muss es auch sein, wenn die Orientierungsleistung der zugehörigen Norm nicht zerbrechen soll, wobei sich ein solches Zerbrechen am Übergang der Orientierung von der normativen Erwartung zu einer (nur noch) kognitiven Erwartung zeigt: Man greift zum Selbstschutz, indem man etwa aus Angst vor Überfällen nicht mehr in bestimmten Gegenden spazierengeht oder aus Angst vor Diebstählen sein Fahrrad dreifach verschließt. Zudem wäre ein Rechtsstaat auch nicht in der Lage, ausufernde Massen von Normbrüchen jeweils als Unrecht zu behandeln; denn dafür ist der Zwang, der zur Ermittlung der Taten und zur Durchsetzung der Bestrafungen notwendig wäre, eine viel zu knappe Ressource.

Zur wirklichen, orientierungsleitenden Rechtsgeltung gehört also eine kognitive Untermauerung der Norm. Diese unabdingbare kognitive Untermauerung ist in der Hauptsache freilich keine Leistung des Staates, sondern der Bürger selbst, und wird erbracht, indem sie sich alltäglich am Recht orientieren. Dieses haltungsgemäße Legalverhalten untermauert die ihnen

entgegengebrachten normativen Erwartungen selbst dann noch, wenn ein Bürger ein Verbrechen begeht: In der Regel muss das nicht als *generelle* Aufkündigung rechtstreuen Verhaltens verstanden werden⁵. Wenn die Strafe verdeutlicht hat, dass sein Verhalten nicht anschlussfähig ist, kann nach ihrem Vollzug zumeist wieder Rechtstreue vermutet werden; Führungsaufsicht (§ 68 StGB) oder gar Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB) sind systematisch wie praktisch Ausnahmen.

Aber auch die Erwartung korrekten Verhaltens lässt sich nicht beliebig kontrafaktisch aufrechterhalten, mehr noch, sie darf nicht beliebig aufrechterhalten werden, weil der Staat für wirkliche Rechtsgeltung zu sorgen und deshalb gegen sich abzeichnende Rechtsbrüche vorzugehen hat. Eine normative Erwartung, die sich an eine bestimmte Person richtet, verliert ihre Orientierungskraft, wenn ihr die kognitive Untermauerung durch diese Person fehlt. An ihre Stelle tritt dann wiederum die kognitive Orientierung, was heißt, die Person – die Adressatin normativer Erwartungen – mutiere zum Gefahrenherd, zum kognitiv anzugehenden Sicherheitsproblem. Dabei wird die Pflicht zu legalem Verhalten nicht etwa aufgelöst – eine Pflicht entfällt selbstverständlich nicht deshalb, weil ihr beharrlich zuwidergehandelt werden wird – vielmehr wird die *Pflichterfüllung*, die ordnungsgemäße Selbstverwaltung der Person, nicht mehr erwartet, so dass das Kernelement orientierungsleitender Personalität, eben die Vermutung der Rechtstreue und damit die „Geschäftsgrundlage“ freier Selbstverwaltung, nunmehr fehlt⁶. Das ist trivial; beispielhaft, niemand betraut einen Defraudanten weiterhin mit der Kassenaufsicht, und was dieser simple, alltäglich anzutreffende Befund mit dem Umgang mit Terroristen zu tun hat, wird sofort deutlich, wenn er abstrakter benannt wird: Aus dem Kreis der Personen, denen bei einer Kassenverwaltung wirklich, also orientierungsleitend, normative Erwartungen gelten, ist der Defraudant exkludiert; er gilt insoweit,

⁵ Tendenziell anders *Grolman*, Sollte es denn wirklich kein Zwangsrecht zur Prävention geben? *Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts und der Gesetzgebung*, Bd. 1, 1800, 241 ff., 264, hier zitiert nach dem (gekürzten) Wiederabdruck bei *Vormbaum*, *Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit*, Bd. 1: 17. und 18. Jahrhundert, 1993, S. 299 ff., 307: Hinreichende kognitive Sicherheit soll nach einer Tat fehlen, bis jeder Bürger „Gründe hat, anzunehmen, daß das Prinzip, woraus ihm Gefahr für seine Rechte erwächst (der Mangel des rechtsgemäßen Willens) aufgehoben sey“. Dazu *Jakobs*, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, S. 38 ff.

