

Feindstrafrecht

Eine philosophische Analyse

Dissertation zur Erlangung des Grades des Doktors der Philosophie (Dr. phil)

an Fakultät für Geisteswissenschaften
der Universität Hamburg

vorgelegt von

Stefan Kratz

Hamburg, März 2021

Vorsitzender der Prüfungskommission: Prof. Dr. Matthew Braham

Gutachter: Prof. Dr. Peter Niesen

Gutachter: Prof. Dr. Thomas Schramme (Universität Liverpool)

Datum der Disputation: 15. Dezember 2021

Eidesstattliche Erklärung

Ich, Stefan Kratz, versichere hiermit an Eides statt, dass ich die vorliegende Arbeit selbst verfasst und keine anderen Hilfsmittel als die angegebenen verwendet habe. Die Arbeit wurde bisher weder in einem früheren Promotionsverfahren angenommen noch als ungenügend bewertet.

Hamburg, März 2024

Stefan Kratz

Vorwort

Für die Unterstützung und zahlreichen Vorschläge und kritischen Anmerkungen zur Verbesserung meiner Arbeit danke ich den Betreuern meiner Dissertation Prof. Dr. Peter Niesen und Prof. Dr. Thomas Schramme. Auch möchte ich mich sehr herzlich bei meiner Schwester Gabriele Kratz, André Martens und Martina Maria Wozniok für das Korrekturlesen bedanken. Ein besonderer Dank gilt Dörthe Schaiper, die mir einige juristische Fachfragen beantwortet hat. Weiterhin möchte ich allen Freunden und Familienangehörigen für Ihre Anregungen und mentale Unterstützung danken.

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Einleitung und Begriffsklärung

| | |
|---|----|
| A. Einleitung | 6 |
| B. Günther Jakobs' Feindstrafrecht | 10 |
| C. Der Feindbegriff | 14 |
| I. Der Feind im historischen Kontext..... | 14 |
| II. Schmitts Feindschaft zwischen Staaten..... | 16 |
| III. Al-Wala' wa-l-bara', ein religiöses und politisches Konzept..... | 18 |
| IV. Zusammenfassung..... | 24 |
| V. Analyse des Feindbegriff..... | 25 |
| 1. Das Zielobjekt „Feind“..... | 25 |
| 2. Zum Feind erklären..... | 27 |
| 3. Den Feind bekämpfen..... | 27 |
| 4. Rechtfertigung von Feindschaft..... | 29 |
| 5. Zusammenfassung..... | 31 |
| D. Das Phänomen Terrorismus | 32 |
| I. Handlungsmotive von Terroristen..... | 35 |
| 1. Motiv Rache..... | 36 |
| 2. Das Motiv Einschüchterung..... | 37 |
| 3. Das Motiv Medienpräsenz..... | 38 |
| 4. Das Motiv Destabilisierung..... | 39 |
| 5. Propaganda durch Gewalt..... | 41 |
| II. Terrorismus als Organisation..... | 42 |
| 1. Terrorismus und organisierte Kriminalität..... | 43 |

| | |
|---------------------------------------|----|
| 2. Terrorismus und Guerillakampf..... | 45 |
| III. Zusammenfassung..... | 49 |

Kapitel 2

Jakobs' Rechtsphilosophie und Strafrechtskonzeption

| | |
|--|-----------|
| A. Jakobs' gesellschaftsorientierte Perspektive auf das Recht..... | 50 |
| I. Jakobs theoretische Wurzeln..... | 52 |
| II. Ein kurzer Überblick über die systemtheoretische Rechtsauffassung..... | 54 |
| B. Individuum, Person, Rechtsperson und Nicht-Person..... | 57 |
| I. Individuum..... | 59 |
| II. Person..... | 59 |
| III. Rechtsperson..... | 66 |
| IV. Formelle und materielle Rechtsperson..... | 69 |
| V. Nicht-Person und Nicht-Rechtsperson..... | 71 |
| 1. Schuldunfähige..... | 72 |
| 2. Fremde als Nicht-Person..... | 74 |
| 3. Entpersonalisierung aufgrund einer Notsituation..... | 76 |
| VI. Zusammenfassung..... | 78 |
| C. Jakobs zur positiven Generalprävention, Schuld und Strafe..... | 79 |
| I. Positive Generalprävention..... | 80 |
| II. Schuld..... | 87 |
| III. Strafe..... | 94 |
| 1. Strafe gehört zu jeder Rechtsnorm..... | 96 |
| 2. Strafe dient der Sicherheit der Bevölkerung..... | 101 |
| IV. Zusammenfassung..... | 103 |

Kapitel 3

Feinde nach dem Feindstrafrecht

| | |
|---|-----|
| A. Feinde der Rechtsgemeinschaft | 105 |
| I. Rechtspersonen und Feinde..... | 107 |
| II. Feinde als Nicht-Rechtspersonen..... | 110 |
| III. Wer ist ein Feind?..... | 115 |
| B. Kriminelle und Terroristen als Nicht-Personen und Feinde | 119 |
| I. Der Gewohnheitsverbrecher als Feind..... | 122 |
| II. Der organisierte Kriminelle als Feind..... | 125 |
| 1. Der Begriff organisierte Kriminalität..... | 125 |
| 2. Sind organisierte Kriminelle nach Merkel Feinde?..... | 128 |
| 3. Mitglieder einer kriminellen Organisation und ihre Verantwortung..... | 129 |
| 4. Organisierte Kriminelle als Feinde des Jakobsschen Feindstrafrechts..... | 133 |
| 5. Bekämpfung organisierter Kriminalität als Zweck des Feindstrafrechts... | 135 |
| III. Terroristen als Feind..... | 138 |
| 1. Der Begriff Terrorismus nach Merkel..... | 140 |
| 2. Die Rechtfertigung der Feinderklärung nach Merkel..... | 141 |
| 3. Verwendung von „inimicus“ und „hostis“ bei Jakobs und Merkel..... | 144 |
| 4. Begriff des Terrorismus und die Feindzuschreibung nach Jakobs..... | 146 |
| 5. Die Wirkung des Feindstrafrechts bei der Terrorismusbekämpfung..... | 150 |
| 6. Zusammenfassung..... | 153 |

Kapitel 4

Feindbekämpfung und Feindbegriff

| | |
|---|-----|
| A. Feindbekämpfung durch das Feindstrafrecht | 155 |
| B. Symptome eines Feindstrafrecht | 157 |

| | |
|--|------------|
| I. Hohe Strafen und Einschränkung von Prozessgarantien..... | 158 |
| II. Vorverlagerung..... | 161 |
| III. Kritik an der Analyse des Feindstrafrechts anhand der Symptome..... | 164 |
| C. Feindstrafrecht in der Praxis..... | 165 |
| I. Feindstrafrechtliche Praxis in verschiedenen Ländern..... | 167 |
| 1. Gibt es ein Feindstrafrecht in den USA und in Russland?..... | 167 |
| 2. Feindstrafrecht in Kolumbien..... | 170 |
| II. Zusammenfassung..... | 172 |
| D. Feindbegriff und Feindstrafrecht..... | 173 |
| I. Zur Einseitigkeit der Feinderklärung..... | 173 |
| II. Zum Zielobjekt „Feind“..... | 175 |
| 1. Partialfeinde..... | 176 |
| 2. Feindschaft aufgrund der Quantität und Qualität von Taten..... | 178 |
| 3. Potentielle Täter und Schreibtischtäter..... | 179 |
| 4. Täter mit „falscher“ Gesinnung..... | 181 |
| 5. Zusammenfassung..... | 182 |
| III. Zur Rechtfertigung der Feinderklärung..... | 183 |
| E. Zusammenfassung und Rückblick..... | 186 |

Kapitel 5

Jakobs' Bringschuld und der Feind im Naturzustand

| | |
|--|------------|
| A. Jakobs' „Bringschuld“ der Rechtsperson..... | 191 |
| I. Jakobs' Begriff „Bringschuld“..... | 193 |
| B. Hobbes und Jakobs zur Gründung einer Rechtsgemeinschaft..... | 198 |
| I. Hobbes zur Gründung eines Gemeinwesens..... | 198 |
| II. Jakobs zur Entstehung einer Gesellschaft..... | 201 |
| III. Die Legitimation des Souveräns bei Hobbes..... | 206 |
| IV. Hobbes zur Legitimation von Feindschaft..... | 209 |

| | |
|---|------------|
| V. Die Legitimation des Rechtspersonenstatus bei Jakobs..... | 213 |
| VI. Zusammenfassung..... | 217 |
| C. Rechtspersonen als Sicherheitsgarantie | 219 |
| I. Von der Bringschuld zum Gesinnungsstrafrecht..... | 222 |
| II. Straftaten, Schuld und Bringschuld..... | 225 |
| III. Die Bringschuld der Bürger gegenüber dem Staat..... | 227 |
| IV. Erwartungen von Staat und Rechtspersonen..... | 229 |
| D. Dient Jakobs' Modell der Erklärung gesellschaftlicher Komplexität?..... | 231 |
| E. Zusammenfassung..... | 236 |
| | |
| Schlussbetrachtung..... | 239 |
| | |
| Literaturverzeichnis..... | 242 |
| | |
| Anhang..... | 258 |
| Kurzfassung..... | 258 |
| Summary of Results..... | 259 |

Kapitel 1

Einleitung und Begriffsklärung

A. Einleitung

In dieser Arbeit geht es um das Feindstrafrecht. Der Begriff „Feindstrafrecht“ wurde von dem Strafrechtler und Rechtsphilosophen Günther Jakobs eingeführt. Dieser Autor soll auch vorrangig besprochen werden. Das Feindstrafrecht dient einer rechtlich legitimierten Verfolgung von Feinden. Nach Jakobs' Konzeption sollen diejenigen mit rechtlichen Mitteln als Feinde bekämpft werden, die das Miteinander in einer Gesellschaft und die Regeln des Zusammenlebens dauerhaft stören. Was mit diesen Störungen konkreter gemeint ist und wer ein Feind sein soll, wird u. a. in dieser Arbeit besprochen.

Die Idee des politischen und gesellschaftlichen Feindes ist wieder aktueller. Nachdem es um die Jahrtausendwende eher so aussah, als würde nach dem Ende des Ostblocks ein Wirtschaftsliberalismus sämtliche politischen und gesellschaftlichen Gegensätze eibebnen, hat man nun den Eindruck, die Zeiten des „ewigen Gesprächs“, wie Schmitt die Diskussionskultur in liberalen Demokratien diffamierte, seien vorbei (Schmitt 1961: S. 46). Aktuelle politische Ereignisse erwecken den Eindruck, man führe keine Diskussionen miteinander, sondern man bekämpfe sich als Feinde. Es gehe um die Durchsetzung der eigenen Position und die Unterdrückung aller anderen. Vielleicht war der 11. September 2001 eine Zäsur. Mit den islamistischen Tätern als Auslöser hatten konservative und rechtsextreme Kräfte einen neuen Feind. Im Kontext der Demonstrationen der „Patriotischen Europäer gegen die Islamisierung des Abendlandes“, kurz PEGIDA, hat sich eine rechte Bewegung etabliert, die ein neues Feindbild entdeckte: den Islam.

Neuere Ereignisse in der Bundesrepublik zeigen, dass sich politische und gesellschaftliche Gruppen bilden, die ihre Gegner eher bekämpfen, als dass sie mit ihnen sprechen wollen. Beispielsweise verändert die Gründung der AfD und deren Einzug in die Parlamente die politische Landschaft. Ein Teil ihrer Mitglieder und deren politischen Umfeldes sind offensichtlich nicht an Diskussionen und einem ernsthaften Meinungs austausch interessiert. Deren Politikverständnis gründet vor allem auf Konfrontation. Deutlich wurde der Konfrontationskurs mit einer Aktion im Reichstag. Rechtspopulistische Aktivisten, die als Besucher durch die Einladung von AfD-Abgeordneten Zugang in den Reichstag bekamen, bedrängten Abgeordnete in Bezug auf ihre Abstimmung zum Impfgesetz und beschimpften

diese. Eines der Opfer war Wirtschaftsminister Altmeier (Neuerer 2020: Abs. 2, 11 u. 14-16). Diese Szenen wurden von den Aktivisten gefilmt und für ihr Klientel medienwirksam im Internet veröffentlicht (Neuerer 2020: Abs. 10, 11 u. 13). Allerdings geben sich konventionelle Medien auch nicht immer viel Mühe, merkwürdige Verschwörungstheorien und absurde Polemiken zu widerlegen. Als der Schlagersänger Michael Wendler zu den Corona-Leugnern wechselte und mit drastischen Vergleichen die Politik der Bundesregierung kritisierte, wurden seine Auftritte als Juror in einem bekannten TV-Format einfach komplett herausgeschnitten. Der Sender RTL reagierte zunächst mit einer Distanzierungserklärung zu Beginn einer Sendung auf die Thesen des Sängers und er war als verpixelte „wendlerförmige Wolke“ in missglückter wegretuschierter Form zu erahnen (Rützel 2021: Abs. 4). In den folgenden Sendungen tilgte der Sender jede Aufnahme des Jurymitglieds vollständig. Hier zeigt sich als „Symptom“ eine unheilvolle Entwicklung. Während sich eine Minderheit mit teilweise krassen Vergleichen aus der deutschen Geschichte und radikalen Positionen zu aktuellen Ereignissen aus einer gemeinsamen Diskussion unter allen Gesellschaftsmitgliedern verabschiedet hat, reagiert die Mehrheitsgesellschaft größtenteils mit Ignoranz statt mit Dialog. Informiert durch je eigene Medien, entstehen Öffentlichkeiten mit nahezu keinen Schnittmengen mehr.

Die politische und gesellschaftliche Auseinandersetzung ist zunehmend von Feindbildern statt von einer politischen Diskussion miteinander geprägt. Bekämpfung durch gegenseitige Diffamierungen und Ausgrenzungen statt eine gemeinsame Diskussion sind nun verbreiteter als noch vor einigen Jahren. Das zeigt sich auch in den aggressiven Verunglimpfungen von politisch Andersdenkenden im Internet. So wurde die Grünen-Politikerin Renate Künast im Netz Opfer „derbster, sexualbezogener Beschimpfungen“ (Müller-Neuhof 2020: Abs. 10).

Auch politische Eliten, besonders in autoritär geführten Staaten, nutzen Feindbilder für ihre Politik. So arbeitete der ungarische Ministerpräsident Viktor Orbán im Wahlkampf 2018 mit Vorurteilen. „Zur Sicherung seiner Macht hat Orbán zudem ein Feindbild konstruiert, ein Bedrohungsszenario von außen: die Massenmigration aus dem islamischen Raum“ (Pelikan 2018: Abs. 13). Außerdem griff er eine alte Verschwörungstheorie auf: die jüdische Hochfinanz. Dieser Feind manifestiere sich in dem jüdischen Investor George Soros, der Ungarn mit einem sogenannten „Soros-Plan““ schädigen wolle (Pelikan 2018: Abs. 14). Politische Gegner werden auch mit juristischen Mitteln bekämpft. So konstruierte die russische Justiz immer neue Anklagepunkte gegen den Oppositionspolitiker Alexei Anatoljewitsch Nawalny (vgl. Pleines u. Lederer 2016: S. 1-9). Die Aktionsgruppe

„Pussy Riot“ wurde wegen „Rowdytum“ zu mehrjährigen Haftstrafen verurteilt (von Gall 2012: S. 2-3).

Gerade in diesem gesellschaftlichen und politischen Kontext ist auch eine im Recht umgesetzte und damit staatlich autorisierte Feindschaft bedenklich. Mitte der 1980er-Jahre führte der Rechtsphilosoph und Strafrechtler Günther Jakobs den Begriff „Feindstrafrecht“ ein. Würde diese Rechtsform eingeführt, so dürften Feinde von Rechtssubjekten abgegrenzt und mit rechtlichen Mitteln bekämpft werden. Der Sinn des Feindstrafrechts ist, Menschen auch mit solchen rechtlichen Mitteln zu behandeln, die bei einem Bürger nicht erlaubt sind. Eines davon ist unlimitierte Unterbringung in geschlossenen Anstalten. Diese Unterbringung soll so lange anhalten, bis der Gesicherte sein Verhalten ändert und nicht mehr als Feind gelten kann. Bei Jakobs soll diese Form des Rechts bei Terroristen und Mitgliedern der organisierten Kriminalität angewendet werden (vgl. Jakobs 1999: S. 52, Jakobs 2004a: S. 92). Allerdings ist es immer eine Angelegenheit des Gesetzgebers und der Judikative, wer – falls es ein Feindstrafrecht tatsächlich gibt – bekämpft werden soll. Es handelt sich um eine normative Entscheidung nach eigener Beurteilung der für das Landesrecht Zuständigen. So befürchtet Rechtswissenschaftler Ambos, dass „[m]it der Überzeichnung der Gefährlichkeit des ‚Feindes‘ und der durch ihn drohenden Gefahr [...] auch die rechtliche Entpersonalisierung [...]“ zunimmt“ (Ambos 2006: S. 19). Abgesehen von der Frage, ob es sinnvoll ist, Terroristen und Kriminelle als Feinde zu behandeln, kann gerade in autoritären Regimen eine solche Rechtsform ausgenutzt werden, um unliebsame Konkurrenten mit rechtlichen Mittel auszuschalten. Und selbst in Demokratien besteht die Gefahr, dass begründete oder unbegründete Ängste gegenüber Minderheiten durch rechtlich legitimierte Feindschaften beantwortet werden und der Rechtsstaat ein Stück weit seine rechtlichen Grundlagen in Form des Strafrechts aufgibt. Auch ist zu befürchten, dass mit dieser Rechtsform der oben beschriebene Zeitgeist, Andersdenkende und Gegner eher auszugrenzen, als mit ihnen zu sprechen und sie zu integrieren, staatlich legitimiert umgesetzt wird.

Die vorliegende Arbeit ist eine rechtsphilosophische Auseinandersetzung mit Jakobs' Feindstrafrecht. Die Diskussion um das Feindstrafrecht begann Mitte der 2000er Jahre und ist bis heute nicht beendet. Noch im Jahr 2019 hat der Rechtsphilosoph Reinhard Merkel mit *Feindstrafrecht. Zur kritischen Rekonstruktion eines produktiven Störenfrieds in der Begriffswelt des Strafrechts* einen längeren Aufsatz zu diesem Thema veröffentlicht. Eine umfangreiche Arbeit von einer strafrechtlichen Perspektive auf das Feindstrafrecht ist Geraldine Louisa Morguets *Feindstrafrecht. Eine kritische Analyse* aus dem Jahr 2009. Auffällig ist, dass in der Diskussion um das Feindstrafrecht kaum auf Jakobs'

Strafrechtskonzeption und seine spezielle Interpretation des Begriffs „Person“ eingegangen wird. Die Konzeption und der Begriff sind meiner Ansicht nach wichtig für das Verständnis von Jakobs' Version des Feindstrafrechts. In meiner Arbeit habe ich die von Jakobs in einzelnen Büchern und Aufsätzen vertretenen Positionen zu Themen des Strafrechts wie Strafe, Schuld, Prävention, die meiner Ansicht nach wichtig für das Verständnis des Feindstrafrechts sind, in einem Gesamtbild rekonstruiert (vgl. Kapitel 2 B. u. C.). Die Entwicklung des Feindstrafrechts aus Jakobs' Analysen zu anderen strafrechtlich relevanten Themen soll verdeutlichen, dass das Feindstrafrecht aus manchen von Jakobs' Ansichten zum Strafrecht folgt und Jakobs' Distanzierung zu seiner eigenen Kreation, dem Feindstrafrecht, nicht konsequent ist. Jakobs behauptet, er würde nur „beschreiben“, wie sich das Strafrecht entwickelt hat, es ginge um „Bestandsaufnahmen“ (Jakobs 2006a: S. 289). Es wird durch mein Vorgehen, das Feindstrafrecht aus Jakobs' Rechtsphilosophie zu entwickeln, deutlicher, was der Begriff „Feindstrafrecht“ nach Jakobs' Rechtsverständnis bedeutet.

Die Arbeit soll – neben der Analyse und Kritik von Jakobs' Position zu Strafrecht und Feindstrafrecht – auch einen Beitrag zum Feindstrafrechtsbegriff als Werkzeug für die Beurteilung von strafrechtlichen Fällen leisten. Jakobs' Konzept eignet sich auch zu Untersuchungen, ob durch ein rechtliches Verfahren ein Mensch als Feind aufgefasst wird. Wird bei einem bestimmten aktuellen oder historischen Prozess mit feindstrafrechtlichen Mitteln vorgegangen oder ist dieser auf eine andere Weise zu beurteilen? Es wird sich zeigen, dass die Bekämpfung, nicht die Bestrafung mit rechtlichen Mitteln, das entscheidende Merkmal des Feindstrafrechts ist. Einige aktuelle Fälle sollen verdeutlichen, was feindstrafrechtliche Methoden und was keine sind (vgl. Kapitel 4 C.).

Weiterhin gehe ich auf verschiedene Gruppen – wie Terroristen und Kriminelle – ein, die laut Jakobs Kandidaten für eine feindstrafrechtliche Behandlung sind. Es zeigt sich, dass die Beurteilung letztlich immer auf eine normative Entscheidung des Gesetzgebers und dann der Judikative hinausläuft und nicht allein auf Fakten über das Verhalten dieser Gruppen gründet (vgl. Kapitel 3 B.). Im letzten Kapitel betrachte ich noch einmal kritisch Jakobs' Auffassungen zu einer Rechtsgemeinschaft und die Anforderungen, die rechtlich an deren Mitglieder gestellt werden. In diesem Zusammenhang werden Jakobs' Auffassungen zur Gesellschaft und Rechtsgemeinschaft mit denen von Thomas Hobbes verglichen. Jakobs nutzt Hobbes' Darstellungen des Staatsfeindes zur Verdeutlichung seiner eigenen Position. Jakobs geht in seinen Schriften immer wieder auf Klassiker der politischen Theorie wie Hobbes, Kant, Hegel und Rousseau ein. Allerdings werden deren Theorien selten umfassend behandelt, sondern häufig nur einzelne Argumente oder Zitate in seine Konzeptionen und

Ausführungen integriert oder er stellt die Positionen der Autoren auf nur wenigen Seiten dar.¹ Auch fehlt in der Regel eine Auseinandersetzung mit neuerer Literatur über diese Autoren.

In den nun folgenden Ausführungen wird zunächst Jakobs' Feindstrafrecht kurz vorgestellt. Es folgt ein historischer Überblick über die Entwicklung von Feindschaft im rechtlichen und politischen Kontext. Dann stelle ich mein eigenes Konzept von Feindschaft vor. Das Kapitel endet mit einer Untersuchung zum Phänomen Terrorismus. Der Terrorismus spielt im Zusammenhang des Feindstrafrechts eine größere Rolle. Zum einen wird von Jakobs der Terrorist als ein feindstrafrechtlich zu bekämpfender Feind angesehen. Zum anderen gilt die Gesetzgebung zum Terrorismus nach den §§ 129a und 129b StGB, u. a. wegen der sie enthaltenden Vorverlagerung, als eines der Musterbeispiele für feindstrafrechtliche Elemente im deutschen Strafrecht.

B. Günther Jakobs' Feindstrafrecht

Den Begriff „Feindstrafrecht“ führte Rechtsphilosoph und Strafrechtler Günther Jakobs als eine besondere strafrechtliche Form neben dem „gewöhnlichen“ Strafrecht – auch als „Bürgerstrafrecht“ bezeichnet – in den 1980er Jahren ein. Jakobs wurde 1937 geboren und lehrte bis zu seiner Emeritierung in Bonn am rechtsphilosophischen Seminar. Einem breiteren rechtswissenschaftlich interessierten Publikum wurde Jakobs mit seinen Ausführungen über den Funktionalismus und zum Feindstrafrecht bekannt.

Das Feindstrafrecht soll eine in Rechtsnormen umgesetzte und somit staatlich legitimierte Feindbekämpfung sein. Mittels Feindstrafrecht werden Rechtssubjekte von Feinden separiert. Die Letzteren sollen aufgrund ihres Verhaltens und / oder ihrer Einstellung zum Recht aus der Öffentlichkeit verbannt und als Feinde behandelt werden. Dies geschieht beispielsweise durch Sicherungsverwahrung. Ziel ist keine Bestrafung von unerwünschten Verhalten oder Taten nach dem Strafrecht, sondern Menschen werden als Nichtstraffähige betrachtet. Diese Sonderbehandlung begründet Jakobs mit deren Haltung zum Recht. Angeblich ist eine Be- und eventuelle Verurteilung nach üblichem Recht, das für Bürger gilt, bei manchen Menschen wirkungslos, so dass nur der Ausweg des Entfernens aus der Gesellschaft, durch beispielsweise Sicherungsverwahrung, zu bleiben scheint.

Ziel des Feindstrafrechts ist laut Jakobs die „Gefahrenabwehr“ (Jakobs 2006a: S. 296). Es diene der Sicherheit innerhalb eines Landes und der Verwirklichung des Rechtsstaates (vgl.

¹ So wird Hegels Rechtsphilosophie auf 5 ½ Seiten in *Kritik des Vorsatzbegriffs* zusammengefasst (vgl. Jakobs 2020: S. 15-20).

Jakobs 2004a: S. 93). Zur Ermöglichung und Bewahrung der Gesellschafts- und Rechtsordnung werden Menschen mittels einer bestimmten Rechtsprechung zu Feinden erklärt und bekämpft. Sie verlieren ihren rechtlichen Status als Bürger und somit auch die rechtlichen Garantien. Garantien, die einem Bürger zustehen. Dazu gehören ein Anrecht auf Privatsphäre und Freiheit der Person. Diese Behandlungen als Feinde darf nach Jakobs nicht Bestandteil des „normalen“ Strafrechts für Bürger, Personen im Recht, sein. Sie muss im gesonderten Feindstrafrecht untergebracht werden. Das Strafrecht im herkömmlichen Sinn nennt Jakobs – wie erwähnt – zur Differenzierung Bürgerstrafrecht. „Bürgerstrafrecht erhält die Normgeltung, Feindstrafrecht [...] bekämpft Gefahren [...]“ (Jakobs 2004a: S. 90). Die Unterscheidung zwischen zwei gesetzlichen Formen rechtfertigt Jakobs auch mit der Verpflichtung der Bürger, sich für „ihr“ Recht einzusetzen und es einzuhalten. Das wäre eine Voraussetzung für das Bürgersein. Eine Voraussetzung, welche die erklärten Feinde nach dem Feindstrafrecht laut Jakobs nicht erfüllen. Jakobs nennt diese Verpflichtung „Bringschuld“ (Jakobs 2006a: S. 293, S. 294; vgl. Kapitel 5 A.).

Im Laufe der Jahre änderte Jakobs seine Darstellungsweise des Konzeptes „Feindstrafrecht“ von einer mehr kritisch deskriptiven zu einer eher verteidigenden befürwortenden (vgl. Ambos 2006: S. 12-14; vgl. Hawickhorst 2011: S. 202-205). Jakobs' eigene Einstellung zum Feindstrafrecht scheint ambivalent. Einerseits betone Jakobs nach Juristin Geraldine Louisa Morguet auf dem Aachener Strafverteidigertag 2005, dass er nur eine strafrechtliche Entwicklung beschreibe (vgl. Morguet 2009: S. 66). Auf einer Strafverteidigertagung 2006 in Frankfurt am Main lehne er sogar eine positive „[...] Verwendung des Feindstrafrechtsbegriffes vehement ab“ (Morguet 2009: S. 71). Er erwähnt den Umgang mit Gefangenen in Guantanamo als „Idealtyp“ des Feindstrafrecht, den er als deutscher Strafrechtler nicht ernsthaft befürworten kann (Jakobs 2017a: S. 294). Folter lehnt er auch ab, die eventuell durch das Absprechen der Bürgerrechte legitimiert werden könnte (vgl. Morguet 2009: S. 71). Andererseits findet sich so mache Formulierung in Jakobs' Werk, die für eine positive Bewertung des Feindstrafrechts spricht.² Morguet nennt zwei Gründe, die gegen eine neutrale, deskriptive Deutung sprechen würden und die ihrer Ansicht nach den „affirmativen“ und nicht „deskriptiven“ Umgang nahelegten (Morguet 2009: S. 66). Jakobs behauptete, dass die Einführung eines Feindstrafrechtes alternativlos sei, es wäre der „einzig begehbare[] Weg“, um bestimmten Rechtsbrüchen zu begegnen (Morguet 2009: S. 68). So stelle er feindstrafrechtliche Maßnahmen als unumgänglich hin und nicht als eine Möglichkeit neben

² Beispielsweise: „Eine Gesellschaft, die nicht in der Lage ist, ihre Feinde – ich wiederhole einen oft gerügten Ausdruck – kaltzustellen, geht unter, und wenn sie nicht untergeht, zeigt das, dass sie doch dazu in der Lage ist (auch wenn sie den Vorgang schamlos anders nennt)“ (Jakobs 2017a: S. 298).

anderen, mit bestimmten gesellschaftlichen Phänomenen strafrechtlich umzugehen (vgl. Morguet 2009: S. 69). Des Weiteren deute eine „emotionale Ausdrucksweise“ auf eine Zustimmung hin. Diese zeige sich mit dem Gebrauch von Wörtern wie z. B. „kaltstellen“ oder „Unperson“ gegenüber den vermeintlichen Feinden (Morguet 2009: S. 69).

Ein weiteres Argument für eine Ablehnung des Feindstrafrechts führt Morguet im Zusammenhang mit Jakobs' Kritik an der Rechtsgutslehre an (vgl. Morguet 2009: S. 72-73).³ In seinem ersten Aufsatz aus dem Jahr 1985 zum Thema wird die Einführung des Feindstrafrechts als Konsequenz aus dem Rechtsgüterschutz abgeleitet.⁴ Für Jakobs ist der Rechtsgüterschutz aber nicht der eigentliche Zweck des Strafrechts, sondern die positive Generalprävention (vgl. Jakobs 2004b: S. 31).⁵ Nach Morguet könnte diese Kritik auch auf eine Ablehnung des Feindstrafrechts hindeuten (vgl. Morguet 2009: S. 74).

Beim Lesen von Jakobs Schriften entsteht eventuell der Eindruck, Jakobs verwende die teilweise aggressive Sprache und die drastischen Formulierungen in ironischer Weise. Seine Absicht wäre dann, den Befürwortern des Feindstrafrechts einen Spiegel vorzuhalten. So wie die Künstlergruppe Laibach mit totalitären Symbolen spielt, um auf totalitäres Denken aufmerksam zu machen, nutze Jakobs die Sprache konservativer Scharfmacher.⁶ In einem wissenschaftlichen Umfeld ist aber kein Raum für ironische Darstellungen, besonders dann nicht, wenn sie nicht eindeutig als solche zu erkennen sind. Jakobs wird auch nicht in der Weise verstanden.

Ein weiterer wichtiger Grund, der für die affirmative Position spricht, ist die Systematik und Konzeption von Jakobs' Rechts- und Gesellschaftsauffassung. Jakobs Ausführungen haben

³ „Noch nie hat eine Strafe ein verletztes Gut wieder in einen integeren Zustand zurückversetzt, aber Normgeltung lässt sich durch Strafe erhalten“ (Jakobs 2013: S. 88).

⁴ „Das Feindstrafrecht optimiert Rechtsgüterschutz, das bürgerliche Strafrecht optimiert Freiheitssphären“ (Jakobs 1985: S. 756).

⁵ „Es geht dann unmittelbar um die Erhaltung (nicht: Verbesserung) der durch die schuldhafte Tat in Gefahr gebrachten Normgeltung und nur dadurch mediatisiert um Güterschutz, *mit anderen Worten, die Normgeltung ist das eigentliche Strafrechtsgut*, ihrer Erhaltung gilt die Strafe unmittelbar. Das üblicherweise ‚Rechtsgut‘ genannte Gut – Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum, etc. – ist nur ein Normmotiv, eine Zielvorstellung“ (Jakobs 2012b: S. 20, kursiv im Original).

⁶ Laibach, auch Neue Slowenische Kunst (NSK) genannt, ist ein Künstlerkollektiv, das seit den 1980er-Jahren mit provokanten Aktionen auf sich aufmerksam macht. Die Auftritte erinnern in ihrer Ästhetik an faschistische Aufmärsche oder an die Selbstinszenierungen ehemaliger Ostblockstaaten. „Es war die Verweigerung einer eindeutigen Positionierung zu dem von ihr verkörperten ‚Totalitarismus‘ sowie die kollektive und damit latent bedrohlich wirkende Organisationsform der NSK, die den Einzelnen zu einer ständigen Überprüfung der eigenen politischen Haltung zwang“ (Arns 2011: Abs. 9).

einen deskriptiven Charakter, wenn man seine Ausführungen als Offenlegungen feindstrafrechtlicher Tendenzen, die in vielen Ländern der Erde zu finden sind, versteht (vgl. Sinn 2006: S. 108 -112). Seine Interpretationen zur „Person“ und zur Funktion des Strafrechts für die Gesellschaft legen aber eine Befürwortung des Feindstrafrechts nahe. So folgt aus seiner Darstellung zur Normativität einer Gesellschaft im Allgemeinen und zur Rechtsnormativität im Besonderen, dass Personen bzw. Rechtspersonen rechtlich geschützt sind, solange sie sich an die Normen und Rechtsnormen von Gesellschaft und Staat im Großen und Ganzen halten. Tun sie das in einem gewissen Ausmaß nicht, so können sie aus dem Kreis der Rechtspersonen ausgeschlossen und als Feinde bekämpft werden. Diese Interpretationen, die Jakobs in verschiedenen Aufsätzen und in seinem Buch *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie* erläutert, werden in keiner Weise kritisch dargestellt. Darauf wird noch ausführlich eingegangen (vgl. Kapitel 2 B., Kapitel 3 A. und Kapitel 5 A. und C.).

Zusammenfassend stelle ich zur Einstellung von Jakobs zu seinem eigenen Begriff „Feindstrafrecht“ fest, dass Jakobs in einzelnen Statements das Feindstrafrecht ablehnt, in seiner Argumentation das Feindstrafrecht allerdings immer wieder rechtfertigt. Eine deskriptive Darstellung würde wie folgt aussehen: Jakobs stellt das Feindstrafrecht kurz dar, also was mit dem Begriff gemeint ist, und er zeigt anhand historischer Entwicklungen des Rechts (im In- oder Ausland) und anhand einzelner Gesetze, dass mancher Umgang mit dem Recht und einzelne Gesetze dem Feindstrafrecht zuzuordnen sind. Tatsächlich folgt aber in vielen von Jakobs' Argumentationen das Feindstrafrecht aus seiner eigenen Position zur Rechts- und Gesellschaftsordnung und insbesondere zum Strafrecht. Diese Problematik wird in dieser Arbeit noch intensiv erörtert.

Warum er keine klare Stellung bezieht, kann nicht eindeutig beantwortet werden. Für Jakobs ergeben sich durch seine ambivalente Haltung Vorteile. Wäre er für ein Feindstrafrecht, so würde die Rechtswissenschaft von einem Strafrechtler erwarten, dass er für die Umsetzung konkrete Vorschläge macht, wie ein Feindstrafrecht in seinem Sinne auszusehen habe und wo die Grenzen lägen. Ein ausformuliertes juristisches Konzept fehlt aber (vgl. Morguet 2009: 49). Falls er das Feindstrafrecht tatsächlich ablehnen würde, verschweigt er, wie eine Alternative auszusehen habe. Seine Ausführungen stellen es – wie bereits erwähnt – eher alternativlos dar.

Im Anschluss an diese kurze Einführung zum Thema soll ein historischer Überblick über verschiedene Konzeptionen von Feindschaft folgen.

C. Der Feindbegriff

In den folgenden Abschnitten gehe ich näher auf den Feindbegriff ein. Zunächst sollen einige historische Beispiele an das Thema heranführen. Deutlich wird, dass in der Literatur zwischen einem privaten Feind und einem öffentlichen Feind unterschieden wird. Die private Feindschaft bezeichnet beispielsweise eine gegenüber einem Nachbarn oder Verwandten. Die öffentliche Feindschaft hat in der Regel einen politischen Hintergrund. Der öffentliche Feind ist beispielsweise ein Putschist oder ein Hochverräter. Eine öffentliche Feindschaft kann auch zwischen Staaten bestehen. Ich gehe zunächst auf einige Beispiele der Antike und der frühen Neuzeit ein. Es folgt eine Darstellung von der wohl bekanntesten Feinddarstellung des 20. Jahrhunderts, die von Carl Schmitt. Den Überblick über verschiedene Positionen zum Feindbegriff abschließen soll die Darstellung einer aktuellen Variante. Das ist die mit dem im Salafismus geläufigen Begriff „al-walā' wa-l-barā“ verbundene Feindschaft. Die hocharabische Formulierung kann man mit Loyalität und Lossagung übersetzen, wobei „Lossagung“ im dschihadistischen Umfeld auch die Rechtfertigung für eine Feinderklärung sein kann. Die Erläuterungen zum Feindbegriff enden mit meiner eigenen Definition des Feindbegriffs.

I. Der Feind im historischen Kontext

Der Begriff „Feind“ hat nach dem *Duden Herkunftswörterbuch* seine Ursprünge im Althochdeutschen „fiand“ und im Mittelhochdeutschen „viant“, „vint“ und bedeutet „der Hassende“ (Müller, Scholze-Stubenrecht u. Wermke 1989: S. 181). Der Ursprung liegt also in einem negativen Gefühl gegenüber einem Menschen. Eine ähnliche Bedeutung habe nach Theologe Peter Riede das hebräische Wort „אָנִי“¹, das auch „Hasser“ bedeutet und eine private Feindschaft ausdrücken würde (Riede 2011: S. 1). Nach dem *Buch der Sprichwörter* in der *Bibel* solle man dem feindlich Gesonnenen mit Freundlichkeit entgegentreten, damit er seine feindliche Haltung ablege (vgl. Riede 2011: S. 3). Diese „Ethik der Solidarität“ hatte Riede zur Folge den Zweck, das Leben in den Dörfern nicht unnötig zu erschweren (vgl. Riede 2011: S. 3). Die Feindschaften, von denen in der *Bibel* berichtet wird, bleiben aber nicht nur im Privaten. Eine politische Dimension der Feindschaft, die dann auch zu Kampfhandlungen führte, bekommt die zunächst eher private Fehde zwischen König Ahab und Nabot um einen Weinberg. Die Ermordung von Nabot im Auftrag von Ahab führte zu einem Krieg; so wird in der *Bibel* berichtet (vgl. Riede 2011: S. 1; 1 Kön 21, 22).

Eine Trennung von privatem Feind (*inimicus*) und öffentlichem Feind oder Staatsfeind (*hostis*) finde sich laut Strafrechtler und Rechtsphilosoph Reinhard Merkel in Thomas Hobbes *De Cive / Vom Bürger* und in Hobbes' *Leviathan* (Merkel 2019: S. 333-334). Die Unterscheidungen seien allerdings nur in den lateinischen Fassungen der Bücher sichtbar, denn im Englischen und in der deutschen Übersetzung fehle mit dem Ausdruck „enemy“ bzw. „Feind“ die Möglichkeit der Differenzierung (vgl. Merkel 2019: S. 333). Der private Feind heiße bei Hobbes *inimicus*. Im *Vom Bürger* berichtet Hobbes beispielsweise von Handlungen, die von den Mitmenschen unterschiedlich aufgefasst würden; zu diesen gehöre „[...] einen Feind zu töten [...]“ („ut quod occiderit inimicum“) (Hobbes 2017: S. 523 bzw. S. 522; Merkel 2019: S. 333, Fn. 17). Der Staatsfeind hingegen heiße nach Merkel bei Hobbes *hostis*. Hobbes bezeichnet „Rebellen, Hochverräter“ als *hostis* (Hobbes S. 496-497; Merkel 2019: S. 334, Fn. 16). Dem Staatsfeind würde der Bürgerstatus aberkannt und er würde nicht wie ein Rechtssubjekt nach einem Strafrecht verurteilt und bestraft, sondern aus der Gemeinschaft ausgeschlossen (vgl. Merkel 2019: S. 335).

Der *hostis*-Begriff hat eine längere Tradition und taucht schon im Römischen Reich auf. Dabei galt laut Historiker Jürgen Bernhard von Ungern-Sternberg eine Erklärung zum Staatsfeind weder als Schuldzuweisung noch als „Strafandrohung“, sondern als „Kriegserklärung“ gegen den entsprechenden Menschen (von Ungern-Sternberg 1970: S. 117).⁷ Ähnlich wie im Feindstrafrecht verlor der Feind den Status als Rechtssubjekt. „[...] [W]er sich offen gegen den Staat stellt, der verliert mit der Tat selbst schon sein Bürgerrecht, so daß die Gesetze auf ihn keine Anwendung mehr finden“ (von Ungern-Sternberg 1970: S. 91). Also wurden nur diejenigen zu Feinden erklärt, die den Staat, beispielsweise den römischen Senat, angriffen. Kriminelle wären, wie bei Jakobs' Feindstrafrecht, keine *hostis*.

Ein bekanntes Beispiel für eine *hostis*-Erklärung sind die Todesurteile gegen die Anhänger Catilinas nach einem Prozess, in dem Cicero und Cäsar ihre Positionen zum Umgang mit den Angeklagten ausführten. Die Anklage gegen die Catilianer hatte folgenden Grund: Der Gegenspieler des römischen Konsuls Cicero, der Politiker Catilina, hatte die Stadt verlassen (vgl. von Ungern-Sternberg 1970: S. 88). Seine in der Stadt verbliebenen Anhänger aber planten eine Verschwörung gegen den Konsul Cicero und einen Putschversuch. Beides wurde allerdings durch abgefangene Briefe und Geständnisse der Anhänger abgewendet (vgl. von Ungern-Sternberg 1970: S. 92). Die Todesurteile ermöglichte u. a. der Beschluss eines

⁷ Von Ungern-Sternberg zitiert hier aus S. 362 in Wolfgang Kunkel (1964): Bleicken, Senatsgericht und Kaisergericht. Eine Studie zur Entwicklung des Prozeßrechts im frühen Prinzipat (1962). – In: Max Kaser, Wolfgang Kunkel, u. a. (1964): Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte (ZSSr.). Romanistische Abteilung 81. Wien, S. 360-377.

Staatsnotstandes des Senats (Senatus consultum ultimum) (vgl. von Ungern-Sternberg 1970: S. 87 u. S. 115). Cicero stütze seine Entscheidungen zur hostis-Erklärung dann auch auf die Zustimmung des Senats (vgl. von Ungern-Sternberg 1970: S. 122).

Die Problematik war, ob man die Angeklagten tatsächlich zu hostis erklären und den Bürgerstatus entziehen durfte, da die Verschwörung und der Putsch noch in einer Planungsphase waren. „Es war aber beim bloßen Versuch geblieben, da sie von Cicero überrascht worden waren, bevor sie zur Ausführung schreiten konnten“ (von Ungern-Sternberg 1970: S. 112). Die Rede des Cato Silanus führte schlussendlich zur Entscheidung, dass die Angeklagten zu hostis erklärt und zum Tode verurteilt wurden (vgl. von Ungern-Sternberg 1970: S. 94-95). Für ihn war bei der „[...] Schwere des Deliktes nur die Todesstrafe angemessen [...]“ (von Ungern-Sternberg 1970: S. 95). Die Verschwörer tötete man zwei Tage nach der Debatte (vgl. von Ungern-Sternberg 1970: S. 86).

II. Schmitts Feindschaft zwischen Staaten

Carl Schmitts Begriff des Feindes kann hier nicht umfassend dargestellt werden. Aufgrund der Bekanntheit und politikwissenschaftlichen Relevanz von Schmitts Theorie und zur Vollständigkeit dieses Überblicks wird Schmitts Feinddarstellung kurz und zusammenfassend wiedergegeben. Ich beziehe mich auf Schmitts *Der Begriff des Politischen* in der Fassung aus dem Jahr 1932.

Schmitt unterscheidet – wie Hobbes – zwischen privatem und öffentlichem Feind, wobei der private Feind bei seiner Argumentation keine Rolle spielt. Den privaten Feind, den er als „Konkurrent“ oder „Gegner“ beschreibt, zeichnet aus, dass man ihn aus „Antipathiegefühlen haßt“ (Schmitt 2015: S. 27). Der öffentliche Feind hingegen besteht aus einer größeren Gruppe von Menschen und bildet somit eine gewisse Öffentlichkeit (vgl. Schmitt 2015: S. 27).

Mit dem Feindbegriff bestimmt Schmitt den Begriff des Politischen. Nach seiner Auffassung ist das Politische die Formierung von Gruppen, die sich als Feinde oder Freunde gegenüberstehen können (vgl. Schmitt 2015: S. 37). Politische Gruppen stehen nach Schmitt in einer ständigen Konkurrenz zueinander, die eine Gefahr der Eskalation in sich trägt und zu Kriegen zwischen Feinden führen kann. Die politischen Einheiten und Gruppierungen zeichnen sich darin aus, dass sie sich als „etwas anderes und Fremdes“ gegenüberstehen können (Schmitt 2015: S. 26). Die potentielle Feindschaft führt laut Schmitt nicht

notwendigerweise zu einer Bekämpfung, zu einem Krieg, aber es besteht fortwährend die Gefahr, dass es zu einer solchen kommt (vgl. Schmitt 2015: S. 33). „Feind ist nur eine wenigstens eventuell, d. h. der realen Möglichkeit nach kämpfende Gesamtheit von Menschen, die einer eben solchen Gesamtheit gegenübersteht“ (Schmitt 2015: S. 27). Das Politische ist vom Krieg „[...] als reale Möglichkeit immer vorhandene *Voraussetzung* [...]“ bestimmt (Schmitt 2015: S. 33, kursiv im Original). Schmitt spricht auch von „den Kern der Dinge enthüllenden Bedeutung“ des Krieges für das Politische (Schmitt 2015: S. 33).

Das Begriffspaar Freund und Feind zeichnet laut Schmitt das Politische aus. Schmitt führt noch weitere Begriffspaare an, die jeweils andere Disziplinen begründen sollen. Für die Ästhetik beispielsweise sei die Unterscheidung von schön und hässlich fundamental (vgl. Schmitt 2015: S. 25).

Eine Einheit, die das Politische ausmacht, ist laut Schmitt der Staat. Eine „klare, eindeutig bestimmte Größe“ ist der Staat, wenn er sich von der Gesellschaft als unpolitische unterscheidet (Schmitt 2015: S. 22). Der „totale Staat“ hingegen ist einer, bei dem auch wirtschaftliche, religiöse und kulturelle Interessengruppen die Politik mitbestimmen und eine Trennung zwischen Politik und diesen Bereichen, als „neutrale‘ Gebiete[]“, nicht mehr möglich ist (Schmitt 2015: S. 23). Solche Staaten sind laut Schmitt liberale Demokratien (vgl. Schmitt 2015: S. 23). Wie auch bei anderen politischen Einheiten ist die potentielle Feindschaft laut Schmitt zwischen den Staaten permanent vorhanden. Ein Beispiel für Schmitts These ist ein außenpolitischer Dissens. Sind z. B. die außenpolitischen Interessen von zwei Staaten nicht mehr vereinbar, so kann es zu einem Krieg kommen. Im Krieg stehen sich die Parteien nach Schmitt nicht als Konkurrenten gegenüber und Krieg bedeutet auch nicht „den ‚rein geistigen‘ Kampf der Diskussion“, sondern ein „Mittel physischer Tötung von Menschen“ (Schmitt 2015: S. 31). Wenn aus der potentiellen Feindschaft also Feindbekämpfung wird, so bedeutet das die Ausschaltung des Feindes.

Neben dem Staat sind auch andere Gruppierungen von Menschen zur Feindschaft fähig. Sie sind nach Schmitt als politisch einzuordnen, wenn sie das Potential zum Kampf gegeneinander haben. Eine Religionsgemeinschaft beispielsweise kann zum Kampf gegen andere aufrufen, „ihre heiligen Kriege und Kreuzzüge“ machen sie zu politischen Akteuren (Schmitt 2015: S. 45). Auch kann eine Auseinandersetzung zwischen Klassen innerhalb einer Gesellschaft zu einer Feindschaft führen, die dann politisch ist (vgl. Schmitt 2015: S. 35). Wenn innerhalb eines Staates Menschen zum „Staatsfeind[en]“ erklärt werden, so führt diese Erklärung zur „[...] Auflösung des Staates als einer in sich befriedeten, territorial in sich geschlossenen und für Fremde undurchdringlichen, organisierten politischen Einheit“

(Schmitt 2015: S. 44). Der Staat teilt sich also in zwei politische Lager: die Staatsangehörigen und die Staatsfeinde.

Die Auffassung von Schmitt sei noch einmal kurz zusammengefasst. Der Feind als öffentlicher Feind ist also laut Schmitt das Kriterium, was das Politische bestimmt. Dabei ist öffentliche Feindschaft nur zwischen Gruppen von Menschen als Einheiten möglich und nicht zwischen einzelnen Menschen. Diese Einheiten sind beispielsweise Staaten, Religionsgemeinschaften und Klassen. Die permanente potentielle Feindschaft muss sich nicht in einem Kampf realisieren, sondern es reicht die bloße Möglichkeit eines Kampfes zwischen den Einheiten aus und die Fähigkeit, einen Kampf zu führen, um die Einheiten als politische zu qualifizieren. Der Kalte Krieg des 20. Jahrhunderts zwischen dem Ostblock und den Westmächten ist ein Beispiel für diese potentielle Gefahr.

III. Al-Wala' wa-l-bara', ein religiöses und politisches Konzept

In den nun folgenden Ausführungen wird ein aktuelles Beispiel für religiös und politisch motivierte Feindschaft erläutert. Eine gegenwärtig sehr präzente Form politischer Gewalt ist der Dschihadismus. In jüngster Zeit hat diese radikale religiöse Szene mit einigen Anschlägen auf sich aufmerksam gemacht. Eine der spektakulärsten Anschläge war der auf das World Trade Center am 11. September 2001. In den folgenden Erläuterungen wird eines der wichtigsten theoretischen Konzepte der Szene, „al-walā‘ wa-l-barā‘“, erläutert und in diesem Zusammenhang exemplarisch auf Muhammad al Maqdisī, einen der einflussreichsten Theoretiker der Szene, eingegangen.

Neben terroristischen Gewaltakten in Europa, dem Nahen Osten und Afrika sind sicherlich auch die Guerilla-Aktivitäten der Dschihadisten in Bürgerkriegen, beispielsweise in Syrien und im Irak, ein einflussreicher politischer Faktor für die globale Politik. Dschihadisten sind Muslime, häufig Salafisten, die einen gewalttätigen Dschihad (Anstrengung, Kampf) propagieren und mit ihrer Interpretation des Islam rechtfertigen (vgl. Farschid 2014: S.166).

Ein Ziel islamistischer Theorie und Praxis ist es, eine Gemeinschaft aller Muslime zu bilden, eine Ummah der Solidarität (vgl. Gupta 2008: S. 104). Diese Auffassung vertreten auch Salafisten. Das ist eine Gruppe unter den radikalen, fundamentalistischen Muslimen. Salafisten geben vor, sich in Theorie und Praxis an den drei ersten Generationen nach Muhammad, den Altvordern, zu orientieren (as salaf as-sālih).⁸ Diese islamischen

⁸ Zu den Interpretationen, wer den ersten drei Generationen angehört, und zum Begriff Salafismus vgl. Nedza 2014: 96-100.

Generationen sollen den originalen Islam verkörpern. Sie gilt es, nachzueifern. Neuerungen und Veränderungen des Islam (bid‘a) sind verpönt (vgl. Farschid 2014: S. 170 - 171). Um zu bestimmen, wer zur Religionsgemeinschaft dazugehört und wer nicht, greifen die Salafisten auf ein Konzept des Islam zurück: „al-walā‘ wa-l-barā‘“. Während die einen der Ummah angehören, zu denen ein Glaubensgenosse Loyalität (walā‘) zeigen muss, sind alle anderen ausgeschlossene Ungläubige. Von ihnen muss sich ein Muslim distanzieren (barā‘). Der salafistische Theologe Muhammad Saeed al-Qahtani schreibt über diesen Begriff:

Al-Bara‘ in Arabic language means Severance: severance is to leave off something; it is to walk away from something or to distance oneself from it. “barii” means a heed a warning and so excuse oneself from something, to free of obligation. (al-Qahtani 1993: S. 13, bis zum Doppelpunkt im Original fett gedruckt, Großbuchstaben im Original)

Eine Gruppe von Menschen wird mit dem Konzept also ausgrenzt und dadurch, dass der Muslim gegenüber diesen Menschen keine Verpflichtungen hat – wie beispielsweise Hilfe oder Treue – und keine Beziehungen – wie Freundschaft – zu ihnen haben sollte, sind sie keine gleichberechtigten Kommunikations- und Handlungspartner.

Wie mit diesen anderen, die als Ungläubige abgestempelt werden, nun umgegangen werden soll, dazu empfehlen die religiösen Gelehrten Unterschiedliches. Salafistische Gelehrte Saudi Arabiens, die von den Regierungen Saudi Arabiens akzeptiert werden, wie Abd al-Aziz ibn Bāz und Salih ibn Fawzan ibn 'Abdullah al-Fawzan, beschränkten ihre Anweisungen zu diesem Konzept auf den privaten und gesellschaftlichen Bereich (vgl. Shavit 2014: S. 74-75; Wagemakers 2012b: S. 97-99). Zumindest öffentlich gaben sie ihrer Regierung selten politische Empfehlungen. So sollen Freundschaften mit Nicht-Muslimen vermieden und westliche Gewohnheiten und Kleidung nicht übernommen werden (vgl. Shavit 2014: S. 77; vgl. Wagemakers 2012b: S. 97-98). Das Konzept ist zunächst keines der Feindschaft, denn es geht um eine Distanzierung von den anderen nicht um deren Bekämpfung. Laut Islamwissenschaftler Uriya Shavit hatte Bāz folgende Meinung zu diesem Thema:

Ibn Bāz stressed that to scorn and hate infidels on the basis of the principle of “loyalty and disavowal” in no way means that Muslims should mistreat them or attack them or avoid being kind to them, unless they attack Muslims; rather, “loyalty and disavowal” requires despising them in the heart and not becoming their friend. (Shavit 2014: S. 74)

Die Vorschläge zur Distanzierung können recht bizarre Formen annehmen. So berichtet Shavit von einem Iman, der den Gläubigen empfiehlt, Christen zu Weihnachten „Schöne Feiertage“ zu wünschen, allerdings mit der Ergänzung, dass sie keine nicht-muslimischen Feierlichkeiten anerkennen (vgl. Shavit 2014: S. 78).

Eine politisch motivierte Auslegung führten Gelehrte während des ersten und zweiten saudischen Staates im 18. und 19. Jahrhunderts ein.⁹ Der erste saudische Staat wurde vor allem von türkischen Truppen gefährdet, die Medina und Mekka erobern wollten. Der Gelehrte Sulayman `Abdallah Āl al-Shaykh schrieb einen Appell an die Hijazi-Stämme, die Türken nicht zu unterstützen. In seinen Augen sind die Türken trotz ihres muslimischen Glaubens Polytheisten und Ungläubige (vgl. Maher 2016: S. 116; vgl. Wagemakers 2012a: S. 151-152). Āl al-Shaykh begründet seine Argumentation mit Koran 5:51: „O ihr, die ihr glaubt, nehmt euch nicht die Juden und Christen zu Freunden; sie sind einander Freunde; und wer von euch sie zu Freunden nimmt, siehe, der ist von ihnen. Siehe, Allah leitet nicht unrechte Leute“ (Koran 2015: S. 122; vgl. Wagemakers 2012: S. 152). Der zweite saudische Staat wurde vor allem durch den Streit um die Macht der Prinzen Sa‘ūd und `Abdallah zerstört. Um jeweils die Herrschaft für sich durchzusetzen, holten sie sich Hilfe aus dem Ausland: `Abdallah von den Türken und Sa‘ūd von britischen Soldaten (vgl. Maher 2016: S. 118). Der Gelehrte Hamad ibn ‘Atiq schrieb daraufhin eine Abhandlung, nach der die Hilfe von seiner Meinung nach Ungläubigen strikt abzulehnen ist. Selbst wenn eine islamische Armee „unfairly attacked“ wird, wäre deren Hilfesuch nicht erlaubt (Maher 2016: S. 118).

In jüngerer Zeit haben radikale salafistische Gelehrte das Konzept al-walā‘ wa-l-barā‘ zur Begründung von Feindschaften wieder aufgegriffen. Ein wichtiger Theoretiker in diesem Zusammenhang ist der Jordanier Abū Muhammad al-Maqdisī. Die Stationierung von US-Truppen auf der arabischen Halbinsel und die geschäftlichen Beziehungen der Amerikaner mit der Familie Sa‘ūd machen seiner Meinung nach das Königshaus zu Apostaten und Feinden, die bekämpft werden müssten (vgl. Wagemakers 2012a: S. 104-107). Er ist einer der ersten gewesen, der schon in den 1980er-Jahren den Feind nicht nur in fremden Invasoren – wie beispielsweise Türken und Amerikaner – sah, sondern auch muslimische Regierungen als Feinde auffasste (vgl. Wagemakers 2012a: S. 104-107). Seine Kritik an der Zusammenarbeit der Saudis mit westlichen Mächten äußerte er schon vor den Golfkriegen. Seine Einlassungen können als eine Prophezeiung gelesen werden, was in der Zukunft noch „Schlimmeres“ geschehen werde (vgl. Wagemakers 2012a: S. 140-141). Inspiriert wurde

⁹ Zur politischen Auslegung in den Bürgerkriegen und im historischen Kontext vgl. Maher 2016: S. 114-119; vgl. Wagemakers 2012b: S. 94-97; vgl. Wagemakers 2012a: S.151-153; vgl. Shavit 2014: S. 71- 72.

seine radikale Lehre u. a. von Dschuhaimān al-'Utaibī. Al-'Utaibī besetzte mit Anhängern 1979 in einer spektakulären Aktion die Große Moschee in Mekka, um die saudische Regierung herauszufordern. Das war einer der ersten Terroranschläge von islamistischen Fundamentalisten in Saudi-Arabien (vgl. Peil 2006: S. 7-9; Schulze 2016: S. 351-353). Auch al-'Utaibī bekannte sich zu al-walā' wa-l-barā', allerdings „[...] in a rather disorganized and unclear way“ (Wagemaker 2008a: S. 7). Einer breiteren Öffentlichkeit bekannt wurde al-Maqdisī als geistiger Lehrer von Abu Musab az-Zarqawī, den 2006 von Amerikanern getöteten Anführer von al-Qaida im Irak (vgl. Wagemakers 2012a: S. 41-50). Auch durch seine Online-Präsenz und Auftritte in anderen Medien erlangte er nicht nur in der gewalttätigen islamistischen Szene Popularität (vgl. Wagemakers 2012a: S. 1-2). Der zeitweilig in London ansässige dschihadistische Prediger Abū Qatāda al-Filastīnī sorgte für die Verbreitung seiner Schriften in der Zeitschrift *al-Minhaj* (vgl. Lahoud 2009: S. 207).

Al-Maqdisī erklärt nun nicht jeden Ungläubigen zum Feind. Bevor ein Mensch zum Feind erklärt werden darf, gilt es zunächst, ihn von al-Maqdisīs salafistischen Ansichten zu überzeugen und ihm die Chance zu geben, den „wahren“ Glauben anzunehmen. „Natürlich sagen wir nicht, dass das Offenkundigen [sic.] dieser Lossagung und Anfeindung sogar gegenüber denen ist, deren Herzen man gewinnen möchte, da sie zum Islam neigen [...]. So werden diese und sogar die Hochmütigen und Tyrannen zu *Allāhs* Gehorsamkeit anfangs mit Weisheit und schöner Predigt aufgerufen“ (al-Maqdisī 2013: S. 45, kursiv im Original). Lässt sich der- oder diejenige nicht überzeugen, so wird ihm mit Hass und Bekämpfung gegenübergetreten. Al-Maqdisī unterscheidet zwei Anliegen in Bezug auf den salafistischen Glauben:

So muss hier unterschieden werden, zwischen dem Streben nach der Rechtleitung [sic.] der *Mušrikīn* [S. K.: Polytheisten] und *Kuffār* [S. K.: Ungläubigen] sowie der Gewinnung von Unterstützer [sic.] des *Dīn* [S. K.: Religion] und die Zartheit in der Verkündung, die schöne Art der Predigt einerseits und die Angelegenheit der Liebe und Hass [sic.], *Muwalah* und Anfeindung für den *Dīn Allāhs* andererseits. (al-Maqdisī 2013: S. 45, kursiv im Original)

Die Da'wah (Missionierung) ist keine Diskussion oder ein Austausch von zwei Menschen auf gleicher Augenhöhe. Es geht darum, den anderen vor die Wahl zu stellen: den Glauben nach den Vorstellungen al-Maqdisīs anzunehmen oder ausgeschlossen zu werden. Islamwissenschaftlerin Nelly Lahoud beschreibt al-Maqdisīs Verständnis vom Glauben wie folgt: „The totalitarianism of al-Maqdisi is premised on the belief that all believers can

eventually be made to share an identical understanding of the doctrinal beliefs they espouse and an equal zeal to apply those beliefs“ (Lahoud 2009: S. 217). Die Ausgeschlossenen aus der Gemeinschaft der Gläubigen, die andere Wege in Politik und im Glauben verfolgen, können nach diesem Verständnis dann zu Feinden erklärt werden.

In der deutschen Übersetzung von *Millat Ibrahim*, eine von al-Maqtisīs populärsten Schriften, wird das Wort „Feindschaft“ 62-mal genannt. Wie ist die Feindschaft zu verstehen? Ist auch eine Bekämpfung mit Gewalt gemeint? Al-Maqtisī ruft zum Dschihad auf. Vor allem gilt es, diejenigen Politiker und einflussreichen Menschen in Wirtschaft und Gesellschaft zu bekämpfen, die säkulare Vorstellungen propagieren und umsetzen. Indem Menschen Gesetze erlassen, machen sie sich nach al-Maqtisī selbst zu Göttern, da die Gesetzgebung allein Gott vorbehalten ist, offenbart im Koran (vgl. al-Maqtisī 2012: S. 6). In *Democracy: A Religion*, einem anderen einflussreichen Werk des Autors, heißt es: „The Jihad against the deity [S. K.: gemeint ist die säkulare Gesetzgebung], his followers, and helpers, to try to damage this man-made system, and to try to get the people to turn away from worshipping it and return to the worship of Allah alone“ (al-Maqtisī 2012: S. 7). Nun ist Dschihad nicht immer mit Gewalt verbunden, sondern kann auch ein Bekämpfen mit Worten sein. So spricht auch al-Maqtisī von einem „Offenkundigen der Feindschaft“ und „Verkündigung des *Kufr* an sie“ (al-Maqtisī 2013: S. 31, kursiv im Original). Das bedeutet, ein öffentliches Aussprechen der vermeintlichen Fehler, die die Ungläubigen laut al-Maqtisī machen, und den Ausschluss aus der Ummah. Über eine gewalttätige Bekämpfung der Ungläubigen sagt al-Maqtisī in seinen bekannten theoretischen Schriften nur wenig. Das ist erstaunlich, wenn man sein dschihadistisches Umfeld und seine Aussagen zu dschihadistischen Anschlägen, z.B. sein positives Echo zu den Anschlägen vom 11. September, heranzieht (vgl. Wagemakers 2008b: S. 8). Al-Maqtisī geht auf seine dschihadistische Einstellung nur an wenigen Stellen in seinem Buch *Millat Ibrahim* ein. Im Vorwort zu diesem Buch berichtet er von festgenommenen islamistischen Extremisten. Diese wurden laut Maqtisi bei ihrer Verhaftung gefragt, ob sie *Millat Ibrahim* gelesen hätten. Wenn sie diese Frage bejahten, wurde ihnen angeblich geantwortet: „Dies genügt dafür, dass dein Gedankengut ‚*ġihādistisch*‘ wird [...] Denn wir haben keine bewaffnete Organisation verhaftet, außer dass wir bei ihnen dieses Buch fanden“ (al-Maqtisī 2013: S. 9). In seinem Buch *Democracy: A Religion!* ruft al-Maqtisī zum Dschihad gegen Unterstützer der Demokratie als säkulares System auf. „We must destroy those who follow democracy, and we must take their followers as enemies – hate them and wage a great Jihad against them“ (al-Maqtisī 2012: S. 3). Außerdem findet sich in *Millat Ibrahim* eine Stelle, die als Rechtfertigung für sogenannte Schläfer interpretiert

werden kann. Das sind Menschen, die zunächst nicht offen ihre religiöse, dschihadistische Einstellung zeigen. Sie führen ein bürgerliches unauffälliges Leben, bis sie einen geplanten Terroranschlag umsetzen (vgl. Morguet 2009: S. 202-203). In Ausnahmefällen darf ein Muslim nämlich, um unentdeckt unter den zu bekämpfenden Ungläubigen zu bleiben, seinen Hass und seine Feindschaft verbergen (vgl. al-Maqdisī 2013: S. 58). Al-Maqdisī erwähnt in diesem Zusammenhang die Geschichte von Ka‘b ibn al-Aschraf, einem Dichter, der gegen Mohammed agiert hat und von Mohammeds Gefolgsleuten mit einer List getötete wurde (vgl. Maqdisī 2013: S. 58; vgl. Al-Bukhari 1997: S. 221-223). Auch über den Märtyrertod wird kaum gesprochen. Unter den Begriff „Märtyrertod“ fallen Selbsttötungen sogenannter Selbstmordattentäter bei terroristischen Anschlägen. Ein Hinweis, wie al-Maqdisī dazu steht, ist seine Erwähnung der mittelalterlichen Geschichte von den Leuten der Feuergrube. Es geht um einen Jungen, der von seinem Glauben an Gott nicht abgelassen hat. Nachdem der König Dhu Nuwas das nicht akzeptiert hat, sollen sich der Junge und seine Glaubensgenossen in eine Feuergrube gestürzt haben und verbrannt sein. Al-Maqdisī schreibt über diese Erzählung:

Und in der Geschichte der Leute der Feuergrube ist eine Lehre für jene, welche einen Verstand haben. Denn dieser wahrhaftige Junge und Träger der *Da‘wah* hat keinen Staat errichtet sowie keine Schlacht gewonnen. Jedoch hat er den *Tauhīd* [S. K.: Glaube an die Einheit Gottes] von *Allāh* ganz deutlich offenkündigt [sic.], unterstützte großartig den *Dīn* der Wahrheit und erlangte die *Šahādah* (Märtyrertum). (al-Maqdisī 2013: S. 54-55, kursiv im Original)

Die Zurückhaltung erklärt sich vielleicht durch die politische Lage in Jordanien, wo al-Maqdisī lebt. Der offene Aufruf zur Gewalt ist mit hohen Haftstrafen verbunden. So wurde er 1994 festgenommen, gleich nachdem er zu Selbstmordattentaten in Israel aufrief. Auslöser war ein Anschlag eines jüdischen Extremisten in Hebron (vgl. Lahoud 2009: S. 206). In jüngerer Zeit distanziert sich al-Maqdisī von der Praxis der Selbstmordattentaten gegen Muslime, die immer mehr zu einem etablierten Mittel zur Feindbekämpfung werden und keine Ausnahmen, kein letztes Mittel, mehr sind (vgl. al-Maqdisī 2014: S. 1-3).¹⁰

¹⁰Al-Maqdisī hat zu Selbstmordanschlägen eine differenzierte Meinung. Neben dem erwähnten Lob der Anschläge vom 11. September steht er gerade Anschlägen gegen Muslime kritisch gegenüber. Das zeigt auch folgendes Zitat: „By way of our trustworthy brothers, news has indeed reached us, news that pained and astonished us – about people who permit for themselves the murder of their mujahid brothers based on a mere suspicion or invalid allegations and for reasons that are not even appropriate for the permitting of a killing of a kafir who has been granted protection [...]. It has even reached us that some of them permit for their followers to blow themselves up in the locations and dwellings of their mujahid brothers. Indeed I do not know where the sanity of these people has gone, and that of their sheikhs and muftis“ (al-Maqdisī 2014: S. 1).

Am Ende fasse ich diese Ausführungen zum gewalttätigen Islamismus kurz zusammen. Mit ihren Auslegungen der Begriffe „al-walā' wa-l-barā“ und „Dschihad“ versuchen radikale Gruppen des Islam, ihre Gewalt religiös zu rechtfertigen und ihre Feindschaft zu begründen. Den Ratschlag, sich von Ungläubigen fernzuhalten, haben radikale Theoretiker in eine Rechtfertigung zur gewaltsamen Bekämpfung von ungläubigen Feinden umgedeutet. Die als Feinde ausgrenzten und bekämpften haben nicht nur keinen Glauben, sondern sie haben auch nicht den gleichen Status als Rechtssubjekte, da sie die „Gesetze Gottes“ nicht akzeptieren würden. Exemplarisch wurde Muhammad al-Maqdisī behandelt. Es gibt aber noch andere radikale Theoretiker, die den Begriff „al-walā' wa-l-barā“ verwenden. So hat auch der Anführer von Al-Qaida Aiman az-Zawahiri einen längeren Text zu diesem Thema geschrieben (vgl. az-Zawahiri 2006: S. 383-417).

Nachdem nun einige Beispiele zum Feindbegriff ausgeführt wurden, stelle ich im nächsten Abschnitt mein eigenes Konzept zu diesem Begriff vor. Zunächst folgt eine Zusammenfassung

IV. Zusammenfassung

Wenn man die verschiedenen Positionen zum Feindbegriff vergleicht, so fallen einige Besonderheiten ins Auge. Erst werden im römischen Reich, bei Hobbes und bei den Dschihadisten die Feinde zu rechtlosen Menschen erklärt, bevor man sie dann bekämpft. Die Sonderbehandlung als Feind wird mit einem Ausschluss aus der Rechtsgemeinschaft legitimiert. Außerdem betrachten die verschiedenen politischen und religiösen Theoretiker die aktive Handlung der Bekämpfung als einen defensiven Akt gegenüber einer Bedrohung von „außen“. Das Römische Reich wird von Verrätern und Putschisten bedroht, das Hobbes'sche Gemeinwesen von Menschen, die den Souverän und dessen Rechtsordnung nicht akzeptieren und die Ummah bedrohen Ungläubige, die den „wahren“ Glauben zerstören wollen. Zweck der Feindbekämpfung ist es, den Feind mit seinem negativen Einfluss auf die Gemeinschaft auszuschalten. Dies geschieht entweder durch den Ausschluss aus dem Kreis der Kommunikationspartner – wie bei den gemäßigeren Salafisten – oder durch die Ermordung, Inhaftierung und Vertreibung der Feinde. Im römischen Reich wurden beispielsweise die Staatsfeinde ermordet. Bei Carl Schmitt spielt ein Ausschluss aus einer Gemeinschaft nicht diese wichtige Rolle. Allerdings geht er von größeren Gruppen bzw. Staaten aus, die an sich schon keine gemeinsame Basis einer Rechtsordnung haben, aus der der Feind ausgeschlossen

wird. Im Anschluss an diesen Überblick verschiedener Positionen, stelle ich nun meine eigene Konzeption zum Feindbegriff dar.

V. Analyse des Feindbegriff

Für die Analyse des Feindstrafrechts soll der Begriff „Feind“ näher bestimmt werden. Eine Definition des Begriffs hat Jakobs selbst nicht formuliert (vgl. Merkel 2019: S. 329). Meine Analyse führt zu einer allgemeinen Bestimmung des Begriffs, die über das Feindstrafrecht hinaus Gültigkeit haben soll. Die Darstellung bezieht sich generell auf den Feind. Eine Unterscheidung zwischen öffentlichem – also politischem – und privatem Feind wurde schon vorgenommen (s. o.).

Der Begriff „Feind“ lässt sich mittels dreier charakteristische Merkmale bestimmen: Diese sind die Bestimmung eines Zielobjektes, des Feindes, und die intentionalen Aktivitäten des Erklärens und Bekämpfens. Der Begriff „Feind“ bezeichnet eine zu bekämpfende Entität als Zielobjekt. Durch das Erklären zum Feind und das Bekämpfen vom Feind als intentionale Handlungen wird eine Entität zu dem, was sie ohne diese Handlungen nicht wäre: ein Feind. Ohne die beiden Handlungen existiert zwar das Objekt, aber nicht als Feind. Der Feindbegriff wird anhand seiner Bestandteile im Anschluss näher analysiert.

1. Das Zielobjekt „Feind“

Zunächst legt ein Mensch oder eine Gruppe von Menschen fest, wer oder was ein Feind sein soll. In der Regel wird jemand oder etwas zum Feind erklärt, dem negative Eigenschaften zugesprochen werden. Der Feind kann beispielsweise ein lauter Nachbar, eine Krankheit oder ein politischer Gegner sein. Die Gründe der Feindschaft können Verbrechen, als falsch bewertete institutionelle Strukturen, Wucherungen von Geschwüren, zu laut gestellte Musik, Bedrohung der Sicherheit und Ordnung in einem Staat, usw. sein.

Der Feind ist ein Mensch oder auch eine andere Entität, der oder die als zu Bekämpfender bzw. zu Bekämpfende erklärt wird. Zu jeder Feindschaft gehört ein Subjekt oder Objekt, das bekämpft werden soll. Feindschaft ist mit intentionalen Handlungen verbunden, die durch das Erklären und Bekämpfen einer Entität vollzogen werden.

Der Feind ist eine Entität, die unterschiedliche Formen annehmen kann. Feinde können abstrakt sein. Die RAF erklärte beispielsweise das „Kapital“ zum Feind.¹¹ Der Feind kann aber auch konkrete Formen annehmen. Für den dschihadistischen Theoretiker al-Maqdisi ist der saudische König ein Feind.¹²

Die Feindzuschreibung zielt immer auf einheitliche Entitäten. Ein Feind kann niemals nur teilweise ein solcher sein. Eine Entität wird nicht als Feind und Nicht-Feind gleichzeitig erklärt. Wenn man einen Menschen als Feind erklärt und bekämpfen will, so ist er dann *ein* Feind. Zwar kann man die Formen des Erklärens und Bekämpfens unterschiedlich wählen, der Feind bleibt aber auch bei unterschiedlicher Umsetzung der Feindschaft eine Einheit. Das Zielobjekt der Intention lässt sich nicht teilen. Einen Partialfeind kann es nicht geben (vgl. Kapitel 4 D. II. 1.).

Feinderklären und Feindbekämpfen sind Handlungen, die einen Menschen zum Feind machen. Diese Besonderheit der Feindschaft hat zur Folge, dass ein Feind keine internen feindlichen Eigenschaften hat. Für einen Menschen bedeutet dies: Bestimmte Eigenschaften eines Menschen können eine Feindschaft auslösen, das zum-Feind-machen ist aber immer von aktiven intentionalen Handlungen eines Feinderklärenden abhängig. Zum Feind wird man ernannt. Man ist durch diese Ernennung ein Feind und nicht notwendigerweise durch eigenes feindliches Verhalten.

¹¹ So behauptet die RAF 1976: „Es ist notwendig, die Politik der alten Linken zu kritisieren, denn wie sie auf der einen Seite exemplarisch zeigt, daß es in der Epoche des imperialistischen Weltsystems absolut unmöglich ist, proletarische Politik zu machen, ohne sich zu bewaffnen, Führung des Klassenkampfes zu sein, ohne Offensivpositionen der Klasse zu erobern, die Subjektivität der Klasse zu konstituieren, ohne die proletarische Gegenmacht aufzubauen – daß es unmöglich ist, das *Kapital* zu bekämpfen, ohne sein Antagonismus zu sein“ (RAF 1997f: S. 205, kursiv von mir).

¹² Al-Maqdisi schreibt über die Familie Sa‘ud: „Unsere Diskussion in ‚Al-Kwashif Al-Jalyieh‘ ist klar auf die von der Familie Saud abgezielt, die andere Gesetze, als die, die Allah bestimmt hat, erzwingen, sei es lokal, regional oder international. (Und auf die), die ihre Treue (Loyalität) zu den Ungläubigen schwören oder ihnen gegen die Leute des Tawheed [S. K.: Einheit Gottes] helfen, (und einen) Krieg führen gegen den wahren Tawheed und seiner Leute oder eine deutliche und offenkundige Tat des Kufrs begehen.“ (al-Maqdisi o. J.: S. 4). Den Königen der jüngsten Zeit wirft al-Maqdisi vor, sie hätten den wahren Glauben der Einheit Gottes (Tawheed) verraten und sie müssen zu Ungläubigen (Kufr) erklärt werden (Takfir). U. a. wird Fahd Ibn Abd al-Aziz die Zusammenarbeit mit Westlichen Mächten und die Stationierung der US-Truppen im Heiligen Land während des zweiten Golfkriegs angekreidet. *Al-Kawashif al-Jaliyya fi Kufr al-Dawla al-Saudiyya* ist ein Buch von ihm, in dem diese politischen Entscheidungen kritisiert werden. Der Einfluss des Buches und al-Maqdisis Einstellung wird von Joas Wagemakers ausführlich dargestellt (vgl. Wagemakers 2012a: S. 97-144).

2. Zum Feind erklären

Die Erklärung muss nicht offen ausgesprochen, in Worte gefasst, sein. Wenn sich mehrere Menschen auf einen gemeinsamen Feind einigen sollen, ist aber eine öffentliche Erklärung, zumindest unter diesen, wer der Feind ist und auf welche Weise er bekämpft werden soll, hilfreich. Erklärungen zum Feind können sehr unterschiedliche Formen annehmen. Eine Form ist die Verbreitung der Feinderklärung über Medien. Eine Feinderklärung kann auch im persönlichen Gespräch erfolgen. Ein Mensch kann auch nur mit sich selbst ausmachen, einen anderen als Feind zu betrachten. Morddrohungen sind beispielsweise Feinderklärungen. Die bloße Androhung kann aber auch eine Feindbekämpfung sein. Also auch dann wenn die Gewalttat noch nicht vollzogen ist, liegt ein Bekämpfen vor. Sie dient dann der Einschüchterung und soll eine Änderung im Verhalten des Bedrohten bewirken, so dass es eventuell keinen Grund mehr zur Feindschaft gibt.

3. Den Feind bekämpfen

Das Bekämpfen des Feindes kann verschiedene Formen annehmen. So kann ein Nachbar seinen Erzfeind mit Klagen tyrannisieren, der Krebspatient kämpft mit Mut und gesunder Ernährung gegen seinen Feind, die Krankheit, und Terroristen kämpfen mit Anschlägen gegen ihre politischen Feinde. Staatliche Institutionen antworten mit der Bekämpfung durch lange Haftstrafen oder sogar Todesstrafen auf ihre Feinde. Ein Beispiel für unbegrenzte Haftstrafen zur Feindbekämpfung ist sicherlich das Gefangenlager in Guantánamo, in dem für unbestimmte Zeit islamistische und vermeintlich islamistische Terroristen festgehalten werden (vgl. Kapitel 4 C. I.1.). Gemeinsam ist dem Bekämpfen, dass es einen Feind nicht in erster Linie physisch oder psychisch schädigen soll, sondern diesen verändern, ihn auf die eine oder andere Weise besiegen soll. Der Kampf soll die negativen Eigenschaften, die der Feinderklärende dem Feind ankreidet, beseitigen und damit den Feind als Feind neutralisieren, ihn als Feind ausschalten. Der Feind ist dann besiegt, die Bekämpfung hat ein Ende, wenn er die Eigenschaften nicht mehr hat, die ihn als Feind ausmachen. Er verliert dann den Status „Feind“. Besteht das negative Verhältnis oder die negative Eigenschaft nicht mehr, dann ist der Feind als solcher nicht mehr existent. Wenn ein Terrorist seine Gewalttaten bereut und ein rechtstreuer Bürger wird, so ist er kein Feind mehr. Wichtig zu erwähnen ist, dass die Eigenschaften, die einen Feind ausmachen, tatsächlich ausgeschaltet sein müssen, damit das Bekämpfen ein Ende findet. Ein Terrorist, der im Gefängnis ist und seine

Einstellung nicht geändert hat, bleibt Feind (vgl. 4. Kapitel B. I.). Der Gefängnisaufenthalt ist somit noch Bekämpfung und nicht schon eine Überwindung der Feindschaft.

Die Erklärung zum und Bekämpfung vom Feind muss nicht mit einer Feinderklärung beantwortet werden. Es muss keine gegenseitige Bekämpfung zwischen Feinden stattfinden, Feindbekämpfung ist nicht notwendigerweise symmetrisch.¹³ Das bedeutet, dass im Gegensatz zum Kampf zwischen beispielsweise zwei Armeen, bei denen sich beide Seiten bekämpfen, das Bekämpfen eines Feindes eine Handlung sein kann, die nicht mit Gegenwehr beantwortet wird. Der Feind braucht nicht unbedingt die Feindschaft zu erwidern. So kann dieser auf Versöhnung und Verhandlung setzen. Eventuell weiß der Feind noch nicht einmal, dass er ein solcher ist. Mancher US-Bürger ist sich wohl nicht bewusst gewesen, dass Bin Laden auch ihn, als Angehörigen einer feindlichen Macht, zum Feind erklärte (vgl. Bin Laden 2002: Abs. 5 u. 6).¹⁴ Im Krieg ist die Feinderklärung in der Regel symmetrisch. Das bedeutet, erklärt ein Staat dem anderen den Krieg und damit die Feindschaft, so wird diese Erklärung meistens erwidert. Ausnahmen sind eher selten. Kann ein Staat aus Schwäche einer Besetzung keine politischen und militärischen Mittel entgegenhalten, so tritt er nicht als kämpfende Einheit gegen den Aggressor auf. Eine Feinderklärung bleibt wegen fehlender Mittel aus.

Bekämpfen ist von einem „lediglichen“ Schädigen zu unterscheiden. Ein Schädigen bedeutet einer Entität Schaden zuzufügen, sie in ihrer Funktion zu beeinträchtigen oder zu zerstören. Schädigen muss nicht mit einem Bekämpfen einhergehen. So kann ein Schaden zufällig verursacht werden, oder ein Schaden kann anfallen, wenn er bewusst in Kauf genommen wird. Beides kann aber ohne die Absicht geschehen, den Betroffenen und Geschädigten zu bekämpfen. Die Verbreitung gepanschter Medikamente kann z. B. zu einem körperlichen Schaden ohne die Absicht des Bekämpfens eines Feindes führen. Das Motiv könnte dann Profit sein.

¹³ Zur Unterscheidung zwischen symmetrischen, nicht symmetrischen und asymmetrischen Relationen vgl. z. B. Carnap 1998: S. 13. Asymmetrie und Symmetrie schließen sich bei einer Relation aus. Nicht-symmetrische Relationen haben die Eigenschaft der Asymmetrie, „[...] wenn sie ihre Konverse ausschließt (z. B. Vater)“ (Carnap 1998: S. 13).

¹⁴ Bin Laden erörtert in seinem *Letter to America* die Frage: „Why are we fighting and opposing you?“ (Bin Laden 2002: Abs. 5).

4. Rechtfertigung von Feindschaft

Neben diesen Elementen (Bekämpfung, Erklärung, Zielobjekt) kann eine Rechtfertigung die Feindschaft begründen. Ist eine Entität für den Feinderklärenden ein Feind und wird sie als solcher bekämpft, so sind die Bedingungen für Feindschaft erfüllt. Eine Rechtfertigung ist kein notwendiger Bestandteil der Feindschaft. Für eine Feindschaft reicht die Erklärung und Bekämpfung aus. Die Bestimmung des Feindbegriffs erschöpft sich mit den intentionalen Handlungen des Erklärens und des Bekämpfens. Dennoch wird eine Feindschaft in der Regel – auch gegenüber Dritten – gerechtfertigt. Das Ziel der Rechtfertigung von Feindschaft ist, den Feind als Gegenspieler der eigenen Vorstellungen und Handlungen darzustellen und dann eine Begründung für das Ausschalten zu haben. Eine Rechtfertigung ist eine Darstellung der Gründe für die Feindschaft. Durch die Darstellung des Feindes entsteht ein Feindbild.

Eine Rechtfertigung muss nicht auf Erkenntnissen über den Feind beruhen. Der Erklärende kann zur Rechtfertigung Gründe für die Feindschaft erfinden oder seine Rechtfertigung kann auf Fehleinschätzungen beruhen. Die Eigenschaft, Feind zu sein, hängt nicht von den Eigenschaften des Feindes ab, sondern vom Willen des Erklärenden, ihn als Feind zu bekämpfen. Interne Eigenschaften des erklärten Feindes spielen natürlich für die Bewertung, ob eine Entität bekämpft und als Feind erklärt wird, eine Rolle. Aber sie bestimmen nicht einen Feind als solchen. Die Bestimmung übernimmt allein der Feinderklärende. Feindschaft beruht vor allem auf der Haltung und den Handlungen des Feinderklärenden und nicht auf denen des Feindes selbst. Wenn eine Familie den Mörder ihres Vaters zum Feind erklärt und ermorden will, so hat dessen Mord zwar die Feindschaft ausgelöst, aber die Familie könnte dem Mörder auch verzeihen oder die Tat verdrängen wollen.

Die Zuschreibung als Feind wird meistens mit einer negativen Darstellung des Feindes gerechtfertigt. Vor allem, wenn ein Umfeld überzeugt werden soll und die Feindschaft in einem gesellschaftlichen Kontext Sinn machen soll, wird Feindschaft auf diese Weise gerechtfertigt. Eine Rechtfertigung ist eine Darstellung der Gründe für die Feindschaft. Der Feinderklärende versucht in der Regel, den Kampf als etwas Positives und den Feind als etwas Negatives darzustellen. Diese Begründungen sollen die Feindschaft plausibilisieren. Wenn Verbündete zur Bekämpfung des Feindes gewonnen werden sollen, ist es zweckmäßig, die negativen oder vermeintlich negativen Eigenschaften als solche zu nennen und die angebliche Notwendigkeit und eventuell sogar die vermeintliche Alternativlosigkeit der Bekämpfung zu verdeutlichen.

Somit beschreibt der Feindbegriff eine Handlungsfolge (Erklärung und Bekämpfung) gegenüber jemanden oder etwas, oder – anders formuliert – er beschreibt den Umgang mit etwas oder jemanden. Im Gegensatz zur Rechtfertigung von Feindschaft ist der Feindbegriff selbst kein bewertender Begriff, da er lediglich Handlungen beschreibt. Die Frage ist nicht, welche Rechtfertigung eine Feindschaft ermöglicht oder begründet, sondern ob es eine Rechtfertigung gibt und ob man mit dieser die Feindschaft nachvollziehen und eventuell sogar gutheißen kann. Eine Feindschaft lässt sich eventuell moralisch rechtfertigen. Tatsächlich gibt es Beispiele, bei denen es moralisch richtig erscheint, jemanden als Feind zu bekämpfen. Greift ein Mensch zum Messer, um einen anderen zu verletzen, so würde man vielleicht einen Gegenangriff, ein Bekämpfen des Angreifers, als gerechtfertigt empfinden. In der Regel rechtfertigt das Recht auf körperliche Unversehrtheit eine Bekämpfung. So sieht es auch der deutsche Gesetzgeber. In § 32 Abs. 2 StGB heißt es: „Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.“

Feindschaft wird dann angewendet, wenn ein Verhandeln mit dem Gegner nicht möglich ist oder nicht gewünscht ist. Generell hängt die Feinderklärung von der Einschätzung des Gegners und dessen Willen zu Verhandlungen und vom eigenen Willen zu verhandeln ab. In manchen Fällen fehlt aber diese Möglichkeit. Ist eine Krankheit der Feind, fehlt hier jede Möglichkeit, anders vorzugehen als durch Bekämpfung. In diesem Fall wird die Bekämpfung mit dem körperlichen Zustand gerechtfertigt. Die Bewertung als schlecht bezieht sich auf die normale „gesunde“ Funktionsweise des menschlichen Körpers.

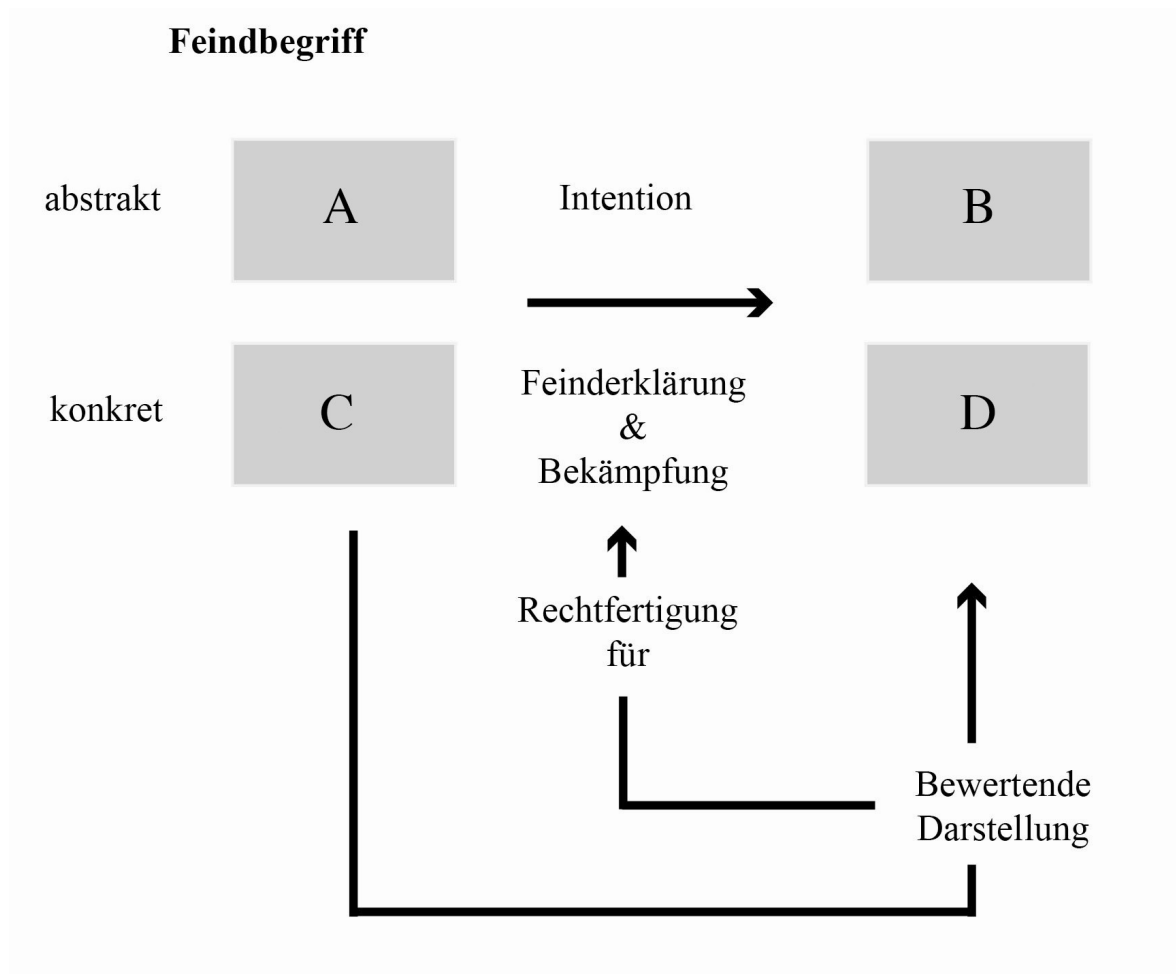
Für politische Akteure haben Rechtfertigungen von Feindbildern in der Regel Vorteile. Von Vorteil ist eine eindeutigere Positionierung der eigenen Gruppe und ihrer Ideologie in ihrer Umwelt. Dem Feind werden Eigenschaften zugesprochen, die negativ bewertet werden. So wird die eigene normative Position deutlich in ein positives Licht gestellt, die sich von den feindlichen Positionen abgrenzt und die Bekämpfung wirkt plausibel. Die Akteure zeigen, für wen und was und gegen wen und was sie stehen. So fällt es möglichen Sympathisanten und Anhängern leichter, sich für oder gegen eine Gruppe zu entscheiden.

In liberalen Gesellschaften fällt es den politischen Akteuren sicherlich schwerer, der Bevölkerung Gegner als Feinde zu vermitteln, da diese Gesellschaftsmodelle auf Inklusion und Pluralität setzen und nicht auf Exklusion von Menschen ausgelegt sind. Durch die Unterscheidung von Freund und Feind werden Gräben aufgebaut, die das Umfeld der Akteure vor die Herausforderung stellt, sich entweder für eine politische Gruppe oder gegen sie zu entscheiden. Eventuell verliert die Gruppe alte Weggenossen, die mögliche Radikalisierungen

durch Feindbilder ablehnen. Sie muss sich entscheiden, wie lange, wer und mit welchen Mitteln bekämpft wird. Gerade drastische Maßnahmen zur Feindbekämpfung wie Mord oder Körperverletzung führen eventuell zu schwindender Unterstützung. Gewalt erscheint nicht gerechtfertigt. Manchmal führen Feindbilder, die eine politische Gruppe pflegt, zu einer fortschreitenden Distanzierung von ähnlich gesinnten Menschen. Bei Terroristen kann beispielsweise dieses Phänomen auftreten. Um sich von friedlicheren oder ihrer Umwelt gegenüber offeneren Gruppen abzusetzen, kapseln sich die gewalttätigen Gruppen ab, das Feindbild wird immer mehr erweitert und immer größere Gruppen als Feinde betitelt. Das geschieht, wenn das nahe Umfeld die Gewalt der Gruppe verurteilt, die Gruppe selbst aber ihre Aktionen weiterhin ausführt und rechtfertigt. Die Kontroverse kann so weit gehen, dass wegen dieser Kritik die ehemaligen Verbündeten selbst zum Feind ernannt werden. So führen ein „erweitertes“ Feindbild und zunehmende Radikalisierung der politischen Ansichten zur Ausgrenzung aus der Gesellschaft und sogar aus dem nahen Umfeld. Das erweiterte Feindbild ist sicherlich eine Form von „cognitive closure“. Das von der Soziologin Donatella della Porta so genannte Phänomen bezeichnet das zunehmende Abspalten politisch radikaler Gruppen, die ihre exklusive Ideologie wie einen Filter nutzen, durch den sie ihre Umwelt wahrnehmen (della Porta 2013: S. 252).