⁶ Das erkennt *Schünemann*, wenn er meint, es habe mit der Konstruktion der Person als Adresse von Rechten und Pflichten sein Bewenden (GA 2001, 205 ff., 212): Zur Orientierung an der *Pflichterfüllung* gehört auch ein Maß an kognitiver Sicherheit.

wenn auch nur insoweit, als Gefahrenherd. Der Volksmund formuliert, „dem ist nicht zu trauen“, und das heißt, „weg von der normativen Erwartung, hin zur kognitiven“.

Die Grundlagen der Vermutung zukünftigen Legalverhaltens zu pflegen, ist eine elementare Bringschuld⁷ aller Bürger; denn nur beim begründeten Bestand dieser Vermutung, und die Begründung können nur die Bürger selbst leisten, ist ein ebenso freier wie furchtloser Umgang der Bürger miteinander möglich. Wirkliche, orientierungsleitende Personalität kommt also nicht allein dadurch zustande, dass sie postuliert wird, vielmehr müssen bestimmte Bedingungen hinzutreten. Deshalb ist der Satz, „rechtlich hat jeder Mensch den Anspruch, als Person behandelt zu werden“, unvollständig; es muss zudem festgelegt werden, wer welche Bedingungen der Verwirklichung dieser Personalität herbeizuführen hat, und hierbei dürfte es selbstverständlich sein, dass die Sorge für eine hinreichende kognitive Untermauerung jedenfalls insoweit im Lastenheft der Person selbst steht, als es sich um die einigermaßen verlässliche Leistung von Rechtstreue handelt. Der Satz muss also richtig lauten, „jeder, der zumindest einigermaßen verlässlich Rechtstreue leistet, hat den Anspruch, als Person behandelt zu werden“⁸, und wer diese Leistung nicht erbringt, wird eben fremdverwaltet, was heißt, nicht als Person behandelt⁹.

⁷ Der Begriff „Bringschuld“ wurde in der Diskussion so verstanden, als könne nach dem hiesigen Konzept die Nichterfüllung der Schuld per se einen Straftatbestand verwirklichen. Aber diese Schuld ist nichts als die *Kantische* Pflicht, sich in einen bürgerlichen Zustand zu begeben: Wer die Erfüllung versäumt, bleibt ein unsicherer Kantonist, von dem man sich trennen muß; er ist nicht per se strafbar, aber das Zusammenleben mit ihm ist unerträglich. – Siehe auch Anm. 25.

⁸ Der Status der Person kann also (im Hinblick auf das Recht zur Selbstverwaltung) auch dann verspielt werden, wenn er, dem Gleichheitspostulat der Moderne folgend, an sich jedem offensteht. „Hineingehen“ (hinreichende kognitive Sicherheit bieten) muss schon jeder selbst. Die unverlierbare „personale Würde“ (Kunz, in: Arnold u. a. [Hrsg.], *Menschengerechtes Strafrecht*, Festschrift für Albin Eser, 2005, S. 1375 ff., 1391) ist das Ergebnis einer Option, die vollzogen werden muss! – Verfehlt *Schneider*, ZStW 113 (2001), S. 499 ff., 515: Der Status der Person sei nicht durch die Gesellschaft vermittelt – als gebe es eine vorgesellschaftliche soziale Stellung; wäre der Status der Person keine soziale Stellung, so wäre er gesellschaftlich irrelevant. Siehe *Jakobs*, in: *Courakis* (Hrsg.), *Die Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert*, Festschrift für Dionysios Spinellis, Bd. 1, Athen 2001, S. 450 ff., 460 ff.

⁹ Juristen sind es gewohnt, mit dem Normativen umzugehen, und deshalb ist es nicht verwunderlich, wenn sie in einer Art normativistischer Präpotenz dazu neigen, die Bedingungen der Wirklichkeit des Rechts zu vernachlässigen. Im Normalfall mag das schadlos sein, weil die Bedingungen entweder fraglos vorliegen oder aber, sich ihr

Dementsprechend ist auch das Ziel des Freiheitsentzugs beim offenbar gefährlichen Verbrecher, also etwa beim Terroristen, ein anderes als bei einem Verbrecher, dessen weitere Gefährlichkeit nicht ähnlich evident ist. Im Normalfall des Verbrechens ist die Strafe eine Art Schadensersatz, der bei der Person des Verbrechers zwangsweise beigetrieben wird: Die Strafe ist Widerspruch – das versteht sich von selbst – und Zufügung von Schmerz, und dieser Schmerz ist so zu bemessen, dass nicht wegen der geschehenen Tat die kognitive Untermauerung der gebrochenen Norm leidet¹⁰. Widerspruch wie Schmerz werden strafrechtsdogmatisch im Schuldbegriff präformiert¹¹. Für die schuldangemessene Strafe reicht es hin, wenn die Tat wegen der Strafe allgemein als missglücktes Unternehmen verstanden wird; insbesondere geht es nicht um Abschreckung anderer Tatgeneigter: Deren Tatneigung hat der Täter in aller Regel nicht zu verantworten.

Mit der Umsetzung dieses Modells, das ja schon als Modell des Normalfalls nicht nur der harten Realität, sondern nicht minder einer erdachten Idylle nahestehen dürfte, ist es im Fall haltungsgemäß prinzipieller wie auch aktiver Gegner, also unter anderem im Fall von Terroristen, nicht getan; denn ganz unabhängig von der Antwort auf die bisher kaum je aufgeworfene Frage, wie es um die Schuld zumindest desjenigen Terroristen bestellt ist, der in einer der hiesigen Kultur feindlichen Kultur sozialisiert wurde, gilt es im Fall eines jeden Terroristen – wie bei jedem Feind – auch ein bereits vorhandenes Defizit an kognitiver Sicherheit auszugleichen¹². Wie das auch immer geschehen mag, so geschieht es gewiss nicht in einem freien Diskurs, sondern indem der Terrorist selbst oder eher noch seine Lebensumstände in zweckdienlicher Weise durch Zwang verändert werden, und die Anwendung von Zwang zur Änderung des Lebens eines anderen ist mit dessen Anerkennung als Person insoweit, als Zwang angewendet wird, definitions-

Fehlen in eher kleinen Rissen in der Wirklichkeit der Person zeigt, wie im genannten Defraudantenbeispiel. Aber im Ausnahmefall führt die Vernachlässigung zum Übergang von der rechtlichen Wirklichkeit in ein Wolkenkuckucksheim der Postulate, von dem aus sich die Wirklichkeit des Rechts zwar trefflich, aber gewiss folgenlos kritisieren lässt.

¹⁰ Jakobs (Anm. 5), S. 31 ff.

¹¹ Jakobs, Schuld und Prävention, 1976, passim.

¹² Die Entgegensetzung „Schadensersatz versus Sicherung“ oder „Normgeltung versus kognitive Ordnung“ ist idealtypisch gemeint, und das Verlangen, die Grenze des Übergangs vom einen zum anderen genau anzugeben, wäre schlechthin naiv. „Hell“ und „dunkel“ bleiben auch dann klare Begriffe, wenn man darüber streiten kann, welchem von ihnen ein bestimmter Stand der Dämmerung zuzuordnen ist.

gemäß unverträglich. Praktisch wird die Sicherung vor dem Täter im Vordergrund stehen, entweder durch eine als solche ausgewiesene Sicherungsverwahrung oder durch eine Sicherung garantierende, also entsprechend lange Freiheitsstrafe. Letzteres ist – neben der schieren Abschreckung – einer der Gründe für die hohen Strafen, die gegen die Bildung einer terroristischen Vereinigung angedroht werden; diese Strafen lassen sich nicht durch dasjenige erklären, was bereits geschehen ist – es wurde die öffentliche Sicherheit beeinträchtigt, aber bislang zu keiner Verletzung angesetzt –, sondern nur durch die bestehende Gefahr.

Ich fasse die insoweit nicht gerade neue Entwicklung zusammen: Das spezifisch gegen Terroristen gerichtete Strafrecht¹³ hat eher die Aufgabe, Sicherheit zu gewährleisten, als Rechtsgeltung zu erhalten, ablesbar am Strafzweck und an den einschlägigen Tatbeständen. Das Bürgerstrafrecht, Garantie der Rechtsgeltung, wandelt sich in ein – jetzt folgt der perhorreszierte Begriff – Feindstrafrecht¹⁴, in Gefahrenabwehr¹⁵. Damit ist auch

¹³ *Soweit* (!) der Terrorist als kognitiv zu behandelnder Gefahrenherd angesehen wird, ist dieses Strafrecht kein Recht, das ihn einschließt; aber es bleibt *insoweit* Recht, als es alle anderen als Personen bindet; siehe *Jakobs*, in: *Eser* u. a. (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, S. 47 ff., 53; anders *Cancio Meliá*, *ZStW* 117 (2005), S. 267 ff. (*contradictio in adiecto*).