5. Zusammenfassung

Zur visuellen Veranschaulichung des Feindbegriffs ist meine Interpretation des Konzepts zum Abschluss dieser Erläuterung in einer Grafik dargestellt. Ausgegangen wird von einer intentionalen Handlung (abstrakte Ebene). (A) bezieht sich auf etwas (B). Die zweite Zeile zeigt den Zusammenhang von Erklärung zum Feind und Bekämpfung vom Feind (konkrete Ebene). (C) ist ein Mensch oder eine Gruppe von Menschen, dieser bzw. diese erklärt (D) zum Feind und bekämpft ihn als solchen. Unter „bewertende Darstellung“ ist die Festlegung (Bewertung), wer zum Feind (D) ernannt werden soll, zu verstehen. Jemand oder etwas wird als Feind bewertet und bestimmt. Die Feindbestimmung kann mittels einer Rechtfertigung begründet sein. Für die Rationalisierung und zur Begründung gegenüber Dritten ist eine Rechtfertigung wichtig.



In den nächsten Erläuterungen gehe ich gesondert auf den Terrorismus ein. Terroristen gelten häufig als Staatsfeinde (vgl. Merkel 2019: 345-353). Deshalb soll auf diese Gruppe noch einmal detaillierter eingegangen werden. In den nun folgenden Erörterungen wird auch eine erste Abgrenzung zur organisierten Kriminalität vorgenommen. Organisierte Kriminelle bilden eine Gruppe, die Jakobs, neben den Terroristen, als Feinde bezeichnet, die mit dem Feindstrafrecht bekämpft werden sollen (vgl. Jakobs 2004a: S. 92; vgl. Jakobs 2006a: S. 293; vgl. Jakobs 2000: S. 52).

D Das Phänomen Terrorismus

Als Feinde im politischen und rechtswissenschaftlichen Kontext sind besonders Terroristen im Visier. So bezeichnet Jakobs, neben Sexualstraftätern und Mitgliedern der organisierten Kriminalität, Terroristen als die Gruppe, die mit dem Feindstrafrecht bekämpft werden soll

(vgl. Jakobs 2004a: S. 92-94; vgl. Jakobs 2006a: S. 293, 295-297; vgl. Jakobs 2000: S. 52).¹⁵ Für den Rechtsphilosophen Reinhard Merkel sind Terroristen sogar die einzigen Menschen, die ein Feindstrafrecht oder feindstrafrechtliche Rechtsnormen rechtfertigen würden (vgl. Merkel 2019: S. 345-353). Aus diesem Grund werde ich Terroristen noch einmal genauer betrachten und von unterschiedlichen anderen Gruppen wie den Mitgliedern der organisierten Kriminalität und den Guerillakämpfern unterscheiden.

Die Begriffe „Terrorist“ und „Terrorismus“ haben sich zu politischen Kampfbegriffen entwickelt. Auffällig ist, dass sich kaum eine politische Gruppe selbst als terroristisch bezeichnet. In der Regel werden diese Begriffe zur Diffamierung bestimmter politischer Gegner verwendet, die Gewalt anwenden. Die Gebrandmarkten sind politisch motivierte Gruppen, die aus Sicht des Gegners illegitim Gewalt anwenden und so den besagten Terror verbreiten. Eine der letzten Gruppen, die sich selbst als terroristische bezeichnete, waren nach Politikwissenschaftler Dipak K. Gupta die Lehi (Lohamei Herut Israel), jüdische Extremisten in Palästina. Aber selbst diese nahmen mit der Zeit Abstand von dem Begriff. „Menachem Begin, the leader of the Irgun gang, categorically rejected the label and instead called the occupying British force the real ‚terrorists‘“ (Gupta 2008: S. 6).¹⁶ Gegenwärtig und in jüngster Vergangenheit nennen sich Gruppen, die von staatlichen Institutionen oder Medien als Terroristen bezeichnet werden: Guerilleros, Mudschahedin oder Freiheitskämpfer. Der Begriff „Terrorist“ hat eine zu negative Konnotation, als dass er zum Anwerben von Unterstützern geeignet wäre. Laut Gupta ist folgende Aussage verbreitet: „[...] ‚one man’s terrorist is another man’s hero‘ [...]“ (Gupta 2008: S. 7). Eine Ausnahme ist der Al-Qaida-Ideologe Abu Musab al-Suri, der zu „individual terrorism“ und zur „secret operational activity of small units“ als Angriffsmethode rät (al-Suri 2010: S. 31).

Auch manche Wissenschaftler lehnen die Begriffe „Terrorist“ und „Terrorismus“ ab, da sie für die Wissenschaft mit zu negativen Assoziationen verbunden sind. Die Begriffe könnten nicht neutral verwendet werden, was im wissenschaftlichen Kontext aber geboten ist. Die

¹⁵ Diese Liste der Erwähnungen des Phänomens Terrorismus bei Jakobs erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Es handelt sich um Beispiele.

¹⁶ Ähnlich argumentieren auch die RAF-Mitglieder in einer Erklärung vor Gericht vom 05.08.1975. „Nach der Definition von Schwarz [Anmerkung S. K.: damaliger Justizminister der BRD] ist ‚die Grundregel des Terrorismus, möglichst viele Menschen zu töten. Lähmendes Entsetzen ist der Gefühlszustand, den Terroristen offenbar bei immer mehr Menschen in der ganzen Welt herstellen wollen.‘ Es ist die präzise Definition von Israels Politik gegen die palästinensische Befreiungsbewegung, der Vietnampolitik der USA, der Politik der Junta in Chile, der Politik der Bundesanwaltschaft – ihre Grundregel: möglichst viele tote Kämpfer, möglichst viele tote Gefangene“ (RAF 1977a: S. 118, kursiv im Original).

Soziologin Donatella Della Porta verwendet lieber den Ausdruck „clandestine violence“ von politischen Gruppen (della Porta 2013: S. 7). Diese Bezeichnung erscheint mir für den häufigen Gebrauch etwas zu umständlich. Außerdem könnte der Terminus „geheime/verborgene Gewalt“ falsch verstanden werden, da er entgegen der Intention von della Porta nahelegt, die Gewalt sei geheim und nicht die Organisation, die sie ausübt. Die Gewaltakte selber sollen in den meisten Fällen gerade eine hohe öffentliche Aufmerksamkeit bewirken. „Terrorismus“ hat den Vorteil, dass in den verschiedenen Kontexten (Medien, Wissenschaft, Politik) meist die Akteure und die Aktionen bezeichnet werden, die auch ich in meiner Arbeit betrachten will. Das sind linksrevolutionäre und rechtsradikale gewalttätige Organisationen wie die RAF oder der NSU und Organisationen, die weltweit Anschläge aus religiös-politischen Gründen verüben, wie Al-Qaida oder der IS. In meiner Arbeit soll „Terrorismus“ im Kontext des Dschihadismus nur für die geheim agierenden Subgruppen der islamistischen Vereinigungen gebraucht werden und nicht für dschihadistische Guerillakämpfer. Al-Qaida fing in den 80iger Jahren als eine Guerillagruppe an, die in Afghanistan mit anderen islamistischen Gruppen gegen die Russen und die damalige afghanische Regierung kämpfte.¹⁷ Der IS war zunächst vor allem eine bewaffnete militärische Organisation, die aus der Organisation Al-Qaida im Irak hervorging.¹⁸ Die Unterscheidung zwischen Terroristen und Guerilleros wird im Laufe des Abschnitts noch genauer ausgeführt.

Grundsätzlich besteht die Schwierigkeit, möglichst nur eine bestimmte Form von Organisation als terroristisch zu charakterisieren und andere Formen ähnlich agierender Gruppen und Organisationen – wie beispielsweise kriminelle Organisationen – gezielt aus dieser Charakterisierung herauszunehmen. Erste Orientierungshilfen sind die Zuschreibungen als Terroristen von Medien und Politik. Allerdings gibt es hier auch sehr weitgehende Zurechnungen, die vor allem der Diskreditierung von gesellschaftlichen und politischen Gruppen und weniger einer seriösen Beurteilung dienen. Während manche Philosophen sich an einer Definition von „Terrorismus“ versuchen, soll mein Ansatz sein, in einem möglichst differenzierten Bild darzustellen, welche Gruppen ich mit dem Begriff „Terrorismus“ ansprechen möchte und welche nicht. Definitionen im politischen Kontext erklären in der Regel nur Teilaspekte. Und da es sich beim Terrorismus um ein gesellschaftliches Phänomen handelt, dass sich im Laufe der Geschichte immer wieder ändert, kann eine Definition den Blick zu sehr einengen.

¹⁷ Zur Entstehungsgeschichte von Al-Qaida vgl. Schulze 2006: S. 487-502; im Zusammenhang mit der Rolle von Bin Laden vgl. Saghi 2006: S. 30-36.

¹⁸ Zur Entstehungsgeschichte des IS und zum Konflikt zwischen Al-Qaida und dem IS im Irak vgl. Atwan 2016: S. 83-105.

Ich verwende die Begriffe „Terrorist“ und „Terrorismus“ wertneutral. Mit den Begriffen soll kein Urteil darüber gefällt werden, ob die Aktionen von Terroristen generell oder in besonderen Fällen als gut oder schlecht zu bewerten sind. Nach meiner Auslegung ist auch die Operation Walküre eine terroristische Aktion, was in den folgenden Ausführungen deutlich werden sollte. Eine Einschätzung, die in Medien wegen des negativen Images des Begriffs und der in der Regel positiven Bewertung des Anschlags auf Hitler vermieden wird. Zunächst geht es in den folgenden Ausführungen darum, das Phänomen begrifflich besser zu fassen. Ich gebrauche den Begriff „Terrorismus“ für politisch motivierte im geheimen operierende Gruppen, die organisiert gegen eine staatliche Ordnung oder internationale politische Organisation mit extremer Gewalt vorgehen.¹⁹ Extreme Gewalt sind Mord, Geiselnahme oder Bombenanschläge. Terroristen kämpfen nicht offen in einem Kriegsgebiet gegen eine andere bewaffnete Gruppe, wie z.B. Soldaten, sondern verüben Anschläge oder entführen Menschen.

In den nun folgenden Erörterungen will ich meine Bestimmung von „Terrorismus“ näher erläutern. Den Terrorismus kann man von seinen Motiven und von seiner Organisation her betrachten. Zunächst werden die Motive erörtert.

I. Handlungsmotive von Terroristen

Die Motive der Terroristen sind stets politische Motive. Terroristen sollten als politische Akteure verstanden werden, die in vielen Fällen aus einer sozialen Bewegung stammen, die sich gegen eine etablierte Politik richtet. In manchen Fällen soll eine komplett neue Politik-

¹⁹ Hawickhorst nennt neben einer politischen auch eine religiöse Zielsetzung als Prädikat für die nähere Bestimmung, was Terrorismus ist. Diese Erweiterung ergebe sich aus dem „allgemeinen Sprachgebrauch“ (Hawickhorst 2011: S. 55). Diese zusätzliche Bestimmung – „politisch (oder religiös)“ – ist meiner Ansicht nach überflüssig. Da sich die religiösen islamistischen Gruppen, die mit entsprechender Gewalt agieren, auch als politische Gruppen verstehen, ist ihr Anliegen auch als politisches zu bewerten. Bei einer Machtübernahme der Islamisten würde sich die politische Ordnung entscheidend ändern. Das staatliche Oberhaupt des angestrebten Kalifats ist sowohl religiöser als auch politischer Führer im Namen der Religion. Eine Trennung von Staat und Kirche würde aufgehoben werden. Außerdem plädieren die Gruppen für eine komplette Umgestaltung der Legislative, der Judikative und der Exekutive entsprechend ihrer Auslegung der Scharia. Zum Kalifat und zur Rechtsordnung im Namen des Islam schreibt der radikale salafistische Gelehrte Muhammad al-Maqdisi in seinem Buch *Democracy. A Religion*: „It does not need any evidence or proof that the people who the Prophet (saw) ordered them to consult - and to be models to the khalifahs after him - are the righteous men who apply Allah’s decree, perform Prayer, and pay the Zakat.[...] They are not atheists, or fighters against Allah’s decree, and religion. [...] They are not the people who pretend to have the right to legislate, or to put laws that do not agree with Allah’s religion, and destroy the Islamic divine law“ (Al-Maqdisi 2012: S. 29).

und eine komplett neue Gesellschaftsordnung erreicht werden. So wollen Al-Qaida oder der IS einen islamischen Staat nach ihren Vorstellungen von Salafismus in den Staaten des Nahen Osten und Nordafrika errichten.²⁰

Die Terroristen befinden sich gegenüber etablierten Institutionen in der schwächeren Position, auch die Massenmedien stehen ihnen in der Regel nicht wohlgesonnen gegenüber. Aus dieser Position heraus versuchen die terroristischen Akteure, mit extremer Gewalt mediale Aufmerksamkeit und eine gewisse Achtung gegenüber dem politischen Feind zu bekommen. Die Aktionen richten sich gegen einen Feind und für die Unterstützung einer Politik, der sie sich verbunden fühlen. Unter diesen beiden Aspekten sind auch die im Anschluss erörterten fünf Motive zu bewerten.

Für Philosoph Angelo Corlett ist, neben der medialen Aufmerksamkeit, auch Destabilisierung der gesellschaftlichen und politischen Ordnung ein wichtiges Motiv, das er in seiner Definition von „Terrorismus“ aufgenommen hat (vgl. Corlett 2011: S. 82). Es gibt allerdings noch weitere Motive, die für Terroristen eine Rolle spielen. Die nun näher erläuterten Motive sind: 1. politische Rache, 2. Einschüchterung eines politischen Gegners, 3. mediale Aufmerksamkeit, 4. Destabilisierung einer gesellschaftlichen oder politischen Ordnung und 5. die Propaganda für politische Unterstützer. Gerade der letzte Punkt wird oft unterschätzt. Er taucht im philosophischen Diskurs zum Thema Terrorismus kaum auf. Ich werde nun die fünf Motive im Einzelnen vorstellen.

1. Das Motiv Rache

Politische Rache spielt als Antrieb vieler Terroristen eine große Rolle. Sie hat allerdings eine geringe strategische Bedeutung, weil Rache keine politischen Veränderungen bewirkt, sondern sich eher rückwärtsgewandt auf Vergangenes bezieht, für das sich die Terroristen rächen. Sie wollen mittels ihrer Gewalt ihre Feinde bestrafen, die ihnen Unrecht oder vermeintlich Unrecht getan haben. Ich nenne diese Form der Rache „politische Rache“, da sie aus einem politischen Hintergrund stammt. Die Personen, an denen sie sich rächen, kennen die Terroristen oftmals nicht persönlich. Es sollen die Menschen bestraft werden, die laut den Terroristen für eine bestimmte Politik verantwortlich sind. Für die Terroristen und sicherlich

²⁰ Die Bezeichnung „salafistische Vorstellungen“ ist ungenau. Der Salafismus besteht aus sehr unterschiedlichen Strömungen, die unterschiedliche politisch-religiöse Vorstellungen vertreten. Einen Überblick über verschiedene Strömungen gibt Olaf Farschid (vgl. Farschid 2014: S. 163-167); zum Begriff „Salafismus“ vgl. Nedza 2014: S. 80-105.

auch manche ihrer Anhänger gibt die Gewalt eine gewisse Genugtuung und ein Gefühl der Macht, nicht ganz so wehrlos gegenüber dem oft mächtigen Feind zu sein.

Für verschiedene islamistische Organisationen spielt dieses Motiv eine Rolle. Ein Beispiel ist die Begründung von Mohammad Sidique Khan, einer der sogenannte „Rucksackbomber“, die den Anschlag in London 2005 zu verantworten hatten. Nach seiner Meinung sind die Wähler der Londoner Regierung direkt für das Unrecht an Muslimen verantwortlich. Sie seien u. a. für den Mord an 150000 Muslimen in Falludscha zur Rechenschaft zu ziehen (vgl. Nesser 2015: S. 188-189).

Der Mord an Generalbundesanwalt Buback wird von Ex-RAF-Mitglied Irmgard Möller als eine Vergeltungsaktion verstanden. Sie begründet das Attentat folgendermaßen: „Er [S. K.: Buback] stand für die Kontinuität der Verfolgung politischer Oppositioneller nach 1945. Er hat die Sondergerichte eingeführt, die Ausrichtung der Apparate zur psychologischen Kriegsführung, [...] weil er die Auseinandersetzung selbst als Krieg begriffen hat“ (Möller u. Tolmein 2002: S. 97-98). Sie unterscheidet Gewalttaten, die wie „Bestrafungsaktionen“ wirkten, vom Mord an Buback. Ein Beispiel für eine solche Aktion wäre der Anschlag auf von Braunmühl im Jahr 1986 (Möller u. Tolmein 2002: S. 185). Laut Möller hatte der Mord an von Braunmühl eine zu vordergründige Rechtfertigung und verfehlte seine Wirkung als Kritik am Staat. „Du musst sterben, weil Du hoher Beamter bist“ (Möller u. Tolmein 2002: S. 185).

2. Das Motiv Einschüchterung

Einschüchterung wird oftmals von Politikwissenschaftlern und Philosophen als das entscheidende Motiv der Terroristen genannt. Die beiden Philosophen Carl Wellman und Igor Primoratz betonen dieses Motiv. Laut diesen Autoren wollen die Terroristen mit ihren Gewalttaten die feindlichen Menschen einschüchtern, sie zum Nachgeben gegenüber den Forderungen der Terroristen und zum Handeln in ihrem Sinne zwingen. Primoratz definiert den Terrorismus wie folgt: „[T]errorism is the deliberate use of violence, or threat of its use, against innocent people, with the aim of intimidating them, or other people, into a course of action they otherwise would not take“ (Primoratz 1990: S. 129, im Original kursiv).²¹

²¹ Laut Wellman soll der Terrorist Folgendes beabsichtigen: „The essential purpose of the terrorist is to coerce or intimidate his primary target into doing as he demands. His means of coercion is the fear or dread in that person that if he does not comply with the demand, some great evil or serious harm will be inflicted“ (Wellman 1979: S. 255).

Dieses Motiv spielt vor allem dann eine Rolle, wenn die Terroristen konkrete Ziele haben, die sich zeitnah umsetzen lassen. Ein Beispiel sind die Anschläge in Madrid 2004. Eines der Ziele der verantwortlichen islamistischen Terroristen war, die spanischen Wähler dazu zu bringen, eine Regierung bei der kurz bevorstehenden Landeswahl zu wählen, die gegen ein Engagement vom spanischen Militär im Nahen Osten war. Die Abu Hafs al-Masri Brigaden schreiben in einem ihrer Statements: „[W]e gave the Spanish people the choice between war and peace, and they have chosen peace of their own will by electing the party which was against the US coalition in the war against Islam“ (Torres-Soriano 2015: S. 189).

Das Motiv darf aber nicht überschätzt werden. Wie bereits erwähnt, fordern viele terroristische Organisationen eine ganz andere Politik, mitunter eine ganz andere Form von Gesellschaft. Dementsprechend wollen sie auch nicht mit den politischen Kräften, die sie angreifen, verhandeln, geschweige denn in irgendeiner Weise kooperieren. Die Anschläge von gewaltorientierten Anarchisten im 19. Jahrhundert sind sicherlich Beispiele, die gegen eine Pauschalisierung dieses Motivs sprechen.²² Mit ihren Aktionen sollte sicherlich keine Regierung oder politische und gesellschaftliche Elite nur eingeschüchtert und zu bestimmten Handlungen gezwungen werden. Der Einfluss dieser politischen und gesellschaftlichen Akteure sollte gänzlich abgeschafft werden. Das Motiv der Einschüchterung muss also nicht immer von entscheidender Bedeutung für die Gewaltakte von Terroristen sein.

3. Das Motiv Medienpräsenz

Es ist nicht zufällig, dass das Phänomen Terrorismus seit der Entstehung von Massenmedien aufgekommen ist.²³ Massenmedien waren zunächst Zeitungen, heute sind sie vor allem Internet und TV. Mitarbeiter von Massenmedien ignorieren manchmal politische Ereignisse und politische Bewegungen. Die Gründe können verschiedene sein. Die Verantwortlichen halten andere Ereignisse für wichtiger, sie kennen die Ereignisse eventuell nicht oder ein Ereignis wird bewusst ignoriert, weil sie politischen Akteuren die mediale Präsenz verweigern. Was medial nicht stattfindet, findet auch keine Aufmerksamkeit in der Bevölkerung. Ein Versuch, diese Ignoranz zu durchbrechen, ist die Anwendung von extremer

²² Zum anarchistischen Terrorismus Ende des 19. Jahrhunderts und Anfang des 20. Jahrhunderts vgl. Neumann 2015: S. 21-28.

²³ Neumann sieht die Anfänge des Terrorismus – Rapoports Wellentheorie folgend – bei den Anschlägen von Anarchisten in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts (vgl. Neumann 2015: S. 21-28). Also in der Zeit, in der Zeitungen zu Massenmedien wurden.

Gewalt. Medien berichten über die Gewalttaten und dann auch mehr oder weniger ausführlich über die Anliegen der Terroristen. Hamd bin Hamoud al-Tameeny, ein Autor der Al-Qaida-Zeitschrift *Inspire* beschreibt dieses Phänomen folgendermaßen:

„They tend to care more about their wealth, security, providing their food, drink and residence, and entertainment that gives them pleasure. Many Westerners knew nothing about the issue of the Mujahideen, and had no idea about the affairs of the Muslims and the meddling of their governments in it, until the events of 9/11 which revived the case. And in every operation that civilians are targeted, the case is revived and many people are acquainted. After the incidents, they automatically ask themselves, why are they doing this? What do they want from such operations?
(al-Tameeny 2017: S. 23)

Eventuell schafft sich eine terroristische Vereinigung mit ihren Anschlägen nicht nur Feinde, sondern auch Anhänger, die nun das Anliegen der Terroristen unterstützten. Die Anschläge wirken möglicherweise nicht nur abschreckend, sondern machen vielleicht manchen Konsumenten der Massenmedien nachdenklich. Warum greifen hier Menschen zu so extremen Mitteln wie Gewaltexzessen? Andere, ähnlich denkende Menschen wie die Terroristen fühlen sich womöglich angespornt, auch „etwas zu tun“. Mediale Aufmerksamkeit ist auch ein erster Schritt, um andere Motive zu forcieren. So sorgt sie neben der genannten Werbung auch für eine Verunsicherung der Bevölkerung, nützt also den Motiven der Destabilisierung und der Einschüchterung.

4. Das Motiv Destabilisierung

Die Destabilisierung einer gesellschaftlichen und politischen Ordnung ist für Terroristen ein wichtiges Motiv. Auch dieses Motiv wird von Corlett in seiner Definition aufgeführt. Die „[...] Gewalt zielt zum Teil auf eine Destabilisierung der bestehenden politischen und sozialen Ordnung [...]“ (Corlett 2011: S. 82). Im Gegensatz zur Einschüchterung ist mit diesem Motiv keine direkte Erwartung an den politischen Feind gerichtet. Er soll nicht in irgendeiner Weise auf die Terroristen eingehen, entscheidend ist, dass die Ordnung geschwächt wird. Der dschihadistische Theologe Muhammad al-Maqdisi unterscheidet zwischen dem Dschihad zur Schädigung und dem Dschihad zur Konsolidierung. Mit der ersten Form wird ein Feind lediglich geschädigt, also sie nutzt nur der Destabilisierung.

Seiner Meinung nach fallen die Anschläge des 11. September in diese Kategorie. „At the head of all of this are the mammoth, accurately planned operations that were carried out in Washington and New York; but despite their size, they do not amount to more than fighting for injury“ (al-Maqidisi 2016: S. 5). Die zweite Form des Kampfes dient hingegen der Errichtung eines islamischen Staates im Sinne der Salafisten (vgl. al-Maqidisi 2016: S. 2).

Die Destabilisierung kann verschiedene Formen annehmen. Polizei und Justiz können den Terrorismus nicht stoppen und so die Sicherheit der Bürger im gewissen Umfang nicht mehr gewährleisten. Sie kann sich aber auch im Kontrollverlust einzelner staatlicher oder gesellschaftlicher Institutionen in ihrer eigenen Tätigkeit zeigen. Dieser Kontrollverlust entsteht, wenn eine Behörde durch einen Anschlag zeitweise arbeitsunfähig wird, z. B. durch einen Bombenanschlag auf einen zentralen Server.

Wenn Terroristen ein optimistisches Denken haben, so können sie sogar versuchen, eine Ordnung so weit zu destabilisieren, dass sie oder politisch Gleichgesinnte im nächsten Schritt als diejenigen auftreten, die diese wieder herstellen und die politische Macht übernehmen. In dem Fall geht das Motiv über die Destabilisierung hinaus. Eine solche Strategie beinhaltet, die Ordnung so weit zu schwächen, dass die Bevölkerung kein Vertrauen mehr in die staatlichen Eliten hat und so deren Unterstützung wegbriecht. Schwierig für die neuen Machthaber ist es dann allerdings, dass ihre Politik nicht mit den Unruhen und der Gewalt in Verbindung gebracht wird. Wenn das passiert, kann ihre Präsenz kaum noch als Garant für Sicherheit und Ordnung gelten. Im Chaos von Bürgerkriegen geht diese Strategie möglicherweise auf. Der „normale“ Bürger kann nicht mehr richtig erkennen, wer mit der Gewalt angefangen und sie ausgelöst hat. Nach dem Irakkrieg ist eine solche Situation entstanden. Verschiedene Gruppen haben mit Anschlägen die Bevölkerung soweit verunsichert und geschädigt, dass in manchen Regionen jede staatliche Ordnung außer Kraft war. Ziel des IS war es nun, hier mit ihrem speziellen Verständnis von Recht und Ordnung einzuspringen (vgl. Atwan 2016: S. 74-82). Ein zweites nicht terroristisches Beispiel ist die Weimarer Republik der 30iger Jahre des letzten Jahrhunderts. Die NSDAP wurde möglicherweise auch deshalb gewählt, damit die ständigen Straßenkämpfe der unterschiedlichen politischen Akteure aufhörten. Dass die SA einer der Akteure war, wurde dann von den Wählern der NSDAP übersehen. Ob die Nazis die Straßenkämpfe tatsächlich als ein solches strategisches Mittel verwendet haben, müsste näher untersucht werden.

5. Propaganda durch Gewalt

Die Propaganda für einen politischen Support wurde schon angesprochen. Mediale Aufmerksamkeit schafft in gewissen Subkulturen ein Klima der Bewunderung für die Radikalität von Terroristen. Laut Gabriele Rollnik, ehemaliges Mitglied der Bewegung 2. Juni, hat die RAF mit der radikalen Tat der Besetzung der Stockholmer Botschaft 1975 neue Anhänger bekommen (vgl. Rollnik u. Dubbe 2007: S. 50-51). Die Gewalt der Terroristen ist somit nicht nur der Ausdruck einer Schwäche, nicht auf eine friedlichere Weise gegen eine schier übermächtige politische und gesellschaftliche Ordnung vorgehen zu können. Sie ist auch ein Ausdruck der Stärke, dass es Menschen gibt, die überhaupt gegen diese Übermacht vorgehen. Durch die Aktionen werden nicht nur Menschen abgeschreckt, die die Gewalt in dieser Form ablehnen, sondern andere bestärkt, hier – sei es nur unterstützend – aktiv zu werden. Für die Unterstützung entsteht in der Regel neben einer Subkultur auch eine Gegenöffentlichkeit mit eigenen Medien. Zu Zeiten der RAF waren Zeitschriften wie *radikal*, *agit 883* oder die Zeitschrift der Freunde und Verwandten inhaftierter RAF-Mitglieder *Zusammen kämpfen* ein Teil der Gegenöffentlichkeit. AL-Qaida verbreitet ihre Propaganda vor allem über das Internet. Herausgeber für dschihadistische Texte und Videos sind z.B. die Globale Islamische Medienfront²⁴ oder Tibyan Publications.²⁵ Ein wichtiges Sprachrohr für die Terrororganisation war die Online-Zeitschrift *Inspire*.²⁶

Nachdem ich die Motive besprochen habe, erörtere ich die Organisation der Terroristen. Gewalt wird von verschiedenen nicht-staatlichen Akteuren ausgeführt, Terrorismus ist nur eine Form unter vielen. Um hier Klarheit zu schaffen, werde ich auf die Unterschiede eingehen. Die Unterscheidung spielt im Kontext des Feindstrafrechts eine Rolle, da die staatlich autorisierte Feinderklärung zu Terroristen mit anderen Argumenten begründet werden muss als die beispielsweise zu Mitgliedern von kriminellen Organisationen (vgl. Kapitel 3 B. II. u. III.).

²⁴ Zur „Global Islamic Media Front“ vgl. Torres Soriano 2012: S. 769-786.

²⁵ Tibyān Publications veröffentlicht u. .a. auch das für die radikale Islamisten-Szene wichtige Buch von Muhammad al-Maqdisi: *Millat Ibrahim, The Religion of Ibrahim* in Englisch.

²⁶ „Unter al-Awlakis [S. K.: islamistischer Theoretiker] Regie veröffentlichte AQAP [S. K.: Al Qaida auf der arabischen Halbinsel] ab 2010 das englischsprachige Online-Magazin *Inspire*, das wie eine Illustrierte aufgemacht war und neben Leserbriefen und bunten Berichten über den Dschihad auch Bombenbauanleitungen enthielt“ (Neumann 2015: 67, kursiv im Original).

II. Terrorismus als Organisation

Terroristische Gruppen sind geheime, nichtstaatliche Organisationen, die spektakuläre Gewalttaten – wie Bombenattentate oder Morde – verüben. Sie handeln aus politischen Motiven. Terroristen sind Zivilisten, die nicht im offenen Kampf gegen ihre Feinde vorgehen, sondern als Geheimorganisation fungieren, die erst durch ihre Gewalttaten Öffentlichkeit erlangen. Ramsay formuliert die Charakteristika der terroristischen Organisationen, mit einem Seitenhieb gegenüber staatlichen Organisationen, die Gewalt gebrauchen, wie folgt:

[...] [A]n organisation [sic.] that is clandestine, that does not seek to take and hold territory, and that strikes unpredictably. When these sorts of actions are carried out by organs of a state, these actors are referred to as “death squads”, but also as special operations teams, “black ops” teams and so on. When they are carried out by non-state actors, these types of actors are often referred to as terrorist organisations [sic.]. (Ramsay 2015: S. 220)

Für ein besseres Verständnis, was eine terroristische Organisation im Vergleich zu anderen gewalttätigen Gruppen ist, stelle ich nun verschiedene Gruppen, die physische Gewalt anwenden, vor. Die Organisationsformen können sich in Zielsetzung, Art der Gewaltausübung und innerer Struktur unterscheiden.

Amokläufer handeln entgegen Terroristen aus Eigeninteresse und wollen mit ihren Gewalttaten mediale Aufmerksamkeit für sich selbst und ihre persönlichen Motive erreichen. Das Ziel ihrer Gewalt kann auch eine staatliche Institution sein, wie beispielsweise eine Schule, deren Schüler und Lehrer sie vermeintlich oder tatsächlich schlecht behandelt haben. Zahlreiche Beispiele, vor allem aus den USA, sind medial bekannt geworden. Schüler oder ehemalige Schüler verübten in Schulen ein Massaker unter den Schülern und Lehrern. In Parkland starben 2018 17 Menschen durch den Amoklauf eines ehemaligen Schülers (vgl. Andone 2020: Abs. 1).

Eine terroristische Gruppe plant ihre Anschläge präzise aus dem Verborgenen. Das unterscheidet sie von autonomen Gruppen, die vor allem im links- und rechtsradikalen Umfeld aktiv sind und eher durch spontanere Aktionen auffallen. Sie greifen während Demonstrationen die Polizei oder politische Gegner an oder verüben im Vergleich zu Terroristen kleinere gewalttätige Aktionen wie Sprühaktionen oder andere Sachbeschädigungen. Della Porta beschreibt den Unterschied wie folgt: „[...] [A]utonomous violence – violence used by loosely organized groups that emphasize a ‚spontaneous‘ resource to high-level violence; and [...] clandestine violence – the extreme violence of the groups that

organize underground for the explicit purpose of engaging the most radical forms of collective action“ (Della Porta 2013: S. 7, kursiv im Original).²⁷

Um die Unterschiede zur organisierten Kriminalität und zum Guerillakampf näher zu beleuchten, werde ich auf deren Gruppen im Vergleich zu Terroristen näher eingehen. Die Grenzen zwischen diesen Organisationsformen und dem Terrorismus werden mitunter in der Theorie nicht deutlich, deshalb ist hier eine klare Grenzziehung geboten. Da ich auf diese Unterschiede umfangreicher eingehe, behandle ich sie in eigenen Unterabschnitten.

1. Terrorismus und organisierte Kriminalität

Die zuständigen Gerichte der Bundesrepublik bemühten sich in den 1970er-Jahren, die RAF als eine kriminelle Gruppe darzustellen. Während es für die RAF-Mitglieder wichtig war, sich als eine politische Gruppe zu verstehen, haben es staatliche Institutionen abgelehnt, den Anspruch der Gruppe zu akzeptieren.²⁸ Es könnte sein, dass es den staatlichen Institutionen wichtig war, sich mit ihrer Beurteilung der RAF-Mitglieder als Kriminelle, jeder Debatte über die Rechtmäßigkeit ihrer Gewalt zu entziehen. Außerdem widerspricht eine Beurteilung von

²⁷ Nach amerikanischen anarchistischen Aktivisten handelt es sich beim „Schwarzen Block“, den man der linken autonomen Szene zurechnen kann, um keine Organisation, sondern eher um „a temporary collection of anarchists“, also eher um einen losen Zusammenschluss von Autonomen (Anonymus 2001: Abs. 2). Die Funktionen vom Schwarzen Block werden auf der Seite des Centre des Médias alternatifs du Québec folgendermaßen beschrieben: „A black bloc is a collection of anarchists and anarchist affinity groups that get together for a particular protest action. The flavor of the black bloc changes from action to action, but the main goals are to provide solidarity in the face of a repressive police state and to convey an anarchist critique of whatever is being protested that day“ (Anonymus 2001: Abs. 3.; vgl. Graeber 2013: S. 194).

²⁸ So war es für die RAF wichtig, vor Gericht nicht als normale Kriminelle, sondern als Kriegsgefangene behandelt zu werden. In einem Papier über die Strategie für die Anwälte schreiben die RAF-Mitglieder folgendes: „das heißt: normal ist der ausnahmezustand – darauf hat sich die verteidigung in stammheim einzulassen – auf diese tatsachen – und das heißt eben: sich zu entscheiden zwischen normalem strafverfahren, also counterinsurgency oder politischer verteidigung: kampf um die rechte der gefangenen als kriegsgefangene gegen diesen staat“ (RAF 1977b: S. 552, Kleinbuchstaben im Original).

Historikerin Gisela Diewald-Kerkmann stellt die damalige Behandlung der RAF-Mitglieder folgendermaßen dar: „In der öffentlichen Terrorismusdebatte vertraten politische Repräsentanten der Bundesregierung, der Opposition oder Vertreter staatlicher Instanzen die Meinung, dass es sich bei Andreas Baader, Ulrike Meinhof, Gudrun Ensslin, Holger Meins und Jan-Carl Raspe um eine besondere Art von Tätern (,Anarchisten‘, ,Umstürzler‘, ,Staatsverneiner‘, ,Staatsfeinde‘) und eben keine gewöhnlichen Kriminellen handelte. Demgegenüber bemühten sich die Gerichte, die Beschuldigten als ganz normale Kriminelle und gemeingefährliche Täterinnen und Täter darzustellen“ (Diewald-Kerkmann 2018: S. 106).

Straftaten nach politischen Motiven dem bundesrepublikanischen Verständnis des Strafrechts, das keine Gesinnungen, sondern nur konkrete Taten be- und verurteilt (vgl. Hawickhorst 2011: S. 183-184).

Terrorismus und Kriminalität sind zwei unterschiedliche Phänomene. Für die Abgrenzung liefert der Politologe Dipak Gupta in seinem Buch *Understanding Terrorism and Political Violence* einen guten Ansatz. Unter Berufung auf Aussagen von Bruce Hoffman, Definitionen vom FBI und dem US State Department zum Terrorismus und zur organisierten Kriminalität differenziert Gupta zwischen – zugespitzt formuliert – Altruismus und Gier (vgl. Gupta 2008: S. 147). So unterscheiden sich die beiden Phänomene aufgrund ihrer Ziele.

From a behavioral standpoint, a terrorist group attempts to achieve public goods, the benefits of which must be *shared with the entire community that the group claims to represent irrespective of an individual's participation in the endeavor to procure it*. In contrast, a criminal gang does not operate out of any apparent “higher calling.” Their predominant motivation is the provision of private and/or quasi-public goods, *which are shared only among the immediate members of the group*. (Gupta 2008: S. 148, kursiv im Original)

Das Ziel der Terroristen ist also die Förderung einer bestimmten – oft unterdrückten – gesellschaftlichen Gruppe, wie beispielsweise von Arbeitern oder Bauern in einer bestimmten Region, der globalen muslimischen Gemeinschaft oder der katholischen Gläubigen in Nordirland. Diesen Gruppen brauchen sie nicht unbedingt anzugehören. Das Ziel von Kriminellen ist die Förderung der eigenen Interessen und die eigene Bereicherung.

Beide Gruppen setzen dabei auf Gewalt und auf den Gesetzesbruch. In diesem Punkt sind sie sich gleich. Allerdings soll die Gewalt unterschiedliches bewirken. Terroristische Aktionen dienen dazu „[...] to shock the community and thereby gain political prominence“ (Gupta 2008: S. 148). Die Aktionen sollen einer breiten Öffentlichkeit bekannt und in möglichst vielen Medien publiziert werden. Kriminelle hingegen versuchen, sich mit Gewalt Güter ungesetzlich anzueignen und eventuelle Gegenspieler – wie Verräter – einzuschüchtern. Wichtig für sie ist laut Gupta, dass sie möglichst nicht im Fokus der Öffentlichkeit sind und ihre Taten und Organisationen eher im Geheimen bleiben, damit die Strafverfolgung es schwer hat, sie zu ahnden (vgl. Gupta 2008: S. 148).

In gewisser Weise profitieren kriminelle Organisationen sogar von einem im Großen und Ganzen funktionierenden Staat, da sie genau das tun, was verboten ist. Sie handeln beispielsweise mit Drogen. Wäre der Drogenhandel erlaubt, so könnten eventuell die

Wucherpreise nicht verlangt werden und diese Organisationen könnten nicht mehr so lukrativ arbeiten, wie sie es im Schatten der Verbote tun. Denn der Mangel und der schwere Zugang zu den Drogen ermöglichen die hohen Preise für diese Ware. Kriminelle Organisationen sind mitunter Nutznießer der staatlichen und gesellschaftlichen Strukturen, „[...] a sophisticated crime group would only want to work within the political system [...]“ (Gupta 2008: S. 148). Die organisierten Kriminellen haben in der Regel kein Interesse, politische Verantwortung zu übernehmen, weil sie an einem Allgemeinwohl nicht interessiert sind, was sie auch von den Terroristen unterscheidet.

Beide Gruppen wollen dementsprechend möglichst nicht zusammenarbeiten. Für Kriminelle ist die Öffentlichkeit, die Terroristen anstreben, zu vermeiden. Mit größerer Öffentlichkeit stehen sie mehr im Fadenkreuz der staatlichen Verfolgung. Terroristen entgegen meiden den Kontakt zu Kriminellen. Die Assoziationen mit Eigennutz und Selbstbereicherung von kriminellen Aktionen, die bei Kooperationen mit Kriminellen eventuell innerhalb der Bevölkerung entstehen, ist hinderlich für einige ihrer Ziele. Diese Ziele sind die Unterstützungen durch ähnlich Gesinnte oder durch die Bevölkerung (vgl. Gupta 2008: S. 148). Aus diesem Grund hat al-Qaida die finanzielle Unterstützung der philippinischen Abu Sayyaf eingestellt. Die Gruppe verwandelte sich immer mehr von einer Gruppe dschihadistischer Kämpfer zu einer von gewöhnlichen Kriminellen, die auf Profit aus war und sich mit Kidnapping und Erpressung finanzierte (vgl. Gupta 2008: S. 157).

Die Ausführungen seien noch einmal kurz zusammengefasst. Kriminelle und Terroristen unterscheiden sich einmal durch unterschiedliche Zielsetzungen. Kriminelle wollen sich bereichern, Terroristen verfolgen politische Ziele im Namen einer gesellschaftlichen Gruppe und einer politischen Idee. Sie wollen sich für diese Ziele mehr oder weniger uneigennützig einsetzen. Des Weiteren unterscheiden sich Kriminelle und Terroristen im Umgang mit der Öffentlichkeit. Während Terroristen als politische Gruppe auf mediale Aufmerksamkeit setzen, vermeiden Kriminelle die Öffentlichkeit, um nicht unnützlich eine Strafverfolgung zu provozieren.

2. Terrorismus und Guerillakampf

Für eine Erörterung des Phänomens Terrorismus ist neben der Unterscheidung zwischen Terroristen und den bisher genannten Gruppen eine weitere wichtig. Diese ist die zwischen Terrorismus und Guerilla. Da sich terroristische Gruppen selbst manchmal als Guerilleros

bezeichnen, ist es wichtig, die Phänomene voneinander abzugrenzen. Die Unterscheidung leitet sich vor allem von dem militärischen Charakter der Guerilla ab.

Guerilla ist im Wesentlichen eine militärische Strategie und Organisation. Was Militär ist, will ich zunächst einmal darlegen. Militär ist eine bewaffnete Organisation, die vorrangig von Staaten unterhalten wird. Sie dient der Landesverteidigung, kann aber auch für andere kämpferische Aktionen innerhalb oder außerhalb des Staatsgebiets eingesetzt werden. Zweck ist die Erhaltung des Landbesitzes oder die Eroberung neuer Territorien mittels Androhung oder Ausübung von physischer Gewalt. Die Gewalt kann auch zur Stabilisierung in Krisengebieten eingesetzt werden, wenn z. B. eine Armee eine andere unterstützt, die zu schwach ist, feindliche Angriffe abzuwehren. In der Regel ist das Militär in verschiedene Teilstreitkräfte wie Heer, Luftwaffe, etc. unterteilt, die verschiedene Aufgaben erfüllen und unterschiedliche Waffen haben. Das Militär ist hierarchisch organisiert. In der Regel haben die Untergebenen die Befehle der Vorgesetzten, aufgrund eines unbedingten Gehorsams zu befolgen (vgl. Haltiner, Klein und Gareis 2004: S. 14-17). Dieser Gehorsam wird „Befehlsprinzip“ genannt (Haltiner, Klein und Gareis 2004: S. 14). Die Mitglieder – genannt Soldaten – tragen meistens eine Uniform. Sie unterscheiden sich in der Hierarchie nach Dienstgraden (vgl. Haltiner, Klein und Gareis 2004: S. 16). Das Militär kämpft gegen andere bewaffnete Gruppen (Kombattanten), um das von diesen besetzte Gebiet zu erobern.²⁹ Bei den Kämpfen kann auch die Zivilbevölkerung (Nichtkombattanten) in Mitleidenschaft gezogen werden. Der Kampf richtet sich aber vorrangig gegen die feindlichen Bewaffneten. Er wird in der Regel offen ausgetragen, das heißt ein Außenstehender erkennt – vor allem an Bewaffnung und Uniform –, dass es sich um einen Soldaten und keinen Zivilisten handelt.³⁰ Die Kämpfe zwischen den militärischen Gegnern finden in sogenannten Kriegsgebieten statt.

Der Guerillakämpfer hat das gleiche Ziel wie die „normalen“ Militärs. Er will feindliches Gebiet im Kampf erobern. Bei Guerilleros handelt es sich aber nicht um eine staatliche

²⁹ Die *Zentrale Dienstvorschrift* der Bundeswehr zum humanitären Völkerrecht beschreibt den Kombattanten wie folgt: „Die Angehörigen der Streitkräfte einer am Konflikt beteiligten Partei (mit Ausnahme des Sanitäts- und Seelsorgepersonals) sind Kombattanten, das heißt, sie sind berechtigt, unmittelbar an Feindseligkeiten teilzunehmen [...]. Die Streitkräfte einer Konfliktpartei bestehen nach dem weiten Verständnis des Ersten Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen aus der Gesamtheit der organisierten bewaffneten Verbände, Gruppen und Einheiten, die einer Führung unterstehen, welche dieser Partei für das Verhalten ihrer Untergebenen verantwortlich ist. Das gilt unabhängig davon, ob die Regierung einer Partei von der gegnerischen Partei anerkannt wird [...]“ (Bundesministerium der Verteidigung 2016: S. 35-36).

³⁰ Nach der Bundeswehr-Dienstvorschrift zum humanitären Völkerrecht zeichnet jeden Kombattanten das offene tragen einer Waffe aus; das würde auch für „organisierte[] Widerstandsbewegungen“ gelten (Bundesministerium der Verteidigung 2016: S. 37).

Organisation, sondern um Menschen, die das staatliche Gewaltmonopol angreifen wollen, um selbst die Herrschaft über ein bestimmtes Territorium zu erlangen (vgl. Zöller 2009: S. 123-124). Die Verbände bestehen meistens aus wenigen Kämpfern und, man kann sagen, in der Regel nur aus einer Teilstreitkraft. Wegen der wenigen Kämpfer lässt sich ein größerer Verbund von mehreren Teilstreitkräften nicht verwirklichen. Guerillaorganisationen haben nie eine Luftwaffe oder Marine, da das entsprechende Equipment fehlt. Dass eine Guerillatruppe zunächst flache Hierarchien oder sogar keine hat, bevor sich die typischen militärischen Hierarchien herausbilden, wie der Philosoph Daniel Meßelken behauptet, wage ich zu bezweifeln (vgl. Meßelken 2011: S. 148).³¹ Der Druck auf die Guerilleros im Kriegsgebiet und die Koordination der Kämpfer, um erfolgreich zu agieren, machen Hierarchien notwendig. Inwieweit tatsächlich diese Form von Kampf auch ohne hierarchisches System auskommt, kann in dieser Arbeit aber nicht geklärt werden. Die Mär von Zigarre rauchenden Kampfgenossen im lateinamerikanischen Dschungel von Kuba und Bolivien scheint mir aber doch eher unzutreffend. In der *taz* schreibt Journalist Toni Keppeler, dass Che Guevaras Führungsstil oft von „Wut und Brutalität“ geprägt war (Keppeler 2007: Abs. 11).

Terroristen sind Zivilisten. Sie sind nicht in der oben beschriebenen Weise militärisch organisiert. Sie kämpfen nicht gegen andere Bewaffnete, sondern sie verüben möglichst unerkannt als geheime Organisation Anschläge. Das Ziel der Anschläge kann durchaus ein militärisches sein, das Militär befindet sich zurzeit des Anschlags aber nicht im Kampfeinsatz. Ein Beispiel ist der RAF-Anschlag auf das US-Hauptquartier in Heidelberg 1972.³² Die Aktionen der Terroristen dienen nicht der Eroberung von Gebieten, wie die der militärischen Gruppen. Ein offener Kampf gegen Bewaffnete – meist Polizisten – wird nur dann geführt, wenn es sich um die Abwehr von Festnahmen handelt. Es geht bei Terroristen nicht darum, den anderen auszuschalten, um ein Gebiet zu erobern, ihn also militärisch zu besiegen.

Der Jurist Mark Alexander Zöller beschreibt in seinem Buch *Terrorismusstrafrecht* den Kampf der Guerilleros wie folgt:

Allerdings handelt es sich beim Guerillakampf letztlich um eine militärische Strategie. Mit dem aus dem Hinterhalt geführten Kampf gegen die Besatzungsmacht oder die eigene Regierung soll zunächst die Kampfmoral der

³¹ Auch das Bundesministerium für Verteidigung geht nach der Bundeswehr-Dienstvorschrift zum humanitären Völkerrecht in der Regel von einer „verantwortliche[n] Person an ihrer Spitze“ bei „Milizen, „Freiwilligenkorps“ und „Widerstandsbewegungen“ aus (Bundesministerium der Verteidigung 2016: S. 37).

³² Zur Erklärung der RAF zu diesem Anschlag vgl. RAF 1997d: S. 147-148.

gegnerischen Truppen zersetzt und in der Folge eine allmähliche Einkreisung und Vernichtung des Feindes herbeigeführt werden. (Zöller 2009: S. 125)

Bezweifelt werden kann Zöllers Differenzierung der Ziele von Terroristen und Guerilleros. Zöller behauptet, dass Gewalt von Terroristen im Gegensatz zu Guerillakämpfern „[...] nicht wegen ihres unmittelbaren Zerstörungseffekts, sondern als Kommunikationsstrategie zur Erzielung einer psychologischen Breitenwirkung eingesetzt [...]“ wird (Zöller 2009: S. 125). Diese Behauptung ist in der Ausschließlichkeit sicherlich nicht korrekt. Nach ihr wäre der Terrorakt am 11. September 2001, der die internationale Wirtschaft zum Teil über Wochen beeinträchtigt hat, in dieser Wirkung nicht beabsichtigt. Wenn man Zöllers Auffassung annimmt, sind, neben diesem Anschlag in Nordamerika, auch viele Aktionen der RAF nicht im vollen Umfang verständlich. Die Anschläge der RAF auf die Hauptquartiere der US-Armee Anfang der 70iger Jahre haben beispielsweise nicht nur Symbolcharakter. In einem Bekennterschreiben heißt es: „Für die Ausrottungsstrategen von Vietnam sollen Westdeutschland und Westberlin kein sicheres Hinterland mehr sein. Sie müssen wissen, daß ihre Verbrechen am vietnamesischen Volk ihnen neue erbitterte Feinde geschaffen haben, daß es für sie keinen Platz mehr geben wird in der Welt, an dem sie vor den Angriffen revolutionärer Guerilla-Einheiten sicher sein können“ (RAF 1997c: S. 145). Der RAF geht es also um „eine unmittelbare Schädigung des Machtapparats“ und um eine Zersetzung der „Kampfmoral der gegnerischen Truppen“ – Ziele, die Zöller den Guerilleros vorbehält (Zöller 2009: S. 125).

Aufgrund der beschriebenen Unterscheidung ist das Selbstverständnis der RAF als Guerilleros meiner Ansicht nach falsch.³³ Die RAF-Mitglieder verstanden sich gerne als Guerillakämpfer, u. a., um ihre Verbundenheit mit den lateinamerikanischen Befreiungsbewegungen zu zeigen,³⁴ sicherlich aber auch, um die Bezeichnung „Terroristen“ mit ihrem negativen Image zu vermeiden. Die RAF schwankte in ihrer Selbstzuschreibung

³³„Indem wir die revolutionäre Guerilla [S. K.: die RAF selbst] aufbauen, schaffen wir ein Instrument, das der Repression des Systems nicht ausgeliefert ist, das seine Handlungsfreiheit nicht aus der Toleranz des Systems bezieht, seine Handlungsfreiheit nicht vom Verfassungsschutz“ (Meinhof 1997: S. 150).

³⁴Die RAF formuliert ihre Verbundenheit mit der Guerilla wie folgt: „Es ging 7 Jahre lang darum, in dieser politischen Wüste, in der alles nur Schein, Ware, Verpackung, Lüge und Betrug ist, den Geist und die Moral, die Praxis und die politische Orientierung des unwiderruflichen Bruchs und der Zerstörung des Systems hereinzubringen. Guerilla. Aus der Verbindung und der Identität mit den Kämpfen in Südostasien, Afrika und Lateinamerika, gewaltsam hier hereinzubrechen und sich festzusetzen. Was Che die Phase des Überlebens und der Verankerung genannt hat, war hier die Phase der Durchsetzung des Konzepts, das weiterlebt und aufgegriffen wird, selbst wenn die in einem bestimmten Moment existierenden illegalen bewaffneten Gruppen aufgerieben wären“ (RAF 1997e: S. 292-293).

zwischen Guerillakämpfern und Stadtguerilleros. Gerade die erste Generation der RAF verweist auf das *Mini-Handbuch der Stadtguerilla* von Carlos Marighella (vgl. Colvin 2009: S. 92). Marighella war ein brasilianischer Revolutionär, der 1969 von Militärs ermordet wurde. Im RAF-Positionspapier *Konzept Stadtguerilla* wird dem Leser und potentiellen Mitstreiter folgender Rat mitgegeben: „Stadtguerilla setzt die Organisierung eines illegalen Apparates voraus, das sind Wohnungen, Waffen, Munition, Autos, Papiere. Was dabei im Einzelnen zu beachten ist, hat Marighella in seinem ‚Minihandbuch der Stadtguerilla‘ beschrieben.“ (RAF 1997a: S. 42) Die Stadtguerilla besteht, wenn man den Ausführungen ihres Namensgebers folgt, aber aus keinen Guerillakämpfern im hier beschriebenen Sinn. Die Kämpfer sollen in kleinen Gruppen aus 4 bis 5 Personen – sogenannte „Feuergruppen“ – die südamerikanischen Großstädte unsicher machen (Carlos Marighella 1996.: S. 20). Marighellas Stadtguerilleros, die Geiseln nehmen und Sprengstoffanschläge in den südamerikanischen Großstädten verüben, entsprechen eher Terroristen als „richtigen“ Guerilleros. Somit wäre die Selbstbeschreibung als Stadtguerilleros für die RAF eher zutreffend als die von Guerilleros im Sinne der Truppen lateinamerikanischer Befreiungsbewegungen.

Eine Organisation kann auch beide Formen der Gewaltanwendung in untergeordneten Gruppen unterhalten. So agierte Al-Qaida in Afghanistan zunächst als Guerillaorganisation ³⁵ Im Bürgerkrieg im Irak war die Al-Nusra-Front die kämpfende Einheit von Al-Qaida (vgl. Atwan 2016: S. 99-105).

Am Ende will ich die Unterscheidung zusammenfassen. Eine Guerillatruppe ist eine kleine militärische Einheit, die in einem Krieg strategisch auf Angriffe aus dem Hinterhalt setzt. Terroristen dagegen sind Zivilisten, die schwere Gewalttaten – wie Mord, Sprengstoffanschläge und Geiselnahmen – durchführen. Diese Gewalt wird als geheime illegale Organisation durchgeführt. Eine militärische Organisation ist die RAF zum Beispiel nicht, dafür fehlen ihr die Soldaten- oder Söldnertruppen und das Agieren im offenen Kampf in Kriegsgebieten.

III. Zusammenfassung

In diesem Abschnitt ging es darum, die Begriffe „Terrorismus“ und „Terrorist“ näher zu bestimmen. Es sollte keine Definition geliefert werden, sondern nur näher erfasst werden,

³⁵ Zur Motivation von „domestic and foreign fighters“, also Terroristen, die im europäischen Raum agieren, und Guerilleros, die im nahen Osten kämpfen, in der radikalen Islamistenbewegung vgl. Hegghammer 2013: 1-15.

welche Gruppen oder Organisationen unter die Begriffe fallen. Terroristen sind zunächst einmal keine staatlichen Organisationen. Ihre Handlungsmotive können Rache, Einschüchterung von Staat und Bevölkerung, Destabilisierung staatlicher und gesellschaftlicher Strukturen, Propaganda und Werbung für ihr politisches Anliegen sein. Zur weiteren Bestimmung habe ich terroristische Gruppen von anderen gewalttätigen, nicht staatlichen Gruppen unterschieden. Das sind Amokläufer, Autonome, Kriminelle und die Guerillakämpfer. Der Unterschied zwischen Terroristen und Mitgliedern einer kriminellen Vereinigung wird noch einmal im Kontext des Feindstrafrechts wichtig sein (vgl. Kapitel 3 B. II. u. III.).

Terroristische Gruppen sind, nach der Differenzierung und Abgrenzung zu den anderen genannten Akteuren, eine politisch motivierte, nicht staatliche Gruppe, die extreme Gewalt anwendet und nicht militärisch organisiert ist. Wenn die Gruppe politisch motiviert ist und politische Ziele hat, so ist sie keine kriminelle Gruppe. Ein Amokläufer kann kein Terrorist sein, weil er nach persönlichen nicht politischen Motiven handelt. Die extreme Gewalt unterscheidet Terroristen von autonomen Gruppen, die keine Morde verüben und keine Bomben legen. Da Terroristen nicht staatlich organisiert sind, kann Polizei, die auch Gewalt anwendet, keine terroristische Gruppe sein. Dadurch, dass sie nicht militärisch organisiert sind, sind sie auch keine Guerillatruppen.

In diesem Kapitel wurden – nach einer kurzen Vorstellung des Feindstrafrechts – die Begriffe „Feind“ und „Terrorismus“ näher erörtert. Im nächsten Kapitel wird Jakobs' Strafrechtskonzeption vorgestellt. Es wird sich herausstellen, dass Jakobs' Analysen zum Feindstrafrecht auf seine Strafrechtskonzeption aufbauen.

Kapitel 2

Jakobs' Rechtsphilosophie und Strafrechtskonzeption

A. Jakobs' gesellschaftsorientierte Perspektive auf das Recht

Für ein besseres Verständnis zu Jakobs' Feindstrafrecht ist es notwendig, zunächst auf Jakobs' Rechtsphilosophie einzugehen. Prägend für Jakobs ist die Systemtheorie. Er übernimmt von den Systemtheoretikern u. a. den Fokus auf die gesellschaftliche Perspektive. Das bedeutet, das Interagieren von Menschen wird weniger aus der Sicht der einzelnen Akteure und auf diese, sondern aus der Sicht auf die Dynamik, die aus dem Zusammenleben vieler Akteure entsteht, betrachtet. Für Systemtheoretiker begründet die Soziologie diese Sichtweise. Für einen Rechtswissenschaftler ist diese Perspektive – vor allem in der Relevanz, die sie bei Jakobs bekommt – eher ungewöhnlich. In liberalen Gesellschaften würde man für eine Betrachtung des Rechts auch den Blick auf den Einzelnen im Recht und die Sicht des Einzelnen auf das Recht berücksichtigen. Rechtswissenschaftler Hendrik Schneider nennt diese Fokussierung auf die Gesellschaft „systemfunktional“ (Schneider 2004: 53, Fn. 47 u. S. 56).

Aus dieser Perspektive werden bei Jakobs auch die strafrechtlichen Grundbegriffe „Prävention“, „Schuld“, „Strafe“ und „Rechtsperson“ betrachtet. Eine Ausnahme bildet die sogenannte Bringschuld (vgl. Kapitel 5 A.). Das Ziel einer Rechtsordnung ist das Vertrauen der Bevölkerung in diese. So ist es nicht verwunderlich, dass Jakobs die Hauptaufgabe des Strafrechts in der positiven Generalprävention sieht. Deren Ziel ist dieses Vertrauen. Mit einer Rechtsordnung soll die tatsächliche Sicherheit und gefühlte Sicherheit der Bevölkerung im Großen und Ganzen erreicht werden. Die Bürger als Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft lernen, die Rechtsnormen zu befolgen, und sie erkennen in Bestrafungen von Normbrüchen, dass sich ein Normbruch nicht lohnt und die Rechtsordnung von staatlichen Institutionen durchgesetzt wird. So ist zumindest der Anspruch. Entsprechend interpretiert Jakobs auch die Begriffe „Schuld“ und „Strafe“ aus einer gesellschaftlichen Perspektive.³⁶

³⁶ Die gesellschaftliche Perspektive von Jakobs hat verständlicherweise auch Kritiker, auf die Jakobs wie folgt antwortet: „Wenn gegen das vorgetragene Konzept immer wieder vorgebracht wird, bei einem solchen Verständnis von Schuld werde der zu bestrafende Bürger instrumentalisiert, so wird dabei wohl verkannt, daß es überhaupt nur um die Deskription der Funktionsbedingungen von Gesellschaft geht [...]. Jedoch dürfte die Aufklärung darüber, daß es beim Schuldpruch nicht um einen einzelnen [sic] in seinem Selbstsein, sondern um eine Sozialperson, daß also soziale Systeme Bestandsbedingungen haben, deren Zwängen niemand entrinnt, etc.,

Die weiteren Ausführungen sind wie folgt gegliedert: Zunächst erläutere ich kurz die theoretischen Wurzeln von Jakobs. Er beruft sich, bei seiner Berücksichtigung der Systemtheorie vor allem auf den Soziologen Niklas Luhmann. Wichtig für Jakobs ist die Funktion des Rechts in Bezug auf die gesamte Gesellschaft. Im Anschluss gehe ich auf Jakobs' Begriffe „Individuum“ und „Person“ ein. Diese Begriffe werden durch Erörterungen zur Rechtsperson und zur Nicht-Person bzw. Nicht-Rechtsperson ergänzt. Eine Rechtsperson ist ein Mitglied einer Rechtsgemeinschaft. Nicht-Person bzw. Nicht-Rechtsperson sind Menschen, die keinen Personen- bzw. keinen Rechtspersonenstatus haben. Es folgt eine Darstellung von Jakobs' Position zur priorisierten positiven Generalprävention als vorrangigen Zweck des Strafrechts, dann die Darstellungen von Jakobs' Schuld- und Strafe-Verständnis. Bestraft werden darf nach Jakobs nur eine Rechtsperson. Ein Feind wird hingegen nicht betrafft, sondern er wird aus dem öffentlichen Leben entfernt, damit er nicht mehr als Feind agieren kann. So ist die Möglichkeit, bestraft zu werden, eine Eigenschaft der Rechtsperson.

I. Jakobs theoretische Wurzeln

Um Jakobs' Rechtstheorie besser zu verstehen, erscheint es mir wichtig, auf seine theoretischen Wurzeln einzugehen. Jakobs ist Anhänger des Funktionalismus. Der Funktionalismus ist eine Rechtstheorie, die den Begriff der Funktion von der Systemtheorie Durkheims übernommen hat (vgl. Schneider 2004: S. 40). Bei Jakobs besteht der Sinn des Rechts vor allem in der Durchsetzung von Rechtsnormen für die Bewahrung der Normen, die eine Gesellschaft stützen und ihre Identität erhalten. Individuelle Schuldgefühle und Sühne von Straftaten sind eher zweitrangig, wenn nicht sogar irrelevant. Der Blick, mit dem der Zweck des Rechts gesehen wird, ist der auf die Gesellschaft und deren Funktionsfähigkeit. So schreibt Jakobs in Bezug auf das Strafrecht: „Die Leistung des Strafrechts besteht darin, dem Widerspruch [S. K.: die Normverletzung] gegen identitätsbestimmende Normen der

jedenfalls dann kaum zur Abkehr von der Gesellschaft führen – wohin denn auch? –, wenn man zugleich begreift, dass solche Zusammenhänge immer Schuld und Strafe fundamentieren“ (Jakobs 1993: S. 29-30). Die Bedeutung der Gesellschaft für das Recht darf natürlich nicht unterschätzt werden. Man beachte aber die Ausschließlichkeit der Gesellschaftsperspektive. Besonders deutlich wird diese, wenn Jakobs von „[...] nicht um einen einzelnen in seinem Selbstsein [...]“ und nicht von „nicht *nur* um einen einzelnen in seinem Selbstsein“ spricht. Das instrumentelle Verständnis der Rechtsperson kritisiert z. B. Stübinger (vgl. Stübinger 1993: S. 44).

Gesellschaft seinerseits zu widersprechen. Das Strafrecht bestätigt also gesellschaftliche Identität [...].“ (Jakobs 1995: S. 844).

Wichtige Vertreter dieser funktionalistischen Schule sind neben Jakobs die Strafrechtler Claus Roxin und Wolfgang Frisch (vgl. Schneider 2004: S. 19). Prägend für diese Rechtsauffassung sind vor allem zwei Theorieansätze. a) Der Funktionalismus bezieht sich in seiner Rechtsauffassung auf die Wertephilosophie des südwestdeutschen Neukantianismus, der von Wilhelm Windelband und Heinrich Rickert begründet und von Max Weber weiterentwickelt wurde.³⁷ Explizit rechtsphilosophische Weiterentwicklungen der Wertephilosophie stammen von Emil Lask, Gustav Radbruch und Erich Schwinge (vgl. Schneider 2004: S. 23). b) Weiterhin greift die funktionalistische Rechtsschule systemtheoretische Ideen auf und interpretiert sie auf ihre eigene Weise neu.³⁸ Die soziologischen Untersuchungen bieten sich als Bezugspunkt für Jakobs' Funktionalismus an, denn mit ihnen kann man vor allem gesellschaftliche Phänomene und nicht die Handlungen einzelner Menschen analysieren. Im Unterschied zu Jakobs' Rechtsauffassung ist für die Soziologie der Blick auf die Gesamtgesellschaft ihrem Forschungsgegenstand geschuldet. Bei Luhmann sei „[e]ine Binnenkritik der Rechtsdogmatik [...] damit ausdrücklich nicht verbunden.“ (Schneider 2004: S. 68). Für Jakobs bildet der Vorrang einer gesellschaftlichen Perspektive eine Begründung für den Zweck des Rechts.

Auch die Erörterungen von Jakobs' Personbegriff verdeutlichen, dass bei ihm die Gesellschaft im Fokus steht (vgl. Kapitel 2 B. II.). Nicht die einzelne Person ist vorrangig die Basis für das Recht, sondern der die Person ermöglichende normative Zusammenhang der Gesellschaft. Die Gesellschaft ist deren Voraussetzung. In einem Gedankenexperiment aus seinem Buch *Norm, Person, Gesellschaft* wird die Gesellschaft und mit ihr der Status als Person bzw. Rechtsperson durch die Hand einer „Gewalt“, die Normen bestimmt, eingeführt (Jakobs 2011: S. 23-27, vgl. Kapitel 2 B. II.).

Dementsprechend ist es nicht verwunderlich, dass Jakobs' Rechtstheorie ihren Ursprung auch in soziologischen – also gesamtgesellschaftlichen – Forschungen hat. Ein wichtiger Einfluss Jakobs schon zu Beginn seiner akademischen Karriere ist, wie gesagt, Luhmanns Systemtheorie (vgl. Schneider 2004: S. 55). Dabei nutzt Jakobs den soziologischen Blick auch für andere wissenschaftliche Bereiche. Luhmanns soziologischer Ansatz als eine Möglichkeit

³⁷ Eine ausführliche Darstellung zum Einfluss des Neukantianismus findet sich bei Schneider (vgl. Schneider 2004: S. 22-39).

³⁸ Eine ausführliche Darstellung zum Einfluss der Systemtheorie findet sich bei Schneider (vgl. Schneider 2004: S. 40-51).

menschliches Zusammenleben zu betrachten, wird bei Jakobs zur wesentlichen Perspektive für den Zugang zu Mensch, Gesellschaft und Recht.

Insbesondere seine neuere Abhandlung „Norm, Person, Gesellschaft“ zeigt, dass Jakobs dabei noch über den dargestellten systemfunktionalen Ansatz in der Rechtssoziologie hinaus geht. Während dort die systemfunktionale Deutung des Rechts der Gesellschaft ausdrücklich als eine von mehreren möglichen Interpretationen angesehen wird, ist diese Perspektive bei Jakobs nunmehr verabsolutiert. (Schneider 2004: S. 71)

Dadurch, dass Gesellschaft die Voraussetzung für das Personsein ist, muss, um dieses Personsein zu schützen, zuallererst die Gesellschaft als normative Basis rechtlich geschützt werden. Im Zusammenhang mit dieser Auffassung ist auch Jakobs' Einsatz für die positive Generalprävention zu verstehen.

Die Normen werden – wie bereits erwähnt – nach einem Gedankenexperiment Jakobs' mit Hilfe einer sogenannten „Gewalt“ eingerichtet. Diese bestimmt die Normen für ihre Gesellschaft. Die Normen gelten also für eine Gesellschaft und haben keine übergreifende Funktion für mehrere Gesellschaften oder gar für die Menschheit. Mit dieser Ansicht vertritt Jakobs einen Relativismus in Bezug auf die Gültigkeit von Normen überhaupt und einen Relativismus der Geltung von Rechtsnormen. Das Gesellschaftsmodell lässt sich – wie sich noch zeigen wird – auch auf Rechtsgemeinschaften übertragen. Im nächsten Abschnitt stelle ich die Positionen und Einflüsse der Systemtheorie auf Jakobs dar. Da der Überblick nur Jakobs' Blick auf das Strafrecht verdeutlichen soll, ist die Darstellungen sehr kurz gefasst.

II. Ein kurzer Überblick über die systemtheoretische Rechtsauffassung

Einen Überblick über das Rechtsverständnis von verschiedenen Systemtheoretikern verschafft Hendrik Schneider in seinem Buch über den rechtswissenschaftlichen Funktionalismus: *Kann eine Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?* (vgl. Schneider 2004: S. 40-51) In der Regel verzichtet Schneider auf eine Darstellung direkter Einflüsse der Systemtheorie auf die Autoren des Funktionalismus, dennoch wird bei ihm deutlich, dass beim Rechtsverständnis gewisse Parallelen bestehen. Allerdings ist es wichtig, zu beachten, dass ein gravierender Unterschied in der Ausgangssituation beider Schulen besteht. Die Systemtheorie versucht, gesellschaftliche Phänomene mit einer neuen

soziologischen Methode zu erklären, während der Funktionalismus nach Strafzwecken und Begründungen der Rechtsdogmatik sucht.

Ähnlich wie Jakobs setzt auch Emile Durkheim auf die Generalprävention und den Erhalt der Normativität einer Gesellschaft. Es ginge in erster Linie nicht darum, einen Rechtsbrecher zu berichtigen oder Nachahmungen von unerwünschten Taten zu vermeiden. Funktion von Strafe sei, den Zusammenhalt in einer Gesellschaft zu fördern (vgl. Schneider 2004: S. 40-41). „Die [...] gemeinsamen Überzeugungen sind dabei das Band, das Gesellschaft zusammenhält [...]. Die auf das Verbrechen folgende Strafe [...] hat die Funktion, die verletzten Kollektivgefühle zu erhalten und zu stärken [...]“ (Schneider 2004: S. 40). Auch für Talcott Parsons' Schüler Harry C. Bredemeier sei laut Schneider der Sinn von Recht „nur sekundär die individuelle Streitentscheidung des erkennenden Gerichts, sondern primär der Beitrag zur internen Stabilisierung des Systems“ (Schneider 2004: S. 47). Die Systemtheorie Parsons' versuche laut Schneider, die Relevanz einzelner gesellschaftsrelevanter Erscheinungen für gesellschaftliche Prozesse zu ergründen. Grundsätzlich sei ein Ziel seiner sozialwissenschaftlichen Untersuchungen „[...] Einsicht in die jeweiligen Entwicklungsprozesse zu gewinnen, die die Funktionsweise des Systems beeinflussen“ (Schneider 2004: S. 46). Nach Niklas Luhmann hätten gesellschaftliche Regeln Aufgaben, wie beispielsweise die komplexen gesellschaftlichen Zusammenhänge zu vereinfachen und Erwartungen an das Verhalten anderer zu sichern (vgl. Schneider 2004: S. 49). Die Funktion des Rechts und der Gewaltenteilung bestehe laut Schneider bei Luhmann vorrangig nicht darin, die Einzelinteressen zu schützen, sondern die Verbindlichkeit von Institutionen zu gewährleisten. Die Bürger müssten sich auf die Gültigkeit von gesellschaftlichen Regeln verlassen können, damit sie am gesellschaftlichen Leben teilhaben können. Das Grundrecht auf Eigentum sei beispielsweise eine Voraussetzung für eine funktionierende Wirtschaft (vgl. Schneider 2004: S. 50-51). Wichtig sei, zu ergänzen, „[...] dass jede soziale Regelung auch funktional im Hinblick auf die Persönlichkeit und die Entwicklung des einzelnen interpretiert werden kann [...]“, trotzdem die „systemtheoretische[] Perspektive“ bei Luhmann im Vordergrund stehe (Schneider 2004: S. 48-49).

Was Luhmann nur als Möglichkeit erwähnt, aber nicht näher behandelt, wird von Helmut Schelsky entwickelt. Nach Schelsky müsse laut Schneider „[...] auch der individualistische Theorieansatz nicht auf die Verallgemeinerung seiner Aussagen verzichte[n] und [ist] damit ebenfalls für die Erfassung komplexer sozialer Tatbestände offen [...]“ (Schneider 2004: S. 52). „An die Stelle der abstrakten Kategorie ‚System‘ tritt in einem individualistischen Theorieansatz der generalisierende Begriff ‚der Mensch‘ [...]“ (Schneider 2004: S. 52). Dieser

Ansatz ist hier nur der Vollständigkeit halber genannt. Er spielt für die Betrachtungen über Jakobs keine Rolle.

Jakobs bezieht sich in seinen Arbeiten vor allem auf Luhmann.³⁹ Auch wenn er von Luhmann wichtige Impulse für seine Rechtsauffassung bekommen hat, sollten die beiden Rechtstheorien voneinander unterschieden werden.⁴⁰ Die Rolle, die der Unterschied zwischen Soziologie und Rechtswissenschaft spielt, habe ich schon genannt.

Einen Fehler in Hinsicht auf die Übernahme von Luhmanns Begriffen durch Jakobs macht der Rechtswissenschaftler Alejandro Aponte. In seinem Aufsatz *Feind oder Bürger? Günther Jakobs und das Dilemma eines feindlichen Strafrechts* unterstellt er bei Jakobs eine Unterscheidung von normativer und kognitiver Erwartungshaltung. Das ist eine von Luhmann verwendete Differenzierung (Aponte 2006b: S. 141, Fn. 9).⁴¹ Diese Unterscheidung hat Jakobs selber aber nicht gemacht. Da er selber mehrfach nur von der „kognitiven Untermauerung“ spricht, wenn es darum geht, die Erwartung und das Vertrauen in die Normativität einer Gesellschaft zu beschreiben, erscheint mir die Differenzierung nicht korrekt.⁴² Mein Eindruck ist, dass Jakobs den normativen und den kognitiven Aspekt in seinem Begriff zusammenfasst, da er sowohl normative als auch kognitive Erwartungen umfasst. Erwartet wird, dass die Normen eingehalten werden, was erfahrbar sein soll. Das Thema wird aber noch ausführlich erörtert (vgl. Kapitel 5 C.).

³⁹ Vgl. folgende Textstellen: Jakobs 1995: S. 843 - 846, S. 846, Fn. 9, S. 852, Fn. 21, S. 854, Fn. 27, S. 859, Fn. 42, S. 860, S. 874, 876, Fn. 75; Jakobs 2011: S. 45 u. 49; Jakobs 2017c: S. 255, Fn. 41 u. S. 261; Jakobs 2017d: S. 267, S. 268, S. 277. Bei diesen Nachweisen in Bezug auf Luhmann bei Jakobs handelt es sich lediglich um Beispiele. Die Liste erhebt nicht den Anspruch auf Vollständigkeit.

⁴⁰ So heißt es gleich in der „Vorbemerkung“ einer von Jakobs' wohl intensivsten Auseinandersetzung mit Luhmann *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken* aus dem Jahre 1995: „Die klarste Darstellung der Unterscheidung sozialer und psychischer Systeme mit Folgerungen für das Rechtssystem, [sic] freilich regelmäßig sehr weitem Abstand zum Strafrecht, findet sich gegenwärtig in der Systemtheorie *Luhmanns*. Selbst der flüchtige Kenner dieser Theorie wird jedoch schnell merken, dass die hiesigen Ausführungen ihr keineswegs konsequent, ja nicht einmal in allen Hauptsachen folgen“ (Jakobs 1995: S. 843, kursiv im Original).

⁴¹ Zur Unterscheidung zwischen kognitiven und normativen Erwartungen bei Luhmann vgl. auch Stübinger 1993: S. 34, Fn. 4 u. S. 34-35. Auch er versäumt, darauf hinzuweisen, dass Jakobs die Unterscheidung nicht aufgreift.

⁴² Vgl. zur „kognitiven Untermauerung“ folgende Textstellen: Jakobs 2000: S. 51; Jakobs 2004b: S. 41 u. S. 47; Jakobs 2004a: S. 91; Jakobs 2006a: S. 289, S. 291, S. 292, S. 295; Jakobs 2017c: S. 261, S. 262 und S. 263; Jakobs 2011: S. 52 u. S. 80. Die Aufzählung erhebt nicht den Anspruch auf Vollständigkeit.

Neben der gesellschaftlichen Perspektive übernimmt Jakobs auch die genannten einzelnen Aspekte der Systemtheorie. Gerade die Vereinfachung von komplexen gesellschaftlichen Zusammenhängen und die Erwartungen der Gesellschaftsmitglieder an ein normkonformes Verhalten anderer spielt auch bei ihm eine wichtige Rolle, wie sich noch zeigen wird.

Im Anschluss an diesen kurzen Überblick folgt nun eine Darstellung von Jakobs' Individuum- und seinem Personbegriff. Person ist nach seinem Konzept ein Mensch, der nach den gesellschaftlich vorgegebenen Normen lebt und so Mitglied der Gesellschaft wird. Die Person wird vom Individuum und anderen Nicht-Personen abgegrenzt.

B. Individuum, Person, Rechtsperson und Nicht-Person

Jakobs interpretiert „Individuum“ und „Person“ auf seine eigene Weise, die in diesem Abschnitt dargestellt werden. Für ihn ist ein Individuum ein Mensch, der sich ausschließlich an seiner eigenen Lust bzw. Unlust orientiert, während eine Person ein Mensch ist, der sich ausschließlich nach gesellschaftlich festgelegten Normen richtet.

Für Jakobs erschöpft sich auch die Bestimmung einer Person im Recht, also eines Menschen, der als vollwertiges Mitglied einer Rechtsgemeinschaft gilt, nicht darin, dass auf sie Recht im Allgemeinen und Strafrecht im Besonderen angewendet wird. Das heißt, wenn sie eine Rechtsnorm gebrochen hat, hat sie die Konsequenzen – beispielsweise Bußgelder oder Freiheitsentzug – zu tragen und der Geschädigte hat ggf. ein Recht auf Wiedergutmachung. Person im Recht ist laut Jakobs nicht nur ein Mensch, der Rechtsnormen nicht brechen darf. Eine Person im Recht hat die Pflicht, die Rechtsordnung aktiv umzusetzen. Sie muss sich in ihrer Umwelt als rechtstreuer Bürger darstellen und die Rechtsnormen bewusst einhalten wollen.

Stellt ein Mensch sich nicht in einem gewissen Umfang oder auf eine gewisse Art als Rechtsperson dar, so kann ihm der Status der Rechtsperson entzogen werden. Das bedeutet, ein Mensch, der oft straffällig wird, oder ein Mensch, der aus Sicht des Gesetzgebers wegen besonders geächteter Taten als gesellschaftlich nicht tragbar betrachtet wird, bekommt einen Sonderstatus als Feind. Er wird als Feind bekämpft und ausgeschaltet, damit er nicht mehr mit seinem feindlichen Verhalten agieren und die Um- und Durchsetzung der Rechtsordnung stören kann. In einem solchen Fall wird der Täter als Mitglied der Rechtsgemeinschaft nicht mehr ernst genommen. Er wird nicht mehr nach dem Strafrecht bestraft, sondern nach dem Feindstrafrecht „gesichert“, wie sich Jakobs ausdrückt (Jakobs 2006a: S. 305). Er wird z.B. in

Sicherungsverwahrung genommen, damit er keine Taten mehr verüben kann, die die Rechtsordnung nachhaltig stören. Die Deutung eines Mitglieds der Rechtsgemeinschaft nach Jakobs' Personbegriff, die in seinen späteren Arbeiten eine Rechtfertigung für das Feindstrafrecht liefert, wird durch eine Darstellung von Jakobs' Strafrechtskonzeption wesentlich klarer, denn sie stützt sich meiner Ansicht nach auf diese. Diese Konzeption soll deshalb ebenfalls in diesem Kapitel erörtert werden.

Zunächst sollen Jakobs' Auffassungen zur Person und Person im Recht näher erläutert werden. Auf den Feind und den rechtlichen Umgang mit ihm wird ab dem nächsten Kapitel intensiv eingegangen. Seine Konzeption der Person spielt in seinen späteren Schriften zum Feindstrafrecht eine entscheidende Rolle. Während in seiner ersten Arbeit zum Thema, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung* aus dem Jahr 1985, noch der Rechtsgutsschutz und Jakobs' kritische Haltung zu einem Feindstrafrecht im Vordergrund stehen, ist in der späteren Phase seiner akademischen Laufbahn der Begriff der Person bzw. der Person im Recht für eine Feindstrafrechts-Rechtfertigung vorrangig. Im Laufe der Jahre entwickelte Jakobs seine eigene Rechtsphilosophie weiter, die sich dann immer stärker von etablierten Meinungen zur Mitgliedschaft einer Rechtsgemeinschaft entfernt, was in dieser Arbeit noch ausführlich besprochen wird (vgl. Kapitel 5 C.).

Um seine Idee einer Gesellschafts- und Rechtsordnung zu verdeutlichen, bedient sich Jakobs in seiner eher gesellschaftstheoretischen Arbeit *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie* eines Modells, das die Entwicklung vom Leben eines einzelnen Menschen zu einem in einer Gesellschaft agierenden hin darstellt. Man kann auch sagen: Die dargestellte Entwicklung geht vom Naturzustand des Individuums zum Gesellschaftszustand der Person.

In einem rechtlich geordneten Staat orientiert sich ein Mensch an einer Rechtsordnung. Er ist dann auch Rechtsperson. Eine Differenzierung zwischen Person als Gesellschaftsmitglied und Rechtsperson als vollwertiges Mitglied einer Rechtsgemeinschaft erscheint mir wichtig, wird aber bei Jakobs nicht genug gewürdigt. Dies wird noch genauer analysiert (vgl. Kapitel 2 B. III.). Zeigt ein Mensch durch sein Verhalten, dass er die Gesellschafts- oder Rechtsordnung nicht oder nur teilweise umsetzt, so kann er nach Jakobs eventuell als Nicht-Person bzw. Nicht-Rechtsperson aufgefasst und behandelt werden. Als ein weiterer Schritt wird er als Feind bekämpft. Das geschieht, wenn er aus Sicht des Gesetzgebers die Gesellschaftsordnung in irgendeiner Weise bedroht. Diese Modifikation eines Menschen vom Individuum zur Person bzw. zur Rechtsperson und der Status der Nicht-Person wird nun näher erläutert. Die Ausweisung als Feind wird, wie erwähnt, erst im nächsten Kapitel beschrieben.

I. Individuum

Jakobs' Modell geht zunächst von Individuen aus. Das sind Menschen, die sich nicht als in einer Gruppe und für diese Gruppe agierend verstehen und darüber hinaus kein Verständnis von Normen der Gesellschaft haben. Sie orientieren sich ausschließlich an ihren egozentrischen Positionen. Die Individuen, die nur für sich agieren, tun dies aus ihrem egozentrischen Lust- und Unlustempfinden heraus (vgl. Jakobs 2011: S. 9-22). Ihnen fehlt jede Sozialkompetenz, im Sinne von sich nach gesellschaftlichen Regeln verhalten, da ihnen die Erkenntnis, was gesellschaftlicher Normativität ist, nicht gegeben ist. Wenn zwei dieser Individuen aufeinandertreffen, so können sie keine gemeinsam geteilte Welt wahrnehmen.

Die vom einen und die vom anderen gesehene Welt ergänzen sich nicht zu *einer* für beide äußeren Welt, vielmehr ist der Umstand, dass das andere Individuum sehen kann, für das eine nur ein Ereignis innerhalb seiner (des einen) Welt. (Jakobs 2011: S. 17-18, kursiv im Original)

Ihnen fehlt die Möglichkeit, sich als Teil einer Gemeinschaft und sogar als Teil der Welt zu verstehen, die unabhängig von ihnen agiert bzw. existiert.⁴³

II. Person

Das Leben als Individuum wird bei Jakobs nun durch das Leben eines Menschen als normgeleitete „Person“ innerhalb einer Gruppe bzw. Gesellschaft ergänzt. Wenn ein Mensch zur Person wird, so zeigt sich die Umwelt als auch er selbst aus einer anderen Perspektive, die sich aufgrund des konformen Verhaltens vieler Menschen entwickelt.

⁴³ Merkwürdigerweise ist die Erkenntnis eines Individuums von natürlichen Vorgängen bei Jakobs noch keine Überwindung der Egozentrik. Die Grenzen der individuellen Sphäre müsste jedem Menschen schon bei der Wahrnehmung der Außenwelt deutlich werden, da schon hier nicht nur Lust und Unlust, sondern die Naturgesetze und das Verhalten anderer Lebewesen als etwas Fremdes, nicht mehr nur allein nach Lust und Unlust beherrschbares, begriffen werden müsste. Jakobs sieht das allerdings anders: „Der Schnee, der sich schmerzhaft kalt anfühlt, ist überhaupt nur in der Welt, weil das Individuum ihn als schmerzhaft kalt fühlt. Zwar differenziert es zwischen dem kalten Schnee und der Kälte fühlenden Hand, aber es erreicht damit kein Verständnis von sich selbst, da es in beidem gleichermaßen anwesend ist. Erst wenn es verstünde, dass Schnee mehr sein könnte als Grund für seine aktuelle Unlustempfindung, hätte es seine Unbeschränktheit aufgehoben“ (Jakobs 2011: S. 10). Nun ist das Unlustgefühl der Kälte nach dem Wegziehen der Hand nicht mehr da, es schneit aber trotzdem noch. Das könnte für das Individuum ein Hinweis sein, dass der Schnee doch nicht von seinen einzelnen Empfindungen abhängig ist.

Nach Jakobs bedarf es zur Einführung einer Gesellschaftsordnung und – wenn man von einem Staat ausgeht – zur Etablierung einer Rechtsordnung eine „Gewalt“, oder man könnte auch Autorität sagen, die für die einzelnen Menschen eine Ordnung erlässt (Jakobs 2011: S. 23).⁴⁴ Mit dem Aufbau einer Gesellschaftsordnung wird der Individuumzustand überwunden. In modernen Staaten übernehmen die Aufgabe der Autorität in Bezug auf das Recht Politiker.⁴⁵ Die Gesellschaftsordnung besteht aus Normen, die das Zusammenleben und die Kommunikation der Menschen regeln und für jedes Gesellschaftsmitglied gleichermaßen bindend sind und individuelle Abweichung nur in einem Rahmen zulassen, der das Zusammenleben nach den Normen nicht beeinträchtigt. Für Jakobs ist dabei für die Einführung und Durchsetzung von gesellschaftlicher Normativität nicht wichtig, wie die Menschen der Ordnung unterworfen werden, ob freiwillig oder nicht, sondern es kommt „auf das Faktum des Unterworfen-Seins“ an (Jakobs 2011: S. 24). Mit dem Ausdruck „Faktum“ betont Jakobs wieder einmal sein anscheinend deskriptives Vorgehen. Für ihn ist die Unterwerfung aber nur der erste Schritt. Menschen halten sich – vorausgesetzt, sie denken und handeln in individuellen Lust-Unlust-Kategorien – zunächst nur dann an die Ordnung, wenn es für sie einen Vorteil bringt (vgl. Jakobs 2011: S. 25-26). Damit sie sich aber auch selbst als Gruppenmitglieder verstehen, müssen sie sich als Teil der Gruppe, die Regeln der Gruppe als die bestimmende Normativität, die ihr Handeln leitet, begreifen. Sie nehmen eine „Rolle“ innerhalb der Gesellschaft und gemäß der Gesellschaftsordnung an (Jakobs 2011: S. 36). Sie haben eine neue „Selbstbeschreibung“, wie Jakobs diesen Vorgang nennt (Jakobs 2011: S. 38).

Diese Selbstbeschreibung ist das Selbstverständnis als „Subjekt“ innerhalb einer Gesellschaft (Jakobs 2011: S. 32). Durch die Ordnung und durch die Rolle, die sie einnehmen, erhalten sie aus gesellschaftlicher Perspektive die Zuschreibung als „Person“ (Jakobs 2011: S. 32). Ein „Subjekt“ ist ein Mensch, der sich bewusst nach gesellschaftlichen Normen verhält und sich in der Rolle eines Gesellschaftsmitglieds sieht (Jakobs 2011: S.36). Eine Person ist ein Mensch, der sich für andere sichtbar konform der gesellschaftlichen

⁴⁴ Die Einführung der „Gewalt“ wird in Norm, Individuum, Gesellschaft in Kapitel III dargestellt (vgl. Jakobs 2011: S. 23-27).

⁴⁵ Jakobs beschreibt diese politische Aufgabe wie folgt: „Ein Individuum ist, wie eingangs gezeigt wurde, dem anderen genuin nichts als Umwelt, und um es aus diesem Bezugsrahmen zu befreien, bedarf es einer Aufgabe, die nur durch eine den Individuen *per se* unterscheidbare Verbindung erfüllt werden kann, so dass die Individualität als maßgebliches Deutungsschema von der Personalität, also der Bestimmtheit durch die Norm, abgelöst werden muss. [...] Über die Gruppengrenze entscheidet, wer die Aufgabe stellt. Das war durch die Jahrtausende hindurch der Staat.“ (Jakobs 2011: 58, kursiv im Original).

Normativität verhält. Mit den Begriffen „Subjekt“ als Selbstdarstellung eines Menschen in der Gruppe, „Person“ als Zuschreibung durch die Gruppe und „Gewalt“ oder „Gewalthaber“ für eine Autorität, die die Gesellschaftsordnung einsetzt, führt Jakobs eine neue Ebene im Kontrast zur individuellen ein. Wobei sowohl Subjekt als auch Person der Mensch ist, der ausschließlich in der Rolle des gesellschaftskonformen Gruppenmitglieds agiert. Die Perspektive ist aber jeweils eine andere (vgl. Jakobs 2011: S. 36).⁴⁶

Menschen verhalten sich entsprechend gesellschaftlicher Regeln – den Normen – und Rollen, die sie innerhalb und für die Gesellschaft einnehmen. Sie handeln konform gesellschaftlicher Vorgaben. Dabei müssen sie Pflichten, durch die Umsetzung der Normen, erfüllen, haben aber auch Rechte, die sie für die Erfüllung benötigen. „Erst hier, in einer verfassten Gruppe, entsteht der Rang einer Person als das Recht, sich gegenüber anderem wegen der eigenen Wichtigkeit für das Ganze hervorzutun“ (vgl. Jakobs 2011: S. 37). Ein Polizist hat beispielsweise das Recht, eine andere Person festzunehmen, damit er seine gesellschaftliche Rolle ausführen kann.⁴⁷ Die Rechte und Pflichten der Person sind – das verdeutlicht das Zitat – ausschließlich für die Wahrnehmung der Rolle als Person gedacht und nicht zum Schutz individueller Interessen.

Der Gewalthaber, der die Normativität bzw. Rechtsordnung bestimmt, ist deshalb für Jakobs' Modell wichtig, weil laut ihm das Individuum seine egozentrische Sphäre, also ein Leben nach Lust und Unlust, von sich aus nicht aufgeben kann. Es fehlt ein „[...] physikalischer Mechanismus, der [...] Kooperationen möglich sein lässt [...]“ (Jakobs 2011: S. 23). Das Individuum habe von sich selbst aus keine Fähigkeit, etwas zu entwickeln, was seinen individuellen Horizont übersteigt. Ihm würde die Möglichkeit, eine gesellschaftliche Perspektive einzunehmen, fehlen. Die „Gewalt“ spricht also sozusagen ein Machtwort.

Die Einführung der Normativität ist wichtig, denn laut Jakobs kann das Individuum bei größeren Gruppen von Menschen das Verhalten der einzelnen Mitglieder nicht mehr deuten.

⁴⁶ Das bedeutet natürlich nicht nur einen Perspektivwechsel. Von außen kann es so erscheinen, als würde sich ein Mensch als Subjekt verstehen, indem er sich als Person darstellt, also die Normen korrekt befolgt, aber dennoch kann er nur nach individuellen Motiven agieren. Laut Jakobs gibt es „[...] [z]wischen der Außenansicht und der Innenansicht [...] keine feste Bindung, insbesondere mag die Deutung als Person subjektiv ohne Resonanz bleiben [...]“ (Jakobs 2011: S. 70). Er ist dann mehr oder weniger zufällig Person. Er stellt sich als Person dar. Erst dann „[...] wenn sie [S. K.: die Menschen innerhalb einer Gemeinschaft] es selbst dahin bringen, sich so einzurichten, dass sie auch für sich im Schema ihrer Rolle agieren, haben sie sich als Subjekte begriffen [...]“ (Jakobs 2011: S. 36).

⁴⁷ Weitere ähnliche Beispiele zu den Pflichten und Rechten aufgrund einer Rolle liefert Jakobs selbst in *Norm, Person, Gesellschaft* (vgl. Jakobs 2011: S. 57).

Es kann die umfangreichen Informationen über das individuelle Verhalten jedes Einzelnen nicht handhaben. „Die über das je eigene Ordnungsschema von Lust und Unlust gelieferten Informationen werden in einem Maß komplex und ungenau, dass sie sich vom einzelnen Bewusstsein nicht mehr verarbeiten lassen [...]“ (Jakobs 2011: S. 23). Ein genormtes Verhalten des Gegenübers verschafft Abhilfe. Jakobs' Modell könnte man als eine erkenntnistheoretische Variante von Hobbes' Modell vom Naturzustand bezeichnen, in dem jeder für sich kämpft, bis zur Einführung eines Staates, in dem sich die Untertanen der Ordnung einer von ihnen gewählten Autorität unterwerfen. Auf die Parallelen und Unterschiede der Modelle wird noch zurückgekommen (vgl. Kapitel 5 B.).

Nach den Ausführungen zur Einführung des Status als Person wirkt es zunächst so, als ob die Einsetzung einer gesellschaftlich relevanten Normativität dem einzelnen Menschen vor allem zur Reduktion von Komplexität nutzt. Durch klare Regeln wird ein Miteinander einfacher zu bewältigen sein.⁴⁸ Dieser eher intellektuelle Vorteil des einzelnen Menschen muss noch durch einen Vorteil des Zusammenlebens mit vielen Menschen ergänzt werden. Über die Vereinfachung von Komplexität hinaus ermöglicht Normativität erst das Zusammenleben von komplexen Gruppen. Erst durch die Einführung, der dann von den Personen anerkannten und eingehaltenen Regeln, ist ein Agieren untereinander möglich. Ein Mensch muss sich laut Jakobs darauf verlassen können, dass jeder die Normen der Gesellschaft auch einhält (vgl. Jakobs 2011: S. 52). Ohne Verkehrsregeln, wie etwa die Regeln an einer Kreuzung, nach der der eine Autofahrer weiß, dass der andere für ihn anhält, würde beispielsweise der Straßenverkehr als komplexes gesellschaftliches Phänomen nicht funktionieren. Dieser Aspekt von Normativität hat nicht nur für das gesellschaftliche Zusammenleben insgesamt, sondern auch für das einzelne Mitglied einen Vorteil. Es kann sich auf ein regelkonformes Verhalten verlassen. Da Jakobs aufgrund seiner systemfunktionalen Einstellung vorrangig Normen aus einer gesellschaftlichen Perspektive deutet, ist ihm dieser gesellschaftliche Aspekt mit der entsprechenden Erwartungshaltung der Personen geläufig. Er spricht von einer gegenüber der individuellen Perspektive „selbst unabhängige[n] Dynamik“ (Jakobs 2011: S. 39).