¹⁴ Die Stellungnahmen zum Begriff sind zwar allesamt ablehnend, aber höchst unterschiedlich begründet, wenn überhaupt. Teils wird schon das Verhältnis von Regel (Bürgerstrafrecht) und Ausnahme (Feindstrafrecht) verkannt. Etwa *Schünemann* integriert das Feindstrafrecht in das – dann freilich nur noch so genannte – Bürgerstrafrecht: „Wenn man so will (!), ist jede Straftat ein feindseliger Akt, ...“ (Anm. 6, 205 ff., 211). Vorverlagerungen bilden bei dieser Sicht kein Problem: Der Staat straft „schon an der Stelle ..., wo sich die ‚kollektiven Schaltstationen‘ befinden“. Was das Verfahren angeht, so ist es dergestalt zu organisieren, dass es „zur Tataufklärung führen kann“, wobei nicht recht ersichtlich ist, weshalb sich *Schünemann* sicher ist, trotz dieser Effektivität bleibe der Verfolgte „aller bürgerlichen Rechte teilhaftig“ (alles a. a. O.). Schlechthin unverständlich ist freilich, dass gerade von diesem handfesten Ansatz her der hiesigen Position unterstellt wird, sie überspiele Legitimationsbedürfnisse (212): Bei *Schünemanns* Ansatz gibt es keine diesbezüglichen Bedürfnisse (vielleicht abgesehen von dem Erfordernis einiger Abwägungen); denn wer keinen Begriff hat, braucht auch nichts auf denselben zu bringen. – Den transzendenten Gegenpart zu *Schünemanns* satter Immanenz spielt *Paeffgen* (Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl., Stand 8/2001, vor § 32 Rdn. 212). „Es gemahnt an theologische Gedanken, daß Menschen ob ihrer Werke ihr dies- wie jenseitiges (Seelen-)Heil verwirken“. Für Außenstehenden zum Jenseitigen ist hier nicht der passende Ort; was das Diesseitige angeht, so ist mit dem Ausgeführten gegen die Feststellung, man könne mit Feinden nicht in Frieden leben, nichts ausgerichtet. – Die (um im Bild zu bleiben) zivilreligiöse Unterstimme zu *Paeffgen* spielt *Schneider*: Der Personbegriff als das Absolute; dazu oben Anm. 8. – Bei diesem offenbaren Mangel an Theorie und daraus folgendem Mangel an

die eingangs gestellte Frage beantwortet: Die „Bekämpfung“ des Terrors ist nicht nur ein Wort, sondern ein Begriff; es geht um ein Unternehmen gegen Feinde.

III.

Ist ein Feindstrafrecht legitim und wenn ja, bis zu welchem Maß? Vor jedem Versuch einer Antwort gilt es, zweierlei festzuhalten. Erstens, der Staat muss seine Gestalt nicht mutwillig aufs Spiel setzen; wenn von Feindstrafrecht die Rede ist, bedeutet das nicht sogleich „kurzen Prozeß“, „Verdachtsstrafe“, gar „öffentliche Verteilung zur Abschreckung“ oder ähnliches (womit das Problem der Grenzziehung freilich noch nicht gelöst ist). Zweitens, die Deduktion einer Antwort auf die Frage nach der Legitimität aus dem *abstrakten* Begriff des Rechtsstaats ist nichts wert. Dass ein Staat, der keine Sicherungsverwahrung kennt, der die Bildung einer terroristischen Vereinigung nur als Tat gegen die öffentliche Ordnung bestraft, dem Kontaktsperren, Lauschangriffen, V-Leute und vieles weitere fremd sind, dem Ideal eines Rechtsstaates näherkomme als ein Staat, der solche Einrichtungen und Maßnahmen erlaubt, lässt sich nur *abstrakt* feststellen; *konkret* mag der Ver-