Die Erwartungshaltung der Personen an ein normkonformes Verhalten der anderen Personen wird nicht direkt bei der Vorstellung des Modells, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt in Jakobs' Buch beschrieben. Die Erwartungen betrachtet Jakobs im Zusammenhang des Normbruchs, also bei einer Enttäuschung dieser Erwartung (vgl.

⁴⁸ Zur Kritik dieser Auffassung vgl. Kapitel 5 D.

Jakobs 2011: S. 52 u. S. 80).⁴⁹ Dass für Jakobs dieser Aspekt der Normativität wichtig ist, zeigt auch sein häufig verwendeter Begriff „kognitive Untermauerung“, der ebenfalls erst relativ spät in *Norm, Person, Gesellschaft* eingeführt wird (Jakobs 2011: S. 52 u. S. 80).⁵⁰ Bei jeder Person muss für die anderen Personen ein normkonformes Verhalten „kognitiv“ sichtbar, nachvollziehbar und erwartbar sein.

In diesem Kontext ist nun wichtig zu erwähnen, dass der Status der Person nicht nur darin besteht, sich selbst als einen mehr oder weniger normkonform verhaltenden Menschen zu erkennen. Darüber hinaus muss er wissen, dass a) er genau die Normen der Gesellschaft befolgen soll, in der er gerade lebt, und b) inwieweit er noch Individuum sein darf.

Zu a): Eine Autorität setzt die Normen, eine Gesellschaftsordnung, genau für eine Menschengruppe ein, eine andere kann davon abweichende Normen haben. Wenn er sich an diesen fremden Normen orientiert, ist er nicht Person in der Gesellschaft, in der er lebt (vgl. Jakobs 2011: S. 50).

Zu b): Ein Mensch hört in einer Gesellschaft nicht auf, Individuum zu sein. Die individuelle Seite muss auch ihr „Auskommen“ haben, wie Jakobs es nennt (Jakobs 2011: S. 36). Er wird sich also auch nach dem Lustprinzip verhalten.

Ein Aspekt wird von Jakobs in seiner Beschreibung des Person-Daseins nicht beachtet. Da es wohl keinen Menschen geben wird, der sämtliche gesellschaftliche Normen zu jeder Zeit durchgängig einhalten wird, bedarf es einer Norm oder Normen, die festlegen, wann ein Mensch nicht mehr als Person gilt und wann er Person ist. Da nach Jakobs die Gruppenmitglieder selbst Normativität nicht festlegen, muss auch diese Entscheidung von der Autorität getroffen werden.⁵¹ Wenn die Autorität keine Eigeninteressen verfolgt, so wird sich die jeweilige Bestimmung des Personenstatus an seiner Meinung nach noch tragbaren Verhaltensweisen für die Gesellschaft richten. Wann stört oder zerstört ein Mensch mit seinem Verhalten eine Sozietät? Was eine nicht mehr hinnehmbare Störung ist, hängt von den Meinungen der Autorität ab, die die Kriterien für eine vorbildliche Person und für den Ausschluss als Nicht-Person verantworten muss. Der Status als Person wird nach dessen

⁴⁹ Zur systemfunktionalen Einstellung von Jakobs vgl. Kapitel 2 A.

⁵⁰ Weitere Textstellen, in denen der Ausdruck verwendet wird, sind: Jakobs 2000: S. 51; Jakobs 2004b: S. 41 u. S. 47; Jakobs 2004a: S. 91; Jakobs 2006a: S. 289, S. 291, S. 292, S. 295; Jakobs 2017c: S. 261, S. 262 und S. 263. Die Aufzählung erhebt nicht den Anspruch auf Vollständigkeit.

⁵¹ Diese Entscheidung wird laut Uwer bei Jakobs kaum berücksichtigt (vgl. Uwer 2006: S. 45). Uwer äußert die Kritik im Zusammenhang des Feindstrafrechts. Die Kritik ist meiner Meinung nach berechtigt. Nach Jakobs' Darstellungen wird mit der Einführung der Normativität, der Status als Person mit einer Identifikation mit dieser Normativität verbunden.

Einschätzungen festgelegt. Für die eine Autorität ist ein Diebstahl ein inakzeptabler Bruch der Normativität, der Schule machen könnte, und dieser ist dann eine Rechtfertigung des Ausschlusses aus dem Kreis der Personen. Für eine andere ist Hochverrat noch als außergewöhnlicher Meinungsdruck hinnehmbar. So soll die Umsetzung der Normen, die gefordert werden, in einem gewissen festzulegenden Umfang, von den Menschen innerhalb einer Gesellschaft erfüllt sein, damit ihnen der Personenstatus gewährt wird. Der Sinn der Normativität ist ja ein geordnetes Zusammenleben vieler Menschen. Bei Menschen, die mit Normverletzungen von gesellschaftlich wichtig empfundenen Normen oder durch häufige Normbrüche auffallen, kann die Grenze des noch Erduldeten überschritten sein. Diese Verletzungen führen dann zum Entzug des Status als Person. Diese Überlegungen werden in den Erläuterungen zum Feindstrafrechts noch intensiv besprochen (vgl. Kapitel 3 A.).

Die Anerkennung des Personenstatus liegt also nicht nur im Verhalten der Personen selbst, sondern ist von autoritären Kräften in einer Gesellschaft abhängig. Der Status der Person ist einer des Sollens nicht des Seins. Auch von diesem Standpunkt wird von jedem Menschen der Gesellschaft erwartet, dass die Normativität bindend ist. Verhalten sie sich nicht, wie sie es sollen, wird ein Normbruch durch Sanktionen oder Erziehungsmaßnahmen beantwortet, damit der Normbrecher wieder gemäß der Normativität handelt. Der Status, Person der Gesellschaft zu sein, hängt also nicht nur vom Verhalten der Menschen ab, sondern drückt eine Forderung an sie aus, der sie als Person der Gesellschaft nachkommen sollen.

Der Status als Person wird nicht nur vom Einzelnen selbst erkannt und durch normkonformes Verhalten umgesetzt und ist damit erfüllt, darüber hinaus bestimmt eine Autorität, wann ein Mensch dem Status als Person gerecht wird. Mit der Einführung der Normativität wird auch bestimmt, wer sie auf die richtige Weise umsetzt. Das bedeutet, inwieweit ein Mensch, die für ihn bestimmten Regeln umsetzt, damit er sich als Subjekt fühlen darf und als Person anerkannt ist, ist eine Festlegung nach den normativen Vorstellungen der Autorität.

Am Ende der Ausführungen zur Person soll noch eine weitere Kritik an Jakobs' Modell folgen. Jakobs trennt die individuelle strikt von der gesellschaftlich-personellen Ebene. „[D]as Individuum mit seinem Schema von Lust und Unlust ist von der Person mit ihrem Schema von Sollen und Freiraum kategorial getrennt, was heißt, dass sich nichts von einem Schema in das andere übertragen lässt [...]“ (Jakobs 2011: S. 48). Das ist meiner Ansicht nach eine Trennung, die selbst als Modell für die Erklärung komplexer gesellschaftlicher Phänomene verfehlt ist. Jakobs erläutert nur selten und unzureichend das Zusammenspiel beider Ebenen. Er spricht beispielsweise davon, dass eine Gesellschaft nur wirklich ist, „[...] soweit die

Individuen in ihr ein Auskommen finden“ (Jakobs 2011: S. 59). Eine Person hört also nicht auf Individuum zu sein, sondern der Personenstatus ergänzt vielmehr den des Individuums. Als Beispiele für individuelle Bedürfnisse nennt Jakobs Freundschaften und Lebensgemeinschaften (vgl. Jakobs 2011: S. 59). Wie erklärt Jakobs aber den individuellen Wunsch, eine Ehe zu schließen? Oder wie deutet er den individuellen Wunsch eines Bankangestellten, eine rote Krawatte bei der Arbeit zu tragen? In diesen Fällen entstehen die Wünsche aus der Rolle als Person, sind aber von der individuellen Lust und Unlust nicht zu trennen. Jakobs kann sein Modell retten, indem er behauptet, von der Außenperspektive, also von der Sicht auf die Person und nicht aus der Perspektive des Subjektes, kann es für die Erklärung und für die Konstruktion und Optimierung der Gesellschaft ausreichen, nur die Konformität der Personen zu betrachten. Die individuelle Umsetzung der Rolle habe keine Relevanz. Die individuelle Seite ist nur eine untergeordnete. Ein solches Gesellschaftsverständnis, das keine individuelle Note zulässt, erscheint mir aber schwer ertragbar. Es findet in gewissen völkischen Ideologien, bei denen der Einzelne im Volk aufgeht, traurige Negativbeispiele; beispielsweise in der Idee der „in sich geschlossenen Einheit des deutschen Volkes“ von der Carl Schmitt spricht (Schmitt 1935: S. 19).

Generell bleibt der Begriff des Individuums bei Jakobs eher unklar. Zunächst erscheint es, dass Jakobs ein Wolfskind im Sinn hat, das unter Wölfen aufgewachsen, langsam lernt, was es bedeutet, sich selbst in und aus dem komplexen Zusammenhang einer Gesellschaft zu begreifen. Darauf deuten auch die archaischen Beispiele hin, wie der Vergleich des Individuums mit einem „fressende[n] Tier“ (Jakobs 2011: S. 11) und der Erfahrung des Schnees als „schmerzend kalt“ (Jakobs 2011: S. 10). Im Verlauf von *Norm, Person, Gesellschaft* wird aus dem Wolfskind ein Mensch aus einer modernen Gesellschaft im Sinne des liberalen Individualismus. Als Grund für die Änderungen von Normen heißt es zur Mitte des Buches hin: „Geänderte Bedingungen zur Befriedung individueller Bedürfnisse lassen das Individuum im überkommenen Normensystem kein oder doch kein optimales Auskommen mehr finden“ (Jakobs 2011: S. 56). Genauere Angaben, wie das Statement gemeint ist, liefert Jakobs hier nicht. Naheliegend ist die Interpretation, dass Jakobs hier die Konsumgesellschaft mit dem Ideal der individuellen Selbstverwirklichung meint. Dass dieses Ideal frei von gesellschaftlichen Rollenzuschreibungen ist, wage ich zu bezweifeln. Die Rollen als erfolgreicher Geschäftsmann oder exzentrischer, individualistischer Künstler mit den für diese Menschen verbundenen individuellen Bedürfnisse sind genauso wenig allein durch das Lust und Unlustprinzip zu erklären wie der oben erwähnte Wunsch nach einer roten Krawatte des Bankangestellten. Aus den Rollen erwachsen individuelle Wünsche und die eigenen Gelüste

werden durch eine Rolle erfüllt. Bei einem entschlossenen Vorgesetzten wird die Einhaltung der genormten Rolle und die Lust auf deren Umsetzung eine Einheit.

III. Rechtsperson

In meiner Arbeit wird die Unterscheidung Personen und Rechtspersonen verwendet, auch wenn Jakobs sie nicht gebraucht. Das bedeutet, wenn Mitglieder der Rechtsgemeinschaft besprochen werden, nenne ich sie Rechtspersonen bzw. Rechtssubjekte, wenn es generell um Mitglieder einer Gesellschaft geht, nenne ich sie Personen bzw. Subjekte. Die Begriffe sind aber an den Ausführungen von Jakobs orientiert. Das bedeutet, wenn Jakobs im Kontext der Erfüllung von Rechten und Pflichten des Rechts den Ausdruck „Person“ verwendet, werde ich den Ausdruck „Rechtsperson“ gebrauchen.

Bei Jakobs' Modell bleibt unklar, worin der Unterschied zwischen den Normen der Gesellschaft und denen des Staates, also zwischen gesellschaftlicher Normativität und Rechtsordnung besteht. Dass eine Gesellschaft und deren Normativität nicht nur von staatlichen Institutionen, sondern auch von beispielsweise Wirtschaft oder Kirche beeinflusst sind, sollte auch Jakobs bewusst sein.⁵² Diesen Unterschied verdeutlicht eine Differenzierung zwischen „Rechtsperson“ und „Person“. Der Unterschied besteht zwischen einem Menschen, der sich an der Rechtsordnung orientiert und orientieren soll, und einem, der sich an der gesellschaftlichen Normativität orientiert und orientieren soll.⁵³

Jakobs verwendet, wie erwähnt, nicht den präzisierenden Begriff „Rechtsperson“. Laut Morguet benutzt Jakobs „Rechtsperson“ und „Person“ synonym (vgl. Morguet 2009: S: 21). Nach meiner Ansicht ist diese Synonymität aber nicht korrekt und wird von Jakobs auch nicht entschlossen durchgehalten. Es macht einen Unterschied, ob sich ein Mensch an der Normativität einer Gesellschaft orientiert oder an die Rechtsordnung hält. Zur gesellschaftlichen Normativität gehören Kommunikationsregeln wie bestimmte Grußformeln, wie einen Menschen ausreden lassen oder ihn nicht anschreien, das Gebot, sich nicht vorzudrängeln, etc. Das sind Normen, die nicht gesetzlich geregelt sind, aber dennoch zu Jakobs' Personsein dazugehören, insofern die Gesellschaft, eingeführt durch eine Autorität,

⁵² Religionsgemeinschaften sind für Jakobs Formen von Subgesellschaften, als „freie Gesellschaften“ oder „Partialgesellschaft[en]“ bezeichnet (Jakobs 2011: S. 59). Unterscheidet man zwischen Subgesellschaft und Gesellschaft, müsste das Zusammenspiel beider Ebenen geklärt werden, was Jakobs nicht leistet.

⁵³ Auch Rechtspersonen sind strikt von Individuen zu unterscheiden, „[...] da *im* Recht Individuen nicht vorkommen“ (Jakobs 2009a: S. 45, kursiv im Original).

diese Normen vorgibt und sie für das Zusammenleben unerlässlich sind. Dass auch Jakobs dieser Unterschied bewusst ist, zeigt sich an manchen Stellen seines Werks. So spricht er in seiner programmatischen Schrift *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht* an drei Stellen von „Person im Recht“ (Jakobs 2004: S. 89, 91 und 93).⁵⁴ Diese Textstellen verdeutlichen, dass auch Jakobs den Unterschied erkennt. Allerdings spricht er in seinen strafrechtlichen Schriften häufig von Person, wenn er Rechtsperson meint, wie in diesem Beispiel: „Personen bedürfen keiner Gewöhnung oder Abschreckung, da sie [...] als rechtlich gesonnenen Kommunikationsteilnehmer dargestellt werden.“ (Jakobs 2000: S. 30).

In seinem Buch *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegung zu einer Rechtsphilosophie* spricht Jakobs in erster Linie von gesellschaftlichen Phänomenen. So verzichtet er hier auf Begriffe wie „Rechtsperson“ und „Rechtsstaat“. Das Modell ist eines, das von einer Gesellschaft als Gesamtphänomen ausgeht. Die Beschreibung lässt sich aber auch auf eine staatliche Ebene bringen. Dann kann sich ein Mensch auch als Rechtssubjekt verstehen. Er begreift sich dann als Mitglied einer Rechtsgemeinschaft, weil er sich als Teil dieser sieht, und hält sich an die Gesetze. Eine Ebene, die in den meisten anderen Texten von Jakobs betrachtet wird, da Jakobs in diesen von einem „rechtstreuen“ Bürger ausgeht, also von einer Rechtsperson, und diesen im Kontext des Feindstrafrechts vom Feind abhebt (Jakobs 2006a: S. 293).

Es gibt zur Normbefolgung von einer Person eine Entsprechung bei der Rechtsperson. Das sind die Rechte und Pflichten in Bezug auf das geltende Recht. Die Rechte und Pflichten ergeben sich aus den veröffentlichten Gesetzen (im deutschen Recht sind diese beispielsweise im StGB und BGB aufgeführt). Allerdings betreffen die Rechte nicht nur die Rolle als Rechtsperson, sondern können auch individuelle Bedürfnisse schützen. Dass jeder „[...] das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit [...]“ hat, wie es im Grundgesetz steht, betrifft nicht oder zumindest nicht nur die Rolle als Rechtsperson (Art. 2 Satz 2 GG). Bei Jakobs spielen diese individuellen Bedürfnisse bei der Bestimmung einer Rechtsperson keine Rolle. Nach Jakobs drücken sich die Pflichten der Rechtsperson in der Umsetzung der Rechtstreue aus. Eine Rechtsperson muss die geforderten Rechtsnormen einhalten, um als eine solche zu gelten. Es geht „[...] um das Vertrauen [...], er werde seine Pflicht erfüllen“ (Jakobs 2004b: S. 41). Für die anderen Menschen, die innerhalb eines Staates leben, und für

⁵⁴ Andere Beispiele finden sich in *Rechtswang und Personalität* („[...] wer als Person im Recht, als Bürger, ‚mitmachen‘ will, hat sich als kognitiv verlässlich darzustellen [...]“ (Jakobs 2017b: S. 247, kursiv im Original)) oder in *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart* („Personen im Recht sind primär nicht durch die optimale Sicherheit ihrer Güter charakterisiert, sondern dadurch, daß sie als Träger von Pflichten und Rechten allgemein anerkannt sind [...]“ (Jakobs 2000: S. 49)).

staatliche Institutionen muss die Rechtstreue sichtbar sein. Jakobs bezeichnet dies als „kognitive Untermauerung“ des Vertrauens der Mitmenschen in die Rechtstreue (Jakobs 2004b: S. 41).⁵⁵

Dass es Menschen gibt, die als Rechtspersonen innerhalb der Gesellschaft wahrgenommen werden können, aber nach Jakobs keine Personen sind, verdeutlicht das Beispiel eines Exzentrikers, der in einem Wohnwagen in einem Wald als Selbstversorger nach seinen eigenen Regeln lebt. Er spricht seine eigene von ihm erdachte Sprache und denkt sich eigene Umgangsformen aus, die derjenige, der ihn besuchen will, akzeptieren muss. Wenn er keine Rechtsnorm bricht und diese akzeptiert, ist er keine Jakobs'sche Person, wird aber dennoch als Rechtsperson wahrgenommen, weil er sich an Rechtsnormen hält. Es gibt also Unterschiede zwischen dem Status als Rechtsperson und dem Status als Gesellschaftsmitgliedes. Wenn ein Mensch fundamentale Normen der Gesellschaft bricht, ist er in vielen Fällen nicht mehr innerhalb dieser überlebensfähig, da er ständig mit Unverständnis und Empörung konfrontiert ist. Ein Mensch, der beispielsweise zur Begrüßung seinem Gegenüber den Bauch streichelt, statt ihm die Hand zu geben, wird kaum eine Arbeitsstelle bekommen. Generell wird ihm unmöglich sein, in der Öffentlichkeit reibungslos zu agieren. Es sei denn, er kommt nicht in die Verlegenheit, jemanden zu grüßen. Vor allem Normen, die die öffentliche Kommunikation regeln, sind solche, die ein Gesellschaftsmitglied kaum regelmäßig brechen kann, ohne ständigen Konfrontationen ausgesetzt zu sein.

Warum Jakobs die Unterscheidung zwischen Person und Rechtsperson und damit auch zwischen Gesellschaftsnormativität und Rechtsordnung nicht explizit aufgreift, darüber lässt sich nur spekulieren. Es könnte sein, dass Jakobs als Strafrechtler den Status als Gesellschaftsperson für seine Analysen als eher unwichtig erachtet. Das würde aber seinen Ausführungen in *Norm, Person, Gesellschaft* nicht gerecht werden, die ja ausdrücklich die Entwicklung zu diesem Status in einem Gedankenexperiment darstellen. Eventuell ist für Jakobs aber auch ausschlaggebend, dass jede moderne Gesellschaft rechtlich organisiert und jede Person auch gleichzeitig Rechtsperson ist, da sie sowohl die gesellschaftliche Normativität als auch die Rechtsordnung einhalten muss. In diesem Fall wäre eine Unterscheidung überflüssig. Das würde bedeuten, Gesellschaften die keine Rechtsordnungen haben, wie beispielsweise Indianerstämme im Amazonasgebiet, können auch keine Normativität im Sinne Jakobs verwirklichen und würden auf dem Status des Individuums

⁵⁵ Weitere Textstellen, in denen der Ausdruck verwendet wird, sind: Jakobs 2000: S. 51; Jakobs 2004a: S. 91; Jakobs 2006a: S. 291; Jakobs 2011: S. 52 u. S. 80; Jakobs 2017c: S. 261, S. 262 und S. 263. Die Aufzählung erhebt nicht den Anspruch auf Vollständigkeit.

verharren. Eine Folgerung, die sicherlich nicht gewollt ist. Meiner Ansicht nach handelt es sich hierbei um eine Nachlässigkeit des Autors und weniger um eine bewusste Entscheidung, da es keine plausible Begründung für die Gleichsetzung von Gesellschaftsperson und Rechtsperson gibt.

IV. Formelle und materielle Rechtsperson

Die Rechtsperson ist nach Jakobs durch eine Differenzierung gekennzeichnet. Er unterscheidet zwischen formeller und materieller Rechtsperson (vgl. Jakobs 2017b: S. 225).⁵⁶ Der Ausdruck „formelle Person“ drückt den Status als Rechtsperson aus. Der Ausdruck „materielle Person“ drückt die Rechtstreue des Rechtsgemeinschaftsmitglieds aus. Er hängt eng mit der „kognitiven Untermauerung“ ihrer Rechtstreue zusammen, die eine Rechtsperson zeigt (Jakobs 2004b: S. 41).⁵⁷ Wie bereits besprochen, wird von einer Rechtsperson zumindest „einigermaßen verlässlich Rechtstreue“ erwartet (Jakobs 2006a: S. 293, im Original kursiv). Nun gibt es aber Menschen, die sich nicht diesen Vorgaben entsprechend verhalten. Jakobs verdeutlicht seine Idee anhand einer „Notwehrsituation“ (Jakobs 2017b: S. 222; vgl. Jakobs 2017b: S. 221-222). Wenn ein Mensch einen anderen unrechtmäßig angreift, muss er mit einer Gegenwehr rechnen, die ihn verletzen könnte. Nach dem deutschen Recht bleibt der Verteidiger strafrechtlich verschont (vgl. § 32 StGB). Diese Verletzungen nimmt der Angreifer laut Jakobs nicht in Kauf, obwohl es das Recht des anderen ist, sich zu verteidigen. Er akzeptiert also das Recht des anderen nicht. „Ein Vernünftiger kann die Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs nicht ablehnen, sondern muss sie wollen; aber wer angreift, will die Abwehr offenbar nicht realiter, wird also gegen seinen entwickelten Willen abgewehrt, insoweit fremdverwaltet, depersonalisiert“ (Jakobs 2017b: S. 222; vgl. Jakobs 2017a: S. 288). Die sogenannte „Depersonalisierung“ tritt also in dem Moment ein, wo der Täter nicht mehr im Sinne der Rechtsordnung handelt, sich also über die Rechtsordnung und ihren Bedingungen hinwegsetzt und sich dieser widersetzt. Im Fall der Notwehr sind das die Missachtung der körperlichen Unversehrtheit des anderen und sein Recht auf deren Verteidigung. Er wird nach Jakobs bei der Depersonalisierung ein Stück weit den

⁵⁶Der Ausdruck „Rechtsperson“ wurde, wie oben angeführt, von mir eingeführt. Jakobs verwendet auch in diesem Zusammenhang den Ausdruck „Person“, bezieht sich aber ausdrücklich auf die Rechtsgemeinschaft und den Status eines Menschen im Recht.

⁵⁷ Weitere Textstellen, in denen der Ausdruck verwendet wird, sind: Jakobs 2000: S. 51; Jakobs 2004a: S. 91; Jakobs 2006a: S. 291; Jakobs 2017c: S. 261, S. 262 und S. 263. Die Aufzählung erhebt nicht den Anspruch auf Vollständigkeit.

Voraussetzungen, eine Rechtsperson zu sein, nicht mehr gerecht und muss damit rechnen, dass er seine Rechte in einem gewissen Rahmen verliert, beispielsweise sein Recht, sich frei zu bewegen durch einen Freiheitsentzug. Da der Täter aber, falls seine Tat strafrechtlich verfolgt wird, nach dem Strafrecht beurteilt und verurteilt wird, bleibt er eine „formelle Person“.

Protestiert die Person gegen den Transfer (S. K.: beispielsweise im Fall des aggressiven Notstandes), so depersonalisiert sie sich dadurch, verhält sich also materiell nicht als Person, bleibt freilich eine formelle Person, die von rechts wegen bestimmte Kosten zu tragen hat [...]; denn gerade ihre Personalität begründet ihre Leistungs- oder Duldungspflicht. (Jakobs 2017b: S. 225)

Die betroffene Rechtsperson verliert einen Teil seiner Rechte als Rechtsperson und ist dann „[...] *insoweit* und *nur insoweit*, als er gezwungen wird, [...] als Naturwesen, als Individuum [...]“ zu betrachten (Jakobs 2017a: S. 285). Da er nicht im Sinne der Rechtsordnung gehandelt hat, hat er sich nicht normkonform im Sinne der Rechtstreue verhalten. Mit der Rechtsordnung wird aber mit einer entsprechenden Strafe, die ein Straftäter leisten darf, dann dafür gesorgt, dass er wieder vollwertige Rechtsperson sein kann. Diese kann beispielsweise eine Haftstrafe oder eine Geldbuße sein. Mit diesem Beitrag zum Ausgleich für sein Vergehen und durch zukünftige Rechtstreue beweist der Täter, dass man ihn wieder als Rechtsperson mit Rechten und Pflichten auffassen kann. Die Strafe „lässt sich als eine Art Schadenersatz verstehen, und nach dem Ausgleich des Schadens ist alles wieder in Ordnung“ (Jakobs 2017a: S. 293). Der Ausdruck „Depersonalisierung“ ist insofern angebracht, als dass für eine Rechtsperson nach Jakobs die Umsetzung des Rechts Pflicht ist und sich ein Mensch als rechtstreu darstellen muss, um als Rechtsperson zu gelten. Er ist aber auch nicht angebracht, da der Status der Betroffenen als rechtlich Verantwortlichen dann nicht mehr klar ist. Jakobs spricht auch davon, dass es bei der Depersonalisierung um „Statusverluste“ geht (Jakobs 2017a: S. 286).

Diese Konstruktion der Rechtsperson kann man kritisch betrachten. Aus dem Konzept der materiellen/ formellen Rechtsperson ergeben sich zwei Fragen. Was heißt es, eine nicht mehr vollwertige materielle Rechtsperson zu sein? Welchen Status hat ein Straftäter? Wenn man die von Jakobs favorisierte gesellschaftliche Perspektive einnimmt, so ist mit einer Straftat der Rechtspersonenstatus nicht verspielt. Auch ein Straftäter ist für die anderen Akteure innerhalb des Staates eine Rechtsperson mit entsprechenden Rechten und Pflichten. Mit einer Geldbuße oder einer Haftstrafe werden zwar seine Eigentumsrechte bzw. Freiheitsrechte beschnitten, diese werden ihm aber auch nur durch die Rechtsordnung als Rechtsperson gebilligt bzw.

entzogen. Eine Geldbuße oder Freiheitsstrafe muss er als Person im Recht bei einem Rechtsnormbruch in Kauf nehmen. Auch ein Straftäter verhält sich beim Verbüßen einer Strafe konform der Rechtsordnung und müsste dementsprechend eine Rechtsperson bleiben. Straftäter werden nach den rechtlichen Vorgaben mehr oder weniger freundlich behandelt. Rechtspersonen sind sie, weil sie weder die Bedingungen, ein Feind zu sein, erfüllen, noch ein Unmündiger oder Fremder sind. Zieht man die Unterscheidung zwischen persönlicher Perspektive, die eines Rechtssubjektes, und gesellschaftliche Perspektive, die einer Rechtsperson, heran, so „desubjektiviert“ sich eine Rechtsperson in den beschriebenen Fällen eher. Sie erhebt für sich in Einzelfällen nicht den Anspruch, entsprechend der Rechtsordnung zu handeln, also verhält sich nicht als Rechtssubjekt. Sie ist aber aus der gesellschaftlichen Perspektive Rechtsperson, da sie als solche behandelt wird, inklusive Schuldzurechnung und Strafe. Der Ausdruck Depersonalisierung ist also zumindest ungünstig, da er vermitteln könnte, es würde sich bei dem Depersonalisierten um jemanden handeln, für den das Strafrecht nicht angewendet werden kann.

Mit der Depersonalisierung ergeben sich für die Rechtsprechung Schwierigkeiten. Wenn es halbe, viertel, achte, usw. Rechtspersonen gibt, entsprechend dem Grad der Depersonalisierung, dann muss ein Rechtswissenschaftler nicht nur Fragen darüber beantworten, welche Rechte einem solchen Menschen genommen werden, sondern auch, ob und in welchem Ausmaß seine rechtlichen Pflichten eingeschränkt sind. Das Strafrecht und allgemeiner die gesamte Rechtsordnung wird unübersichtlich, wenn hier unterschiedliche Status berücksichtigt würden. Wird ein Straftäter vollständig zur Nicht-Rechtsperson, besteht keine Grundlage, dass er z. B. als Schuldiger im Strafvollzug sitzt.

V. Nicht-Person und Nicht-Rechtsperson

Menschen, die nicht nach den Rechten und Pflichten ihrer Gesellschaft bzw. der dort gültigen Rechtsordnung leben, können als „Nicht-Person“ bzw. Nicht-Rechtsperson gelten, wenn sie die Erwartung gesellschafts- bzw. rechtskonform Handelnder nicht erfüllen können oder wollen (Jakobs 2017c: S. 254).⁵⁸ Diesen Nicht-Personen und Nicht-Rechtspersonen

⁵⁸ Jakobs benutzt hier den Ausdruck im Zusammenhang mit einem Argument von Kant. Die Frage, die im Raum stehe, sei: Warum man „Gesinde“ zum Kreis der Rechtspersonen rechnen sollte? Die Antwort wäre: Weil eine „[...] Nicht-Person nicht rechtlich gebunden sein könnte“ (Jakobs 2017c: S. 254). Jakobs beruft sich auf Kant (1963): *Metaphysik der Sitten*. – In: Immanuel Kant (Hrsg. Wilhelm Windelband) (1963): *Werke* in 6 Bänden. Band 4. Darmstadt, S. 396 (B117). Der Ausdruck erscheint mir zur Abgrenzung von Jakobs' Person besser geeignet als der doch sehr wertende Ausdruck „Unperson“ aus *Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den*

verzeiht man ihr Verhalten, wenn sie Schuldunfähige oder Fremde sind, die die Normen nicht kennen können. Unterstellt man ein bewusstes Überschreiten der Grenzen der Normativität mit dem Willen, die Gesellschafts- oder Rechtsordnung zu stören, so werden diese Menschen eventuell als Feinde aufgefasst.

Da die Rolle als Person bzw. Rechtsperson nicht nur vom Einzelnen durch sein Verhalten bestimmt ist, sondern auch von der Zuschreibung einer Autorität, die die Normativität festlegt, kann diese auch die Rolle als Person absprechen. In modernen Staaten übernimmt die Aufgabe der Autorität, die bestimmt, wer Rechtsperson ist, ein Gesetzgeber, der auf der Grundlage wissenschaftlich etablierter Erkenntnisse von Judikative, Psychologen, Medizinerinnen und anderen Experten, aber auch aufgrund der Bewertungen von Medien und vermeintlichen Urteilen der Bevölkerung agiert.

Die Zuschreibung als Nicht-Rechtsperson muss nicht unbedingt Menschen betreffen, die Rechtsnormen verletzen, also ihre Pflichten nicht erfüllen oder die „kognitive Untermauerung“ nicht liefern. Sie kann auch in Notsituationen geschehen, indem der Gesetzgeber oder andere staatliche Institutionen Menschen ihre Rechte entziehen, die sie als Person und Rechtsperson ausmachen. Im Anschluss werden 1) Schuldunfähige, 2) Fremde in Bezug auf die Gesellschafts- und Rechtsordnung und 3) Menschen, denen ihre Rechte aufgrund einer Notsituation entzogen werden, besprochen. Der Feind wird im nächsten Kapitel ausführlich behandelt.

1. Schuldunfähige

Zur Gruppe der Nicht-Personen und Nicht-Rechtspersonen gehören Menschen, denen das Vermögen, eine Jakobs'sche Person bzw. Rechtsperson zu sein, fehlt. Das sind Menschen, die nicht die Fähigkeit haben, die Pflichten als Person oder Rechtsperson zu erfüllen und im Falle der Rechtsperson auch nicht die Rechte dieser haben. In Bezug auf die Rechtsordnung sind das schuldunfähige Menschen. Zu diesen gehören Kinder und manche psychisch erkrankten Menschen. Das deutsche Strafrecht formuliert diese Schuldunfähigkeit wie folgt: „Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat [...] unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.“ (§ 20 StGB). Ein Mensch kann auch nur eine Zeit lang schuldunfähig sein, wenn er beispielsweise unter Drogen steht. Er fällt dann in diesem Zeitraum aus der Rolle der Rechtsperson heraus. Und insofern er auch nicht mehr den Ansprüchen einer Gesellschaftsperson genügt, ist er auch keine Person. Wobei es wohl kaum *Bedingungen von Rechtlichkeit*, der hier für den Feind verwendet wird (Jakobs 2006a: S. 292 u. S. 298, Fn. 2).

jemanden gibt, der im Sinne Jakobs nur Individuum ist. Das wäre ein Mensch, der sich nur nach seiner individuellen Lust und Unlust verhält und kein Verständnis für gesellschaftliche und rechtliche Normativität hat. Kinder und die betroffenen psychisch Erkrankten haben eher ein eingeschränktes Verständnis von gesellschaftlichen und rechtlichen Normen, als dass sie gar keines hätten.

Jakobs selbst ist in Hinsicht auf die Schuldunfähigen in der Umsetzung seiner Konzeption wenig konsequent. Er bezeichnet Kinder und die erwähnten psychisch Erkrankten zwar als „ungleich“ und „zurechnungsunfähig“, charakterisiert sie aber nicht als Nicht-Rechtspersonen (Jakobs 1993: S. 30). Diese Charakterisierung bleibt aus, obwohl die Zurechenbarkeit des rechtsnormkonformen Verhaltens ja ein Kriterium von Rechtsperson sein soll. Auch die Erwartung von rechtsnormkonformem Verhalten gegenüber anderen Rechtspersonen kann von diesen Menschen nicht garantiert werden. In *System der strafrechtlichen Zurechnung* sind diese Menschen laut Jakobs sogar Rechtspersonen, allerdings attestiert er ihnen eine „unreife oder zerstörte Subjektivität“ (Jakobs 2012a: S. 63). Folgt man Jakobs' Terminologie, so würde das bedeuten, sie würden sich selbst nicht als Subjekte oder Rechtssubjekte verstehen. Dieser Befund wäre zumindest in manchen Fällen nicht korrekt. Eher werden diese Menschen als unreife und zerstörte Rechtsperson wahrgenommen. Jakobs erklärt seinen Standpunkt, in diesen Fällen von „Personen“ zu sprechen, mit der „Kreatürlichkeit“ dieser Menschen (Jakobs 2012a: S. 63). Letztlich läuft es dann darauf hinaus, dass der Rechtspersonenstatus eine Festlegung der Autorität (des Gesetzgebers) ist und damit begründet werden könnte, dass die genannten Menschen zumindest nicht grundsätzlich kein Verständnis von Normativität besäßen. Es handele sich also um Rechtspersonen mit weniger Pflichten und Rechten. Das ändert aber nichts daran, dass durch § 20 StGB deren Exkulpation, die deren Status als Rechtsperson mit der Zurechnung von Schuld und Strafe ausschließt, bestimmt ist. Außerdem kann die Lösung des Problems nicht darin bestehen, die Standards des Rechtspersonenstatus herunterzusetzen, was darauf hinausläufe, dass jede Rechtsperson die Rechtsnormen nur halbherzig umsetzen müsste.

Es wirkt so, als ob Jakobs vor den Konsequenzen seines eigenen Konzepts zurückschreckt und auch für ihn ein Ausschluss von Kindern und bestimmten psychisch Kranken aus der Gesellschaft bzw. aus der Rechtsgemeinschaft nicht in Frage kommt. Der Ausschluss von Kindern und psychisch Kranken aus dem Kreis der Gesellschaftsmitglieder erscheint mir unerträglich. Eine Gesellschaft, die auf Toleranz und Inklusion setzt, muss auf die Integration möglichst aller Menschen, die in ihr leben, hinauslaufen. Außerdem darf eine Gesellschaft

nicht auf eine Pflichterfüllung setzen, die nicht erfüllt werden kann und zur Ausgrenzung führt.

2. Fremde als Nicht-Person

Zur Gruppe der Nicht-Personen und Nicht-Rechtspersonen können auch die gezählt werden, die einer abweichenden Gesellschaftsnormativität folgen, also im Sinne der einen Gesellschafts- bzw. Rechtsordnung Personen bzw. Rechtspersonen sind, im Sinne einer anderen aber nicht. Sie orientieren sich an der Normativität der einen Gesellschaft bzw. der einen Rechtsgemeinschaft, sie sind Fremde in Bezug auf eine andere Normativität. Das ist nicht notwendigerweise so. Insofern sich gesellschaftliche oder rechtliche Normativitäten zweier Gesellschaften nicht wesentlich unterscheiden, können Menschen in beiden als Personen bzw. als Rechtspersonen auftreten. In Jakobs' Worten besteht die Möglichkeit zu einer „Harmonisierung“ der Rollen als Personen (Jakobs 2011: S. 57). Widersprechen sich zwei Gesellschafts- bzw. Rechtskonzepte wesentlich, so kann ein Mensch in einem solchen Fall in beiden als Person bzw. Rechtsperson auftreten, indem er sich von der Außenperspektive betrachtet in beiden normkonform verhält. Er passt sich also in seinem Verhalten an die jeweilige örtliche Normativität an.

Laut Jakobs gilt für eine Person und meiner Ansicht nach ebenfalls für eine Rechtsperson – auch wenn er die Rechtsgemeinschaft nicht explizit erwähnt –, dass ein Verhalten immer von der Außenperspektive aus als Person oder Nicht-Person bzw. Rechtsperson oder Nicht-Rechtsperson gedeutet werden kann, „[...] denn schlechthin jedes Verhalten lässt sich nach schlechthin jeder Sollensordnung deuten: Entweder es [S. K.: das Einzelwesen] entspricht der Ordnung oder widerspricht ihr“ (Jakobs 2011: S. 50).⁵⁹ Das wird sogar für einen Menschen gelten, der nur nach Lust und Unlust lebt, also aus seiner Perspektive Individuum ist, aber aus der Außenperspektive normkonform auftritt (vgl. Jakobs 2011: S. 59-60). Bei einem

⁵⁹ Jakobs scheint den Fall auszuschließen, dass die Deutung als Person auch aus der Sicht von zwei Gesellschaftsordnungen möglich ist. Es „[...] lassen sich auf Gesellschaften auch ihnen selbst fremde Sollensordnungen projizieren, freilich mit dem Ergebnis, nahezu jedermann verhalte sich jederzeit als Normbrecher“ (Jakobs 2011: S. 50). Der Befund hängt sicherlich von der Deutung ab, was eine „fremde Sollensordnung“ sein soll. Haben Frankreich und Deutschland dieselbe Gesellschaftsordnung? Wenn man der Auffassung ist, dass dem nicht so ist, ist sicherlich die Ansicht „nahezu jedermann verhalte sich jederzeit als Normbrecher“ nicht korrekt. Mit der Einführung des Begriffs „Harmonisierung“ wird deutlich, dass Jakobs die Möglichkeit, in mehreren Gesellschaften zu leben, doch nicht so strikt ausschließt, wie es aufgrund des Zitats zunächst wirkt (Jakobs 2011: S. 57).

Mitmenschen, so Jakobs, wird zunächst ein Selbstverständnis als Rechtssubjekt von den Gesellschaftsmitgliedern und Institutionen unterstellt, insofern er sich als Rechtsperson darstellt.

Im Ergebnis wird also die Person im Recht generalisierend-normativ bestimmt. Es ist nicht einmal so, daß ihre Selbstbestimmung zur Rechtlichkeit in einem psychologisierend verstandenen Sinne erwartet würde – wie das psychophysische Subjekt mit seiner Rolle fertig wird, ist im Grundsatz seine eigene Angelegenheit; es wird – im Grundsatz – als ein Subjekt [S. K.: gemeint ist wohl Person im Recht] behandelt, das sich als Bürger definiert hat. (Jakobs 1993: S. 29)

Wenn sich die eigenen normativen Vorstellungen eines Menschen nicht mit denen der Gesellschaft und des Staates, in dem er lebt, decken, wird er sich nicht als Subjekt bzw. als Rechtssubjekt dieser Gesellschaft oder Rechtsordnung begreifen. Das gilt, insofern man annimmt, dass zur Selbstwahrnehmung als Subjekt auch ein Selbstverständnis als Subjekt gehört (vgl. Jakobs 2011: S. 32-34). Er wird in dieser Gesellschaft kein Subjekt sein. Gehören Menschen einem anderen Kulturkreis an, so kann es zu Problemen bei der Identifikation mit der neuen gesellschaftlichen und rechtlichen Rolle kommen.

Als weiterer Fall kann es sein, dass es Menschen, die in einer bestimmten Gesellschaft leben, verboten ist, in einer anderen Gesellschaft als Person zu agieren (vgl. Jakobs 2011: S. 57). So ist nach manchem salafistischen Gelehrten, wie etwa dem saudischen Großmufti Ibn Baz, die Migration eines Muslims in ein nicht-muslimisch geprägtes Land zum Zweck der Verbreitung des Islam möglich, aber dann sind die religiösen Normen strikt einzuhalten. Die Annahme der örtlichen Normativität ist nicht erlaubt (vgl. Shavit 2014: S. 71).

Deutlich wird, dass zum Personenstatus ein äußerlich normkonformes Verhalten gehört, das an der gesellschaftlichen Normativität orientiert sein muss. Für die Subjektrolle hingegen ist es wichtig, dass man sich selbst als normkonform Agierender einschätzt und fühlt. Will oder kann man die Rolle als Person nicht akzeptieren und man verhält sich als Person nur aufgrund äußerer Zwänge oder selbst dies nicht, so ist man nach Jakobs kein Subjekt. Derjenige kann aber dennoch im ersten Fall eine Person darstellen. Im zweiten Fall ist er eine Nicht-Person. Das gleiche gilt für Rechtspersonen bzw. Rechtssubjekte in Bezug auf eine Rechtsgemeinschaft.

3. Entpersonalisierung aufgrund einer Notsituation

Wie bereits erwähnt, haben nicht die Menschen einer Gesellschaft selbst die Definitionsgewalt, wer Person oder keine ist, sondern sie hat nach Jakobs eine Autorität. Im Gegensatz zu den anderen beiden Gruppen, denen entweder die Fähigkeit zur gewünschten Einstellung und Umsetzung der Normativität fehlt oder die aus kulturellen Gründen nicht bereit sind, die geltenden Normen anzunehmen, verhält sich letztere Gruppe in der Regel normkonform. Während die ersten beiden Gruppen ihre Pflichten nicht erfüllen und deshalb Rechte verlieren, werden dieser Gruppe ihre Rechte genommen. Sie werden ihrer Rechte als Person aufgrund einer gewissen Ausnahmesituation beraubt und mit diesem Entzug der Rechte „entpersonalisiert“ (Jakobs 2005: S. 848). Wenn man die oben erwähnte Differenzierung in materielle und formelle Person aufgreift, dann sind sie materielle Person, aber keine formelle Person. Sie halten sich an das Recht, ihnen wird aber der Status als Person aberkannt.

Jakobs' Überlegungen schließen an eine Debatte über den § 14, Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes (LuftSiG) i. d. F. von 2005 an (vgl. Jakobs 2005: S. 848). Der Anlass zur Einführung des Gesetzes waren die Terroranschläge 2001. Nach den Anschlägen des 11. Septembers begann eine Diskussion, ob es erlaubt sei, unschuldige Flugzeugpassagiere zu töten, indem man Flugzeuge abschießt, um andere Menschen, die das Ziel eines gezielten Absturzes wären, zu retten. Am 11. September 2001 hatten islamistische Terroristen Flugzeuge quasi als Bomben benutzt und diese gezielt auf Gebäude gelenkt, in denen tausende Menschen starben (vgl. Schulze 2016: S. 499-500). Mit dem neuen Gesetz aus dem Jahr 2005 (§ 14, Abs. 3 LuftSiG a. F.) sollte es ermöglicht werden, dass Streitkräfte Flugzeuge abschießen, die als terroristische Werkzeuge gegen Menschen eingesetzt werden, ähnlich wie am 11. September. Die Rechtsnorm wurde allerdings im Urteil vom 15. Februar 2006 vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt und als Folge des Urteils wurde Abs. 3 aus dem Gesetz komplett gestrichen. Kurz zusammengefasst rechtfertigt das Bundesverfassungsgericht seine Vorbehalte gegenüber der Rechtsnorm mit zwei Gründen. Zum einen lasse der Einsatz der Bundeswehr im angenommenen Katastrophenfall nach Art. 35 Abs. 2 Satz 2 GG keine militärische Waffenanwendung seitens der Streitkräfte zu, „[...] weil diese Vorschrift einen Kampfeinsatz der Streitkräfte mit spezifisch militärischen Waffen bei der Bekämpfung von Naturkatastrophen und besonders schweren Unglücksfällen nicht erlaubt“ (BVerG 2006: S. 22). Der zweite Einwand orientiert sich anscheinend am kategorischen Imperativ Immanuel Kants, ohne ihn explizit zu nennen. Passagiere und

Flugzeugpersonal werden bei einem Abschuss durch Streitkräfte nicht mehr als selbstbestimmte Menschen, sondern als Objekte behandelt. „Dies macht sie zum Objekt nicht nur der Täter. Auch der Staat, der in einer solchen Situation zur Abwehrmaßnahme des § 14 Abs. 3 LuftSiG greift, behandelt sie als bloße Objekte seiner Rettungsaktion zum Schutze anderer.“ (BVerG 2006: S. 28). Sie werden als Mittel benutzt, um den Terroranschlag zu verhindern. Die Getöteten dienen „[...] als Mittel zur Rettung anderer [...]“ (BVerG 2006: S. 28). § 14 Abs. 3 LuftSiG wäre demzufolge nicht mit der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) zu vereinbaren (vgl. BVerG 2006: S. 30).

Laut Jakobs würden manche Autoren wie Depenheuer oder Isensee von einer „Opferpflicht“ der Passagiere und des Personals ausgehen; sie sollen ihr Leben für die Menschen im World Trade Center opfern (Jakobs 2017b: S. 231; vgl. Jakobs 2012a: S. 50; vgl. Jakobs 2005: S. 848).⁶⁰ Diese wäre laut diesen Autoren in Anbetracht des Ziels der Terroristen, den Staat und die Gesellschaft anzugreifen, angebracht (vgl. Jakobs 2017b: S. 231). Jakobs hat in Zeiten der „postheroischen Gesellschaft“, also einer Gesellschaft, die vor allem auf die individuelle Selbstverwirklichung und weniger auf Solidarität und Einsatz für Staat und Gesellschaft setzt, Zweifel, ob ein solches Opfer tatsächlich akzeptiert wird (Jakobs 2017b: S. 232; vgl. Jakobs 2012a: S. 50). Zur Rolle als Person und damit zur Normativität der deutschen Gesellschaft würde dann, folge man den Autoren, auch das Opfer für die Gesellschaft und den Staat dazugehören. Eine Opferpflicht wird aber in der Tat nicht von jedem Bürger, sondern nur von wenigen Personen wie Soldaten gefordert (vgl. Jakobs 2012a: S. 50). Jenseits dieser Zweifel muss nach Jakobs aber klar sein, dass die Opfer nicht mehr wie gleichwertige Rechtspersonen aus dem Kreis der Rechtsgemeinschaft angesehen werden. Grundsätzlich kann ein Fürsprecher der Opferpflicht, einer, der für einen Abschuss ist, die einzelnen Passagiere und das Bordpersonal nicht mehr als Rechtspersonen auffassen.

Würde ein Abschuss stattfinden, so wird kaum ein Bürger urteilen, an der Stelle der Passagiere hätte er zustimmend geduldet, vielmehr wird die überwältigende Mehrheit annehmen, die Passagiere seien für das Allgemeine geopfert worden, ohne darin *für sich* einen Sinn finden zu können, mit anderen Worten, sie seien als Nicht-Personen getötet worden. (Jakobs 2017b: S. 233, kursiv im Original)

⁶⁰ Jakobs beruft sich auf Depenheuer, Otto (2007): Selbstbehauptung des Rechtsstaates. Paderborn, München, Wien, Zürich und auf Isensee, Josef (2007): Leben gegen Leben. Das grundrechtliche Dilemma des Terrorangriffs mit gekapertem Passagierflugzeug. – In: Michael Pawlik und Rainer Zaczyk (Hrsg.) (2007) Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007. Hürth.

Damit stimmt Jakobs in der ihm eigenen Terminologie der Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts zu. Allerdings mit einem anderen Ergebnis, es handelt sich zwar bei dieser Entpersonalisierung um eine Ausnahme, aber „[...] es gibt ja auch keine Basisregel, eine Gesellschaft könne ohne eine Ausnahme durchkommen [...]“ (Jakobs 2017b: S. 233). Damit lässt Jakobs offen, ob die Entrechtung von Rechtspersonen zu Nicht-Rechtspersonen, im Gegensatz zur Bewertung des Bundesverfassungsgerichts, nicht doch in manchen Fällen erlaubt wäre.

In diesen Fällen ist besonders, dass die Erklärung zur Nicht-Rechtsperson, nicht mit einer Missachtung der rechtlichen Pflichten verbunden ist, es sei denn, es gäbe eine Pflicht, sich selbst als Rechtsperson aufzugeben. Der Gesetzgeber berücksichtigt die Erfüllung oder Nichterfüllung der Pflichten der betroffenen Menschen nicht, sondern schließt aufgrund von äußeren Umständen einen Menschen aus dem Kreis der Rechtspersonen aus. Die Entpersonalisierung wird in solchen Fällen durch den Gesetzgeber ermöglicht und von staatlichen Institutionen (hier die Bundeswehr) umgesetzt. Der Gesetzgeber ist hier, wie auch in den anderen Fällen, die Jakobs'sche Autorität, die die Normativität einführt.

VI. Zusammenfassung

Am Ende der Erläuterungen von den verschiedenen Selbstauffassungen und Selbstdarstellungen, die ein Mensch verkörpern kann, sollen diese Analysen noch einmal kurz zusammengefasst werden. Zunächst existiert ein Mensch nach rein individueller Lust und Unlust. Das bedeutet, er hat nach Jakobs eine egozentrische Wahrnehmung seiner Umwelt, von der er sich als Einzelwesen nicht klar absetzen kann. Es fehlen ihm die nötigen Fähigkeiten. Erst durch die Einführung einer Normativität durch eine Autorität wird laut Jakobs dieser Zustand durch einen weiteren ergänzt. Dadurch, dass der Mensch lernt, nach Regeln – hier Normen genannt – in einer Gemeinschaft zu leben, die für jedes Mitglied der Gemeinschaft verbindlich sind, kann er sich in der Rolle als Subjekt begreifen. Dann ist er eine Person unter anderen. „Eine einzige Person ist ein Widerspruch in sich [...]“ (Jakobs 2011: S. 37). Das Leben nach gesellschaftlichen Regeln kann aus zwei Perspektiven verstanden werden. Aus der Innenperspektive wird ein Mensch zum Subjekt und aus der Außenperspektive Person. Neben der Rolle als Person in einer Gesellschaft gibt es die Rolle als Rechtsperson. Das ist ein Mensch, der in der Rolle eines Mitglieds der Rechtsgemeinschaft wahrgenommen wird. Jakobs verwendet diesen Begriff nicht. Nicht zu den Personen bzw. Rechtspersonen gehören, neben den reinen Individuen, also Menschen, die

nur nach ihrer Lust und Unlust leben, sogenannte Nicht-Person bzw. Nicht-Rechtsperson. Nicht-Person bzw. Nicht-Rechtsperson sind in der Regel Menschen, die sich nicht an die Normen der Gesellschaft bzw. Rechtsgemeinschaft orientieren und halten. Zu ihnen gehören Schuldunfähige, Fremde und Menschen, die aus dem Kreis der Rechtspersonen ausgeschlossen werden. Der Ausschluss kann durch eine Notsituation begründet werden, in diesen Fällen kann normkonformes Verhalten der Betroffenen unberücksichtigt bleiben.

C. Jakobs zur positiven Generalprävention, Schuld und Strafe

Wie bereits mehrfach erwähnt, besteht das Strafrechts bei Jakobs vor allem als „Stabilitätsfaktor für das gesamte Gesellschaftssystem“ (Stübinger 1993: S. 35). Vorrangig geht es nicht darum, einzelne Menschen bei einem Rechtsnormbruch als Schuldige auszumachen und zu bestrafen, sondern das rechtstreue Verhalten der Mehrheit zu fördern. Im Sinne der positiven Generalprävention soll das Vertrauen der Gesellschaftsmitglieder in die Rechtsordnung gestützt werden. So soll das Recht eine „normative Verhaltenserwartung“ begünstigen (Stübinger 1993: S. 35). Der Strafrechtler Stephan Stübinger fasst Jakobs' Auffassung zur Funktion des Strafrechts in drei Punkten zusammen. Das Strafrecht diene dem Vertrauen in die Gültigkeit der Normen, indem möglichst jeder Rechtsnormbruch geahndet wird, dann soll die Bestrafung als Ausdruck der „hohen Folgekosten einer Straftat“ diesen Zweck unterstützen und die Bestrafung als „Übernahme der Konsequenzen“ generell von den Rechtsgenossen akzeptiert werden (Stübinger 1993: S. 35). Diesen drei Punkten ist hinzuzufügen, dass das Strafrecht, wie auch andere Gesetzbücher und das Grundgesetz, den Bewohnern eines Staates aufzeigt, was verboten und was erlaubt ist. Die Rechtsnormen des Strafrechts dienen der „Funktion eines Orientierungsmusters für soziale Kontakte“ (Schneider 2004: S. 71). Der Täter selbst spielt in dieser Konstellation eine Nebenrolle. Jakobs' Strafrechtskonzeption wird in Hinblick auf die strafrechtlichen Grundbegriffe „Prävention“, „Schuld“ und „Strafe“ nun näher erörtert.⁶¹

⁶¹ Einen kurzen Überblick und eine Kritik zu Jakobs' Deutung von positiver Generalprävention, Schuld und Strafe bietet Stübinger 1993: S. 33-48. Allerdings fehlt eine Unterscheidung der Jakobs'schen Position von der systemtheoretischen von Niklas Luhmann. Diese wäre wichtig, da das Thema seines Papers eine „Kritik der systemtheoretischen Reformulierung des ‚Strafrechts‘“ sein soll (vgl. den Titel der Arbeit, Stübinger 1993: S. 33).

I. Positive Generalprävention

Wie bereits erörtert wurde, hat für Jakobs eine Person nur in einer Gesellschaft Bedeutung (vgl. Kapitel 2 B. II.). Die Gesellschaft konkretisiert sich bei Jakobs in einem Regelwerk, einem normativen Gerüst, an dem sich Menschen orientieren und nach dem sie ihr Handeln ausrichten. Sie sind dann interagierende Personen innerhalb einer sozialen Ordnung. Nur als Personen, bestimmt durch eine normative Ordnung, sind sie soziale Wesen (vgl. Jakobs 2011: S. 37-38). Gesellschaft ist damit für eine soziale Organisation von Menschen die entscheidende Voraussetzung. Dementsprechend ist auch das Rechtsverständnis von Jakobs. Zweck des Strafrechts ist „die Stabilisierung einer bestimmten Ordnung“ (Jakobs 1976: S. 3).

Vorrangig berücksichtigt Jakobs in seiner Betrachtung des Rechts nicht die einzelnen Menschen, sondern die jeweilige Ordnung, die eine Gesellschaft ausmacht und die Funktionen, die einzelne Menschen für sie übernehmen. Man kann die hier erwähnte Ausführungen noch in Hinblick auf staatliche Ordnungen präzisieren: Gesellschaft wird innerhalb eines institutionellen Rahmens organisiert. Eine staatliche Organisationsform ist das Recht mit seinen Gesetzen und Institutionen (Ministerien, Gericht, Strafvollzug, etc.). Für Jakobs als Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie steht dieses als seine wissenschaftliche Disziplin im Vordergrund.

Damit eine Gesellschaft funktioniert, eine Person nach deren Regeln handeln kann und will, hat die einzelne Person eine Erwartungshaltung an die Eignungen der Rechtsnormen. Die einzelnen Normen müssen als Organisationsmittel im Zusammenspiel aller Normen des rechtlichen Systems in einer Gesellschaft so funktionieren, dass ein reibungsloses Interagieren der Personen möglich ist. Eine Voraussetzung hierfür ist das Vertrauen in die Einhaltung der einzelnen Normen, die als positives Recht in einem Staat ihre Gültigkeit haben.

Wenn eine Norm (S.K.: Rechtsnorm) die Gestalt einer Gesellschaft bestimmen soll, so muß das normgemäße Verhalten in der Hauptsache wirklich erwartbar sein, was heißt, die Kalkulationen der Personen müßten davon ausgehen, die anderen würden sich normgemäß und eben nicht normbrechend verhalten. (Jakobs 2004a: S. 91)

Verhalten sich die Mitmenschen nicht erwartungsgemäß, so bleiben verschiedene Möglichkeiten, einem Normbruch zu begegnen. Der Normbruch kann ignoriert werden. Dann besteht die Orientierung an der gebrochenen Norm aber „[...] nur noch in einer fiktiven Welt“ (Jakobs 1982: S. 73). Die Ordnung ist in diesem Fall aufgehoben. Eine mehr oder weniger freiwillige „Umdefinition“ der gesellschaftlichen Normen zugunsten von Störern wird

akzeptiert. Jakobs nennt als Beispiel den Fall, wenn „[...] große Teile einer Generation an Krawalldemonstrationen teilnehmen [...]“, aber rechtliche Konsequenzen ausbleiben (Jakobs 1982: S. 73). In diesem Fall wird das staatliche Recht vorübergehend ausgesetzt. Eine weitere Möglichkeit besteht in der Vermeidung von Situationen, in denen eine Rechtsnorm gebrochen werden könnte (vgl. Jakobs 1976: S. 9). Das geschieht beispielsweise, wenn ein Bürger es vermeidet, in unsicheren Vierteln mit vielen Überfällen spazieren zu gehen. Weiterhin besteht die Möglichkeit, „Vorsorge“ zu treffen (Jakobs 1976: S. 9). Für die Teilnahme am Straßenverkehr heißt das, ein Verkehrsteilnehmer meidet bestimmte „gefährliche Straßenverkehrszeiten“ (Jakobs 1976: S. 9). Während die genannten Antworten auf Normbrüche dem Täter entgegenkommen, das Opfer oder das potentielle Opfer passt sein Verhalten an, wird bei der Anwendung des Strafrechts ein Normbruch dem Täter zugerechnet. Abhilfe gegen Normbrüche kann also auch durch strafrechtliche Maßnahmen geschaffen werden. Beispiele sind „Sozialisierung durch Erziehung“ oder „andere potentielle Täter abschreckende Strafe“ (Jakobs 1976: S. 10). „Man kann an der Erwartung ‚kontrafaktisch‘ festhalten. Die Enttäuschung wird kompensiert, indem nicht sie, sondern das enttäuschende Verhalten als Fehler thematisiert wird“ (Jakobs 1976: S. 10). Ist Ordnung als Gesellschaft so gewünscht, wie sie ist, muss also der Täter in der Regel bestraft werden. Der Normbruch hat dann Konsequenzen und wird nicht geduldet. Im Gegensatz zu dem Zweck, den einzelnen Täter eine Schuld zuzuweisen, damit er für seine Taten sühnt, oder eine „Sozialisierung durch Erziehung“ ins Auge zu fassen, ist der Zweck der Strafe bei Jakobs ein anderer (Jakobs 1976: S. 10). Der Zweck der Strafe ist, das Vertrauen in Gesellschaft und ihre Normen zu stärken und zu erhalten.

Die Strafe belastet [...] das Verhalten, das mit einer Straffolge zugerechnet wird, deutlich und erhöht die Chance, daß dieses Verhalten allgemein als nicht diskutabile Verhaltensalternative gelernt werden muß; die Unwertigkeit der Alternative kann so selbstverständlich werden, daß diese als erlebbare Alternative verdrängt wird. Dies ist die Generalprävention nicht im Sinn von Abschreckung, sondern von Einübung in Rechtstreue. (Jakobs 1976: S. 10)

Entsprechend Jakobs' Einsatzes für sein gesellschaftliches Konzept steht für ihn bei seiner Rechtsauffassung diese positive Generalprävention im Vordergrund und ist der eigentliche Zweck des Strafrechts.⁶² Sie bietet die einzige Legitimierung für den Zweck der Strafe. Auch

⁶² Jakobs erklärt den Begriff wie folgt: „Adressaten der Strafe sind also nicht nur und nicht einmal in erster Linie der jeweilige Täter und bereits tatgeneigte andere Verbrecher, sondern die rechtstreuen Personen, also die Masse

wenn die positive Generalprävention „[...] nicht in allen Bereichen des Bestrafungsvorgangs ihre Wirksamkeit entfaltet [...]“⁶³, so verstelle laut Schneider bei Jakobs eine Kombination von verschiedenen Strafzwecken den „[...] Blick auf die zentrale Aufgabe des Strafrechts [...]“ (Schneider 2004: S. 75). Die Strafe dient also vorrangig nicht zur Besserung des Täters (positive Spezialprävention), nicht zum Schutz der Bürger vor einzelnen Tätern (negative Spezialprävention) und nicht zur Abschreckung von potentiellen Tätern, straffällig zu werden (negative Generalprävention).⁶³ Strafzwecke, nach denen einzelne Personen vor zukünftigen Straftaten geschützt werden oder von deren Begehung abgeschreckt werden sollen, sind für Jakobs' Funktionalismus nicht entscheidend. Die Strafe dient dazu, dass Personen sich gesellschaftlich konform verhalten, innerhalb des normativen Rahmens handeln und sicher vor Normbrüchen handeln können. Gesellschaft soll somit als die Gesellschaft (ein

derselben: Sie sollen ihre Rechtstreue und ihr Normvertrauen behalten. Man spricht von *positiver Generalprävention*, *positiv*, weil nicht eine Abschreckung der Allgemeinheit, sondern die Erhaltung der Norm als Orientierungsmuster erreicht werden soll, *Prävention*, weil ein Zweck, eben die Erhaltung der Normtreue, angestrebt wird, und zwar bei der Allgemeinheit, deshalb *Generalprävention*“ (Jakobs 2004b: S. 31, kursiv im Original). Eine weitere Erläuterung zum Begriff findet man in *Das Schuldprinzip*. „Man bezeichnet den skizzierten Strafzweck heute als positive Generalprävention; Generalprävention, weil ein Effekt bei *allen* Bürgern hervorgerufen werden soll, *positiv*, weil dieser Effekt nicht in einer Angst vor Strafe bestehen soll, sondern in der Beruhigung, daß die Norm gilt, daß die durch die Tat beeinträchtigte Normgeltung durch die Strafe wieder gefestigt wurde [...]“ (Jakobs 1993: S. 27, kursiv im Original).

Ein Überblick und eine Kritik zu Jakobs' Auffassung zur positiven Generalprävention findet sich bei Schneider 2004: S. 73 -79. Eine Kritik zu Jakobs' Überlegungen liefert Stübinger 1993: S. 43-45, er kritisiert vorrangig die Idee der „Erwartungssicherung“ als Strafzweck (Stübinger 1993: S. 43).

⁶³ Jakobs kritisiert in seiner Arbeit *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck* eine Berücksichtigung der Spezialprävention und negativen Generalprävention beim Strafmaß. Das Strafmaß kann sich nicht an zukünftigen Taten, die der Täter nicht oder noch nicht zu verantworten hat, ausrichten, was laut Jakobs bei den drei Arten der Prävention der Fall ist. Für ein Strafmaß können nur die dem Täter zuschreibbaren Taten herangezogen werden. „Wenn der Verbrecher die Deliktneigung der anderen nicht zu verantworten hat – und unabhängig von der abzuurteilenden Tat bestehende Neigungen bei ihrerseits verantwortlichen Personen, mit denen nicht kolludiert wurde, sind nicht zu verantworten –, verletzt jede Strafeinheit, die zur Abschreckung anderer angedroht, verhängt und vollzogen wird, das Recht des Täters, nur nach dem Maß seiner Verantwortlichkeit bestraft zu werden: Es handelt sich ansonsten um die Bestrafung *anläßlich* der Schuld des Täters für etwas, an dem er keine Schuld trägt, also um die Bestrafung eines insoweit Unschuldigen.“ (Jakobs 2004: S. 36, kursiv im Original). Ähnlich argumentiert er in seinem Aufsatz *Rechtswang und Personalität*: „Es kann sich (S.K.: bei der Strafe) [...] nicht darum handeln, den Verbrecher von weiteren Taten abzuhalten – diese haben noch keinen Schaden hervorgerufen – noch andere Personen ihre ohnehin bestehende Neigungen zur Delinquenz auszutreiben“ (Jakobs 2017b: S. 238).

bestimmtes Regelwerk) vor Normverstößen bewahrt bleiben. Die Personen bilden Vertrauen in ihre Gesellschaft.

Der Einsatz für eine Erhaltung des Systems Gesellschaft darf aber nicht zu konservativ verstanden werden. Der Zweck ist nicht „Konservierung der gegenwärtigen Systemgestalt“, sondern mit positiver Generalprävention kann auch ein sich wandelndes System geschützt werden (Jakobs 1982: S. 74). Entscheidend ist „die Ermöglichung des Überdauerns des Systems“ (Jakobs 1982: S. 74).⁶⁴ Die Frage, wann ein System, eine gesellschaftliche Ordnung, ihre Identität noch bewahrt, und ab wann sie zu einer anderen wird, beantwortet Jakobs in diesem Zusammenhang nicht.

Seine Präferenz für die positive Generalprävention zeigt sich schon früh in Jakobs' wissenschaftlicher Laufbahn. Ein Beleg hierfür ist seine 1976 herausgegebene Broschüre *Schuld und Prävention*. Schon in dieser Schrift bekundet er, „[...] daß der Zweck [des Strafrechts] die Stabilisierung einer bestimmten Ordnung“ ist (Jakobs 1976: S. 3). Eine erschöpfendere Erklärung für seine Priorisierung liefern aber erst die Einbeziehung seines Gesellschaftskonzepts und sein oben beschriebener Begriff „Person“. Eine ausführliche Darstellung von „Person“ liefert er in Schriften wie *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegung zu einer Rechtsphilosophie*. Das Buch ist 1997 erstmals in deutscher Sprache erschienen.⁶⁵

In seinem Buch *Schuld und Prävention* erörtert Jakobs seine Auffassung zur rechtlichen Zurechnung von Schuld anhand von unterschiedlichen Beispielen zur Schuld und zur Notwendigkeit, dass staatliche Institutionen auf Normbrüche reagieren. In vielen Fällen ist diese Reaktion eine Bestrafung eines Täters, denn in der Regel wird der Normbruch einem Täter zugerechnet, der eine Strafe erhält. Wer das ist, wird nicht allein durch ein kausales Prinzip bestimmt, das eindeutig festlegt, dass ein Handelnder eine Tat schuldig verursacht, sondern auch und vor allem nach der gesellschaftlichen Ordnung. Präziser formuliert: die Gesellschaftsmitglieder und Institutionen rechnen Schuld einem Menschen zu, der dann zum Täter wird. Jakobs veranschaulicht diese gesellschaftsrelative Seite der Zurechnung anhand

⁶⁴ Die Fortentwicklung des Systems stellt Jakobs in seinem Aufsatz *Strafrecht zwischen Funktionalismus und Prinzipiendenken* wie folgt dar: „Gesellschaft ist die Konstruktion eines Kommunikationszusammenhangs, der immer auch anders gestaltet sein könnte [...]. Der Kommunikationszusammenhang muß seine Gestalt gegen abweichende Entwürfe behaupten können, wenn nicht jede Abweichung als Beginn einer Evolution genommen werden soll, und selbst in diesem Fall müssen die Evolutionsbedingungen gesichert werden, weil sich sonst Evolution nicht mehr vom Beliebigen unterscheiden ließe“ (Jakobs 1995: S. 848).

⁶⁵ Eine spanische Version erschien ein Jahr früher unter dem Titel *Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional*.

eines Beispiels: Ein Dieb stiehlt ungesicherte Ware in einem Warenhaus, die mit marktschreierischer Werbung angepriesen wird. Je nachdem, wie kritisch eine Gesellschaft gegenüber dem Konsum eingestellt ist, wird die Schuld dem Dieb zugeschrieben oder er als Opfer der Konsumgesellschaft behandelt (vgl. Jakobs 1976: S. 29-30). In der Regel muss laut Jakobs allerdings eine Antwort der Gesellschaft bzw. staatlicher Institutionen folgen, damit ein Normbruch ein Normbruch bleibt und nicht eine Verschiebung zum Legitimen hin stattfindet. Der Umstand, dass ein zunächst ermittelter Verursacher eines Normbruchs nicht als Schuldiger bestraft wird, „[...] kommt nur *nach* der Entdeckung der anderweitigen Verarbeitungsmöglichkeit überhaupt in den Blick“ (Jakobs 1976: S. 30, kursiv im Original). In dem genannten Beispiel läge die Diebstahlschuld in einer konsumfeindlichen Gesellschaft beispielsweise beim Kaufhausinhaber oder beim Warenhausdekorateur. Es gibt also einen schuldigen Täter, auch wenn er nicht der Dieb ist.

Aus der gesellschaftlichen Perspektive gibt es auch Ausnahmen, die einen Verzicht auf Strafe zulassen. Entweder es bietet sich die Möglichkeit, einem Täter seine Strafe wegen der geringen Bedeutung der Tat für die Gesellschaft zu erlassen, oder der Gesetzgeber befreit den potentiellen Täter von seiner vermeintlichen Schuld. In solchen Fällen gibt es andere Möglichkeiten, einer Tat strafrechtlich zu begegnen, sei es andere Personen für die Tat zur Verantwortung zu ziehen oder den Täter als Schuldunfähigen zu behandeln. Bei diesen Ausnahmen darf aber Jakobs' Strafzweck, die positive Generalprävention, nicht vernachlässigt werden, wenn man mit seinem Konzept einverstanden ist.

Die Bestrafung von strafrechtlich relevantem Verhalten ist die Regel. Ausnahmen, – der Verzicht auf Strafe – sind Sonderfälle. Zunächst zu den Ausnahmesituationen: Ob eine Ausnahme zulässig ist, entscheidet innerhalb einer Gesellschaft der Gesetzgeber und wird dann mittels des Strafrechts ausgeführt. Generell gilt nach Jakobs wie gesagt, das Vertrauen der Personen in ihre Gesellschaft zu fördern und zu erhalten. Ausnahmesituationen können eventuell vernachlässigt werden, wenn bestimmte Einzelfälle das Vertrauen in die Gesellschaft und dessen Rechtsordnung nicht beeinträchtigen. Ein antikes Beispiel ist das von Karneades. Nach einem Schiffsuntergang rettet sich ein Schiffbrüchiger auf eine Planke im Meer, er wird aber von einem anderen von dieser Planke gestoßen und ertrinkt (vgl. Jakobs 1982: S. 78; vgl. Jakobs 1993: S. 31; vgl. Jakobs 2011: S. 101). Nach § 35 StGB liegt ein entschuldigender Notstand vor (vgl. Jakobs 1982: S. 78; vgl. Jakobs 1993: S. 31).

Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit eine rechtswidrige Tat begeht, um die Gefahr von sich, einem

Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person abzuwenden,
handelt ohne Schuld. (StGB §35 Abs. 1)

Der zweite Schiffbrüchige ist also trotz der Tötung des anderen ehemaligen Schiffspassagiers im Sinne des Strafrechts nicht schuldig. Abgesehen von dem unwahrscheinlichen Fall, dass man auf einer Planke im Ozean treibt, kommen die Tatbestände, die unter das Gesetz fallen, generell nur selten vor. „Die Bedeutungslosigkeit [...] liegt also im Fehlen der Notwendigkeit, das Ordnungsvertrauen durch eine Zurechnung zum Notstandstäter zu stabilisieren“ (Jakobs 1976: S. 21). Aber laut Jakobs gibt es im Strafrecht Ausnahmen von der Ausnahmeregelung. Wenn beispielsweise ein Mensch sich und andere absichtlich oder fahrlässig in eine Gefahrensituation bringt, so greift das Gesetz nicht (vgl. Jakobs 1976: S. 22).⁶⁶ Ein Kapitän, der sein Schiff durch sein Verhalten zum Sinken bringt, darf keinen Schiffbrüchigen von der Planke stoßen „[...] weil er und nur er die Genese seiner Motivation nicht als Unglück oder Verschulden anderer erklären kann“ (Jakobs 1982: S. 78). Er ist nicht zufällig in die für ihn prekäre Situation gekommen. Die Seltenheit einer Tat kann also nicht jedes Verhalten entschuldigen. Man könnte dies beispielsweise durch die Medienaufmerksamkeit von seltenen, aber gesellschaftlich besonders geächteten Fällen erklären. Ein betrunkenen Kapitän, der sein Schiff zum Sinken bringt, ist ein Beispiel. Wenn dieser dann auch noch andere Opfer seines verantwortungslosen Handelns aus egoistischen Motiven tötet, kann er nicht straffrei bleiben. Das wäre keine Handlungsfolge, die das Vertrauen in die Gesetzgebung stützt. Weitere Beispiele, bei denen keine Ausnahme in Notsituationen erlaubt werden, sind Menschen, von denen eine besondere Aufopferung erwartet wird wie Polizeibeamte (vgl. Jakobs 1976: S. 23). So kann sich ein Polizist, der einen ihn angreifenden Einbrecher erschießt, nicht ohne weiteres auf das Gesetz zum Notwehrexzess (§ 33 StGB) berufen.⁶⁷ Von staatlichen Institutionen und ihren Vertretern – Jakobs nennt als Beispiele das Einhalten der Strafprozessordnung und der Polizeigesetze – erwarten die Personen ein in ihren Augen korrektes Verhalten, damit sie Vertrauen in den Staat und ihre Vertreter behalten (vgl. Jakobs 1976: S. 23). Auch bei Ausnahmen der Schuldzurechnung ist also abzuschätzen, ob sie dem Vertrauen der Bevölkerung gegenüber der Rechtsordnung schaden oder nicht. Für die Prävention sind Ausnahmesituationen wie die Notwehr in der Regel nicht relevant, weil z.B. die Abwehr eines Angreifers mit eventuell

⁶⁶ „Dies gilt nicht, soweit dem Täter nach den Umständen, namentlich, weil er die Gefahr selbst verursacht hat oder weil er in einem besonderen Rechtsverhältnis stand, zugemutet werden konnte, die Gefahr hinzunehmen [...]“ (§ 35 Abs. 2 StGB).

⁶⁷ „Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, so wird er nicht bestraft“ (§ 33 StGB).

überzogenen Mitteln in der Bundesrepublik als seltener Fall akzeptiert wird, ohne dass rechtliche Konsequenzen folgen (§ 33 StGB), es sei denn, die Abwehr eines Angriffs zeigt „drastisch deliktische Züge“ (Jakobs 1976: S. 23). Wenn der Abwehrende aus einer Kampfeslust oder Hass (einem sthenischen Affekt) und nicht aus Furcht oder Verwirrung (einem asthenischen Affekt) handelt, so gilt der Paragraph nicht (vgl. Jakobs 1976: S. 23).

Eine weitere Ausnahme ist die Schuldbefreiung (Exkulpation) eines Täters. Ein psychotisch Erkrankter beleidigt z. B. einen Polizisten, wird aber für seine Tat nicht bestraft. Aber auch in solchen Fällen gilt, dass das Vertrauen in die Ordnung nicht gefährdet werden darf. Eine Gesellschaft kann nach Jakobs häufigere Übergriffe von psychisch Kranken ohne eine rechtliche Konsequenz nicht erlauben, denn dies stört die Sicherheit innerhalb der Gesellschaft und das Vertrauen in ein gefahrloses Interagieren innerhalb dieser. So gelte beispielsweise für psychisch gestörte Gewaltverbrecher, solange es keine Medizin und Therapie zur Verhinderung von deren Normbrüchen gibt, dass keine Exkulpation möglich ist. Sie werden strafrechtlich verfolgt (vgl. Jakobs 1976: S. 11-12).

Auch die Bestrafung von staatlichen Institutionen lehnt Jakobs ab. Da die Förderung und Erhaltung der Gesellschaft von Jakobs favorisiert wird, kommt eine Bestrafung staatlicher Institutionen nicht in Frage, weil diese wesentliche Akteure für die Umsetzung dieser Ziele sind. Eine Bestrafung würde den Staat selbst in Frage stellen. Institutionen oder die gesamte staatliche Ordnung können nicht zur Verantwortung für Normbrüche gezogen werden. Jakobs nennt ein Beispiel: In einem Prozess in München verlangte der Verteidiger eines angeklagten Demonstranten, dass ein Psychologe gehört werden müsse, der dann bestätigen solle, dass in höheren Schulen die autoritären Gepflogenheiten im Umgang mit den Schülern kein „abgewogene[s] gesellschaftliche[s] und politische[s]“ Entscheiden möglich machten. (Jakobs 1976: S. 27).⁶⁸ „Erziehungsfehler – auch in weniger brisanten Fällen – kann stets nur ein Umstand sein, dessen Definition als Defekt nicht die ganze Ordnung in Frage stellt“ (Jakobs 1976: S. 28). Eine Ordnung kann also nicht ihre eigenen Grundlagen – in diesem Fall die Erziehung – verurteilen. Es fördert sicherlich nicht das Vertrauen der Gesellschaftsmitglieder in die Gesellschaft und ihre Institutionen, wenn sich diese selbst für strafwürdig halten.

Zusammenfassend lässt sich über Jakobs' Auffassung zur Aufgabe des Strafrechts folgendes feststellen: Grundsätzlich ist der Zweck der Strafe und somit des Strafrechts, die Gesellschaft

⁶⁸ Jakobs bezieht sich auf ein Beispiel von Detlef Krauß aus Krauß, Detlef (1971): Die strafrechtliche Problematik kriminologischer Ziele und Methoden. Eine Untersuchung am Beispiel der psychologischen und psychiatrischen Sachverständigen im Strafprozess. Königstein im Taunus.

als eine Ordnung, in der Personen ungehindert agieren können, zu stärken und zu erhalten. Die Personen müssen Vertrauen in die Ordnung haben, damit sie nicht als egoistische Individuen, sondern als Personen, Menschen der Gesellschaft, handeln wollen und können. Auf Normbrüche – Störungen dieser gesellschaftlichen Ordnung – muss eine Gesellschaft reagieren, damit dieses Vertrauen erhalten bleibt. Das Ziel des Strafrechts in diesem Kontext ist, hier eine Reaktion zu liefern. Das ist die Bestrafung. Es geht nicht vorrangig darum, einzelne Täter zu bestrafen. Zweck des Strafrechts ist die positive Generalprävention.

Aus dieser gesellschaftlichen Perspektive gibt es auch Ausnahmen, die einen Verzicht auf Strafe zulassen. Entweder es gibt die Möglichkeit, einem Täter seine Strafe zu erlassen, wegen der geringen Bedeutung der Tat für die Gesellschaft oder der Gesetzgeber befreit den potentiellen Straftäter von seiner vermeintlichen Schuld. Weiterhin gibt es die Möglichkeit, eine andere gesellschaftliche Perspektive auf eine Tat einzunehmen und andere Personen für diese Tat zur Verantwortung zu ziehen als es zunächst erscheint. Bei diesen Ausnahmen darf aber der Zweck der positiven Generalprävention nicht vernachlässigt werden.

Die bisherigen Erläuterungen verdeutlichen, dass das Strafrecht nach Jakobs vorrangig aus der Perspektive der Normsicherung einer Gesellschaft als Ganzes anzusehen ist. Strafrechtliche Rechtsnormen dienen als Orientierung für die Angehörigen eines Staates. Mittels Gesetzen wird ausgewiesen, was verboten und erlaubt ist, und staatliche Institutionen sorgen für eine Einhaltung der Normen, die das Zusammenleben rechtlich regeln. Aus diesem Grund betrachtet Jakobs auch die strafrechtlich wichtigen Begriffe „Schuld“ und „Strafe“ aus der gesellschaftlichen Perspektive. Seine Interpretationen von Schuld und Strafe werden in den folgenden Abschnitten näher erläutert.

II. Schuld

Nach Jakobs' Konzeption sollen letztendlich Gesetzgeber und Judikative als Autorität einem Menschen Schuld zuschreiben. Eine normative Orientierung erhalten die staatlichen Institutionen von gesellschaftlich etablierten Normen und Haltungen; ausschlaggebend für die Zurechnung ist aber das jeweilige Landesrecht. Das persönliche Schuldempfinden spielt eine Nebenrolle.⁶⁹ Der Zweck der Schuldzuschreibung wird von Jakobs wie folgt beschrieben:

⁶⁹ Deutlich wird Jakobs' gesellschaftsorientierte Einstellung bei seiner Erörterung zur poena naturalis. Sowohl bei Fahrlässigkeit als auch bei Verbotsunkenntnis kann der Täter eventuell durch Vergegenwärtigung seiner Tat eine „[...] poena naturalis empfinden“ (Jakobs 1993: S. 20). Nachteile, die er durch seine Tat individuell erfährt, führen zum Empfinden einer natürlichen Schuld nach einem Schicksalsschlag. Jakobs fragt nun: „Wenn also

[...][D]ie Ermittlung von Schuld bei Anwendung des geltenden Strafrechts besteht in der Begründung des Bedürfnisses, zur Bestätigung der Verbindlichkeit der Ordnung gegenüber dem rechtstreuen Bürger im bestimmten Maß zu strafen [...]. (Jakobs 1976: S. 8-9)

Die individuelle Motivation eines Täters ist bei seiner Schuldigsprechung von geringerer Relevanz. Einzig die in der Tat sich zeigende „Motivation“ zum Rechtsnormbruch ist entscheidend, „[...] die Gründe der Fehlerhaftigkeit der Motivation gehen allein den Täter etwas an [...]“ (Jakobs 1976: S. 13). Nach Jakobs' Strafrechtsauffassung kann man den Vorgang wie folgt deuten: Der Täter hat in der Rolle als Rechtsperson das erwartete normkonforme Verhalten nicht gezeigt, sondern die Rechtsnorm gebrochen. Für die Bestimmung von Schuld ist nicht ausschlaggebend, nachzuvollziehen, aus welcher individuellen Verfassung und individuellen Motivation heraus er handelt, sondern wie sich sein Verhalten mit Hilfe „gesellschaftlicher Muster“, die Gesetze ausdrücken, deuten lässt, wie und ob sich der Täter als Rechtsperson darstellt (Jakobs 2012a: S. 61). Liegt ein Bruch aus der Sicht von Gesetzgeber und Judikative vor, so hat sich in der Regel ein Mensch schuldig gemacht. Schuld ist nach Jakobs die Zuschreibung eines Vergehens durch die Gesellschaft und durch staatliche Institutionen auf einen Täter. Schneider zitiert Jakobs' Position, dass die allgemeingültigen Gesetze, die innerhalb einer Gesellschaft und eines Staates gelten, auf den Einzelfall bezogen werden (vgl. Schneider 2004: S. 104). Die Verantwortung für eine Straftat weisen staatliche Institutionen im Namen der Gesellschafts- und Rechtsordnung auf der Basis von einzelnen Rechtsnormen einem Menschen zu und benennen ihn als schuldigen Täter für einen Rechtsnormbruch. Schuld ist in Jakobs' Rechtskonzeption nicht etwas, was jemand persönlich empfindet und auf sich nimmt oder nehmen sollte, sondern was ihm letztendlich von Institutionen zugewiesen wird.⁷⁰ Bei Jakobs

[...] der Täter sein Werk, so er dessen ansichtig wird, mit Missbehagen und Bedauern betrachtet – was sollen dann noch Schuldspruch und Strafe?“ (Jakobs 1993: S. 20). Die Antwort ist: „Aber daß es um ein *sozial* unerträgliches Maß an Unachtsamkeit ging und nicht nur um etwas nach der *individuellen* Einrichtung des Täters Unachtsames, daß also generelle Standards einzuhalten sind, wird nicht im individuellen Bedauern, sondern nur in der öffentlichen Rüge sichtbar. Die Risikostandards sollen also objektiv, unabhängig von den Empfindungen der Täter, etabliert werden“ (Jakobs 1993: S. 20-21, kursiv im Original).

⁷⁰ Jakobs formuliert diese Bestimmung wie folgt: „Als der die Schuld leitend bestimmende Zweck erwies sich hierbei die Stabilisierung des durch deliktische Verhalten gestörten Ordnungsvertrauens, wobei volldeliktisches also auch schuldhaftes Verhalten nur gegeben ist, wenn zur Verarbeitung der Störung die Zuständigkeit des Täters zur Vermeidung behauptet und die Richtigkeit des Normvertrauens bestätigt wird. Das autonome Können, die Fähigkeit, ist dabei nicht vorab zu ermittelnder Beurteilungsgegenstand, sondern die Beschreibungsmodalität für das Ergebnis der mehr oder weniger verborgenen Handhabung eines Instrumentariums normativer und

ist Schuld „[...] nicht vor dem Strafrecht existent, sondern wird erst mit ihm eingeführt und legitimiert“ (Stübinger 1993: S. 37).

Der Verursacher eines Normbruchs ist in der Regel schuldig. Ausnahmen sind: Die Verantwortung für einen Rechtsnormbruch, also die Schuld, kann aufgrund der gesellschaftlichen und rechtlichen Normativität einem anderen Menschen zugewiesen werden oder unglückliche und selten vorkommende Umstände lassen es zu, dass auf eine Schuldzuschreibung verzichtet werden kann. Der Täter wird im letzten Fall als nicht schuldig bestimmt. Generell wird durch die Rechtsordnung und auf der Basis der gesellschaftlich etablierten Normativität bestimmt, wer Schuldiger ist und wer nicht als Schuldiger gewertet wird. Die Schuldzuschreibung wird nun differenzierter beleuchtet.

Bei Jakobs kann „[...] [o]hne Schuld [...] kein Normgeltungsschaden“ aufkommen (Schneider 2004: S. 103). Dabei ist ein Schuldiger oder eine Schuldige für eine Straftat, verantwortlich zu machen. Liegt eine Straftat vor, so gibt es auch einen Schuldigen. Jakobs' Einlassung zur Schuld kann man als behavioristische Position auffassen, auch wenn er sich nicht ausdrücklich auf diese Schule bezieht. Schuld wird nicht nach individuellen Motivationen und Beweggründen bemessen, also nach „inneren“ Einstellungen und anderen Kognitionen, die im Strafprozess aufgedeckt werden sollen, sondern sie ist „das Produkt gesellschaftlicher Zuschreibung“ und „Sinnausdruck in einem gesellschaftlich relevanten Deutungsschema“ (Schneider 2004: S. 104). Die psychischen Beweggründe gehören vom strafrechtlichen Standpunkt aus eher in eine wenig relevante Black Box.⁷¹

Für Jakobs ist es bei der Abschätzung der Schuld irrelevant oder zumindest von geringerer Bedeutung, wie die Motive und Handlungen eines Täters individuell aus beispielsweise der Sicht des Täters selbst oder des Richters beurteilt werden. Auch spielen moralische Gründe, die eventuell einen universellen Anspruch erheben, keine Rolle. Ausschlaggebend wäre eine „zeitgebundene[] Vernunft“, also der Bezug auf eine zeitgenössische „normative Grundstruktur der Gesellschaft“ (Jakobs 2017c: S. 258).⁷² Stehlen aus Armut als sozialpsychologischer, jedenfalls aber nicht primär individualpsychologischer Art“ (Jakobs 1976: S. 31-32).

⁷¹ Diese Auffassung geht nicht konform mit Jakobs' Trennung von Rechtsperson und Rechtsfeind. Da auch Menschen aufgrund ihrer Haltung zu Feinden werden können, muss letztendlich bei einer rechtlichen Beurteilung auch die Haltung einfließen. Zur Trennung von Feind und Rechtsperson vgl. Kapitel 3 A und Kapitel C. 5.

⁷² Auch wenn Jakobs sich auf Kant bezieht (vgl. Jakobs 2017c: S. 258), hat die „zeitgebundene Vernunft“ oder „relative Vernunft“, wie Jakobs das Herleiten zeitgenössischer normativer Strukturen einer Gesellschaft auch nennt, mit Kants Idee der praktischen Vernunft nichts zu tun (Jakobs 2017b: S. 258). Von „praktischen Prinzipien a priori“ kann in keinsten Weise gesprochen werden, da ein Handeln nach der Vernunft im Sinne Kants gerade

schuld mindernd lässt Jakobs beispielsweise weder als universell gültiges Recht noch als individuelle Beurteilung eines Richters als strafrechtlich relevant zu. Wenn Armut rechtlich eine Rolle spielt und dem Täter die Schuld nimmt oder seine Schuld einschränkt, so ist eine solche Beurteilung nach Jakobs durch die Rechtsordnung vorgegeben und kein auf Empathie beruhendes Entgegenkommen gegenüber der Not eines Diebes, die Relevanz hat (vgl. Jakobs 1976: S. 30).⁷³ Laut Jakobs ist nicht „die Stärke oder Schwäche“ der Motive des Täters entscheidend (Jakobs 1976: S. 30). Die Zuschreibung der Schuld folgt „[...] vorweg aus der Möglichkeit, die Tat zum Teil des Armen auf das Konto der unvermeidlichen Schattenseiten einer differenzierenden Eigentums- und Vermögensordnung zu buchen [...]“ (Jakobs 1976: S. 30). Diese „Möglichkeit“ bietet nur der Rechtsrahmen eines Staates. Schneider wirft Jakobs nun vor, einen Täter nicht mehr als handelndes Subjekt zu begreifen. Die Rechtsperson bekomme „[...] bei Jakobs nur die Stellung eines Objekts, das über gesellschaftliche Zuschreibungsprozesse dafür zuständig erklärt wird, einen Schaden an der Normgeltung verursacht zu haben“ (Schneider 2004: S. 106).

Den Unterschied zwischen individuell empfundener Schuld und zugeschriebener Schuld verdeutlicht Schneider anhand von Alfred Schütz' Konzeption vom Verstehen einer Handlung (vgl. Schneider 2004: S. 105).⁷⁴ Jede Handlung wäre demnach für das Subjekt zunächst selbst sinnvoll. Dieser Sinn erschließe sich für das Subjekt aus seiner Intention („um-zu-Motive“) und seinem sich schuldig fühlen („weil-Motive“) (Schneider 2004: S. 105). Ich würde das zweite Motiv sein Empfinden für Verantwortung nennen. Andere Menschen könnten diesen Sinn nur dann verstehen, wenn es Anknüpfungspunkte zu eigenen Erfahrungen, Denkweisen und Empfindungen gebe. Sprich, wenn ein Fremder die Motive mit seinen zur Verfügung stehenden kognitiven Mitteln nachvollziehen kann. Wäre dem Außenstehenden dies nicht möglich, weil er bestimmte Äußerungen falsch interpretiere oder gar nicht interpretieren könne, da ihm Informationen fehlten, würde er die Motive nicht korrekt erfassen. Das Subjekt als Urheber erkenne dennoch den Sinn, den es mit seiner Handlung verbunden hat, weil ihm mehr Informationen – sozusagen aus erster Hand – zur Verfügung stehen würden. Er habe

nicht von gesellschaftlichen Konventionen und Einstellungen abhängt (Kant 1974: S. 37, KpV 1. T. 1. B. 1. H. § 7 Anmerk.). Auch wenn Jakobs seine Aussage relativiert, es handele sich doch eventuell um „geronnene Verstandesregeln“, ist die Bezeichnung „Vernunft“ in diesem Zusammenhang unangebracht (Jakobs 2017b: S. 258). Eine Zusammenfassung zu Kants Begriff „praktische Vernunft“ bietet Eisler in seinem Nachschlagewerk von 1930, das auch online verfügbar ist (vgl. Eisler 2006: Eintrag zu „praktische Vernunft“).

⁷³ Natürlich schließt diese Auffassung nicht aus, dass Empathie ursächlich für die prekäre Situation zu dieser im Nachhinein gesellschaftlich etablierten Haltung führt.

⁷⁴ Schneider bezieht sich auf Schütz, Alfred (1991): Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt. Frankfurt.

einen anderen Blick auf seine Verantwortung. Für Jakobs spiele nur die Interpretation des Fremden, in Form einer Nachkonstruktion aus gesellschaftlicher Perspektive eine Rolle (vgl. Schneider 2004: S. 105-106). Jakobs' Ansatz geht im Vergleich zum gutwilligen Interpretieren sogar noch einen Schritt weiter. Während der gutwillige Interpret noch versucht, den anderen – seine psychischen Beweggründe – zu verstehen, setzt Jakobs gleich bei einer Interpretation des Verhaltens durch die rechtlichen und normativen Vorgaben, die innerhalb einer Gesellschaft gelten, an. Schneider folgert kritisch als Gegenposition zu Jakobs' Vernachlässigung der Täterperspektive:

Die schuldhafte Handlung des Täters ist demzufolge nicht lediglich ein „physikalisch beschreibbares Geschehen“, das seinen spezifischen Sinn und damit seine Schuldhaftigkeit erst später aufgrund einer „sozialen Konstruktion der Wirklichkeit“ oder wie Jakobs es ausdrückt, „durch Zuschreibung“ erhält, sondern originär schuldhafte Handlung. (Schneider 2004: S. 105-106)

Schneider hat sicherlich Recht, wenn er sagt, dass Schuld nicht nur etwas ist, was andere Menschen dem Handelnden von außen zuschreiben dürfen, sondern auch die Täterperspektive in die Schuldzuweisung mit einfließen sollte, auch wenn die Ermittlung mit den genannten Schwierigkeiten der korrekten Interpretation verbunden ist. Jakobs' Konzeption von Schuld darf man aber nicht zu sehr vereinfachen. Fairerweise sei erwähnt, dass Schneider dies auch nicht tut. Es könnte der Eindruck entstehen, dass bei der Zuschreibung nach Gesetzen und gesellschaftlichen Normen, also sehr allgemeinen Regeln, die individuelle Biographie und der individuelle Mensch gar keine Rolle bei Jakobs' Konzeption der Schuldzuweisung spielen dürfe. Auch eine Beurteilung eines Straftäters aus einer Außenperspektive heraus kann aber seine Einstellung zu bestimmten Ansichten, seine körperliche Verfassung und seine individuelle Biographie berücksichtigen. So erwähnt Jakobs, dass Krankheit durchaus exkulpiert werden kann. „Man heilt oder verwahrt oder – sofern keine Wiederholung zu befürchten ist – man begnügt sich mit der Erklärung durch Krankheit, d. h. der Umdefinition des Verbrechens in natürliches Unglück [...]“ (Jakobs 1976: S. 18).⁷⁵ Diese „individuellen Noten“ werden im Strafprozess und Urteil nach Jakobs' Darstellung ggf. berücksichtigt. Allerdings nur, wenn der rechtliche Rahmen eines Staates das zulässt, wenn also eine Berücksichtigung gewollt ist und es die Möglichkeit gibt, dass die Tat auf andere Weise, durch „[...] die Chance anderweitiger Verarbeitung des Konflikts [...]“, als durch persönliche Schuldzuweisung des

⁷⁵ „Kinder oder Kindern noch gleichstehende Jugendliche oder Geisteskranke oder entsprechend psychisch belastete Menschen sind offenbar ungleich (S. K.: in Bezug auf das Recht) und damit zurechnungsunfähig (§§ 19, 20 StGB)“ (Jakobs 1993: S. 30).

Verursachers eines Normbruchs erklärt werden kann (Jakobs 1976: S. 25). Das Strafrecht muss also vorgeben, dass, ob und welche individuellen Motive berücksichtigt werden; wenn es keine Vorgaben gibt, werden sie auch nicht berücksichtigt.

Neben der Interpretation, was Schuld ist, wird auch der Täter als Schuldiger über die Normativität von Recht und Gesellschaft ermittelt. Da diese Normativität landesüblich unterschiedlich ausfällt, können bei der gleichen Tat unterschiedliche Menschen als schuldig beurteilt werden. Jakobs' Position verdeutlicht eines seiner schon angeführten Beispiele. Es handelt sich um das Beispiel des Diebes im Warenhaus (vgl. Jakobs 1976: S. 29-30). Ein Dieb entwendet ungesicherte Waren aus einem Kaufhaus, die mit Werbung intensiv angepriesen wird. Verantwortlich, also schuldig, kann der Dieb sein, da er die Ware gestohlen hat. Wie schon erwähnt, wird zunächst dieser Verursacher als Schuldiger ausgewiesen. Folgt man Jakobs' Argumentation, so könnten meiner Meinung nach aber auch ein oder mehrere Mitarbeiter des Warenhauses als schuldig ermittelt werden. Sie schafften eine zu große Verlockung für den Diebstahl (vgl. Jakobs 1976: S. 29-30). Nach dem Rechtsbruch werden ein Schuldiger oder mehrere Schuldige ermittelt. Auf eine Schuldzuschreibung muss also nicht verzichtet werden. Für den zweiten Fall ist die gesellschaftliche Einstellung zur Werbung und zu deren Einfluss auf das Verhalten entscheidend, während dies im ersten Fall unwichtig ist. Beide Beurteilungen hängen von der Normativität einer Gesellschaft und des jeweiligen Rechtssystems ab. Wobei im ersten Fall der Dieb als Verursacher einer gesellschaftlich unerwünschten Tat verantwortlich gemacht wird. Im zweiten Fall wird die Schuld nicht dem Verursacher des Diebstahls selbst zugerechnet, sondern sind die zum Diebstahl Verführenden schuldig. Für den Dieb gilt: „Im Ergebnis belasten also alle diejenigen Gründe des aktuellen Konflikts, die sich [...] niemanden anders zuordnen lassen als dem Täter selbst“ (Jakobs 1993: S. 32). Bei der anderen Variante der Schuldzuschreibung wären Kaufhausmitarbeiter die Schuldigen, die dann die Straftäter sind und der Dieb nur ein Opfer.

Nach diesem Konzept der Schuld besteht die Aufgabe der Gesellschaftsmitglieder anscheinend nicht vorrangig darin, die Rechtsnormen ihrer Gesellschaft zu verinnerlichen, zu verstehen und als etwas positives zu bewerten. Es reicht, dass diese eingehalten werden. Ein Schuldigfühlen ist für die Rechtsprechung irrelevant, allein die Beurteilung im Sinne des Rechts ist für die Schuld ausschlaggebend. Eine Verinnerlichung und eine positive Bewertung der Rechtsnormen ist aber zum Vorteil der positiven Generalprävention, die Jakobs schätzt. Es gilt nach Jakobs' Schuldkonzept aufgrund der gesellschaftlichen Perspektive folgender Grundsatz: Wichtig ist die Einhaltung der Norm. Die Gründe sind zweitrangig. Das klingt

zunächst plausibel. Jedes Mitglied muss befolgen, was ihm als Norm vorgegeben ist. Das Funktionieren von Gesellschaft nach Regeln scheint auch dann möglich, wenn diese nur befolgt werden, ohne dass die Akzeptanz gefordert wird. Für die Judikative ist die Urteilsfindung deutlich vereinfacht, da solche Motive wie Fahrlässigkeit oder Vorsatz keine Rolle mehr spielen (vgl. Schneider 2004: S. 106). Die nur nebensächliche Rolle der persönlichen Beweggründe der Motivation zur Normbefolgung von Gesellschaftsmitgliedern kann aber zu mangelnder Identifikation mit der Rechtsordnung und dem Staat führen. Wenn Mitglieder den Sinn der Rechtsnormen nicht mehr verstehen und es auch egal ist, warum Rechtsnormen eingehalten werden und wer von ihnen überzeugt ist, kann manches Mitglied verführt werden, die Grenzen auszutesten und immer nur das einzuhalten, was rechtlich gefordert wird. Es kann dann aber kein Vertrauen in die Rechtsordnung als die richtige für die eigene Gesellschaft entstehen, vor allem dann nicht, wenn die Normativität der Gesellschaft, die geschützt werden soll, aus dem Blickfeld gerät. Manche Unternehmen halten nur genau den Arbeitsschutz, nur genau die Lohnhöhe, nur genau die Urlaubszeiten ein, die gesetzlich festgelegt sind. Das führt dazu, dass selbst Normen, die gesellschaftlich selbstverständlich scheinen, wie die Auszahlung eines Lohns, von dem der Mitarbeiter leben kann, nur aus der Angst vor Bestrafung eingehalten werden und nicht aus dem Vertrauen heraus, gesellschaftliche und rechtliche Normativität regeln das Zusammenleben auf eine positive Weise. Rechtliche Normativität wird zu einer rein juristischen Aufgabe. Auch Jakobs sieht dieses Problem. So kann er sich eine Gesellschaft aus Teufeln nicht vorstellen (vgl. Jakobs 2017b: S. 242-243; vgl. Jakobs 2011: S. 78). Das wären Menschen, die als Person auftreten, aber doch nur ihren individuellen Vorteil verfolgen. Diese Menschen ohne „rechtsfreundliche Haltung“ könnten ihren „individuelle[n] Nutzen“ durch „[...] kaum zu entdeckende Verbrechen gewaltig steigern“ (Jakobs 2017b: S. 242). Damit die Gefahren, die diese Menschen herbeiführen, eingedämmt werden, müsste ein Überwachungsstaat dem entgegenwirken (vgl. Jakobs 2017b: S. 242-243).

Nun ließe sich einwenden, Jakobs beschreibe in seinen Erläuterungen zur Schuld vorrangig die Aufgabe des Gesetzgebers und der Judikative. Die läge dann darin, nach rechtlichen Regeln gegen Brüche der Rechtsnormen vorzugehen, ohne individuelle Motive, also nach Jakobs kaum objektiv Erfahrbares, zu verwenden. Das würde den Vorteil mit sich bringen, dass die Justiz neutraler urteilt, als wenn sie auch individuelle Motive berücksichtigt. Da nach Jakobs aber die „Normanerkennung“ für die positive Generalprävention bedeutsam ist, kann er sich mit einer bloßen Darlegung effektiven Vorgehens von Gesetzgeber und Judikative nicht begnügen (Jakobs 1993: S. 25). Die Gefahr der Gesellschaft aus Teufeln ist auch eine

Gefahr für den Strafzweck der positiven Generalprävention, bei der es ja um eine positive Einstellung zu den Rechtsnormen geht.

Nach den Erläuterungen zur Schuld zeigt sich wieder einmal, dass die strikte Trennung von Person und Individuum zu Schwierigkeiten führt. Grundsätzlich kann bei Jakobs ein Gesellschaftsmitglied eine Norm und somit auch die Schuld eines Normbruchs nicht aus individuellen Motiven begreifen. Die Normen sind nach Jakobs nur aus der Rolle als Subjekt deutbar. Die Regeln sind nicht zur Erfüllung individueller Wünsche geeignet, sondern mit ihnen soll lediglich das Interagieren zwischen den Menschen geregelt und das Funktionieren der Gesellschaftsordnung ermöglicht werden. Ein Normverständnis ist nur aus der Sicht als Gesellschaftsmitglied möglich (vgl. Jakobs 2011: S. 66). Aus einer individuellen Perspektive kann ein Mensch keine „rechtsfreundliche Haltung“ einnehmen, wenn diese nur in der Rolle als Rechtsperson erfasst werden kann.

Am Ende der Ausführungen zum Thema Schuld sei noch einmal Jakobs' Konzept zusammengefasst. Schuld ist bei Jakobs aus rechtlicher Perspektive vor allem die Zurechnung von Verantwortlichkeit für Rechtsbrüche auf einzelne Rechtspersonen. Die Zurechnung erfolgt nach den Rechtsnormen, die innerhalb eines Staates und einer Gesellschaft gelten. Sie sind relativ zu dieser in einer bestimmten Zeit gültig. Veränderungen können sich vollziehen, betreffen aber in der Regel nicht die „normative Grundstruktur der Gesellschaft“ (Jakobs 2017c: S. 258). In der Regel werden eine oder mehrere Rechtspersonen als schuldig bestimmt, die Schuld zugerechnet. Wer diese Schuldigen sind, ist ebenfalls relativ zu einer Gesellschaft. Es kann auch zu Exkulpationen kommen, beispielsweise wenn Menschen zu Unmündigen erklärt werden.

Die Frage ist, ob das Konzept der Zurechnung von Schuld mit der Normanerkennung seitens der Rechtspersonen, die der positiven Generalprävention dienlich ist, verträglich ist. Einerseits sollen die Menschen in einer Gesellschaft bzw. in einem Staat die Normen und Rechtsnormen als die für ihre Gesellschaft relevanten anerkennen und nach diesen handeln. Andererseits wird Schuld als wichtiger Bestandteil der Rechtsnormativität nur von Institutionen legitimiert und beurteilt, die individuellen Motive sollen dabei keine Rolle spielen..

III. Strafe

Auch Strafe hat nach Jakobs vor allem eine gesellschaftliche Funktion. Sie hat ihre Bedeutung in der Normerhaltung der Gesellschaft. Ihrem Zweck nach dient sie der Sicherheit

und Ordnung in Staat und Gesellschaft. Strafe hat – wie auch in dem Abschnitt über die Generalprävention deutlich wurde – nicht die Funktion der Vergeltung zugefügten Übels. Laut Jakobs bestimmt der Gesetzgeber und die Judikative nach drei Kriterien das „soziale Gewicht einer Tat“ und somit das Strafmaß (Jakobs 2004b: S. 32). Zunächst ist das „Gewicht“ der Norm, die gebrochen wurde, wichtig, sowie die Art der Übertretung (Jakobs 2004b: S. 32). Entscheidend ist bei diesem Kriterium, wie bedeutsam eine Gesellschaft und staatliche Institutionen die Einhaltung einer Rechtsnorm für die Ordnung und deren Fortbestand halten. Ist sie eher nebensächlich oder eventuell sogar konstitutiv (mit sämtlichen Zwischenstufen). Dann spielt der „Stand der kognitiven Sicherung“ eine Rolle (Jakobs 2004b: S. 32). Umso sicherer sich staatliche Institutionen sind, dass Rechtsnormen eingehalten werden, umso mehr können sie auf hohe und abschreckende Strafen verzichten (vgl. Jakobs 2004b: S. 35).⁷⁶ Als drittes Kriterium nennt Jakobs die „Verantwortlichkeit des Täters“ (Jakobs 2004b: S. 32). Auffällig, aber konsequent im Zusammenhang mit seinem gesellschaftlich orientierten Ansatz ist, dass Jakobs keine individuellen Motivationen für die Bewertung einer Tat als strafrechtlich relevant zulässt. „[...] [O]b der Täter auf das Objekt geradezu versessen war [...], oder ob er es darauf nur beiläufig abgesehen hatte [...]“, spiele z.B. bei einem Schmuckdiebstahl keine Rolle (Jakobs 2004b: S. 32). Gründe, von Verantwortung abzusehen, können seelische Erkrankungen oder Notlagen sein. Wenn dennoch eine Straftat vorliegen soll, so liegt bei Jakobs die Schuld bei einer anderen Person oder anderen Personen, denn zu einer Straftat gehört ein Täter. „[...] [W]as nur möglich ist, wenn diese die an sie gerichteten Erwartungen nicht erfüllt haben“ (vgl. Jakobs 1976: S. 25). Wie bei der Schuldzuschreibung bedarf es, wenn eine Straftat vorliegen soll, immer eines Schuldigen (s. o.).

Der Sinn der Strafe besteht laut Jakobs aus zwei Funktionen, die die Strafe für die Rechtsordnung erfüllen soll. 1. Strafe ist ein Bestandteil jeder strafrechtlichen Rechtsnorm und 2. Strafe dient der Sicherheit und dem Sicherheitsgefühl der Bevölkerung, sowie der Stabilität der gesamten Rechtsordnung. Für ein bürgerliches Recht sind beide Funktionen wichtig. Für das Feindstrafrecht gilt die erste nicht. Zur Sicherheit der Bevölkerung und der Gesellschafts- und Rechtsordnung werden die Feinde gesichert und nicht bestraft (vgl. Jakobs 2004a: S. 90). Die beiden Funktionen erscheinen zunächst als mehr oder weniger selbstverständlich. Dass Strafe die Bevölkerung vor Straftaten schützen soll und dass

⁷⁶ Jakobs beruft sich bei diesem Argument auf Hegel und zitiert § 218 aus Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1952): Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse. – In: Hegel, Georg Wilhelm Friedrich (1952) (Hrsg. Hermann Glockner): Sämtliche Werke. Jubiläumsausgabe in 20 Bänden. Band 7. Stuttgart.

Strafgesetze auch Strafen beinhalten, sind Allgemeinplätze. Sie bekommen bei Jakobs aber eine spezielle Interpretation.

1. Strafe gehört zu jeder Strafrechtsnorm

Jede strafrechtliche Rechtsnorm hat nach Jakobs zwei Seiten. Sie soll erhalten bleiben und sie kann gebrochen werden. Wenn das Ziel der Einführung einer rechtlichen Ordnung eine Gesellschaft ohne Verbrechen ist, so ist dieses utopisch. Ein Ziel, das laut Jakobs der Rechtsgelehrte Paul Johann Anselm von Feuerbach als Sinn des Rechts anführe (vgl. Jakobs 2004b: S. 27 u. S. 39). Wenn vollständige Einhaltung sämtlicher Rechtsnormen die Funktion von Recht bestimmt, so wird keine Rechtsordnung je zur Wirklichkeit (vgl. Jakobs 2004b: S. 27-28). Außerdem würden nach Jakobs staatliche Institutionen zu einer kompletten Überwachung der Bevölkerung neigen, damit sie diesen Anspruch gerecht werden können (vgl. Jakobs 2004b: S. 27-28). Vielmehr gehört zur Darstellung und Umsetzung rechtlicher Normgeltung auch die Antwort des Gesetzgebers auf einen Gesetzesbruch.⁷⁷ Antworten auf Rechtsnormenbrüche sind Strafen und ein jeweils dazugehöriges Strafmaß.

Jakobs versteht Rechtsnormen zunächst als eine Art Sprache, eine Sprache in Gesetzen.⁷⁸ Eine Sprache, die etwas über die Normativität der jeweiligen Gesellschaft und die Taten, die Rechtsnormbrüche darstellen, aussagt. „Das Recht ist wirklich, wenn es die gesellschaftliche Kommunikation leitet [...]“ (Jakobs 2017c: S. 262). Die Strafe soll in dieser Sprache u. a. einen „[...] Widerspruch gegen die Tat [...] symbolisieren [...]“ (Jakobs 2017b: S. 237). Strafen sind Symbolisierungen in Bezug auf strafwürdige Taten, die einen Rechtsbruch darstellen. Zunächst erzeugt nach Jakobs der Täter mit einem Rechtsbruch einen

⁷⁷ Jakobs kontrastiert die Pflicht zur Einhaltung gegenüber der Freiheit, sich über Normativität hinwegzusetzen. „Andererseits ist es gerade der Witz einer normativen Ordnung, daß sie auch dann gilt, wenn Pflichten nicht erfüllt werden; normative Erwartungen werden auch kontrafaktisch durchgehalten, indem der Fehler des Normbrechers und nicht die Erwartung (S. K. Anspruch von Staat und Gesellschaft an die Rechtsperson) als Grund des Konflikts definiert wird. Solange ein Fehler als Fehler und nicht als Freiheit thematisiert wird, gilt die Ordnung“ (Jakobs 2017d: S. 278).

⁷⁸ Ergänzend muss man zu den wichtigen Komponenten Verbot und Strafe dieser Sprache noch die Veröffentlichung und Formulierung in Gesetzesform erwähnen. Diesen wichtigen Aspekt erkannte schon Hobbes. „Das staatliche Gesetz besteht für jeden Untertan in jenen Regeln, die ihm das Gemeinwesen durch Wort, Schrift oder andere hinreichende Zeichen des Willens befohlen hat, daß er davon zur Unterscheidung von Recht und Unrecht Gebrauch macht, das heißt zur Unterscheidung dessen, was der Regel zuwiderläuft und was nicht“ (Hobbes 1996: S. 224, im Original kursiv).

„Widerspruch zur wirklichen Gesellschaft“, der durch die Tat reklamiert: „Nicht diese Gesellschaft!“ (Jakobs 2017b: S. 236). Man muss meiner Ansicht nach hinzufügen, dass sich die Aussage nur auf einen kleinen Teil der gesamten Rechts- und Gesellschaftsnormativität bezieht (also eher: Nicht dieser Teil der gesellschaftlichen Normativität!). Dieser Aussage wird dann durch die der Rechtsnorm enthaltenen Strafe entgegnet. Eine Rechtsnorm drückt nicht nur das aus, was nicht geschehen soll, sondern auch was geschieht, wenn das Verbot, das sie ausdrückt, nicht befolgt wird. Sie ist also ein „kommunikativer Akt“, der die Androhung von Strafe mit beinhaltet (Jakobs 2017b: S. 237). Die Orientierung, die Gesetze geben sollen, sind nicht nur Vorgaben an den Bürger, was er tun und nicht tun soll, sondern auch an die Bevölkerung, was geschieht, wenn sie Rechtsnormen nicht einhalten. So gehört zur „Normgeltung“ neben der Normbefolgung auch die Bestrafung für diejenigen, die nicht rechtsnormkonform handeln. Jakobs konstatiert:

Die verbreitete Redeweise, der Verbrecher verletzte durch sein Verhalten die Normgeltung, ist also zumindest sehr mißverständlich: Wird seine Tat als Verbrechen behandelt, so beweist das die unveränderliche Geltung der Norm [...]. (Jakobs 2004b: S. 28)

Inwiefern die rechtlich festgelegte Normativität trotz Normbrüchen weiterhin bestehen kann, wird nun näher erläutert. Wie bereits erwähnt, stellt ein Rechtsbrecher nach Jakobs eine Behauptung auf. Diese Behauptung lautet: „[...] die Norm binde ihn nicht [...]“ (Jakobs 2004b: S. 30). Die Behauptung zeigt sich eher in seiner Tat als in einem ausgesprochenen Satz. Staatliche Institutionen können solche Rechtsbrüche ignorieren – wie das Beispiel mit den „Krawalldemonstrationen“ zeigt (Jakobs 1982: S. 73; vgl. Kapitel 2 C. I.). Die große Anzahl der Rechtsbrecher bei einer solchen Demonstration verhindert die Ahndung jeder einzelnen Tat. In diesen Fällen wird die Rechtsordnung nicht verwirklicht und die Normgeltung „erodiert“ (Jakobs 2004b: S. 28). Um einer Erodierung entgegenzuwirken, gibt es die Strafe. Jede Strafe „sagt“ der Bevölkerung, was nicht getan werden darf, was gesellschaftlich und rechtlich nicht akzeptiert wird. Sie ist ein „[...] Orientierungsmuster [...] zur Vermeidung von Unrecht oder aber zur Reaktion auf Unrecht“ (Jakobs 2004b: S. 28). Die Bedeutung der Strafe im Kontext der Normgeltung ist dann, dass ein Verbrechen als ein solches „bezeichnet und behandelt“ wird (Jakobs 2004b: S. 28).

Die Strafe hat zwei Gruppen, die angesprochen werden. Zunächst die rechtstreuen Bürger, die im Strafen erkennen können, dass die Rechtsnormen gelten und Strafe ein Verbrechen als einen Bruch ausgrenzt. Bei dieser Gruppe besteht kein Grund, sie zu bestrafen, eher ein Grund sie für ihre Rechtstreue zu belohnen. Meiner Meinung nach müsste im Grunde ein straffreies

Handeln als Pendant zur Strafe belohnt werden. Das würde im Sinne der positiven Generalprävention sein. Die zweite Gruppe besteht aus den Rechtsbrechern. Ein Rechtsbruch kann nicht befürwortet werden, er muss als etwas Schlechtes verstanden werden und die Tat muss gesellschaftlich geächtet werden. Das geschieht durch die Strafe. „Strafe ist [...] als Marginalisierung der Tat [...] und damit als Feststellung zu verstehen, der Normbestand der Gesellschaft sei unverändert; die Strafe ist Bestätigung der Identität der Gesellschaft [...]“ (Jakobs 2000: S. 49). Jakobs bezeichnet diese Bedeutung der Strafe als deren „offene Funktion“ (Jakobs 2000: S. 50). Die Rechtspersonen sollen wissen, dass solche Taten nicht in den Rechtsrahmen passen, nicht zum „Normbestand der Gesellschaft“ gehören (Jakobs 2000: S. 49). Ziel ist, die Einhaltung von Gesetzen zur Regel zu machen. Die Bürger sollen strafbares Verhalten nicht mehr für ihre Entscheidungen in Betracht ziehen.⁷⁹ Damit ist Jakobs' Anspruch, einen Beitrag zur positiven Generalprävention zu leisten, gewahrt.⁸⁰ Diese

⁷⁹Hans-Ullrich Paeffgen vertrete laut Morguet die Meinung, dass Jakobs' Konzeption von Strafe als eine Antwort auf Schuld und Wiederherstellung der Normgeltung, eine Veränderung in seinem Denken sei. Der Schwerpunkt verlagere sich von der positiven Generalprävention zum absoluten Strafrecht hin (vgl. Morguet 2009: S. 25). Jakobs befürworte also ein Strafrecht, das ausschließlich dem Schuldausgleich dient und keinerlei gesellschaftliche Relevanz hat. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Weder aus dem bisher Dargestellten noch generell aus Jakobs' Theorien, nach denen immer die gesellschaftliche Funktion des Rechts entscheidend ist, kann eine solche Position folgen. Morguet führt mit Verweis auf Heiko Lesch an, die Bestätigung der Norm durch die Strafe würde bei Jakobs keine „Verbrechensverhütung als präventiven Zweck“ erfüllen, sondern sei eine „[...] funktionale Vergeltungstheorie, nach der durch Kommunikation das Recht wieder hergestellt wird“ (Morguet 2009: S. 26). Für Jakobs sind die Spezialprävention und die negative Generalprävention tatsächlich nicht entscheidend. Die Bestrafung als Kommunikationsmittel dient zur Vermittlung, dass eine Tat nicht der gesellschaftlichen Normbestätigung dient. „Es geht nicht darum [S. K.: aus gesellschaftlicher Perspektive], den Normbrecher von weiteren Taten abzuhalten – diese haben noch keinen Schaden hervorgerufen –, noch anderen Personen ihre ohnehin bestehenden Neigungen zu Normbrüchen auszutreiben, vielmehr soll allein der geschehene Normbruch als nach *allgemeinem* Verständnis missglücktes Unternehmen dargestellt werden: Die kognitive Stabilität der Norm soll erhalten bleiben [...]“ (Jakobs 2011: S: 114-115, kursiv im Original). Etwas früher im gleichen Text heißt es im Sinne der positiven Generalprävention: „Erst der den Widerspruch begleitende Schmerz begründet das Vertrauen, auch an sich Befolgungsunlustige würden sich wohl normgemäß verhalten“ (Jakobs 2011: S: 113). Die Schlussfolgerung, dass sich Jakobs – Morguet bezieht sich auch auf *Norm, Person, Gesellschaft*, allerdings eine ältere Ausgabe – von der positiven Generalprävention „entfernt“, muss also widersprochen werden (vgl. Morguet 2009: S. 26). Morguet bezieht sich auf Paeffgen, Hans-Ullrich (2005): Rn, 217 vor § 32-45 – In: Kindhäuser, Urs, Ulfried Neumann und Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.) (2005): Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. Baden Baden und Lesch, Heiko (1994): Zur Einführung in das Strafrecht: Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafsens. – In: Juristische Arbeitsblätter (JA) Jahrgang 1997. München, S. 510 ff. und 590ff.

⁸⁰ Die Konzeption dient aber dennoch auch der negativen Generalprävention, da potentielle Täter durch die Strafe abgeschreckt werden sollen. Nach Jakobs ist diese Form der Prävention aber nicht das Ziel, sondern eher

Prävention bezeichnet Jakobs als „latente Funktion“ (Jakobs 2000: S. 50). Die Bürger sollen in eine rechtskonforme Richtung gelenkt werden.

Die [...] erfolgende Marginalisierung der Tat und Bestätigung der gesellschaftlichen Gestalt scheidet delinquente Verhaltensweisen aus dem Repertoire der [...] nahegelegten oder gar empfohlenen Verhaltensweisen aus, mit anderen Worten, über die Möglichkeit deliktischen Vorgehens wird bei der üblichen Planung nicht erst nachgedacht. Dies ist die sogenannte positive Generalprävention als latente Straffunktion. (Jakobs 2000: S. 50)

Recht ist auf dieser „sprachlichen Ebene“ zunächst noch keine reale Umsetzung der geforderten Strafen. Für eine Verwirklichung bedarf es eines „Strafschmerz[es]“ (Jakobs 2000: S. 50; Jakobs 2017b: S. 237; Jakobs 2004b: S. 26. u. 30). Soll eine Rechtsordnung Bestand haben, so muss, neben der Festlegung und Verkündung von Gesetzen und Urteilen, auch für deren Umsetzung gesorgt werden. Dazu gehört die Bestrafung als realer Akt. Laut Jakobs wäre auch bei Feuerbach „der Strafschmerz als *Faktum*“ ein „Lenkungsmittel oder Äquivalent“ zur „bösen Tat“ (Jakobs 2004b: S. 26, kursiv im Original). Dem Täter und der Bevölkerung soll anhand des Umgangs mit der Straftat gezeigt werden, dass diese Tat gegen gesellschaftliche Normen verstößt und innerhalb der Gesellschaft nicht akzeptiert wird. In Jakobs' Terminologie: Der Täter „[...] ist Träger der Bedeutung, an die Tat sei nicht anzuschließen“ (Jakobs 2000: S. 50). Neben dem Schuldspruch als „Behauptung“ der Inakzeptanz des Normbruchs ist also auch die „Objektivierung“, die Vollstreckung, wichtig (Jakobs 2000: S. 50). Die Vollstreckung der Strafe zeigt auch physisch, nicht nur in sprachlicher Form, dass ein Normbruch nicht geduldet wird. Als Kontrapunkt zum symbolischen, kommunikativen Charakter der Rechtsnorm, manifestiert in Gesetzesbüchern und Urteilen, bezeichnet Jakobs die Umsetzung von Strafe auch als „stumme Seite“ (Jakobs 2017b: S. 237, kursiv im Original). Sie wird – wie bereits erwähnt – von Jakobs als „Strafschmerz“ bezeichnet (Jakobs 2000: S. 50; Jakobs 2017b: S. 237; Jakobs 2004b: S. 26. u. 30). Der Ausdruck „stumme Seite“ ist etwas missverständlich. Die Bestrafung ist auch eine Form von Kommunikation, insofern sie anderen potentiellen Tätern die Gefahr der Bestrafung plastisch vor Augen führt. Wenn man allerdings den Ausdruck „Sprache“ wörtlich nimmt, ist beispielsweise eine Haft nichts, was mit dem Urteilsspruch oder durch Gesetzestexte als Geschriebenes und Gesprochenes hinreichend erfasst ist, sondern nur in Form eines realen Lebens im Gefängnis tatsächlich Verwirklichtes.

eine beiläufige Nebenwirkung. Von „[...] ihr [ist] nicht direkt die Rede [...], sondern von ihrem Effekt, Normtreue zu bewirken [...]“ (Jakobs 2004b: S. 32).

Zur Bestrafung gehört das Strafmaß, also die Höhe der Strafe. Dieses ergibt sich aus der Verantwortung des Täters für seine Tat und dem gesellschaftlichen Selbstverständnis und Wertvorstellungen, die vom Gesetzgeber und von der Judikative eine Rechtsform erhalten. Zunächst erscheint es ungewöhnlich, dass in Jakobs' Konzeption Verantwortung auftaucht, weil eine subjektive, persönliche Verantwortlichkeit einschließende Sichtweise in seinen Vorstellungen in der Regel nicht berücksichtigt wird. Für eine strafrechtliche Beurteilung spielt sie keine Rolle. Verantwortung ist aber nach Jakobs nicht aus der Sicht des Täters zu verstehen. Es geht nicht um die Behauptung: „Ich bin verantwortlich.“ Es geht eher um die Behauptung: „Der Täter hat Verantwortung.“ Ob er Verantwortung hat, bestimmt die Judikative durch Schuldzuschreibung. Diese erfolgt nach den Vorgaben der Gesellschaft und der staatlichen Institutionen (s. o.). Dennoch ist bei einer Zuschreibung von Verantwortung die eigene Verantwortung nicht belanglos und das Strafmaß auch von dieser Verantwortung abhängig. Eine Bestrafung nur unter der Berücksichtigung gesellschaftlicher Bedürfnisse lehnt Jakobs ab, eine Verantwortung muss dem Täter zugeschrieben werden können.

Die Strafe beseitigt nur diejenige Gefährdung der Normgeltung, die der Verbrecher durch seine Tat zurechenbar geschaffen, die er verschuldet hat. Seine Verantwortlichkeit für die Gefährdung der Normgeltung ist die Legitimation, ihm den Strafschmerz zuzufügen [...]. (Jakobs 2004b: S. 32)

Das ist ein Grund, warum Jakobs die Spezialprävention ablehnt. Das Strafmaß darf sich nur auf das konkrete Vergehen des Täters beziehen und nicht auf mögliche Taten anderer potentieller Straftäter oder auf weitere mögliche Straftaten des Täters selbst (vgl. Jakobs 2017b: S. 238). „Es handelt sich ansonsten um die Bestrafung *anlässlich* der Schuld des Täters für etwas, an dem er keine Schuld trägt, also um die Bestrafung eines insoweit Unschuldigen“ (Jakobs 2004b: S. 36, kursiv im Original). Die Umsetzung der Rechtsordnung durch die Bestrafung nach der Tat und nicht ein Exempel am Straftäter sorgt für die Stabilisierung der Rechtsnormativität. „[...] [D]er Verbrecher darf nicht dazu eingesetzt werden, die Gesellschaft zu verbessern [...]“ (Jakobs 2017b: S. 238). Somit setzt Jakobs bei dieser Argumentation auf das Tatprinzip, nach dem nach Taten verurteilt wird und nicht nach den Gesinnungen. Die gesellschaftlichen Umstände, die ein Strafmaß bestimmen, verändern sich im Laufe der Zeit (vgl. Jakobs 2017b: S. 238-239). Jakobs nennt als Beispiel den Umgang mit der Abtreibung. Die strafrechtliche Behandlung der Abtreibung würde vom „schweren Verbrechen“ zum „Bagatelldelikt“ bis hin zur Straffreiheit verlaufen (Jakobs 2004b: S. 35).

Der Weg von der Formulierung von Gesetzen bis zum einzelnen Schuldspruch kann als die theoretische Seite des Rechts angesehen werden. Neben dieser gibt es die Strafvollstreckung.

Sie kann als die praxisorientierte Seite bezeichnet werden. Diese Seite ist nicht nur deshalb „Praxis“, weil das sprachlich formulierte Urteil für den Täter eine reale Veränderung in seinem Leben bewirkt, sondern auch zeigt, dass die Idee der Strafe tatsächlich reale Konsequenzen hat. Es geht also um die real umgesetzte Antwort auf die Missachtung der Verbote. Es geht um die tatsächliche Bestrafung der Täter.

Diese beiden Aspekte, vor allem der praktische, ermöglichen laut Jakobs die Funktion der „Erwartensicherheit“ (Jakobs 2006a: S. 291). Jakobs formuliert seine Gedanken folgendermaßen: „Wirkliche Staaten und wirkliches Recht finden [...] im Ablauf der Gesellschaft auch wirklich, nicht nur gedanklich statt“ (Jakobs 2006a: S. 291). Der Täter bemerkt durch die Bestrafung seine Fehlthat und passt sein Verhalten wieder an den Rechtsrahmen an. Wenn er so denkt und handelt, bleibt er innerhalb der normativen Vorgaben: Rechtstreue und Marginalisierung eines Rechtsbruchs. Er und seine Mitbürger betrachten sein Verhalten als „mißglücktes Unternehmen“ (Jakobs 2004b: S. 30). Er bleibt eine Rechtsperson. Eine Rechtsperson ist also ein Mensch, der die Rechtsnormen einhält oder, wenn er sie bricht, die Schuldzuschreibung und Strafe als gerechtfertigt betrachtet.

2. Strafe dient der Sicherheit der Bevölkerung

Ein weiterer Aspekt der „Rechtspraxis“ ist das Gefühl und die Tatsache der Sicherheit für die Bevölkerung.⁸¹ Diese muss nicht nur wissen, was Recht ist, sondern sich auch darauf verlassen können, dass die rechtlichen Verbote zumindest im Großen und Ganzen eingehalten werden. Das führt zur angesprochenen „Erwartensicherheit“. Jakobs nennt diese Sicherheit die „kognitive Untermauerung“ der Rechtsnormen (Jakobs 2004b: S. 41).⁸² Ein Spaziergänger muss in einem Park nicht nur wissen, dass es keinen Überfall geben darf, dass Überfälle verboten sind, sondern er muss auch davon ausgehen können, dass ein solcher mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht geschieht (vgl. Jakobs 2004a: S. 91).⁸³ Damit diese Sicherheit erreicht wird, sind staatliche Institutionen wie die Justiz gefordert, nicht nur Rechtsnormen zu

⁸¹ Das Gefühl der Sicherheit kann von einer tatsächlichen unterschieden werden. Wenn jemand in Blankenese spazieren geht, kann er unberechtigterweise ein Gefühl von Sicherheit haben. Es könnte sich in der Nähe eine berüchtigte Jugendgang aufhalten. Wenn er sich im Wohnzimmer im 3. Stock befindet, so ist er vor den Gefahren des Straßenverkehrs sicher, unabhängig, ob er sich sicher fühlt. Zur Kritik der gefühlten Sicherheit als Rechtsgut vgl. Amelung 2003: S. 171-173.

⁸² Weitere Textstellen, in denen der Ausdruck verwendet wird sind: Jakobs 2000: S. 51; Jakobs 2004b: S. 41 u. S. 47; Jakobs 2004a: S. 91; Jakobs 2006a: S. 289, S. 291, S. 292, S. 295; Jakobs 2011: S. 52 u. S. 80; Jakobs 2017c: S. 261, S. 262 und S. 263. Die Aufzählung erhebt nicht den Anspruch auf Vollständigkeit.

postulieren, sondern diese auch durchzusetzen. Das geschieht, wie schon besprochen, u. a. durch die Strafe und Strafverfolgung. „Der Schmerz dient der *kognitiven* Sicherung der Normgeltung [...]“ (Jakobs 2004b: S. 29, kursiv im Original). Neben der Justiz sorgen sicherlich auch Polizei, Grenzschutz sowie weitere staatliche Einrichtungen für die Sicherheit. Es bedarf aber nicht nur einer „wirksamen Verfassung“ und darüber hinaus einer real umgesetzten Rechtsordnung (Jakobs 2004b: S. 41). Die Aufgabe der Durchsetzung der Rechtsnormen hat nach Jakobs nicht nur der Staat, sondern sie hat auch jede Rechtsperson. Sie muss eine Art Gelübde, ein „Versprechen“ auf die Einhaltung der Gesetze geben, das sei ihre „*Bringschuld*“, wie Jakobs den Einsatz des Bürgers nennt (Jakobs 2006a: S. 293, kursiv im Original). Die Rechtsperson soll also nicht nur fordern, dass Recht Wirklichkeit wird, sondern auch selber das Recht umsetzen, indem sie Rechtsnormen befolgt. Damit eine Rechtsordnung kein Papiertiger bleibt, sind laut Jakobs sowohl staatliche Institutionen als auch die Rechtspersonen zur aktiven Umsetzung verpflichtet, Darauf wird noch intensiv eingegangen (vgl. Kapitel 5 A. u. C.).

Ein kurzes Resümee zu Jakobs' Strafverständnis fasst die Erörterung noch einmal zusammen. Auch bezüglich Schuld und Strafe ist bei Jakobs die gesellschaftliche Perspektive entscheidend. Sinn der Bestrafung ist vorrangig die Erhaltung der gesellschaftlichen und rechtlichen Ordnung eines Staates und nicht die Vergeltung einer geschehenen Straftat. Der Gesetzgeber und die Judikative bestimmen sowohl Schuld als auch Strafe über Zuschreibungen. Ausschlaggebend für die Gesetzgebung sind normative Einstellungen, die in der Gesellschaft vorherrschen und den jeweiligen Zeitgeist beherrschen. Diese fließen dann in Gesetzgebung und Urteilsfindung ein. Nicht entscheidend sind die normativen Vorstellungen und die persönlichen Befindlichkeiten des Täters, und von geringer Bedeutung sind die biographischen Ursachen, die eine Tat aus persönlicher Sicht erklären. Diese spielen nur dann eine Rolle, wenn sie auch im Rahmen einer Deutung aus gesellschaftlicher und juristischer Perspektive von Belang sind. Das letzte Wort haben Gesetzgeber und Judikative.

Zu einer Strafrechtsnorm gehört neben dem Verbot oder Gebot, das sie wiedergibt, auch eine Strafe, die bei einem Verstoß der Norm fällig wird. Das Postulat, dass eine Strafe zur Strafrechtsnorm gehört, muss eine reale Form bekommen, damit die Rechtsnorm ihre Funktion, die Erhaltung der gesellschaftlichen und rechtlichen Ordnung, erfüllen kann. Diese Umsetzung ist die Vollstreckung der Strafe mit einem Strafmaß. Ziel ist es, neben der

⁸³ An anderer Stelle: schreibt Jakobs: „Krass, wer weiß, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit beraubt, verletzt oder gar getötet werden wird, kann in der Gesellschaft sein Wohl nicht finden, auch wenn feststeht, dass die Taten gegen ihn nicht sein dürfen und als Unrecht behandelt werden“ (Jakobs 2017d: S. 278).

Erhaltung der Ordnung, der Bevölkerung ein Gefühl von Sicherheit und tatsächliche Sicherheit beim Zusammenleben im Staat zu bieten. Im Zuge dieser Sicherheit soll die Rechtsperson nicht nur die Einhaltung der Rechtsnormen von seinen Mitmenschen und die Durchsetzung durch staatliche Institutionen fordern, sondern er selbst muss sich verpflichtet fühlen, die Rechtsnormen einzuhalten. Diese aktive Rolle der Rechtsperson nennt Jakobs seine „Bringschuld“.

IV. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich über Jakobs' Auffassung zur Aufgabe des Strafrechtes folgendes feststellen: Grundsätzlich ist der Zweck des Strafrechtes die Normativität einer Gesellschaft, nach der Personen ungehindert agieren können, zu stärken und zu erhalten. Die Personen müssen Vertrauen in die Ordnung haben, damit sie nicht als egoistische Individuen, sondern als Personen, Menschen der Gesellschaft, handeln wollen und können. Auf Normbrüche – Störungen dieser gesellschaftlichen Ordnung – muss eine Gesellschaft reagieren, damit dieses Vertrauen erhalten bleibt. Das Ziel des Strafrechtes in diesem Kontext ist, hier eine Reaktion zu liefern. Das ist die Bestrafung. Es geht nicht vorrangig darum, einzelne Täter zu bestrafen. Zweck des Strafrechtes ist die positive Generalprävention.

Für Jakobs' Strafrechtskonzeption ist – wie bereits besprochen – in erster Linie eine gesellschaftliche Perspektive auf das Strafrecht vorherrschend. Dabei beruft er sich auf die Systemtheorie, vor allem die von Niklas Luhmann. Die Einführung einer Gesellschafts- und Rechtsordnung erklärt Jakobs anhand eines Modells, ebenfalls aus einer gesellschaftlichen Perspektive. Zunächst gibt es einzelne Individuen, die nur nach dem Lust- und Unlustprinzip leben. Eine Autorität führt für eine Menschengruppe Regeln ein, die für alle verbindlich sind. Die Menschen, die sich dann an dieser Normativität orientieren, heißen aus einer Außenperspektive „Personen“ und sie fühlen sich selbst als Subjekte. Eine analoge Konstruktion kann man für die Einführung einer Rechtsordnung entwickeln. Die Akteure heißen dann „Rechtsperson“ bzw. „Rechtssubjekte“. Diese Begriffe gebraucht Jakobs selbst nicht. Die Autorität besteht dann aus den staatlichen Institutionen, die das Recht einführen und durchsetzen.

Entsprechen Menschen nicht der Rolle der Person bzw. Rechtsperson, so sind sie Nicht-Personen bzw. Nicht-Rechtspersonen. Zu ihnen gehören Schuldunfähige und Fremde, also Menschen, die aus einem anderen Kulturkreis kommen und nicht als Personen bzw.

Rechtspersonen auftreten. Es kann auch vorkommen, dass staatliche Institutionen in einer Notsituation Menschen den Status aberkennen, auch wenn sie als Rechtspersonen auftreten. Was der Status der Nicht-Person für Fremde in Bezug auf Rechte und Pflichten bedeutet, darüber informiert Jakobs seine Leser nicht. Schuldunfähige bezeichnet er in *System der strafrechtlichen Zurechnung* als Personen (vgl. Jakobs 2012a: S. 63). Die Zurechnung zum Kreis der Personen ist insofern inkonsequent, weil Schuldunfähige nicht die von Jakobs eingeführten Bedingungen der Normbefolgung umsetzen können.

Auch Schuld und Strafe werden bei Jakobs aus einer Außenperspektive dargestellt. Diese Außenperspektive ergibt sich aus der landesüblichen Rechtsordnung. So ist Schuld nach Jakobs im strafrechtlichen Verständnis nicht etwas, was ein Mensch empfindet oder empfinden sollte, sondern etwas, was ihm institutionell von Gesetzgeber und Judikative auf der Grundlage der Rechtsordnung zugeschrieben wird. Die Strafe ist die strafrechtliche Reaktion auf diese Zuschreibung. Neben dem Urteil gehört zur Strafe auch die Vollstreckung durch beispielsweise Haft. Der Zweck der Strafe ist die Stabilisierung der Rechts- und Gesellschaftsordnung. Die Strafe dient also der positiven Generalprävention. Die Rolle der Rechtsperson besteht darin, die Rechtsordnung aktiv umzusetzen. Diese Rolle setzt sich aus zwei Aspekten zusammen: aus der Einhaltung der Rechtsnormen und, falls eine Rechtsperson doch eine Rechtsnorm bricht, aus der Akzeptanz und Anerkennung der Strafe durch die Rechtsperson. Sie kann und muss aber auch von den anderen Menschen der Gesellschaft die Einhaltung der Rechtsnormen erwarten können. Jeder hat eine „Bringschuld“ zu erfüllen (Jakobs 2006: S. 293).

Kapitel 3

Feinde nach dem Feindstrafrecht

A. Feinde der Rechtsgemeinschaft

Im letzten Kapitel wurde Jakobs' Gesellschafts-, Strafrechts- und Personkonzeption vorgestellt. Es stellte sich heraus, dass Jakobs Menschen vor allem hinsichtlich ihrer Funktion für die Gesellschaft betrachtet. Neben der Gesellschaftsnormativität, also den Regeln für das Zusammenleben in der Gesellschaft, hat nach Jakobs auch das Strafrecht als System von Normen vor allem die Funktion der Regulierung des Zusammenlebens von Menschen. Im Fall des Strafrechts oder generell des Rechts steht eine funktionierende Rechtsgemeinschaft im Vordergrund.

Die Rolle des normkonform Agierenden in Bezug auf Gesellschaftsnormativität, die ein Mensch aus der gesellschaftlich orientierten Perspektive einnimmt, nennt Jakobs „Person“. Betrachtet man die Rolle, die ein Mensch in Bezug auf die Rechtsgemeinschaft einnimmt, so nenne ich diese „Rechtsperson“. Der Begriff entspricht dem der Person, allerdings bezieht sich die mit ihm erfasste Rolle nur auf die Einhaltung der Rechtsnormativität und nicht auf die gesamte Normativität, die eine Gesellschaft prägt. Diese Rolle, und nicht die des Gesellschaftsmitglieds allgemein, wird von Strafrechtler Jakobs überwiegend in seinen Schriften behandelt. Der Ausdruck „Rechtsperson“ entspricht also Jakobs' Verwendung von „Person“ oder „Person im Recht“ im Kontext des Strafrechts und generell des Rechts.

Es stellte sich in den Ausführungen des letzten Kapitels heraus, dass der Status als Rechtsperson eng mit den Anforderungen verbunden ist, die Jakobs an einen Menschen in Bezug auf das Recht stellt. Der Einzelne soll die Rechtsnormen aktiv befolgen, das sei seine „Bringschuld“ (Jakobs 2006a: S. 293 u. S. 294). Die Einhaltung der Rechtsnormen wird von staatlichen Institutionen und den Mitmenschen erwartet. Verhält der Einzelne sich so wie gefordert, so dient sein Agieren der „kognitiven Untermauerung“, dem Vertrauen in die Gültigkeit der Rechtsnormativität (Jakobs 2004b: S. 41).⁸⁴ Sollte er dennoch eine Rechtsnorm verletzen, so hat er nach Jakobs die Konsequenz der Bestrafung nicht nur zu tragen, sondern auch zu akzeptieren. Das bedeutet, der Rechtsbrecher muss die Akzeptanz des Strafrechts für

⁸⁴ Weitere Textstellen, in denen der Ausdruck verwendet wird, sind: Jakobs 2000: S. 51; Jakobs 2004b: S. 41 u. S. 47; Jakobs 2004a: S. 91; Jakobs 2006a: S. 289, S. 291, S. 292, S. 295; Jakobs 2011: S. 52 u. S. 80; Jakobs 2017c: S. 261, S. 262 und S. 263. Die Aufzählung erhebt nicht den Anspruch auf Vollständigkeit.

seine Mitmenschen sichtbar darstellen. Der Rechtsbrecher zeigt seine Schuld, indem er beispielsweise eine Geldbuße bezahlt. Akzeptanz heißt dann, dass eine Rechtsperson befürwortet, dass die Anerkennung des Strafrechts in der Regel die Einhaltung der Norm bedeutet und als Ausnahme bei einer Rechtsnormverletzung eine Strafe verlangt und umgesetzt wird (vgl. Jakobs 2004b: S. 28). Der Zweck des Strafrechts ist nach Jakobs, die Erhaltung der Gesellschafts- und Rechtsnormativität und das Vertrauen in diese Ordnungen zu fördern (vgl. Jakobs 2000: S. 49-51). Der Strafrechtswitz ist also die positive Generalprävention (vgl. Jakobs 2000: S. 50, vgl. Jakobs 2004b: S. 31).

Nun sind Menschen aber nicht perfekte Rechtspersonen. So wird es Menschen geben, die das eine oder andere Gesetz als falsch empfinden oder nicht jede Strafe akzeptieren. Würden sämtliche dieser Menschen nicht als Rechtspersonen anerkannt, so würden nur noch wenige Menschen Rechtspersonen sein. Die perfekte Rechtsperson ist ein Ideal. Der Gesetzgeber und die Judikative müssen also – insofern sie Jakobs' Konzept folgen – eine Grenze zwischen Rechtsperson und Nicht-Rechtsperson ziehen. Dieser Aspekt wird von Jakobs weitestgehend vernachlässigt (vgl. Uwer 2006: S. 45). Diese Gruppen entscheiden dann, wer die Pflichten nicht im angemessenen Maß erfüllt oder erfüllen kann und dann nicht als Rechtsperson gilt. Wenn man Jakobs' Konzeption folgt, dann müssten zu dieser Gruppe Schuldunfähige, manche Menschen aus anderen Kulturkreisen und Menschen mit Einstellungen, die von der Gesellschafts- und Rechtsnormativität deutlich abweichen, zählen (vgl. Kapitel 2 B. V. 1. u. 2.). Weiterhin besteht die Möglichkeit, dass Institutionen Rechtspersonen ihrer Rechte berauben und sie so zu Nicht-Rechtspersonen erklären. Das kann in Notsituationen geschehen (vgl. Kapitel 2 B. V. 3.).

Nun gibt es Menschen, die bewusst die Rechtsordnung mit ihrem Verhalten stören. Das bedeutet, ihr Verhalten könnte die Umsetzung der Rechtsordnung in einem Staat gefährden. Geschieht dies im größeren Maße, so kann laut Jakobs auch in diesem Fall der Gesetzgeber und die Judikative Menschen zu Nicht-Rechtspersonen erklären. Dabei bestimmen diese Institutionen, was „im größeren Maße“ konkret bedeuten soll. Die Nicht-Rechtspersonen werden dann als Feinde bekämpft, damit sie nicht mehr die Rechtsordnung stören. Die Behandlung der Feinde wird laut Jakobs in einem Sonderrecht, dem Feindstrafrecht, rechtlich erfasst. Da das Strafen auf der Grundlage des Strafrechts erfolgt und Rechtspersonen vorbehalten ist, werden die Feinde nicht bestraft, sondern aus der Öffentlichkeit entfernt. Eine der möglichen Maßnahmen ist die Sicherungsverwahrung (vgl. Jakobs 2006a: S. 296). Sie werden auf der Grundlage des rechtlichen Rahmens des Feindstrafrechts so lange festgehalten, bis sie ihre Rechtspflichten anerkennen und als Rechtsperson agieren. Wenn die

feindstrafrechtliche Behandlung also nicht mehr begründet ist, können sie als Rechtspersonen wieder in die Gesellschaft integriert werden. Die Behandlung als Feind nach dem Feindstrafrecht erörtere ich in diesem Kapitel. Deutlich soll werden, dass die Legitimierung des Feindstrafrechts eng mit Jakobs' Konzeption von Strafe und Person verknüpft ist.

I. Rechtspersonen und Feinde

Dass auch beim Rechtsbruch die Rechts- und Gesellschaftsordnung erhalten bleibt, erklärt Jakobs auf zweierlei Weise. Zunächst sei die im letzten Kapitel erwähnte Begründung noch einmal wiederholt (vgl. Kapitel 2 C. III.). Ein Straftäter und darüber hinaus die Mitglieder der Rechtsgemeinschaft begreifen durch den „Strafschmerz“, die der Täter erfährt, dass ein Rechtsbruch ein „missglücktes Unternehmen“ ist und halten in Zukunft die Gesetze ein (Jakobs 2004b: S. 30). So lautet die Erwartung an die Rechtsperson. Damit die Behauptung nicht ein bloßer Wunsch bleibt, muss das Strafmaß eine angemessene Höhe haben, die Tätern und Mitmenschen aufzeigt, dass die Einhaltung des Rechts von staatlichen Institutionen ernst genommen wird (vgl. Jakobs 2004b: S. 30). Das Strafmaß ist eine Antwort auf die Tat und dient nicht der negativen Generalprävention (vgl. Jakobs 2004b: S. 32).

Eine zweite Begründung stellt Jakobs in seinem Aufsatz *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht* dar. Jakobs nimmt an, der Straftäter verübt zwar eine Straftat, verhält sich aber ansonsten konform der Rechtsordnung. Jakobs erklärt seine Position anhand eines Beispiels. Ein Mann erschlägt seinen Erbonkel (vgl. Jakobs 2004a: 91). Abgesehen von der Tat hält sich der Neffe an die Gesetze und vertraut bei seiner zukünftigen Planung auf die Rechts- und Gesellschaftsordnung. Da er auf das Eigentumsrecht und Erbrecht setzt, handelt er abgesehen von der Tat im Rahmen der besagten Ordnungen (vgl. Jakobs 2004a: S. 91). Jakobs folgert: „An einem solchen Fall geht kein Staat zugrunde“ (Jakobs 2004a: 91). Vorausgesetzt, es bleibt bei diesem einen Mord, bleibt die Tat, verbunden mit der Umsetzung einer Strafe, ein für die Rechts- und Gesellschaftsordnung „reparierbarer Ausrutscher“ (Jakobs 2004a: S. 91). Diesen Befund kann man generell als einen Zweck von Strafe konstatieren. Wenn der Täter aufgrund der Strafe, die laut Jakobs Teil jeder Rechtsnorm ist, die Ver- und Gebote der Rechtsordnung in Zukunft einhält, haben er und auch die Rechtsnorm ihre Schuldigkeit getan. Er hat seine Tat durch seine Bestrafung in Jakobs' Worten „marginalisiert“ und auch die Rechtsnorm hat ihren Zweck erfüllt, indem die Tat

aufgrund ihrer Umsetzung real „marginalisiert“ wird (vgl. Jakobs 2000: S. 49).⁸⁵ Die Tat wird als Straftat gewertet, wird nicht mehr begangen und spielt für den Täter als auch für die Mitbürger als Handlungsoption keine Rolle mehr. Der Täter hat sich in einem solchen Fall, entsprechend der Theorie von Jakobs, konform der jeweiligen landesüblichen Rechtsordnung als Mitglied des Rechtsstaates verhalten.

Was ist aber, wenn ein Täter eine Rechtsnorm immer wieder bricht? Wenn sich ein Mensch aufführt wie Louis aus dem Klassiker *Adel verpflichtet*, der sämtliche Erben einer Adelsdynastie – außer natürlich sich selbst – ermordet. Oder wenn Menschen sogar behaupten, die gesamte Rechtsordnung sei abzulehnen, und sich verhalten, als wären sie in einem rechtsfreien Raum. In diesen Fällen funktioniert laut Jakobs das Zusammenspiel von Rechtsnorm, Strafe und Strafmaß nicht mehr.

Jakobs befindet sich in einem Dilemma. Wie mit solchen Menschen umgehen? Grundsätzlich wird es immer Menschen geben, die sich nicht konform der Vorstellungen von Jakobs' Straftheorie verhalten. Welche sich nicht von den vom Gesetzgeber festgelegten Strafen abschrecken lassen oder es nicht bei einer Tat bewenden lassen, die als Einzelfall „marginalisiert“ werden kann. Denn Strafe als Regulierungswerkzeug anzuerkennen, gehört – um es in Jakobs' Terminologie auszudrücken – zur „Bringschuld“ eines Straftäters (Jakobs 2006a: S. 293). Die Strafe kann in solchen Fällen nicht einfach – aus den oben genannten Gründen – zu Präventionszwecken über das vom Gesetzgeber für angemessen empfundene und auf gesellschaftliche Normativität fußende Maß erhöht werden.⁸⁶ Denn laut Jakobs darf nur die Tat bestraft werden, die der Täter zu verantworten hat (vgl. Jakobs 2004b: S. 36). Der Zweck der Abschreckung des Täters vor weiteren Straftaten oder anderer potentieller Straftäter ist für Jakobs keine Option. „Die Strafe beseitigt nur diejenige Gefährdung der Normgeltung, die der Verbrecher durch seine Tat zurechenbar geschaffen, die er verschuldet hat“ (vgl. Jakobs 2004b: S. 32). Nun könnte man einwenden, dann wird eine Tat eben als besonders gefährlich bewertet und diese Bewertung führt eben zu einem so hohen Strafmaß, dass sie auch einen Wiederholungstäter oder Hochverräter bekehrt. In diesem Fall kann allerdings folgende Situation entstehen. Die Bevölkerung akzeptiert das hohe Strafmaß nicht, weil es bezogen auf die Tat als zu hoch empfunden wird. Wenn eine

⁸⁵ Wörtlich heißt es bei Jakobs: „Strafe ist vielmehr als Marginalisierung der Tat in ihrer normverletzenden Bedeutung und damit als Feststellung zu verstehen, der Normbestand der Gesellschaft sei unverändert [...]“ (Jakobs 2000: S. 49).

⁸⁶ Unter „gesellschaftliche Normativität“ verstehe ich die allgemein von den Mitgliedern einer Gesellschaft anerkannten Normen, die der Regelungen der Kommunikation und des Interagierens dienen. Ein Beispiel ist die landesübliche Begrüßung zwischen Menschen (vgl. Kapitel 2 B. II.).

Rechtsnorm mit dem durch sie festgelegten Strafmaß nicht den normativen Einstellungen der Bevölkerung entspricht, wird sie eventuell von dieser nicht anerkannt. Strafe und Strafmaß, die der Gesetzgeber festlegt und die dann durch den Schuldspruch auf den Einzelfall angewendet werden, müssen sich im Rahmen der gesellschaftlich vorgegebenen Normativität bewegen, sonst verlieren sie ihre Akzeptanz in der Bevölkerung. Es kann sogar passieren, dass sich die Bevölkerung weigert, die Rechtsnorm zu befolgen. Die Fundierung der Rechtsnormativität in einer Gesellschaftsnormativität ist enorm wichtig; schließlich gilt es, die Gesellschaftsnormativität als Basis einer Gesellschaft zu verteidigen, nicht sie zu umgehen. Insofern hat Jakobs zumindest insoweit Recht, dass das Strafmaß nicht beliebig variieren kann.

Als Lösung gegen häufige Straftaten von Wiederholungstätern könnte eine Strafe nach der anderen folgen. Aber manche Täter lassen sich nicht von Strafen abschrecken und gefährden nachhaltig die Sicherheit von Teilen der Bevölkerung und die Durchsetzung der Rechtsordnung. Mit der wiederholten Bestrafung dieser Täter ist zwar der theoretische Teil von Jakobs' Strafkonzepktion gerettet – auf einen Rechtsbruch folgt eine Strafe –, aber die von ihm erarbeitete Zwecksetzung von Gesetzen, die reale Sicherheit der Rechtspersonen, ist nicht mehr gegeben. Nach Jakobs gilt: „Alle normativen Institutionen (S. K.: also auch die Rechtsordnung und deren Durchsetzung durch Polizei, Justiz, etc.) bedürfen einer kognitiven Untermauerung, wenn sie wirklich – nicht nur als Postulat – die Orientierung leiten sollen“ (Jakobs 2017b: S. 245). Generell wird es immer Menschen geben, die sich von einem noch so hohen Strafmaß nicht abschrecken lassen.

In diesen Fällen fallen laut Jakobs die Täter aus dem Rechtsrahmen für die Angehörigen der Rechtsgemeinschaft heraus. Das „Bürgerstrafrecht“ – wie Jakobs es nennt – kann die Sicherheit nicht mehr gewährleisten (Jakobs 2006a: S. 295). Um die Sicherheit dennoch nicht zu gefährden und auch um die Gültigkeit des Bürgerstrafrechts zu erhalten, konstruiert Jakobs eine Aufteilung des Strafrechts in ein Bürgerstrafrecht und ein Feindstrafrecht (vgl. Jakobs 2004a: S. 88-89; Jakobs 2006a: S. 295-296). Das Bürgerstrafrecht gilt für die Angehörigen einer Rechtsgemeinschaft, die Rechtspersonen. Sie halten sich in der Regel an die Ver- und Gebote der Gesetze und falls sie straffällig werden, akzeptieren sie die Strafe und halten sich in Zukunft im Großen und Ganzen an die Vorgaben der Rechtsnormen. Das Feindstrafrecht hingegen ist für Menschen gedacht, die die Rechtsordnung nach Jakobs in ihrem Fortbestand gefährden, indem sie Rechtsnormen ignorieren. Da eine Strafe für diese Täter nicht die geforderte Reaktion bewirkt, soll die Gesellschaft vor ihnen geschützt werden. Sie sollen nach Jakobs als Feinde bekämpft und ausgeschaltet werden. Jakobs formuliert die

Unterscheidung von Bürger- und Feindstrafrecht wie folgt: „*Bürgerstrafrecht erhält die Normgeltung, Feindstrafrecht [...] bekämpft Gefahren [...]*“ (Jakobs 2004a: S. 90; kursiv im Original).

Die Bezeichnung „Feindstrafrecht“ rechtfertigt Jakobs mit der gängigen Rechtspraxis. Der Täter erhält ja keine Strafe im Sinne Jakobs, also ist der Name irreführend. In der bundesrepublikanischen Rechtspraxis wird „Sicherung formell als Strafrecht“ behandelt (Jakobs 2006a: S. 294). Dies bedeutet, dass die Fälle, die nach Jakobs eigentlich feindstrafrechtlich, nicht strafrechtlich, behandelt werden sollten, unter das Strafrecht fallen. Ein gesondertes Recht für Feinde gibt es nicht.⁸⁷

Beim Feindstrafrecht kommt auch die negative Spezialprävention ins Spiel (vgl. Jakobs 2004a: S. 88-89; vgl. Jakobs 2004b: S. 41-42). Der Bürger wird vor dem Täter, dem Feind, geschützt. Zusammenfassend dazu Jakobs:

Der Zwang (S. K.: den die Strafe verursacht) soll insoweit nichts bedeuten, sondern wirken, was heißt, er gelte nicht der Person im Recht sondern dem gefährlichen Individuum. [...] An die Stelle, der an sich kompetenten Person, der mit Strafe widersprochen wird, tritt also das gefährliche Individuum, gegen das – hier: mit einer Maßregel, nicht einer Strafe – physisch, effektiv vorgegangen wird: Gefahrbekämpfung statt Kommunikation, Feindstrafrecht [...] statt Bürgerstrafrecht [...]. (Jakobs 2004a: S. 88-89)

Die kompetente Rechtsperson ist der Mensch, der die Rechtsgeltung wahrte oder zumindest akzeptiert. Der Feind ist der, der die Rechtsnormen als Kommunikationsmittel der Gesellschaft nicht anerkennt und beachtet. Letzterer verhält sich, indem er dem Geltungsanspruch der Gesetze nicht entspricht, gegen die oben erwähnte „kognitive Untermauerung“, weil er das „Vertrauen“ auf die Einhaltung der Gesetze seiner Mitmenschen schwächt (Jakobs 2004b: S. 41). Die rechtliche Kommunikation findet also zwischen Rechtspersonen statt. Der Feind wird aus der Öffentlichkeit ausgeschlossen und gesichert.

II. Feinde als Nicht-Rechtspersonen

Die Feinderklärung erfolgt bei Jakobs in zwei Schritten. Eine Rechtsperson wird zur Nicht-Rechtsperson und dann erst zum Feind erklärt, damit die Bekämpfung durch das

⁸⁷ Vgl. §§ 61 u. 62 StGB (Maßregeln der Besserung und Sicherung) und §§ 63 - 67h StGB (Freiheitsentziehende Maßregeln).

Feindstrafrecht gerechtfertigt ist. Wenn sich Bewohner eines Staates nicht normkonform verhalten, so können staatliche oder gesellschaftliche Autoritäten, die in modernen Staaten vor allem durch Politiker vertreten sind, einen Menschen als störende Nicht-Rechtsperson auffassen. Er erfüllt nicht die Anforderungen, die man an eine Rechtsperson stellt. Falls diese Menschen darüber hinaus die Normativität oder die Rechtsordnung gefährden, so kann es zu einer Feinderklärung und Feindbekämpfung kommen. Die Gefährdung kann meiner Ansicht nach ein Verletzen für wichtig erachtete einzelne Rechtsnormen sein, wie es beispielsweise die Verletzung des im § 81 StGB ausgewiesenen Hochverrats gegen den Bund ist. Die Gefährdung kann aber auch in häufigen Rechtsnormbrüchen, die als Gefährdung der Gesellschaftsordnung insgesamt gewertet werden, bestehen.⁸⁸ Was unter „Gefährdung“ genau verstanden wird, liegt im Ermessen des Gesetzgebers.

Die negativen Seiten von Feinderklärungen durch staatliche Institutionen werden von Jakobs kaum beachtet. So muss die Bewertung als Gefährdung nicht unbedingt auf Tatsachen beruhen. Bei der Bewertung der Gefährdung handelt es sich lediglich um eine Einschätzung. Die Degradierung kann sogar nur ein Vorwand sein, unliebsame Mitmenschen durch beispielsweise Sicherungsverwahrung oder ein Todesurteil auszuschalten.⁸⁹

Die Feinderklärung durch einflussreiche Kräfte der Gesellschaft und vor allem staatliche Institutionen kann zu einer Umsetzung der Bekämpfung und Ausschaltung auf staatlich autorisierte Weise geschehen. Sie können dann nicht nur Feinde der Autoritäten, die die Feinde bestimmt haben, sein, sondern als Feinde der Gesellschaft bzw. der Rechtsordnung aufgefasst werden. Das hängt mit der Hoheit über die Normativität zusammen und kann medienwirksam vermittelt sein. Die Feindschaft kann offiziell in einem Feindstrafrecht rechtlich erfasst werden. Das muss aber nicht geschehen. Die Bekämpfung kann auch illegal, beispielsweise mittels einer Geheimpolizei, umgesetzt werden, die nicht nach einer Rechtsordnung vorgeht.

Das Spezifische am Feind der Gesellschaft und der Rechtsordnung – entgegen Jakobs' Feindstrafrechtskonzeption – ist meiner Ansicht nach, dass er parallel auch Person bzw. Rechtsperson bleiben kann. Wenn man mein Feindbegriff heranzieht, setzt die Erklärung und Bekämpfung als Feind nicht voraus, dass der betroffene Mensch aus dem Kreis der Personen bzw. Rechtspersonen ausgeschlossen wird. Jemand kann als Person bzw. Rechtsperson aufgefasst werden, da er sich zwar noch entsprechend der Normen als Person bzw.

⁸⁸ Zu Gruppen, die nach Jakobs als Feinde in Betracht kommen, vgl. Jakobs 2000: S. 52; Jakobs 2004a: S. 92.

⁸⁹ Zur Problematik, dass die Grenzen zwischen Rechtspersonen und Feinden von staatlicher Seite festgelegt werden, vgl. auch Hawickhorst 2011: S. 230-232.

Rechtsperson verhält, aber dennoch als Feind bekämpft werden, nachdem er zum Feind erklärt wird. Beispiele sind politische Gegner, vor allem in autoritären Staaten. Obwohl sich ein politischer Aktivist an das Landesrecht hält, wird er als Feind bekämpft und beispielsweise von einer Geheimpolizei gefoltert oder ermordet, um Informationen von ihm zu bekommen oder sich an ihm zu rächen. Das kann geschehen, ohne ihm offiziell den Status als Rechtsperson abzuerkennen.

Jakobs geht bei seiner Feindauffassung, wie schon erwähnt, einen Schritt weiter, indem er Feinde von Rechtspersonen trennt (vgl. Jakobs 2004a: S. 90). Das bedeutet, Feinde können keine Rechtsperson sein. Eine Voraussetzung für die Anwendung von Jakobs' Feindstrafrecht ist der Ausschluss aus der Gruppe der Rechtspersonen. Damit ein Feind die besondere feindstrafrechtliche Behandlung erhalten kann, darf er keine Rechtsperson sein. Das heißt bei Jakobs aber nicht, dass dem Feind zwangsläufig jedes Recht verweigert wird. Man kann „[...] dem Feind eine *potentielle* Personalität [...]“ zugestehen „[...] so daß bei seiner Bekämpfung über das Erforderliche nicht hinausgegangen werden darf“ (Jakobs 2000: S. 51, kursiv im Original). Jakobs begründet dies mit einer möglichen Rückkehr der potentiellen Rechtspersonen in den Kreis der tatsächlichen Rechtspersonen. Der Staat solle sich bei der Bekämpfung der Feinde zurückhalten, um sich „[...] die Möglichkeit eines späteren Friedensschlusses nicht zu verbauen“ (Jakobs 2004a: S. 90). Das Anerkennen von Rechten hat also eher pragmatische Gründe.⁹⁰ Aus Jakobs' theoretischem Rechtskonzept folgt keine

⁹⁰ Strafrechtler und Rechtsphilosoph Reinhard Merkel kritisiert die fehlende Legitimation für rechtliche Vorgaben in Bezug auf die Feindbehandlung ebenfalls als „Bindungslosigkeit bei der Selbstbindung“ des Staates (Merkel 2019: S. 351). Nach seiner Meinung kann man dem Feind Rechte gewähren, indem auf das „Prinzip des Notstands“ rekurriert wird (Merkel 2019: S. 251). Die besonderen Umstände, die die Feindschaft verursachen, sollen die Grundlage für eine Bestimmung bieten, in welchem Umfang, eine „notstandsorientierten Festlegung“, die Rechte des Feindes eingeschränkt werden sollen (Merkel 2019: S. 251). Man kann Merkels Auffassung anhand eines Beispiels verdeutlichen: Wenn der Hausarrest des Feindes ausreicht, ist ein Todesurteil nicht notwendig. Merkel greift auf eine frühe Rechtfertigung von Jakobs zum Feindstrafrecht zurück, also in Zeiten, in denen Jakobs wesentlich kritischer gegenüber dem Feindstrafrecht eingestellt war. Das Feindstrafrecht wäre bei besonderen Ausnahmesituationen eventuell angebracht, wie er am Ende von *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung* schreibt. „Freilich sind Situationen möglich, vielleicht sogar zur Zeit gegeben, in denen Normen, die für einen freiheitlichen Staat unverzichtbar sind, ihre Geltungskraft verlieren, wenn man mit der Repression warte, bis der Täter aus seiner Privatheit austritt. Aber auch dann ist das Feindstrafrecht nur als ein ausnahmsweise geltendes Notstandsstrafrecht legitimierbar“ (Jakobs 1985: S. 783-784). Die Notsituationen würden nach Merkel die Einschränkung der Rechte des Feindes auf das nötige Maß begründen. „Jenseits der Grenze des Sicherungszwecks beginnt gleichwohl die unzulässige Willkür“ (Merkel 2019: S. 351). Die Argumentation ist aber nicht mit der von Jakobs nach seinen späteren Schriften zu vereinbaren. Nach Jakobs hat der Feind durch sein Verhalten, das zu der Notsituation führte, seinen Status als Rechtsperson verloren. Würde

Gewährung von Rechten für den Feind. Ich würde Jakobs' Ausführung folgendermaßen deuten: Der Feind sollte keine Rachegelüste gegenüber dem Staat und der Gesellschaft und keinen Hass auf die Rechtspersonen aufgrund einer schlechten Behandlung entwickeln können. Ein Anrecht auf eine Behandlung als Person im Recht hat der Feind aber nicht.

Die Rechtfertigung zur Degradierung als Nicht-Rechtsperson erhält laut Jakobs ein Feind dadurch, dass Feinde ihre Pflichten als Rechtsperson nicht im gewünschten Maß erfüllt haben und so auch nicht Rechte einer Rechtsperson nach dem Strafrecht erhalten dürfen. Die Rechtfertigung der Feinderklärung liefert die Gefährdung der Gesellschafts- und Rechtsordnung.

Der Feind ist ein Individuum, das sich in einem nicht nur beiläufigen Maß in seiner Haltung (Sexualdelikte; auch schon der alte „gefährliche“ Gewohnheitsverbrecher [...]) oder seinem Erwerbsleben [...] oder, hauptsächlich, durch seine Einbindung in eine Organisation (Terrorismus, organisierte Kriminalität [...]), also jedenfalls vermutlich dauerhaft vom Recht abgewandt hat und insoweit die kognitive Mindestsicherheit personellen Verhaltens nicht garantiert [...]. (Jakobs 2000: S. 52)

Nach Jakobs kann ein Täter durch sein Verhalten selbst wählen, ob für ihn das Strafrecht oder Feindstrafrecht angewendet wird. Will er den Ansprüchen einer Rechtsperson nicht genügen, so hat er sich „selbst exkludiert“ (Jakobs 2017d: S. 278). Für den Feind gilt: „Es verhält sich also nicht so, als lasse die Gesellschaft den Feind nicht ‚herein‘; er selbst hindert sein ‚Hineinkommen‘, weil er seine Bringschuld nicht leistet, also nicht dafür sorgt, daß bei ihm rechtstreues Verhalten vermutet werden kann“ (Jakobs 2006a: S. 293-294). Falls er das Landesrecht und die Strafkonzption von Jakobs anerkennt, wird er als Rechtsperson mit dem Strafrecht be- und eventuell verurteilt; wenn er beides ablehnt, wird er als Feind nach dem Feindstrafrecht behandelt. Der Feind wird nicht bestraft, sondern aus der Öffentlichkeit entfernt. Er erhält z.B. eine Sicherungsverwahrung (vgl. Jakobs 2004a: S. 89; vgl. Jakobs 2017d: 278). Solange er die Rechtsordnung in einem von staatlicher Seite zu bestimmenden Maß nicht akzeptiert, wird er als Feind bekämpft.

Die angeblich selbst gewählte Exklusion kritisiert Jurist Thomas Uwer. Mit der Selbstexklusion würde bei Jakobs die Verantwortung des Gesetzgebers oder allgemeiner der politisch Verantwortlichen für die Ausgrenzung als Feinde auf die Bevölkerung abgeschoben.

man ihm nun aufgrund der Notsituation, die er verursacht hat, Rechte gewähren, so würde er Rechte wegen seines Fehlverhaltens bekommen, die ihm als Nicht-Rechtsperson eigentlich entzogen wurden. Merckels Argumentation kann Jakobs nicht akzeptieren.

„Diese entscheiden durch Unterwerfung oder Verweigerung darüber, auf welcher Seite sie stehen – jener des Rechts oder jener der Gewalt“ (Uwer 2006: S. 45). Die Einschätzung ist nicht ganz korrekt. Zunächst entscheidet der Gesetzgeber über Feind- und Bürgerstrafrecht, also ob und in welcher Form eine zweigeteilte Strafrechtsnormativität eingeführt wird. Ein Mensch entscheidet über seine Rechtstreue und damit auch über seinen eigenen Bürger- oder Feindstatus, aber nicht, wer als Feind deklariert wird.⁹¹ So schreibt Jakobs: „Also ist der Feind exkludiert, genauer, von einigen seiner Rechte exkludiert. Das könnte dahin missverstanden werden, der Verbrecher habe es in der Hand, sich durch Wandlung zum Feind aus der bürgerlichen Gesellschaft zu verabschieden. So verhält es sich freilich nicht: Die Gesellschaft entscheidet selbst, wer in sie eingeschlossen ist und wer nicht [...]“ (Jakobs 2006a: S. 294).⁹² Die Entscheidung des Bürgers, der Rechtsperson, für oder gegen einen Ausschluss liegt dann darin, ob er Jakobs’ Bringschuld erfüllt. Der Gesetzgeber und die Judikative entscheiden, wer unter die Feinde fällt.

Zusammenfassend lässt sich folgendes ausführen: Der einzelne Mensch ist für sein Handeln verantwortlich, staatliche Institutionen für die Rechtsordnung und ob sie ein Feindstrafrecht einführen. Beim Bürgerstrafrecht und beim Feindstrafrecht werden die Menschen innerhalb des Staates für ihr Handeln, das beim Bürgerstrafrecht zu einer Schuldzurechnung führt, verantwortlich gemacht.⁹³ Die Tatsache, dass staatliche Institutionen Menschen zu Feinden deklassieren können, ist allerdings kein Plädoyer dafür, dass sie es auch sollen.

Zum Ende dieser Ausführungen und im Rückblick stellt sich mir die Frage, ob mit der Exklusion der Feinde auch eine Exkulpation verbunden ist. Zwar verhalten sich die Feinde

⁹¹ Auf ähnliche Weise kritisiert auch Merkel – ohne Uwer zu erwähnen – die Annahme, dass Jakobs von einem Mitspracherecht des Feindes am Feindstatus ausgehe. „Es ist vielmehr die Rechtsgemeinschaft, die sowohl die normativen Voraussetzungen der Feind-Definition [...] als auch die Kriterien der daran anschließenden rechtlichen Reaktion festlegt. Der Verbrecher seinerseits entscheidet nur über sein Handeln, das ihn dann freilich in die Reichweite jener Definition bringen und der Reaktion des Rechts aussetzen mag“ (Merkel 2019: S. 351).

⁹² Die Verantwortung der staatlichen Institutionen wird auch in Jakobs’ *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht* deutlich. „Der Staat kann mit Delinquenten also in zweierlei Art und Weise verfahren: Er kann in ihnen delinquierende Bürger sehen, Personen, die einen Fehler gemacht haben, oder aber Individuen, die durch Zwang davon abgehalten werden müssen, die Rechtsordnung zu zerstören“ (Jakobs 2004a: S. 93).

⁹³ Dass auch in diesem Fall, also dem der Rechtsperson und nicht nur des Feindes, nicht die einzelnen Rechtspersonen die Grenzen des Rechtsrahmens vorgeben, stellt Jakobs in seinem Aufsatz *Rechtswang und Personalität* klar. „Aber die Wirklichkeit der Norm und damit der Gesellschaft kann nicht die Summe der individuellen Zustimmungen sein, sondern nur als eine Größe verstanden werden, die eigener Dynamik folgt, und deshalb lässt sich die Gesellschaft ihre Grenzen nicht durch individuelles Verhalten vorschreiben“ (Jakobs 2017b: S. 236).

zunächst schuldhaft, wenn sie Straftaten begangen haben. Sie werden aber dann nicht bestraft, sondern gesichert. Die Behandlung als rechtspersonaler Verbrecher wird von Jakobs, wie die bisherigen Erläuterungen und das nun folgende Zitat zeigen, abgelehnt.

Nun soll nicht bezweifelt werden, daß auch ein Terrorist, der mordet und anderes mehr unternimmt, vom Strafrecht eines jeden Staates, das diese Taten zu Verbrechen erklärt, als ein zu bestrafender Verbrecher dargestellt werden kann. [...] Aber es ist doch sehr wohl zu fragen, ob nicht durch die strikte Fixierung allein auf die Kategorie des Verbrechens dem Staat eine Bindung auferlegt wird [...], die gegenüber einem Terroristen, der die Erwartung generell personalen Verhaltens gerade nicht rechtfertigt, schlechthin unangemessen ist. (Jakobs 2004a: S. 92)

Bedeutet dies, dass die Feinde, ähnlich wie ein für unmündig erklärter psychopathischer Gewalttäter, nicht mehr schuldig im Sinne des Rechts sind? Da sie keine Rechtspersonen mehr sind und sie nicht mehr bestraft werden, sind sie auch rechtlich nicht schuldig und somit nicht rechtlich verantwortlich zu machen. Da die Strafe ausfällt, kann auch die Sicherungsverwahrung nicht wie eine Strafe konzipiert sein. Ob die Straffreiheit von Terroristen und Berufskillern nun dem Vertrauen in die Rechtsordnung dient, wage ich zu bezweifeln. Diese Problematik wird von Jakobs nicht berücksichtigt.

Die Erläuterungen seien noch einmal zusammengefasst. Feinde nach Jakobs' Feindstrafrecht sind Menschen, die aufgrund ihrer Handlungen und Haltung zu erkennen geben, dass sie keine Rechtspersonen sind, weil sie die Rechtsordnung und die Strafkonzeption (Schuld und Strafe im Sinne Jakobs') nicht akzeptieren. Diese Menschen werden nicht als Rechtspersonen mit Strafe bestraft, sondern als Feinde bekämpft. Der Status als Feind ist also mit dem der Nicht-Rechtsperson verbunden. Zur Aberkennung des Rechtspersonenstatus kommt noch die Bekämpfung dieser Menschen hinzu. Das bedeutet, sie werden als Feinde ausfindig gemacht und aus der Öffentlichkeit entfernt. Der Zweck ist das Gefühl von und die tatsächliche Sicherheit innerhalb des Staates und das Vertrauen der Bevölkerung in die Rechtsordnung zu erhalten.

III. Wer ist ein Feind?

Wer gehört nun zu den Feinden? Jakobs nennt folgende Gruppen, die seiner Meinung nach dazugehören: Gewohnheitsverbrecher, schwerkriminelle Sexualstraftäter, Mitglieder der

organisierten Kriminalität und Terroristen (vgl. Jakobs 2000: S. 51-52, vgl. Jakobs 2004a: S. 92, vgl. Jakobs 2004b: S. 41-42, vgl. Jakobs 2006a: 293, vgl. Jakobs 2017d: S. 279-280). Auf diese Gruppen werde ich noch näher eingehen (vgl. Kapitel 3 B.). Diese Gruppen brechen sicherlich wiederholt oder durch von Gesellschaft und Staat besonders negativ bewertete Taten die Gesetze. Zunächst gibt es drei voneinander unterscheidbare Gruppen, die die Rechtsnormen auf diese Weisen brechen. Die Gruppe, die immer wieder eine oder einige bestimmte Rechtsnormen bricht. Der Gewohnheitsdieb ist ein Beispiel. Die zweite Gruppe besteht aus Menschen, die mit einer oder mit nur wenigen Taten das Gesetz auf eine gesellschaftlich besonders negativ bewertete Weise gebrochen haben. Der Attentäter vom Breitscheidplatz in Berlin war sicherlich ein solcher Täter. Die dritte Gruppe besteht aus Menschen, die die Rechtsordnung oder Teile von ihr ablehnen und sich herausnehmen, sich nach ihren eigenen „Gesetzen“ zu verhalten.⁹⁴ Nach Jakobs' Konzeption sind alle drei Gruppen Feinde, denn sie erfüllen beide Kriterien. Sie akzeptieren die Idee von Strafe nicht, wie Jakobs sie versteht, und ihr Verhalten kann als Gefahr für das Vertrauen in die Rechtsgeltung interpretiert werden.

Bei der Bewertung der Gruppen als Feinde ergeben sich aber rechtliche Herausforderungen. Geht man von dem Fall aus, dass nur bestimmte Rechtsnormen immer wieder gebrochen werden, so ergibt sich bei der Jakobs'schen Argumentation die Schwierigkeit, dass ein Mensch auch bei Bagatelldelikten zum Feind werden kann. Juristin Katrin Hawickhorst nennt den „Schwarzfahrer aus Überzeugung“ als Beispiel (Hawickhorst 2011: S. 231). Das nordamerikanische Recht macht mit den „habitual offenders laws“ einen Sprung in diese Richtung. Wer dreimal für ein eventuell sogar eher weniger schweres Delikt verurteilt ist, muss mit lebenslangen oder zumindest langen Haftstrafen rechnen (vgl. Hawickhorst 2011: S. 232; vgl. Jakobs 2004b: S. 38). „Der Volksmund formuliert in Anlehnung an eine Baseballregel ‚Three strikes and you are out‘“ (Jakobs 2004b: S. 38). Aber auch, wenn man Menschen, die die Rechtsordnung oder Teile davon ablehnen, als Feinde ansieht, führt das in manchen Fällen zu unverhältnismäßigen Reaktionen des Staates. So müssten Reichsbürger und auch Angehörige des Schwarzen Blocks in Sicherheitsverwahrung. Selbst wenn sie mit nur weniger schweren Delikten auffallen. Das wären z. B. selbst gebastelte Ausweise oder ein Steinwurf gegen einen Polizeiwagen.

Grundsätzlich kann mit Jakobs' Konzeption der Trennung von Bürger- und Feindstrafrecht nicht zwischen einerseits Terroristen und andererseits politischen Außenseitern und Wiederholungstätern, die eventuell nur Bagatelldelikte zu verantworten haben, unterschieden

⁹⁴ Zu den unterschiedlichen Tätertypen vgl. Hawickhorst 2011: S. 230-231.

werden (vgl. Hawickhorst 2011: S. 230-232). Alle Menschengruppen, die die Normgeltung missachten und das Vertrauen in die Rechtsordnung – jeder auf seine Weise – gefährden, könnten Feinde sein. Im Grunde genommen muss – wie bei der Trennung von Rechtsperson und Nicht-Rechtsperson – der Gesetzgeber und die Judikative nach ihren normativen Vorstellungen entscheiden, wer Rechtsperson und wer Feind ist. Eine Konsequenz, die, wie bereits erwähnt, laut Uwer bei Jakobs unerwähnt bleibt (vgl. Uwer 2006: S. 45).

Ein weiteres Gesellschaftsphänomen soll laut Jakobs mit dem Feindstrafrecht bekämpft werden. Es gibt Menschen, die den Fortbestand der Gesellschafts- und Rechtsordnung gefährden könnten, also die Ordnung und Sicherheit innerhalb des Staates stören, ohne ein Verbrechen begangen zu haben. Eine Störung kann es also selbst dann geben, wenn noch keine Tat geschehen ist. Diese Störung der „kognitiven Untermauerung“ erzeugen also Menschen, die mit ihrem Verhalten noch nicht einmal das Fundament von Jakobs' strafrechtlicher Konzeption erfüllen: Eine Tat ist geschehen, für die sie aus strafrechtlicher Perspektive schuldig sind. Jakobs drückt dieses Phänomen wie folgt aus: „Der Täter wird nur dadurch definiert, daß er dem Rechtsgut gefährlich werden kann, wobei sich der Beginn der Gefahr potentiell grenzenlos vorverlagern läßt“ (Jakobs 1985: S. 753). Zu dieser Gruppe gehören z. B. die Mitglieder einer terroristischen Vereinigung nach § 129a StGB, die Gewalttaten in Erwägung ziehen. Abhängig davon, wie weit die Bedrohung öffentlich bekannt ist, gefährden sie das Sicherheitsgefühl und darüber hinaus bei fortgeschrittener Planung oder Vorbereitung die tatsächliche Sicherheit der Bevölkerung.⁹⁵ Der Gesetzgeber antwortet mit der umstrittenen Vorverlagerung. Eine Vorverlagerung beschreibt Rechtswissenschaftler Uriel Moeller als „[...] Strafbarkeit ohne Erfordernis einer Verletzung des Schutzobjekts der Norm [...]“, also des rechtlich geschützten Objekts (Moeller 2018: S. 137, im Original kursiv; vgl. Moeller 2018: S. 154).⁹⁶ Ein Täter wird also mit strafrechtlichen Mitteln verfolgt, obwohl noch keine Straftat begangen wurde.⁹⁷ Ein Beispiel

⁹⁵ Zur Unterscheidung der Stadien einer Tat von der Planung bis zur Beendigung vgl. Moeller 2018: S. 68-70.

⁹⁶ Ein „Schutzobjekt“ ist beispielsweise bei einer Beleidigung nach Moellers Ausführungen die „Ehre“ (Moeller 2018: S. 138). In diesem Fall würde ein rechtlich geschütztes Objekt verletzt, es liegt also keine Vorverlagerung vor (vgl. Moeller 2018: S. 138).

⁹⁷ Nach Morguet reicht die bloße Vorverlagerung nicht aus, um eine Rechtsnorm als feindstrafrechtliche zu qualifizieren. Neben dem Kriterium der Vorverlagerung muss laut Morguet noch die Verletzung der Privatsphäre als strafrechtlich akzeptiert hinzukommen, damit eine Rechtsnorm als feindstrafrechtlich gelten kann (vgl. Morguet 2009: S. 49-54). Beispielsweise ist die Gefährdung des Straßenverkehrs durch einen Rechtsbruch des § 315c Absatz 1 Nr. 1a StGB (Gefährdung des Straßenverkehrs infolge des Genusses alkoholischer Getränke oder anderer berauschender Mittel) kein feindstrafrechtliches Recht, da das Autofahren unter Alkoholeinfluss in der Öffentlichkeit geschieht (vgl. Morguet 2009: S. 50 -51, Fn. 214).

für die Vorverlagerung ist, wie schon erwähnt, § 129a StGB zur Terrorismusbekämpfung (vgl. Jakobs 2000: S. 51).⁹⁸ Dort heißt es im ersten Satz: „Wer eine Vereinigung gründet, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind [...]“. Im laufenden Text des Paragraphen wird eine Liste von schwerkriminellen Straftatbeständen aufgeführt, die aber noch nicht begangen worden sein müssen; allein die Zwecksetzung der Organisation ist für die Pönalisierung ausreichend. Diese strafrechtliche Antwort auf die terroristische Gefährdung ist nach Jakobs als feindstrafrechtliche zu bewerten (vgl. Jakobs 1985: S. 756-757). Da diese Menschen keine Straftaten begehen, können sie auch keine Rechtsnorm gebrochen haben. Sie dürfen nach Jakobs' Strafkonzepkt nicht strafrechtlich verfolgt werden. Die Gesellschaftsmitglieder haben aber auch in diesen Fällen ein „Recht auf Sicherheit“ (Jakobs 2004a: S. 90). Es gilt auch hier: „*Bürgerstrafrecht erhält die Normgeltung, Feindstrafrecht [...] bekämpft Gefahren [...]*“ (Jakobs 2004a: S. 90, kursiv im Original). Bei der Beurteilung, ob gegen diese Menschen rechtlich vorgegangen wird, spielt also der tatsächliche Rechtsbruch keine Rolle. Einzig und allein Jakobs' Kriterium der „kognitiven Untermauerung“ von Sicherheit ist ausschlaggebend. Da nach Jakobs' Strafrechtskonzeption eine strafrechtliche Verfolgung nach einer Tat nicht möglich ist, bleibt nur der Ausweg, die potentiellen Täter nach der Alternative des Feindstrafrechts zu verfolgen und zu sichern. Aufgrund der als hoch eingeschätzten Gefährdung der Bevölkerung und staatlicher Institutionen werden also auch potentielle Täter zu Feinden erklärt und mit feindstrafrechtlichen Mitteln bekämpft.

In den Fällen der Vorverlagerung spielt also vorrangig das Normvertrauen der Bevölkerung eine Rolle, und deshalb besteht bei ihnen eine geringere Gefahr, dass die Androhung von Bagateltaten mit dem Feindstrafrecht geahndet wird. Angekündigte Bagatellstraftaten und Straftaten von geringer gesellschaftlicher Tragweite, gefährden in der Regel nicht die Sicherheit und das Vertrauen in die Rechtsordnung. Hier besteht weniger die Gefahr, dass eine rechtliche Maßnahme in einer Sicherung von erklärten Feinden ausartet. Wenn ein Mensch androht, er würde in den nahe gelegenen Supermarkt einbrechen, so wird diese

⁹⁸ Krauß behauptet, § 129a würde vor allem der Prävention von Straftaten und nicht zur Verurteilung von Straftätern dienen. „Denn die strafrechtliche Einlösung des § 129a ist am Ende gar nicht gewollt. Die Vorschrift ist das Hauptbeispiel der von Jakobs gezeißelten Vorfeldtatbestände. In diesem Vorfeld geht es nicht darum, einzelne Täter zur Rechenschaft zu ziehen, sondern um eine flächendeckende polizeiliche Prävention mit der Legitimation des Strafrechts. Für diese Prävention sind die von § 129a ermöglichten materiellen und polizeilichen Folgeregulungen das Entscheidende: Anzeigenpflicht, Rasterfahndung, Überwachung der Telekommunikation [...]“ (Krauß 2006: S. 97).

Drohung die Bevölkerung in der Regel nicht fundamental in ihrem Sicherheitsgefühl beeinflussen. Es sei denn, viele Menschen kämen auf die gleiche Idee.

Wichtig für eine Beurteilung, ob ein Mensch Rechtsperson oder Feind ist, ist, dass sich die Feinde „[...] vermutlich dauerhaft, zumindest aber entschieden vom Recht abgewandt haben [...]“ (Jakobs 2004a: S. 92). Nicht nur Straftäter, sondern auch potentielle Straftäter können sich auf diese Weisen vom Recht abwenden. Wenn keine zu beurteilenden Straftaten vorliegen, so greift der Gesetzgeber auf die sogenannte Vorverlagerung zurück, um auch potentielle Täter rechtlich verfolgen zu können. Jakobs konstatiert in Bezug auf § 30 StGB (Versuch einer Beteiligung): „Die Strafbarkeit wird weit in den Bereich der Vorbereitung vorverlagert, und die Strafe gilt der Sicherung vor zukünftigen Taten, nicht der Ahndung vollzogener“ (Jakobs 2004a: S. 92). Auch für potentielle Täter als Feinde ist für Jakobs die Sicherung und nicht die Bestrafung angebracht. Bei Paragraphen wie §129a StGB, als mögliche Beispiele für feindstrafrechtliche Elemente im Strafrecht, werden die potentiellen Täter aber nicht gesichert, sondern bestraft.

Im Anschluss werden verschieden Gruppen vorgestellt, die als Feinde des Rechts eingestuft werden könnten.