konsistenten Argumenten bleibt – erwartungsgemäß – der Vorwurf des Nazismus nicht aus: schon *Eser*, in: *ders.* (Anm. 13), S. 445, sodann *Paeffgen* (a. a. O.) mit Ergänzungen um den Totalitarismus von Pol Pot und Stalin; *Hamm*, in: *Rode* u. a. (Hrsg.), *Neue Lust auf Strafen*, 2005, S. 105 ff., 114; *Düx*, ZRP 2003, 189 ff., 194 f. – Es verhält sich offenbar wie bei einem Blick in den Spiegel mit unerfreulichem Ergebnis: Das muss ein anderer sein! – Zur Regel und Ausnahme vermengenden Position siehe ferner *Prittowitz*, ZStW 113 (2001), S. 775 ff., 795 („resignativ-kämpferische Wende“); *Lüderssen*, in: *Canaris* u. a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Bd. IV, hrsg. von *Roxin* u. a., 2000, S. 883 ff., 909 („misanthropischer Zug“ – als wäre nicht selbst bei *Kant* der Mensch aus krummem Holz geschnitzt). – Gegen jedes Recht der Ausnahme *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstands, 2004, S. 234 ff. – Soweit die hiesige strenge rechtsstaatliche Bindung des Bürgerstrafrechts immerhin erkannt wird (*Schulz*, ZStW 112 [2000], S. 653 ff., 662; *Kunz* [Anm. 8], S. 1375 ff., 1388; *ders.*, SchwZSt 122 [2004], S. 234 ff., 241; *Aponte*, Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum „effizienten“ Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien, 2004, S. 192 ff., 350 und passim), vernachlässigt die Kritik die Wirklichkeitsbedingungen der Person, die vom Feind nicht erfüllt werden; dazu schon oben Anm. 6 und den Text dazu.

- ¹⁵ Zum Feindstrafrecht als Gefahrenabwehr schon *Jakobs*, ZStW 97 (1985), S. 751 ff., 783 f.; *ders.* (Anm. 13), S. 51 ff.; *ders.*, in: *Hsu, Yu-hsiu* (Hrsg.), *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure*, Festschrift für Hung, 2003, S. 41 ff. (hauptsächlich identisch: *ders.*, HRRS 3/2004); *ders.*, (Anm. 5), S. 40 ff.

zicht auf diese Einrichtungen das Recht des Bürgers auf Sicherheit¹⁶ aus-
höhlen, und dieses Recht auf Sicherheit ist nur ein anderer Name für ein
Recht auf den Zustand wirklicher Rechtsgeltung. So wie es schon zum Be-
griff der Person und auch zu demjenigen der Rechtsgeltung dargelegt wurde,
so ist auch ein Rechtsstaat nicht schon deshalb wirklich, weil er gedacht,
postuliert wird, und wer der Meinung ist, es müsse beim Rechtsstaat stets
alles verwirklicht werden, ohne Abstriche¹⁷, der sollte wissen, dass dieses
„alles“ in der konkreten Wirklichkeit begleitet wird von einem „oder
nichts“.

Hält man sich von solchen Extremen fern, so geht es um das Erreichbare,
um das praktisch Optimale, was heißt, das Feindstrafrecht sei auf das Erfor-
derliche zu beschränken, dies ganz unabhängig von dem sowieso bestehen-
den Klugheitsgebot, physische Gewalt wegen ihrer korrumpierenden Neben-
wirkungen gering zu halten. Aber was ist erforderlich? Zunächst muss dem
Terroristen eben dasjenige Recht entzogen werden, das er missbräuchlich
für seine Planungen einsetzt, also insbesondere das Recht auf Verhaltens-
freiheit. Insoweit verhält es sich nicht anders als bei der Sicherungsverwahr-
ung, bei der freilich das Problem in aller Regel damit auch erledigt sein
dürfte – wenn der Serientäter sicher verwahrt wird, bricht die Serie ab –,
während ein terroristischer Alleintäter selten sein dürfte und man eine terro-
ristische Vereinigung (oder eine sonst kriminelle Organisation) eben nicht
zerschlagen hat, wenn man ein einzelnes Mitglied ausschaltet. Bei der Siche-
rungsverwahrung ist also die Beschränkung auf den Freiheitsentzug in der
Regel leicht zu leisten; denn mehr bedarf es nicht zur Zweckerreichung.
Aber beim Terroristen (oder sonst kriminell Organisierten) ist diese Be-
schränkung nicht selbstverständlich, wie am wohl heikelsten Fall, dem der
Vernehmung jenseits der Grenzen von § 136a StPO, verdeutlicht sei. Dass