B. Kriminelle und Terroristen als Nicht-Rechtspersonen und Feinde

Nach Jakobs sind gewalttätige und notorische Sexualstraftäter, Mitglieder der organisierten Kriminalität und Terroristen Feinde des Staates und der Gesellschaft, die mit dem Feindstrafrecht bekämpft werden sollen (vgl. Jakobs 2000: S. 52, vgl. Jakobs 2004a: S. 92, vgl. Jakobs 2006: S. 293). Diese Gruppen geben nicht die „kognitive Garantie“, die nach Jakobs für den Status als Rechtsperson notwendig ist (Jakobs 2000: S. 51) Die genannten Gruppen haben durch ihre Taten viel Medienaufmerksamkeit, sodass wohl ein gewisses Interesse der Öffentlichkeit an ihren Straftaten vorliegt. Wobei die Gründe für das Interesse der Bevölkerung unterschiedlich sein mögen. Sexualstraftäter werden wohl vor allem aus moralischen Gründen viel Ablehnung bekommen. Die organisierte Kriminalität, vor allem die Wirtschaftskriminalität, und der Terrorismus könnten deshalb missbilligt werden, weil man eventuell selbst Opfer sein könnte oder Opfer ist. Bei der Beurteilung der organisierten Kriminalität und beim Terrorismus spielen wohl sowohl moralische Gründe als auch Eigeninteressen eine Rolle. Die Auswahl der Feinde ist bei Jakobs eventuell von verschiedenen Bekämpfungsgesetzgebungen in Bezug auf die Gruppen beeinflusst, welche in

den 1990er Jahren – also zeitnah zu Jakobs' Befund – eingeführt wurden (vgl. Morguet 2009: S. 104-105; vgl. Krauß 2006: S. 82).

Wenn man nun die von Jakobs favorisierte positive Generalprävention als Strafzweck zugrunde legt, so müsste eigentlich eher das Strafrecht als ein Feindstrafrecht eine unterstützende Wirkung auf das Vertrauen in die Rechtsordnung haben. Hohe Bestrafungen oder generell Strafen würden hohe symbolische Wirkungen erzielen. Hohe Strafen widersprechen in solchen Fällen auch nicht der Strafkonzeption von Jakobs. Die Taten der genannten Gruppen werden als besonders negativ bewertet, in der Bevölkerung würde eine hohe Bestrafung als angemessen empfunden. Eine Bestrafung der als schuldig empfundenen Gruppen unterstützt meiner Ansicht nach wesentlich eindringlicher die Rechtsordnung, als wenn ein Täter als Feind auf unbestimmte Zeit gesichert wird. Denn bei einer Feindbekämpfung können staatliche Institutionen die für die Kommunikation des Fehlverhaltens wichtigen Schlüsselwörter „Schuld“ und „Bestrafung“ nicht verwenden. Der Staat zeigt: Gegen Verbrecher wird etwas getan. Wörter wie „Schuld“ und „Strafe“, die eine Tat als negativ ausweisen, fördern meiner Meinung nach das Vertrauen der Bürger in die Rechtsordnung eher, als die Kapitulation des Rechtsstaats vor diesen Tätern, indem ein Sonderrecht eingeführt wird. Für Jakobs ist es wichtig, dass die Rechtsordnung in ihrer Funktion erhalten bleibt. Es geht ja weniger darum, welchen Status einzelne Menschen haben. „Es geht im Strafrecht nicht primär um die Verbrechenverhütung – darum soll sich hauptsächlich die Polizei kümmern –, vielmehr um eine Reaktion auf das Verbrechen, die sicherstellt, dass die Rechtstreue als selbstverständliche Haltung der Mehrzahl aller Personen erhalten bleibt [...]“ (Jakobs 2004b: S. 31). Warum nun dieser für Jakobs so wichtige Aspekt gerade bei den Menschengruppen nicht zum Tragen kommt, die zumindest als besonders gefährlich empfunden werden, ist mir nicht klar.

Im folgenden Abschnitt wird untersucht, inwiefern nach Jakobs' Konzeption die Behandlung der genannten Gruppen als Feinde gerechtfertigt ist. Im Grunde kann ein Gesetzgeber beliebige Gruppen zu Feinden erklären, insofern es genug Menschen gibt, die dann die Bekämpfung umsetzen und genug Menschen, die die Bewertung dieser Gruppen als Feinde akzeptieren. Auch wenn ein Gesetzgeber die Feindschaft mit der Ablehnung oder mit wiederholter Verletzung von einzelnen Rechtsnormen oder der gesamten Rechtsordnung rechtfertigt, so ist bei der näheren Bestimmung dieser ungenauen Bedingungen viel Freiraum für die Bewertung, wer Feind ist.

Der Terrorist ist anscheinend der Prototyp für das Kriterium der Ablehnung der Rechtsordnung, denn dem Terroristen wird als Handlungszweck „[...] die Zerstörung des

gegenwärtigen und die Errichtung eines neuen Herrschaftssystems [...]“ vorgeworfen (Merkel 2019: S. 347). Da Terroristen politische Ziele verfolgen, ist ihr Ziel eine Veränderung des Rechtsrahmens oder zumindest eine Änderung des Agierens staatlicher Institutionen. Die Bewahrung des Status quo kann also eine Rechtfertigung des Ausschlusses und der Bekämpfung dieser Menschengruppe sein. Wenn man die für den Terrorismus spezifischen Gewalttaten noch hinzuzieht, so haben die politisch Verantwortlichen zwei Argumente, mit denen sie ein Feindstrafrecht begründen können. Die Terroristen sind Feinde, weil sie Gewalt anwenden und weil sie das staatliche Gewaltmonopol nicht anerkennen, sie akzeptieren die Rechtsordnung und Politik in ihrer aktuellen Form nicht.

Unabhängig von der politischen Bewertung, ob ein Mensch nach einem bestimmten Verbrechen oder als Wiederholungstäter keine Rechtsperson mehr sein darf, kommt die Frage auf, inwieweit einzelne Menschen oder Gruppen tatsächlich und in welchem Umfang die Rechtsordnung gefährden, dass ein Ausschluss aus der Rechtsgemeinschaft und eine Feindbekämpfung gerechtfertigt ist. Also, inwieweit zerstören beispielsweise Terroristen das Vertrauen der Bevölkerung in die Rechtsordnung und inwieweit verändern Terroristen die Rechtsordnung zu ihren Gunsten. Ist das Argument berechtigt, sie seien wegen der Gefahr für die Rechtsordnung nicht mehr tragbar? Diese Themen behandelt Strafrechtler und Rechtsphilosoph Reinhard Merkel in seinem Paper *Feindstrafrecht. Zur kritischen Rekonstruktion eines produktiven Störenfrieds in der Begriffswelt des Strafrechts*. Seine Ausführungen sollen, neben denen von Jakobs, in den nun folgenden Analysen zu den Gruppen Gewohnheitsverbrecher, Mitglieder einer kriminellen Organisation und Terroristen berücksichtigt werden.

I. Der Gewohnheitsverbrecher als Feind

Merkel geht zunächst auf den Gewohnheitsverbrecher ein.⁹⁹ Nach Merkel ist dieser ein Verbrecher, der immer wieder straffällig wird und dem ein Unrechtsbewusstsein fehlt oder das zumindest nicht sein Handeln bestimmt. Das fehlende Vertrauen in die Rechtstreue dieser Menschen würde nach Merkel das generelle Vertrauen in die Rechtsordnung aber nicht wesentlich schwächen. Denn „[...] der Umstand, dass der Gewohnheitsverbrecher diese Gegenseitigkeit [S. K.: des Rechtsnormvertrauens] für sich selbst aufkündigt, untergräbt noch nicht ihre Präsenz und Wirkung für die Gesellschaft als ganze [...]“ (Merkel 2019: S. 344). Anders würde es sich bei den Terroristen darstellen. Ihr feindliches Verhalten zielt auf die „rechtlich verfasste Gemeinschaft als ganze“ (Merkel 2019: S. 345). Die Terroristen versuchen laut Merkel, im Gegensatz zu den Gewohnheitsverbrechern, die Rechtsordnung als etablierte Form der Rechtsauslegung und Rechtsumsetzung zu verändern oder sogar zu zerstören.

Merkel untersucht die Berechtigung einer rechtlich legitimierte Feindschaft zunächst anhand von zwei Kriterien: Das ist zum einen die Störung der Rechtsnormgeltung und ist zum anderen die Beeinträchtigung des Vertrauens der Bevölkerung in die Rechtsordnung in Hinblick auf die „dauernde Abwendung“ von Tätern vom Recht (Merkel 2019: S. 339, im Original kursiv).

Laut Merkel behauptet Jakobs, dass durch die Verletzung der „[...] Pflicht die Geltung der Norm [...]“ für die Rechtsgemeinschaft schwinde (Merkel 2019: S. 340). Jakobs' Argument hänge mit der schon besprochenen „kognitiven Untermauerung“ zusammen, die auch Merkel zitiert (Merkel 2019: S. 340). Wie bereits erwähnt, muss sich nach Jakobs eine Rechtsperson innerhalb der Rechtsgemeinschaft sicher fühlen können und zumindest in der Regel von der Einhaltung der Rechtsnormen seiner Mitmenschen ausgehen. Wenn man noch einmal das Parkbeispiel heranzieht, so soll ein Spaziergänger nicht davon ausgehen „[...] verletzt, beraubt und vielleicht sogar getötet zu werden [...]“ (Jakobs 2004a: S. 91). Eine Rechtsperson

⁹⁹Das Wort ist historisch vorbelastet, weil es im nationalsozialistischen Strafrecht verwendet wurde. Das sogenannte „Gewohnheitsverbrechergesetz“ aus dem Jahr 1933 sah vor, dass ein Mensch, der dreimal in einem kürzeren Zeitraum straffällig wurde, nach der „[...] Gesamtwürdigung der Taten [...] ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist [...]“ und mit hohen Haftstrafen rechnen musste (§ 20a RStGB i. d. F. d. B.). Das Brisante an dem Paragraphen ist, dass der Ausdruck „Gewohnheitsverbrecher“ nicht näher erläutert wurde. Solche „unbestimmte[n] Rechtsbegriffe“ ließen den zuständigen Gerichten viel Interpretationsspielraum (Morguet 2009: S. 268). Das Gesetz verschärfte der Gesetzgeber 1941 dahingehend, dass auch die Todesstrafe für diesen Täterkreis möglich wurde, wenn nach den Nationalsozialisten „[...] der Schutz der Volksgemeinschaft oder das Bedürfnis nach gerechter Sühne es erfordern“ (Morguet 2009: S. 268).

muss also ihre Pflichten erfüllen. Tut sie das nicht, so gefährdet sie nach Jakobs mit dem Bruch einer Rechtsnorm nicht nur ihren Status als Rechtsperson, sondern auch ein Stück weit das Vertrauen in diese Rechtsnorm, womöglich in die gesamte Rechtsordnung. Merkel lehnt nun eine solche Argumentation ab. Denn, wenn eine Rechtsnorm von einem oder einigen gebrochen wird, so bedeutet das nicht, dass sie keiner mehr akzeptiert. Wenn ein Dieb beispielsweise immerfort § 242 StGB (Diebstahl) verletzt, so heißt das nicht, dass die Rechtsnorm ihre Gültigkeit verloren hätte (vgl. Merkel 2019: S. 341). Merkel resümiert:

Akzeptiert man, wie etwa ich selbst, diese Geltungsbedingung [S. K.: die Geltung von Rechtsnormen] als richtig, dann kann die Zerstörung der „kognitiven Mindestgarantie“ für die Normgeltung, soweit sie sich im Handeln eines verbrecherischen Einzelnen manifestiert, die soziale und damit auch die rechtliche Geltung der fraglichen Norm nicht beeinflussen, geschweige denn ruinieren. (Merkel 2019: S. 342)

Merkels Befund ist meiner Ansicht nach richtig und wäre auch empirisch nachweisbar, denn Täter, die immer wieder die Rechtsnormen brechen, treten wohl in jeder Rechtsgemeinschaft auf: Grundsätzlich können einzelne Normbrüche das Urteil der Bevölkerung über die Gültigkeit einzelner Normen oder die der gesamten Rechtsordnung nicht beeinflussen. Erst bei sehr häufigem Auftreten und gepaart mit geringen oder keinen rechtlichen Konsequenzen ist der Sinn der Rechtsnormen als Instrument für die Regelung des zwischenmenschlichen Agierens nicht mehr gegeben. Auch ist Merkels Behauptung nachvollziehbar, dass Jakobs' Ausführungen nahelegen, er selbst wäre der Meinung, schon einzelne Rechtsbrüche würden die Normgeltung innerhalb der Gesellschaft gefährden (vgl. Merkel 2019: S. 342). So „[...] erodiert die Normgeltung [...]“ nicht, wie Jakobs behauptet, wenn man nicht mehr durch einen bestimmten Park geht, weil es zu gefährlich ist (Jakobs 2004a: S. 91). Zumindest ist die Geltung nicht über den Parkbesuch hinaus beeinträchtigt.¹⁰⁰

Ähnlich verhält es sich beim Vertrauen der Mitmenschen in die Rechtsnormen und die Rechtsordnung. So kann laut Merkel ein einzelner „Gewohnheitsverbrecher“, also ein Mensch, der immer wieder straffällig wird, nicht das generelle Vertrauen in die Rechtsordnung gefährden. Grundsätzlich wäre laut Merkel bei „[...] der Zunahme von Delinquenz und vor allem des Ausbleibens strafender Reaktionen [...]“ das „[...] Vertrauen

¹⁰⁰Das behauptet Jakobs zwar nicht, aber der Kontext suggeriert diese Folgerung. Der Absatz beginnt mit den Worten: „Wenn eine Norm die Gestalt einer Gesellschaft bestimmen soll, so muß das normgemäße Verhalten in der Hauptsache wirklich erwartbar sein [...]“ (Jakobs 2004a: S. 91). Nach dieser und weiteren allgemeinen Feststellungen führt Jakobs das Parkbeispiel ein und erweckt so den Eindruck, es sei ein Beispiel für den Verlust der Normgeltung und ein Verlust in das Vertrauen einer ganzen Rechtsgemeinschaft in diese.

von Erosion bedroht“ (Merkel 2019: S. 343). Einen Stabilisator für das Vertrauen hätte Jakobs aber selbst mit seinem Strafkonzepkt eingeführt. Dadurch, dass Schuld mit Strafe beantwortet würde, würde neues Vertrauen geschaffen (vgl. Merkel 2019: S. 343). Einzelne Normbrüche verändern aber das Vertrauen der Mitmenschen in das Recht nicht wesentlich. So wird es laut Merkel immer wieder „habituelle Normbrecher“ geben, die aber das Vertrauen in die Rechtsordnung nicht nachhaltig stören (Merkel 2019: S. 344).

Ein Gewohnheitsverbrecher kann also nicht so nachhaltig die Geltung und das Vertrauen in die Rechtsordnung stören, dass er als Feind bekämpft werden müsste. Merkel fasst zusammen: „Wer aber das Vertrauensfundament der rechtlich verfassten Gemeinschaft weder angreifen kann noch will, qualifiziert sich, so meine ich, selbst dann nicht zum Feind dieser Gemeinschaft als ganzer, wenn er sich dem Verbrechen ‚dauerhaft zugewandt hat‘“ (Merkel 2019: S. 344). Somit qualifiziere sich der Gewohnheitsverbrecher nicht als Feind.

Diese Argumentation finde ich schlüssig. Sie gibt aber nicht die von Jakobs vollständig wieder, da Merkel die Rolle als Rechtsperson, die bei Jakobs wichtig ist, nicht berücksichtigt. Jakobs' Argumentation zielt auf die Rolle als Rechtsperson bzw. deren Verlust ab. Er begründet die Feindschaft weniger mit der Wirkung, die einzelne Straftaten auf die Rechtsgemeinschaft im Verhältnis zu allen möglichen Rechtsnormbrüchen haben. Nach Jakobs akzeptiert der Gewohnheitsverbrecher das Strafrecht nicht und wird deshalb zum Feind. Für ihn ist eine seiner Taten offensichtlich nicht ein seltenes Ereignis, das dann als Ausrutscher zu bestrafen ist, während er Straftaten ansonsten nicht als Handlungsoption auffasst. Die Ignoranz gegenüber dem Strafrecht macht sich beim Wiederholungstäter bemerkbar. Er bekommt Strafen, lässt sich aber nicht von weiteren Straftaten, sogar des gleichen Typs, abschrecken. Er führt dieselben Straftaten immer wieder aus. Eine Strafe zeigt keine Wirkung. Eine „Marginalisierung der Tat“ ist nicht möglich (Jakobs 2000: S. 49). Er hat seine Rolle als Rechtsperson nicht erfüllt. Das Strafrecht zeigt laut Jakobs keine Wirkung, also werden die Gewohnheitsverbrecher wegen ihres Verhaltens als Nicht-Rechtspersonen aufgefasst und als Feinde bekämpft und aus der Öffentlichkeit entfernt, damit sie nicht mehr stören können. Begründet wird die Feinderklärung mit dem fehlenden Verständnis für den Rechtspersonenstatus. Gesetzgeber und Judikative müssen entscheiden, wann bei einem Täter eine Strafe angebracht ist und wann er eine Nicht-Rechtsperson wird, die die Pflichten nicht angemessen erfüllt. Diese Nicht-Rechtsperson kann dann als Feind bekämpft werden. Zwar gefährdet der Gewohnheitsverbrecher nicht generell die Gültigkeit und das Vertrauen in Rechtsnormen oder die gesamte Rechtsordnung, dennoch, folgt man Jakobs' Argumentation, ist ein Gewohnheitsverbrecher in manchen Fällen als Rechtsperson nicht mehr hinnehmbar

und wird als Nicht-Rechtsperson ausgeschlossen. Da sein Fehlverhalten nicht akzeptiert wird, er aber als Nicht-Rechtsperson nicht betrafft werden kann, schließt der Gesetzgeber die Lücke mit dem Feindstrafrecht. Nach Jakobs' Strafrechtskonzeption können also auch Gewohnheitsverbrecher Feinde sein, obwohl sie keinen oder nur einen geringen Einfluss auf die generelle Akzeptanz der Bevölkerung in die Rechtsordnung haben.

II. Der organisierte Kriminelle als Feind

Wie bereits erwähnt sind auch die Mitglieder krimineller Organisationen nach Jakobs Feinde. Er begründet seine Entscheidung mit dem „Erwerbsleben“ und der „Einbindung in eine Organisation“ (Jakobs 2004a: S. 92; Jakobs 2000: S. 52). Das sind Kennzeichen, die auf den längeren Bestand dieser Organisationen hinweisen. Verbunden mit deren Missachtung der Rechtsordnung, sind diese Kriminellen nicht mehr als Straftäter zu verurteilen, sondern als Feinde zu sichern (vgl. Jakobs 2004a: S. 92). Die Begründung für diese Feinderklärung soll nun ausführlicher analysiert werden. Zunächst soll der Begriff „organisierte Kriminalität“ näher bestimmt werden.

1. Der Begriff „organisierte Kriminalität“

Als Feinde führt Jakobs auch Mitglieder der organisierten Kriminalität an. Zunächst muss der „schillernde Begriff“ geklärt werden (von Lampe u. Knickmeier 2018: S. 7). Laut der Arbeitsgruppe Justiz und Polizei (GAG) ist „[...] [o]rganisierte Kriminalität [...] die von Gewinn- oder Machtstreben bestimmte, planmäßige Begehung von Straftaten [...]“ (Bundeskriminalamt 2021: Abs. 1).¹⁰¹ Diese wirtschaftlich arbeitenden Organisationen kann man meiner Ansicht nach in zwei Gruppen aufteilen. Einmal handelt es sich bei diesen Organisationen um Gruppen, die von ihrer Organisation her legal arbeiten, aber mit strafrechtlich relevanten Gütern handeln. So wäre eine Organisation denkbar, die mit Fehlerware einen Onlinehandel betreibt. Sie arbeitet wie ein gewöhnlicher Wirtschaftsbetrieb, handelt aber mit illegal erworbenen Gegenständen. Es kann sich aber auch um Organisationen handeln, die in sich schon illegal organisiert sind. Beispiele für diese Organisationen sind solche, welche die eigenen Mitglieder durch Erpressung und mit Gewalt unter Druck setzen. Die besagte Arbeitsgruppe spricht von der Verwendung von „[...] Gewalt oder anderer zur

¹⁰¹ Auch von Lampe und Knickmeier zitieren die Arbeitsgruppe, vgl. von Lampe u. Knickmeier 2018: S. 8.

Einschüchterung geeigneter Mittel [...]“ (Bundeskriminalamt 2021: Abs. 1). Die Kriminologen Klaus von Lampe und Susanne Knickmeier versuchen in ihrem Forschungsbericht zum Thema, den Begriff „organisierte Kriminalität“ näher zu bestimmen. Laut den Autoren zeichnet eine Variante einer kriminellen Organisation das Ausführen von arbeitsteilig durchgeführten Straftaten von interagierenden Straftätern aus (vgl. von Lampe u. Knickmeier 2018: S. 9-10). Eine andere Variante der organisierten Kriminalität ist das Interagieren zwischen Kleingruppen oder Einzeltätern, die über ein Netz zum gemeinsamen Erfahrungsaustausch in Verbindung stehen (vgl. von Lampe u. Knickmeier 2018: S. 10-11). Besonders gefährlich für die Umsetzung und Erhaltung der Gesellschafts- und Rechtsordnung ist, wenn sich durch das Agieren der Organisationen Parallelgesellschaften bilden. Das sind Gesellschaften mit eigenen Normen jenseits der etablierten Rechts- und Gesellschaftsnormativität. So können „kriminelle Milieus und illegale Märkte“ entstehen, bei denen staatliche Strukturen kaum noch eine Rolle spielen (von Lampe u. Knickmeier 2018: S. 10). Von Lampe und Knickmeier folgern: „In diesen Situationen können sich Strukturen und Mechanismen herausbilden, mit denen Kriminelle eigene Regeln setzen und durchsetzen“ (von Lampe u. Knickmeier 2018: S. 10). In diesen Milieus sind die Gültigkeit der Rechtsordnung und das Normvertrauen in die Rechtsordnung aufgehoben oder haben zumindest nur noch untergeordnete Funktionen.

Im Strafrecht spielt zur Bekämpfung dieser Organisationen u. a. § 129 StGB (Bildung krimineller Vereinigungen) und § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB eine Rolle. In § 244 StGB wird eine „Bande“ beschrieben, „[...] die sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden hat [...]“ (§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB). Strafrechtler Hans-Joachim Rudolphi sieht besonders bei der „Vereinigung“ eine „spezifische[] Gefährlichkeit“ (Rudolphi 1978: S. 319). Auszeichnend für diese wäre der Zusammenschluss von mehreren Menschen zu einer dauerhaften Zusammenarbeit, die sich einer „[...]organisierten Willensbildung unterworfen haben [...]“, also nach gemeinsamen Regeln handeln und arbeitsteilig vorgehen (Rudolphi 1978: S. 320). Bei einer Bande spielt nach Hawickhorst auch das „Zusammengehörigkeitsgefühl“ eine Rolle, aber der Gesetzgeber geht davon aus, dass es sich bei dieser um eine „lose Zusammenfügung“ handelt (Hawickhorst 2011: S. 79). Das Auszeichnende der Bande ist laut Bundesgerichtshof, dass „keine Organisationsstruktur“ und kein „verbindlicher Gesamtwille“ vorliegen muss (Bundesgerichtshof 2001: S. 1).

Nach Rudolphi reicht es bei einer Vereinigung nicht aus, wenn die Mitglieder zwar dieser angehören, dann aber selbstständig agieren (vgl. Rudolphi 1978: S. 320-321). Die Vereinigung muss eine gewisse „Festigkeit und Dauer“ besitzen, damit sie eine

„Eigendynamik“ entfaltet (Rudolphi 1978: S. 321). Warum eine Vereinigung, bei der einzelne Mitglieder autonom agieren, diese Festigkeit zur Eigendynamik nicht haben sollte, ist mir allerdings unklar. Die nötige Verbundenheit untereinander und der nötige Gesamtwillen, die eine Vereinigung ausmachen, kann auch ein Netz von relativ selbständig agierenden Mitgliedern erfüllen. Ein intimer Umgang der Mitglieder untereinander und Hilfestellungen bei drohender Gefahr von anderen Kriminellen oder staatlichen Stellen kann die Festigkeit fördern. Die von von Lampe und Knickmeier genannten Netzwerke darf man meiner Meinung nach aber nicht unterschätzen. Auch sie können die von Rudolphi genannten Kriterien gemeinsame Willensbildung und dauerhafte Zusammenarbeit erfüllen. Rudolphis Behauptung ist sicherlich auch dem Alter seiner Ausführungen geschuldet. Die Netzstruktur ist sicherlich in Zeiten neuer Kommunikationsmittel heute verbreiteter als in den 1970er-Jahren. Ein intensiver Kontakt auch über größere Distanzen war für Rudolphi noch keine Selbstverständlichkeit.

Die organisierte Kriminalität besteht nicht nur aus den Gruppen, die unter §§ 129 und 242 StGB fallen. So werden im *Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung organisierter Kriminalität* aus dem Jahr 1998 § 129 StGB und § 242 STGB nur am Rande erwähnt. Das Gesetz behandelt u. a. die Geldwäsche (vgl. BGBl. 1998: S. 845-846). Auch der Ausdruck „kriminelle Milieus“ geht über das Agieren von Vereinigungen oder Banden, die mehr oder weniger eng zusammenarbeiten, hinaus. Ein kriminelles Milieu bezeichnet auch eine kriminelle Umwelt, aus der heraus Straftaten verübt werden. Von Lampe und Knickmeier sprechen von „illegalen Märkten“, wobei laut den Autoren in Deutschland vor allem der Drogen- und der illegale Zigarettenhandel eine Rolle spielen. Aber hierunter fallen auch andere Märkte wie Menschenhandel und Schmuggel von seltenen Tieren (vgl. von Lampe u. Knickmeier 2018: S. 26). Generell besteht bei der organisierten Kriminalität die Gefahr, dass sich „Institutionen“ jenseits des Rechtsstaates und der Gesellschaftsnormativität entwickeln. So lösen Araber-Clans interne Konflikte zwischen den Gruppen durch „selbsternannte Friedensrichter“ und nicht durch staatliche Gerichte (von Lampe u. Knickmeier 2018: S. 30).

Auf den ersten Blick scheint die Darstellung der organisierten Kriminalität, jener aus dem Einleitungskapitel zu widersprechen (vgl. Kapitel 1 D. II. 1.). Gupta behauptet ja, dass die organisierte Kriminalität die Öffentlichkeit scheut (vgl. Gupta 2008: S. 148). Parallelgesellschaften und Konsummärkte scheinen eine andere Sprache zu sprechen, da Gesellschaften und Märkte eine gewisse Öffentlichkeit voraussetzen scheinen. Die Kriminellen haben jedoch kein Interesse, ihre an wirtschaftlichen Prinzipien orientierten Organisationsstrukturen öffentlich zu kommunizieren. Schließlich versuchen sie, zumindest in

den Bereichen nicht strafrechtlich aufzufallen, wo staatliche Institutionen noch die Möglichkeiten haben, rechtlich gegen sie vorzugehen. Die Parallelgesellschaften und das Anwachsen von illegalen Märkten sind in der Regel Phänomene, die sich mehr aus dem Agieren der Kriminellen ergeben, als dass die Kriminellen tatsächlich bewusst eine Gegenöffentlichkeit mit entsprechenden Institutionen gründen wollen. Die Öffentlichkeit – wenn man nicht auf den Ausdruck verzichten will – ist eine, die innerhalb der kriminellen Kreise stattfindet. Die Organisationsstrukturen dienen rein wirtschaftlichen Interessen und haben nicht die Ansprüche, die staatliche Organisationsstrukturen haben und sollen diese auch nicht ersetzen. Themen wie beispielsweise Verteilungsgerechtigkeit spielen in kriminellen Milieus keine oder nur eine sehr untergeordnete Rolle. Ein Beispiel ist eine Verteilung des Diebesguts entsprechend des Einsatzes bei der Beschaffung.

Dennoch kann die organisierte Kriminalität für staatliche Institutionen und das Rechtssystem eine Gefahr bedeuten. Zunächst ist die Rechtsordnung innerhalb mancher krimineller Kreise faktisch ausgesetzt und wird durch interne Regeln ersetzt, bei denen z. B. fundamentale Grundrechte, wie das Recht auf körperliche Unversehrtheit (vgl. GG Art. 2 Abs. 2), ihre generelle Gültigkeit verloren haben. Ein weiteres Problem entsteht, wenn kriminelle Organisationen ihre internen Bereiche verlassen und auf die Öffentlichkeit und den öffentlichen Raum Einfluss nehmen. Das geschieht, wenn Kriminelle Politiker erpressen oder bestechen, wenn kriminelle Organisationen Viertel in einer Stadt beherrschen, wenn Kriminelle die örtliche private Wirtschaft kontrollieren oder der öffentlich zugängliche Raum durch sogenannte No-Go-Areas eingeschränkt wird.

2. Sind organisierte Kriminelle nach Merkel Feinde?

Einer Feinderklärung nach dem Feindstrafrecht dürfte also nichts mehr im Weg stehen. Sowohl die Gültigkeit der Rechtsnormen als auch das Vertrauen der Bevölkerung sind in Bereichen der Gesellschaft und bestimmten Gegenden zumindest stark eingeschränkt, wenn die organisierte Kriminalität die Oberhand gewinnt. Die beiden Kriterien von Merkel, Störung der Rechtsnormgeltung und die Beeinträchtigung des Vertrauens in die Rechtsordnung, sind somit erfüllt (vgl. Merkel 2019: S. 341-344). Im Gegensatz zum einzeln agierenden Gewohnheitsverbrecher müssten Kriminelle, die organisiert sind, Feinde sein. Die letzten Entscheidungen bei konkreten Fällen würden sicherlich Gesetzgeber und Judikative treffen. Nicht jede Diebesbande hat einen derartigen Einfluss auf das Zusammenleben, dass Merkels Kriterien tatsächlich erfüllt sind.

Merkel selber benennt Mitglieder einer kriminellen Organisation aber nicht als mögliche Feinde. Für Merkel ist ein zusätzliches Kriterium für die Bestimmung eines Feindes notwendig. Dieses Kriterium bezeichnet er als „Angriff gegen die verfasste Gemeinschaft“ (Merkel 2019: S. 345, im Original kursiv). Gemeint ist, dass Menschen die „verfasste Gemeinschaft“ in ihrem Bestand auf irgendeine Weise bedrohen oder fundamental stören könnten. Das können – wie besprochen – eventuell auch organisierte Kriminelle. Gemeint ist aber eine bewusste „Stoßrichtung gegen die Gemeinschaft als ganze“ (Merkel 2019: S. 345). Im Gegensatz zur organisierten Kriminalität, bei der die Zersetzung von Rechts- und Gesellschaftsordnung ein eher schleichender Prozess ist, würden die zu erklärenden Feinde bewusst die Normativität einer Gesellschaft als Ganzes angreifen und ändern wollen. Diese Feinde wären Terroristen und ihre Taten „Verbrechen des Terrorismus“ (Merkel 2019: S. 345).

3. Mitglieder einer kriminellen Organisation und ihre Verantwortung

Auch wenn die besondere Gefährlichkeit von kriminellen Organisationen die Geltung der Rechtsordnung und das Vertrauen in diese schwächen, ist nicht jedes Mitglied einer solchen Organisation für die Strukturen, die sie ausmachen, gleichwertig verantwortlich. Denn ein „einfaches“ Mitglied hat wenig Einfluss auf den Aufbau der Strukturen, für die es arbeitet. Das, was für einen Arbeiter eines großen Konzerns gilt, gilt laut Rechtswissenschaftler Detlef Krauß auch für einen Dealer im Drogenmilieu. Es scheint doch abwegig, „[...] den Tribut für die Schädigung des wirtschaftlichen Gesamtsystems beim einzelnen Dealer einzufordern [...]“, meint er (Krauß 2006: S. 87). So könnte man auch bei „einfachen“ Mitgliedern auf eine Feinderklärung mit der Argumentation von Merkel zum Gewohnheitsverbrecher verzichten. Allerdings heißt das nicht, dass ein einfaches Mitglied unschuldig ist. Mit dem Verkauf von Drogen verübt beispielsweise ein Dealer eine Straftat. Generell gilt nach Jakobs: „Die in einem organisatorischen Machtapparat Ausführenden sind, weil sie ihrerseits verantwortlich handeln, eben keine Werkzeuge [...]“ (Jakobs 2009b: S. 573).

Ein Dealer ist meiner Ansicht nach für den Bestand einer kriminellen Organisation mitverantwortlich. Er leistet als Mitarbeiter der Organisation einen Beitrag für deren Erhalt. Grundsätzlich sind alle Mitglieder einer Organisation, da sie für diese arbeiten und von ihr profitieren, als Teil des Kollektivs verantwortlich. Ähnlich argumentiert der Philosoph Joel

Feinberger nach einem historischen Beispiel von Dwight Macdonald.¹⁰² Der Teil der Südstaatenbevölkerung des 18. und 19. Jahrhunderts, der sich konform der rassistischen Regierung verhielt, sei für die Brutalität gegen die schwarze Bevölkerung kollektiv verantwortlich. Die Verantwortlichkeit ergebe sich aufgrund der aktiven Unterstützung oder der passiven Sympathie für die Gewalt, wie Feinberger Macdonald zustimmend anführt (vgl. Feinberger 1991: S. 72). Eine kollektive Verantwortung, die auf die Mitglieder zurückfällt, gibt es auch für die Mitglieder einer kriminellen Vereinigung. Sie sind für die Existenz ihrer Organisation verantwortlich, da sie sich an die internen Regeln halten, diese in ihren Handlungen umsetzen und von der Organisation profitieren.

Hauptverantwortliche für die Existenz der Organisation sind laut Krauß allerdings „Gründer und Rädelsführer“ (Krauß 2006: S. 88). Das erscheint mir richtig, da sie den Aufbau und das Agieren der einzelnen Mitglieder durch ihre exponierte Position wesentlich bestimmen. Auch das Strafrecht berücksichtigt die besondere Rolle von Führungskräften bei kriminellen Vereinigungen. Das zeigt das erhöhte Strafmaß für „Rädelsführer“ (§ 129 Abs. 5 StGB). Abgesehen von den Straftaten, die man ihnen direkt zuschreiben kann, haben sie auch eine Verantwortung für die Existenz ihrer Organisation. Krauß argumentiert, dass in einem legalen Wirtschaftsunternehmen ein einzelner Mitarbeiter nicht für die Fehler des Unternehmens verantwortlich gemacht werden sollte, sondern nur für seine eigenen Handlungen verantwortlich ist. Dementsprechend dürfte auch bei kriminellen Organisationen die Verantwortung ausschließlich bei den Organisatoren liegen, so Krauß. (vgl. Krauß 2006: S. 87-88). Im Gegensatz zu einer kriminellen Organisation kann meiner Meinung nach ein Mitarbeiter aber nicht davon ausgehen, dass das Unternehmen, für das er arbeitet, illegale Geschäfte macht und die Mitarbeiter an strafbaren Handlungen beteiligt sind.

Die Verantwortung für die Existenz und den Fortbestand der Organisation ist also beispielsweise bei einem Drogenbaron weit höher als bei einem „einfachen“ Dealer. Somit wäre nicht jedes Mitglied einer kriminellen Organisation in Bezug auf Merkels Kriterien, Geltung des Rechts und Vertrauen in das Recht, ein Feind. Der gesamtgesellschaftlich betrachtet negative Einfluss eines „normalen“ Mitglieds auf die Rechtsordnung und Gesellschaftsnormativität ist zu gering, als dass es sie als Ganze beeinträchtigen könnte oder dass auch nur einzelne Normen ihre Geltung verlieren würden. Die unterschiedliche Verantwortlichkeit für die Existenz einer Organisation kann man sich verdeutlichen, wenn man über die Austauschbarkeit einzelner Mitglieder der Organisation nachdenkt. So kann auf

¹⁰² Feinberger bezieht sich auf Dwight MacDonald (1958): *The Responsibility of the People*. – In: Dwight MacDonald (1958): *Memoirs of a Revolutionist*. New York; S. 33-71.

den einzelnen Dealer eher verzichtet werden als auf den Drogenbaron. Da wahrscheinlich genügend weitere Dealer für die Organisation arbeiten, ist der einzelne Dealer eher ersetzbar oder auf ihn kann verzichtet werden. Auch Führungskräfte sind natürlich austauschbar, aber die Ressourcen sind doch begrenzter.

Die Verteilung von Verantwortung auf mehrere Menschen für Straftaten, die organisiertes gemeinsames Handeln voraussetzen, behandelt auch Jakobs in einem kurzen Aufsatz zu den Verbrechen von Perus ehemaligem Präsidenten Alberto Fujimori. Der hatte während seiner Amtszeit Menschenrechtsverletzungen an linken Gruppen wie der Sendero Luminoso und der Zivilbevölkerung angeordnet (Eglau 2020: Abs. 5. u. 8.). Die Ausführenden der Gewalttaten im Namen des Präsidenten und dessen Regierung nennt Jakobs „Verbrecher“ (Jakobs 2009b: S. 572). Es bleibt offen, ob es sich um beauftragte Verbrecher aus kriminellen Milieus oder um staatliche Mitarbeiter beispielsweise des Geheimdienstes handelt. Jakobs konstatiert eine Mitverantwortung Fujimoris für die Taten. Er lehnt aber die Behandlung der eigentlichen Ausführenden als „Werkzeuge in Menschengestalt“ ab (Jakobs 2009b: S. 572).¹⁰³ Ausführende sind beispielsweise Auftragsmörder. Bei ihnen liegt letztendlich die Entscheidung zur Verwirklichung der Taten (vgl. Jakobs 2009b: S. 572-573). Die Auftraggeber – in diesem Fall der Präsident – sind ebenfalls als Mittäter verantwortlich.

Da jeder Mittäter aber nicht nur für einen Bruchteil einzustehen hat, sondern für die ganze Ausführung, muss ihm das nicht eigenhändig Verwirklichte dergestalt zugerechnet werden, dass sein Teilbeitrag ihn für das *Gesamtwerk* mit zuständig macht: Es geht um Akzessorietät, nicht anders als bei der Teilnahme, und damit wird die ganze „Abgrenzerei“ von Täterschaft und

¹⁰³ Die Anwendung der juristischen Konstruktion des mittelbaren Täters lehnt Jakobs hier ab. Von einem mittelbaren Täter kann man dann sprechen, wenn ein Mensch einen anderen als Tatmittler, als Werkzeug, für die Umsetzung einer von ihm geplanten Tat ausnutzt oder zumindest in Kauf nimmt (vgl. Jakobs 2012a: S. 74-75). Als Beispiel nennt Jakobs einen Menschen, der einen Schützen überredet, auf einen Busch zu schießen, indem sich ohne Kenntnis des Schützens ein anderer versteckt hat (vgl. Jakobs 2012a: S. 76). Nun könnte man eventuell dafür argumentieren, ein Anführer einer kriminellen Organisation würde aufgrund seiner Machtposition seine Untergebenen nur als solche Werkzeuge benutzen. Die eigentliche Schuld als mittelbarer Täter liege also bei ihm. Dieser Argumentation folgt Jakobs nicht. Da der Anführer nicht „[...] über die Verwirklichung des Tatbestands als letzter verantwortlich entscheiden [...]“ kann, ist der Untergebene als Entscheider auch an den Straftaten der Organisation beteiligt, also Mittäter (Jakobs 2009b: S. 573). Auch die Verbindlichkeit des Gehorsams aufgrund des Befehls an die Untergebenen kann nach Jakobs nicht die entscheidende Rolle spielen, denn die internen Hierarchien und Befehlsstrukturen einer kriminellen Organisation haben keine Rechtsverbindlichkeit (vgl. Jakobs 2009b: S. 272-273, Fn. 9). Mit anderen Worten: Es macht einen Unterschied, ob ein Feldwebel in einer regulären Armee einen Schießbefehl gibt oder ein Drogenboss.

Teilnahme zu einer Unterteilung von Quantitäten. (Jakobs 2009b: S. 573, kursiv im Original)

Das bedeutet, jeder, der an einer Straftat als Mittäter beteiligt ist, ist auch schuldig. Er leistet seinen Teil an der Umsetzung der geplanten Straftat in eine reale Tat. Selbst wenn er nicht direkt am Tatort zur Tatzeit ist. Einzig die Höhe der Schuld ist unterschiedlich, was sich dann auf die Höhe des Strafmaßes auswirkt. Der Auftraggeber liefert das „präformierte Muster“ (Jakobs 2009b: S. 573). Das heißt, er ist für die Planung mitverantwortlich. Diejenigen, die dann die Planung real umsetzen, sorgen für die „Aktivierung des Musters“ (Jakobs 2009b: S. 573).¹⁰⁴ Eine Einigung und Absprache der Täter über den gesamten Verlauf ist dabei nicht erforderlich, es reicht eine organisierte „Arbeitsteilung“ (Jakobs 2009b: S. 573). Denn die Tat, die die Mittäterschaft begründet, braucht für deren Umsetzung kein Einvernehmen über den Hergang. Jakobs gibt ein Beispiel. Es könnte sein, dass der Auftraggeber einen Dritten beauftragt, der dafür sorgt, dass das Opfer zur Tatzeit am Tatort ist, ohne dass der Ausführende davon weiß (vgl. Jakobs 2009b: S. 573). Auch im Fall des Präsidenten als Auftraggeber und den Ausführenden liegt laut Jakobs ein „gemeinsamer Tatentschluss“ vor (Jakobs 2009b: S. 573). Jakobs resümiert: „Die ‚auswechselbaren Rädchen‘ im ‚organisatorischen Machtapparat‘ sind rechtlich gesehen verantwortliche Personen, die sich mit Fujimori objektiv gemein machten, so wie es dieser mit ihnen hielt“ (Jakobs 2009b: S. 573-574). Im weiteren Verlauf seines Aufsatzes geht Jakobs auf Fujimoris Status als Präsident ein, was in diesem Zusammenhang nicht wichtig ist.

Die Formulierung, dass die Täter für die „ganze Ausführung“ einstehen, zeigt, dass auch für Jakobs die kollektive Verantwortung möglich ist. Da Schuldzurechnung nach dem StGB aber nur auf einzelne Rechtspersonen und nicht auf Gruppen zulässig ist, muss den einzelnen Tätern nach deutschem Recht bei ähnlichen Fällen eine jeweilige Schuld entsprechend des „Teilbeitrags“ zugerechnet werden. Was Jakobs trotz seiner gesellschaftlichen Perspektive auf

¹⁰⁴ Grundsätzlich wird laut Jakobs der Beitrag der einzelnen Täter nicht nur anhand des Beitrags bestimmt, den ein Täter an der Ausführung der eigentlichen Tat hat, sondern an der „Quantität der Pflichtverletzung“ (Jakobs 2012a: S. 79). So kann „[...] die intensive Gestaltung eines Geschehens durch Beiträge im Vorfeld [...] eine Ausführung zum präformierten ‚Kinderspiel‘ [...]“ machen (Jakobs 2012a: S. 80). Die Position von Jakobs lässt sich anhand eines Beispiels verdeutlichen. Eine kriminelle Organisation beschafft sich von einem durch aufwendige Recherchen ermittelten korrupten Chemiker ein schwer nachweisbares Nervengift. In einer Bar, in die das Opfer unter einem Vorwand gelockt wird, lenkt eine Gruppe den Kellner ab, sodass der eigentliche Täter als Kellner getarnt dem Opfer ein Glas Wasser mit dem Gift geben kann. Inwieweit die „intensive Gestaltung“ nun die Pflicht, keinen Mord zu verüben, beim falschen Kellner schmälert, kann hier nicht beantwortet werden. Was Jakobs meiner Meinung nach sagen will, ist, dass nicht zwangsläufig der Beitrag zu einer Tat als geringer zu bewerten ist, umso weiter man in das Vorfeld zur eigentlichen Tatausführung zurückgeht.

das Recht ja berücksichtigt. Diese Differenzierung ist natürlich sinnvoll, da nicht jeder den gleichen Beitrag leistet. So kann nicht jeder Täter eines Mordkomplotts, beispielsweise bei der Ermordung eines Oppositionellen, für den Mord selbst angeklagt werden. Im § 129 StGB zur kriminellen Vereinigung spiegelt sich die unterschiedliche Schuld in der Unterscheidung zwischen einem Mitglied und den Unterstützern und Werbern wider (§ 129 Abs. 1 StGB). Eine weitere Unterscheidung führt der Gesetzgeber bei den Mitgliedern ein. Er hebt diejenigen hervor, die in Jakobs Worten die „Muster“ vorgeben. Sie werden im Strafrecht als „Rädelsführer“ bezeichnet (§ 129 Abs. 5 StGB).

4. Organisierte Kriminelle als Feinde des Jakobs'schen Feindstrafrechts

Für die Feindzuschreibung von Jakobs spielen diese Unterscheidungen in Rädelsführer, „einfaches Mitglied“, Werber und Unterstützer keine Rolle, weil sich sämtliche Mitglieder einer kriminellen Vereinigung in ihrem „[...] Erwerbsleben [...] vermutlich dauerhaft, zumindest aber entschieden vom Recht abgewandt haben [...]“ (Jakobs 2004a: S. 92). Somit können sie keine Rechtspersonen sein und sollten als Feinde gesichert werden. Wie auch der Gewohnheitsverbrecher, so ist jedes Mitglied einer solchen Organisation, insofern sie „hauptberuflich“ Straftaten verübt, ein Feind. Offen bleibt, wie bei Jakobs das entschiedene Abwenden und die Dauerhaftigkeit zu verstehen sind. Das sind die Merkmale, die den Feind kennzeichnen sollen (vgl. Jakobs 2004a: S. 92).

Die beiden Bedingungen, von denen zumindest eine erfüllt sein sollte, kann man unterschiedlich auslegen. Nach Jakobs' Strafkonzepkt hat ein Täter schon dann die normativen Vorgaben des Strafrechts missachtet, wenn er nur eine Rechtsnorm, diese allerdings immer wieder, bricht oder fortwährend unterschiedliche Bagatelldelikte verübt, also die Rechtsordnung in verschiedenen Teilbereichen vernachlässigt (vgl. Kapitel 3 A. III.). Das gilt selbstverständlich auch für Angehörige von kriminellen Milieus. „Wer sein Leben zurechenbar und einigermaßen dauerhaft an kriminellen Strukturen ausrichtet, für den bricht zwar nicht rundum, aber doch bereichsweise die Präsuntion rechtstreuen Verhaltens und damit eine Bedingung seines Status als Person im Recht zusammen.“ (Jakobs 2006a: S. 293). Generell fehlt bei Jakobs' Konzeption aber eine Abgrenzung zu Tätern, die nur durch Bagatelldelikte ausfallen. Hawickhorst nennt als Beispiel den „Schwarzfahrer aus Überzeugung“ (Hawickhorst 2011: S. 231). Nach Jakobs' Argumentation ist die Konsequenz, dass Schwarzfahrer als Feinde der Rechtsgemeinschaft bekämpft werden können, nicht abwegig, aber von Jakobs nicht unbedingt beabsichtigt. Ähnliche Beispiele von

unverhältnismäßigen Feinderklärungen wären auch solche für Bandenmitglieder. Eines davon ist eine Jugendbande, die den Tag mit Ladendiebstahl und Drogenkonsum vertrödelt. Ein weiteres ist eine Gruppe, die Fahrräder stiehlt und dann illegal verkauft. In der westeuropäischen Bevölkerung wird die Akzeptanz für solche drastischen Maßnahmen fehlen und ein Feindstrafrecht für solche Täter nicht akzeptiert werden. Wenn Bandenmitglieder, die nur Bagateltaten verübt haben, als Feinde ausgegrenzt und für unbestimmte Zeit in Sicherungsverwahrung genommen werden, führt diese Behandlung auch zu praktischen Schwierigkeiten. Die Einrichtungen für Sicherungsverwahrte wären schnell überfüllt. Die von Jakobs genannten Beispiele (Wirtschaftskriminalität, Terrorismus, Rauschgiftkriminalität, etc.) beziehen sich aber nicht auf Bagateltaten. Es ist also anzunehmen, dass von Jakobs hier keine Feindschaft gefordert wird. Jakobs ist sich der Problematik der Bestimmung des Feindes bewusst, so schreibt er: „Was beim Delinquenten alltäglicher Art noch selbstverständlich ist, scil. ihn nicht als gefährliches Individuum, sondern als falsch agierende Person zu behandeln, wird [...] beim Hangtäter oder bei dem in eine Organisation eingepaßten Täter schon schwierig [...]“ (Jakobs 2004a: S 92).

Eine Möglichkeit, die feindstrafrechtlich verfolgten Feinde zu reduzieren, wäre, bestimmte Taten wie Hochverrat oder Mord aus dem Strafrecht herauszunehmen und in ein Feindstrafrecht zu integrieren. Dann wären nicht Kleinkriminelle die Feinde, sondern die Menschen, die schwere Gewalttaten oder den Staat empfindlich treffende Straftaten begehen. Nach dieser Auslegung des Feindstrafrechts ist beispielsweise ein Mörder kein Straftäter, sondern ein Feind. Dagegen spricht, dass auch diese Täter die strafrechtliche Schuld anerkennen und das Strafmaß akzeptieren könnten und so Straftäter im Sinne von Jakobs sind, die innerhalb des Rechtsraumes die Straftat als seltenes „missglücktes Unternehmen“ ausweisen (Jakobs 2004b: S. 30). Eine weitere Möglichkeit der Feindeingrenzung wäre die Kombination von Dauerhaftigkeit eines von der Rechtsordnung abgewandten Lebens und den Ausführungen gesellschaftlich besonders geächteter Taten wie die oben erwähnten. Feinde könnten dann beispielsweise kriminelle arabische Klans oder Rockerclubs sein, die auch vor Mord und Menschenhandel nicht zurückschrecken. Eventuell kann man auch die Unterscheidung zwischen Organisationen, die als Wirtschaftsunternehmen agieren, aber mit illegaler Ware handeln, und Organisationen, die nach eigenen illegalen Regeln organisiert sind – wie die genannten Rockerclubs und Araberclans –, aufgreifen. Da die letzteren Organisationen schon aufgrund ihrer Struktur die Rechtstreue nicht garantieren, gehört die entschiedene Abwendung vom Recht und die Dauerhaftigkeit illegalen Verhaltens zu ihrem Alltag. Sie sind also nach Jakobs Feinde. Die erstgenannten Organisationen könnten sich

eventuell noch zu legalen Organisationen wandeln, vor allem dann, wenn sie neben der illegalen Ware auch legale verkaufen. Das illegale Verhalten wäre dann nicht von Dauer und es fehlt die Entschiedenheit, sich von der Rechtsordnung zu entfernen. Ihre Mitglieder sind dann keine Feinde. Generell sind die Voraussetzungen für rechtlich legitimierte Feindschaft, Dauerhaftigkeit und Entschiedenheit der Abwendung vom Recht, zu unspezifisch, als dass man daraus eine generelle Feindschaft gegenüber kriminellen Organisationen ableiten kann, ohne dass das Feindstrafrecht auch Kleinkriminelle als Feinde begreift und behandelt.

5. Bekämpfung organisierter Kriminalität als Zweck des Feindstrafrechts

Wichtig bei der Bestimmung des Feindes ist, welches Ziel der Gesetzgeber bei der Feinderklärung verfolgt. Geht es darum, die Bevölkerung vor einer Unterwanderung des Rechts durch kriminelle Gruppen zu schützen, dann ist die Feinderklärung vor allem gegenüber Organisationen wie Rockerclubs und Araberclans angebracht. Wobei der Gesetzgeber noch zwischen einer tatsächlichen und einer potentiellen Gefahr für die Rechtsordnung unterscheiden kann. Nach Merkel ist die „Disposition zu späterem schweren Verletzungshandeln“ ein wichtiger Grund, mit rechtlichen Mitteln einzugreifen (Merkel 2019: S: 336). Tatsächlich ist die Gefahr in Deutschland vor allem in bestimmten Vierteln und Milieus gegeben. Die Viertel befinden sich vor allem in Großstädten. Eine potentielle Gefahr, dass kriminelle Organisationen in naher Zukunft die Rechtsordnung der BRD im größeren Umfang gefährden, sehe ich nicht. Zumindest ist mir kein Dorf oder keine Stadt in der Bundesrepublik bekannt, wo Straftaten nicht verurteilt werden, sondern Friedensrichter oder Rockerbosse die Gerichte ersetzen.

Im Fall des Schutzes der Rechtsordnung kann der Gesetzgeber zwischen den „Rädelsführern“, die die Strukturen zu verantworten haben, und weiteren Mitgliedern, die nur als Untergebene oder untergeordnete Mitglieder ihren Teilbeitrag beisteuern, differenzieren (vgl. § 129 StGB). Diese Unterscheidung, die nicht in Jakobs' Konzeption vorkommt, könnte auch zur besseren Differenzierung zwischen Feinden und Straftätern beitragen. Da die „Rädelsführer“ für die Erhaltung der Rechtsordnung eine besondere Gefahr darstellen, würden womöglich nur sie als Feinde verfolgt, falls man tatsächlich ein Feindstrafrecht etablieren will. Das Feindstrafrecht als Bekämpfung der Menschen, die „[...] Verbrechen [...] gegen die rechtlich verfasste Gemeinschaft als ganze [...]“ verüben, ist scheinbar eine Auffassung, die Merkels Position entspricht (Merkel 2019: S. 339). Allerdings fallen unter

diese Täter bei Merkel – wie bereits erwähnt – nur Terroristen. Merkel hat eine spezielle Interpretation dieser Formulierung.

Ziel kann aber auch sein, Menschen, die ein Negativbeispiel in Bezug auf die Einhaltung der Rechtsordnung abgeben, zu bekämpfen. In diesen Fällen werden diejenigen, die die Rechtsordnung ignorieren und „dauerhaft“ Rechtsnormen brechen, als Feinde bekämpft, weil sie sich nicht als Rechtspersonen zeigen. Ziel ist es dann, durch Entfernen dieser Menschen aus der Öffentlichkeit, Handlungen gegen die Rechtsordnung aus der Öffentlichkeit zu verbannen. Denn durch eine Rechtsordnung wird „[...] hohe Konformität innerhalb festumrissener Rollen [...]“ erwartet (Jakobs 1993: S. 29). Ähnlich wie Bettler aus einem Einkaufszentrum vertrieben werden, damit die Besucher während ihres Aufenthalt nicht mit der Armut dieser Menschen konfrontiert werden, so verbannen Gesetzgeber und Judikative den erklärten Feind der Rechtsordnung aus dem öffentlichen Raum. Da nun auch die besagten Jugendbanden ein solches schlechtes Beispiel sind, wie jeder, der regelmäßig die Rechtsnormen bricht, liefern Jakobs' Ausführungen selbst bei diesen Gruppen Gründe für eine Feinderklärung.

Ich interpretiere Jakobs' Rechtfertigung des Feindstatus gegenüber organisierten Kriminellen wie folgt: Die Menschen innerhalb dieser Zirkel sind deshalb Feinde, unabhängig von ihrem internen Status in der kriminellen Organisation, weil sie keine Rechtsperson sein können, denn sie erfüllen deren Pflichten zur Rechtstreue nicht, und weil sie innerhalb der illegalen Organisation nach Regeln handeln, die konträr zur Rechtsordnung sind. Deshalb sollen Mitglieder der organisierten Kriminalität als Feinde bekämpft werden. Was das Feindstrafrecht dann nicht widerspiegeln kann, ist die unterschiedliche Verantwortung der Führungskräfte und anderer Mitglieder solcher Organisationen bezüglich ihrer Aufgaben in der Organisation. Sie werden nicht nach ihrer Schuld bestraft, sondern pauschal als Feind qualifiziert und gesichert.

Bevor ich auf die Terroristen als Feinde eingehe, will ich im Kontext der Gefährdung, die von kriminellen Milieus ausgehen, noch einmal auf ein meiner Meinung nach wichtiges Ziel, das Jakobs mit dem Feindstrafrecht verfolgt, eingehen. Das ist die Bewahrung des Status der Rechtsperson. Die Gefahr für einen Rechtsstaat besteht aus zwei Teilen, die sich aus Jakobs' Strafrechtsinterpretation und der daraus folgenden rechtlich legitimierte Feinderklärung ergeben. Einer davon ist die Befürchtung, dass Teile der Bevölkerung eine so große Angst vor sich häufig ereignenden Normbrüchen entwickeln, dass ihr Vertrauen in die Rechtsordnung schwindet. Eine zweite Befürchtung ergibt sich aus diesem Vertrauensverlust. Rechtskonformes Verhalten verliert seine Bedeutung für eine Gesellschaft und die

Rechtsordnung verliert ihre Gültigkeit. Wenn nun keine Ordnung mehr existiert, versinkt eine Gesellschaft im Chaos. Diese Befürchtungen sind meiner Ansicht nach für Jakobs präserter als eine Machtübernahme von Terroristen oder Kriminellen. Zunächst scheint Jakobs' Parkbeispiel meinem Standpunkt zu widersprechen. Laut Jakobs muss jede Rechtsperson garantieren, dass sie einen Spaziergänger im Park nicht überfällt und jeder Spaziergänger muss zumindest in der Regel davon ausgehen, nicht überfallen zu werden (vgl. Jakobs 2004a: S. 91). Jakobs' Beispiel scheint eines über Verbrecher zu sein, die die Rechtsordnung unterminieren und dann ihre kriminellen Regeln des Zusammenlebens gelten. Darum geht es meiner Meinung nach aber nicht. Jakobs hat aufgrund seiner gesellschaftlichen Sichtweise auf das Recht die Aufrechterhaltung einer Rechts- und Gesellschaftsordnung im Blick; die konkrete Ausgestaltung spielt eine zweitrangige Rolle. Auch Rockerbanden würden eventuell eine Ordnung aufbauen können, allerdings nach ihren Regeln. Die Gefahr durch die Feinde sieht Jakobs meiner Ansicht nach darin, dass keine Ordnung erhalten bleibt und die ehemaligen Rechtspersonen in einen Hobbes'schen Naturzustand fallen, in dem sich jeder vor jedem fürchten und jeder um seine Selbsterhaltung kämpfen muss (vgl. Hobbes 2019: S. 102-107; vgl. Kapitel 5 B. I.). In diesem Naturzustand leben die Menschen nach egoistischen Prinzipien, also im Sinne der Jakobs'schen Individuen (Jakobs 2011: S. 9-22; vgl. Kapitel 2 B. I.). Die Gefahr, die das Parkbeispiel demnach verdeutlichen soll, wäre also, dass auch die Bürger zu illegal Agierenden werden. Sie merken, dass die Rechtsordnung für die Regelungen des Miteinanders keine Rolle mehr spielt. Sie geben dann ihre Rolle als Rechtsperson auf und greifen auf Selbstjustiz zurück. Sie tragen im Park z. B. eine Waffe. Sie haben kein Vertrauen in den Schutz, den staatliche Institutionen bieten. Der rechtsstaatlich geordnete Zustand wird durch einen rechtsfreien Raum ersetzt. Deshalb ist nach Jakobs der Feind auch kein Mensch, der anderen Regeln folgt, sondern ein Mensch, der sich im Naturzustand befindet. „Ein Individuum, das sich nicht in einen bürgerlichen Zustand zwingen lässt, kann der Segnungen des Begriffs der Person nicht teilhaftig werden. Der Naturzustand ist eben ein Zustand der Normlosigkeit, also exzessiver Freiheit wie exzessiven Kampfes.“ (Jakobs 2004a: S. 92). Die Gefahr besteht, dass es nicht bei wenigen Feinden bleibt, sondern der Gesellschaftszustand in einen Naturzustand übergeht.

Anhand der befürchteten Konsequenzen, die aus dem Verhalten des Feindes folgen könnten, erkennt man den Unterschied zwischen Merckels und Jakobs' Position. Jakobs befürchtet eher einen Naturzustand ohne Rechtsordnung und damit ohne Rechtspersonen, während bei Merkel offen bleibt, welche Gefahr aus dem Agieren des Feindes erwächst. Folgt Anarchie oder eine alternative Ordnung? Folgt eventuell eine Ordnung entgegen rechtsstaatlichen

Prinzipien? Bei Merkel wird derjenige zum Feind, der die Rechtsordnung eventuell zerstören könnte. Bei Jakobs ist der Mensch ein Feind, der keine Rechtsperson ist und die Rechtsordnung stört, da er die Pflichten einer Rechtsperson vernachlässigt und die Umsetzung der Rechtsordnung behindert. Die Gefahr, die vom Feind ausgeht, ist, dass auch andere Menschen ihren Status als Rechtsperson aufgeben oder sogar aufgeben müssen und auf eigene Regeln wie Selbstverteidigung setzen. Sie haben kein Vertrauen in die Gültigkeit der Rechtsordnung oder sie können möglicherweise keines haben. Beispielsweise ist die organisierte Kriminalität, sofern schon rechtsfreie Milieus und Stadtteile von ihr beherrscht werden, ein Bereiche, wo der Status als Rechtsperson in internen kriminellen Kreisen nicht mehr gilt. Die Menschen haben kein Vertrauen mehr in die Rechtsordnung und beugen sich den Regeln der Kriminellen oder handeln rein nach individuellen Motiven.

III. Terroristen als Feinde

Wie bereits angesprochen, fehlt laut Merkel bei Jakobs eine wichtige Bedingung, die einen Feind seiner Meinung nach ausmacht, die ein Feindstrafrecht rechtfertigt. Diese Bedingung ist die „Stoßrichtung gegen die Gemeinschaft als ganze“ (Merkel 2019: S. 345). Die mit diesem Ausdruck anvisierten Täter sind Menschen, die mit ihren Taten die Gesellschaft und die staatlichen Institutionen als solche angreifen. Seiner Meinung nach zeichnen einen Täter als Feind nicht allein die Kriterien Gefährlichkeit, seine Ignoranz gegenüber der Rechtsordnung, Schwächung des Vertrauens in die Rechtsordnung der Bevölkerung durch sein Agieren und seine Schuldfähigkeit aus (vgl. Merkel 2019: S. 336 u. 345). Mit dem Angriff auf den Rechtsstaat und/oder die Bevölkerung in ihrer Gesamtheit soll nun eine Bedingung gefunden sein, die eine Feindbekämpfung und ein Feindstrafrecht rechtfertigen würden.

Die Kriterien Gefährdung der Gültigkeit und des Vertrauen in die Rechtsordnung wurden bereits erörtert. Merkel geht davon aus, dass Kriminelle wie Gewohnheitsverbrecher weder die Geltung einzelner Rechtsnormen noch die gesamte Rechtsordnung nennenswert beeinträchtigen können. Genauso können sie nicht das Vertrauen in die Rechtsnormen oder die Rechtsordnung nachhaltig schwächen. Weiterhin wird nach Merkel das Kriterium einer besonderen Gefährlichkeit für sich allein einen Menschen nicht als Feind klassifizieren. Für Merkel steht bei diesem Kriterium nicht die Gefährlichkeit der Taten, sondern die „besondere Gefährlichkeit seiner Akteure“ im Vordergrund (Merkel 2019: S. 336). Zwar muss laut Merkel ein Mensch, um als Feind im Sinne eines Feindstrafrechts qualifiziert zu sein, eine gewisse Gefährlichkeit haben, aber auch mit diesem zusätzlichen Kriterium ist eine

Feindschaft nicht hinreichend begründet. Der Begriff ist schwer einzugrenzen; so lehnt ihn Merkel zur näheren Bestimmung des Feindes ab (vgl. Merkel 2019: S. 338).

Die Schuldfähigkeit eines Feindes hält Merkel für wichtig (vgl. Merkel 2019: S. 344-345). Merkel stützt seine Überlegungen zu diesem Kriterium auf Ausführungen von Jakobs, nach denen sich Schuldunfähige in einer Art Naturzustand befinden würden und nicht rechtlich verantwortlich seien (Merkel 2019: S. 344). Schuldunfähige sind, wie oben beschrieben, nach Jakobs Nicht-Rechtspersonen, da sie nicht als Menschen mit Rechten und Pflichten einer Rechtsordnung, also als Rechtsperson, behandelt werden (vgl. Kapitel 2 B. V. 1.). Darüber, ob Schuldunfähige, wie sie strafrechtlich in §§ 19 und 20 StGB beschrieben werden, auch Feinde sein können, gibt Jakobs keine Auskunft. Merkel argumentiert für eine Schuldfähigkeit des Feindes. Was seine Konzeption, von derjenigen nach Jakobs unterscheidet, da bei Jakobs die strafrechtliche Schuld bei der Beurteilung des Feindes keine Rolle spielt. Der Feind wird ja gerade nicht aufgrund einer Schuld bestraft, sondern als Feind gesichert. Der Feind hat laut Merkel mit seinen Taten bestimmte Ziele, „destruktive[] Intentionen“; diese Intentionen muss man ihm schuldhaft zurechnen können, damit seine Taten und er als Täter rechtlich auch fassbar sind (Merkel 2019: S. 344). So setzt nach Merkel die Zuschreibung als Feind Schuldfähigkeit voraus. Dass Schuldfähigkeit allein keine Bedingung für eine staatlich legitimierte Feinderklärung ist, weil auch jede Rechtsperson schuldfähig ist, braucht nicht weiter erörtert zu werden. Das für die Rechtfertigung der Feindschaft ausschlaggebende Kriterium ist laut Merkel der „Angriff gegen die verfasste Gemeinschaft“ (Merkel 2019: S. 345, im Original kursiv). Menschen, die bewusst die Rechtsordnung und die Strukturen des Staates, „die rechtlich verfasste Gemeinschaft als ganze“ angreifen, sind als staatlich autorisierte Feinde zu betrachten (Merkel 2019: S. 345). Zu dieser Tätergruppe gehören nach Merkel vor allem Terroristen (vgl. Merkel 2019: S. 345).

Die Begriffe Terrorist und Terrorismus wurden im Einleitungskapitel schon umfassend erörtert (vgl. Kapitel 1 D.). Im Anschluss wird zunächst auf Merkels Verständnis von Terrorismus und die daraus folgende Rechtfertigung für die Feindschaft gegenüber dieser Gruppe eingegangen. Im Anschluss erläutere ich, wie Jakobs' Standpunkt zum Terrorist als Feind ist.

1. Der Begriff „Terrorismus“ nach Merkel

Merkel bestimmt den Begriff mit mehreren Verweisen auf die einschlägige Literatur und die Diskussion um das internationale Recht. Die Deutung erfolgt bei Merkel vor allem in Bezug auf den islamistischen Terror nach der Millenniumswende.

In meiner Arbeit wurden Terroristen als politisch motivierte, nicht staatliche Gruppen oder Einzeltäter, die extreme Gewalt anwenden und nicht militärisch organisiert sind, bestimmt (vgl. Kapitel 1 D. III.). Auch Merkel erwähnt das hohe Gewaltpotential von Terroristen (Merkel 2019: S. 346-347). Die politische Motivation lässt sich mit dem Ziel, gesellschaftliche und staatliche Verhältnisse zu verändern, näher bestimmen. Die etwas allgemeine Formulierung „extreme Gewalt“ kann man mit Taten wie Mord, Bombenanschlägen, Entführungen und schwere Brandstiftung konkretisieren.¹⁰⁵

Merkel grenzt den Begriff des Terrorismus enger ein. Aus der Literatur würde folgen, dass für Terroristen das Ziel der Einschüchterung der Bevölkerung und die Absicht der Nötigung der Regierung zu Umsetzungen oder zu Unterlassungen von Entscheidungen besonders charakteristisch seien (vgl. Merkel 2019: S. 347). In Bezug auf die EU-Richtlinie 2017/541 kommt noch der Wille zur Destabilisierung und Zerstörung staatlicher und gesellschaftsrelevanter Strukturen und Organisationen hinzu (vgl. Merkel 2019: S. 348). Nach Merkel würden Terroristen „[...] offen ihre Absicht kommunizieren, nicht primär ihre unmittelbaren Opfer, sondern die öffentliche Sicherheit, das bürgerliche Grundvertrauen und den Staat als deren Garanten [...]“ beeinträchtigen wollen (Merkel 2019: S. 348). Damit vertritt Merkel die klassische Position der „indirect strategy“ zum Terrorismus von Primoratz (Primoratz 1990: S. 131).¹⁰⁶ Da die Terroristen zivile Opfer bewusst einplanen und diese für ihre Ziele instrumentalisieren würden, könnten sie nicht wie „Gegner im Krieg und Bürgerkrieg“ behandelt werden (Merkel 2019: S. 348). Sie verletzen das Völkerrecht (vgl. Merkel 2019: S. 349, Fn. 68).

¹⁰⁵ Vgl. die Katalogtaten nach § 129a Abs. 1 u. § 129a Abs. 2.

¹⁰⁶ Primoratz beschreibt die Strategie in *What is Terrorism* wie folgt: “Thus terrorists may attack a group of civilians with the aim of intimidating the civilian population at large and getting it to leave a certain area. Or they may attack such a group with the purpose of cowering the government into accepting their demands, as is usually the case in airplane hijacking” (Primoratz 1990: S. 131).

2. Die Rechtfertigung der Feinderklärung nach Merkel

Verunsicherung, Nötigung, Destabilisierung oder Zerstörung staatlicher Institutionen mit extremer Gewalt macht meiner Meinung nach den politischen Charakter dieser Tätergruppe aus und kennzeichnet den Terroristen als Terroristen. Für Merkel reicht aber die politische Dimension nicht aus, den Terroristen als Feind zu erklären. Der Terrorist muss „die rechtlich verfasste Gemeinschaft als ganze“ treffen wollen (Merkel 2019: S. 339). Für die Rechtfertigung, dass Terroristen Feinde sind, nutzt Merkel den Begriff des Volks- oder Staatsfeindes (*hostis rei publicae*) (vgl. Merkel 2019: S. 339). In seiner Begründung beruft er sich auf die Ausführungen von Hobbes (Merkel 2019: S. 332-335, S. 338-339 u. S. 342-343).

Hobbes hat in seinem Werk *Vom Bürger (de cive)* den Begriff des Staatsfeindes (*hostis*) vor allem im Kontext von „Majestätsverletzungen“ verwendet. Eine längere Passage, die auch Merkel anführt, erklärt Hobbes Standpunkt (vgl. Merkel 2019: S. 334, Fn. 16).

[...] *Rebellen, Hochverräter* und alle anderen, die der *Majestätsverletzung* überführt worden sind, [werden] nicht nach dem *staatlichen Gesetz*, sondern nach dem *natürlichen* Gesetz bestraft [...], d. h. nicht als *schlechte Bürger*, sondern als *Feinde des Staates*, und daher nicht mit dem *Recht der Herrschaft* oder der Staatsgewalt, sondern mit dem *Recht des Krieges*. (Hobbes 2017: S. 497, kursiv im Original)

Das bedeutet, wer sich der genannten Vergehen schuldig macht, ist kein Bürger des Staates, sondern wird als Feind des Staates angesehen. Für ihn gilt nicht mehr die Rechtsordnung des Staates, sondern er wird behandelt wie ein feindlicher Ausländer, der den Staat angreift.

Unter „Majestätsverletzung“ versteht Hobbes nicht – was zunächst nahezu liegen scheint – die Majestätsbeleidigung. Diese Formen des Rechtsbruchs umfassen Gewalttaten oder Agitationen gegen die Staatsmacht (vgl. Hobbes 2017: S. 492-493). Die Agitation kann sich im Aufruf zum Ungehorsam gegenüber der Staatsmacht oder in der Kritik an fundamentalen Strukturen, die einen Staat erhalten, wie Steuern zu erheben, eine Armee zu unterhalten oder Gesetze zu erlassen, ausdrücken (vgl. Hobbes 2017: S. 492-495). Die besondere Behandlung begründet Hobbes damit, dass der Übeltäter nicht nur die vom Staat erlassenen Gesetze bricht. Voraussetzung dafür, ein Bürger zu sein, ist die Anerkennung, dass die „[...] Verbindlichkeit zum Gehorsam gegenüber dem Staat, kraft derer die staatlichen Gesetze Geltung haben, jedem staatlichen Gesetz vorausgeht [...]“ (Hobbes 2017: S. 495 u. 497). Menschen, die gegen den Staat als Fundament der Rechtsordnung vorgehen, können keine Bürger sein, sondern fallen aus dem Zuständigkeitsbereich der bürgerlichen Ordnung, in Form der

Rechtsordnung, heraus. Sie sind Staatsfeinde (hostis). Merkel greift diese Position in seiner Feindrechtfertigung auf. Er klassifiziert denjenigen als Feind, der die „Stoßrichtung gegen die Gemeinschaft als ganze“ zum Ziel hat (Merkel 2019: S. 345).

Wenn man diese Qualifizierung des Feindes berücksichtigt, begründen viele Phänomene, die langläufig als Terrorismus bezeichnet werden, keine Feindschaft. Beispielsweise wäre eine Gruppe radikaler Tierschützer denkbar, die Schweinezüchter aufgrund der Massentierhaltung ermorden. Ziel wäre, die Gesetze tierfreundlicher zu gestalten, indem z. B. die Massentierhaltung verboten wird. Eine fundamentale Änderung der Gesellschafts- und Rechtsordnung ist nicht notwendig. Auch islamistische Terroristen könnten nach Merkels Kriterium keine terroristischen Feinde sein. Zwar sollen sowohl die Gesellschaft als auch staatliche Entscheidungsträger beeinflusst werden, vorrangiges Ziel der Dschihadisten ist aber nicht, die Rechtsordnung oder gesellschaftliche Strukturen in westlichen Ländern zu verändern.¹⁰⁷ Wenn man die jüngsten Anschläge betrachtet, haben die Terroristen aus dem radikalen islamistischen Lager zwei Ziele. a) Zum einen wollen sie bestimmte öffentlichkeitswirksame Akteure bestrafen und ähnliches „Fehlverhalten“, wie es die Opfer angeblich verschuldet haben, für die Zukunft unterbinden. b) Westliche Mächte sollen nicht in die Konflikte im Nahen Osten eingreifen. Zu a): Zwei Beispiele sollen dieses Ziel verdeutlichen. Der holländische Regisseur Theodoor van Gogh wurde 2004 von einem islamistischen Terroristen ermordet, weil er in seinen Filmen und seinen öffentlichen Auftritten religiöse islamische Fundamentalisten kritisierte (vgl. Nesser 2015: S. 150). Weitere Opfer, die aufgrund ihrer kritischen Haltung zum Islam ermordet wurden, sind die Mitarbeiter der Satirezeitschrift „Charlie Hebdo“ im Jahr 2015 (vgl. Nesser 2015: S. 289-294). Zu b): Ein weiterer Grund für islamistische Angriffe sind Auslandseinsätze im Nahen

¹⁰⁷ Das bedeutet nicht, dass Dschihadisten die westliche Demokratie befürworten. Laut dem einflussreichen salafistischen Gelehrten al-Maqdisi, einem Pionier der dschihadistischen Ideologie, ist Demokratie eine Religion, die mit dem Islam nicht vereinbar ist. „So, the democracy is on one side a polytheism and on the other side a disbelief in Allah that contradicts with monotheism, the religion of the Messengers, and Prophets [...]“ (al-Maqdisi 2012: S. 10). Allerdings kritisiert auch er vorrangig demokratische und rechtsstaatliche Bestrebungen im Nahen Osten, beispielsweise in Kuwait und Jordanien (vgl. al-Maqdisi 2012: S. 6, Fn. 12, S. 11, Fn. 27, S. 15, Fn. 42 u. S. 16, Fn. 44). Da zumindest die Hintermänner im dschihadistischen Terrorismus eher naheliegende und realere Ziele haben, ist die Zerstörung der westlichen Demokratien eher ein weit entferntes Ziel, das als Ziel der Anschläge in der jüngsten Vergangenheit kaum eine Rolle spielt. Die Verbindung von Anschlägen und Kritik an westlicher Einflussnahme wird auch deutlich an der Wahl des Datums eines Anschlags und der zeitgleichen politischen Entwicklung im Nahen Osten und Nordafrika. Die Anschläge auf Regionalzüge in Madrid und der damals aktuelle militärische Einsatz von spanischen Truppen im Irak sind ein Beispiel (vgl. Nesser 2015: S. 138-148).

Osten. Auch der Mörder von van Gogh hatte dieses zusätzliche Motiv. Der Einsatz holländischer Truppen im Irak wurde von ihm scharf kritisiert (vgl. Nesser 2015: S. 150). Ein weiteres Beispiel sind die Anschläge auf Züge in Madrid im Jahr 2004 durch eine Al-Qaida nahestehende Gruppe (vgl. Nesser 2015: S. 138-148). Hier war das Ziel, die politischen Kräfte zu einem Verzicht auf ein Engagement im Irak zu zwingen (vgl. Nesser 2015: S. 138). Ziele solcher Anschläge sind also nicht, die Rechtsordnung oder staatlichen Strukturen zu verändern, sondern die staatlichen Verantwortlichen zu einem Verzicht auf die Einmischung westlicher Staaten in Konflikte im Nahen Osten zu bewegen, beispielsweise in Afghanistan oder im Irak, und die mediale Aufmerksamkeit auf die Präsenz und den Einfluss westlicher Mächte im Nahen Osten zu lenken. Auch die Einschüchterung der Bevölkerung dient dem Ziel, westliche Staaten vom Engagement im Nahen Osten abzuhalten. Der Dschihadist Hamd bin Hamoud al-Tameemy begründet die Anschläge gegen Zivilisten wie folgt: „[...] [I]n targeting what is referred to as 'civilians' there is much advantage and benefit for attaining the goals of Jihad that cannot be attained when targeting the military. It stirs up the public opinion and agitates the people against their governments to stop their aggressive policies” (Al-Tameemy 2017: S. 25). Als Fernziel der radikalen Kräfte wird eine Weltgemeinschaft unter dem Islam angestrebt, „[...] there is no more *fitnah* (worshiping others beside Allah) [...]“ und der Kampf soll bis zu diesem Ziel weitergeführt werden (Al-Tameemy 2017: S. 22, kursiv im Original). Die vergangenen Anschläge der letzten Jahre haben aber die genannten und zeitnah eher realisierbaren beiden Ziele.

Terroristen, die direkt staatliche Strukturen und Rechtsordnungen destabilisieren oder zerstören wollen, sind die linken Gruppen der 1970er und 1980er Jahre. Ein Beispiel ist die RAF. Ziel der RAF war nach Helga Roos, einem Mitglied einer RAF nahestehenden linken Gruppe, „[...] das system zu zerschlagen, befreiung zu erkämpfen [...]“ (Roos 1988: S. 118, Kleinbuchstaben im Original). Diese Gruppen wären nach einem Kriterium von Merkel also als Feinde nach einem Feindstrafrecht qualifiziert, denn deren Gewalttaten richten sich gegen den Staat als Ganzes und die Rechtsordnung insgesamt und nicht nur gegen einzelne Rechtsnormen oder Maßnahmen staatlicher Institutionen oder gegen einzelne Akteure der Medien. Sie sind somit Staatsfeinde (*hostis*). Nimmt man allerdings die beiden Merkelschen Kriterien Schädigung der Gültigkeit der Rechtsordnung und Beeinträchtigung des Vertrauens in die Rechtsordnung hinzu, so können auch die Gruppen aus dem linksradikalen Milieu keine Feinde sein. Zumindest in der Bundesrepublik haben linke Terroristen die Geltung der Rechtsordnung und das Vertrauen in die Rechtsordnung zu keinem Zeitpunkt nachhaltig

beeinflusst. Dafür waren diese Gruppen zu klein, ihr Einfluss auf die Bevölkerung zu gering und die staatlichen Institutionen zu stabil und mächtig.

Die gewöhnlich als Terroristen bezeichneten politischen Akteure in der Geschichte der Bundesrepublik haben also nicht die Kriterien von Merkel erfüllt, die für ihn bei einer Feinderklärung nach einem Feindstrafrecht notwendig sind. Dass es in der Bundesrepublik noch nie eine terroristische Gruppe gab, die Merkels Kriterien für eine Feindrechtfertigung erfüllt hat, heißt natürlich nicht, dass es solche Gruppen niemals geben wird.

3. Verwendung von „inimicus“ und „hostis“ bei Jakobs und Merkel

Im Zusammenhang mit der Verwendung von „hostis“ kritisiert Merkel die Unterscheidung von hostis und inimicus bei Jakobs, denn auch Jakobs greift den Begriff auf. Er unterscheidet hostis von inimicus in *Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit* (vgl. Jakobs 2006a: 294). Der Feind, den er als Feind des Feindstrafrechts beschreibt, ist seiner Meinung nach eher ein Verbrecher, inimicus, und nicht hostis (vgl. Jakobs 2006a: S. 294). Hostis versteht Jakobs im Kontext der Feindschaft zwischen Staaten im Sinne von Schmitts *Der Begriff des Politischen*. „Der Schmittsche Begriff handelt nicht von einem Verbrecher, sondern vom *hostis*, vom *anderen*; im Staat kommt es erst bei einem Bürgerkrieg zu einer politischen Konfrontation im Sinne *Schmitts*“ (Jakobs 2006a: S. 294, kursiv im Original). Schmitt geht in seinem berühmten Buch bei feindlichen Handlungen vom Krieg zwischen Staaten aus oder zumindest von einem Kampf zwischen größeren Gruppen (vgl. Schmitt 2015: S. 11). Generell ist das Verhältnis zwischen Staaten nach Schmitt als ein außerrechtliches, einen Naturzustand, zu betrachten, in dem sich die Staaten als potentielle Feinde (*hostis*) gegenüberstehen. Ähnlich wie im Hobbes'schen Naturzustand die einzelnen Individuen aufgrund der eigenen Selbstbehauptung gegeneinander kämpfen, so stehen in Schmitts Konzeption Staaten in ständiger Konkurrenz und es droht beharrlich ein Krieg (vgl. Schmitt 2015: S. 31). So stehe die eine Bevölkerung der anderen als potentielle Feinde gegenüber. „Feind ist nur der *öffentliche* Feind, weil alles, was auf eine solche Gesamtheit von Menschen, insbesondere auf ein ganzes Volk Bezug hat, dadurch *öffentlich* wird. Feind ist *hostis*, nicht *inimicus* im weiteren Sinne [...]“ (Schmitt 2015: S. 27, kursiv im Original). Schmitt beruft sich in diesem Zitat merkwürdigerweise nicht auf Hobbes, was als Hobbes-Verehrer naheliegen würde. Er bezieht sich bei seiner Deutung auf Platon (Schmitt 2015: S. 27-28, Fn. 5). Platon würde seiner Meinung nach das griechische Äquivalent zu *hostis* auf den Krieg zwischen Hellenen und Barbaren anwenden, während mit *inimicus* eher die

Akteure von „Aufruhr, Erhebung, Rebellion, Bürgerkrieg“ zu bezeichnen wären, also einzelne Menschen oder kleine Gruppen, die sich innerhalb eines Staates gegen die anderen Menschen innerhalb des Staates stellen (Schmitt 2015: S. 27, Fn. 5).¹⁰⁸ Der *hostis*-Begriff, den Schmitt darstellt und der von Jakobs aufgegriffen wird, ist nicht der von Hobbes, den Merkel analysiert.

Merkel bezweifelt nun Jakobs' Auffassung, dass der Feind des Feindstrafrechts ein *inimicus* ist. Zunächst stimmt er Jakobs zu, dass sich *hostis* im Schmittschen Sinn auf ein „kollektive[s] Singular“ bezieht (Merkle 2019: S. 331). Wenn nun der Feind ein *hostis* sein sollte, so müsste er ein öffentlicher Feind sein. Das wäre nach Merkel der Fall, wenn seine Tat von öffentlichem Interesse wäre. Vom öffentlichen Interesse wäre eine Tat aufgrund des „Verletzungsgewicht[s]“ und der wichtigen Rolle der verletzten Rechtsnorm und aufgrund des Ziels der Schädigung der Rechts- und Gesellschaftsordnung als ganze (Merkel 2019: S. 332). Nun bezieht sich Merkel, wie bereits erwähnt, auf Hobbes, der für einen Menschen, der die Gesellschafts- und Rechtsordnung bekämpft, den Ausdruck „*hostis*“ und nicht „*inimicus*“ verwendet (vgl. Merkel 2019: S. 333). Der Ausdruck *inimicus* hingegen würde bei Hobbes für gewöhnliche Kriminelle gebraucht werden (vgl. Merkel 2019: S. 334). Laut Jakobs ist nun das Besondere des Feindes des Feindstrafrechts, dass er ein Verbrecher „[...] der vermutlich nachhaltig gefährlichen Sorte, ein *inimicus* [...]“ ist (Jakobs 2006a: S. 294, kursiv im Original). Diese Argumentation kritisiert Merkel, da unter den Begriff „*inimicus*“ nur Bürger, die Verbrechen begangen haben, fallen und ein *inimicus* kein Mensch wäre, der „[...] sich in besonders gravierender Weise anders benimmt“ (Merkel 2019: S. 334).

Hobbes bezeichnet die Gruppe, die für Merkel Feinde sind, tatsächlich als *hostis*, wenn man Merkels Kriterium des Angriffs auf die Gesellschafts- und Rechtsordnung als ganze heranzieht. (vgl. Hobbes 2017: S. 497, vgl. Kapitel 3 C. III. 1.). Merkel folgert:

¹⁰⁸ Schmitt beruft sich auf Platons *Der Staat* 5. Buch, 16. Kapitel. Während die Hellenen Krieg gegen die Barbaren im Sinne des *hostis* führen, ist bei Platon ein Aufruhr oder ein Bürgerkrieg ein innerstaatlicher Gewaltakt, einer gegen einen *inimicus* (vgl. Schmitt 2015: S. 27-28, Fn. 5). Schmitt beruft sich auf keine bestimmte Ausgabe bzw. Übersetzung. Er erwähnt allerdings eine Übersetzung von Otto Apelt. Das entscheidende Zitat findet man in der Übersetzung von Karl Vretska; dort wird zwischen einer „Feindschaft im Krieg“ und Feindschaft durch „Zwist“ unterschieden (Platon 1982: S. 272). Schmitt versteht den Begriff „*hostis*“ weiter, da er auch einen Bürgerkrieg als Feindschaft auffasst, insofern sich größere Gruppen gegenüberstehen (vgl. Schmitt 2015: S. 43-45). Wenn man die Hellenen im Falle eines Bürgerkrieges als geschlossene Gruppe versteht, in der einzelne Menschen den Bürgerkrieg führen und nicht sich gegenüberstehenden bekämpfende Menschen als zwei getrennte Gruppen auffasst, entspricht die Unterscheidung zwischen *inimicus* und *hostis* der von Schmitt. Es kommt also auf die Sichtweise an: Handelt es sich um zwei unterscheidbare Gruppen oder handelt es sich um eine Gruppe, die intern eine Auseinandersetzung hat?

In der Sache spricht aber alles dafür, die Kriterien eines strafrechtlichen Feindbegriffs, der allenfalls zustimmungsfähig wäre, prinzipiell am klassischen Typus des *hostis* zu orientieren. *Inimicus* ist der private, der bürgerliche, der „normal“ verbrecherische „Feind“ (welcher Güter oder Personen immer). Eben deshalb darf er auch und gerade in Jakobs' Konzeption als Feind weder bezeichnet noch behandelt werden.“ (Merkel 2019: S. 335, kursiv im Original).

Damit unterstellt Merkel aber Jakobs eine Feindauffassung, die er selbst befürwortet. Bei Jakobs spielt allerdings der Angriff auf die Gesellschafts- und Rechtsordnung als Ganzes nicht die wesentliche Rolle bei der Bestimmung, wer als Feind zu gelten hat, wie bei Merkel. Zum Feind wird bei Jakobs ein Mensch erklärt, der die Rechtsnormen und die Rechtsordnung ignoriert und immer wieder bricht, also nicht als Rechtsperson auftritt. Deshalb kann auch ein Verbrecher der „nachhaltigen Sorte“ ein Feind sein. Wenn man allerdings Merkel folgt und annimmt, *inimicus* ist ein Bürger, also eine Rechtsperson, so kann auch bei Jakobs der Feind des Feindstrafrechts kein *inimicus* sein. Die beiden lateinischen Wörter werden von Merkel und Jakobs unterschiedlich verstanden. Während Jakobs sich an Schmitt orientiert, verwendet Merkel die Wörter eher im Anschluss an Überlegungen von Hobbes.

4. Begriff des Terrorismus und die Feindzuschreibung nach Jakobs

Jakobs definiert den Begriff „Terrorismus“ nicht; was in Anbetracht der vielen unterschiedlichen Deutungen von Nachteil ist. Wie auch die anderen schon genannten Gruppen, die Jakobs als Feinde des Feindstrafrechts bestimmt, wird auch der Terrorist nicht näher beschrieben (vgl. Jakobs 2000: S. 52; vgl. Jakobs 2004a: S. 92, vgl. Jakobs 2006: S. 293). Selbst in seinem Paper *Terroristen als Person im Recht?* geht er mehr auf seine schon ausgiebig erörterte Rechtsauffassung und seinen Standpunkt zur Person bzw. Rechtsperson ein als auf das Phänomen Terrorismus (vgl. Jakobs 2005: S. 841-847).

Grundsätzlich kann man aber viele unter meine Bestimmung des Terrorismus fallenden Gruppen oder Einzelpersonen nach Jakobs' Konzeption als Feinde betrachten. Meine Bestimmung lautete, dass Terroristen politisch motivierte, nicht im staatlichen Auftrag agierende Menschen sind, die extreme Gewalt anwenden und nicht militärisch organisiert sind (vgl. Kapitel 1 D. III.). Wenn man die Jakobs'schen Kriterien Dauerhaftigkeit und entschiedenes Abwenden von der Rechtsordnung und/oder Einzelnormen hinzuzieht, die Jakobs als auszeichnende Kriterien für die feindlichen Gruppen annimmt, so sind viele

Menschen, die gewöhnlich als Terroristen bezeichnet werden, auch als Feind qualifiziert (vgl. Jakobs 2006a: S. 293). Die linken terroristischen Gruppen aus den 1970er und 1980er Jahren lebten längere Zeiträume, in der Regel bis zu ihrer Verhaftung, in der Illegalität. Die RAF-Mitglieder finanzierten sich durch Banküberfälle, kauften und trugen Waffen und verübten Anschläge.¹⁰⁹ Auch die erdachten Organisationen, die Bauern ermorden, um die Tierschutzgesetzgebung zu verändern, sind Feinde, da sie zumindest die Rechtsnorm nach § 221 StGB (Mord) dauerhaft brechen. Sie missachten diese Rechtsnorm wiederholt. Beide gewalttätigen Gruppen sind keine Jakobs'schen Rechtspersonen, da sie die Pflichten dieser nicht erfüllen. Sie liefern nicht die „kognitive Mindestgarantie“ einer Rechtsperson (Jakobs 2004a: S. 92). Das wiederholte bewusste Brechen von Rechtsnormen rechtfertigt nach Jakobs die Bekämpfung. Allerdings ist Jakobs' Konzeption mit einigen Komplikationen verbunden, die nun erörtert werden.

Problematisch ist beispielsweise die Feinderklärung gegenüber einigen islamistischen Terroristen. Die Akteure verüben eventuell nur eine Straftat, die sie als Terroristen qualifizieren. So haben die Mitglieder der Gruppe um Mohammad Atta „nur“ eine Straftat, und zwar die Anschläge vom 11. September, zu verantworten, wenn man von § 129a StGB (Bildung einer terroristischen Vereinigung) absieht.¹¹⁰ Sie lebten in Hamburg und den USA weitgehend rechtstreu. Der Terrorakt wurde durch jahrelange Vorbereitungsaktionen geplant, die zum großen Teil nach dem deutschen Recht nicht deliktisch sind. Bei diesem terroristischen Phänomen handelte es sich um sogenannte Schläfer. Das sind Menschen, die nach außen ein unauffälliges bürgerliches Dasein fristen, aber schwere terroristische Anschläge planen und eventuell in speziellen Trainingscamps geschult werden (vgl.

¹⁰⁹ Die RAF bemühte sich im Jahr 1972, in dem von Ulrike Meinhof verfassten *Dem Volk dienen. Stadtguerilla und Klassenkampf*, selbst ihre Banküberfälle zur Finanzierung des Lebens im Untergrund als politische Aktionen zu rechtfertigen. „Manche sagen: Bankraub ist nicht politisch. Aber seit wann ist die Frage der Finanzierung einer politischen Organisation keine politische Frage. Die Stadtguerillas in Lateinamerika nennen Bankraub ‚Enteignungsaktionen‘. Niemand behauptet, daß der Bankraub für sich an der Ausbeuterordnung etwas ändert. Für die revolutionäre Organisation bedeutet er erstmal nur die Lösung ihres Finanzierungsproblems. Er ist logistisch richtig, weil anders das Finanzierungsproblem gar nicht zu lösen ist. Er ist politisch richtig, weil er eine Enteignungsaktion ist. Er ist taktisch richtig, weil er eine proletarische Aktion ist. Er ist strategisch richtig, weil er der Finanzierung der Guerilla dient“ (RAF 1997: S 141).

¹¹⁰ Denkbar wäre ein terroristischer Einzeltäter, der nur eine Straftat aus politischen Motiven durchführt. Ein Beispiel ist ein islamitischer Terrorist, der als Zeichen gegen die deutsche Außenpolitik einen Bombenanschlag gegen das Auswärtige Amt verübt. Er muss nicht unbedingt einer terroristischen Vereinigung nach § 129a StGB angehören. So ist dem Einwand entgegnet, es gäbe keine Terroristen, die nicht zumindest aufgrund von 129a StGB dauerhaft vom Recht abgewandt lebten.

Morguet 2009: S. 202-204). Salafisten, Anhänger einer religiösen Strömung, die viele islamistische Terroristen – wie die Gruppe um Atta – sind, lehnen westliche säkulare Rechtsordnungen ab, so wie der dschihadistische Gelehrte al-Maqdisi. „The democracy is the evil result of secularism [...], because secularism is a fake doctrine that aims at separating the religion from the government.“ (al-Maqdisi 2012: S. 11).¹¹¹ Das bedeutet aber nicht, dass sie nicht als Rechtspersonen auftreten können, was die Schläfer ja getan haben. So ist die Dauerhaftigkeit der Abwendung vom Recht mitunter nicht gegeben.

Eventuell kann die besondere Schuld durch die einmalige Tat den islamistischen Terroristen als Nicht-Rechtsperson und Feind bestimmen. Da aber nicht jeder Terrorist mit Flugzeugen in die Twin Towers fliegt, sondern auch weniger aufwendige Anschläge als terroristisch motivierte Gewalttaten gewertet werden, darf die einzelne Tat nicht allein die Feinderklärung gegenüber Terroristen rechtfertigen. So haben islamistische Terroristen im Jahr 2019 in London zwei Fußgänger mit Messern auf der London Bridge ermordet (vgl. Röhrich, Görsch u. Beige 2019: Abs. 11, Abs. 14-17). Erklärte man nun jeden Doppelmörder zum Feind, so wäre der § 221 StGB nur für jeweils einen Mord gültig und der Täter strafwürdig, ansonsten würden die Täter als Feinde gesichert.

Bei Terroristen spielt sicherlich die von der Rechtsordnung abgewandte Haltung eine Rolle, die Jakobs merkwürdigerweise auch bei Sexualstraftätern annimmt (vgl. Jakobs 2004a: S. 92; vgl. Jakobs 2000: S. 52). Abgesehen von der grundsätzlichen Antipathie gegenüber säkularer Gesetzgebung und Gesellschaft spielt bei den Dschihadisten die scharfe Kritik an der als minderwertig empfundenen westlichen Gesellschaft und deren staatlichen Institutionen zur Legitimität der Gewalt eine Rolle. Diese ablehnende Haltung führt zwar nicht zur Planung einer unrealistischen zeitnahen Zerstörung dieser Strukturen, aber sie bietet doch eine Rechtfertigung für Angriffe gegen Bevölkerung und Institutionen, ohne dass moralische Skrupel aufkommen. Auch die angebliche Unterstützung der Bevölkerung für das Engagement westlicher Mächte im Nahen Osten dient als Versuch einer Legitimierung. So behauptete Usāma bin Lādin: „Therefore, the American people are the ones who choose their government by way of their own free will; a choice which stems from their agreement to its policies“ (Bin Laden 2002: Abs. 25 (3a)).

Allerdings muss auch bei der Berücksichtigung einer staatsfeindlichen Haltung der Kreis der zum Feind Erklärten eingegrenzt werden, um die Kapazitäten zur Unterbringung Sicherungsverwahrter nicht zu sehr zu strapazieren. Die Einstellung zur Gewalt von manchen

¹¹¹ Über die verschiedenen Strömungen des Salafismus bietet Farschid in seinem Paper *Salafismus als politische Ideologie* einen kurzen Überblick (vgl. Farschid 2014: S. 163-167).

salafistischen Aktivisten könnte bei der Beurteilung, ob ein Mensch Feind oder Rechtsperson ist, eine Rolle spielen, die den Kreis der zu ernennenden Feinde einschränkt. Dann wird nicht jeder Salafist vom Gesetzgeber mittels Feindstrafrecht zum Feind erklärt, sondern nur die, die Gewalt befürworten. In der deutschen Öffentlichkeit werden diese Menschen auch als Gefährder bezeichnet. Das sind Menschen, von denen staatliche Institutionen annehmen, dass sie aus politischen Gründen Straftaten begehen könnten, vor allem die in § 100a Absatz 2 StPO aufgeführten (Katalogtaten des Telekommunikationsüberwachungsgesetz) (vgl. Bundestag 2017: S. 3).¹¹² Allerdings wird beim Gefährder davon ausgegangen, dass er nicht nur Gewalt befürwortet, sondern vielleicht auch diese real umsetzen könnte (vgl. Bundestag 2017: S. 3). Wenn für die Feinderklärung nur die Haltung zur Gewalt und zur Gesellschafts- und Rechtsordnung entscheidend ist, spielt eine tatsächlich stattfindende Gewalttat oder deren Planung bei der Beurteilung einer Feindschaft keine Rolle mehr. Entweder ist ein Mensch mit einer unerwünschten Haltung erklärter Feind oder Rechtsperson. Eventuell spielt eine realisierte Gewalttat bei der Behandlung des Feindes eine Rolle, zum Beispiel bei der Art und Weise der Sicherung, aber nicht beim Status als Feind.

Zu berücksichtigen ist auch, dass ein Befürworter von politisch motivierter Gewalt kein Terrorist sein muss, ein Terrorist plant ein Gewaltverbrechen, das er umsetzen will. Er ist somit nicht nur ein Befürworter von Gewalt.¹¹³ Die Möglichkeit einer realen Gewalttat ist mehr als nur eine abstrakte Gefährdung. Wenn man lediglich die Haltung zu schweren Gewaltverbrechen als Kriterium für eine Feinderklärung anführt, so umfasst die Gruppe der Feinde deutlich mehr Menschen als die der Terroristen. Jakobs müsste also von politisch motivierten potentiellen Gewalttätern sprechen, die schwere Gewaltverbrechen wie Mord und Bombenanschläge verüben könnten, wenn die Haltung bei der Feinderklärung die entscheidende Rolle spielen soll. Gefährder sind nach dieser Auffassung demnach Feinde, auch wenn sie keine Terroristen zu werden brauchen.

Um terroristische Feinde näher zu bestimmen, besteht vielleicht die Möglichkeit, die Feinde nach Rechtsnormen des aktuellen Strafrechts auszuwählen. Ein terroristischer Feind kann beispielsweise Mitglied einer terroristischen Vereinigung nach § 129a StGB sein. Wenn man § 129a StGB mit den entsprechenden Katalogtaten als Grundlage für die Feinderklärung heranzieht, so wäre der Paragraph nicht nur für Rechtspersonen, sondern auch für Feinde

¹¹² Das sind Straftaten wie „Mord“, „Straftaten des Friedensverrats, des Hochverrats und der Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates sowie des Landesverrats und der Gefährdung der äußeren Sicherheit“, „Straftaten gegen die Landesverteidigung“, „Straftaten gegen die öffentliche Ordnung“ (§ 100a Abs. 2 Satz 1 StPO).

¹¹³ § 100a StPO Abs. 1 geht von Strafvereitelung, Begehung, Vorbereitung oder vom Versuch aus.

gültig. Dieser Problematik kann der Gesetzgeber durch eine Differenzierung entgehen. Der Paragraph wäre dann nur für Terroristen anwendbar, die nicht dauerhaft und entschieden die Rechtsordnung oder einzelne Rechtsnormen missachten. So wären auch die Täter des 11. Septembers Feinde, da sie über einen längeren Zeitraum Mitglieder einer terroristischen Vereinigung waren. Die Mitglieder, die noch leben, müssten also nicht nach § 129a StGB bestraft, sondern nach einem Feindstrafrecht gesichert werden. Menschen, die dagegen nur kurzzeitig Mitglieder einer terroristischen Vereinigung sind, können als Rechtsperson und dann als Straftäter nach § 129a StGB behandelt werden.

Somit ist die Kennzeichnung, ein islamistischer Terrorist zu sein, für eine Jakobs'sche Feinderklärung nicht ausreichend, sondern ein Mensch muss dauerhaft als islamistischer Terrorist agieren, um ein Feind nach einem Feindstrafrecht zu sein. Die Auffassung, Terroristen würden ihr „[...] Leben zurechenbar und einigermaßen dauerhaft an kriminellen Strukturen [...]“ orientieren, sollte also präzisiert und ergänzt werden, falls alle Menschen, die gewöhnlich als Terroristen betrachtet werden, auch mit dem Feindstrafrecht bekämpft werden sollten und wenn Terrorismus generell als eine Rechtfertigung für die Einführung von Jakobs' Feindstrafrecht gelten soll (Jakobs 2006a: S. 293). Sind Terroristen per se Feinde, so ist § 129a StGB überflüssig.

5. Die Wirkung des Feindstrafrechts bei der Terrorismusbekämpfung

Ein Argument von Terroristen gegenüber dem Rechtsstaat und der liberalen Demokratie ist, dass beides nur eine Fassade sei, tatsächlich würde Recht und Politik nicht von den Bürgern und für die Bürger, sondern von anderen Mächten wie Akteuren aus der Wirtschaft, ausländischen Politikern oder religiösen Mächten bestimmt. Unter dieser Voraussetzung ist der demokratische Rechtsstaat nur ein Schein. Als Beispiel führe ich eine Erklärung des RAF-Mitglieds Andreas Baader an, die er im Stammheimer Prozess am 25.08.1975 abgegeben hat. Nach seiner Meinung ist der Prozess gegen die RAF-Mitglieder, keiner, der von der Justiz geführt wird, sondern „[...] als funktion einer militärisch konzipierten konterrevolutionären mobilisierung der exekutive [...]“ zu verstehen (Baader 1977: S. 75, „militärisch“ im Original gesperrt).¹¹⁴ Die Angeklagten würden eher wie Feinde in einem Krieg und nicht als Rechtspersonen behandelt.

¹¹⁴ Die Erklärung ist im Original vollständig in Kleinbuchstaben verfasst worden, was dem Zeitgeist der antiautoritären Anschauung geschuldet ist. Eventuelle Sperrungen sind zur besseren Lesbarkeit entfernt, sind aber angegeben.

Zunächst behauptet Baader, staatliche Institutionen der Bundesrepublik sind vom internationalen Kapitalismus unter der Führung des „us-kapitals“ beherrscht, so ist der „[...] nationalstaat als funktion seiner weltinnenpolitik verfügbar [...]“ gemacht (Baader 1977: S. 77). Wobei unter „Weltinnenpolitik“ wohl nicht nur politische, sondern auch wirtschaftliche Kräfte zu verstehen sind. Nach Baader wird unter dem Einfluss des Kapitalismus der Rechtsstaat („der bürgerliche verfassungsstaat“) zu Gunsten eines totalitären Staates (der „starke[] staat, wie die sache jetzt genannt wird - also faschistisch“) umgewandelt (Baader 1977: S. 77, „faschistisch“ im Original gesperrt). In Konsequenz bedeutet diese Verwandlung nach Baader, dass der Staat nicht mehr durch die Bürger als bürgerliche Demokratie legitimiert ist, sondern allein der Umsetzung kapitalistischer Prozesse dient. Die Aufgabe des Staates ist dementsprechend, sämtliche gesellschaftlichen Bereiche für den Kapitalismus nicht nur verfügbar zu machen, sondern zu kontrollieren („verpolizeilichung der gesellschaft“) (Baader 1977: S. 78). Es geht um eine „verstaatlichung der gesellschaft“ (Baader 1980: S. 80).

Ein Grund für die vermeintliche Entwicklung des Staates ist nach Baader der linke Widerstand gegenüber dem Kapitalismus – z. B. die Gewalt der RAF. Denn die RAF erzeugt „[...] erwartungen und haltungen, die am gebrauchswert orientiert sind [...]“ (Baader 1980: S. 80). Sprich, die RAF propagiert eine kommunistische Gesellschaftsordnung. So ist die Bekämpfung der RAF eine „auseinandersetzung um den sinn politischer praxis“ (Baader 1980: S. 80). Staatliche Institutionen werden laut Baader den Kapitalismus verteidigen, die RAF steht für die Einführung einer kommunistischen Gesellschaftsordnung. Da der Kapitalismus eine kapitalistische Gesellschaftsordnung nach sich zieht, die laut Baader das Agieren staatlicher Institutionen bestimmt, geht es also um die Erhaltung einer Gesellschaftsordnung.

Dass die staatlichen Institutionen für die Erhaltung des Kapitalismus eintreten und der Staat keine Demokratie ist, dass sich die „[...] bürgerliche ideologie, der bürgerliche staatsbegriff selbst aufgibt [...]“, wird nun durch den linken Widerstand, die Gewalt der RAF, sichtbar (Baader 1977: S. 78). Es geht um einen Krieg gegen eine Alternative zum Kapitalismus, in dem sich der „[...] zur gesellschaft antagonistische apparat des kriegführenden kapitalis offen [...]“ zeigt (Baader 1977: S. 78). Der Umgang mit der RAF ist also eher der gegenüber Staatsfeinden und nicht gegenüber Rechtspersonen. Unterschwellig behauptet Baader, dass die RAF auf der Seite der Bürger, der Gesellschaft, steht, da der Staat internationalen kapitalistischen Entwicklungen dient und die Terroristen diese bekämpfen.

Der Verlust der Legitimation als Rechtsstaat fällt laut Baader im Prozess gegen die RAF als „ausdruck des rechtlichen vakuums und des legitimationslochs“ auf (Baader 1977: S. 79). Das zeigt sich in der Einführung von neuen Gesetzen im Zusammenhang des Terrorismus (vgl. Baader 1977: S. 79). Gemeint ist wohl u. a. § 129a StGB (Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung), der in dieser Zeit diskutiert und 1976 beschlossen wurde (vgl. Hawickhorst 2009: S. 28-35). Das umstrittene Kontaktsperregesetz §§ 31-38a EGGVG wurde erst 1977 eingeführt (vgl. Hawickhorst 2009: S. 35). Das „Vakuum“ entsteht nun, neben der oben ausgeführten fehlenden Legitimation, da nach Baader die Politik ja nicht von demokratischen Prozessen bestimmt wird und ein totalitärer Staat im Dienst des internationalen Kapitalismus ist, auch durch den Kriegszustand zwischen RAF und staatlichen Institutionen. Denn es handelt sich nach Baader ja um eine „politische konfrontation“, die das Gericht im „tümpel eines kriminalprozesses zu bewältigen“ versucht (Baader 1977: S. 79). Es geht laut Baader also um eine Art Krieg zwischen dem politischen linken Widerstand, inklusive der RAF als Vertreter einer kommunistischen Gesellschaftsordnung, und dem Staat, der seine Funktion ausschließlich in der Umsetzung des internationalen Kapitalismus auf nationaler Ebene hat.

der staat stellt sich hier dar als staat im klassenkrieg nach innen – der prozess, den brückner gefasst hat als innerstaatliche feinderklärung – in dem jede politische opposition ausserhalb und innerhalb der ideologischen staatsapparate – denn die gewerkschaften und parteien sind in der bundesrepublik teil des staatsapparats, sind in der bundesrepublik praktisch verstaatlicht – repressiv bekämpft, ausgebürgert und schliesslich illegalisiert [...] wird. (Baader 1977: S. 82, „jede“ und „innerhalb“ sind gesperrt gedruckt)

Wobei der Klassenkrieg nicht zwischen Proletariat und Bourgeoisie geführt wird, sondern zwischen linksradikalen Gruppen wie der RAF und deren Umfeld und staatlichen Institutionen. Nach Baader verwenden staatliche Institutionen im Prozess gegen die RAF die Rechtsnormen also zu einer Feindbekämpfung und die Angeklagten werden nicht wie Rechtspersonen, sondern als Staatsfeinde behandelt. Darüber hinaus wird der linksradikale Widerstand generell nicht nach rechtsstaatlichen Prinzipien bekämpft.

Die Legitimität der Gewalt der RAF wiederum folgt laut Baader aus der fehlenden Legitimität des Staates als totalitärem Staat, es besteht ein „legitimationsdefizit der herrschenden gewalt“ (Baader 1977: S. 80). Damit ist laut Baader – wenn man die Idee des Krieges zwischen Staat und RAF weiterdenkt – die Gewalt an den RAF-Opfern wie Arbeitgeberpräsident Schleyer nicht als Mord nach § 211 StGB zu verurteilen, sondern eher

im Sinne einer militärischen Aktion in einem Guerillakrieg aufzufassen. Die RAF bezeichnet sich ja auch als Stadtguerilla (vgl. Baader 1977: S. 75, S. 76, S. 79, S. 83 u. S. 87). Es stellt sich dann allerdings die Frage, ob Schleyer Soldat ist oder sein Tod eher als Kollateralschaden zu bewerten wäre. Beides dürfte nicht zu rechtfertigen sein. Soldaten befinden sich in einem Kampfeinsatz, Kollateralschäden entstehen unbeabsichtigt.

Wenn man nun auf eine solche Argumentation mit einer Sicherungsverwahrung antwortet und die RAF-Mitglieder als Feinde nach einem Feindstrafrecht aus der Öffentlichkeit ausschließt, so folgt man ein Stück weit Baaders Argumentation. Die Opposition wird „ausgebürgert“ und „bekämpft“ (Baader 1977: S. 82). Die Wirkung, die in diesem Fall eine Behandlung nach dem Feindstrafrecht hervorruft, ist meiner Ansicht nach die Kapitulation des Rechtsstaats mit ihren Prinzipien vor den Herausforderungen von Gewalt gegen ihn. Wichtig wäre gerade mit der symbolischen Kraft von Schuld und Strafe gegenüber der Bevölkerung zu zeigen, dass der Staat gerade nicht mit Ausbürgerung und Bekämpfung, sondern mit den Mitteln antwortet, die ihn als Rechtsstaat auszeichnen. Dann kann der Argumentation, die hier Baader vorbringt, entgegengewirkt und gezeigt werden, dass ein Rechtsstaat die Kommunikation mit seinen politischen – in diesem Fall auch gewalttätigen Gegnern – nicht scheut, sondern aufnimmt, indem die Täter verantwortlich gemacht werden. So kann sich die Bevölkerung auch deutlicher positionieren, indem sie die Strafe als gerecht oder ungerecht beurteilt, was bei einer Sicherung nicht möglich wäre.

6. Zusammenfassung

Da bei Jakobs vor allem die Abwendung vom Recht für die Beurteilung als Feind wichtig ist, spielt für ihn die politische Dimension der hostis-Erklärung, die schon im Römischen Reich wichtig war, keine Rolle (vgl. Kapitel 1 C. I.). Generell ist die Einführung eines Feindstrafrechts als Kapitulation des Rechtsstaates zu bewerten. Er kann mit seinen „normalen“ Mitteln bestimmte Phänomene innerhalb der Gesellschaft nicht mehr bewältigen, sondern muss auf Sondergesetze zurückgreifen, die Menschen als Rechtspersonen ausschließen, um sie als Feinde mit für einen Rechtsstaat ungewöhnlichen Mitteln zu bekämpfen. Gerade in Bezug auf den Terrorismus erscheint mir dieser rechtlich legitimierte Ausnahmezustand problematisch. Denn zum einen bestätigt man ein Stück weit eine Argumentation von Terroristen, dass der Rechtsstaat nur eine Fassade sei, und zum anderen bestätigt man eine weitere mögliche Argumentation von Terroristen: der Rechtsstaat kann seinen Ansprüchen gar nicht gerecht werden. Er behandelt die Menschen nicht nach seinem

Prinzip der Gleichbehandlung, sondern schließt diejenigen aus, die ihm nicht wohlgesonnen sind und für dessen Bekämpfung die rechtsstaatlichen Mittel nicht ausreichen.

Kapitel 4

Feindbekämpfung und Feindbegriff

A. Feindbekämpfung durch das Feindstrafrecht

In diesem Kapitel sollen die Methoden der Feindbekämpfung nach dem Feindstrafrecht analysiert und anhand einiger Beispiele aus der jüngsten Vergangenheit geklärt werden, inwieweit eine Praxis von Feindstrafrechts schon existiert. Dass Jakobs den Feind als zu bekämpfende Entität und nicht als Person im Recht versteht, wie im ersten und dritten Kapitel dargestellt, zeigt auch folgendes Zitat:

An die Stelle der an sich kompetenten Person, der mit der Strafe widersprochen wird, tritt also das gefährliche Individuum, gegen das – hier: mit einer Maßregel, nicht einer Strafe – physisch effektiv vorgegangen wird: Gefahrbekämpfung statt Kommunikation, Feindstrafrecht [...] statt Bürgerstrafrecht [...]. (Jakobs 2004a: S. 89)

Der Feindbegriff wurde im ersten Kapitel analysiert (vgl. Kapitel 1 C. V.). Die wichtigsten Merkmale der Feindschaft seien an dieser Stelle noch einmal kurz erwähnt: Einen Feind zeichnet aus, dass er erklärt und bekämpft wird; diese Handlungen können einseitig sein. Das bedeutet, die Erklärung zum Feind muss nicht erwidert werden. Ein Feind ist eine Entität, die nur als Ganzes ein Feind sein kann. Partialfeinde gibt es nicht. Wenn eine Entität Feind ist, dann ist sie das in ihrer Gesamtheit und nicht nur ein Teil von ihr. Die Feindschaft kann gerechtfertigt werden. Die Feindschaft selbst zeichnet aber allein die Handlungen des Bekämpfens und Erklärens aus. Eine Rechtfertigung ist kein Bestandteil des Feindbegriffs.¹¹⁵

Somit sind die notwendigen Bedingungen, die ein Feindstrafrecht ausmachen, Feinderklärung und Feindbekämpfung. Sie dienen im Feindstrafrecht dem „Ausschalten“ des Feindes als Feind mit rechtlichen Mitteln. Er soll nicht mehr als Feind agieren. Somit ist das Ausschalten des Feindes das Ziel. Dieses ist beim Feindstrafrecht in der Regel mit einem Ausschluss des Feindes aus dem öffentlichen Leben – z. B. in Form der Sicherungsverwahrung – verbunden (vgl. Jakobs 2017a: S. 294). Dieser Ausschluss gilt solange, bis der Feind nicht mehr als Feind angesehen wird. Beispielsweise wenn ein Terrorist seine Einstellung zu Gewalttaten ändert, muss er nicht mehr als Feind behandelt werden. Die Ausschaltung könnte aber auch durch die Todesstrafe umgesetzt werden. Die Todesstrafe

¹¹⁵ Zur Rechtfertigung der Feindschaft vgl. Kapitel 1 C. V. 4.

lehnt schon der Rechtsgelehrte Franz von Liszt im 19. Jahrhundert ab. So schreibt er: „,[...] [U]nd da wir köpfen und hängen nicht wollen, deportieren nicht können, so bleibt nur die Einsperrung auf Lebenszeit (bzw. auf unbestimmte Zeit)“ (zitiert nach Sinn 2006: S. 107).¹¹⁶ Da jedes Strafrecht eine Bekämpfung von nicht gesellschaftlich erwünschten Phänomenen ist, beispielsweise Mord oder Erpressung, muss das Feindstrafrecht an eine weitere Bedingung geknüpft sein. Nach Morguet schreibt Rechtswissenschaftler Urs Konrad Kindhäuser, dass in der Regel die „Bekämpfungsgesetzgebung“ nicht die Bekämpfung von „speziellen Personen“, sondern von „bestimmten Phänomenen“ bezeichne (Morguet 2009: S. 128, Fn. 698).¹¹⁷ Das Feindstrafrecht hingegen zeichnet aus, dass Menschen bekämpft und nicht strafrechtlich relevante Handlungen be- und verurteilt werden. Konkret bedeutet das, nicht das Agieren – die Taten – werden bestraft, sondern die Agierenden bekämpft. Die zu bekämpfende Entität ist ein Mensch.

Nach Jakobs ist diese Erklärung zum Feind mit einem Ausschluss eines Menschen als „Gefahrenquelle“ aus dem Kreis der vollwertigen Rechtspersonen verbunden (Jakobs 2004a: S. 88). Ausschluss bedeutet, er hat weniger oder sogar keine Rechte, die ihm als Rechtsperson zustehen würden. Er wird nicht bestraft wie eine Rechtsperson, sondern als Feind „gesichert“ (Jakobs 2006a: S. 305). Dieser Ausschluss ist in Rechtsstaaten notwendig, da straffälligen Rechtspersonen Rechte im Prozess und eine Bestrafung nach dem Strafrecht zustehen und keine Bekämpfung von Feinden vorgesehen ist. Der Feindstatus verträgt sich nicht mit dem Status als Rechtsperson. Die besondere Behandlung des Feindes zeigt sich laut Jakobs in eher unüblichem Umgang mit einem Menschen im Strafverfahren. So würden hohe Strafen, Einschränkungen der üblichen Prozessgarantien, Vorverlagerungen und die Bezeichnung als Bekämpfungsgesetzgebung, ein Indiz dafür sein, dass eventuell feindstrafrechtliche Elemente im Recht vorliegen könnten (vgl. Morguet 2009: S. 93). Auf diese Maßnahmen wird nun im folgenden Text eingegangen.

¹¹⁶ Sinn zitiert von Liszt, Franz (1970): Der Zweckgedanke im Strafrecht. Marburger Universitätsprogramm 1882. - In: Franz von Liszt (1970): Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze. Band 1. Berlin, S. 169.

¹¹⁷ Morguet bezieht sich auf Kindhäuser, Urs (2006): Schuld und Strafe. Zur Diskussion um ein „Feindstrafrecht“. - In: Andreas Hoyer, Henning E. Müller u. Michael Pawlik (Hrsg.) (2006): Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag. Heidelberg, S. 81 ff. u. S. 95.

B. Symptome eines Feindstrafrecht

Die Merkmale, die auf feindstrafrechtliche Elemente in einer Rechtsordnung hinweisen, sind nach Jakobs neben der „Gefahrbekämpfung“ (Jakobs 2004: S. 89): Vorverlagerungen, Einschränkungen üblicher „prozessualer Garantien“ und „fehlende Proportionalität der Strafzumessung zur Tatschuld“ (Morguet 2009: S. 93; vgl. Sinn 2006: S. 108; vgl. Hawickhorst 2011: S. 203).¹¹⁸ Wenn eine der genannten strafrechtlichen Besonderheiten auftritt, könnte ein Mensch eventuell als Feind nach einem Feindstrafrecht angesehen werden. Entscheidendes Kriterium für die Behandlung als Feind bleibt aber, dass der zum Feind erklärte, als verantwortlich handelnder Akteur aus der Gesellschaft und Rechtsgemeinschaft ausgeschlossen und durch Sicherung oder andere Maßnahmen aus der Öffentlichkeit entfernt wird. Andere Möglichkeiten sind Verbannung und Todesstrafe (vgl. Sinn 2006: S. 107).

Die Merkmale Vorverlagerung, Einschränkung prozessualer Garantien und hohe Strafen müssen nicht notwendigerweise als feindstrafrechtliche bewertet werden. Wichtig ist vielmehr, dass ein Mensch zunächst politisch und dann nach rechtlichen Vorgaben – die im Feindstrafrecht vom Gesetzgeber festgelegt werden – als Feind eingeschätzt wird, aus der Rechtsgemeinschaft ausgeschlossen und schließlich als Feind bekämpft werden kann. Das Auftreten der Merkmale in einem Strafrecht kann verschiedene Gründe haben. Eventuell sind Strafen, im Vergleich zu ähnlichen Fällen, zu hoch angesetzt, ohne dass damit eine Bekämpfung vorgesehen ist. Ein Straftatbestand wird vom Gesetzgeber als besonders verwerflich eingeschätzt und eine hohe Strafe festgelegt, die dann aber in den Medien oder der Bevölkerung nicht akzeptiert und kritisiert wird. Die in der Bevölkerung herrschenden Normvorstellungen sind in der Gesetzgebung nicht genügend berücksichtigt.

Hohe Strafen und Ignoranz gegenüber prozessualen Garantien eines Rechtsstaates können aber auch bloße Schikanen gegenüber einem Beschuldigten sein. Solche Racheakte staatlicher Stellen gegenüber unliebsamen Bürgern dienen nicht unbedingt der Bekämpfung eines Feindes. Rache hat natürlich keinen Platz in einem Rechtsstaat. Solche Schikanen sind sicherlich eher in autoritär geführten Regimen zu finden. Die Missachtung der Prozessgarantien kann auf der Inkompetenz von Richtern und anderen staatlichen

¹¹⁸ Morguet erörtert in umfangreichen Untersuchungen die Symptome des Feindstrafrechts – Vorverlagerung, Missachtung von Prozessgarantien und hohe Strafen (vgl. zur Vorverlagerung Morguet 2009: S. 93-99; vgl. zur Proportionalität des Strafmaßes Morguet 2009: S. 100-104; vgl. zu den Einschränkungen prozessualer Garantien Morguet 2009: S. 111-121). Freilich behauptet auch sie nicht, dass diese Symptome notwendige Bedingungen des Feindstrafrechts sind. „Schließlich bilden nicht die aufgeführten und bereits überprüften Kennzeichen, sondern auch der Feind als Adressat den Inhalt des Feindstrafrechts“ (Morguet 2009: S. 122).

Mitarbeitern beruhen. Die Absicht der Bekämpfung folgt also nicht notwendigerweise aus hohen Strafen und der Missachtung von Prozessgarantien.

Ob bei Vorverlagerungen, hohen Strafen – die dann eine Sicherung sind und keine Bestrafung nach einem Strafrecht – und Missachtung von prozessualen Garantien eine rechtliche Feindbehandlung vorliegt, muss für einzelne in Frage kommende Rechtsnormen und Rechtsordnungen geklärt werden. So gibt es Beispiele, die keine rechtlich legitimierte Feindauffassung gegenüber den Rechtsbrechern darstellen. Die Bekämpfungs- und Ausschaltungsabsicht des Feindes als Feind von staatlichen Institutionen mit rechtlichen Mitteln gegenüber Menschen sind die entscheidenden Kriterien für eine Feindbehandlung. Auf die drei Symptome in Bezug auf das Feindstrafrechts wird nun noch einmal detaillierter eingegangen.

I. Hohe Strafen und Einschränkung von Prozessgarantien

Erhält ein Gesetzesbrecher eine als für unangemessen empfundene hohe Strafe, so bedeutet diese Behandlung nicht notwendigerweise, dass der Täter von staatlichen Institutionen als Feind betrachtet wird. Es spielt eine Rolle, wer das Strafmaß beurteilt. Gesellschaftsrelative und zeitgenössische Auffassungen zur Proportionalität von Strafe führen zu unterschiedlichen Rechtsauffassungen und Rechtsumsetzungen in verschiedenen Ländern. Je nach den Einstellungen der Gesetzgeber, der Bevölkerung und der Medien, Gruppen, die einen gewissen Einfluss auf die Gesetzgebung haben, fallen die Bewertungen zu angemessenen Strafen unterschiedlich aus. Was in einem Staat als eine hohe Strafe angesehen ist, wird in einem anderen Staat von der Bevölkerung als durchschnittliches Strafmaß wahrgenommen. Aus dem Blickwinkel eines Ausländers kann eine landesübliche Strafe als sehr hoch bzw. als sehr niedrig empfunden werden. Die Höhe und die Verhängung von Strafen sind ja nach sozialen Normen bestimmt und keine gesellschaftsunabhängigen Größen. Sie werden nach ethischen und, falls Prävention eine Rolle spielt, nach pragmatischen Kriterien festgelegt. Eine rein auf Fakten basierte Zuteilung eines Strafmaßes bei einer Straftat gibt es nicht.

Die Bewertung einer Strafe als bürgerstrafrechtlich oder feindstrafrechtlich – im zweiten Fall handelt es sich um eine Sicherung – muss immer vergleichbare Fälle heranziehen. Es bietet sich beispielsweise an, zwei Rechtsnormen in Bezug auf deren Strafmaß innerhalb einer Rechtsgemeinschaft und in Bezug auf eine Rechtsordnung zu vergleichen. So kann sich zeigen, dass manche Strafen einer Rechtsperson gegenüber unangemessen hoch wirken, wenn

man diese neben ein anderes Strafmaß mit einem vergleichbaren Straftatbestand stellt. Morguet vergleicht beispielsweise die Unterstützung einer terroristischen Vereinigung (§ 129a Abs. 5 StGB) mit § 27 StGB (Beihilfe). Im Paragraphen heißt es: „Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat.“ Während die Strafe nach § 49 StGB (Besondere gesetzliche Milderungsgründe) verringert werden kann, ist dies für den Unterstützer der Terroristen nicht möglich (vgl. Morguet 2009: S. 104).¹¹⁹ Das könnte ein Hinweis darauf sein, dass Terroristen als Feinde möglichst lange in Haft bleiben sollen, sie nicht bestraft sondern, gesichert werden.

In diesem Kontext sei noch erwähnt, dass es eigentlich keine Strafen für Feinde gibt. Der Ausdruck „Strafe“ ist im Feindstrafrecht nicht angebracht. Es geht beim Feindstrafrecht um die Ausschaltung von Feinden, nicht um die Bestrafung von Rechtspersonen. Feinde sind zu „sichern“ (Jakobs 2004a: S. 90). So kann es keine zu hohen Strafen geben, da nach Jakobs ja die feindlichen Täter die Bedingung, bestraft zu werden, also als Rechtsperson mit Pflichten und Rechten aufzutreten, nicht erfüllen und somit eine Sicherung und keine Strafe notwendig scheint. Dennoch kann es vorkommen, dass eine Sicherung als Strafe „getarnt“ ist. In solchen Fällen ist das staatliche Vorgehen ein Ausschalten eines Feindes, wird aber offiziell als Strafe bezeichnet. In solchen Fällen ist eine hohe Haftstrafe eigentlich eine lang andauernde Sicherung, mit der Hoffnung, während der „Haftstrafe“ würde sich der Feind zur Rechtsperson wandeln. Die Verknüpfung der Haftentlassungen ehemaliger RAF-Mitglieder mit deren Gefahrenpotential für die „Allgemeinheit“ legt ein solches Verständnis zu deren Inhaftierungsdauer nahe. So berichtet ein Mitarbeiter der Bundeszentrale für politische Bildung: „Für Brigitte Mohnhaupt lief am 26. März 2007 ihre Mindesthaftzeit ab. Auf Antrag prüfte das Stuttgarter Oberlandesgericht (OLG) daher, ob von der ehemaligen RAF-Terroristin noch eine Gefahr für die Allgemeinheit zu befürchten sei. Das OLG kam zu dem Schluss, dass es keine Anhaltspunkte für eine ‚fortdauernde Gefährlichkeit der Verurteilten‘ gebe. Somit konnte Mohnhaupt am 27. März 2007 die Justizvollzugsanstalt im bayerischen Aichach verlassen“ (Trinius 2007: Abs. 9).

¹¹⁹ Unterschiedliche Behandlung von Straftätern bei ähnlichen Straftaten muss nicht notwendigerweise auf eine Trennung von Rechtsperson und Feind hinweisen. Die Unterschiede können verschiedene Gründe haben. Z. B. ist es möglich, dass der Gesetzgeber die Ähnlichkeiten bestreitet oder es könnte auch sein, dass dem Gesetzgeber die Ähnlichkeit nicht aufgefallen ist. Im konkreten Fall des § 129a StGB kann der Unterschied daher kommen, dass der Gesetzgeber das Phänomen „Terrorismus“ als unvergleichbar mit oder zumindest nicht gleich zu bewertendes Vergehen zu dem eher generellen Fall der Beihilfe betrachtet. In Anbetracht des medialen und gesellschaftlichen Umgangs mit Terroristen kann aber auch eine politisch motivierte Feinderklärung der Grund für die Differenz sein. Näheres müsste historisch überprüft werden.

Eine Bezeichnung der Sicherung als Strafe kann mehrere Gründe haben. Eventuell beabsichtigen staatliche Institutionen gegenüber der Bevölkerung, die eigentliche Intention der Ausschaltung von unliebsamen Gegenspielern wie oppositionelle Gruppen zu verschleiern. Es besteht aber auch die Möglichkeit, dass sich der Gesetzgeber selbst nicht darüber im Klaren ist, dass er sich mit seiner Gesetzgebung nicht mehr im Bereich der Bestrafung, sondern der Bekämpfung befindet. Diese Möglichkeit ist nicht so abwegig, wie es zunächst erscheint. Die Einführung von feindstrafrechtlichen Maßnahmen könnte eher auf einem Aktionismus beruhen, etwa aufgrund von medialem Druck, als dass sich der Gesetzgeber bewusst nicht an rechtlichen Konzepten wie Schuld und Strafe orientiert. Es scheint aufgrund der medialen Darstellung geboten, gegen gewalttätige Akteure – wie z. B. Terroristen – als Feinde vorzugehen. Eventuell sind die rechtlichen Normen zur Bekämpfung des Terrorismus und ihr teilweise präventiver Charakter, diesem Druck zu verdanken. Ein Beispiel könnten die Haftstrafen nach § 129a StGB (Bildung einer terroristischen Vereinigung) sein. Dort wird die Mitgliedschaft in einer terroristischen Gruppe, die noch keine Gewalttat verübt oder konkret geplant zu haben braucht, mit einer Haftstrafe von einem bis zu zehn Jahren bestraft (§ 129a Abs. 1 StGB).¹²⁰ Zu dem tatsächlichen Einfluss der medialen Darstellung von Gewalttätern, beispielsweise der RAF, auf die Gesetzgebung, leistet eine historische Aufarbeitung der Berichterstattung und der politischen Reaktionen darauf einen Beitrag.

Bei Einschränkungen der Prozessgarantien ergibt sich ein ähnliches Bild. Wie ein Prozess abläuft und welche Standards gelten, hängt vom Landesrecht und vom Rechtsverständnis der Bevölkerung und der staatlichen Akteure ab. Auch hier gibt es sicherlich Differenzen, die von Land zu Land variieren. Auch hier bietet sich ein Vergleich von Fällen innerhalb einer Rechtsgemeinschaft an.

Man muss sicherlich Jakobs' Behauptung zustimmen, dass es sich bei der Kontaktsperre (§§ 31-38 EGGVG) um eine feindstrafrechtliche Norm handelt (vgl. Jakobs 2004a: S. 93 u. S. 94; vgl. Morguet 2009: S. 110). Im Einführungsgesetz GVG heißt es:

Besteht eine gegenwärtige Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit einer Person, begründen bestimmte Tatsachen den Verdacht, daß die Gefahr von einer terroristischen Vereinigung ausgeht, und ist es zur Abwehr dieser Gefahr geboten, jedwede Verbindung von Gefangenen untereinander und mit der Außenwelt zu unterbrechen, so kann eine entsprechende Feststellung getroffen werden [...] (§§ 31 Abs. 1 EGGVG).

¹²⁰ Zu den Bedingungen einer Mitgliedschaft nach § 129a StGB vgl. Hawickhorst 2011: S. 108-109.

Das Gesetz wurde zur Zeit der Schleyer-Entführung 1977 eingeführt, kurz vor seiner Ermordung (vgl. Hawickhorst 2011: S. 136). Mit dem Gesetz sollte die Kommunikation zwischen den Häftlingen und den sich in Freiheit befindlichen RAF-Mitgliedern verhindert werden, da man eine Koordination untereinander und weitere Straftaten befürchtete (vgl. Hawickhorst 2011: S. 136; vgl. Peters 2017: S. 208). Das Gesetz fand kurz nach der Verabschiedung eine praktische Umsetzung, indem der damalige Bundesjustizminister Hans-Jochen Vogel für 72 Inhaftierte aus dem Umfeld der RAF eine Kontaktsperre erließ (vgl. Peters 2017: S. 212). Das Gesetz dient eindeutig der Feindbekämpfung, da mit ihm Feinde in ihrem Handeln ausgeschaltet werden sollen. Wobei die Feinde in diesem Fall nicht nur die Inhaftierten, sondern generell die Menschen sind, deren Kontakte verhindert werden sollen. Für einen rechtsstaatlichen Prozessverlauf ist das Gesetz eher hinderlich, da für manchen Isolierten auch der Kontakt mit seinem Verteidiger unterbunden werden kann (vgl. § 31 Abs. 2 EGGVG), oder der „Verteidiger des Vertrauens“ durch einen anderen Rechtsanwalt ersetzt werden kann (Hawickhorst 2011: S. 136-137; vgl. § 34a Abs. 1 EGGVG).¹²¹

II. Vorverlagerung

Bei der Vorverlagerung wird die Zuständigkeit des Strafrechts vom Bereich nach einer begangenen Tat in den Bereich vor „einer erst zu begehenden Tat“ ausgeweitet (Sinn 2006: S. 108).¹²² Rechtswissenschaftler Uriel Moeller beschreibt die Vorverlagerung wie folgt: „Vorverlagerung ist die Strafbarkeit einer Handlung ohne Erfordernis einer Verletzung des Schutzobjekts der Norm.“ (Moeller 2018: S. 137, im Original kursiv).¹²³ Es wird die bloße

¹²¹ Hawickhorst gibt fälschlicherweise § 24 Abs. 1 an; vgl. Hawickhorst 2011: S. 136-137).

¹²² Nach Morguet reicht die bloße Vorverlagerung nicht aus, um eine Rechtsnorm als feindstrafrechtliche zu qualifizieren. Neben dem Kriterium der Vorverlagerung muss noch die Verletzung der Privatsphäre als strafrechtlich akzeptiert hinzukommen, damit eine Rechtsnorm als feindstrafrechtlich gelten kann (vgl. Morguet 2009: S. 49-54). Beispielsweise ist die Gefährdung des Straßenverkehrs durch einen Rechtsbruch des § 315c Absatz 1 Nr. 1a StGB (Gefährdung des Straßenverkehrs infolge des Genusses alkoholischer Getränke oder anderer berauschender Mittel) kein feindstrafrechtliches Recht, da Autofahren unter Alkoholeinfluss in der Öffentlichkeit geschieht (vgl. Morguet 2009: S. 50 -51, Fn. 214).

¹²³ Der Begriff „Vorverlagerung“ findet nach Moeller größere Popularität im Zusammenhang mit der strafrechtlichen Terrorismusbekämpfung in den 1970er-Jahren des letzten Jahrhunderts und der Diskussion um die Einführung von § 129a StGB (vgl. Moeller 2018: S. 111-112). Rudolphi ist nach Moeller der erste, der den Begriff im Titel eines Aufsatzes verwendet (Moeller 2018: S. 111-112). Jakobs *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung* sei eine der ersten Kritiken an dem Begriff und sie wäre eine der Arbeiten, die „[...] eine zunehmend negative und problembehaftete Position im Strafrechtsdiskurs [...]“ einleitete (Moeller 2018: S. 115-116)

Möglichkeit der Verletzung eines Rechtsgutes in der Zukunft, beispielsweise des Eigentums oder der körperlichen Unversehrtheit, bestraft. Ein Beispiel ist § 129a StGB. Dort heißt es schon zu Beginn des Paragraphen: „Wer eine Vereinigung [...] gründet, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind 1. Mord [...], Totschlag [...] [S. K. es folgen weitere schwerkriminelle Straftatbestände] zu begehen, oder wer sich an einer solchen Vereinigung als Mitglied beteiligt, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft.“ (§ 129a, Abs. 1 StGB).¹²⁴ Die aufgezählten Straftaten müssen also noch nicht begangen worden sein, sondern die Möglichkeit der Umsetzung dieser Straftaten wird in der Zukunft vermutet. Zwei Gründe, die für Vorverlagerungen sprechen, sind: Verbrechen vorzubeugen und einen rechtlichen Rahmen zu haben, um mutmaßliche Straftäter besser überwachen zu können.¹²⁵

Vorverlagerungen sind häufig mit Eingriffen in die Privatsphäre verbunden. Jakobs nennt als Beispiel § 30 StGB (Versuch der Beteiligung). Nach dem Paragraphen ist beispielsweise schon die Verabredung zu einer Straftat strafwürdig. Das bedeutet, dass auch Verabredungen im Privatbereich unter Strafe gestellt werden (vgl. Jakobs 1985: S. 756). Jakobs resümiert:

Wenn beispielsweise beim schon erwähnten Beteiligungsversuch nach § 30 StGB Verabredungen als Straftaten definiert werden, auch wenn sie unter den Bedingungen der Privatheit vorgenommen werden, etwa zwischen befreundeten Personen, dann wird den Beteiligten insoweit ihr Internbereich genommen, und sie werden als *Feinde* behandelt, denen der Status eines Bürgers nicht zukommt. (Jakobs 1985: S. 756, kursiv im Original)

¹²⁴ Zur Vorverlagerung von § 129a StGB vgl. Morguet 2009: S. 99. Im Zusammenhang mit der Terrorismusbekämpfung erwähnt Morguet auch die Vorverlagerung von § 130a StGB (Anleitung zu Straftaten) (vgl. Morguet 2009: S. 98). In § 130a StGB Abs. 2 Nr. 1 geht es darum, wie mit Schriften strafrechtlich verfahren wird, die nach § 126 StGB (Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten) beispielsweise für terroristische Gruppen oder Aktionen werben. Laut Morguet genügt schon, einen Anreiz zur „Begehung bestimmter Taten“ und die Förderung solcher Taten zu schaffen; eine „Anleitung“ zu Straftaten ist nicht notwendig, damit sich ein Mensch nach diesem Paragraphen strafbar macht (Morguet 2009: S. 98).

¹²⁵ Der Jurist Detlef Krauß behauptet, § 129a StGB würde vor allem der Prävention von Straftaten und nicht der Verurteilung von Straftätern dienen. „Denn die strafrechtliche Einlösung des § 129a ist am Ende gar nicht gewollt. Die Vorschrift ist das Hauptbeispiel der von Jakobs gezeigten Vorfeldtatbestände. In diesem Vorfeld geht es nicht darum, einzelne Täter zur Rechenschaft zu ziehen, sondern um eine flächendeckende polizeiliche Prävention mit der Legitimation des Strafrechts. Für diese Prävention sind die von § 129a ermöglichten materiellen und polizeilichen Folgeregulungen das Entscheidende: Anzeigenpflicht, Rasterfahndung, Überwachung der Telekommunikation [...]“ (Krauß 2006: S. 97).

Der Privatbereich ist nach den Vorstellungen von Jakobs – zumindest denen der 1980er-Jahre – ein Bereich ohne „öffentliche Kontrolle“ (Jakobs 1985: S. 756). Was dort geschieht, fällt nicht in den Bereich staatlicher Kontrolle. Wird hier, ohne dass ein Verbrechen geschieht, eingegriffen, so wird der Betroffene nicht mehr als Rechtsperson, sondern als Feind behandelt.

Eingriffe in die Privatsphäre können aber auch Anzeichen für ein mangelndes Vertrauen seitens staatlicher Institutionen in die Bevölkerung sein und nicht nur der Feindbekämpfung dienen. Vorwiegend in autoritär geführten Staaten fordern staatliche Institutionen als präventive Maßnahmen Überwachung und vorverlagerte Bestrafung wegen der vermeintlich geringen Rechtstreue der Bevölkerung. Nach solchen paternalistischen Denkweisen ist die Bevölkerung oder Teile von ihr eher eine Gruppe von Untertanen, die wie kleine Kinder ständig unter Beobachtung stehen müssen. Das Punktesystem in China ist ein Beispiel für einen Versuch, die Bürger möglichst umfassend zu überwachen und zu kontrollieren. Es ist eine Methode, jeden Chinesen – auch nach seiner Rechtstreue – bewerten zu können.¹²⁶ So ist die Einschränkung der Privatsphäre durch die Überwachungen einzelner Menschen nach meiner Auffassung nicht notwendigerweise mit einer Feinderklärung verbunden. Die Ausschaltung der entsprechenden Menschen durch Sicherung und der Ausschluss aus dem Kreis der Rechtspersonen sind nicht in allen Fällen von Vorverlagerung und Eingriff in die Privatsphäre beabsichtigt. Meiner Ansicht nach ist auch § 30 Abs. 2 StGB eher ein Zeichen für fehlendes Vertrauen in das Handeln mancher Rechtspersonen im Privaten. Eventuell ist die Behauptung, Menschen, die im privaten Bereich ein Verbrechen verabreden, werden „als Feinde behandelt“, richtig, aber sie werden nicht notwendigerweise als Feinde angesehen. Wäre das tatsächlich der Fall, so würde man die Frage stellen müssen, wie der Gesetzgeber in solchen Fällen eine so krasse Maßnahme wie den Ausschluss aus der Rechtsgemeinschaft und die Bekämpfung als Feind rechtfertigen sollte.

Generell muss das Ziel der Einführung des Gesetzgebers von Vorverlagerungen keine Feindbehandlung sein. Im Sinne der negativen Spezialprävention kann der Gesetzgeber dem Schutz der Bevölkerung vor Straftaten einen höheren Stellenwert einräumen als der Privatsphäre. Wenn man, wie Jakobs in seinem Aufsatz, die Privatsphäre als unverzichtbares Merkmal eines Bürgers betrachtet, so ist die Vorverlagerung von § 30 StGB eventuell nur ein

¹²⁶ Die Staatsangehörigen von China werden über ein Punktesystem bewertet. Die Höhe der Punkte entscheidet über beruflichen und privaten Erfolg der Bewerteten und basiert auf einem staatskonformen Verhalten der Chinesen. Die zuständigen Behörden bewerten unter anderem soziales Engagement und die Rechtstreue. Zum Thema vgl. Landwehr (2018): Punktesystem dank Big Data. China formt sich seine Untertanen.

illegitimes Mittel, mit den Bürgern umzugehen, und dient nicht der Deklaration von Feinden.

Es sei noch erwähnt, dass es noch weitere Fälle von Vorverlagerung gibt, die offensichtlich keine Feinderklärungen sind. Das sind beispielsweise abstrakte Gefährdungsdelikte, die an sich eine hohe Gefahr für ein Rechtsgut nach sich ziehen. So ist für den Gesetzgeber ein angetrunkener Autofahrer grundsätzlich eine Gefahr für den Straßenverkehr (Jakobs 1985: S. 767-768). Der Gesetzgeber geht von „unbeherrschbar gefährlichen Verhaltensweisen“ aus, die durch das Strafrecht verhindert werden sollen (Fürst 1989: S. 65). Bei der Pönalisierung von Trunkenheit am Steuer handelt es sich also um eine Vorverlagerung, die aber nicht der Bekämpfung von Feinden dient (vgl. Morguet 2009: S. 50-51, Fn. 214).

III. Kritik an der Analyse des Feindstrafrechts anhand der Symptome

Generell ist es schwierig, ein Feindstrafrecht und feindstrafrechtliche Rechtsnormen anhand der strafrechtlichen Phänomene Vorverlagerung, Einschränkung von üblichen prozessualen Verfahren und hohe Strafen in Proportionalität zur Tat zu ermitteln. Zumal noch der Umstand hinzukommt, dass manche prozessualen Abläufe anscheinend sowohl Rechtspersonen als auch Feinde betreffen. Wenn man die Mitglieder der organisierten Kriminalität als Feinde auffasst, so wie Jakobs und Morguet, dann dient § 265 StGB (Versicherungsmisbrauch) zur „Bekämpfung international organisierter Kfz-Verschleppungen“ der Feindbekämpfung (Morguet 2009: S. 126).¹²⁷ Mit Hilfe der Rechtsnorm wird aber „[...] jedwede Form des geplanten ‚normalen‘ Versicherungsbetrugs [...]“ verfolgt (Morguet 2009: S. 126). Die Norm betrifft also unter Berücksichtigung von Jakobs' Feindgruppen sowohl Rechtspersonen als auch Feinde. Sie kann somit nicht als „reine“ Form einer feindstrafrechtlich orientierten Rechtsnorm verstanden werden.

Theoretisch könnten auch dem Feind prozessuale Garantien gewährt und auf die Vorverlagerung verzichtet werden, sofern eine Bekämpfung auch ohne diese Einschränkung bzw. Erweiterung des Strafrechts möglich ist. Da der Feind aber nach Jakobs keine Rechtsperson ist, ist es unwahrscheinlich, dass staatliche Institutionen auf die sich ergebenden

¹²⁷ Dort (§ 265, Abs. 1 StGB) heißt es: „Wer eine gegen Untergang, Beschädigung, Beeinträchtigung der Brauchbarkeit, Verlust oder Diebstahl versicherte Sache beschädigt, zerstört, in ihrer Brauchbarkeit beeinträchtigt, beiseite schafft oder einem anderen überlässt, um sich oder einem Dritten Leistungen aus der Versicherung zu verschaffen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in § 263 mit Strafe bedroht ist.“

Möglichkeiten jenseits des Bürgerstrafrechts verzichten. Bei der Beurteilung, ob es sich bei einer Rechtsnorm um eine feindstrafrechtliche Norm handelt, muss geklärt werden, ob bei deren Anwendung ein Täter für seine Taten bestraft oder ob ein Mensch für eine Rechtsgemeinschaft als untragbar betrachtet wird und aus der Öffentlichkeit als Feind ausgeschlossen werden soll. Das Auszeichnende des Feindes ist, dass er als handelnder Akteur aus einer Gesellschaft und Rechtsgemeinschaft ausgeschlossen wird. Hohe Strafen, Vorverlagerungen und der Abbau von prozessualen Garantien machen nach meiner Meinung keinen Menschen zum Feind. Sie sind zunächst nur fragwürdige rechtliche Methoden gegenüber einem Menschen, die aber auch zur Feindbekämpfung genutzt werden können.

Der Verlust des Status als Rechtsperson und die Erklärung zum Feind können ein Versuch sein, die drei strafrechtlichen Phänomene für die Rechtspraxis zu rechtfertigen. Danach würde man den Feind nur dann bekämpfen können, wenn man ihn lange durch Sicherung festhielte, ihm keinen Prozess in der üblichen Form zugestehe und ihn für noch nicht begangene Taten zur Verantwortung ziehen würde. Ansonsten können Vorverlagerungen, insofern man bei der Auffassung bleibt, sie dienen nur der Prävention, wie auch zu hoch angesetzte Strafen und die Missachtung von prozessualen Garantien, illegitime rechtliche Methoden gegenüber Rechtspersonen sein, insofern man am Tatprinzip festhält. So wie die Beteiligten bei einer privaten Verabredung zu einem Verbrechen nach § 30 StGB „als *Feinde* behandelt“ werden und ein für einen Bürger unzulässiger Eingriff in die Privatsphäre legalisiert wird (Jakobs 1985: S. 756).

Inwiefern ein Feindstrafrecht tatsächlich schon in verschiedenen Ländern Wirklichkeit ist, soll nun erörtert werden. Insbesondere die rechtlichen Phänomene hohe Strafen und Einschränkungen von landesüblichen Prozessgarantien spielen in diesen Betrachtungen wieder eine Rolle.

C. Feindstrafrecht in der Praxis

Da dies eine Arbeit aus dem Bereich der politischen Philosophie und Rechtsphilosophie ist, kann auf die juristische Praxis in verschiedenen Ländern nicht detailliert eingegangen werden. Einige Beispiele sollen die Problematik von feindstrafrechtlichen Tendenzen in unterschiedlichen Ländern beschreiben. Zunächst folgen einige Vorbemerkungen zur Bestimmung realer Phänomene als Feindstrafrecht.

Da der Name „Feindstrafrecht“ und auch die genaue Konzeption von Jakobs stammen, ist die Bezeichnung „Anwendung des Feindstrafrechts“ für ein strafrechtliches Phänomen streng genommen erst dann erlaubt, wenn die Gesetzgeber Jakobs' Ausführungen kennen. Eine Möglichkeit, flexibler vorzugehen, ist, die Bestimmungen des Feindstrafrechts auf reale Fälle anzuwenden, auch wenn der direkte Bezug zu Jakobs fehlt. Eine rechtlich legitimierte Feinderklärung zeigt sich dann, wenn staatliche Institutionen Menschen nicht für Taten bestrafen, sondern für die Zeit der Feindschaft sichern. Ein Feindstrafrecht liegt dann vor, wenn ein Mensch explizit nicht als Straftäter, sondern als Feind angesehen wird und nach einem Recht behandelt wird, das zur Ausschaltung von Feinden und nicht zur Bestrafung von Taten dient. Wenn ein Gericht hohe Strafen aufgrund sehr allgemein gehaltener Straftatbestände wie z. B. „Störung des öffentlichen Friedens“ erlässt, dann sind solche Urteile ein Indiz für ein feindstrafrechtliches Vorgehen. Denn dann geht es in vielen Fällen nicht darum, einen Täter wegen konkreter Taten zu bestrafen, sondern einen Grund zu konstruieren, ihn als Feind zu bekämpfen. Es kann vorkommen, dass Gesetze, die sich auf solche Rechtsgüter stützen, extra für politische Feinde eingeführt wurden. Die Sicherung wird in verschiedenen Einrichtungen durchgeführt. Das bedeutet, die rechtlich legitimierten Feinde werden in Haftanstalten, psychiatrischen Einrichtungen, Lagern oder an anderen Orten solange festgehalten, bis sie aus Sicht der Behörden keine Gefahr als Feind mehr darstellen.

Im Einzelfall ist es sicherlich oft schwierig zu entscheiden, ob es sich tatsächlich um eine feindstrafrechtliche Maßnahme handelt, denn – wie oben beschrieben – wird Feindstrafrecht häufig als Strafrecht „getarnt“. Grundsätzlich muss bei der Beurteilung beachtet werden, dass nicht jede merkwürdige Rechtsprechung der Sicherung von Feinden dient. Hohe Strafen gegenüber Oppositionellen können auch der negativen Generalprävention dienen. Andere kritische Geister sollen von einer Kritik gegenüber staatlichen Institutionen abgeschreckt werden. Die Prävention beruht aber ausdrücklich auf der symbolischen Wirkung von Strafe. Sie ist damit kein Indiz für ein Feindstrafrecht. Auch wird nicht jede Feindbekämpfung seitens staatlicher Institutionen gegenüber unliebsamen Mitmenschen durch ein Feindstrafrecht legitimiert. Gekaufte Zeugen, gefälschte Beweise und parteiische Richter führen zu einem illegitimen Umgang mit Beschuldigten und sind keine feindstrafrechtliche Praxis. Feindstrafrecht soll ja eine Rechtsform sein, die auf der Basis von Gesetzen Menschen solange festhält, bis sie als Feinde nicht mehr gefährlich sind oder durch Todesstrafe generell ausgeschaltet werden. Das Feindstrafrecht ist also eine Rechtsform, die nach Regeln – Rechtsnormen – umgesetzt wird und keine willkürliche Verfolgung von unliebsamen Mitmenschen.

I. Feindstrafrechtliche Praxis in verschiedenen Ländern

Feindstrafrechtliche Tendenzen im Umgang mit Rechtsbrüchen oder vermeintlichen Rechtsbrüchen sind für Arndt Sinn, in den USA, Deutschland, Großbritannien, Kolumbien und auf internationaler Ebene zu beobachten (vgl. Sinn 2006: S. 108-112). Nach Alejandro Aponte und Sinn spielen feindstrafrechtliche Elemente in lateinamerikanischen Ländern eine Rolle, wo es große Probleme mit Guerillaverbänden und organisierter Kriminalität gibt.¹²⁸ In europäischen Ländern kann man eher von Einzelfällen sprechen. Als Beispiele aus der Bundesrepublik werden § 30 StGB (Versuch der Beteiligung) und § 129a StGB (Bildung terroristischer Vereinigungen) genannt.¹²⁹ Wobei § 30 StGB wohl – wie bereits besprochen – nicht mit der Absicht verbunden ist, Feinde zu bekämpfen.

1. Gibt es ein Feindstrafrecht in den USA und in Russland?

Jakobs' Behauptung zum Feindstrafrecht, dass „[...] Guantánamo dem Idealtyp nahe kommt [...]“, ist nicht ganz korrekt (Jakobs 2017a: S. 294). Bis zur Einführung des Military Commissions Act (MCA) im Jahr 2006 war die Inhaftierung in den Gefangenlagern ohne eine rechtliche Regelung, also auch durch keine feindstrafrechtliche, umgesetzt (vgl. Welke 2007: S. 318). Das neue Gesetz hat allerdings feindstrafrechtliche Elemente, da es eine „[...] Praxis unbegrenzten Festhaltens als feindlich eingestufte Ausländer [...]“ ermöglicht (Welke 2007: S. 319). Auch der neu erfundene Rechtsstatus „unlawful combatant“ für Inhaftierte weist darauf hin, dass diese nicht als Rechtsperson aufgefasst werden könnten (Welke 2007: S. 317). Das soll ein Status sein, für den laut US-Regierung das humanitäre Völkerrecht „nur eingeschränkt anwendbar“ wäre (Welke 2007: S. 322). Laut den amerikanischen Verantwortlichen handelt es sich bei den Gefangenen nicht um Kriegsgefangene, da beispielsweise die inhaftierten Al-Qaida-Mitglieder keiner staatlichen Organisation angehören (vgl. Welke 2007: S. 320). Was auch für die Einschätzung als eine feindstrafrechtliche Gesetzgebung spricht, ist, dass mit der Einführung des Gesetzes die sogenannten Habeas-corpus-Klagen verhindert werden sollen. Mit Klagen nach diesem angelsächsischen

¹²⁸ Ausführliche Darstellungen der rechtlichen Situation in Lateinamerika sind Alejandro Apontes (2004): Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum „effektiven“ Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien und Karolina Viquez Azofeifa (2011): Die Rezeption des „Feindstrafrechts“ in Lateinamerika.

¹²⁹ Zu § 129a in Bezug auf das Feindstrafrecht: vgl. Jakobs 2004a: S. 92; vgl. Jakobs 2006a: S. 295; vgl. Jakobs 2017a: S. 294; vgl. Morguet 2009: S. 99-100, S. 119-120; vgl. Sinn 2006: S. 108-111 u. 117; umfassend: Hawickhorst, Katrin (2011): § 129a StGB. Ein feindstrafrechtlicher Irrweg zur Terrorismusbekämpfung. Berlin.

Rechtskonzept sollte die Freilassung aus der rechtswidrigen Inhaftierung ermöglicht werden. Die ungesetzliche Kombattanten haben aber nach dem Military Commissions Act keinen Anspruch auf ein amerikanisches Gerichtsverfahren oder sich auf die Genfer Konventionen zu berufen (Welke 2007: S. 318). Der MCA ist eine Antwort auf die Klagen von Inhaftierten vor dem Supreme Court, das die Zuständigkeit amerikanischer Gerichte für Guantánamo-Inhaftierte eindeutig bejahte (vgl. Welke 2007: S. 317-318). Mit der Einführung des MCA sollte verhindert werden, dass die Inhaftierten sich auf ein Militärgerichtsverfahren oder auf ein amerikanisches Strafrecht berufen. Es liegt also nahe, dass die US-Regierung mit der Einführung des Gesetzes die Bekämpfung von Feinden legalisieren wollte.

Nach Jakobs sind hohe Haftstrafen ein Indiz für feindstrafrechtliche Tendenzen. Diese hohen Haftstrafen werden in autoritären Staaten oft für politische Gegner erlassen. Allerdings ist die Funktion der Sicherung als Schutz der Bevölkerung und der Rechtsordnung vor dem Feind eventuell nicht das entscheidende Kriterium, das zur Haft führt. Ist das Ziel von Strafen, dass ähnliche Handlungen in der Zukunft unterlassen werden, so dient eine Rechtsnorm der Spezialprävention und der negativen Generalprävention. Prävention kann kein Grund für ein Feindstrafrecht nach Jakobs sein, denn es würde dann auf die Wirkung der Strafe gesetzt. In autoritären Staaten könnte der Zweck hoher Haftstrafen eine Verängstigung der Opposition und der Versuch sein, politische Gegner mundtot zu machen.

Nicht jede politische Bekämpfung von Oppositionellen führt also zwangsläufig zur Einführung eines Feindstrafrechts. Ein aktuelles Beispiel sind die Prozesse gegen den russischen Oppositionellenanführer Alexei Anatoljewitsch Nawalny. Nawalny wurde verklagt, weil er von einem staatlichen Unternehmen Holz gekauft und dieses dann zu überhöhten Preisen weiterverkauft haben soll (vgl. Pleine u. Lederer 2016: S. 5-6). Das Urteil wurde 2013 auf Bewährung ausgesetzt (vgl. Pleine u. Lederer 2016: S. 8). Weiterhin warf man ihm Betrug gegenüber einem französischen Kosmetikunternehmen vor, das aber den Vorwurf nicht bestätigte (vgl. Pleine u. Lederer 2016: S. 3). Nawalny wurde schuldig gesprochen, die Strafe aber auch in diesem Fall zunächst auf Bewährung ausgesetzt (vgl. Pleine u. Lederer 2016: S. 3). Der Europäische Gerichtshof verurteilte die Verfahren als unfair und kritisierte, dass die vorgeworfenen Taten „[...] nicht von regulären Geschäftstätigkeiten zu unterscheiden seien [...]“ (Pleine u. Lederer 2016: S. 8). Die Bewährungsstrafe wurde später wegen Verletzung der Bewährungsauflagen in eine Haftstrafe geändert (vgl. Thumann 2021: Abs. 1.).

Zwar ist offensichtlich, dass der Angeklagte von staatlichen Stellen als zu bekämpfender Feind betrachtet wird, aber dennoch gehen die staatlichen Institutionen nicht mit

feindstrafrechtlichen Mitteln gegen ihn vor. Zunächst beziehen sich die Anklagen gegen Nawalny nicht auf sein politisches Engagement, sondern auf wirtschaftliche Straftatbestände. Dann behalten sich die staatlichen Stellen vor, Nawalny nach dem bürgerlichen Recht zu verurteilen und nicht ein spezielles Feindstrafrecht oder feindstrafrechtliche Rechtsnormen heranzuziehen. Auch spricht die Aussetzung der Haftstrafe auf Bewährung nicht für eine feindstrafrechtliche Sicherung. Es handelt sich also eher um eine illegitime Behandlung einer Rechtsperson als um Feindstrafrecht. Über den Sinn kann man natürlich nur spekulieren. Das Urteil kann aber als Zeichen der russischen Staatsmacht an die Opposition gewertet werden, dass Widerstand und Kritik gegen die Regierung und die regierende Partei nicht akzeptiert werden und mit jeder erdenklichen Antwort der staatlichen Institutionen zu rechnen ist.

Etwas anders scheint die Situation beim Prozess gegen die Aktivistinnen von „Pussy Riot“ zu sein. Die Musikerinnen der Künstlergruppe „Pussy Riot“ haben im Jahr 2012 in der Moskauer Christus-Erlöser-Kathedrale in Sturmhauben und bunter Kleidung eine Performance aufgeführt, in der sie um den Bereich des Altars tanzten und Bekreuzigungen imitierten (vgl. von Gall 2012: S. 2). Die Aktion von wenigen Minuten, nach kurzer Zeit überwältigten Sicherheitskräfte die Musikerinnen, wurde gefilmt und dann mit Musik unterlegt in einem Kurzfilm im Internet veröffentlicht (vgl. von Gall 2012: S. 2). Im Video kritisieren die Aktivistinnen die Verbindung zwischen Staat und Kirche sowie die Homophobie der orthodoxen Kirche (vgl. von Gall 2012: S. 2).

Die russische Justiz verurteilte die Frauen zu zwei Jahren Zwangsarbeit nach § 213 des russischen Strafrechts (StGB RF) (vgl. Smirnova 2013: 4. Absatz). Der Paragraph ist eine Rechtsnorm gegen „Rowdytum“ (vgl. von Gall 2012: S. 3). Die Rechtsnorm wurde in einer Strafrechtsreform verschärft, nachdem sie zunächst nur für Täter, die mit Waffengewalt agieren, gegolten hatte (vgl. von Gall 2012: S 3). Nach Rechtswissenschaftlerin Caroline von Gall kann „[...] Rowdytum [...] seither nicht mehr allein unter Anwendung von Waffen, sondern auch aus politischem, ideologischem, rassistischem, nationalem oder religiösem Hass begangen werden.“ (von Gall 2012: S. 3).

Für eine feindstrafrechtliche Rechtsnorm spricht, dass der Straftatbestand relativ offen auslegbar ist. Diese Offenheit ergibt sich zum einen aus dem eher Emotionen ausdrückenden Begriff „Hass“ und zum anderen aus den dehnbaren Begriffen „ideologisch“ und „politisch“. So liegt es nahe, dass eher Feinde aufgrund ihrer Einstellung, dem „Hass“ auf Politik und Religion, bekämpft und nicht Straftäter aufgrund ihrer Taten bestraft werden sollen. Auch die hohe Strafe im Verhältnis zu der zur Last gelegten Tat legt die Interpretation als Feindstrafrecht nahe, zumal die Haft der Musikerinnen in einem Straflager umgesetzt wurde.

Was weiterhin für eine rechtliche Realisierung von Feindschaft spricht, sind die Gerichtsverhandlungen selber. Die Beschuldigten saßen hinter Gittern oder einer Glasscheibe unter der Bewachung von einem „massiven Aufgebot[] an Sicherheitskräften“ (von Gall 2012: S. 4). Das erweckt den Eindruck, als sollten die Frauen als gefährliche Menschen dargestellt werden. Allerdings sind alle aufgeführten Gründe keine hinreichenden Bedingungen für die Umsetzung eines Feindstrafrechts, da dann die Angeklagten als Nicht-Rechtspersonen aus der Rechtsgemeinschaft ausgeschlossen und auf unbestimmte Zeit gesichert werden müssten. Das Gericht erlässt eine zeitlich begrenzte Strafe und keine Sicherungsverwahrung. Auch werden sie als russische Bürger nach dem Strafrecht verurteilt. In Pussy-Riot-Fall werden wohl eher politische Feinde bestraft als rechtliche Feinde gesichert.

Die beiden genannten Fälle sind also keine Beweise dafür, dass Russland ein Feindstrafrecht hat. Die Haftstrafen könnten ein Signal an die konservative Bevölkerung sein. Die Botschaft an diese wäre dann: Solch ein Verhalten wird nicht geduldet. Der Einfluss der orthodoxen Kirche auf Gesellschaft und Politik könnte also die hohe Haftstrafe begründen. Der Hintergrund wäre dann eine Bestrafung aufgrund negativer Spezialprävention. Die Urteile könnten Akte der Vergeltung gegenüber politischen Kritikern sein.

Die Beweggründe für hohe Haftstrafen und eventuelle Folter sind nicht nur im Fall von „Pussy Riot“ schwer zu durchschauen. Die Justiz spricht nicht von der Sicherung von Feinden, sondern von Strafe und Strafmaß. So ist zumindest der verwendeten Begrifflichkeit nach ein Kriterium des Feindstrafrechts nicht erfüllt. Beim Feindstrafrecht dürfte eigentlich gar kein Strafmaß genannt werden. Das Gericht müsste eher eine Forderung an die Angeklagten stellen: Die vermeintlichen Täter bleiben solange in Haft – sie werden gesichert –, bis es keinen Grund mehr gibt, sie als Feind zu betrachten. Sprich die „Pussy Riot“-Musikerinnen dürfen sich nicht mehr politisch gegen die staatlichen Autoritäten betätigen.

2. Gibt es ein Feindstrafrecht in Kolumbien?

Laut Autoren wie Morguet, Aponte und Sinn findet das Feindstrafrecht auch in Südamerika seine Anwendung.¹³⁰ Die Rezeption des Feindstrafrechts hängt sicherlich auch damit

¹³⁰ Vgl. Sinn 2006: S. 111; vgl. Aponte 2006a: S. 297-303; Aponte 2006b: S. 131-163; Morguet 2009: S. 180-183, S. 224-228. Ausführliche Darstellungen der Situation in Lateinamerika sind Alejandro Aponte (2004): Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum „effektiven“ Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien und die Dissertation von Karolina Viquez Azofeifa (2011): Die Rezeption des „Feindstrafrechts“ in Lateinamerika.

zusammen, dass Jakobs einen Teil seiner Arbeiten auf Spanisch veröffentlichte, was den Zugang zu seinen Schriften in diesen Ländern erleichtert. Beispielsweise ist sein Buch *Norm, Person, Gesellschaft* zunächst auf Spanisch erschienen. Als Beispiel für feindstrafrechtliche Rechtsnormen führen die Autoren Kolumbien an. Kolumbien ist in weiten Bereichen seines Staatsgebietes eine so genannte „low-capacity-democracy“ (Tilly und Tarrow 2007: S. 56). „*Capacity* means the extent to which governmental action affects the character and distribution of population, activity, and resources within the government’s territory” (Tilly und Tarrow 2007: S. 55, kursiv im Original). Weite Teile des Landes sind ohne staatliche Kontrolle und werden von bewaffneten Gruppen beherrscht. „Es handelt sich dabei um wirkliche militärische Auseinandersetzungen zwischen Akteuren, die um ihre Präsenz in den weit von den Großstädten abgelegenen Gebieten kämpfen, aus denen sich der Staat von jeher zurückgezogen hat. In diesen Gebieten üben die Staatsbeamten nicht die Macht aus, sie wurden durch parastaatliche Akteure ersetzt.“ (Aponte 2006a: S. 298).

Um dem entgegenzuwirken, wurde – auch zum Schutz der Mitarbeiter staatlicher Institutionen – ein Strafrecht eingeführt, das Aponte „Justiz ohne Gesicht“ nennt (Aponte 2006a: S. 301). Das vermeintliche Feindstrafrecht in Kolumbien beruhte unter anderem auf der „Statute zur Verteidigung der Justiz“ aus dem Jahr 1990 (vgl. Morguet 2009: S. 181; vgl. Sinn 2006: S. 111). Den Anwälten und dem Beschuldigten waren wichtige Beweise und Gutachten nicht zugänglich, auch wussten sie nicht, wer als Richter bzw. als Staatsanwalt ihren Fall bearbeitete (vgl. Aponte 2006: S. 301; vgl. Sinn 2006: S. 111). Menschen konnten solange in der Untersuchungshaft festgehalten werden, dass es der Länge der zu erwartenden Strafe entsprach (vgl. Sinn 2006: S. 111). So wurde in manchen Fällen die Untersuchungshaft so weit ausgeweitet, dass sie „[...] zur eigentlichen Strafe mutierte“ (Morguet 2009: S. 182). Erst in den 2000er-Jahren erklärte das Verfassungsgericht die rechtlichen Grundlagen für das staatliche Vorgehen „[...] unter ausdrücklicher Anwendung des Feindstrafbegriffs von *Jakobs* [...]“ für verfassungswidrig (Sinn 2006: S. 111, kursiv im Original; vgl. Morguet 2009: S. 182).

Ob man im Fall Kolumbiens tatsächlich von feindstrafrechtlichen Bestimmungen sprechen kann, hängt davon ab, ob die rechtlichen Maßnahmen tatsächlich Menschen als Feinde ausschließen, um sie dann nicht zu bestrafen, sondern zu sichern oder auszuschalten. Allein die merkwürdigen Prozesse sind noch kein Beweis für die Umsetzung eines Feindstrafrechts. Allerdings spricht einiges für eine solche Einschätzung. Das Ziel des Gesetzgebers war es, kriminelle und terroristische Gruppen zu bekämpfen, die staatliche Institutionen und deren Mitarbeiter bedrohten und Morde verübten (vgl. Morguet 2009: S. 181). Auch die Praxis der

Untersuchungshaft dient eher der Sicherung als der Bestrafung und ist somit ein feindstrafrechtliches Vorgehen. Es kam sogar vor, dass die Untersuchungshaft länger andauerte als die Länge der zu erwartenden Haftstrafe (vgl. Morguet 2009: S. 182).

Aufgrund der geringen Erfolge der Gesetzgebung bei der Bekämpfung der Kriminalität zieht Aponte das Fazit, dass das „Feindstrafrecht“ in Kolumbien nicht funktioniert hat (vgl. Morguet 2009: S. 224-226). Laut Morguet lässt sich allerdings der Fall Kolumbiens nicht generalisieren, da Kolumbien aufgrund der hohen Kriminalität und mangelhaften staatlichen Strukturen, mit „Unterwanderungen der Gerichtsbarkeit“, generell Schwierigkeiten mit der Durchsetzung von Rechtsnormen habe (Morguet 2009: S. 227). Ihr Fazit lautet: „[...] inkonsequente Bestrafung, fehlerhafte Umsetzung und Anwendung des Feindstrafrechts [...]“ können in Bezug auf „Ineffizienz“ dieser Form des Rechts „[...] keine Allgemeingültigkeit beanspruchen“ (Morguet 2009: S. 227-228). Meiner Meinung nach ist dieses kolumbische Recht kein konsequent umgesetztes Feindstrafrecht, das Bürger aus der Rechtsgemeinschaft ausschließt, um sie dann als Feinde so lange in Sicherungsverwahrung zu belassen, bis sie für die Rechtsgemeinschaft vermutlich nicht mehr gefährlich sind. Eine unangemessen lange Untersuchungshaft ist eben keine Sicherungsverwahrung und ein Umgang mit Inhaftierten jenseits rechtsstaatlicher Prinzipien nicht notwendigerweise eine Feinderklärung per Gesetz.

IV. Zusammenfassung

Generell muss man bei der Analyse von fragwürdigen Rechtsprechungen und der Suche nach feindstrafrechtlichen Elementen innerhalb eines Landesrechts die rechtliche Legitimierung und Umsetzung von Feindschaft als wichtigstes Kriterium für den Befund „Feindstrafrecht“ im Auge behalten. Ein wichtiges Indiz für eine solche Feindbekämpfung ist, dass politische Eliten in einem Land die Beschuldigten als ihre Feinde verstehen. Dieser Befund gilt sicherlich für sämtliche genannten Beispiele. Allerdings wird der Feind nicht immer mit einem entsprechenden Feindstrafrecht bekämpft. Die Anwendung eines Feindstrafrechts ist zumindest mit einer gewissen Rationalität verbunden, da die herangezogenen Rechtsnormen eine überprüfbare und nachvollziehbare Grundlage für die Deklaration als Feinde bieten. Verfahren, wie das gegen Nawalny, deuten hingegen auf eine gewisse Willkür hin, da aus beliebigen Umständen eine strafwürdige Tat mittels des russischen Landesrechts konstruiert wird. Diesen Eindruck vermitteln das Urteil und die Bewertung des EGMR.

Die nachfolgenden Ausführungen sind von etwas theoretischerer Natur. Es geht um den Feindbegriff im Feindstrafrecht. Die einzelnen Merkmale der Feindschaft nach meinem im ersten Kapitel ausgeführten Feindbegriff, also Einseitigkeit der Feinderklärung, Zielobjekt: Feind und die Rechtfertigung der Feindschaft, erläutere ich in den folgenden Ausführungen in Bezug auf das Feindstrafrecht und die Bedeutung für das Recht.

D. Feindbegriff und Feindstrafrecht

Die einzelnen Merkmale der Feindschaft nach meinem im ersten Kapitel ausgeführten Feindbegriff, also Einseitigkeit der Feinderklärung, Erklären und Bekämpfen des Feindes, Zielobjekt: Feind und die Rechtfertigung der Feindschaft, erläutere ich in den folgenden Ausführungen in ihrer Bedeutung für das Feindstrafrecht. In diesem Zusammenhang gehe ich auch detaillierter auf den Sinn des Begriffs „Feind“ ein, der meiner Meinung nach dem Feindstrafrecht zugrunde liegt.

I. Zur Einseitigkeit der Feinderklärung

Derjenige, der jemanden zum Feind erklärt, muss nicht notwendigerweise von diesem zum Feind erklärt werden. So sind auch die Feinde nach dem Feindstrafrecht, die Jakobs nennt, nicht unbedingt Menschen, die auch die staatlichen Institutionen oder überhaupt irgendjemand zum Feind erklären. Jakobs führt als strafrechtlich zu verfolgende Feinde Sexualstraftäter, Terroristen und Mitglieder einer kriminellen Organisation an (vgl. Jakobs 2004a: S. 92 vgl. Jakobs 2006a: S. 293 u. 305; vgl. Jakobs 2000: S. 52). Sexualstraftäter verstehen ihre Opfer in der Regel nicht als Feinde, es sei denn, ein Täter beurteilt sein Opfer in irgendeiner Weise als Feind, das er mit sexualisierter Gewalt bekämpfen will. Auch Mitglieder der organisierten Kriminalität betrachten staatliche Institutionen oder die Geschädigten nicht immer als Feinde. Mitglieder von diesen Organisationen versuchen, staatliche Gewalt zu umgehen und Strafe zu vermeiden. Sie versuchen, jeden Kontakt mit der Polizei zu vermeiden und auch sonst gegenüber staatlichen Institutionen als Akteure nicht aufzufallen. Das Ziel ist nicht deren Bekämpfung und Ausschaltung.¹³¹ Auch die Geschädigten sind keine Feinde, denn sie sollen

¹³¹ Sozialwissenschaftler Dipak K. Gupta schreibt zum Unterschied zwischen der organisierten Kriminalität und dem Terrorismus: „In contrast, a criminal group is necessarily secretive and will typically aspire to function completely under the radar of the state apparatus; to gain public attention is not a part of its motivation. As a result, while a terrorist group would normally strive to upset the political status quo, inviting anarchy and chaos

in der Regel „lediglich“ finanziellen Schaden nehmen und nicht als Feinde ausgeschaltet werden. Einzig Terroristen versuchen, staatliche Institutionen zu bekämpfen und zu überwinden. In solchen Fällen erklären die Gewalttäter staatliche Institutionen oder deren Mitarbeiter zu Feinden. Terroristen können auch bestimmte Gruppen der Bevölkerung zu Feinden erklären. Beispielsweise töteten Mitglieder einer Al-Qaida nahestehenden Gruppe Redaktionsmitglieder des Satiremagazins „Charlie Hebdo“ als ihre Feinde (vgl. Nesser 2016: S. 289-296). In der Zeitschrift werden islamische Vorstellungen und Praktiken karikiert.

Die staatliche Seite muss auf diese Feinderklärungen und Provokationen durch politische und religiöse Akteure nicht zwangsläufig mit einer Feinderklärung antworten. Der Staat muss Terroristen nicht als Feinde behandeln. Sie können auch wie gewöhnliche Straftäter be- und verurteilt werden.

Für Jakobs ist der Erhalt und die Stabilisierung der Rechts- und Gesellschaftsordnung ein zentrales Thema, denn „[...] Recht gilt, solange es die kommunikative Orientierung leitet [...]“ (Jakobs 2004b: S. 28). Wenn man Jakobs' Argumentation folgt, so beruht die feindstrafrechtliche Behandlung eines Menschen auf einem gesellschaftlichen Ordnungsmotiv. Die Antwort staatlicher Institutionen mit Feindschaft auf bestimmte Rechtsbrecher ist die Antwort auf die Vernachlässigung von Pflichten einer Rechtsperson gegenüber den anderen Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft und gegenüber staatlichen Institutionen selbst. „Recht“ heißt die Bindung zwischen Personen, die ihrerseits Träger von Rechten und Pflichten sind [...]“ (Jakobs 2004a: S. 89). Um dieses Prinzip zu erhalten, sollen diejenigen aus dem öffentlichen Rechtsraum entfernt werden, die sich nicht daran halten. Zweck des Feindstrafrechts ist die Aussortierung von Menschen aus der Gruppe der Rechtspersonen und aus der Öffentlichkeit, die nicht als Rechtspersonen auftreten. Zweck des Feindstrafrechts ist nicht die Beantwortung von Feinderklärungen und damit eine Kommunikation zwischen Rechtsbrechern und staatlichen Institutionen durch wechselseitige Erklärungen und Schuldzuweisungen. Ein Dialog soll gerade vermieden werden. „Gefahrbekämpfung statt Kommunikation“ heißt die Devise (Jakobs 2004a: S. 89). Eine Kommunikation mit rechtlichen Mitteln ist nach Jakobs nur innerhalb der Rechtsgemeinschaft zwischen den Rechtspersonen und zwischen Rechtspersonen und staatlichen Institutionen möglich. Diese Kommunikation innerhalb einer Gesellschaft weist die Straftat als „missglücktes Unternehmen“ aus, der Straftäter wird als solcher bezeichnet und „behandelt“

in the process, a sophisticated organized crime group would only want to work within the political system through bribery, and violence directed selectively against certain segments of the society. Therefore, criminal organizations, like any other commercial venture, are conservative and would want preserve the status quo“ (Guptka 2008: S. 148).

(Jakobs 2004b: S. 30, Verb im Original kursiv). Von einem Feind wird nicht mehr erwartet, dass er seine Tat als „missglücktes Unternehmen“ ansieht und sich selbst und den anderen gegenüber als Straftäter darstellt. Ein Feind ist mit dem Verlust des Rechtspersonenstatus als Kommunikationspartner ausgeschlossen. „Die rechtliche Erwartung personalen Verhaltens verliert ihre Wirklichkeit [...]“ (Jakobs 2004b: S. 43). Der Feind wird als solcher erklärt, bekämpft und ausgeschaltet. Er ist bei Jakobs kein ernstzunehmender Kommunikationspartner mit Rechtspersonen oder mit staatlichen Institutionen.

Mit dieser einseitigen Feinderklärung und Feindbekämpfung verzichten staatliche Akteure auf eine Antwort auf Provokationen von Gewalttätern mit Gegenmaßnahmen wie hohe Strafen oder sogar Todesstrafen. Sie verzichten aber auch auf die Wirkung, die Schuldspruch und Strafe haben. Sie verzichten auf die Wirkung von Schuld und Strafe als Zeichen für ein „missglücktes Unternehmen“ gegenüber der Bevölkerung und ihrer Normtreue; „[...] daß die vom Täter gebildete Maxime unmaßgeblich ist und die des Rechts maßgeblich“ (Jakobs 2004b S. 26). Eine Schuldzuweisung und die folgende Bestrafung wären sicherlich auch eine Form, die eine positive Generalprävention unterstützt. Staatliche Institutionen erkennen einen Menschen als Rechtsperson an, für die das Recht inklusive Pflichten zu gelten hat. Er erhält aufgrund seiner Schuld die seiner Tat angemessene Strafe und wird nicht einfach gesichert. Der Staat zeigt der Bevölkerung, dass sich beispielsweise ein Terrorist gegenüber dem Rechtsstaat schuldig gemacht hat. Bei einem Feind dürfte hingegen die Schuld für die Dauer der Sicherung nicht von Belang sein. Sowohl der Rädelsführer einer terroristischen Organisation als auch das „einfache“ Mitglied werden so lange gesichert, bis die Gefahr ihres feindlichen Handelns nicht mehr gegeben ist. Einen Unterschied bei der Schuldzuweisung und der Strafe gibt es nicht, weil beide Begriffe im Feindstrafrecht keine Rolle spielen.

II. Zum Zielobjekt „Feind“

Neben der Umsetzung der Bekämpfung und Ausschaltung des Feindes muss von staatlicher Seite auch geklärt werden, wer der Feind ist. Sollen eher Intensivtäter, die immer wieder straffällig werden, oder Menschen, die eine bestimmte, als besonders verwerflich geltende Einstellung haben oder Täter, die besonders verwerflich geltende Taten ausführen, aus der Rechtsgemeinschaft ausgeschlossen werden? Zur ersten Gruppe gehören notorische Einbrecher. Zu den letzteren Gruppen gehören eventuell Menschen, die auch in den Medien mit ihren Taten und Einstellungen als Negativbeispiele dargestellt werden, wie Terroristen oder Sexualstraftäter. Im Grunde kann jeder nach Jakobs' Konzeption als Feind einer

Rechtsordnung bewertet und behandelt werden, der die geltenden Rechtsnormen eines Staates nicht akzeptiert oder wiederholt straffällig wird. Wer letztendlich mit rechtlichen Mitteln zum Feind wird, bestimmen politische Eliten, der Gesetzgeber, und in der Rechtspraxis die Judikative eines Staates.¹³² Zunächst soll geklärt werden, ob es auch die Möglichkeit gibt, einen Menschen nur teilweise zum Feind zu erklären. Er wäre dann in gewisser Weise Rechtsperson und Feind.

1. Partialfeinde

Wie bereits erwähnt, ist ein Partialfeind als Feindobjekt nicht möglich. Eine Entität kann nicht Feind und Nicht-Feind sein, wie schon im ersten Kapitel gezeigt wurde (vgl. Kapitel 1 C. V. 1.). Nun behauptet Jakobs genau dies. Es gebe Partialfeinde. Er will seine Überlegungen anhand des Beispiels eines Familienvaters aus der organisierten Kriminalität verdeutlichen. „Der organisierte Kriminelle mag ein rührender Familienvater und sorgfältiger Autofahrer sein [...]. Ein Feind muss nicht unbedingt Totalfeind sein; wenn nicht, dann ist er eben Partialfeind“ (Jakobs 2006a: S. 293). Hier zeigt sich, dass Jakobs nicht klar zwischen Rechtsordnung und Gesellschaftsordnung unterscheidet. Ob jemand ein „rührender Familienvater“ ist, ist strafrechtlich nur von sekundärer Bedeutung und eher aus gesellschaftlicher Sicht relevant. Ob er mit der organisierten Kriminalität verbunden ist, spielt allerdings strafrechtlich eine große Rolle. Nach Jakobs' Konzeption kann man den Familienvater bzw. Kriminellen auf zwei Arten behandeln. Seine Taten als Krimineller fallen unter das Strafrecht oder unter das Feindstrafrecht. Wird er nach den Taten bestraft, so wird er

¹³² Dass Jakobs diese Konsequenz nicht erwähnt, kritisiert Uwer, vgl. Uwer 2006: S. 45. „Die Frage nach dem Souverän [S.K.: in Anspielung auf Hobbes und Carl Schmitt sind eher autoritäre Formen gemeint], der darüber entscheidet, wer als Feind ‚kaltgestellt‘, also vernichtet, werden kann, bleibt nicht nur unbeantwortet, sondern wird auf die ‚Feinde‘ selbst abgewälzt: Diese entscheiden durch Unterwerfung oder Verweigerung darüber, auf welcher Seite sie stehen – jener des Rechts oder jener der Gewalt [S. K.: in Form des Feindstrafrechts]“ (Uwer 2006: S. 45). Die etwas polemische Kritik ist nicht ganz zutreffend, denn Jakobs ist sehr wohl bewusst, dass der Feind nicht selbst seine Feindschaft bestimmt. Über seine Rechtstreue bestimmt er selbstverständlich, aber nicht wer als Feind deklariert wird. So schreibt Jakobs: „Also ist der Feind exkludiert, genauer, von einigen seiner Rechte exkludiert. Das könnte dahin mißverstanden werden, der Verbrecher habe es in der Hand, sich durch Wandlung zum Feind aus der bürgerlichen Gesellschaft zu verabschieden. So verhält es sich freilich nicht: Die Gesellschaft entscheidet selbst, wer in sie eingeschlossen ist und wer nicht [...]“ (Jakobs 2006a: S. 294). Die Frage ist allerdings: Wer entscheidet innerhalb der Gesellschaft? Auch Aponte weist auf die politischen Entscheidungen hin, die den Feinderklärungen und somit dem Feindstrafrecht zugrunde liegen (vgl. Aponte 2006a: S. 300).

nach dem Strafrecht oder in Jakobs' Worten nach dem Bürgerstrafrecht behandelt. Wird behauptet, seine Taten oder, allgemeiner formuliert, sein Verhalten würden es nicht mehr zulassen, ihn als Rechtsperson zu betrachten, so wird er als Feind ausgeschlossen. Dann wird er anhand seiner Taten und seiner Einstellung zum Recht zum Feind erklärt. Ob er Familienvater ist oder das Amt des Vorsitzenden in einem Kaninchenzüchterverband innehat, ist im Fall des Feindstrafrechts irrelevant. Bei einer Sicherung als Feind gibt es keine strafmildernden Umstände, sondern nur eine Unterbringung, bis die Gefahr, die vom Feind ausgehen würde, als beseitigt gilt. Inwieweit nach dem Bürgerstrafrecht die Rolle als Familienvater ein milderes Strafmaß ermöglicht, die Rolle als Familienvater also relevant ist, müssten im Einzelfall Juristen klären.

Generell erweckt Jakobs in manchen Formulierungen den Eindruck, es würde sich bei Feind und Rechtsperson um miteinander vereinbare Status handeln. Einen solchen Eindruck vermittelt auch seine Aussage, es würde bei der Beschreibung von Feind- und Bürgerstrafrecht um „Idealtypen“ gehen (Jakobs 2006a: S. 293). Der in diesem Zusammenhang auftauchende Begriff „partieller Feind“ legt nahe, es gebe Menschen, die in rechtlicher Hinsicht halb Rechtsperson und halb Feind seien (Jakobs 2006a: S. 293). Grundsätzlich ist das richtig, denn ein als Feind Bekämpfter kann strafrechtlich als Rechtsperson behandelt werden. Er verliert dann zur Zeit seiner Unterbringung in Sicherungsverwahrung wie auch ein Inhaftierter während seiner Haft lediglich gewisse Freiheitsrechte. Jakobs selbst kann allerdings diese „Zwitterwesen“ in seiner Strafrechtskonzeption nicht dulden. Das Strafrecht verurteilt Rechtspersonen nach Taten mit einer Strafe, das Feindstrafrecht sichert Feinde (vgl. Jakobs 2004a: S. 90). Sollte das Feindstrafrecht in einem bürgerlichen Strafrecht verwoben sein, gilt das gleiche Prinzip. Nach der strafrechtlichen Norm wird bestraft und nach der feindstrafrechtlichen wird gesichert. Wie Ambos es ausdrückt, handelt es sich beim Feind- und beim Bürgerstrafrecht um „zwei getrennte Regelungswerke“ (Ambos 2006: S. 16). Gerade diese strikte Trennung macht Jakobs' Konzeption aus. Wenn man Feind und Rechtsperson als Rechtsstatus begreift und „Feind der Rechtsgemeinschaft“ nicht nur als einen politischen Begriff betrachtet, so kann es nach Jakobs' Strafrechtskonzeption keine Überschneidungen geben. Dass Rechtsperson für Jakobs ein Status ist, zeigt auch sein Begriff „formelle Person“ (Jakobs 2017b: S. 225). Denn für jede Rechtsperson gilt, der „formelle“ Personenstatus „[...] begründet ihre Leistungs- und Duldungspflicht (Jakobs 2017b: S. 225). Das sind Pflichten, die ein Feind nicht hat. Sollte es Rechtsnormen geben, bei denen der Status eines Rechtsbrechers unklar sein sollte, so handelt

es sich in der Regel um eine illegitime Behandlung einer Rechtsperson, was Jakobs bei der Rechtsnorm § 30 StGB kritisiert (vgl. Jakobs 1985: S. 756 u. 765; vgl. Kapitel 4 B. II.)

2. Feindschaft aufgrund der Quantität und Qualität der Taten

Der Gesetzgeber kann bei der Bestimmung des Zielobjektes „Feind“, neben der Berücksichtigung der Quantität und Qualität der Taten, auch die Einstellung des Täters zu feindstrafrechtlich relevanten Taten und/oder zur Gesellschafts- und Rechtsordnung insgesamt zugrunde legen. Auch besteht die Möglichkeit, dass der Gesetzgeber tatsächliche und potentielle Täter zu Feinden erklärt. Tatsächliche Täter haben nach dem Feindstrafrecht unerwünschte Taten verübt. Bei den potentiellen Tätern vermuten staatliche Institutionen, dass der erklärte Feind in der Zukunft Straftaten begehen könnte, welche die Feindschaft rechtfertigen. Nach Morguet wird ein Mensch mit Hilfe des Feindstrafrechtes „repressiv“ oder „präventiv“ verfolgt (Morguet 2009: S. 134).

Eine rechtlich legitimierte Feindschaft kann durch die Anzahl der Straftaten eines Täters begründet werden. Die tatsächlichen Täter sind keine Rechtspersonen, sondern Feinde, wenn sie mit ihren Taten das rechtlich festgelegte übliche Maß an Straftaten überschritten haben (Quantität). Dafür muss eine Anzahl festgelegt werden, die einen Ausschluss aus der Rechtsgemeinschaft und die Bekämpfung begründet. Der Gesetzgeber muss also eine ähnliche Rechtspraxis wie in den USA einführen, wo manche Wiederholungstäter nach dreimaliger Bestrafung ähnlicher Vergehen hohe Haftstrafen erhalten (vgl. Hawickhorst 2011: S. 232; vgl. Jakobs 2004b: S. 38). Feinde sind dann z. B. Gewohnheitsverbrecher und Menschen, die in kriminellen Milieus agieren. Ein Beispiel ist der Ende der 1990er-Jahre in die Türkei abgeschobene Muhlis Ari. Ein junger Türke, der als „Mehmet“ durch seine kriminelle „Karriere“ und die Erfolglosigkeit jeder Besserungsmaßnahme viel Medienaufmerksamkeit erhielt. Die „Lösung“ in diesem Fall war die Abschiebung des Jugendlichen, um weiteren Rechtsgutsverletzungen vorzubeugen (vgl. Krach 1998: S. 28-29).