¹⁶ Grundlegend *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des frei-
heitlichen Verfassungsstaates, 1983, S. 34 ff. und passim; *ders.*, in: *ders.* u. a. (Hrsg.),
Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, Allgemeine Grundrechtslehren, 1992, § 111
Rdn. 137 ff.

¹⁷ *Jahn* (Anm. 14), S. 21, 244, 417, 428 ff. und passim, zusammenfassend S. 603 ff. – In der
Diskussion ist vorgetragen worden, selbst ein „Hitler“ sei in einem rechtsstaatlichen
Anforderungen entsprechenden Prozess abzuurteilen und dabei als Person, nicht als
Feind, zu behandeln. Das lässt sich 60 Jahre ex post leicht behaupten, rückt aber die-
jenigen, die seinerzeit wirklich widerstanden haben, in eine Beleuchtung, besser: in eine
Dunkelheit, die niemand weniger verdient hat als eben sie. Den Feind auszuschalten
(oder es zu versuchen) und dem längst ausgeschalteten Feind rechtsstaatliche Garantien
nachzuwerfen, ist zweierlei!

dieser Fall eine polizeirechtliche Problematik betrifft, schlägt nichts: Das Polizeiliche lässt sich nicht aus dem Feindstrafrecht ausklammern.

Ich nähere mich dem Problem über eine noch neue gesetzliche Regelung, die – unabhängig davon, ob sie sich als verfassungsgemäß erweisen wird – das heutige gedankliche „Klima“ der Überlegungen kennzeichnet und die in ihrer systematischen Sprengkraft kaum überschätzt werden kann, nämlich § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes, wonach ein Luftfahrzeug abgeschossen werden darf, „das gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll“. Die Sprengkraft dieser Vorschrift¹⁸ resultiert aus dem Umstand, dass sie nur dann einen sinnvollen Regelungsgegenstand aufweist, wenn – wie bisher einzig beim Widerstandsrecht nach Art. 20 Abs. 4 GG¹⁹ – (in der Sprache des Militärs so genannte) Kollateralschäden in den Kauf genommen werden dürfen, konkreter, der Tod von Passagieren, die für den Konflikt nicht einmal ansatzweise verantwortlich gemacht werden können.

Damit werden diese bürgerlichen Opfer entpersonalisiert; denn ihr Lebensrecht wird ihnen zugunsten anderer genommen. In der Literatur wird versucht, um diese Ungeheuerlichkeit herumzukommen, indem die Aufopferung des Lebens als personale Leistung, als Erfüllung einer Bürgerpflicht am äußersten Rande solcher Pflichten, gedeutet wird²⁰. Diese Deutung ist als theoretischer Entwurf unanfechtbar; im Staat *Rousseaus* wäre sie geradezu selbstverständlich. Aber in einer Gesellschaft, die den Staat als Instrument der Glücksverwaltung der einzelnen Bürger begreift, passt es nicht, wenn einige sich selbst opfern und damit aller Glückserwartungen begeben müssen. Ein Staat in einer solchen Gesellschaft entpersonalisiert, wenn er von nicht Verantwortlichen dieses Opfer verlangt.

Wenn demgemäß der Staat im extremen Notfall sogar gegenüber seinen dafür nicht verantwortlichen Bürgern kein Tabu kennt²¹, sondern das Erforderliche vollzieht, kann er sich bei Maßnahmen zur Vermeidung des extremen Notfalls, die sich gegen Terroristen, also gegen die Urheber des Notfalls, richten, erst recht kein Tabu auferlegen, zumindest nicht innerhalb des Rahmens des Erforderlichen; – *das* ist die systemsprengende Kraft der Vorschrift.

¹⁸ Dazu *Merkel*, *Die Zeit*, Ausgabe 8.7.2004, 33; *Pawlik*, *JZ* 2004, 1045 ff.; *Sinn*, *NStZ* 2004, 585 ff.; *Hartleb*, *NJW* 2005, 1397 ff.