Als Feinde können aber auch Menschen klassifiziert werden, die Taten begangen haben, die generell in einer Rechtsgemeinschaft nicht hingenommen und als Handlungen einer Rechtsperson nicht akzeptiert werden (Qualität). Hier könnte der Gesetzgeber Taten wie Hochverrat oder Kindesmisshandlung als besonders geächtete Taten betrachten, die dem Status als Rechtsperson nicht gerecht würden und eine Bekämpfung der Täter als notwendig erscheinen lassen.

3. Potentielle Täter und „Schreibtischtäter“

Politische und juristische Autoritäten bezichtigen potentielle Täter, dass sie unerwünschte Taten in der Zukunft verüben würden. In diesem Zusammenhang spielt die oben beschriebene Vorverlagerung eine Rolle. Eine weitere Gruppe, die eventuell feindstrafrechtlich verfolgt wird, obwohl noch keine Straftat geschehen sein muss, sind Menschen, die nach der Einschätzung des Gesetzgebers und der Juristen mit den von ihnen verbreiteten Einstellungen andere zu gesellschaftlich und rechtlich nicht tragbaren Handlungen verführten.¹³³ Die potentiellen Täter und die Propagandisten der „falschen“ Einstellungen sind dann keine Rechtspersonen im Sinne Jakobs, wenn sie mit ihrem Handeln und Äußerungen zeigen, dass sie die Rechtsordnung und Jakobs' Strafrechtskonzeption nicht anerkennen und der Gesetzgeber eine Bekämpfung für notwendig erachtet. Sie können dann zu Feinden nach dem Feindstrafrecht erklärt werden.

Grundsätzlich ist es schwierig, zu beurteilen, ob angekündigte oder vermutete Taten tatsächlich umgesetzt werden oder für die Rechtsordnung eine Gefahr darstellen und aus diesen Gründen für das Bürger- oder Feindstrafrecht relevant sind. Nach dem Tatprinzip besteht hier keine Möglichkeit, strafrechtlich vorzugehen, da keine Straftat begangen wurde.¹³⁴ Wird eine Einstellung zum Recht als von staatlicher Seite unerwünscht angesehen oder soll die Planung einer Straftat rechtlich verfolgt werden, so bestehen verschiedene Möglichkeiten, diesen entgegenzuwirken. a) Die Einstellungen und Planungen werden als Taten aufgefasst und ein potentieller Täter wird zum Täter erklärt. In diesen Fällen betrachten staatliche Institutionen geäußerte Meinungen oder Pläne als Straftaten und nicht als

¹³³ Ein Beispiel dafür, wie die Bundesregierung mit verfassungsfeindlicher Propaganda umgeht, ist § 130 StGB (Volksverhetzung). Die Rechtsnormativität zur Volksverhetzung ist nicht notwendigerweise ein Fall von Feindstrafrecht, da Beschimpfen und verächtlich Machen, die im Paragraph genannt werden, als Taten aufgefasst werden können. Jakobs bewertet den Paragraphen im Kontext von „Klimaschutz“ als präventive Maßnahme zur Wahrung eines guten sozialen „Klimas“ innerhalb des Staates wie auch § 140 Nr. 2 StGB. „Auch bei der Billigung von Straftaten (§ 140 Nr. 2 StGB) wird der ‚öffentliche Frieden‘ genannt und soll dort nach verbreiteter Ansicht verletzt sein, wenn ein ‚Klima‘ geschaffen wird, in dem Delikte nach Art der gebilligten Delikte gedeihen können. Unter anderem auch um Klimaschutz soll es ferner bei den Normen gegen Volksverhetzung und Verherrlichung von Gewalt sowie Aufstacheln zum Rassenhass gehen (§§ 130, 131 StGB) [...]“ (Jakobs 1985: S. 774).

¹³⁴ Hawickhorst zufolge ist das deutsche Strafrecht nach dem Tatprinzip, nicht nach dem Täterprinzip ausgerichtet. Nach dem StGB wird derjenige bestraft, der eine Straftat begangen hat, nicht seine Gesinnung (vgl. Hawickhorst 2011: S. 183-184). „Im Gegensatz zum Täterstrafrecht bildet im Tatstrafrecht die dem Täter zurechenbare und schuldhaft begangene konkrete Unrechtshandlung alleinigen Strafgrund und zugleich das wesentliche Strafzumessungskriterium“ (Hawickhorst 2011: S. 184).

Auffassungen bzw. Vorbereitungen zu Straftaten. Die Taten werden im nächsten Schritt strafrechtlich verfolgt. b) Als eine Alternative bietet sich die Erklärung zum Feind an. Insofern die Ansichten und Handlungen eines Menschen nahelegen, er werde wohl seinen Pflichten als Rechtsperson im Sinne Jakobs nicht gerecht, besteht die Möglichkeit, diesen Menschen als Feind mittels Feindstrafrecht auszuschließen. Die Einstellungen müssen allerdings auf irgendeine Weise verifizierbar sein, damit man sie nach dem Strafrecht oder nach dem Feindstrafrecht bewerten kann. Es sollten nachweisbare Äußerungen oder schriftliche Veröffentlichungen als Belege vorliegen.¹³⁵ Im Fall b), der des Feindstrafrechts, entsprechen die Äußerungen und Einstellungen nicht denen einer Rechtsperson.

Wenn die mündlichen und schriftlichen Äußerungen als Taten im Sinne des Strafrechts angesehen werden, müssen in solchen Fällen Gesetzgeber und Judikative nicht das Tatprinzip vernachlässigen. Allerdings ist eine solche Rechtsauffassung problematisch. Denn beispielsweise gehört die Planung einer Straftat eher ins Vorfeld des eigentlichen Verbrechens, als dass hier von einer vollendeten Straftat gesprochen werden kann.¹³⁶ Meinungen als Straftaten zu betrachten, ist ebenfalls problematisch. So kritisiert Jakobs vermeintliche Delikte im Zusammenhang des sogenannten Klimaschutzes (vgl. Jakobs 1985:

¹³⁵ Z. B.: § 86 a StGB (Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen).

¹³⁶ Der Begriff „Vollendung“ einer Tat ist nach Jakobs strafrechtlich nicht eindeutig. Die Rechtswissenschaft gibt zwei Kriterien vor. Eine Straftat muss abgeschlossen und die strafrechtlich relevanten Tatbestandsmerkmale erfüllt sein. Unterschieden wird zwischen Vollendung und Beendigung. So ist ein Diebstahl mit dem Entwenden eines gestohlenen Gegenstandes vollendet, aber erst mit dem Gewahrsamnehmen (z.B. der Dieb verstaut das Diebesgut im eigenen Auto) beendet (näheres vgl. den Eintrag zur „Beendigung“ auf der Internetseite „Rechtslexikon.de“ (Hrsg. Schlüter)). Nach Jakobs fällt die Auslegung je nach Tat unterschiedlich aus. „Bezeichnenderweise ist der Begriff ‚Vollendung‘ ein formeller Begriff, das heißt, Vollendung richtet sich nach der Tatbestandsformulierung, nicht nach materiellen Kriterien, und dementsprechend ist materiell ungesichert, was überhaupt Vorfeld ist. Wegen der formellen Bestimmung ist beim Mord noch Vorfeld, was bei Münzdelikten, ja selbst bei Trivialformen von Urkundsdelikten, längst Vollendung ist“ (Jakobs 1985: S. 751). Im Endeffekt bedeutet das, was eine Vollendung ist, entscheidet der Gesetzgeber bei jeder Rechtsnorm neu. Ähnlich wie bei der philosophischen Frage, wann eine Handlung beginnt und wann sie aufhört und eine weitere Handlung beginnt, ist es schwierig, die Frage rein formal zu beantworten. Die Festlegung hat immer etwas Beliebiges. So könnte die Vollendung des Diebstahls auch erst mit dem Gewahrsamnehmen erreicht sein. Das würde Fälle als Diebstähle ausschließen, bei denen der Täter behauptet, das vermeintliche Diebesgut wäre nur zufällig in seine Tasche gefallen. Die Entscheidung im Strafrecht wird also normativ und pragmatisch entschieden werden, damit das Tatprinzip verwirklicht werden kann und ein Strafrecht nach diesem Prinzip möglich ist. Die Entscheidungen dürfen natürlich nicht beliebig verändert werden, damit das Strafrecht sowohl für Juristen als auch die Bürger nachvollziehbar bleibt. Jakobs sieht bei den unterschiedlichen Handhabungen zum Vorfeld eine Gefahr für die rechtliche Klarheit. Das zeigt seine Kritik.

S. 774). Dabei geht es nicht um Umweltschutz, sondern um das gesellschaftliche Klima. Als Beispiel nennt Jakobs § 140 StGB (Belohnung und Billigung von Straftaten) (vgl. Jakobs 1985: S. 779-781). Es geht darum, dass Handlungen strafwürdig sind, die beispielsweise Störungen des öffentlichen Friedens und die Androhung von Straftaten belohnen, z. B. „den öffentlichen Frieden zu stören [...] in einer Versammlung oder durch Verbreiten eines Inhalts [...]“ billigen (§ 140 StGB, Nr. 2). Nach Jakobs ziehen solche Verhaltensweisen nicht notwendigerweise Straftaten nach sich. Denn, es hänge „[...] von jedem selbst ab, ob er auf die Belohnung oder Billigung eines Verhaltens hin ungläubig den Kopf schüttelt oder gläubig beginnt, Bomben zu basteln“ (Jakobs 1985: S. 780). Damit wären diese Äußerungen Fälle von Meinungsfreiheit, die notgedrungen akzeptiert werden müssten. Bei einer Bestrafung nach § 140 StGB handelt es sich laut Jakobs entweder um eine „Verdachtsstrafe“ oder um eine „[...] Verwechslung von einer rechtsgutsfeindlichen Meinungsäußerung mit einem Rechtsbruch“ (Jakobs 1985: S. 781). Sowohl für eine feindstrafrechtliche wie auch für eine bürgerstrafrechtliche Beurteilung ergeben sich hier die gleichen Schwierigkeiten, wenn das Tatprinzip eingehalten werden soll. Es gilt die Frage zu beantworten, was als strafrechtlich relevante Tat oder als feindstrafrechtlich relevante Handlung gelten darf.

4. Täter mit „falscher“ Gesinnung

Anders als im Fall der Berücksichtigung von Taten verhält es sich, wenn Einstellungen, die als fundamental zum Menschen gehörend gewertet werden, rechtliche Relevanz bekommen und es auf einzelne Äußerungen zur Beurteilung als Feind oder Straftäter nicht mehr ankommt. In diesen Fällen ist die Einstellung zur Gesellschafts- und Rechtsordnung ein Teil seiner Individualität, die ihn prägt, sowie auch andere Einstellungen Teil davon sind. Die Menschen mit der „falschen“ Einstellung zum Recht stehen dann für sich schon auf der vom Recht abgewandten Seite, ohne durch strafrelevante Taten aufzufallen.

Bei einer solchen Rechtsauffassung kann das herkömmliche Strafrecht, wie es in der Bundesrepublik gilt, nicht angewendet werden, da nun eindeutig das Tatprinzip verletzt wird (vgl. Hawickhorst 2011: S. 182-184). Beim Täterstrafrecht werden nicht einzelne Taten, sondern die Täter wegen ihrer Persönlichkeit bestraft oder – im Fall des Feindstrafrechts – gesichert. Die „rechtsfeindliche Gesinnung“ steht im Vordergrund (Hawickhorst 2011: S. 179). Wobei Gesetzgeber und Judikative die Taten und Äußerungen als Außendarstellungen der negativen Einstellung gegenüber einzelnen Rechtsnormen und/oder

gegenüber der gesamten Rechtsordnung auffassen, sodass dann doch wieder einzelne Handlungen für die Beurteilung als Straftäter oder Feind maßgeblich sind.

Im Unterschied zu einem Strafrecht, das die Einstellungen und generell den privaten Bereich des Täters nur in Hinsicht auf eine konkrete Straftat untersucht, erweitert ein solches Gesinnungsstrafrecht die Untersuchung auf die Beurteilung der gesamten Persönlichkeit des Täters. Der Täter wird dann eventuell als „schlechter“ Mensch in Hinsicht auf seine Rechtstreue disqualifiziert. Nach Jakobs darf der private Bereich eines vermeintlichen Straftäters nur in Hinsicht auf eine konkrete Straftat untersucht werden. Nach seiner frühen Arbeit gilt: „Die Frage nach den Interna ist nur zur Interpretation sowieso schon störender Externa erlaubt“ (Jakobs 1985: S. 761, im Original kursiv). Eine solche Verletzung des privaten Bereichs würde laut Jakobs den „Bürger zum Feind“ machen (Jakobs 1985: S. 761). Diese Folgerung halte ich nur dann für gerechtfertigt, wenn der Täter nicht aufgrund seiner Einstellung bestraft, sondern gesichert oder auf andere Weise ausgeschaltet wird. Andernfalls handelt es sich um eine Verletzung rechtsstaatlicher Prinzipien. Ein Gesinnungsstrafrecht ist nicht notwendigerweise ein Feindstrafrecht.

Eine Rechtsauffassung, die nach Gesinnungen von Tätern urteilt, ist meiner Ansicht nach besonders anfällig für die Einführung eines Feindstrafrechts. Menschen, die eine gefestigte „falsche“ Gesinnung haben, können als nicht mehr in die Rechtsgemeinschaft integrierbar gelten. Die Möglichkeit, dass sie ihre Pflichten als Rechtspersonen erfüllen, scheint bei vielen Gesinnungstätern eher gering, sodass nur die Bekämpfung dieser Menschen als Feinde und der Ausschluss aus der Rechtsgemeinschaft als Maßnahme gegen sie geboten zu sein scheint. Eine Sicherung oder eine Verbannung bietet, im Gegensatz zur Todesstrafe, die Möglichkeit, bei einem Gesinnungswechsel die Feindschaft zu beenden und den ehemaligen Feind in die Rechtsgemeinschaft zurückzuholen.

5. Zusammenfassung

Es stellt sich heraus, dass mein Feindbegriff auch auf Jakobs' Konzeption des Feindstrafrechts anwendbar ist. Mit ihm lassen sich einige Missverständnisse und Vorurteile in Hinsicht auf das Feindstrafrecht ausräumen. Beispielsweise, dass staatlich autorisierte Feindschaft mit einem Racheakt, beispielsweise gegenüber Oppositionellen, verbunden sein muss. Mit einer Sicherung wird auf die Verhängung von emotional motivierten hohen Strafen verzichtet, da Bestrafung im Feindstrafrecht nicht geboten ist. Allerdings besteht auch bei der

Sicherung die Gefahr, dass diese unter Vorwänden in die Länge gezogen wird. Auch in Bezug auf das Zielobjekt Feind sind einige Vorurteile beiseite geräumt. Jakobs' Konzept legitimiert keine feindstrafrechtliche Partialfeinde und führt dann nicht zu weiteren strafrechtlichen Unklarheiten. Auch braucht ein Feindstrafrecht nicht notwendigerweise ein Gesinnungsstrafrecht sein, wenn auch bei der Beurteilung nach Gesinnungen die Gefahr einer Behandlung als Feind besteht. Tatprinzip und Feindstrafrecht schließen sich nicht aus. Die Beurteilung von potentiellen Tätern ist oft schwierig und kann ein Grund für feindstrafrechtliche Maßnahmen sein, da der vermeintliche Täter noch keine strafrelevanten Taten verübt hat und so „nur“ eine feindstrafrechtliche Sicherung zur Beseitigung der Gefahr übrig zu bleiben scheint.

III. Zur Rechtfertigung der Feinderklärung

Eine Rechtfertigung kann eine Feinderklärung und die Bekämpfung des Feindes plausibilisieren, gehört aber nicht zum Feindbegriff (vgl. Kapitel 1 C. V. 4.). Eine der Rechtfertigungen für staatlich motivierte Feindschaft ist die Einführung und Umsetzung der speziellen Rechtsform Feindstrafrecht. Der Staat institutionalisiert Feindschaft. Wer Feind ist, wird von politischen und juristischen Kräften innerhalb eines Staates bestimmt. Dass Feindschaft nicht auf eine Rechtfertigung gestützt sein muss, macht sie unter anderem im politischen Kontext so gefährlich. Politische Autoritäten können in einem Staat ihre Gegner grundlos bekämpfen. Als Begründung der Notwendigkeit der Bekämpfung ist eine Rechtfertigung aber wichtig. Wenn staatliche Institutionen eine Feindschaft proklamieren und sogar rechtlich absichern, benötigt die staatliche Seite für dieses Vorgehen in der Regel eine Rechtfertigung gegenüber der Bevölkerung, damit unter ihnen eine Akzeptanz für die Bekämpfung erreicht wird.

Für die Bevölkerung, insbesondere in Demokratien, ist es nicht selbstverständlich, dass Personen im Recht ihren Status vollständig oder zum Teil verlieren. Eine Form der Rechtfertigung für den Verlust des Status ist die Feinderklärung, die eine Behandlung von Menschen außerhalb des für Rechtspersonen üblichen Rechtsrahmens begründen soll. Ein Feindstrafrecht legitimiert einerseits die Feindschaft rechtlich und ist andererseits eine Folge der politischen Entscheidung zur Feindschaft. Es existiert als eigenes Gesetzbuch oder alternativ in das Strafrecht eingewobener Teil oder in einzelnen feindstrafrechtlich orientierten Paragraphen als Gesetzestext veröffentlicht. Dadurch, dass Feindschaft Recht wird, sind staatliche Institutionen angehalten, Feinde zu bekämpfen und auszuschalten, da sie

sich an das jeweilige Landesrecht halten müssen. Jede zuständige Institution, z. B. die Justiz, ist verpflichtend dazu bestimmt, Recht, also auch Feindstrafrecht, umzusetzen. Das Feindstrafrecht bietet also nicht nur eine Rechtfertigung für staatlich geförderte Feindschaft, sondern führt auch zu Verpflichtungen innerhalb der staatlichen Strukturen eines Landes.

Die Rechtfertigung ist neben der konkreten Form des veröffentlichten Feindstrafrechts oder der veröffentlichten feindstrafrechtlichen Elemente in den Gesetzbüchern bei Jakobs – wie bereits erwähnt – durch seine Interpretation des Strafrechts und des Rechts überhaupt begründet. Wenn der Strafraum eines Staates zur Bekämpfung bestimmter von staatlicher Seite nicht geduldeter Phänomene nicht ausreicht, können Menschen zu Feinden erklärt werden. Die Rechtfertigung einer Feinderklärung nach Jakobs hat nun zwei Komponenten. a) Der Rechtsbrecher ignoriert die über angeordnete Strafe vermittelte Aussage: Die Tat ist eine inakzeptable Handlung (vgl. Jakobs 2004b: S. 30). Oder nach einem Zitat von Jakobs: „[...] an die Tat sei nicht anzuschließen“ (Jakobs 2000: S. 50). b) Der Rechtsbrecher akzeptiert das geltende Rechtskonzept von Schuld und Strafe in Bezug auf einzelne Rechtsnormen oder in Bezug auf die gesamte Rechtsordnung nicht. Das heißt, er entscheidet sich bewusst gegen die Einhaltung von Rechtsnormen. Er vernachlässigt seine Pflichten als Rechtsperson (vgl. Jakobs 2006a: S. 290). Beachtet ein Rechtsbrecher einen dieser beiden Punkte in einem über die Anforderungen von Jakobs' Strafrechtskonzeption hinausgehenden und das Feindstrafrecht näher bestimmten Rahmen nicht, so wird er zu einem Feind (vgl. Jakobs 2004b: S. 42-43). Das „normale“ Strafrecht greift nicht. Dieser Mensch verliert nach Jakobs den Status als Rechtsperson und wird als Feind behandelt. Diese Behandlung kann – wie erwähnt – von Sicherungsverwahrung bis hin zur Todesstrafe gehen. Die Umsetzung hängt sicherlich mit der jeweiligen Staatsform und den staatlichen Akteuren zusammen, die in einem Land einflussreich sind. In der Regel werden bei der Ausschaltung der Feinde aus dem öffentlichen Leben Demokratien – insofern sie überhaupt ein Feindstrafrecht oder Elemente davon einführen – „milder“ verfahren als autoritär geführte Staaten. Das hängt vom jeweiligen Menschenbild ab. Fraglich ist, ob für Demokratien die rechtliche Behandlung als Feind ein tragbares Konzept ist.

Aponte sieht den Feind des Feindstrafrechts als politische „Konstruktion“ (Aponte 2006a: S. 300). Das deckt sich mit den bisherigen Ausführungen. Der Feind ist vor allem jemand, der erklärt wird. Feind ist keine Eigenschaft, die ein Mensch von sich aus hat.

Morguet versteht den Feind bei Jakobs eher von der Rechtfertigung der Feinderklärung her. So gibt sie zwei Eigenschaften an, die für Jakobs eine Rolle bei der Feindbestimmung spielen sollen, die eine Feindschaft rechtfertigen. „Der Feind ist nach Jakobs ein Individuum, das sich

vermutlich dauerhaft vom Recht abgewandt hat“ (Morguet 2009: S. 122). Weiterhin würde den Feind Gefährlichkeit auszeichnen (vgl. Morguet 2009: S. 123; vgl. Merkel 2019: S. 336-338). Keine der beiden Eigenschaften führen aber notwendigerweise zur Feinderklärung. Ein unbelehrbarer Fahrraddieb, der sich in Bezug auf diese Diebstähle „dauerhaft vom Recht abgewandt hat“, wird in der Regel nicht zum Feind erklärt.

Auch die Gefährlichkeit ist keine notwendige Eigenschaft, die in jeder Rechtsordnung eine rechtlich gestützte Feinderklärung nach sich ziehen muss (vgl. Merkel 2019: S. 336-338). Ausdrücke wie „gefährlich“, „hochgradig kriminell“ oder „schwere Verbrecher“, die Morguet verwendet, sind unterbestimmt, sodass sie keine eindeutige Täterbestimmung zulassen (Morguet 2009: S. 123). Grundsätzlich muss zwischen einer Gefährlichkeit gegenüber einzelnen Menschen und einer Gefährlichkeit für die Rechts- und Gesellschaftsordnung unterschieden werden.¹³⁷ Da für Jakobs die Umsetzung von Gesellschafts- und Rechtsordnung wichtig ist, spielt wohl die Gefahr für diese die entscheidende Rolle. Einzelne Menschen als für die Rechts- und Gesellschaftsordnung gefährlich einzustufen, erscheint mir problematisch. Jakobs nennt zwar mit Terroristen und der organisierten Kriminalität vorrangig Menschengruppen als feindstrafrechtlich relevant, als Feind erklärt wird aber der einzelne Mensch. Schließlich bezieht sich sowohl Strafrecht als auch Feindstrafrecht auf den Einzeltäter (vgl. Jakobs 2005: S. 839). Wenn Einzeltäter für die Umsetzung der Gesellschafts- und Rechtsordnung gefährlich sind, so haben sie einen so immensen Einfluss auf die Gesellschaft, dass sie die Rechts- und Gesellschaftsordnung ändern könnten. Oder sie haben Mittel zur Verfügung, die so gefährlich sind, dass sie die staatlichen Entscheidungsträger erpressen könnten. In beiden Fällen würde ein Feindstrafrecht keine Abhilfe schaffen. Dieses rechtliche Instrument bleibt wirkungslos, da die Täter ja die Möglichkeit haben, jeden einzelnen Teil der Ordnung in ihrem Sinne zu manipulieren.

Eine weitere Möglichkeit ist die Bekämpfung von potentiellen Gefahren für die Rechts- und Gesellschaftsordnung. In diesen Fällen müsste der Gesetzgeber politische und soziale Entwicklungen im Auge behalten und potentielle Gefahren für die Ordnungen ausmachen. In diesen Fällen besteht die Gefahr, dass der Staat immer weitere Kreise von potentiellen Gefährdern der Ordnungen zu Feinden erklärt und das Feindstrafrecht als Rechtfertigung umfangreicher Verfolgung, beispielsweise von politischen Gegnern, missbraucht wird. Die staatlichen Institutionen können andererseits aber auch Gefahren übersehen. Letztendlich sind vorrangig nicht die Erkenntnis der Gefährlichkeit und die Einschätzung der Täter als

¹³⁷ Zur Feindschaft aufgrund der Gefährdung für die Gesellschafts- und Rechtsordnung vgl. Merkel 2019: S. 345; in dieser Arbeit vgl. Kapitel 5 A.

notorische Pflichtenverletzer, dasjenige, was die staatlich legalisierte Feindschaft ausmacht, sondern die Erklärung und Bekämpfung zum Feind von staatlichen Stellen durch rechtliche Mittel. Die Gefahr einer gewissen Beliebigkeit bei der Bestimmung und Rechtfertigung von staatlich geförderter Feindschaft ist nicht auszuräumen, da letztlich politische und juristische Eliten entscheiden, wer und was eine feindstrafrechtliche Feindschaft rechtfertigt und nicht notwendigerweise Fakten der Gefährlichkeit und des rechtskonformen Handelns.¹³⁸

E. Zusammenfassung und Rückblick

Zum Abschluss dieser Analysen soll ein kurzes Resümee folgen. Feindschaft wird durch das Feindstrafrecht rechtlich mit entsprechenden Gesetzen vom Gesetzgeber politisch und strafrechtlich gerechtfertigt. Die Umsetzung durch die Justiz konkretisiert dann die staatlich geförderte Feindschaft in Urteilen nach dem Feindstrafrecht. Gesetzgebung und Urteile ermöglichen bei Jakobs durch eine Aberkennung des Rechtspersonenstatus den Ausschluss als vollwertige Mitglieder der Rechtsgemeinschaft und eine Behandlung als Feinde außerhalb des Strafrechts. Sie werden nicht bestraft, sondern aus dem öffentlichen Leben entfernt. Bestimmte strafrechtliche Maßnahmen, wie die Vorverlagerung, und die Einschränkung von prozessualen Garantien können Indizien für Feindstrafrecht sein, sind aber nicht notwendigerweise mit einer Feinderklärung verbunden. Grundsätzlich sollte man mit der Einschätzung, es handele sich bei einer Rechtsnorm um eine feindstrafrechtliche, vorsichtig sein. Die Unterstellung, ein Staat würde Menschen aus dem Kreis der Rechtspersonen ausschließen und würde sie als Feinde bekämpfen, ist eine sehr weitreichende, da wichtige rechtsstaatliche Prinzipien wie die Gleichbehandlung von Tätern als gleichwertige Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft nicht mehr gelten. Die Einschätzung einer Menschengruppe als besonders gefährlich für den Bürger oder für die Rechts- und Gesellschaftsordnung insgesamt und eine unterstellte fehlende Rechtstreue können zu einer staatlich legalisierten Feinderklärung führen. Allerdings müssen solche Einschätzungen nicht zu einem Feindstrafrecht führen.

Sämtliche Verfahren nach Jakobs' Feindstrafrecht haben gemeinsam, dass, wie schon erwähnt, im Gegensatz zum Straftäter der Feind aus der Rechtsgemeinschaft als vollwertiges rechtskompetentes Mitglied ausgeschlossen wird. Das Verhalten des Täters ist nicht nur ein unerwünschtes Phänomen, das sich als Straftat oder Straftaten bewerten lässt, aufgrund derer dann eine Rechtsperson bestraft werden kann, sondern das als feindlich bewertete Verhalten

¹³⁸ Kritisch dazu: vgl. Uwer 2006: S. 45.

ist für eine Rechtsgemeinschaft unzumutbar. Der Handelnde gilt als aus der Rechtsgemeinschaft als Feind Auszuschließender. Da er aus dem Kreis der Rechtspersonen ausgeschlossen ist, kann mit ihm auch anders als mit einer Rechtsperson umgegangen werden. Er kann lange Zeit gesichert werden, prozessuale Garantien können missachtet werden und die Privatsphäre, die einem Bürger zusteht, kann verletzt werden. Die drei Symptome (hohen Strafen, Verlust von prozessualen Garantien und Vorverlagerung) sind Folgen aus der Feindbestimmung und Feinderklärung nach Jakobs. Die drei Phänomene führen aber nicht notwendigerweise zu einer Feindschaft. So handelt es sich mitunter bei diesen rechtlich bedenklichen Phänomenen einfach nur um einen illegitimen Umgang mit einer Rechtsperson. Im Fall von Nawalny beispielsweise wird der Oppositionsführer zwar von politischen Kräften höchstwahrscheinlich als Feind angesehen, er wird aber nicht nach einem Feindstrafrecht verurteilt, sondern ihm wird Fehlverhalten als Unternehmer vorgeworfen.

Mit Hilfe der Analyse der Feinderklärung nach einem Feindstrafrecht, dem Zielobjekt Feind der Rechtsgemeinschaft und der Rechtfertigung von Feindschaft kann man die Grundlagen des Feindstrafrechts genauer untersuchen. Es stellte sich heraus, dass das Feindstrafrecht keine Antwort auf Feinderklärungen durch kriminelle und terroristische Gruppen ist. Was einerseits von Vorteil ist, da es keine Rache ausdrückt, ist andererseits aber auch von Nachteil, da es keine Antwort auf Provokationen seitens gewalttätiger Akteure bietet. Das kann als eine Kapitulation des Staates gegenüber diesen Menschen interpretiert werden, da die Täter nicht, wie bei einem Straftäter üblich, schuldig gesprochen und bestraft werden. Die „normale“ Rechtsprechung scheint bei diesen Tätern nicht zu greifen.

Die Feindschaft selbst ist nach Jakobs' Feindstrafrechtsmodell mit einem Ausschluss aus der Rechtsgemeinschaft verbunden. Dieser Ausschluss kann nur vollständig erfolgen, da ein Feindstatus nicht mit dem der Rechtsperson kompatibel ist. Grundsätzlich benötigt eine Feindschaft – auch eine von politischer Seite eingeleitete – keine Rechtfertigung. Das kann zu unbegründeter Bekämpfung von Mitmenschen führen. Ein Feindstrafrecht ist eine rechtlich umgesetzte Rechtfertigung für staatlich autorisierte Feindschaft. Eine Rechtfertigung des Feindstrafrechts muss aber nicht unbedingt gut und ehrlich begründet sein. Auch ein Feindstrafrecht kann politischen und gesellschaftlichen Eliten zur Durchsetzung privater Interessen nutzen.

Es folgt nun ein Rückblick auf die bisher erörterten Themen. Ich gehe auf den Zusammenhang von Feindstrafrecht und Jakobs' Strafrechtskonzeption ein. In diesem Zusammenhang wird Jakobs' Behauptung bewertet, er würde lediglich das Feindstrafrecht beschreiben, es ginge ihm um „Bestandsaufnahmen“ (Jakobs 2006a: S. 289). Die Behauptung

steht meiner Meinung nach nicht im Einklang mit seiner eigenen Argumentation. Zunächst sei Jakobs' Argumentation, die ihn zum Feindstrafrecht hinführt, noch einmal in komprimierter Form wiedergegeben.

Der Sinn von Recht im Allgemeinen und von Strafrecht im Besonderen ist also nach Jakobs die Wahrung der Normativität einer Gesellschaft. Das bedeutet, Zweck des Rechts ist, dass sich die Gesellschaftsmitglieder an die etablierten Regeln des Zusammenlebens halten. Normbrüche sollen als Handlungsalternative für die Gesellschaftsmitglieder ausgeschlossen werden. Dieser Ausschluss gilt sowohl für die reale Umsetzung wie auch als Möglichkeit, also als alternative Regelung. „[...] [Ü]ber die Möglichkeit deliktischen Vorgehens wird bei der alltäglich üblichen Planung nicht erst nachgedacht“ (Jakobs 2000: S. 90). Für die Begründung des Strafrechts ist, im juristischen Jargon formuliert, vor allem die positive Generalprävention ausschlaggebend (vgl. Jakobs 1976: S. 32-33; vgl. Jakobs 2004b: S. 31). Das bedeutet, Gesetzgeber und Judikative sollen laut Jakobs vor allem die Erhaltung der Norm im Auge haben und weniger die Abschreckung vor Normbrüchen. Gesetze sind dann eine Richtlinie für „richtiges“ Verhalten von Gesellschaftsmitgliedern. Die Normativität im Allgemeinen, die in einer Gesellschaft und einem Staat gilt, ist die Basis der Rechtsordnung. Die Relevanz von gesellschaftlicher Normativität und Rechtsordnung ist meiner Ansicht nach zutreffend, da ohne Regeln das Zusammenleben so vieler Akteure nicht bewerkstelligt werden kann. Das Strafrecht – als eine Form dieser Normativität – hat die Besonderheit, dass es neben der Formulierung von Ge- und Verboten auch Strafen beinhaltet. Diese gehören zur Normativität dieser Rechtsform. Da das Strafen ein Bestandteil dieser Rechtsform ist, ist ein Normbrecher nach Jakobs nicht automatisch ein Mensch, der sich nicht an den Normen orientiert. Insoweit er die Strafe akzeptiert, verhält er sich konform der Strafrechtsnormen. „Recht gilt, solange es die kommunikative Orientierung leitet – ob es zur Vermeidung eines Verbrechens leitet oder, falls das nicht gelingt, zur Reaktion auf ein Verbrechen als auf ein Verbrechen, ist dabei äquivalent.“ (Jakobs 2004b: S. 28). Die Strafe, die auf den Normbruch folgt, hat den Sinn, einen Normbruch als eine vereinzelt Tat zu kennzeichnen, die als Regel nicht akzeptiert wird. Der Täter hat die Verpflichtung, neben der Verbüßung der Strafe, in Zukunft die Rechtsnormen zu befolgen. „[...] Strafe erfolgt als Leistung der Person [...]“ und der Sinn der Strafe ist ein zukünftiges Einhalten der Rechtsnorm (Jakobs 2004b: S. 42). Falls er dies nicht tut, sondern für sich selbst Rechtsbrüche zur Regel macht – sei es immer die gleichen oder unterschiedliche –, verstößt er gegen Jakobs' Konzeption von Strafe und gegen die Rechtsordnung. Das kann innerhalb einer Gesellschaft aus zwei Gründen nicht geduldet werden. Zunächst wird die Rechtsordnung von diesem Menschen bewusst oder unbewusst in

Frage gestellt und zweitens haben die anderen Mitglieder laut Jakobs ein Anrecht auf die Einhaltung der Rechtsordnung (vgl. Jakobs 2004a: S. 91). Falls die Mitmenschen nicht mehr von der Einhaltung ausgehen können, verlieren sie nach Jakobs den Glauben an die Rechtsordnung. „[...] [N]ur bei einiger kognitiver Sicherheit leistet die Norm Orientierung.“ (Jakobs 2004b: S. 39). Das bedeutet, sie können sich nicht mehr sicher in ihrer Gesellschaft bewegen oder haben zumindest diesen Eindruck. Das Strafrecht darf nun nach Jakobs keine Strafen aufstellen, die in Anbetracht der Tat höher sind, als der gesellschaftliche Konsens erlaubt und die normativen Vorstellungen des Gesetzgebers für genau diese Tat zulassen. Es darf nach dem Strafrecht kein Strafmaß geben, das dazu dient, den Täter oder andere potentielle Täter von weiteren Strafen abzuhalten. Ansonsten würde der Täter für etwas bestraft, für das man ihn nicht oder zumindest noch nicht verantworten kann (vgl. Jakobs 2004b: S. 32). Die Täter, die kontinuierlich das Recht brechen oder sogar die Rechtsordnung ablehnen, werden nicht nach dem „normalen“ Strafrecht be- und verurteilt, weil die Strafe nicht den gewünschten Effekt hat und eine Erhöhung aus spezialpräventiven Gründen in Jakobs' Konzeption nicht vorgesehen ist. Es scheint nur die Möglichkeit zu bleiben, diese Täter nach einem Sonderrecht, außerhalb strafrechtlicher Normativität, zu behandeln. „[...] [W]er die kognitive Garantie nicht leistet, er werde sich als Person im Recht verhalten, muß auch nicht als Person im Recht behandelt werden.“ (Jakobs 2004b: S. 44) Die Gesellschaft muss vor ihnen geschützt werden. Sie werden dann als Feinde betrachtet und bekämpft. Sie werden aus dem Kreis der Rechtspersonen, für die das Bürgerstrafrecht gilt, ausgeschlossen und dann unschädlich gemacht. Die Funktion des Sonderrechts übernimmt das Feinstrafrecht, mit dessen Rechtsnormen werden rechtlich legitimiert Menschen aus der Gesellschaft als Feinde ausgeschlossen. Die Konsequenz aus Jakobs' Interpretation von Strafrecht, mit der daraus folgenden Notwendigkeit eines Feindstrafrechtes, besteht darin, dass das Strafrecht nur für die Menschen bestimmt ist, die das Strafrecht mit seinen Geboten, Verboten und Strafen akzeptieren oder sich zumindest so zeigen, als würden sie das Strafrecht akzeptieren. Sie stellen sich als Rechtsperson dar.

Jakobs behauptet wiederholt, dass er die Umsetzung seines Feindstrafrechtes nicht befürwortet, sondern lediglich beschreibe (vgl. Morguet 2009: S. 64-74). Gleich am Anfang seines Aufsatzes *Feindstrafrecht? – eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit* behauptet er:

Ich versuche, hier als Teil des Wissenschaftssystems zu argumentieren, nicht des Rechtssystems. Demgemäß ist es nicht mein Anliegen irgend jemanden zum Feind zu stilisieren, sondern zu *beschreiben*, wen das Rechtssystem als

Feind behandelt, und zu prognostizieren, wem es zukünftig diese Rolle zuerkennen wird. Es geht nicht um Normierungen, noch weniger um politische Postulate, sondern um Bestandsaufnahmen und deren Verlängerungen in die Zukunft. (Jakobs 2006a: S. 289, kursiv im Original)

Dieses Zitat enthält nach meiner Ansicht zwei Behauptungen: 1) Das Feindstrafrecht ergibt sich theoretisch mehr oder weniger zwangsläufig aus dem „Wissenschaftssystem“. Das soll wohl bedeuten, beschreibt man Normativität und Rechtlichkeit einer Gesellschaft und eines Staates, so wird man im Rechtssystem auf ein Feindstrafrecht oder zumindest feindstrafrechtliche Elemente stoßen müssen. Die Formulierungen „[...] wem das Rechtssystem als Feind behandelt [...]“ und „[...] wem es zukünftig diese Rolle zuerkennen wird [...]“ sollen keine Bewertungen sein, was sein sollte, sondern Feststellungen, dass Rechtssysteme auch Feindbehandlungen beinhalten. Das Feindstrafrecht ist nach Jakobs Bestandteil der Beschreibungen von Rechtsgemeinschaften. 2) Die Praxis des Feindstrafrechts ist eine Praxis, die sich empirisch nachweisen lässt und im realen Recht schon eine Rolle spielt.

Zu 1): Wie sich gezeigt hat, folgt das Feindstrafrecht aus Jakobs' Strafrechtskonzeption und die dem Strafrecht zugeschriebene Rolle für die Gesellschaft und ihrer Organisation. Die Behauptung, dass die Konzeption „Feindstrafrecht“ alternativlos sei und ein Bestandteil jedes Rechtssystems sein muss, was er an anderer Stelle noch pointierter sagt, erscheint mir vermessen (vgl. Morguet 2009: S. 67-68). Das würde bedeuten, dass die Konzeption, dass Rechtspersonen nur diejenigen sind, die sich normkonform verhalten, alternativlos gilt. Jakobs präsentiert meiner Ansicht nach keine unumstrittene Rechtsauslegung. So schreibt Merkel beispielsweise: „Der Personenstatus ist nicht etwas, das man sich verdienen müsste“ (Merkel 2019: S. 340). Auch kann man bezweifeln, dass es keine Alternative zur Interpretation gibt, dass die Zuständigkeit des Strafrechts eine reine Bestrafungsinstitution von Schuld ist. So geht Rechtswissenschaftler Michael Pösl von einer Zweispurigkeit des Rechtssystems in Deutschland aus, das mit Strafe und Maßregel zwei „Sanktionsformen“ kenne (Pösl 2011: S. 133). Zu 2) Ob es tatsächlich in manchen Staaten feindstrafrechtliche Elemente im Rechtssystem gibt, wurde bereits an einigen Beispielen untersucht.

Im Anschluss folgt eine ausführliche Darstellung von Jakobs' Idee der „Bringschuld“. Sie soll den Ausschluss von Menschen aus dem Kreis der Rechtspersonen rechtfertigen. Es zeigt sich, dass das beim Feindstrafrecht, insofern es mit Jakobs' Rechtspersonenkonzeption verbunden ist, die demokratische Legitimation nicht gewährleistet ist.

Kapitel 5

Jakobs' Bringschuld und der Feind im Naturzustand

A. Jakobs' „Bringschuld“ der Rechtsperson

Nachdem die vorhergehenden Kapitel vor allem der Darstellung und Kritik von Jakobs' Position zum Strafrecht und seinem Feindstrafrecht dienten, soll im nun folgenden Kapitel auf die Legitimation des Feindstrafrechts – auch im Zusammenhang von Jakobs' eigenwilliger Auffassung zur Person – näher eingegangen werden. Mit seinem Feind- und Personbegriff will Jakobs einen Ausschluss von bestimmten Kriminellen und Terroristen aus dem Kreis der Rechtspersonen legitimieren. Dieser Ausschluss wird über das Feindstrafrecht abgewickelt. Die Frage ist, wie Jakobs' Person- und Feindbegriff rechtlich und gesellschaftlich legitimiert wird. Wird der Feind über einen demokratischen Prozess, über die Gesetzgebung von politischen Eliten oder auf eine andere Weise bestimmt? Die Erörterungen in diesem Kapitel beinhalten auch eine Kritik an Jakobs' Gesellschaftskonzept und greifen auf Jakobs' detaillierte Analysen zum Strafrecht zurück, vor allem auf die zum Personbegriff und die zu Jakobs' Konzeption von Strafe und Schuld, also die im zweiten Kapitel ausgeführten.

Neben Jakobs spielt in diesem Kapitel ein klassischer Autor der politischen Philosophie, Thomas Hobbes eine größere Rolle. Jakobs beruft sich ausdrücklich auf Hobbes.¹³⁹ Hobbes argumentiert – wie auch Jakobs – mit einem Naturzustandsmodell. Aus der Überwindung eines Naturzustandes entsteht eine Gesellschaft. Ein Naturzustand ist ein wesentliches Element der Hobbes'schen Theorie zur Begründung eines Staates und eines Rechtsraums.

Jakobs' erster Aufsatz zum Thema Feindstrafrecht aus dem Jahr 1985 führte noch nicht zu kontroversen Diskussionen. Die Diskussion und Kritik des Konzeptes begann erst Ende der 1990er-Jahre, als Jakobs mit dem Feindstrafrecht öffentlich präsenter wurde. Eine Welle der Kritik und Empörung lösten sein Auftritt auf einer Tagung 1999 und dann seine Veröffentlichungen nach der Milleniumswende *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht* und *Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zur Rechtlichkeit* aus. Schriften, in denen er seine Ideen konkreter darstellte (vgl. Ambos 2006: S. 12-14; vgl. Morguet 2009: S. 81-83; vgl. Hawickhorst 2011: S. 202-206).¹⁴⁰ Die juristische Diskussion konnte in dieser Arbeit nicht

¹³⁹ Vgl. folgende Textstellen: Jakobs 2011: S. 14, S. 21-22, S. 24-25, S. 36, S. 39-41; Jakobs 2004a: S. 89-91, S. 95; Jakobs 2006a: S. 293. Die Auflistung erhebt natürlich nicht den Anspruch auf Vollständigkeit.

vertieft wiedergegeben werden. In meiner Arbeit beschränkte ich mich auf rechtsphilosophische Einwände.

Ein wichtiger Einwand, den ich nun darstelle, wird von dem Rechtswissenschaftler Reinhard Merkel gegen Jakobs' Begriff „Bringschuld“ erhoben (Merkel 2019: 340-341). Nach Jakobs hat ein Mitglied der Rechtsgemeinschaft die Verpflichtung gegenüber Staat und Mitmenschen, die jeweilige Rechtsordnung (Rechtsnormen und gegebenenfalls die Annahme einer Strafe) in seinem Verhalten aktiv umzusetzen, um als Rechtsperson zu gelten. Er nennt diese Pflicht „Bringschuld“ (Jakobs 2006a: S. 293 u. 294). Er muss Rechtstreue versprechen. „Jeder, *der zumindest einigermaßen verlässlich Rechtstreue verspricht*, hat den Anspruch, als Person im Recht behandelt zu werden.“ (Jakobs 2006: S. 293, kursiv im Original) Ein Mensch, der sich nicht an diese Vorgabe hält, „[...] weil er seine Bringschuld nicht leistet [...]“, kann den Status der Rechtsperson verlieren und es ist dann gerechtfertigt, ihn als Feind zu bekämpfen (Jakobs 2006a: S. 294). Seine Argumentation soll also, über eine Erläuterung zur Rechtsperson hinaus, eine Rechtfertigung für die Einführung eines Feindstrafrechts sein.

Meiner Ansicht nach ist die geforderte Bringschuld des Gesellschaftsmitglieds als Voraussetzung für den Status als Rechtsperson problematisch. Dies soll nun ausführlich begründet werden. Eine ausführliche Erörterung ist aus mehreren Gründen wichtig. a) Der Begriff spielt eine wichtige Rolle für Jakobs' Rechtfertigung der Feinderklärung. Kriminelle und Terroristen können laut Jakobs mit dieser Argumentation als Feinde deklariert werden, da sie offensichtlich die Bringschuld nicht liefern. b) Nebenbei wird deutlicher, dass Jakobs' Feindstrafrecht aus Jakobs' Rechtskonzeption folgt. Er kann nicht den Anspruch erheben – wie schon besprochen –, nur neutraler Beobachter rechtlicher Veränderungen zu sein (vgl. Morguet 2009: S. 64-74). Jakobs' Feindstrafrecht ist ein normatives Konzept, dass durch seine Argumentation, durch seine Strafrechtskonzeption, begründet wird.

Meine Analyse der Bringschuld beginnt mit einer Darstellung des Begriffs inklusive der Kritik von Merkel. Im Anschluss wird der Begriff im Kontext von Jakobs' Modell der Gesellschafts- und Rechtsordnung betrachtet, das er in seinem Buch *Norm, Person, Gesellschaft* entwickelt. In diesem geht er auch auf seine Vorstellungen ein, was ein Individuum und was eine Person ausmacht (vgl. Kapitel 2 B. I. u. II.). Diese Unterscheidung wird noch einmal aufgegriffen. Dann wird das Jakobs'sche Modell der Gesellschaftsgründung mit Hobbes' Modell der Staatsgründung verglichen. Das bietet sich an, da Jakobs selbst ebenfalls Parallelen zieht. Es zeigt sich, dass Hobbes mit seinem Modell sowohl den Status

¹⁴⁰ Einen Überblick über die Diskussion liefern Hawickhorst 2011: 205-218 und 227-238, Morguet 2009: S. 81-91.

als Bürger als auch als Staatsfeind durch die Zustimmung der Bevölkerung legitimiert. Bei Jakobs fehlt diese Legitimation. Die Hobbes'sche Idee der Gründung eines Gemeinwesens wird unkorrekt interpretiert, was zur Folge hat, dass Jakobs Hobbes' Weise die Staatsführung und die Rechtsordnung zu rechtfertigen, nicht erkennt. Im Zusammenhang mit der Bringschuld, die jede Rechtsperson laut Jakobs leisten muss, steht bei ihm die Sicherheit der Menschen und ihr Vertrauen in das Recht, die mit der Rechtsordnung erreicht werden sollen. Es ergeben sich allerdings Schwierigkeiten, die Bringschuld als notwendige Pflicht zur Legitimation und Durchsetzung einer Rechtsordnung zu etablieren. Dies wird in den folgenden Abschnitten erörtert und kritisiert. Die Ausführungen zur Bringschuld enden mit einer Zusammenfassung und Kritik, auch an Jakobs' Gesellschaftsmodell.

I. Jakobs' Begriff „Bringschuld“

Jakobs berücksichtigt bei seiner Konzeption von Schuldzuschreibung und seiner Außenperspektive auf die Gesellschaft keine gestalterischen Möglichkeiten der Rechtspersonen auf die Normativität der Gesellschaft, in der sie leben. Will ein Mensch in einer Gesellschaft und einem Staat bestehen, so muss er die rechtlichen und gesellschaftlichen Normen hinnehmen. Ein Mitspracherecht und Gestaltungsmöglichkeiten, wie das Zusammenleben geregelt wird, erwähnt Jakobs nicht. Die aktive Rolle der Rechtspersonen besteht nicht darin, die staatlichen und gesellschaftlichen Normen zu hinterfragen und gegebenenfalls zu kritisieren und an der Gestaltung der Gesellschaft mitzuwirken. Sie wird eher abgelehnt, da die Normativität der Gesellschaft und Rechtsordnung autoritär festgelegt wird, wie sich noch zeigen wird. Der aktive Part, den eine Rechtsperson in einer Rechtsgemeinschaft übernehmen soll, besteht darin, die von staatlichen Institutionen oder allgemeiner einer politischen Autorität vorgegebene Normativität im Handeln umzusetzen. Die Gesetze und generell die gesellschaftlichen Normen sind einzuhalten. Merkel bezeichnet Jakobs' Anspruch an die Rechtsperson als Forderung „positiver Leistungspflicht“ (Merkel 2019: S. 340). Dieser aktive Part ist laut Jakobs nicht nur eine Erwartungshaltung seitens staatlicher Stellen an das Mitglied einer Rechtsgemeinschaft, sondern auch eine Pflicht gegenüber diesen und gegenüber seinen Mitmenschen, die das Mitglied akzeptieren muss (vgl. Jakobs 2006a: S. 291). Diese Pflicht begründet Jakobs mit dem allgemeinen Sicherheitsbedürfnis der Bevölkerung in einer Gesellschaft und dem Vertrauen in die Einhaltung der Rechtsnormen (vgl. Jakobs 2004a: S. 91). Die Verwirklichung von gesellschaftlichen und insbesondere Rechtsnormen wäre sonst nicht möglich. Er nennt diese

Pflicht einer jeden Rechtsperson, für das eigene rechtskonforme Verhalten zu sorgen, „Bringschuld“ (Jakobs 2006a: S. 293 u. S. 294). Menschen, die diese Bringschuld nicht erfüllen, können aus dem Kreis der Rechtsgemeinschaft ausgeschlossen und als Feinde bekämpft werden. Somit ist die Bringschuld auch eine Rechtfertigung für die Feinderklärung, die das Feindstrafrecht begründet.

Die Grundlage der Vermutung zukünftigen Legalverhaltens zu pflegen [sic.], ist eine elementare *Bringschuld* 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 miteinander möglich. Wirkliche, orientierungsleitende Personalität läßt sich eben nicht durch bloße Postulate erreichen, vielmehr muss, wer Person sein soll, „mitmachen“, und das heißt, er muss *seinen* Teil leisten, also hinreichende Rechtstreue garantieren. Der genannte Satz (S. K.: „Jeder habe jederzeit einen Anspruch auf Behandlung als Person.“)¹⁴¹ muss also ergänzt werden: *Jeder, der zumindest einigermaßen verlässlich Rechtstreue verspricht*, hat den Anspruch, als Person im Recht behandelt zu werden. (Jakobs 2006a: S. 293, kursiv im Original)

Diese Auffassung stößt unter Rechtsgelehrten auch auf Widerstand. So kritisiert beispielsweise Merkel Jakobs' Begriff. Nach seiner Meinung ist der Status eines Rechtssubjekts, wie ein Mitglied der Rechtsgemeinschaft in der Rechtswissenschaft meist genannt wird, keine Leistung. Die Befolgung der Rechtsnormen ist eine „Selbstverständlichkeit“ (Merkel 2019: S. 341). Der Status muss nicht erst verdient werden, aber er könne doch verloren gehen. „Person wird man nicht erst durch rechtliches Wohlverhalten; doch mag man durch extreme Formen des Gegenteils diesen Status verspielen“ (Merkel 2019: S. 341). Das Rechtssubjekt (im herkömmlichen Sinn) hat demnach eine „Unterlassungspflicht“ und keine Bringschuld (Merkel 2019: S. 340). Falls also ein

¹⁴¹ Der Satz wird kurz vor dem zitierten Text auf der gleichen Seite erwähnt. Schon in der Einleitung von Jakobs' Aufsatz wird das Anliegen in Bezug auf eine bedingungslose Geltung von Recht für jedes Mitglied einer Gesellschaft klar und dieser Satz in Frage gestellt. „Was jeder gegen Mitte meines Vortrags stark vermuten und spätestens am Ende sicher wissen wird, will ich gleich zu Beginn ohne Umschweife einräumen: der *political correctness* entspricht das, was ich sagen werde, nicht. *Politically correct* ist es, in jedem Menschen in jeder Hinsicht eine Person und in jeder Person einen Rechtsgenossen sehen zu wollen, *correct* genauer: eine Rechtsgenossin oder einen Rechtsgenossen, ausgestattet mit sogenannten Menschenrechten; aber in diesem Vortrag geht es um die Bedingungen von Rechtlichkeit und damit – wenn die Bedingungen fehlen – zugleich um die *Grenzen* von Rechtlichkeit (Jakobs 2006a: S. 289, kursiv im Original).

Mensch die Rechtsordnung in einem – dann noch näher zu bestimmenden – Rahmen verletzt, verliert er den Status als Rechtssubjekt. Ob diese „abgeschwächte“ Position zum Rechtsstatus von Menschen mit den Menschenrechten oder mit dem Grundgesetz vereinbar ist, kann hier nicht erörtert werden. Der Unterschied zwischen seiner und Jakobs' Position liegt in der Differenz zwischen einer eher passiven und einer aktiven Rolle der Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft in Hinsicht auf die Umsetzung rechtlicher Normen. Während bei Merkel ein Mensch keine Straftat begehen soll, um rechtskonform zu handeln, muss bei Jakobs die Rechtsperson aktiv nach den Rechtsnormen handeln, damit sie vollwertige Rechtsperson sein kann. Bei Merkel ist ein Mensch also solange Rechtssubjekt, solange er die Rechtsordnung eines Staates nicht durch „extreme Formen des Gegenteils“ des „rechtliche[n.] Wohlverhalten[s]“ verletzt (Merkel 2019: S. 341). Bei Jakobs wird ein Mensch zum Rechtssubjekt, wenn er die rechtlichen Vorgaben in seinem Verhalten aktiv umsetzt.

Eine Rechtsperson ist nach Jakobs' Einführung des Begriffs „Bringschuld“ nur dann eine, wenn sie die von ihm entwickelte Konzeption zur Rechtsnormativität – inklusive Strafe – einhält. Sie wird nicht nur nach einer Rechtsordnung zur Rechtsperson bestimmt, sondern sie ist eine, wenn sie als Mensch, der Rechtsnormen befolgt, auftritt. In Jakobs Terminologie muss sie sich nicht nur als Rechtsperson, also in ihrer Rolle in der Rechtsgemeinschaft darstellen, sondern darüber hinaus sich als Person im Recht in seinem Sinne verstehen. Dem einzelnen Mitglied einer Rechtsgemeinschaft muss analog zum Gesellschaftssubjekt eine „neue Selbstbeschreibung“ als Jakobs'sches Rechtssubjekt gelingen (Jakobs 2011: S. 32). Es versteht sich als Mensch, der nach der Gesellschafts- und Rechtsordnung handelt.

Diese Auffassung geht über die der deutschen Gesetzgebung hinaus. Der Status des Rechtssubjekts, wie ihn die deutsche Rechtsprechung in der Regel versteht, ist nicht mit einem bestimmten Verhalten zur Rechtsordnung verbunden. Auch jeder Rechtsbrecher gilt als Rechtssubjekt. Generell bestimmen in einem Rechtsstaat diejenigen, die die Gesetze erlassen, also der Gesetzgeber, wer welchen rechtlichen Status hat. Die Status beinhalten dann unterschiedliche Rechte und Pflichten. Einer davon ist in der Bundesrepublik Deutschland die deutsche Staatsangehörigkeit (vgl. Art. 116 GG; vgl. § 3 StAG). Wobei der Status nicht mit rechtsnormkonformen Verhalten des Trägers verknüpft ist. Ein deutscher Staatsangehöriger ist beispielsweise das Kind eines deutschen Staatsangehörigen (vgl. § 4 Abs. 1 StAG). Den Status des Feindes gibt es im deutschen Recht nicht.

Jakobs will mit seinem oben zitierten Argument zur Bringschuld etwas über die Realisierung von Recht sagen. Ein rechtlicher Zustand ist nur dann gegeben, wenn sich die Menschen einer Gesellschaft und innerhalb eines Staates als Rechtssubjekt im Sinne Jakobs

begreifen. Das bedeutet für ihn, sie halten sich an die Rechtsnormen, indem sie aktiv nach den Rechten und Pflichten einer Rechtsperson handeln (vgl. Jakobs 2011: S. 37). Sie verstehen sich im Sinne eines Rechtssubjekts nach Jakobs' Konzeption (vgl. Kapitel 2 B. III.). Nur dann würden Sicherheit und Ordnung herrschen. Rechtsperson zu sein, hängt von jedem Einzelnen selbst ab. Die Bedingungen für den Status ist, dass sich ein Mensch – insofern er eine Rechtsperson sein will – entsprechend der Vorgaben verhält, seine Bringschuld erfüllt. Merkel' Befund, dass Rechtsperson bei Jakobs ein „Verdienst“ sei, ist also korrekt (Merkel 2019: S. 340).

Das bisher Erläuterte sei kurz zusammengefasst. Neben der Beschreibung, was eine Rechtsperson ausmacht, und der Darstellung von Verboten und Geboten enthält eine Rechtsordnung bei Jakobs auch eine versteckte Forderung an die Adresse der Rechtsperson. Mit dem Ausdruck „Bringschuld“ stellt Jakobs eine Forderung an die Rechtsperson: Sie hat, um eine zu sein, Pflichten zu erfüllen. Die Bringschuld beinhaltet eine persönliche Verpflichtung, zur Rechtstreue und zur aktiven Umsetzung der Rechtsnormen gegenüber den anderen Rechtspersonen und den staatlichen Institutionen. Rechtspersonen müssen wie die Personen in einer Gesellschaft „[...] im Schema ihrer Rolle agieren [...]“ (Jakobs 2011: S. 36). Die Pflicht beinhaltet also das Versprechen der Rechtstreue und die Umsetzung der Rechtsnormen. Ein Mensch muss also nicht nur als Rechtsperson sichtbar sein, sondern auch als Rechtssubjekt im Sinne von Jakobs' Konzeption, als ein Mensch der sich als aktives Mitglied der Rechtsgemeinschaft auffasst, handeln.

Damit ist das Strafrecht nicht nur ein Korrektiv für die Umsetzung gesellschaftlicher Normativität. Eine andere Position zum Strafrechtzweck ist eine auf das Fehlverhalten des Täters fixierte. Die Bestrafung von den Menschen steht im Vordergrund, die auf eine nicht akzeptierte Weise die gültigen gesellschaftlichen Normen brechen. Strafrecht dient nach Jakobs aber nicht vorrangig der Wiederherstellung von Gerechtigkeit (vgl. Hörnle 2011: Abs. 16) oder zur Abschreckung vor Normbrüchen (vgl. Hörnle 2011: Abs. 19-24). Er appelliert an die Mitglieder der Rechtsgemeinschaft, dass die Pflicht einer jeden Rechtsperson darin besteht, die Rechtsnormen als die eigenen Handlungsnormen zu akzeptieren und umzusetzen. Diese Auffassung steht im Einklang mit Jakobs Präferenz zur positiven Generalprävention (vgl. Kapitel 2 C. I.). Die Rechtspersonen „[...] sollen ihre Rechtstreue und ihr Normvertrauen [...]“ aber nicht nur im Sinne der positiven Generalprävention „behalten“, sondern sie stehen in der Schuld gegenüber ihren Mitmenschen und staatlichen Institutionen, die Rechtsnormen auch anzunehmen und aktiv umzusetzen (Jakobs 2004b: S. 31). Strafrecht ist nach Jakobs auch der Ausdruck von gebotenem Handeln, das die Normativität einer

Gesellschaft verwirklicht, nicht nur von verbotenem Handeln, das die Gesellschaft nicht duldet.

Der Ausdruck „Bringschuld“ legt – wie bereits erwähnt – nahe, dass die Gesellschaftsmitglieder eine Schuld gegenüber der Gesellschaft und gegenüber dem Staat haben, die sie einlösen müssen. Schuld kann nun zwei Bedeutungen haben. a) Schuld hat die normative Bedeutung, dass jemand eine Schuld auf sich lädt und mit dieser Schuld eine Verantwortung übernehmen soll und muss. Schuldig zu sein, heißt dann für denjenigen, der sie hat, die Verantwortung für sein eigenes Handeln zu übernehmen und die Konsequenzen aus seinem Verhalten zu tragen und tragen zu müssen. Im Strafrecht ist die Konsequenz von strafwürdigem Verhalten in der Regel die Strafe. Schuld auf sich zu nehmen, hieße dann, die Strafe zu akzeptieren. b) Schuld kann auch eine Pflicht gegenüber anderen bedeuten. Dann heißt „in der Schuld stehen“, seine Schulden dem anderen gegenüber zu akzeptieren und zu begleichen, die Verpflichtungen gegenüber anderen einzuhalten. Bei Jakobs' Ausdruck „Bringschuld“ spielen nun beide Deutungen von Schuld eine Rolle. a) Schuldig ist derjenige, der die Rechtsnormen nicht einhält. Wie Jakobs' Konzept der Zuschreibung von Schuld zeigt, ist ihm der Aspekt wichtig (vgl. Kapitel 2 C. II.). b) Jede Rechtsperson ist dem Staat und der Gesellschaft – sowohl der Gesellschaft als Ganzes als auch den einzelnen Mitglieder – Rechtstreue schuldig. Diese Rechtstreue ist notwendig, damit Gesellschaft und Staat funktionieren und die Sicherheit und Ordnung gewahrt werden können. Neben der Erwartung von staatlicher und gesellschaftlicher Seite an alle Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft, die Rechtsnormen einzuhalten, tritt die Verpflichtung, die Rechtsnormen umzusetzen, um ein Mitglied zu sein.

Dass das Konzept „Bringschuld“ und Jakobs' Gesellschaftstheorie problematisch sind, soll in den folgenden Analysen zu diesem Begriff und zur Konstitution einer Gesellschaft und Rechtsgemeinschaft nach Jakobs näher erläutert werden. Zunächst stelle ich Hobbes' Konzept der Gesellschafts- und Rechtsnormativität dar und vergleiche dieses mit Jakobs' Konzept. Hobbes' Gesellschaftsvertrag ist für ein besseres Verständnis von Jakobs' Konzept hilfreich. Es wird sich zeigen, dass bei Jakobs ein wichtiger Aspekt zur Legitimation von Recht und damit auch von Feindschaft nicht berücksichtigt wird, der für Hobbes entscheidend ist. Das ist die Legitimation des Rechts durch die Bevölkerung. Diese Vernachlässigung macht eine Bringschuld aus der Perspektive der Bevölkerung problematisch. Es fehlt die Legitimation des Gesetzgebers und der Gesetzgebung durch die Bevölkerung, die die Bezeichnung Schuld gegenüber diesen nahelegt.

B. Hobbes und Jakobs zur Gründung einer Rechtsgemeinschaft

Jakobs' Überlegungen zur Ordnung einer komplexen Gesellschaft haben eine gewisse Ähnlichkeit mit den Ideen von Hobbes, einem Klassikers der Rechts- und politischen Philosophie. Auf diesen beruft sich Jakobs ausdrücklich.¹⁴² Hobbes geht von einem Zustand zwischen den Menschen aus, der von egoistischen Interessen einiger Mitmenschen und einem Kampf um Ressourcen geprägt ist. Dieser wird durch die Wahl eines Herrschers und die Gründung eines Gemeinwesens ersetzt und befriedet. Der Grund für die Gründung ist die Durchsetzung einer Gesellschaftsordnung zur Sicherheit der Mitglieder vor Übergriffen ihrer Mitmenschen.

Jakobs' Gesellschaftsmodell geht von Individuen aus, die nach einer egozentrischen Sichtweise leben und sich ausschließlich an ihren eigenen Bedürfnissen orientieren (vgl. Kapitel 2 B. I.). In einer komplexen Gesellschaft fehlt die Möglichkeit, individuell auf den nächsten einzugehen und sein Verhalten zu verstehen, da die Menge der Menschen zu groß und das Interagieren zu komplex ist, sodass standardisierte Regeln für den Umgang miteinander eingeführt werden müssen (vgl. Kapitel 2 B. II.). Diese erlässt eine politischen Gewalt, ähnlich dem Hobbes'schen Herrschers.

Die unterschiedlichen Ausgangspositionen führen zu einem unterschiedlichen Anspruch, was der Herrscher leisten muss, um eine Gesellschaft und eine Rechtsgemeinschaft zu gründen. Während bei Hobbes die Interessen der Mitglieder in Einklang gebracht werden sollen, um den Kampf dieser untereinander zu befrieden, ist vom Herrscher bei Jakobs noch mehr gefordert, da seine Aufgabe auch darin besteht, dass die egozentrischen Sichtweisen der zukünftigen Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft überwunden werden und sie zu Mitgliedern einer Gesellschaft bzw. einer Rechtsgemeinschaft werden. Sie leben nach sozialen Prinzipien, die sie vorher nicht kannten.

I. Hobbes zur Gründung eines Gemeinwesens

Bekanntlich geht Hobbes von einem Naturzustand aus, in dem alle Menschen gleich sind (vgl. Hobbes 2019: S. 102). Sie haben das gleiche Anrecht auf die Ressourcen, die ihre Umwelt bietet. Da nun jeder für sich das Recht hat, alles zu bekommen – jeder als Gleicher unter Gleichen hat die gleichen Rechte –, führt jeder mit jedem einen Kleinkrieg um die

¹⁴² Vgl. folgende Textstellen: Jakobs 2011: S. 14, S. 21-22, S. 24-25, S. 36, S. 39-41; Jakobs 2004a: S. 89-91, S. 95; Jakobs 2006a: S. 293. Die Auflistung erhebt nicht den Anspruch auf Vollständigkeit.

Dinge, die er will. In diesem Zustand des Kampfes um die Ressourcen entsteht für Menschen die Gefahr, von dem anderen verletzt, getötet oder als Sklave unterworfen zu werden.

Und aus dieser gegenseitigen Unsicherheit führt für keinen Menschen ein vernünftiger Weg, sich zu sichern, als zuvorkommen; das heißt, alle Menschen, soweit er es vermag, mit Gewalt oder List solange zu unterwerfen, bis er keine andere Macht mehr sieht, die groß genug ist, um ihn zu gefährden.
(Hobbes 2019: 103)

Dieser Zustand wird nach Hobbes erst dann beendet, wenn Menschen sich zusammenschließen, um durch einen gemeinsam ausgehandelten Vertrag einen Souverän zu bestimmen, dem sie die Macht, eine Gesellschafts- und Rechtsordnung zu etablieren, zutrauen. Die Angehörigen des gegründeten Gemeinwesens verpflichten sich nach der Auswahl des Souveräns (ein Mensch oder eine Gruppe), diesem zu gehorchen, also seine Gesetze und sonstigen Verordnungen zu befolgen und ihn als ihren Vertreter anzuerkennen. Der Souverän sorgt im Gegenzug für Sicherheit, die es bis zur Gründung des Gemeinwesens nicht gab. Bei der Einsetzung einer Staatsgewalt wird nach Hobbes wie folgt vorgegangen.

[...] [D]aß sie einen Menschen oder eine Versammlung von Menschen zur Vertretung ihrer Person ernennen und daß jeder von ihnen sich zum Urheber all dessen erklärt, was derjenige, der so ihre Person vertritt, in Bezug auf Frieden und Sicherheit der Allgemeinheit tun oder veranlassen wird, und daß sie darin ihren Willen seinem Willen und ihr Urteil seinem Urteil unterwerfen.
(Hobbes 2019: S. 145)

Der Vorteil, mit einem Vertrag einen Machthaber zu legitimieren, ist die breite Zustimmung innerhalb der Bevölkerung. Da sie dem Souverän ausdrücklich die Macht gegeben haben, über sie zu bestimmen, kann sich keiner der Vertragsteilnehmer über die Gesetze und Bestimmungen des Souveräns beschweren, weil sie – mit der Wahl der Vertretung durch den Souverän – auch seine Gesetze und Bestimmungen sind. Die Bevölkerung hat sich dem Souverän unterworfen.

Nach Hobbes wird der Vertrag nicht zwischen der Bevölkerung und dem designierten Souverän geschlossen, sondern die Bevölkerung entwickelt unter der Voraussetzung eines Vertrages zwischen den einzelnen Menschen ein wie auch immer konkretisiertes Wahlverfahren, mit dem dann der Souverän bestimmt und das Gemeinwesen gegründet wird. Die Bevölkerung bildet als Vertragsgemeinschaft in einem Akt eine Einheit als Gemeinschaft unter der Herrschaft des Souveräns (vgl. Kersting 2002: S. 150). Der Souverän spricht für die

Bevölkerung und ist kein Vertragspartner, der Vertragsauflagen zu erfüllen hat.¹⁴³ Vertragsteilnehmer sind die zukünftigen Mitglieder des neu zu gründenden Gemeinwesens (in der Regel ein Staat).¹⁴⁴ Der Souverän ist gewählter Vertreter mit umfangreichen Befugnissen. Die Mitglieder der Gesellschaft hingegen, haben jeweils die gleichen Pflichten, wegen des Vertragsabschlusses, sie erkennen den Souverän als Gesetzgeber und Herrscher mehr oder weniger bedingungslos an.¹⁴⁵

Die Darstellung von Hobbes' Gründung eines Gemeinwesens mit der Einsetzung eines Souveräns soll noch einmal zusammengefasst werden: Zunächst herrscht der so genannte Naturzustand. Da alle Menschen gleich sind, haben sie den gleichen Anspruch auf alles. Dies führt zu einem Kampf von jedem gegen jeden um die Ressourcen. Dieser Kriegszustand wird durch die Gründung eines Gemeinwesens aufgelöst. Sie soll Sicherheit und Ordnung bringen. Die Gründung geschieht durch die Einsetzung eines Souveräns durch eine Wahl von den Menschen, die dem Gemeinwesen beitreten wollen, um die Furcht voreinander und den Kampf gegeneinander zu beseitigen. Diese Menschen schließen einen Vertrag miteinander. In diesem Vertrag wird die Ermittlung eines geeigneten Stellvertreters für ihre Belange festgelegt. Geeignet ist derjenige, der für Sicherheit und Ordnung sorgt, indem er die Autorität hat, ein Recht zu etablieren, das von den Mitgliedern des Gemeinwesens anerkannt und befolgt wird. Die Gruppe wählt einen Menschen oder eine Gruppe von Menschen, die sie in allen Angelegenheiten vertritt. Die Bevölkerung schließt nicht einen Vertrag zwischen sich und einer Herrscherin, einem Herrscher oder einer herrschenden Gruppe ab. Die Vertretung der Bevölkerung ist selbst nicht Vertragspartner. Hobbes nennt die gewählte Instanz „Souverän“. Sie oder er oder die Gruppe sind Herrscher mit nahezu unbeschränkter Macht gegenüber der Bevölkerung, die ihn auserwählt hat. Die Macht hat der Souverän, solange er für die gewünschte Sicherheit und Ordnung sorgt (vgl. Holmes 2010: S. 388). „The sovereign

¹⁴³ „Ein *Gemeinwesen* gilt als *durch Einsetzung gegründet*, wenn eine Menge von Menschen sich einigt und *einen Vertrag schließt, jeder mit jedem*, dass jeder beliebige *Mensch* oder jede *Versammlung von Menschen*, dem die Mehrheit das *Recht* gibt, ihrer aller Person zu *vertreten* (das heißt, ihr *Repräsentant* zu sein), von jedem einzelnen, *ob er dafür oder dagegen stimmte*, für seine Handlungen und Entscheidungen in gleicher Weise *Ermächtigung* erhält, als ob es seine eigenen wären, zu dem Zweck, daß sie friedlich miteinander Leben und vor anderen Menschen geschützt sind“ (Hobbes 2019: S. 146, kursiv im Original).

¹⁴⁴ „Wenn dies getan ist, nennt man die so in einer Person vereinigte Menge *Gemeinwesen*, auf Lateinisch *civitas*. Das ist die Entstehung jenes großen *Leviathan* oder besser [...] jenes *sterblichen Gottes* [...]“ (Hobbes 2019: S. 145, kursiv im Original).

¹⁴⁵ „Die Macht des Souveräns kann nicht ohne seine Zustimmung einem anderen übertragen werden; er kann sie nicht verwirken; [...] er befindet darüber, was für den Frieden notwendig ist; [...] er ist alleiniger Gesetzgeber und oberster Richter bei Streitigkeiten [...]“ (Hobbes 2019: S. 169).

has a duty to defend his subjects from both civil wars and foreign wars“ (Holmes 2010: S. 376). Da die Bevölkerung ihn als ihre Vertretung mit diesen Befugnissen eingesetzt hat, muss sie ihm gehorchen, seine Gesetze und Vorschriften befolgen. Durch die Einsetzung des Souveräns entsteht ein Gemeinwesen mit einer Gesellschafts- und Rechtsordnung, die dieser für die Bevölkerung erarbeitet, umsetzt und umsetzen lässt.

II. Jakobs zur Entstehung einer Gesellschaft

Es würde sich für Jakobs nun anbieten, an diese Überlegungen anzuknüpfen. Zumal Jakobs auch von einer Art Naturzustandsmodell ausgeht. Anders als bei Hobbes ist bei Jakobs allerdings das Interagieren der Menschen im Naturzustand von einem Erkenntnisdefizit und nicht von einem Interessenkonflikt geprägt. Wie bereits beschrieben, gibt es die Rolle als Person bzw. Rechtsperson erst in einer Gesellschaft bzw. Rechtsgemeinschaft (vgl. Jakobs 2011: S. 31-34, S. 36-41; vgl. Kapitel 2 B. II. u. III.). Die Individuen können nicht aus ihrer egozentrischen Perspektive heraustreten und die Sichtweise der anderen oder einer Gruppe annehmen und verstehen. Um das zu erreichen, muss eine Autorität Regeln des Zusammenlebens einführen, die jeder einzuhalten hat (vgl. Jakobs 2011: 31-32). Durch das Befolgen der Regeln, bei Jakobs als Normen bezeichnet, bekommen die Menschen ein Verständnis, was es bedeutet nach fremden Regeln zu handeln und eine Rolle für die Gruppe einzunehmen. Sie werden erst durch die Unterwerfung kompetente Gesellschafts- und Rechtsgemeinschaftsmitglieder, die es vor dem Machtwort der Autorität und dessen Agieren nicht gab. Die Entwicklung wird nun genauer erörtert.

Zunächst existieren – wie auch bei Hobbes – nur einzelne Individuen (vgl. Jakobs 2011:S. 9-22). Diese handeln bei Jakobs nur nach ihrer eigenen „Lust oder Unlust“, also nur nach eigenen Präferenzen (Jakobs 2011: S. 9). Deshalb können sie auch keine Normen festlegen, die das Zusammenleben einer größeren Gruppe regeln, und nach diesen handeln. Es fehlt ihnen die Möglichkeit, die Gruppe als Ganzes und sich als Teil von ihr zu begreifen. Im Gegensatz zu Hobbes herrscht – wie bereits erwähnt – hier ein eher erkenntnistheoretisches Problem. Den Individuen fehlt schlicht die Fähigkeit, von sich aus über ihren Schatten zu springen und die gesamtgesellschaftliche Perspektive bzw. die einer Gruppe einzunehmen (vgl. Kapitel 2 B. I.). Diesen Zustand können die Individuen laut Jakobs nicht selber auflösen, obwohl eine Gesellschaftsordnung bei größeren Gruppen notwendig ist. Sie ist notwendig, weil die Individuen die ihnen zum Teil unbekanntem Menschen nicht mehr einschätzen können. Sie wissen nicht, was ihr Gegenüber tut und wie es auf sie reagiert. „Die

über das je eigene Ordnungsschema von Lust und Unlust gelieferten Informationen werden in einem Maß komplex oder ungenau, dass sie sich vom einzelnen Bewusstsein nicht mehr verarbeiten lassen, also treiben die Individuen ungesteuert umher“ (Jakobs 2011: S. 23). Diesen Zustand können die Menschen nach Jakobs aber nicht unter- und miteinander lösen, indem sie Regeln des Zusammenlebens gemeinsam entwickeln. Es gibt bei Jakobs keinen natürlichen Prozess, keinen „physikalische[n] Mechanismus“, der die Menschen von ihrem natürlichen individuellen Zustand in einen gesellschaftlichen überführt (Jakobs 2011: S. 23).

Die genannte „Gewalt“ kann das Problem der Individuen lösen (Jakobs 2011: S. 23). Diese sie beherrschende Institution entspricht in etwa Hobbes' Souverän. Die „Gewalt“ schafft eine Gesellschaftsordnung und darüber hinaus eine Rechtsordnung, wenn es sich um eine Rechtsgemeinschaft handelt. Jakobs spricht von „Staatsbildung“ (Jakobs 2011: S. 25). Man könnte aber auch weitergehen und allgemein die Gründung einer Gesellschaftsordnung annehmen. Die Aufgabe der herrschenden Gewalt ist es nun, die Menschen dazu zu bringen, dass sie sich als Vertreter des Gruppeninteresses verstehen und nicht nur ihren individuellen Gelüsten folgen. Denn allein die Etablierung einer Herrschaft über sie bricht ihre Orientierung am Eigeninteresse nicht. Sie hat im Fall, wenn die Gruppenmitglieder nur nach Eigeninteressen denken und agieren, solange die Macht und Gewalt, wie die Unterwerfung für die Individuen nach ihrer Interessenlage günstiger ist, als wenn sie diese ignorierten. Eine solche Lage führt nach Jakobs auch nicht zur gewünschten Sicherheit unter den Menschen wie sie für Hobbes wichtig ist. Gewalttätigkeiten zwischen den Menschen werden unter den Individuen nur verhindert, wenn „[...] die Reaktion des Gewalthabers, jeden Saldo ins Negative wendet“ (vgl. Jakobs 2011: S. 26). Ist der Nutzen größer als der Nachteil des Regelbruchs, haben die Individuen keinen Grund, auf Gewalttätigkeit zu verzichten. Also reicht es nach Jakobs nicht aus, dass die Individuen aus Eigeninteresse den Zustand von Angst und Gewalt überwinden wollen. Eine Sehnsucht nach Frieden, wie sie Hobbes in einem seiner Naturgesetze beschreibt, kann die Menschen bei Jakobs nicht verlässlich von der Gewalt abhalten (vgl. Hobbes 2019: S. 108). Nur dann wird die herrschende Institution ihrem Anspruch gerecht, dauerhaft eine Gesellschaftsordnung zu etablieren, wenn die Menschen als Gruppenmitglieder denken und agieren. Erst eine Veränderung in ihren Köpfen macht sie zu Gesellschaftsmitgliedern.

Da die Individuen wegen ihres auf je eigene Lust bezogenen Ordnungsschemas von sich aus keine Leistungen für eine Gruppe erbringen, muss der Gewalthaber – nunmehr definiert als Vertreter des Gruppeninteresses – versuchen, die Individuen mit ihrem je eigenen Schema so zu ordnen, was

heißt, mit- neben-, und gegeneinander aufzustellen, dass eine Förderung der Gruppe herauspringt. Die Regeln der dabei neu entstehenden Ordnung, in der die individuelle Interessen – nicht beseitigt, aber – transzendiert werden, heißen hier Normen. (Jakobs 2011: S. 31)

Gelingt der herrschenden Institution nun die Etablierung der Gesellschaftsordnung, so verändern sich auch die Menschen. Sie sind nun nicht mehr nur Individuen, die nach Lust und Unlust handeln, sondern werden aus der gesellschaftlichen Perspektive zu einem „[...] Gruppenwesen; sie heißen hier ‚Personen‘ [...]“ (Jakobs 2011: S. 32). Aus ihrer eigenen Perspektive nehmen sie eine Rolle innerhalb ihrer Gemeinschaft, nach den Normen der herrschenden Institution bestimmt, ein. Sie werden – wie es Jakobs formuliert – zu Subjekten. „Wenn aber eine neue Selbstbeschreibung gelingt, entsteht ein Subjekt mit dem Ordnungsschema Pflicht/Willkür“ (Jakobs 2011: S. 32). Wobei Pflicht in der Verpflichtung, die Normen einzuhalten, besteht und Willkür die den Personen belassenen Freiheiten zur Umsetzung ihrer Rolle bezeichnet (vgl. Jakobs 2011: S. 37). Die Pflicht ist die Bringschuld.

Die Entwicklung zum Subjekt bzw. zur Person ist also mit einer die Erkenntnis erweiternden Dimension für den Menschen verbunden. Ein Mensch erkennt die Gesellschaft, ihre Normen und seine eigene Rolle in ihr. Eine Erkenntnis, die ihm nach Jakobs nur durch die Einführung einer ihn beherrschenden Institution möglich ist. Analog ist die Entwicklung in einer Rechtsgemeinschaft. Wobei ich in Abgrenzung zum auf jede Gesellschaft anwendbaren Begriffspaar Person und Subjekt, die Begriffe Rechtsperson und Rechtssubjekt gebrauche (vgl. Kapitel 2 B. III). Mit einer Vertragstheorie hat diese Position freilich nichts mehr zu tun. Denn die Rolle eines Gruppenmitglieds als Person ist nicht die eines Vertragspartners, der mit anderen Vertragspartnern einen Herrscher bestimmt, sondern eine der Assimilation und Unterwerfung unter die Herrschaft von über sie bestimmende Institutionen, wer oder was auch immer diese genau sind, ohne dass diese Institutionen mit einem Vertrag legitimiert worden sind.

Jakobs versteht seine Theorie auch nicht als Vertragstheorie. Es handelt sich vielmehr um eine Unterwerfung unter eine Ordnung, ohne dass ein Vertrag notwendig wird. Auch Hobbes interpretiert er auf seine eigene Weise. Für Jakobs ist Hobbes in erster Linie kein Vertragstheoretiker, sondern ein „Philosoph der Institutionen“ (Jakobs 2004a: S. 89). Was nach Jakobs bedeutet, dass für Hobbes der Vertrag unter den Mitmenschen und die Freiwilligkeit der Zustimmung zu diesem Vertrag nur eine untergeordnete Rolle spiele. Wichtiger sei bei Hobbes die Einsetzung einer Autorität, die unabhängig – quasi über die Köpfe der einzelnen Individuen hinweg – eine Gesellschaftsordnung und, auf einen Staat

bezogen, eine Rechtsordnung einsetze und verwirkliche (vgl. Jakobs 2011: S. 23-27). Das zeige sich, so Jakobs, schon daran, dass Hobbes neben dem Souverän, der seine Position durch Einsetzung bekommen würde, den Souverän durch Aneignung stelle (vgl. Jakobs 2011: S. 25).

Er ist zwar dem Worte nach (auch) Vertragstheoretiker, aber der Sache nach eher ein Philosoph der Institutionen. Sein Unterwerfungsvertrag – neben den, gleichberechtigt, die Unterwerfung per Gewalt tritt! – ist weniger als Vertrag im eigentlichen Sinn, denn als Metapher dafür zu verstehen, dass die (zukünftigen) Bürger den Staat bei dessen Selbstorganisation nicht stören. (Jakobs 2004a: S. 89)

Seine Ansicht rechtfertigt Jakobs mit seiner eigenen Position. Für ihn ist entscheidend, dass ein Souverän, also eine „ordnende Gewalt“ eingerichtet wird, „[...] und es kommt [...] nicht darauf an, wie dies geschieht, wenn die Gewalt nur überhaupt erreicht wird [...]“ (Jakobs 2011: S. 24). Der Weg dahin ist zweitrangig. Es käme „[...] nicht auf einen Unterwerfungswillen an und noch weniger auf eine Verpflichtung zur Unterwerfung [...]“ (Jakobs 2011: S. 24). Jakobs begründet seine Skepsis gegenüber einer Verpflichtung der Bürger als Vertragsnehmer mit der fehlenden Gesellschafts- und Rechtsordnung beim Hobbes'schen Vertragsabschluss. So wären im Stadium der Etablierung einer Ordnung die Individuen, die zum späteren Zeitpunkt Hobbes' Gemeinwesen ausmachen, noch in ihrem Egoismus gefangen. Sie orientierten sich an ihrer „gegenwärtigen Präferenzlage“ und nicht an einer gesellschaftlichen Ordnung, die ja erst noch erlassen wird (Jakobs 2011: S. 24).¹⁴⁶ Dieses Argument ist einerseits plausibel, denn der Vertrag dient ja dem individuellen Schutz. Er wird aus einem individuellen Grund abgeschlossen. Sie ist aber auch unzutreffend, da mit

¹⁴⁶ Ein Vertrag ist laut Jakobs nur dann möglich, wenn es eine Verbindlichkeit gibt. Jakobs beruft sich auf Durkheim (vgl. Jakobs 2011: S. 21; beziehend auf Durkheim, David Émile (1991) Physik der Sitten und des Rechts. Vorlesungen zur Soziologie der Moral. Frankfurt am Main, S. 245) Die Verbindlichkeit setze eine Rechtsordnung, die vertragliche Konditionen festsetze, voraus (vgl. Jakobs 2011: S. 20-22). Diese Konditionen seien aber erst dann geschaffen, wenn eine Gesellschafts- und Rechtsordnung etabliert sei. Willenserklärungen seien nur mit etwas (i. e. die Rechtsordnung) „außerhalb Liegendem“ sinnvoll (Jakobs 2011: S. 21). Der Bestand des Vertrages und damit der Erhalt des Gemeinwesens können nach Hobbes allerdings auch etwas anders begründet werden. Die Mitglieder des neuen Gemeinwesens überwinden mit dem Vertrag ihre Angst voreinander, vor möglichen Übergriffen ihres Nachbarn (vgl. Hobbes 2012: S. 168). Der Vertrag hat also deshalb Bestand, weil die Mitglieder nicht wieder in den Zustand der Angst im Naturzustand zurückfallen wollen und nicht deshalb, weil sie sich auf ein gültiges Rechtssystem berufen. Kersting meint, dass der Vertrag ein „reflektierender Vertrag“ sei (Kersting 2002: S. 148). Die Vertragsteilnehmer reflektieren auf die angstvolle Zeit im Naturzustand.

der Wahl des Souveräns auch die Unterwerfung unter die Regeln des Souveräns beginnt. Der Souverän muss sozusagen bei seiner Wahl eine Ordnung schon im Gepäck haben, die er sogleich umsetzt. Philosoph Wolfgang Kersting schreibt dazu: „Es ist ein Vertrag, der in derselben logischen Sekunde, in der er geschlossen wird, seine Garantie und Sicherheit für vertragliche Vereinbarungen überhaupt bewirkt“ (Kersting 2002: S. 148).

Da bei der Etablierung eines Gewaltmonopols und mit der Durchsetzung der Unterwerfung die individuelle Sphäre nach Jakobs noch nicht überwunden ist, ist die Einsetzung der Autorität nur der erste Schritt. Wichtiger ist die Einführung und Verwirklichung einer Gesellschaftsordnung und, für die Etablierung eines Staates, einer Rechtsordnung. Bei Jakobs geschieht die Einsetzung eines Souveräns und Gründung des Gemeinwesens also nicht in einem Akt. Auf Hobbes' Vertragsmodell bezogen merkt Jakobs an: „[D]ie Bindung der Erklärungen wird erst durch das System garantiert, das hervorgebracht werden soll“ (Jakobs 2011: S. 25). Die Unterwerfung und nicht der Unterwerfungswille sei für die Gründung wichtig, weil die betroffenen Menschen den Souverän bei der Etablierung der Gesellschafts- und Rechtsordnung „nicht stören“ dürfen (Jakobs 2004a: S. 89). Die Gesellschaft soll organisiert sein und keine individuellen Gelüste befriedigt oder individuellen Befindlichkeiten berücksichtigt werden. Hier wird deutlich, dass bei Jakobs die individuelle Angst nicht der Antrieb zur Gesellschaftsetablierung sein kann. Die Unterwerfung ist für den Prozess der Gründung und Etablierung wichtig, weil die zukünftigen Gruppenmitglieder in einem vorgegebenen Maß nach den Regeln des Souveräns agieren müssen und nicht nach ihren eigenen. Der Prozess der Gründung kann auch ohne ihre ausdrückliche Zustimmung erfolgen, denn solange sich die Gruppenmitglieder an die Ordnung halten, ist eine Zustimmung überflüssig.

Die Unterwerfung unter eine Ordnung ist bei beiden Autoren wichtig. Der Unterschied liegt in der Begründung für die neue Ordnung. Für Hobbes ist die Sicherheit entscheidend. Der Souverän muss für einen Ausgleich von individuellen Interessen sorgen, damit der Kampf der Individuen um die zur Verfügung stehenden Ressourcen beseitigt und verhindert wird. Die Angst vor dem Chaos im Naturzustand hindert die Menschen aus dem Vertrag auszusteigen. Zu Recht kritisiert Jakobs, dass so ein Konzept für sich genommen tatsächlich noch kein Verständnis von altruistischer Solidarität und Gruppengefühl erzeugt. Dem hält er sein Konzept von gesellschaftlicher Rollenzuschreibung durch einen Souverän entgegen, die bei Jakobs eher eine Antwort auf die beschränkten individuellen Perspektiven ist, als dass sie aus Gründen der Sicherheit geschieht. Nach Jakobs ist der Ausgleich von individuellen Interessen kein hinreichendes Kriterium, um eine stabile Gesellschaft zu etablieren.

III. Die Legitimation des Souveräns bei Hobbes

Aus der Warte von Jakobs, mit seiner Version des Naturzustandes, spielt die Legitimation der Gesellschaftsordnung und Rechtsordnung durch einen Vertrag – was deutlich wurde – kaum eine Rolle. Wichtig ist die Existenz der Ordnung, weniger wichtig ist der Grund ihrer Entstehung. Meiner Ansicht nach spielt der Vertrag am Anfang der Gründung des Gemeinwesens für Hobbes – im Gegensatz zu Jakobs' Hobbes-Interpretation – eine wesentliche Rolle. Hobbes legt Wert auf die Legitimation der Gesellschaft- und Rechtsordnung. Der Vertrag, der am Anfang der Gründung des Gemeinwesens steht, ist eben nicht als „[...] Metapher, dafür zu verstehen, dass die (zukünftigen) Bürger den Staat bei dessen Selbstorganisation nicht stören“ (Jakobs 2004a: S. 89). Der Vertrag ist für die Legitimation des Souveräns und seiner Rechtsordnung entscheidend.

Zentrale Fragen bei der Auswahl des Souveräns bei Hobbes' Gesellschafts- und Staatsgründung lauten: Warum darf dieser Souverän herrschen und nicht ein anderer? Warum darf diese Ordnung eingeführt werden und keine andere? Antworten auf diese beiden Fragen haben praktische Gründe. Ihre Legitimation ist für die Akzeptanz der Bevölkerung in Bezug auf Normen und auf die Einheit der Gruppe wichtig. Ohne das Gefühl, den Richtigen als ihren Souverän gewählt zu haben und die Anerkennung der Gruppe als ihre Gruppe, wird es beides nicht geben. Der Richtige setzt bei Hobbes die Ordnung um, die zur Sicherheit der Mitglieder führt. Hobbes hat mit seinem Vertrag nun beides erreicht. Die Gruppe einigt sich auf einen Souverän, den sie als ihren Stellvertreter betrachtet. Gleichzeitig haben sich die Mitglieder der Gruppe gegenseitiges Vertrauen geschenkt, indem sie sich auf einen Souverän geeinigt haben und sich unter seiner Herrschaft als Mitglieder eines Gemeinwesens begreifen.

Der akzeptierte Vertrag ist Hobbes so wichtig, dass er auch in Fällen von einem Gesellschaftsvertrag und einer Wahl des Souveräns spricht, bei denen man intuitiv eher von Zwang ausgehen würde. Neben der „Einsetzung“ eines Souveräns, das ist die Variante die oben beschrieben wurde, führt Hobbes noch die „Aneignung“ der Macht eines Souveräns unter der Überschrift „Von väterlicher und despotischer Herrschaft“ ein (Hobbes 2019: S. 168). Auch hier kommt die Herrschaft durch einen Vertrag zustande. Der Grund für die Wahl des Souveräns ist allerdings ein anderer. Die Bevölkerung „wählt“ den Souverän aus Furcht. „Und diese Art Herrschaft oder Souveränität unterscheidet sich von der Souveränität durch Einsetzung nur darin, daß Menschen, die ihren Souverän wählen, es aus Furcht voreinander tun und nicht aus Furcht vor dem, den sie einsetzen; aber in diesem Fall unterwerfen sie sich dem, den sie fürchten“ (Hobbes 2019: S. 168). Ein gewisser Zwang zur

Bildung des Gemeinwesens spielt also in beiden Fällen eine Rolle, da die Menschen nur dann Sicherheit und Ordnung erlangen, wenn sie einen Souverän haben.¹⁴⁷

Da die Untertanen die Gefahr eines Rückfalls in den Naturzustand erkennen und deshalb für die Ordnung und den Souverän sind, ist auch Jakobs' Einwand unbegründet, dass Menschen, sobald sie einen individuellen Vorteil vermuten, sofort die Autorität des Souveräns missachten (vgl. Jakobs 2011: S. 26). So würde meiner Meinung nach zumindest Hobbes auf Jakobs' Einwand antworten. Ich interpretiere Hobbes' Modell so, dass die Mitglieder des Gemeinwesens aus Eigeninteresse eine gesamtgesellschaftliche Sicht annehmen. Denn sie wissen, dass die Ordnung zerstört werden kann, wenn einige wieder nach dem Naturzustandsmodell leben. Jeder muss wieder für sich kämpfen, weil er sich gegen die Abweichler zur Wehr setzen muss. Die Behauptung, dass der Gewalthaber möglichst keinen „Moment der Schwäche“ haben sollte, ist richtig (Jakobs 2011: S. 26). Seine Aufgabe ist es, durch seine Autorität für Sicherheit zu sorgen. Dass der Souverän allerdings „[...] jeden Saldo ins Negative [...]“ wenden muss, halte ich für übertrieben (Jakobs 2011: S. 26). Das würde bedeuten, die Strafen müssten stets so hoch ausfallen, dass kein Mitglied einen Normbruch umsetzen will. Die Einhaltung der Normen kann aber auch ohne diese Zwangsmaßnahmen einen zweckrational Denkenden überzeugen. Denn manchem Mitglied wird klar sein, dass, wenn es mit schlechtem Beispiel nach den Regeln des Naturzustandes lebt, auch andere seinem Beispiel folgen könnten und somit das Gemeinwesen nicht mehr existiert. Wenn es tatsächlich nur noch nach dem Willen des Stärkeren geht, so ist der Gesellschaftsvertrag hinfällig und der Naturzustand bleibt bestehen bzw. wird wieder Realität.