¹⁹ *Jakobs*, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., 1991, 15/4.

²⁰ *Pawlik* (Anm. 18), 1052 ff.; kritisch dazu *Hartleb* (Anm. 18), 1400.

²¹ *Merkel*, wie Anm. 18.

Praktisch wird das dazu führen, dass Terroristen, die zumindest der Planung (§ 129a StGB) überführt sind, auch jenseits der durch § 136a StPO gezogenen Grenzen zur Offenbarung von großen Gefahren gezwungen werden, mehr noch, sie müssen gezwungen werden, weil der Staat wegen seiner Schutzpflicht²² auf kein Mittel verzichten darf, dessen Anwendung sowohl erlaubt als auch klug ist, wobei Strafverfolgung und Gefahrenabwehr durchaus verschwimmen. Die Erlaubnis ist nichts als das Gegenstück der Ingerenzpflicht des Terroristen oder seiner Pflicht zur Verbrechensanzeige (§ 138 StGB). Zwar wird die Erfüllung solcher Pflichten im Strafverfahren üblicherweise nicht erzwungen²³, aber das besagt für den Ausnahmefall nichts. Dass der Staat in diesem Ausnahmefall den Terroristen in voller „Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung“ (§ 136a StPO) über die Erfüllung seiner Pflichten zu entscheiden lassen hätte, während er, der Staat, zur Verhütung eines Maximalschadens notfalls nicht Verantwortliche zu töten hätte, wäre ein allzu ungereimtes Ergebnis²⁴. Es verhält sich ja auch nicht so, als fange jenseits der Grenzen des § 136a StPO unvermittelt der Bereich schlechthin indiskutabler Foltermethoden an. Wenn monatelange oder noch längere Untersuchungshaft wegen Verdunkelungsgefahr der „Freiheit“ einer Aussage nicht entgegensteht, kann § 136a StPO nicht für alle Fälle das letzte Wort sein. Eine wiederum ganz andere Frage ist es, ob es nicht die Klugheit verbietet, alles Mögliche auch einzusetzen. Die Gefahr eines Missbrauchs mag zu groß sein – darauf gehe ich hier nicht weiter ein.

IV.

In dem bislang behandelten Bereich ist die Exklusion des Terroristen Selbstexklusion²⁵: Er hat sich zum Terroristen gemacht oder sonst seine Pflichten

²² *Isensee*, wie Anm. 16.

²³ Grund dafür ist die Verantwortlichkeit des Beschuldigten für seine Verteidigung, damit sich eine Überführung eben auch als sein „Verteidigungskonkurs“ und nicht nur als staatliches Konstrukt darstellen lässt; dazu *Pawlik*, GA 1998, 378 ff., 380 ff.; *Lesch*, ZStW 111 (1999), S. 624 ff., 636 ff.

²⁴ Das ohnehin schwache Argument, die Insassen des Flugzeugs verlören nur eine minimale Spanne ihres Lebens, versagt hier: Kann der Flug vorab unterbunden werden, bleibt eine ungeschmälerzte Spanne. – Insoweit wie hier: *Otto*, JZ 2005, 473 ff., 480.

²⁵ *Jakobs* (Anm. 8), S. 461 f. – Das betrifft jedenfalls die hier behandelten Fälle: Die Ordnung bietet eine Integrationschance, die ohne Aufweis einer vorzugswürdigen Alternative (wobei die Kriterien dafür *hier* nicht dargetan werden können) von einer poten-

nicht erfüllt und wird deshalb im Rahmen des Erforderlichen fremdverwaltet. Dieser Bereich ist rechtsstaatlich weniger heikel; denn der Terrorist kann durch Kooperation der Fremdverwaltung entgehen, jedenfalls im Grundsatz. Rechtsstaatlich erheblich anstößiger verhält es sich, wenn ein Terrorist zur Abwehr von Gefahren herangezogen wird, die nicht von ihm ausgehen. Das ist insbesondere bei seiner Bestrafung in negativ-generalpräventiver Absicht der Fall, wenn also der Terrorist etwa wegen seiner Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung (§ 129a StGB) allein deshalb extrem hart bestraft wird, weil andere Beteiligte abgeschreckt werden sollen, wenn er also nicht wegen *seiner* Gefährlichkeit fremdverwaltet wird, sondern wegen der Deliktsneigung *anderer* Personen, mit anderen Worten, wenn er nicht als potentielle Person, sondern als Teil des Kollektivs der Feinde behandelt wird. Aber das betrifft überhaupt nicht mehr das besondere Problem des Strafrechts gegen Terroristen, sondern allgemein die Straftheorie, bei der nicht nur die negative Generalprävention, sondern auch manches zur Spezialprävention dem Feindstrafrecht nähersteht, als man es geläufig liest.

Zurück zum Terroristen! Seine Bestrafung weit im Vorfeld oder seine harte Vernehmung passen nicht in einen perfekten Rechtsstaat; aber der Abschuss eines Verkehrsflugzeugs passt auch nicht dorthin. Beides gehört zum Recht der Ausnahme, wie seinerzeit die Kontaktsperre als Recht der Ausnahme geschaffen wurde, zunächst sogar *praeter legem*, was übrigens lehrt, dass der Staat dem Dilemma nicht entkommt, indem er auf Regelungen verzichtet: Die Ausnahme stellt sich sowieso ohne sein Zutun ein, und das passende Recht wird sich dann schon finden.

Wenn der Staat aber eine Regelung trifft, sollte er zwischen dem, was nur dem Feind gilt, sei dieser Terrorist oder ein anderer gewichtig und hartnäckig tätig Dissentierender, und dem anderen, was auch dem Bürger gilt, sauber unterscheiden, weil ansonsten das Feindstrafrecht das Bürgerstrafrecht kontaminiert. Diese Trennung der Bereiche setzt freilich voraus, dass der Staat diejenigen Täter, bei denen sich zumindest in einem gewichtigen Bereich die Vermutung rechtstreuen Verhaltens nicht aufrechterhalten lässt, offen als das bezeichnen und behandeln kann, was sie sind, nämlich zumindest bereichsweise Feinde. Bis zu 10 Jahre Freiheitsstrafe für die bloße Mit-

tiellen Person aus Gründen nicht genutzt wird, die dieser selbst zuzuschreiben sind. *Kantisch*, wer sich nicht unter eine bürgerliche Verfassung bringen lässt, von dem muss man sich schon „wegen der Gesetzlosigkeit seines Zustands (*statu iniusto*)“ trennen (Zum ewigen Frieden, in: *Weischedel* [Hrsg.], Immanuel Kant, Werke in sechs Bänden, Bd. VI, 1964, S. 191 ff., 203).

gliedschaft in einer terroristischen Vereinigung oder verdeckte Ermittlungen oder Lauschangriffe oder Untersuchungshaft wegen Wiederholungsgefahr und anderes mehr sind nicht *per se* Attacken auf den Rechtsstaat, sondern nur dann, wenn sie im Mantel eines bürgerlichen Schuldstrafrechts oder eines ordentlichen Strafverfahrens daherkommen. Wer freilich nur den permanenten – *sit venia verbo* – Schönwetter-Rechtsstaat anerkennt, verleitet den wirklichen Staat dazu, die zu seinem Überleben in einer schmutzigen Welt nun einmal notwendigen Ausnahmen als Regeln zu tarnen und dadurch zu verdunkeln, was eigentlich die Regel und was die Ausnahme ist; anders formuliert, der imperfekte Rechtsstaat stellt sich durch einen ideologischen Wortgebrauch als perfekt dar. Diese Unterschätzung der Komplexität der staatlichen Wirklichkeit ist gefährlich, weil sie den Blick dafür raubt, wann das Strafrecht auf dem gesicherten Boden des Bürgerstrafrechts steht und wann auf dem durchaus schlüpfrigen des Feindstrafrechts.

Ich komme nochmals auf die eingangs gestellte Frage zurück: Kann mit den Mitteln eines rechtsstaatlichen Strafrechts Krieg gegen den Terror geführt werden? Ein *alles* umfassender Rechtsstaat könnte diesen Krieg nicht führen; denn er müsste seine Feinde als Personen und dürfte sie demgemäß nicht als Gefahrenquellen behandeln. Beim praktisch optimalen Rechtsstaat verhält es sich anders, und das bringt ihm die Chance, nicht an den Attacken seiner Feinde zu zerbrechen.