Bei der Unterscheidung zwischen Furcht vor den Mitmenschen und Furcht vor einem Souverän fehlt nach meiner Ansicht aber ein wichtiger Aspekt. Auch bei der Wahl des gefürchteten Herrschers bleibt die Furcht vor den Mitmenschen nicht aus, schließlich befinden sich sämtliche Akteure im Naturzustand. In beiden Fällen fürchten sich die Menschen voreinander und wählen einen Menschen (aus dem Kreis der Gefürchteten) zum Souverän. Worin liegt also der Unterschied? Vielleicht könnte man Hobbes' zweite Form der Gründung des Gemeinwesens eher so beschreiben, dass sich die Bevölkerung einen Menschen zum Herrscher wählt, den sie besonders fürchtet und der schon im Naturzustand eine hervorgehobene Position, beispielsweise aufgrund seiner aggressiven Art, inne hatte.

¹⁴⁷ Dass es sich doch um eine Wahl handelt, zeigt sich in meinem nun folgenden Beispiel: Es gibt in einem Gebiet zwei gleichmächtige Männer, die von der Bevölkerung gefürchtet werden. Eine Wahl entscheidet, dass einer der beiden der Herrscher ist. Also kann auch unter dem Banner der Furcht eine Wahl stattfinden. Auf einen solchen Fall will Hobbes allerdings nicht hinaus, wie sich weiter unten zeigt.

Nun könnte man der Ansicht sein, im Fall der Aneignung sei die Wahl keine wirkliche, auf freiwilliger Basis stattfindende, denn die Wähler reagieren auf einen gewissen Druck des zukünftigen Souveräns. Sie wählen eventuell einen Menschen oder eine Gruppe, der oder die sie unterdrückt. Ein gewisser Zwang führt zur Wahl. Für Hobbes sind besonders Furcht einflößende Menschen, diejenigen, die ihre Mitmenschen „in der Gewalt haben“ und vor denen sie Furcht vor „Tod oder Gewalt“ haben (Hobbes 2019: S. 168). Die Wahl besteht also zwischen Unterwerfung unter den Herrscher und seine Gesetze oder Leibeigenschaft, was keine Rechte beinhaltet. Die Wahl aus Furcht erläutert Hobbes an anderer Stelle noch einmal näher. Hier geht er auf Kriegsgefangene ein. Der Unterschied zwischen einem Sklaven, „[...] der in Gewahrsam oder in Ketten gehalten wird [...]“ und einen „Knecht“ ist der „Abschluss“ eines „Vertrages“ (Hobbes 2019: S. 171). Der erste Schritt zur Knechtschaft geht vom zukünftigen Knecht aus, „[...] weil er den Anfang macht und sich dem Sieger unterwirft“ (Hobbes 2019: 172). „Daher verleiht nicht der Sieg das Recht auf Herrschaft über den Besiegten, sondern dessen eigener Vertrag“ (Hobbes 2019: S. 172). Er schließt nach dieser Konzeption einen Vertrag zum Gehorsam ab. Im Unterschied zu einem Knecht befinden sich Sklaven in einem Naturzustand und sie tun nur das, was sie aus Furcht machen, „[...] um der Grausamkeiten ihrer Aufseher zu entgehen“ (Hobbes 2019: S. 172). Der Knecht hingegen unterwirft sich freiwillig. Das hat zur Folge, dass das Ergebnis dieser Unterwerfung ähnlich ist wie die Unterwerfung bei der Bestimmung eines Souveräns durch Einsetzung. „Denn dieser [S. K.: der Knecht] hat sein Leben von seinem Herrn durch den Vertrag des Gehorsams erhalten, das heißt, daß er alle Handlungen seines Herrn als seine eigenen anerkennt und ihm dafür Ermächtigung gibt“ (Hobbes 2019: S. 172). Der Unterschied zwischen dem Gefangenenbeispiel und den Gründungen von Gemeinwesen dürfte darin liegen, dass der Herrschende über den Knecht Vertragspartner ist, denn der Gefangene kann nicht mit sich selbst einen Vertrag schließen.

Hobbes' Gedanken zur Legitimation fasse ich noch einmal zusammen. Die Legitimation durch mehr oder weniger freiwillige Wahl der Unterwerfung spielt bei Hobbes eine wichtige Rolle. Die Bringschuld des Knechtes und im Kontext des Gemeinwesens des Untertan ist also auf einen Vertrag gegründet, der den Herrscher als Stellvertreter einsetzt und die Unterwerfung begründet. Jakobs' Behauptung, dass der Vertrag bei Hobbes keine Rolle spiele, schließlich gebe es auch einen „Staat durch Aneignung“, entspricht nicht Hobbes' Auffassung (Jakobs 2011: S. 25). Auch die zweite Form der Gründung des Gemeinwesens stützt sich auf einen gemeinsamen Vertrag der zukünftigen Untertanen.

IV. Hobbes zur Legitimation von Feindschaft

Durch Hobbes' Konzeption des Gesellschaftsvertrages wird auch eine staatlich autorisierte Feindschaft legitimiert.¹⁴⁸ Denn hält sich ein Mitglied nicht an die Vertragsbedingungen, begeht es Rechtsbrüche der vom Souverän erlassenen Gesetze, so kann es aus der Vertragsgemeinschaft ausgeschlossen werden.¹⁴⁹ Insoweit es die Gesellschafts- oder die Rechtsordnung stört, kann es als Staatsfeind bekämpft werden.¹⁵⁰

Da die Mehrheit übereinstimmend einen Souverän ernannt hat, muß jemand, der anderer Meinung war, nun den übrigen zustimmen, das heißt sich mit der Anerkennung aller Handlungen, die dieser ausführen wird, zufriedengeben

¹⁴⁸ Zur Unterscheidung von Staatsfeind (*hostis*) und privatem Feind (*inimicus*) bei Hobbes vgl. Merkel 2019: S. 332-335; vgl. Kapitel 3 B. III. 3.

¹⁴⁹ Feindschaft spielt auch schon im Naturzustand eine große Rolle. Da die Menschen im Naturzustand in ihrem gegenseitigen Misstrauen um die Macht kämpfen, bekämpfen sie den Nächsten und versuchen ihn auszuschalten, ihn zu unterwerfen oder zu töten. „Und wenn daher zwei Menschen das gleiche verlangen, in dessen Genuß sie dennoch nicht beide kommen können, werden sie Feinde; und auf dem Weg zu ihrem Ziel (das hauptsächlich in ihrer Selbsterhaltung und zuweilen nur in ihrem Vergnügen besteht) bemühen sie sich, einander zu vernichten oder zu unterwerfen“ (Hobbes 2019: S. 103). Vgl. auch Kersting 2002: S. 110; er führt die gleiche Stelle an, allerdings mit einer abweichenden Übersetzung. Zu ergänzen sei noch, dass es sich bei dieser Feindschaft, nicht um die gegenüber einem Staatsfeind oder einem Feind im Sinne eines Feindstrafrechts handeln kann, da der Einzelne im Naturzustand ja keiner Staatsmacht gegenübertritt.

¹⁵⁰ Eine staatlich autorisierte Feindschaft würde sich laut Holmes auch aus dem fünften Naturgesetz von Hobbes ergeben. Dort vergleicht Hobbes einen uneinsichtigen Menschen mit einem Stein, der sich nicht zum Aufbau eines Bauwerks eignet, beide lassen sich nicht einfügen, einmal in das Bauwerk, das andere Mal in die Gesellschaft (vgl. Holmes 2010: S. 385, vgl. Hobbes 2019: S. 127). Das Naturrecht „[...] ist die Freiheit, die jeder Mensch besitzt, seine eigene Macht nach Belieben zur Erhaltung seiner eigenen Natur, das heißt seines eigenen Lebens, zu gebrauchen“ (Hobbes 2019: S. 107). Im Gegensatz dazu ist ein Naturgesetz eine „Verpflichtung“, die sich aus Regeln der Vernunft ergibt, wie beispielsweise das Streben nach Frieden. Denn das ist eine Grundvoraussetzung, damit jeder solange leben kann „[...] wie es die Natur des Menschen üblicherweise gestattet“ (Hobbes 2019: S. 108). Das fünfte Naturgesetz lautet: „[...] [D]aß jeder Mensch danach streben soll, sich den übrigen anzupassen (Hobbes 2019: S. 127, kursiv im Original). Hobbes benutzt wie gesagt das Bild des Baus eines Gebäudes, so muss auch ein Mensch, „[...] der durch die Rauheit seiner Natur danach strebt, Dinge zu behalten, die für ihn selbst überflüssig und für andere notwendig sind, [...] aufgegeben oder aus der Gesellschaft ausgestoßen werden, weil er lästig ist“ (Hobbes 2019: S. 127). Nach Holmes wird er „disposed of rudely“ (Holmes 2010: S. 385). Hobbes' fünftes Naturgesetz in Verbindung mit der Staatsfeindidee lässt sich meiner Meinung nach wie folgt auslegen: Der Status des Mitglieds einer Rechtsgemeinschaft ist zwar erst eine Voraussetzung, dass es Menschen gibt, die nicht diesen Status haben oder ihn verlieren, aber die Vernunft gebietet es, dass Menschen, die sich generell den Regeln von Gemeinwesen widersetzen, nicht als Mitglieder dieser anerkannt werden können. Das gilt auch für eine Rechtsgemeinschaft.

oder andernfalls von den übrigen mit Recht vernichtet werden. Denn, wenn er freiwillig der Gemeinschaft der Versammelten beigetreten ist, hat er dadurch hinreichend seinen Willen erklärt (und deshalb stillschweigend vereinbart), zu dem zu stehen, was die Mehrheit bestimmen würde, und wenn er sich weigert, [...] handelt er gegen seinen Vertrag und deshalb ungerecht. (Hobbes 1996: S. 149)

Die Legitimation zur „Vernichtung“ ergibt sich also aus dem Vertrag der Mitglieder, die dann das Gemeinwesen bilden, und eine Aberkennung des Souveräns oder seiner Rechtsordnung wird als Vertragsbruch betrachtet. Dennoch erscheint die Konsequenz „Vernichtung“ bei einem Vertragsbruch sehr hart, zumal von einem Recht auf „Vernichtung“ gesprochen wird. Hobbes begründet das harte Vorgehen mit dem Naturzustand, in dem – wie bereits erörtert – jeder das Recht auf alles hat und keiner ein Recht auf körperliche Unversehrtheit.

[...] [E]r muss sich entweder den Beschlüssen beugen oder in dem Kriegszustand belassen werden, in dem er sich zuvor befand, worin er ohne Ungerechtigkeit von jedermann vernichtet werden könnte. (Hobbes 1996: S. 149)¹⁵¹

¹⁵¹ Der Satz beginnt für den Leser verwirrend, es heißt: „Und ob er zu der Gemeinschaft gehört oder nicht und ob er um seine Zustimmung gefragt wurde oder nicht, er muss sich entweder [...]“ (Hobbes 1996: S. 149). Mit dieser Inklusion von Menschen, die anscheinend keine Vertragspartner sind, konterkariert Hobbes seine gesamte Argumentation. Die Legitimation des Ausschlusses ergibt sich gerade dadurch, dass der Übeltäter dem zuvor zugestimmten Vertrag widerspricht. „Fremde“ Menschen gehören per Definition von vornherein nicht zum Gemeinwesen, da sie dem Vertrag nicht zugestimmt haben. Sie befinden sich also auch ohne Normbruch außerhalb der Gemeinschaft. Vielleicht meinte Hobbes eher Folgendes: Und ob er zu der Gemeinschaft *gehören will* oder nicht und ob er um seine Zustimmung *zum Gesetz oder zur Vorschrift, die er ablehnt*, gefragt wurde oder nicht, Nach dieser Interpretation geht es eher darum, dass ein Mitglied im Nachhinein seine Vertragsteilnahme bereut.

Um einen Übersetzungsfehler handelt es sich aber nicht. Im englischen Original heißt es: „And whether he be of the Congregation, or not; and whether his consent be asked, or not, he must either submit to their decrees [...]“ (Hobbes 2012: S. 268). Die Ergänzung, die Hobbes seiner lateinischen Ausgabe hinzufügt, spricht für meine Interpretation. Dort schreibt Hobbes (hier in der englischen Übersetzung von Noel Malcolm): „If the sovereign power has once been instituted by the consent of the majority, it is not lawful for any of those who dislike what has been done to invoke his own contrary vote, or demand that it be recorded. For such a demand is the demand of one how wishes to change what has been done, and consequently to renounce the peace that has been made, to declare war on the others, and to return (contrary to the purpose which he had when he came into the meeting with the others) to the conditions of nature which he was fleeing.“ (Hobbes 2012: S. 269, Fn. 20).

Das Recht auf Vernichtung dieser Menschen ist mit dem Rückfall des Normbrechers in den Naturzustand zu erklären.¹⁵² Dadurch, dass er die Rechte nicht anerkennt, wird er auch nicht als Vertragsteilnehmer, also als Bürger, anerkannt und behandelt. Mit dem Rechtsbruch bricht er auch den Vertrag, der die Unterwerfung unter den Souverän und seine Rechtsordnung festschreibt, und zeigt, dass er ihn somit nicht mehr akzeptiert. Der Status, den diese Menschen bekommen, wird mit dem Kriegszustand begründet, der im Naturzustand herrscht. Das ist der Zustand vor der Gültigkeit des Vertrages. Der Normbruch, der zum Ausschluss aus dem Gemeinwesen führt, muss anscheinend nicht besonders hoch sein. Wenn Hobbes von der „Anerkennung aller Handlungen“ des Souveräns spricht, müssen wohl sämtliche Rechtsnormen befolgt werden (Hobbes 1996: S. 149). Inwieweit Hobbes dennoch Einschränkungen macht, wird nun näher erörtert.

Für Hobbes ist nicht der einzelne Rechtsbruch das Ausschlusskriterium, sondern die Aberkennung des Souveräns als Stellvertreter der Bevölkerung. Sollte ein Mitglied des Gemeinwesens den Souverän und seine Gesellschafts- und Rechtsordnung als Ganzes nicht anerkennen, sich also gegen die Herrschaft des Souveräns entscheiden, so fällt es aus der Gemeinschaft heraus, da es den Vertrag gebrochen hat, der ihm den Status als Mitglied des Gemeinwesens ermöglichte. Der Vertrag besagt ja, dass die Mitglieder zu gehorchen haben. Aus der Sicht der Vertragstheorie schließen Vertragspartner einen Vertrag. Einer der Vertragspartner bricht wesentliche Vertragsinhalte (Unterwerfung unter den Souverän und Anerkennung der Ordnung) und verliert somit den Status als Vertragspartner. Er verliert die Legitimation, als Vertragspartner zu gelten. Er hat – um Jakobs' Begriff zu verwenden – seine Bringschuld als Vertragspartner nicht erfüllt.

Die Legitimation für den Ausschluss von Menschen aus dem Gemeinwesen hängt also von der Legitimation der Beziehung zwischen Vertragspartnern und dem eingesetzten Stellvertreter ab. Sie werden also als Feinde betrachtet, bekämpft und ausgeschaltet, weil die Beziehung beendet ist. Die Feindschaft und der Ausschluss aus dem Gemeinwesen sind nur dann möglich, wenn ein Mensch oder eine Gruppe des Gemeinwesens den Souverän als seinen oder ihren Stellvertreter und seine eingeführte Rechtsordnung nicht mehr anerkennt. In diesem Fall ist die Grundlage für das Vertragsverhältnis nicht mehr gegeben, welches das Gemeinwesen und die Rolle des Souveräns ausmacht. Anders als der Bruch einzelner Gesetze und Vorschriften, die der Souverän erlässt, wird in diesem Fall der Vertrag als die

¹⁵² Ähnlich argumentiert Hobbes schon für die Einrichtung des Gemeinwesens in *Vom Bürger*. „Wenn jemand seine Zustimmung verweigert, so wird der Rest unter sich nichtsdestoweniger einen Staat ohne ihn bilden. Daraus folgt, dass der Staat sein ursprüngliches Recht, d. h. das *Recht des Krieges* gegen den Abweichler wie gegen einen Feind beibehält“ (Hobbes 2017: S. 213, kursiv im Original).

konstituierende Bedingung als solche abgelehnt. Insofern ist der Ausschluss aus der Rechtsgemeinschaft nicht bei jedem Rechtsbruch zu befürchten, wie die Formulierung „Anerkennung aller Handlungen“ zunächst nahe legt (Hobbes 2019: S. 149). Hobbes geht im *Leviathan* sehr ausführlich auf die Rechtsprechung ein (vgl. Hobbes 2019: S. 262-269).¹⁵³ Die Bestrafung nach dem von ihm eingeführten Recht ist dem Souverän „überlassen“ (Hobbes 2019: S. 263). Also ist die staatlich autorisierte Feindschaft nur einigen Menschen im Gemeinwesen vorbehalten. Das sind Menschen, die den Souverän oder die Rechtsordnung ablehnen und nicht die, die einzelne Gesetze brechen, also die „Autorität des Repräsentanten des Gemeinwesens“ bestreiten (Hobbes 2019: S. 266). „Denn solche Missachtung bedeutet den Bruch aller seiner Gesetze zugleich“ (Hobbes 2019: S. 245) Da der Souverän Urheber aller Gesetze ist, ist die Aberkennung der Legitimität oder die Herabsetzung des Souveräns seitens eines Menschen auch die Aberkennung der Geltung seiner Gesetze und die Ablehnung der gesamten Rechtsordnung auch die Ablehnung ihres Urhebers als der gesetzgebenden Autorität.

Hobbes' Kreis der Staatsfeinde ist größer, als es zunächst den Anschein hat, denn nicht nur die Menschen sind innerstaatliche Feinde, die aktiv Souverän und Ordnung bekämpfen. Jede Form von Ablehnung des Gesetzgebers bedeutet, dass das Gemeinwesen mit Ausschaltung der Zweifler antwortet. Um ein aktuelles Beispiel zu nehmen: Reichsbürger würden nach Hobbes ausgeschaltet, auch wenn sie noch keine wesentliche Straftat begangen haben.¹⁵⁴ Hobbes beschreibt seine Position zu inneren Feinden folgendermaßen:

Daraus folgt, daß ein Untertan, wenn er mit Tat und Wort wissentlich und vorsätzlich die Autorität des Repräsentanten des Gemeinwesens verneint [...], entsprechend dem Willen des Repräsentanten rechtmäßig jeder Strafe unterzogen werden kann; denn indem er die Unterwerfung verneint, verneint er die vom Gesetze bestimmte Strafe und büßt als Feind des Gemeinwesens, das heißt entsprechend dem Willen des Repräsentanten Denn die im Gesetze festgelegten Strafen gelten für Untertanen, nicht für Feinde, wie es jene sind, die, aufgrund ihrer eigenen Handlung ehemals Untertanen, durch vorsätzliche Aufruhr die souveräne Macht verneinen. (Hobbes 2019: S. 266)¹⁵⁵

¹⁵³ Zur Einführung der Gesetze des Gemeinwesens bei Hobbes: vgl. Hobbes 2019: S. 151.

¹⁵⁴ Diese Einschätzung werden viele Reichsbürger ablehnen, denn schließlich bezweifeln sie die Legitimation des Souveräns in der Bundesrepublik.

¹⁵⁵ Merkel kritisiert zu Recht, dass der Ausdruck „Strafe“ in diesen Zusammenhängen nicht angebracht ist, wenn man das Strafen als Strafen nach einem Gesetz versteht (vgl. Merkel 2019: S. 335). Allerdings legt die Formulierung „jeder Strafe“ nahe, dass es sich bei der Bestrafung um eine beliebige handelt und keine nach

Ähnlich wie bei Jakobs werden diese Menschen nicht nach dem etablierten Recht des Gemeinwesens be- und verurteilt. Es gibt für sie gar keine Behandlung nach einem Recht. Durch die Aufkündigung des Vertrages sind sie vogelfrei. Sie fallen wieder in den rechtlosen Naturzustand, in dem nur das Recht des Stärkeren gilt. „Denn die Natur dieses Vergehens besteht in der Ablehnung der Unterwerfung, was ein Rückfall in den Kriegszustand ist [...]; und wer sich so vergeht, büßt nicht als Untertan, sondern als Feind“ (Hobbes 2019: S. 269).

V. Die Legitimation des Rechtspersonenstatus bei Jakobs

Die Unterscheidung zwischen Feind und Mitglied der Gemeinschaft ist für Hobbes wie auch für Jakobs für die Feindbehandlung wichtig. Diese Unterscheidung verläuft bei beiden Autoren zwischen Naturzustand (außerhalb der Zuständigkeit des Bürgerrechts) und Rechtszustand (innerhalb der Zuständigkeit). Allerdings fehlt bei Jakobs die bei Hobbes angeblich nebensächliche Legitimation durch einen Unterwerfungsvertrag. Ein solcher Vertrag dürfte auch für Jakobs nicht attraktiv sein und wäre heutzutage auch kaum durchzusetzen, schon gar nicht in Deutschland oder allgemeiner gesprochen in Westeuropa. Das sind Länder mit demokratischen politischen Traditionen, in denen die Bürger in die politischen Prozesse kontinuierlich eingebunden sind. Traditionen, von denen auch Jakobs' Rechtsauffassung ausgeht. Das Hobbes'sche Konzept ist für moderne Staaten nicht mehrheitsfähig. Von der Bevölkerung wird nicht Unterwerfung unter einen Souverän gefordert, der für sie ohne jegliche Mitbestimmung handelt.¹⁵⁶

Da ein Unterwerfungsvertrag nicht mehr möglich ist, muss Jakobs die beiden Fragen der Legitimation einer Rechtsordnung durch die Bevölkerung auf andere Weise beantworten. Zur Erinnerung seien sie noch einmal genannt: Warum darf dieser Souverän (oder allgemeiner: diese politische Gewalt) herrschen und nicht ein anderer (eine andere)? Warum darf diese Ordnung eingeführt werden und keine andere? Hobbes beantwortet diese beiden Fragen mit der Legitimierung durch den Vertrag der Mitglieder des Gemeinwesens, der die Bestimmung

einem Gesetz. „Strafe“ kann also ein Ausdruck der allgemeinen Missbilligung sein und nicht der Manifestation der Umsetzung staatlicher Gesetze.

¹⁵⁶ Hobbes gilt auch als „Theoretiker des Absolutismus“ (Höffe 2010: S. 15). Allerdings wäre es wohl zu einseitig, seine Vertragstheorie als ein Plädoyer für den Absolutismus zu bewerten. Generell ist Hobbes ein Theoretiker, der eher für eine Monarchie eintritt, denn der Einfluss vieler Menschen führt leicht zum Disput der politisch Verantwortlichen, was dann laut Hobbes zu einem Bürgerkrieg, der die Sicherheit zerstört, führen kann. Ein Monarch kann „[...] nicht aus Neid oder Eigeninteresse mit sich selbst uneins sein, wohl aber eine Versammlung und zwar in solchem Maß, daß ein Bürgerkrieg daraus entstehen kann“ (Hobbes 2019: S. 160).

eines Souveräns und die Unterwerfung unter seine Rechtsordnung begründet. Bei Jakobs' Version einer Entwicklung vom Naturzustand zur Gesellschaft und zum Rechtsstaat fehlt nun eine Antwort auf beide Fragen. Die Gesetzgebung wird bei Jakobs nicht über einen Gesellschaftsvertrag oder durch eine Wahl der Gesetzgeber durch die Bevölkerung legitimiert. Grundsätzlich kann dies geschehen. Eine Wahl oder ein Vertrag, die oder der die Verbindlichkeit des Rechts für die Bevölkerung ausmachen würde, spielt bei Jakobs' Gesetzgebungsprozess aber dann keine entscheidende Rolle mehr. Warum, eine Legitimation über die Bevölkerung bei Jakobs nicht erforderlich ist, wird nun erläutert.

Nach Jakobs legt eine Autorität die Rechtsordnung oder allgemein jede Gesellschaftsordnung fest. Was Jakobs in *Norm, Person, Gesellschaft* bezüglich einer Person in der Gesellschaft im Allgemeinen schreibt, kann auf den spezielleren Fall der Rechtsgemeinschaft übertragen werden, da Jakobs in der Regel von einer rechtlich organisierten Gesellschaft ausgeht.¹⁵⁷ Meistens wird die Durchsetzung von Regeln des Zusammenlebens durch eine Autorität mit Hilfe von Gesetzen und Institutionen für deren Umsetzung geschehen. Die Legitimation der Ordnung durch die Bevölkerung ist nach Jakobs nicht notwendig, entscheidend ist das „Faktum des Unterworfen-Seins“ (Jakobs 2011: S. 24). Die Unterwerfung ermöglicht es der Autorität, die Menschen nach ihren Vorstellungen zu formen, denn sie bestimmt, wie sich die Unterworfenen verhalten sollen, damit sie zu seiner Gemeinschaft dazugehören. Eine Person bzw. Rechtsperson wird durch die Gesellschaftsordnung bzw. die Rechtsordnung erst definiert und erzeugt. „Der Gewalthaber definiert also Gruppenwesen, sie heißen hier ‚Personen‘ [...]“ (Jakobs 2011: S. 32). Aus einem Menschen entsteht in einer Rechtsgemeinschaft eine Rechtsperson, wenn er die Rechte und Pflichten der erlassenen Ordnung akzeptiert und umsetzt. Wenn er sich in der Rolle als Rechtssubjekt begreift und Mitmenschen ihn als Rechtsperson ansehen, dann ist er Mitglied der Rechtsgemeinschaft. Rechtssubjekt ist ja die eigene Sichtweise auf den Status des Mitglieds einer Rechtsgemeinschaft und Rechtsperson die Außenwahrnehmung auf das Mitglied (vgl. Jakobs 2011: S. 36 u. S. 70). „Erst hier, in einer Gruppe, entsteht der Rang einer Person als das Recht, sich gegenüber anderen wegen der eigenen Wichtigkeit für das Ganze hervorzutun“ (Jakobs 2011: S. 37).

Der Gesetzgeber wählt sich praktisch die Mitglieder seiner Ordnung, und nicht wählt die Bevölkerung den Gesetzgeber, der für sie eine Ordnung erlässt. Jakobs meint, dass die „[...] Gesellschaft entscheidet [...], wer in sie eingeschlossen ist und wer nicht, und – beiläufig – der Feind würde es wohl in der Regel vorziehen, eingeschlossen zu bleiben.“ (Jakobs 2006a:

¹⁵⁷ Zur Unterscheidung von Rechtsperson und Person vgl. Kapitel 2 B. III.

S. 294). Letztendlich entscheidet aber der Gesetzgeber und nicht die Gesellschaft. Zwar kann dieser demokratisch legitimiert sein, aber dennoch entscheidet er über die Rechtsnormen und bei Jakobs über den Status als Rechtsperson. Mit der Entscheidung, wer Rechtsperson ist, bestimmt der Gesetzgeber auch wer Mitglied der Rechtsgemeinschaft sein soll. Jakobs' Rechtspersonenkonzept beschreibt also nicht nur eine Gruppe, z. B. Bewohner eines bestimmten Gebiets, für die ein Gesetzgeber Rechte und Pflichten einführt, die in Gesetzestexte verfasst werden und die diese dann einhalten sollen. Nach Jakobs bestimmt der Gesetzgeber mit der Einführung von Rechten und Pflichten auch, wer eine Rechtsperson und wer keine ist. Der Status als Rechtsperson wird aberkannt, wenn ein Mensch die Rechte und Pflichten nicht adäquat umsetzt. Das bedeutet, ein Mitglied der Rechtsgemeinschaft kann bis zu einem gewissen Grad die Rechtsnormen verletzen. Der Gesetzgeber bestimmt, wann das Maß voll ist und der Status als Rechtsperson für den Rechtsbrecher keine Geltung mehr hat.

Die Strafkonzepion von Jakobs geht davon aus, dass eine Rechtsperson neben allen anderen Rechtsnormen auch das Strafrecht und mit diesem die Strafen anerkennt. Diese Anerkennung bezieht sich nicht nur auf den Täter, alle Rechtspersonen einer Rechtsgemeinschaft sollen „allgemein“ eine Straftat „als mißglücktes Unternehmen“ verstehen (Jakobs 2004b: S. 30). Sollte ein Mitglied der Rechtsgemeinschaft mehrfach zeigen, dass es das Fehlverhalten nicht als ein solches ansieht, so hat es nachgewiesen, dass für es das Strafrecht nicht die Bedeutung hat, die es laut den Vorgaben der Gesetzgebung haben sollte. Ähnlich wie nach dem § 626 BGB auf Abmahnungen eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses erfolgen kann, wenn der Arbeitnehmer sein Verhalten nicht ändert, so kann der Rechtsperson ihr Status aufgekündigt werden, wenn sie nicht rechtskonform agiert.

Die Anerkennung einer Rechtsordnung, die den Status der Rechtsperson vorgibt, ist durch die Bevölkerung vor oder mit ihrer Einführung nicht möglich. Da eine Bevölkerung aus Individuen noch keine entsprechende Rechtskompetenz entwickelt hat, kann sie auch nicht über die Rechtsordnung kompetent entscheiden. Individuen kennen nach Jakobs nur Lust und Unlust und keine Normativität, die Gesellschaft ausmacht. „Lust und Sollen sind *per definitionem* getrennt [...]“ (Jakobs 2011: S. 38, kursiv im Original). Eine Legitimation der Rechtsordnung durch die Rechtspersonen nach der Einführung dieser, im Sinne einer Einflussnahme auf die Weiterentwicklung und auf Veränderungen der Rechtsnormen, ist nach Jakobs' Konzept schwer möglich. Nur wer nach den Rechtsnormen lebt, ist Rechtsperson. Rechtsperson und Rechtssubjekt zu sein, bedeutet ja, nach den geltenden Rechten und Pflichten zu leben. Für das Rechtssubjekt selbst ist die Rechtsordnung legitim, weil für sie diese das gebotene Regelwerk zu handeln ist und es in seinem Status definiert. Dabei verhält

sich das Rechtssubjekt konform gegenüber Vorgaben, die andere, die Gesetzgeber, entwickelt haben. Kritisiert es diese Normen, so verhält es sich nicht mehr konform der Rechtsordnung. Kritik aus einer individuellen Perspektive ist auch nicht möglich, da sie – wie bereits erwähnt – als inkompetent gilt. Eine individuelle Sichtweise kann Normativität nicht erfassen. Mit der Einführung der Normen müssen „individuelle[] Bedürfnisse“ befriedigt werden können (Jakobs 2011: S. 56). Das bedeutet aber nicht, dass in die Normativität Individuelles einfließen könnte. Normativität bedeutet bei Jakobs gerade Regeln für die Gruppe einzuführen und nicht für die individuelle Sphäre. Individualität muss lediglich ihr „Auskommen“ „finden“ (Jakobs 2011: S. 56). Was nach meiner Interpretation soviel bedeutet wie: Es muss Bereiche innerhalb der Rechtsgemeinschaft geben, in denen individuelle Bedürfnisse befriedigt werden können. Die Bereiche Gruppe und Individuelles bleiben bei Jakobs getrennt.

Wenn man nun behauptet, dass das Selbstverständnis als Rechtssubjekt auch ein gewisses allgemeines Verständnis von Normativität ausbildet, das über die Normativität der eigenen Gruppe hinauswachsen kann, so kann ein Rechtssubjekt eventuell eigene Normen schaffen, die es für besser hält. Es erkennt, dass die Gruppe auch besser organisiert sein könnte. Falls sich diese neuen Normen aber nicht als für alle Mitglieder verbindliche Regeln durchsetzen, sind sie laut Jakobs keine Normen, sondern „bloßes Faktum“ (Jakobs 2011: S. 38). Sie sind keine Regeln, weil sie nichts regeln. Keine Rechtsperson fühlt sich ihnen gegenüber verpflichtet. Ideen zu neuen Rechtsnormen haben nur dann Relevanz, wenn sie von staatlicher Autorität akzeptiert und in Gesetzen umgesetzt werden. Gibt es innerhalb eines Staates die Möglichkeiten solche neuen Ideen einzubringen, so ermöglicht dieser Staat demokratische Prozesse. Die kreative Rechtsperson stellt sich aber, wenn man Jakobs' Konzeption weiterdenkt, solange ihre Vorschläge keine rechtliche Realität sind, mehr oder weniger außerhalb der Rechtsordnung. Sie vernachlässigt ihre Bringschuld, da man ihr rechtskonformes zukünftiges Verhalten in Frage stellen kann. Dieses Rechtssubjekt scheint nicht mehr rechtskonform zu denken und weicht möglicherweise auch im Handeln vom Standard ab. Wie weit eine Rechtsperson mit ihrer Kritik gehen kann, ohne ihren Status zu verlieren, hängt – wie bereits erörtert – von den Rechtsnormen, die ein Staat vorgibt ab. Das sind die Normen, die den Rechtspersonenstatus definieren.

Für eine Rechtsgemeinschaft ist es vielleicht von Vorteil, möglichst rechtskonform denkende Menschen zu haben. Um eine funktionierende Gesellschaft zu erhalten, reicht es meiner Meinung nach in der Regel aber aus, wenn sich die meisten Menschen an die Rechtsnormen halten, ohne ihren Glauben an die gültigen Rechtsnormen zu beweisen. Jakobs'

Konzeption fordert den bezeugten Glauben. Wenn man die Bringschuld berücksichtigt, bedeutet die Darstellung als Rechtsperson, dass sich ein Mensch für seine Mitmenschen als Sich-der-Rechtsordnung-verpflichtet-Fühlender zeigt. Es reicht also nicht aus, dass die Rechtsnormen nicht verletzt werden, sondern derjenige, der Rechtssubjekt ist, muss zeigen, dass er die Rechtsnormen auch nicht verletzen will. Bei Jakobs bedeutet diese Außendarstellung als Rechtsperson, dass sie zeigt, dass sie „hinreichende Rechtstreue garantieren“ kann, indem sie mehr oder weniger „*Rechtstreue verspricht*“ (Jakobs 2006a: S. 293, kursiv im Original). Nach Jakobs' Strafzwecktheorie heißt das: Dieser Mensch muss zeigen, dass er die Rechtsnormen nicht verletzt, und wenn ein Rechtsbruch vorliegt, so muss er der Rechtsgemeinschaft durch sein sonstiges Verhalten beweisen, dass es sich um ein „mißglücktes Unternehmen“ handelt (Jakobs 2004b: S. 30). Nach meiner Meinung geht dieser Anspruch zu weit. Für eine funktionierende Gesellschaft reicht es aus, wenn die Mehrheit der Bevölkerung die Rechtsnormen nicht verletzt, ohne das sie beständig beweisen müsste, dass für sie die Rechtsordnung bindend ist. Das zeigt sich beispielsweise in Deutschland, wo man im Großen und Ganzen von einer funktionierenden Rechtspraxis ausgehen kann, ohne dass Gesetzgeber und Judikative von der Bevölkerung einen regelmäßigen Beweis für ihre Rechtstreue verlangen würden.

VI. Zusammenfassung

Zunächst scheinen Hobbes und Jakobs bezüglich des Ausschlusses von Feinden ähnliche Konzepte zu haben. Wenn ein Bürger seine Rechte und Pflichten auf eine gewisse Weise nicht wahrnimmt bzw. umsetzt, so wird er als Feind ausgeschlossen. Die Konzeptionen unterscheiden sich jedoch erheblich. Bei Hobbes hat sich ein Mensch zunächst entschieden, den Souverän nicht anzuerkennen, er bezweifelt die Legitimität der Rechtsordnung und wird daraufhin als Feind ausgestoßen. Bei Jakobs hingegen bestimmen staatliche Institutionen, ob ein Mensch keine Rechtsperson ist und als Feind bekämpft wird. Der Staat sucht sich quasi seine Bürger und Feinde aus.

Der gewöhnliche Weg, wie eine Rechtsordnung eingeführt und durchgesetzt wird, ist meiner Ansicht nach der folgende: Es gibt eine Gruppe handelnder Menschen, denen staatliche Institutionen per Gesetz den Status als Rechtssubjekte (im herkömmlichen Sinn) verleihen, der mit bestimmten Rechten und Pflichten verbunden ist, die diese Rechtssubjekte haben bzw. erfüllen sollen. Ein Beispiel ist die natürliche Person nach §§ 1-14 BGB, die Träger von Rechten und Pflichten ist und Rechtsfähigkeit besitzt (§ 1 BGB). Ein weiteres

Beispiel ist die deutsche Staatsangehörige (Art. 116 GG). Wenn sie die Rechtsnormen nicht einhalten, die sie nach ihrem Status einhalten sollen, so sind ihre Taten gegebenenfalls strafwürdig und werden entsprechend mit einer Strafe beantwortet. Jakobs' Konzeption weicht von diesem Vorgehen ab. Für ihn ist die Rechtsperson nicht nur ein Rechtssubjekt (im herkömmlichen Sinn), das bestimmte Rechte und Pflichten zu tragen hat. Für Jakobs ist eine Rechtsperson ein Mensch, der nach Rechten und Pflichten lebt und gegebenenfalls, bei einem strafrechtlichen Normbruch, seine Schuld und Strafe akzeptiert. Zugespitzt formuliert bedeutet Jakobs' Rechtspersonbegriff: Ein Gesetzgeber denkt sich einen Status aus, den er Rechtsperson nennt. Er bestimmt, wie danach zu handeln ist, was diesen Status ausmacht. Eine Rechtsperson ist jemand, der sich nach den Vorgaben verhält, die seine Existenz als Rechtsperson ausmachen. Sowenig aber ein Kind seinem Vater oder seiner Mutter gegenüber aufgrund seiner Existenz in der Schuld steht, sowenig ist bei Jakobs eine Rechtsperson den staatlichen Institutionen ihre Existenz schuldig. Von einer Bringschuld kann nicht gesprochen werden.

Auch das Bedürfnis nach Sicherheit kann keine Rechtfertigung einer Bringschuld aufgrund des Status als Rechtsperson sein. Nach Hobbes hat der Souverän die Aufgabe, für die Sicherheit zu sorgen, und trägt die Verantwortung für deren Durchsetzung und Fortbestand. Auch der Bevölkerung kann man, insofern sie selbst sicher leben will, eine Verantwortung gegenüber den Mitmenschen und staatlichen Institutionen nicht absprechen. So lautet das erste Naturgesetz bei Hobbes auch, „[...] daß jedermann nach Frieden streben sollte [...]“ (Hobbes 2019: S. 108, im Original kursiv). Die Verantwortung eines Menschen für Sicherheit ist aber meiner Meinung nach eine gegenüber den Mitmenschen und keine, die sich aus dem Rechtsperson- bzw. Rechtssubjekt-Status ergibt, wie es Jakobs' Konzeption nahelegt. Die Sicherheit gefährdet ein Mensch, weil er seinen Nachbarn ermordet und nicht, weil er § 211 StGB verletzt und er sich nicht entsprechend eines vorgegebenen Status als Rechtsperson verhält.

Die beiden Fragen: „Warum darf dieser Souverän herrschen und nicht ein anderer? Warum darf diese Ordnung eingeführt werden und keine andere?“ bleiben bei Jakobs unbeantwortet. Allerdings ist bei ihm – wie besprochen – die Legitimation durch die Bevölkerung nebensächlich. Dass eine Gesellschafts- und Rechtsordnung für die Regelung des Miteinanders von vielen Menschen wichtig ist, ist natürlich plausibel. Es muss verbindliche Regeln des Zusammenlebens geben. Auch für die von Hobbes so betonte Sicherheit der Menschen ist eine gesellschaftlich gültige Normativität erforderlich. Allerdings ist fraglich, ob mit der Einführung einer Rechtsordnung auch ein Rechtspersonenstatus erzeugt werden

muss, wie Jakobs es vorschlägt. Einem Status nach dessen Konstruktion sich Menschen dann nicht nur verhalten, sondern die Einhaltung der geforderten Normen auch noch unter Beweis stellen müssen. Die Entscheidung, wer Rechtsperson ist und wer die Rechtsgemeinschaft als Feind stört und bekämpft, liegt nach Jakobs beim Gesetzgeber. Das Recht, also auch eine Unterscheidung zwischen Feindstrafrecht und Bürgerstrafrecht, und damit die Definition der darunter subsumierten Menschen liegt in seinen Händen.

C. Rechtspersonen als Sicherheitsgarantie

Die Rechtspersonen haben eine Erwartungshaltung an staatliche Institutionen. Der Bürger erwartet u. a. von staatlichen Institutionen die Durchsetzung von Sicherheit. Bezugnehmend auf Hobbes schreibt Jakobs: „[...] Bürger haben ein Recht, von ihm, dem Staat, geeignete Maßnahmen zu verlangen, eben ihr Recht auf Sicherheit, durch das *Hobbes* den Staat begründet und begrenzt [...]“ (Jakobs 2004a: S. 90, kursiv im Original). Sicherheit bedeutet, dass die Rechtsnormen von staatlicher Seite durchgesetzt und von der Bevölkerung auch eingehalten werden. Die Sicherheit kann einmal die Sicherheit vor Gewalt bedeuten, also wie in Jakobs' Beispiel von Übergriffen in einer Parkanlage (vgl. Jakobs 2004a: S. 91). Mit dem Ausdruck kann aber auch die Sicherheit der Einhaltung von Verträgen oder Sicherheit im Straßenverkehr, usw. gemeint sein. In der Regel verlangt man, wenn man von Durchsetzung der Sicherheit spricht, eine gewisse Verlässlichkeit der Einhaltung der Rechtsnormen von den Rechtspersonen (vgl. Jakobs 2011: S. 46). Eine Bringschuld der Rechtspersonen heißt in Jakobs Sinn die Verpflichtung zur „Rechtstreue“ der Rechtsgemeinschaftsmitglieder gegenüber staatlichen Institutionen und den anderen Mitgliedern (Jakobs 2006a: S. 293). Das bedeutet, eine Verpflichtung zur Verwirklichung der Gesetze. „Jeder, *der zumindest einigermaßen verlässlich Rechtstreue verspricht*, hat den Anspruch, als Person im Recht behandelt zu werden.“ (Jakobs 2006a: S. 293, kursiv im Original). Das ist die Bringschuld der Rechtspersonen gegenüber Staat und Bürgern, ihr Versprechen gegenüber den anderen Bürgern und dem Staat. In Bezug auf den Aspekt der Sicherheit bedeutet diese Aufforderung, die Rechtspersonen sollten laut Jakobs untereinander ebenfalls eine Sensibilität für die Sicherheit verlangen. Diese Sensibilität wird mit der Einhaltung der Gesetze verwirklicht. „Wenn eine Norm die Gestalt einer Gesellschaft bestimmen soll, so muß das normgemäße Verhalten in der Hauptsache wirklich erwartbar sein, was heißt, die Kalkulationen der Personen müßten davon ausgehen, die anderen würden sich normgemäß und eben nicht normbrechend verhalten“ (Jakobs 2004a: S. 91).

Intuitiv würde man nun davon ausgehen, dass die Durchsetzung von Sicherheit eine Funktion des Strafrechts sei und dass die Durchsetzung der Rechtsnormen in erster Linie die Aufgabe staatlicher Institutionen sei. Nach Jakobs muss diese Aufgabe von den Rechtspersonen mit übernommen werden. Diese Anforderung an die Rechtspersonen rechtfertigt nun einen gespaltenen Umgang mit Rechtsbrechern. Jakobs unterscheidet zwischen zwei Gruppen. Die eine Gruppe besteht aus denen, die sich an sein oben beschriebenes Strafrechtskonzept halten (vgl. Kapitel 2 B III. u. Kapitel 2 C. III.). Für diese ist ein Rechtsbruch ein seltenes Ereignis und sie zeigen durch die Annahme ihrer Bestrafung, dass ein Verbrechen ein Verbrechen ist (vgl. Jakobs 2004b: S. 28). Die zweite Gruppe zeigt, dass sie dieses Konzept nicht akzeptiert. Sie besteht aus den „hartnäckig Abweichenden“ (Jakobs 2004b: S. 44). Für die zweite Gruppe würde nach Jakobs eine Strafe nach einem Rechtsbruch nicht zurück in die Rechtskonformität führen. Die Strafe als einmalige oder zumindest seltene Maßnahme wird neben der Rechtsnormativität von diesen Menschen nicht akzeptiert. Das zeigt sich laut Jakobs daran, dass sie die Sicherheit mit häufigen oder gravierenden Rechtsbrüchen gefährden. Gemeint sind Rechtsbrüche, die den Mitmenschen das Sicherheitsgefühl nehmen. Die Folge ist, dass diese Gesetzesbrecher keine Personen im Recht sind. Ihnen fehlt eine Voraussetzung, um als Rechtspersonen aufgefasst zu werden. Die Akzeptanz des Zusammenspiels von Rechtsnorm, Schuld und Strafe liegt nicht vor. Rechtspersonen müssen nach Jakobs eine „gewisse[] kognitive[] Untermauerung“ der „Normtreue“ bieten, um als solche gelten zu dürfen (Jakobs 2004a: S. 91).

Die Rechtstreue muss also neben der Verinnerlichung der Rechtspersonen von Jakobs' Strafkonzeption und der jeweils gültigen Rechtsnormen auch eine äußerlich sichtbare Gestalt annehmen. Das bedeutet für jede Rechtsperson, insofern sie eine sein will, dass sie den Willen hat, die Rechtsnormen einzuhalten und eine Strafe – als für sie seltenes Ereignis – bei eventuellem Normbruch anzunehmen und dies offen zu zeigen. „Auch eine Person [...] muss also einigermaßen kognitiv verlässlich sein, wenn man sich an ihrer Persönlichkeit soll orientieren können“ (Jakobs 2017c: S. 264). Jakobs nennt ein in seinen Augen „krasses Beispiel“. Spaziergänger dürfen nicht davon ausgehen, in einer Parkanlage verletzt zu werden (vgl. Jakobs 2004a: S. 91). Wenn von der Einhaltung der Gesetze faktisch nicht mehr ausgegangen würde, dann wird Rechtsgeltung zum „leeren Versprechen“ (Jakobs 2004a: S. 91). Deshalb ist nach Jakobs die Bringschuld der Rechtspersonen gefordert. Jeder versuche, weitestgehend die Gesetze wegen des Sicherheitsgefühls einzuhalten. Sollten Menschen nicht gewillt sein, die Bringschuld zu liefern, so dürfen sie, wenn sie die Sicherheit gefährden und die Rechtsordnung nicht akzeptieren, also sowohl in ihrer Haltung als auch im Verhalten

Jakobs' Strafkonzepkt und die jeweilige Rechtsordnung ablehnen oder ignorieren, als Feinde bekämpft werden. Sie haben die Anforderungen an eine Rechtsperson nicht erfüllt und sind keine mehr.

Mit dieser Konzeption stellt Jakobs Hobbes' Idee von der Legitimation eines Staates auf den Kopf. Es geht hier nicht darum, dass die Bevölkerung staatliche Institutionen und staatliche Autorität legitimiert, sondern staatliche Institutionen legitimieren die Zugehörigkeit zur Rechtsgemeinschaft. Wer als Rechtsperson gilt oder nicht, wird von staatlicher Seite definiert und legitimiert. Feinde sind nicht legal. Sie haben keine Rechte. Mit dieser Konzeption verlässt Jakobs ein Stück weit auch die liberale Tradition, die laut Kersting von Hobbes eingeleitet wurde.

Hobbes' politische Philosophie ist der Geburtsort des modernen, atomistischen, von allen freien und absolut souveränen Individuums [...]. Mit Hobbes wird die politische Philosophie individualistisch. Der einzelne Mensch erfährt nicht mehr durch Integration in übergreifende und von Natur aus frühere Gemeinschaften Sein, Wert und Sinn, sondern umgekehrt gilt jetzt, daß sich die gesellschaftlichen und politischen Einrichtungen nur insofern rechtfertigen lassen, als sich in ihren Funktionen die Interessen der Individuen spiegeln, als sie sich als nützliche und daher erwünschte Instrumente zur Verwirklichung der individuellen Bedürfnisse und Wünsche erweisen. (Kersting 2002: S. 32-33).

Ob Kersting mit dieser Interpretation Hobbes' Intentionen gerecht wird, kann hier nicht näher erörtert werden. Was aber auf jeden Fall bei Hobbes neu ist, ist die Forderung einer Legitimation von staatlicher Autorität durch die Bevölkerung. Kersting beschreibt – wenn auch etwas idealisiert – das Selbstverständnis von liberalen Gesellschaften, in denen gerade nicht Autoritäten ihr Menschenbild der Bevölkerung vorschreiben. Eine Konzeption, die der von Jakobs' Rechtsperson entgegensteht. Denn diese wird gerade von einem Gesetzgeber definiert. Nach Jakobs bestimmt er die Rechtsnormen und wer Rechtsperson ist und damit zur Rechtsgemeinschaft dazugehört. In Kombination mit einem Verzicht auf eine Legitimation der Rechtsordnung durch die Bevölkerung bekommt das Modell von Jakobs eine Wendung, die eher an ein Rechtsverständnis autoritärer Systeme und weniger an das von Demokratien erinnert. Die Forderung einer Bringschuld aufgrund der Einhaltung von Sicherheit im Kontext des Rechtspersonbegriffs soll nun anhand von zwei Thesen näher analysiert werden.

Jakobs Argumentation zur Bringschuld aufgrund von Sicherheit beinhaltet zwei Behauptungen: 1) Die Rechtspersonen müssen ein Pflichtgefühl entwickeln, die Gesetze

einzuhalten, sie zu verwirklichen, damit Sicherheit gewährleistet ist. Ansonsten sind sie keine Rechtspersonen. 2) Der Staat muss für die Umsetzung der Rechtsordnung sorgen. Dieses erwarten die Rechtspersonen. Im Gegenzug müssen die Rechtspersonen für die Umsetzung der Rechtsordnung auch selbst sorgen. Das erwarten die staatlichen Institutionen und die Mitmenschen von jedem Einzelnen, der zur Rechtsgemeinschaft dazugehören will. In den nun folgenden Erörterungen soll die Argumentation zur Bringschuld aus den vorhergehenden Abschnitten vertiefend dargestellt und kritisiert werden. Zunächst wird erörtert, ob mit der Bringschuld ein Gesinnungsstrafrecht verbunden ist.

I. Von der Bringschuld zum Gesinnungsstrafrecht

Eine Bringschuld erfordert neben der Verwirklichung von Rechtsnormativität von der Bevölkerung auch ein entsprechendes Pflichtbewusstsein. Die Pflicht beschränkt sich auf das eigene Verhalten und besteht, wenn man das Strafrechtskonzept von Jakobs zugrunde legt, aus drei Bestandteilen. a) Jede Rechtsperson muss ein rechtskonformes Verhalten aktiv umsetzen und Rechtsnormen als für das eigene Handeln leitende Regeln betrachten. b) Bei Normbrüchen muss eine Rechtsperson die verlangte Strafe akzeptieren und annehmen. c) Rechtsverletzungen müssen die Ausnahme bleiben. Da es um die Verwirklichung der Rechtsnormen als gesellschaftliches Phänomen geht, könnte Jakobs auch eine Verpflichtung fordern, andere Mitmenschen zur Normtreue zu veranlassen. Dass Jakobs eine solche Verpflichtung nicht in sein Konzept integriert, kann damit begründet werden, dass es ihm vor allem um den Status der Rechtsperson geht. Diesen Status gewinnt und erhält ein Mensch durch eigene Rechtstreue und nicht durch die der Mitmenschen.

Es geht bei der Bringschuld um eine Verpflichtung. Die bloße Einsicht, dass Rechtsnormen einen bestimmten Zweck erfüllen sollen, führt nicht zu irgendeiner Pflicht. Die Einsicht, dass bei einem bestimmten Quantum von Rechtsbrüchen und bestimmten Einstellungen von Übeltätern zu Rechtsbrüchen Sicherheitsgefühle in Unsicherheitsgefühle umschlagen, ist nicht notwendigerweise mit einem Pflichtgefühl zu rechtsnormkonformem Verhalten verbunden.¹⁵⁸ Die Erkenntnis gesellschaftlicher Zusammenhänge ist noch kein Grund, sein Verhalten entsprechend anzupassen. Erst die Bewertung dieser Zusammenhänge als gut oder schlecht,

¹⁵⁸ Offen bleibt bei Jakobs, auf welcher Grundlage und wer bestimmt, wann die Sicherheit zur Unsicherheit wird. Auch müsste geklärt werden, ob es sich um ein Sicherheitsgefühl der Bevölkerung oder um die tatsächliche Verletzung von Sicherheit geht. Wenn man allgemein von Verwirklichung Sicherheit spricht, könnten beide Phänomene gemeint sein.

kann für eine Person ein Pflichtgefühl erzeugen, das sie dann auch zum pflichtgemäßen Handeln anspornt, die Rechtsnormen einzuhalten. So muss bei der Umsetzung von Jakobs' Bringschuld neben der Erkenntnis der Zusammenhänge, auch eine Evaluation der Normen hinzukommen, damit ein rechtsnormkonformes Handeln Wirklichkeit wird. Im konkreten Fall kann die Bewertung, dass Unsicherheit schlecht ist und dass die Einhaltung von Rechtsnormen eine gute Abhilfe ist, zu einem Pflichtgefühl führen, für die Sicherheit zu sorgen. Eine Rechtsperson hält sich beispielsweise für verpflichtet, niemanden zu überfallen und auszurauben. Erst ein moralisches Urteil, dass der Normbruch nicht stattfinden darf, führt zur Überzeugung einer Verpflichtung gegenüber der Rechtsgemeinschaft. Diese Einsicht und Bewertung muss jede Rechtsperson für sich haben. „Eine nur äußere Einbindung der Personen bringt der Gruppe wenig Sicherheit: Wer garantiert, dass der andere morgen so ist, wie er heute verspricht?“ (Jakobs 2011: S. 71). An diesem Punkt verlässt Jakobs seine gesellschaftliche Perspektive. Es reicht nicht aus, nur aus einer gesellschaftlichen Außenperspektive als Rechtsperson wahrgenommen zu werden, sondern ein Mensch muss auch Rechtssubjekt im Sinne Jakobs sein (vgl. Jakobs 2011: S. 36). Er muss von sich aus die Einsicht haben, dass die Normativität der Rechtsordnung umgesetzt werden soll. Erst wenn er dies als Pflicht begreift, ist er Rechtssubjekt oder aus Sicht seines Umfeldes Rechtsperson. Sollte er die Rechtsnormen brechen, so hat er die Pflicht, die Strafe zu akzeptieren. Rechtsbrüche dürfen sich nicht oft wiederholen (die Obergrenze soll wohl anhand der örtlichen Rechtsauffassung bestimmt werden).

Zusammenfassend: Eine Rechtsperson ist ein Vertreter einer bestimmten Rechtsauffassung, der aus einem Pflichtbewusstsein die Rechtsordnung entsprechend von Jakobs' Rechtskonzept verwirklicht, also dementsprechend handelt. Das wird von den anderen Rechtspersonen und von staatlichen Institutionen gefordert, damit die Bringschuld eingelöst wird. Handelt er nicht gemäß den Rechtsnormen und Jakobs' Konzeption zur Strafe oder will dies sogar nicht tun und gefährdet dann die Sicherheit, hat er mit seinen Taten oder seinem nicht rechtskonformen Denken Jakobs' Konzeption zur Bringschuld und der Konzeption zur Person im Recht nicht beachtet. Er kann in solchen Fällen nach Jakobs' Persondefinition und seiner Bringschuld seinen Rechtspersonenstatus verlieren. Er kann als Feind staatlich autorisiert bekämpft werden, wenn seine Ignoranz den Mitmenschen und staatlichen Institutionen auffällt und sein Agieren als nicht-Rechtsperson-gemäß aufgefasst wird und die Sicherheit gefährdet.

Ein Gesinnungsstrafrecht ist nun ein Strafrecht, das eine strafrechtliche Beurteilung nicht ausschließlich nach den Taten, sondern nach der Haltung der Täter, deren Gesinnung, vornimmt (vgl. Hawickhorst 2011: S. 179). Es wird nicht eine Straftat betrachtet, sondern

„[...] zur Optimierung des Rechtsgüterschutzes der Täter bereits durch seine rechtsfeindliche Gesinnung definiert [...]“ (Hawickhorst 2011: S. 182). Wenn das Konzept der Bringschuld für die Beurteilung wichtig ist, ob ein Mensch noch Rechtsperson oder Feind ist, so muss bei einem Rechtsbrecher zunächst die rechtstreue Gesinnung beurteilt werden, bevor er nach dem Bürgerstrafrecht – dann nach seinen Taten – verurteilt wird. Diese Beurteilung ist auch wichtig, wenn davon ausgegangen wird, dass der Täter nicht mehr den Anforderungen eines Rechtssubjektes bzw. einer Rechtsperson entspricht. Dann kann ein zukünftiges rechtstreu Verhalten eventuell nicht mehr erwartet werden. Er kann – das hängt sicherlich auch von der Schwere der erwartenden Taten ab – als Feind aus der Rechtsgemeinschaft ausgeschlossen werden. Somit ist nach Jakobs nicht nur das Feindstrafrecht – wie oft gescholten – ein Gesinnungsstrafrecht, sondern in manchen Fällen auch das sogenannte Bürgerstrafrecht, falls geprüft werden muss, ob der Täter noch als Rechtsperson behandelt werden kann.¹⁵⁹ Durch die Bringschuld wird die Haltung der Menschen gegenüber der Rechtsordnung relevant. Gesinnungsstrafrecht ist also nicht nur das Feindstrafrecht, sondern auch das Bürgerstrafrecht, insofern eine Prüfung der Rechtstreue notwendig ist. Ein Täter kann bei entsprechender positiver Einstellung gegenüber dem Recht aufgrund seiner Taten verurteilt werden. Er wird dann nicht als Feind gesichert, sondern als Rechtsperson bestraft. Im anderen Fall kann er als Feind bekämpft werden, falls die Legislative und die Judikative dem Täter den Rechtspersonenstatus absprechen und die Notwendigkeit einer Bekämpfung beschließen.

Nun kann es passieren, dass ein Mensch eher zufällig als Rechtsperson auftritt. Das ist der Fall, wenn ein Mensch die Rechtsordnung völlig ignoriert, aber es sich aufgrund der äußeren Umstände zufällig nicht ergibt, dass er einmalig oder mehrfach straffällig wird. Er ist eigentlich kein Rechtssubjekt, wird aber nicht als Feind bekämpft, da sich die Gesinnung nicht offen zeigt. Dennoch hat er seine Bringschuld nicht erfüllt, denn der „begründete[] Bestand“ zur „Vermutung zukünftigen Legalverhaltens“ fehlt (Jakobs 2006a: S. 293). Wird das so akzeptiert, er als Rechtsperson behandelt, so spielt die Bringschuld hier keine Rolle, sondern es geht lediglich darum, die Rechtsnormen einzuhalten. Das Selbstverständnis als Jakobs'sches Rechtssubjekt ist dann nicht notwendig. Dieser nicht ganz ungewöhnliche Fall wird von Jakobs bei der Feindkonzeption nicht betrachtet, ist aber auch nur dann relevant, wenn dieser Mensch tatsächlich die Sicherheit gefährden könnte, also das Strafrecht bzw. Feindstrafrecht relevant wird.

¹⁵⁹ Zum Feindstrafrecht als Gesinnungsstrafrecht oder Täterstrafrecht vgl. Morguet 2009: S. 88-89; vgl. Ambos 2006: S. 16.

Bei der Einführung einer Bringschuld spielt also die Einstellung eines Menschen zum Recht eine wichtige Rolle. Die Bringschuld steht im Widerspruch zu einer gesellschaftlichen Perspektive auf das Strafrecht, eine Perspektive, die gerade versucht, Menschen nur nach ihrem äußerlich erkennbaren Verhalten zu beurteilen. Damit verlässt Jakobs seine ursprünglich von der Systemtheorie inspirierte Strafrechtskonzeption (vgl. Kapitel 2 A.). Das soll in den folgenden Erörterungen noch einmal deutlicher herausgearbeitet werden.

II. Straftaten, Schuld und Bringschuld

In den nun folgenden Ausführungen erörtere ich, inwieweit Jakobs' Bringschuld mit seinem Konzept von Strafe und Schuld vereinbar ist. Die Idee der Bringschuld geht über den Zweck des Strafrechts nach Jakobs' Schuldkonzept weit hinaus. Jakobs' Verfahren der Zuschreibung von Schuld nach gesellschaftlicher und rechtlicher Normativität, ist nur noch begrenzt gültig.

Zunächst wird noch einmal kurz die Schuldkonzeption von Jakobs wiederholt. Nach Jakobs wird die Verletzung einer Rechtsnorm aus der Außenperspektive auf den Täter beurteilt. Für den Täter bedeutet dies: „Unternehme nichts, was im gültigen Deutungsschema Verletzen bedeutet“ (Jakobs 1992: S. 41). Wobei das gültige Deutungsschema aus der gültigen Rechtsordnung folgt. Nach Jakobs ist eine Handlung, auf ihre Konformität zur Rechtsordnung zu beurteilen. „Handlung ist das Sich-schuldhaft-zuständig-Machen für einen Normgeltungsschaden“ (Jakobs 1992: S. 44). Der Sinn der Zuschreibung einer Schuld besteht positiv generalpräventiv „[...] in der Begründung des Bedürfnisses, zur Bestätigung der Verbindlichkeit der Ordnung gegenüber dem rechtstreuen Bürger in bestimmtem Maß zu strafen“ (Jakobs 1976: S. 9).

Eine Bringschuld als eine Verpflichtung der Rechtsperson gegenüber Staat und Mitmenschen zur Einhaltung von Gesetzen, die sie beiden schuldig ist, bedeutet allerdings mehr als „Sich-schuldhaft-zuständig-Machen“. Während Jakobs' Schuldkonzeption von einem Verzicht auf Rechtsbrüche ausgeht, beinhaltet der Begriff der Bringschuld, dass sich ein Rechtssubjekt gegenüber der Rechtsordnung verpflichtet fühlt und die Rechtstreue nicht nur sichtbar als Rechtsperson zeigt, sondern auch die Rolle als Rechtssubjekt im Sinne von Jakobs' Subjektkonzeption übernimmt.

Auch in Bezug auf die Bestrafung von Rechtsbrüchen gehen die Forderungen einer Bringschuld an die Rechtspersonen über Jakobs' Konzeption des Strafrechts hinaus. Zunächst scheint ein Feindstrafrecht mit Jakobs' Strafrechtskonzeption vereinbar. Wenn nur die

Häufigkeit der Rechtsbrüche und eventuell besonders schwere Rechtsbrüche zum Ausschluss aus dem Rechtspersonenkreis führen, so lässt sich das Verfahren der Rechtsperson-Feind-Trennung auch anhand der Taten bewerkstelligen. Die Beurteilung, ob die Täter nach dem Bürgerstrafrecht oder dem Feindstrafrecht behandelt werden, erfolgt dann, ohne dass Jakobs' Schuldkonzept vernachlässigt wird. Mit Hilfe der Rechtsnormen können die Taten für die Zurechnung von Schuld genutzt werden. Häufige Rechtsbrüche oder bestimmte Rechtsbrüche (z. B. Hochverrat), erkennbar anhand von entsprechenden Taten, sind die Gründe, die eine Behandlung nach dem Feindstrafrecht erfordern und dem Täter die Schuldfähigkeit entziehen. Bei solchen Handhabungen der Strafverfolgung spielt aber die Bringschuld keine Rolle, denn auch ohne die Annahme einer Bringschuld kann in gleicher Weise verfahren werden.

Jakobs vermutet aber auch bei Fällen der Vorverlagerung eine feindstrafrechtliche Behandlung.¹⁶⁰ Da aber bei diesen eventuell noch keine Rechtsgutsverletzungen zu bestanden sind, muss die Beurteilung der Rechtspersönlichkeit auch durch die Ermittlung der Motivation und Haltung der vermeintlichen, tatsächlichen und potentiellen Rechtsbrecher zur Rechtsordnung geklärt werden. Das führt dazu, dass auch Rechtspersonen bezüglich ihrer Haltung zur Rechtsordnung überprüft werden. In Jakobs' Terminologie ausgedrückt: Es muss geklärt werden, ob ein Mensch seine Bringschuld erfüllt oder „[...] sich vermutlich dauerhaft, zumindest aber entschieden vom Recht abgewandt [...]“ hat (Jakobs 2004a: S. 92). Die zu einem späteren Zeitpunkt erklärten Feinde werden zunächst noch als Rechtsperson angesehen, ansonsten würden diese Menschen vorverurteilt. Diese Untersuchungen zur Haltung können dann zu Eingriffen in die Privatsphäre führen, die Jakobs den Rechtspersonen eigentlich ersparen will.¹⁶¹ Einer der Gründe der Einführung eines Feindstrafrechts soll ja die die Ermöglichung von Maßnahmen sein, die gerade einem Bürger mit seiner Privatsphäre nicht zugemutet werden dürfen. Der Ausschluss aus dem Kreis der Rechtspersonen soll eine Behandlung außerhalb der für diese gültigen Rechtsnormen ermöglichen. Aber schon die Ermittlung des Feindes führt zu Einschränkungen der Privatsphäre von Menschen, die

¹⁶⁰ Zum feindstrafrechtlichen Vorgehen schreibt Jakobs beispielsweise: „Das Besondere gegenüber einem – *sit venia verbo* – Normalverbrecher liegt darin, daß es allein mit einer schuldangemessenen Bestrafung nicht getan ist, daß vielmehr (bei Vorverlagerungen:) *vor* der Tat oder *zusätzlich* zu Strafe sichernd zu verfahren ist“ (Jakobs 2006a: S. 294). Zur Vorverlagerung als ein Kennzeichen des Feindstrafrechts vgl. Hawickhorst 2011: S. 203.

¹⁶¹ „Ein Mensch ist in einer Ordnung, wie sie gemäß dem Grundgesetz besteht, ein Bürger, also ein System, das — neben der psychophysischen Ausstattung bis zur Haut einschließlich — über eine Privatsphäre verfügt, bestehend etwa aus Kleidung, einvernehmlichen sozialen Kontakten, Wohnung und Eigentum (Geld, Werkzeug u. a. m.). Diesen Privatbereich nenne ich die interne bürgerliche Sphäre“ (Jakobs 1985: S. 577).

zumindest zunächst noch als Rechtspersonen gelten. Eine Bringschuld hat also nicht nur auf das Feindstrafrecht einen Einfluss, sondern auch auf das Bürgerstrafrecht.

Mit der Einführung einer Bringschuld und der Ermittlung potenzieller Feinde verlässt Jakobs – wie bereits erwähnt – seine gesellschaftliche Perspektive auf die Rechtspersonen und deren Haltungen. Die persönliche Einstellung dieser Menschen zum Recht spielt bei der strafrechtlichen und feindstrafrechtlichen Beurteilung und Behandlung eine wichtige Rolle.

III. Die Bringschuld der Rechtspersonen gegenüber dem Staat

Die Bringschuld als Pflicht setzt, damit sie auch als Pflicht empfunden wird, ein Einverständnis des Rechtssubjekts mit dem, was es tun soll, voraus. Ein Einverständnis, das beispielsweise durch einen Vertrag hergestellt wird. In Gedanken kann man sich verschiedene Möglichkeiten ausdenken, wie das Verhältnis zwischen den Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft und dem Gesetzgeber und staatlichen Institutionen ist, also der Mitglieder gegenüber denen, die für die Umsetzung der Gesetze institutionell verantwortlich sind.

Eine extreme Form des Verhältnisses ist Hobbes' Gesellschaftsvertrag. Der Souverän handelt im Namen seiner Mitglieder. Da seine Gesetze auch die der Mitglieder sind, denn er handelt für sie, kann sich kein Mitglied der Forderung widersetzen, die Gesetze die der Souverän erlässt, als eigene Verpflichtungen aufzufassen (vgl. Kapitel 5 B. III.). Ein Bruch einer Norm würde dasselbe bedeuten, wie eine selbst gewählte Verpflichtung zu vernachlässigen. Auch das Strafen als Recht hat die Bevölkerung dem Souverän übergeben, was im Naturzustand jeder Mensch selbst übernehmen würde (vgl. Hobbes 2019: S. 263).

Bei einer anderen möglichen Form der Legitimation sind die Mitglieder einer Gemeinschaft damit einverstanden, dass staatliche Institutionen Gesetze erlassen und für deren Verwirklichung sorgen. Die Mitglieder der Gemeinschaft beauftragen Institutionen, eine Ordnung zu schaffen und für deren Umsetzung zu sorgen. Es kann nun sein, dass die Mitglieder sich selbst nicht für die Umsetzung zuständig empfinden. In gewisser Weise ist es natürlich inkonsequent, einer Institution das Vertrauen auszusprechen, also indirekt mit deren Ordnung einverstanden zu sein, aber selbst nicht bei der Umsetzung mitzuwirken. Eine solche Einstellung ist aber durchaus nicht widersprüchlich. Die Mitglieder nehmen dann eine ähnliche Position wie ein Mensch ein, der seinen Freund wegen seines Engagements für den Tierschutz lobt, selbst aber nicht aktiv ist. Von einer Bringschuld kann also in diesem Fall

nicht gesprochen werden. Eine Verantwortung in Bezug auf die Umsetzung der erlassenen Rechtsordnung darf nicht erwartet werden, wenn Menschen ihr Einverständnis geben, dass bestimmte Institutionen bestimmte Aufgaben zur Umsetzung einer Rechtsordnung übernehmen. Sie müssen aber auch mit den Konsequenzen rechnen, die aus der staatlichen Umsetzung folgen. Das bedeutet, falls sie die Rechtsordnung verletzen, also eine der eingeführten Rechtsnormen brechen, haben sie mit einer Strafe als Mittel der Umsetzung zu rechnen. Die Möglichkeit der Bestrafung gehört dann zum Auftrag dazu. Eine Ausnahme wäre, dass der Auftrag ausdrücklich diese Möglichkeit ausschließt. Eine Rechtsordnung ohne die Option der Bestrafung soll erlassen werden. Wenn sich aber die Bevölkerung zu einer Umsetzung der Rechtsnormen nicht zuständig fühlt und mit keinen Konsequenzen rechnen muss, bleibt die Rechtsordnung ein Schriftstück ohne Wirkung.

Ein weiteres Beispiel folgt Jakobs' Modell. Staatliche Institutionen erlassen eine Rechtsordnung, ohne dass sie ein Einverständnis der Bevölkerung einholen müssen. Nach Jakobs wird die Rechtsordnung von staatlicher Seite bestimmt und die Menschen, die sich ihr unterwerfen, als Rechtspersonen definiert (vgl. Jakobs 2011: S. 31-32). Entweder sie sind so, wie der Gesetzgeber vorgibt, oder nicht. Sind sie es nicht, gehören sie nicht dazu. Sie haben dann keine Pflichten und Rechte nach der erlassenen Ordnung. Es gibt auch in diesem Fall einer Rechtsordnung, der nach Jakobs' Modell, keine Veranlassung von den Menschen eine Verantwortlichkeit im Sinne einer Bringschuld zu fordern. Es entwickelt kein Bewohner des Rechtsraums notwendigerweise eine Überzeugung, dem Ideal einer Rechtsperson, das nach der jeweiligen Rechtsordnung und Jakobs' Konzept von Strafe und Rechtsnorm definiert wird, zu entsprechen, nur weil Institutionen dies fordern. Dafür müssten diese Menschen den staatlichen Institutionen die Erlaubnis gegeben haben, ihren eigenen Standpunkt zum Recht zu bestimmen. Es müsste eine einvernehmliche Pflicht, eine Jakobs'sche Rechtsperson zu sein, geben. Eine Pflicht, Rechtsperson zu sein, würde ohne diese Erlaubnis die Meinungsfreiheit einschränken, da ein anderer Standpunkt zur Rechtsordnung als der offizielle unerwünscht wäre. Mit der fehlenden Zustimmung der Bevölkerung fehlt die Voraussetzung, um von „in der Schuld stehen“ sprechen zu können.

Es ist vorteilhaft, wenn Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft die Gesetze auch selbst als richtig empfinden und es als Pflicht empfinden, diese einzuhalten. Solche Einstellungen haben den Vorteil, dass Menschen nicht nur dann rechtstreu agieren, wenn sie mit einer wie auch immer gearteten Bestrafung rechnen müssen. Die Gefahr, dass Menschen die Einhaltung der Gesetze nur berechnend verwirklichen, besteht, wenn ein Verständnis für die Rechtstreue als Pflicht fehlt. Das Problem ist auch Jakobs bewusst. Er hält die Umsetzung einer

Rechtsordnung in einer Gesellschaft aus „Teufeln“, die nur aus berechnenden Gründen Rechtsnormen einhalten, für schwierig (Jakobs 2017b: S. 242, vgl. Jakobs 2011: S. 78).¹⁶² Die Möglichkeit besteht, dass diese Menschen „kaum zu entdeckende“ Missetaten verüben, die von staatlichen Institutionen nicht erkannt werden (Jakobs 2017b: S. 242). Da diese Menschen nur dann rechtskonform handeln, wenn die Wahrscheinlichkeit groß ist, dass eine Verletzung auch von den staatlichen Institutionen wahrgenommen und geahndet wird, muss der „[...] Überwachungsapparat ins Unermessliche steigen [...]“ (Jakobs 2017b: S. 242).

Allerdings geht Jakobs Konzeption zur Person im Recht über diese Kritik einer rein zweckorientierten Auffassung zum Recht hinaus, wenn damit nur der Wunsch geäußert wird, möglichst viele Menschen mögen das Recht auch als gute und sinnvolle Institution betrachten. Ein Rechtssubjekt (im herkömmlichen Sinn) soll die Rechtsordnung als Verpflichtung betrachten, die Rechtsordnung anzuerkennen. Jakobs hingegen fordert, dass Rechtspersonen eine solche Einstellung haben müssen, damit sie Rechtsperson sein dürfen. Wenn staatliche Institutionen von Menschen gewisse Einstellungen zur Rechtsordnung verlangen, damit sie Rechtsperson sind, so geht eine solche Auffassung zur Rechttreue generell weit über einen Wunsch, Gesetze auch als Pflicht zu empfinden, hinaus. Staatliche Autorität ermöglicht den Status als Rechtsperson mit Rechten und Pflichten der Rechtsordnung nur den von der Rechtsordnung überzeugten Menschen, solche, die diese Rechte und Pflichten quasi im Blut haben. Staatliche Autorität legitimiert dann auch Feindschaft gegenüber den so Ausgeschlossenen. Das sind diejenigen, die nicht dem Bild der Wohlgesinnten entsprechen und staatlich bestimmte Gegner der Rechtsordnung sind. Die Grenze, wer noch bestrafbar und wer feindlich ist, zieht letztlich der Gesetzgeber und im konkreten Einzelfall die Justiz nach dessen Vorgaben. Damit handelt es sich – wie schon besprochen – um eine Gesinnungsüberprüfung.

IV. Erwartungen von Staat und Rechtspersonen

Grundsätzlich dürfen die Menschen in einem Land von staatlichen Institutionen erwarten, dass diese für die Sicherheit sorgen und diese mit einer Rechtsordnung umsetzen. Sollten politisch und juristisch Verantwortliche ein Feindstrafrecht fordern, so muss die Frage gestellt

¹⁶² Jakobs zitiert und kritisiert hier Kants „Volk von Teufeln“ nach Kant (1964): *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*. – In: Kant, Immanuel (Hrsg. Wilhelm Weischedel) (1964): *Werke in 6 Bänden*. Band 6. Wiesbaden, S. 244 (B 61).

werden, warum die von ihnen geschaffenen Gesetze und deren Umsetzung nicht ausreichen und eine Sondergesetzgebung gefordert wird, die Grundrechte aushebelt.

Es ist selbstverständlich, dass eine Rechtsordnung sinnlos ist, die nicht eingehalten wird und die Aufgabe, für Sicherheit zu sorgen, nicht erfüllt. Die Wirklichkeit der Rechtsordnung, die für Jakobs so entscheidend ist, wird aber nicht durch einzelne Rechtsbrecher gefährdet, die die Rechtsordnung oder einzelne Rechtsgüter wie das Recht auf Leben – um ein wichtiges zu nennen – aus irgendwelchen Gründen nicht beachten. Merkel hat mit seiner Einschätzung Recht: „Nicht einmal der permanente Rechtsbruch Einzelner könnte die soziale wie die rechtliche Geltung der Norm erschüttern, und zwar selbst dann nicht, wenn er nie geahndet würde [...]“ (Merkel 2019: S. 342). Meiner Meinung nach waren die Verwirklichung der Rechtsordnung und die Existenz der staatlichen Institutionen in der Bundesrepublik zu keinem Zeitpunkt in ihrer Existenz von einem oder mehreren Rechtsbrechern bedroht. Ich würde soweit gehen, dass selbst die Staatsfeinde Nr. 1 der alten Bundesrepublik, die RAF, zu keinem Zeitpunkt die Sicherheit des Landes – also den Bestand der Rechtsordnung und der staatlichen Institutionen – ernstlich gefährdet haben (vgl. Kapitel 3 B. II. 2.). Bei einzelnen Gruppen der Bevölkerung entsteht sicherlich durch reißerische Medienberichte und aufgrund gewisser emotionaler Disposition ein Unsicherheitsgefühl. Aber die „Existenz kollektiver psychischer Zustände“ lässt sich nur schwer nachweisen und strafrechtlich einfangen (Fürst 1989: S. 67). Würde das Sicherheitsgefühl im Recht eine Rolle spielen, so wäre der Gesetzgeber der „Vollstrecker“ von „Konformitäts- und Aggressionsbedürfnisse[n], ohne [...] rationale Kontrolle [...]“, wie Jurist Martin Fürst den Rechtswissenschaftler Frank Giehring zitiert (Fürst 1989: S. 67).¹⁶³ Die Sicherheit ist dann tatsächlich gefährdet und der Bestand rechtlicher und staatlicher Strukturen bedroht, wenn größere Teile der Bevölkerung die Rechtsnormen nicht mehr einhalten oder ignorieren. In solchen Fällen schafft aber die Einführung eines Feindstrafrechts keine Abhilfe, denn eine Sicherung größerer Teile der Bevölkerung als Feinde ist nicht umsetzbar und die Sicherung nur einzelner „Feinde“ würde nicht die nötige Wirkung haben und selbst für Fürsprecher des Feindstrafrechts zu einer rechtlich unerlaubten Selektion führen. Das Prinzip der Gleichbehandlung wäre nicht eingehalten. Die Umsetzung des Feindstrafrechts zum Zweck der Verwirklichung von Sicherheit ist deshalb keine Lösung. In Ländern wie Kolumbien – wo tatsächlich größere Gebiete außerhalb staatlicher Kontrolle waren und noch sind – war die Einführung von feindstrafrechtlichen Elementen in das Landesrecht nach Aponte kontraproduktiv. Es wurden

¹⁶³ Fürst zitiert Giehring, Heinz (1983): Politische Meinungsäußerung und die Tatmodalitäten des Werbens und der Unterstützung in den §§ 129, 129a StGB. – In: Kurt Groenewold, Gerhard Strate, u. a. (Redaktion) (1983): Strafverteidiger 1983. Frankfurt am Main, S. 296-310.

aus Perspektive der Landessicherheit unwichtige Kleinkriminelle als Feinde behandelt, Führungskräfte unter den Kriminellen blieben – wegen ihrer Fähigkeit, „den Staat unter Druck“ zu setzen und aufgrund der Nicht-Greifbarkeit straffrei (Aponte 2006a: S. 302). Aponte kommt zu folgendem Schluss: „Es ist ein Modell [S. K.: das Feindstrafrecht] auf der Basis von symbolischen Normen, die schlußendlich selektiv auf Kleinkriminelle oder ganz einfach auf Unschuldige angewendet werden.“ (Aponte 2006a: S. 303). Für Aponte ist deshalb das Feindstrafrecht eine „Selektivitätsmaschine“ und kein objektiv angewendetes Recht (Aponte 2006a: S. 302).

D. Dient Jakobs' Modell der Erklärung gesellschaftlicher Komplexität?

Im Anschluss an die Analyse zur Bringschuld will ich zum Abschluss dieses Kapitels auf Jakobs' Gesellschaftsmodell eingehen. Mehrere Behauptungen in Jakobs' Modell halte ich für unplausibel. Auch wenn er ein Modell vorstellt, das nicht den Anspruch hat, die reale Entwicklung von Gesellschaft genau wiederzugeben, so muss es doch einen Bezug zu dieser haben und Phänomene der realen Welt verdeutlichen.

Zunächst ist unplausibel, warum eine Rechts- und Gesellschaftsordnung weniger komplex sein soll als eine Ordnung, in der jeder nach individuellen Präferenzen handelt. Natürliche Bedürfnisse und angeborene Handlungsmuster sind nicht unbegrenzt und unterscheiden sich nicht von Individuum zu Individuum so exorbitant, dass für einen Menschen ein kognitiver Vorteil entstehen muss, wenn es gesellschaftliche und rechtliche Normen gibt. Selbst wenn man nur vom deutschen Recht ausgeht – und dabei die gesellschaftlichen Normen, die nicht rechtlich geregelt sind, außer Acht lässt –, so bietet diese Normativität eine kaum übersehbare Komplexität. Wenn man allein in der Reduktion von Komplexität einen Grund für die Einführung von gesellschaftlichen Normen und Rechtsnormen vermutet, erscheint mir diese Annahme zur Erklärung von Gesellschaft etwas zu einseitig. Im Modell der Entstehung einer Gesellschaft aus *Norm, Person, Gesellschaft* wird zumindest dieser eine Grund besonders hervorgehoben (vgl. Jakobs 2011: S. 23).

Die Annahme, eine politische Kraft entwickle quasi aus dem Nichts eine Gesellschafts- und Rechtsordnung scheint mir, selbst als Modell, unbrauchbar. Diese Annahme gibt eher autoritäre Staatsvorstellungen wieder, als dass sie ein soziologisches Erklärungsmodell abgibt. Ein Modell, welches laut Jakobs einen Absolutheitsanspruch in sich trägt. „Es gibt nur einen Weg, auf welchem das nicht mehr handhabbare Dasein wieder verwaltbar gemacht werden

kann: Es ist eine Gewalt zu etablieren [...]“ (Jakobs 2011: S. 23). Diese Idee fußt meiner Ansicht nach auf mehreren Fehleinschätzungen. Bei Jakobs, wie übrigens auch bei Hobbes, entsteht der Eindruck, Menschen seien von Natur aus asozial.¹⁶⁴ Eine funktionierende Gesellschaft kann nur von außen verordnet werden. Es gibt aber zwischen beiden Autoren einen gravierenden Unterschied. Bei Hobbes scheitert eine Gesellschaftsordnung ohne politische Institutionen nicht daran, dass Menschen nicht wissen, was eine Gesellschaftsordnung ist. Sie leben in einer mehr oder weniger geordneten Gesellschaft, auch vor der Gründung eines Gemeinwesens. Die Einführung und Beständigkeit einer verlässlichen Ordnung scheitert daran, dass die Verbindlichkeit fehlt und Einzelne diese immer wieder durch egoistisches Verhalten zerstören. Deshalb müssen Menschen, die die Verbindlichkeit ignorieren, auch nach der Wahl des Souveräns als Feinde betrachtet werden (vgl. Holmes 2010: S. 384-385). Die Einführung von „community’s laws supporting public peace“ eines Souveräns ist notwendig, weil „arrogant individuals“ sich über die Normen hinwegsetzen und die Verbindlichkeit gestört wird (Holmes 2010: S. 385). Diese haben weniger ein Erkenntnisproblem als eines der Anpassung. Erst der Souverän schafft die Sicherheit durch die Ordnung und schafft die Unsicherheit, dass die Ordnung gestört wird, durch seine politische Autorität ab. Bei Jakobs hingegen fehlt den Individuen die Fähigkeit, das Know-how, sich als Gesellschaftsmitglied bzw. Rechtsgemeinschaftsmitglied zu begreifen.¹⁶⁵ Ihnen wird von einer politischen Instanz gesagt, wer sie als Mitglieder sind und – durch die Einführung von Normativität – wie sie sich zu verhalten haben.¹⁶⁶ Im Grunde

¹⁶⁴ Der Eindruck fußt bei Hobbes aber nicht unbedingt auf jeder möglichen Erklärung der Gewalt im Naturzustand. Denn die Gewalt im Naturzustand kann auch durch wenige egoistisch handelnde Menschen entstehen. Die anderen müssen sich nun mit Gewalt verteidigen oder sich mit anderen Mitteln behaupten. Es entsteht ein Kampf, in den dann viele Menschen verwickelt sind.

Nach Michael Becker machen die klassischen westlichen Sozialtheoretiker wie Rousseau den Fehler, den modernen Individualismus, der eher ein Phänomen der neueren Geschichte ist, auf einen Naturzustand, im Kontrast zur Zivilisation, zu projizieren. „They falsify the natural side of the dialectic“ (Becker 2012: S. XII) Der Naturzustand wird als fehlerhaft postuliert und der Vorteil der Überwindung dieses Zustand angepriesen (vgl. Becker 2012: S. XII).

¹⁶⁵ Nach Jakobs würden weder „Zuneigung, Gewöhnung“ der Menschen einer Gruppe aneinander, noch „naturgestützte[] Herrschaft (Sippe)“ und selbst Luhmanns Theorie der Koevolution den „kategorialen Sprung“ zur Gesellschaft als Einführung von Normativität und Rollenverständnis erklären (Jakobs 2011: S. 49). Eine Begründung, warum dies nicht möglich ist, wird von Jakobs allerdings ausgelassen.

¹⁶⁶ In *Norm, Person, Gesellschaft* relativiert Jakobs rückblickend sein Konzept. „Man mag die Person, beginnend als *zoon politikon*, als den Grundfall ansehen, und das Individuum als die Abweichung – alles das steht hier hinter der Feststellung zurück, dass es jedenfalls um zwei nicht ineinander auflösbarer Deutungsschemata der Welt und in diesem Sinn um zwei Welten geht. Auch zeitliche Priorität des einen vor dem anderen wird nicht

schafft sich eine politische Gewalt Mitglieder nach ihrer Ordnung, so wie sie sich sie wünscht. Auf die Rechtsperson bezogen heißt das: Der Gesetzgeber schafft eine Rechtsordnung und definiert danach, wer ein Mitglied sein darf und wer nicht. Jeder, der sich nach den Normvorgaben verhält, die in der jeweiligen Rechtsordnung konkretisiert sind, ist Rechtsperson. Da bei Jakobs eine Unterscheidung zwischen Gesellschaftsperson und Rechtsperson fehlt, liegt es nahe, dass der als Rechtsperson Ausgeschlossene auch kein Mitglied der Gesellschaft mehr ist. Eine staatliche Autorität setzt eine Ordnung in der Regel in Form von Gesetzen um. Menschen, die sich nicht als Rechtsperson verhalten, sind Nicht-Rechtspersonen, weil sie sich nicht an diese Vorgaben halten. Der Gesetzgeber hat also einen pädagogischen Auftrag, er vermittelt das Wissen, was eine Rechtsordnung bedeutet, und was es heißt, eine Rechtsperson zu sein. Ähnlich wie kleine Kinder Sozialverhalten von ihren Eltern und Lehrern lernen und damit ihr egozentrisches Weltbild ablegen, lernen die Individuen, Rechtspersonen zu werden. Damit ist die Einführung eines Staates auch die Gründung einer pädagogischen Institution. Mittels staatlicher Autorität wird das Wissen übermittelt, was es heißt, eine Rechtsperson zu sein. Die Rechtsordnung biete ein „Orientierungsmuster“ (Jakobs 2004b: S. 28). Was nicht nur bedeutet, dass sie für eine Gesellschaftsordnung mit anderen gesellschaftlichen Instanzen (Schule, Arbeit) eine Person formt, sondern sie ist konstitutiv für die Schöpfung des Status Mitglied der staatlichen autorisierten Ordnung. Menschen, die die Vorgaben von Norm und Strafe nicht erfüllen, bei denen die Erziehung zur Rechtsperson nicht geglückt ist, werden ausgeschlossen. „[...] [W]er sich dauerhaft wie der Satan aufführt, den kann man zumindest insoweit nicht als Rechtsperson behandeln, als es um das Vertrauen geht, er werde seine Pflichten erfüllen [...]“ (Jakobs 2004b: S. 41). Jakobs versteht also eine Rechtsordnung nicht als regulativ, um gesellschaftliche Normativität durchzusetzen und so Gesellschaft zu festigen, sondern konstitutiv, um gesellschaftliche Normen aufzustellen und durchzusetzen. Mit der Konstitution der Rechtsordnung wird auch die Rechtsperson konstruiert und konstituiert. Von einer Rechtsperson wird also nicht nur erwartet, dass sie sich an das Recht hält, sondern eine Rechtsperson ist nur eine solche, wenn sie sich an das Recht hält (inklusive an die Konzeption von Strafe nach dem jeweiligen Bürgerstrafrecht). Das stellt meiner Ansicht nach die Aufgabe einer Rechtsordnung auf den Kopf. Meiner Meinung nach wird eine Rechtsordnung genau für die Fälle geschaffen, bei denen Menschen sich auf eine nicht hinnehmbare Weise nicht gesellschaftlich konform verhalten, sich nicht an die gesellschaftlichen Regeln halten. Sie behauptet“ (Jakobs 2011: S. 48). Damit nimmt er aber seinem Entstehungsmodell zur Gesellschaft die Pointe. Es sind ja gerade die begrenzten Möglichkeiten des Individuums, die seiner Meinung, das autoritäre Durchgreifen eines Herrschers notwendig machen.

sollen von ihren Taten abgehalten bzw. als Konsequenz aufgrund ihrer Taten bestraft werden. Die Einführung von Rechtsordnungen soll helfen, eine Gesellschaft zu organisieren, sie konstituieren sie nicht, zumindest nicht in der Weise, dass sie ein Verständnis, was Gesellschaft und Rechtsordnung eigentlich bedeutet, begründen.

Bei Jakobs' Modell fehlt – wie bereits erwähnt – die klare Unterscheidung zwischen Gesellschaftsordnung und Rechtsordnung. Diese fehlende Differenzierung macht sich – neben den schon genannten Kritikpunkten – auch auf andere Weise bemerkbar. Was für eine Rechtsperson noch nachvollziehbar ist, ist für ein Gesellschaftsmitglied meiner Ansicht nach nicht notwendig: Die Einführung der Normativität durch eine Autorität (vgl. Jakobs 2011: S. 23-27, S. 49). Für die Einführung einer Rechtsordnung bedarf es eine gewisse juristische Kompetenz, während die Entstehung und Entwicklung gesellschaftlicher Normativität meiner Ansicht nach eher ein Prozess zur Bewältigung des Alltags ist. Für die Normativität einer Gesellschaft ist natürlich wichtig, dass nicht jeder Mensch die Regeln des Zusammenlebens nach seinen Wünschen ändert oder nach seiner individuellen Lust und Unlust interpretiert. Die Normativität muss eine Unabhängigkeit von individuellen Vorstellungen haben, sonst handelt es sich nicht um Regeln, die Kommunikation und ein friedliches Zusammenleben ermöglichen. Die Gesellschaftsnormen sind einer Sprache ähnlich. Wenn die Wörter keinen für alle verständlichen Inhalt und keine standardisierte Form haben, so sind sie für das gemeinsame Leben und die gemeinsame Kommunikation unbrauchbar. Es kann sich aber auch eine Gruppe von Menschen untereinander einigen, welche Regeln für jeden von ihnen gelten, damit ein Zusammenleben funktioniert. So entwickelt sich eine Gruppendynamik, die jedem von ihnen ein Gefühl und ein Dasein als Gruppenmitglied vermittelt. Für die Entwicklung zur Person, um in Jakobs' Worten zu sprechen, bedarf es also nicht notwendigerweise einer Autorität, die die Normativität bestimmt. Auch eine Rechtsordnung muss nicht unbedingt von einer Autorität, erlassen werden. In der Regel werden komplexe Rechtssysteme aber von Experten (Politiker, Juristen, Mitarbeiter in Verwaltungen, etc.) entworfen und erlassen, also von einer Autorität und werden nicht innerhalb kleinerer Gemeinschaften unter den Mitgliedern ausgehandelt. Die Bevölkerung überlässt freiwillig oder auch nicht einer Gruppe von juristischen und politischen Kräften die Ausarbeitung und die Umsetzung von Rechtsnormen, die dann eingehalten werden müssen.

Die fehlende Unterscheidung zwischen Person und Rechtsperson führt zu einer weiteren Fehleinschätzung. Was für die Rolle als Person in einer Gesellschaft vielleicht noch plausibel ist, gilt meiner Ansicht nach nicht mehr für den Status als Rechtsperson. Laut Jakobs muss die Person als Subjekt „[...] im Schema ihrer Rolle agieren [...]“ (Jakobs 2011: S. 36). Wenn ein

Mensch nach den Normen einer Gesellschaft in einer Gesellschaft lebt, sprich in einer bestimmten Kultur, so ist meiner Ansicht nach für einen Außenstehenden dieses Rollenverständnis nicht komplett nachzuvollziehen. Das hängt mit der Komplexität einer Kultur zusammen, die von einem Außenstehenden nur schwer erfassbar ist. Ein weiterer Grund ist, dass es einen Unterschied macht, nach Normen zu leben, sie anzuwenden oder sie aus einer theoretischen Perspektive zu verstehen. Wenn tatsächlich aber der Status als Rechtsperson, oder wie es im deutschen Recht eher heißt: des Rechtssubjektes, nur für Menschen verständlich ist, die in einer rechtlich geordneten Gesellschaft leben oder nur dann verständlich ist, wenn man nach bestimmten Rechtsnormen lebt, so könnte man – wenn man Jakobs' Auffassung folgt – einem Yanomami nicht erklären können, was eine Rechtsordnung ist. Vielleicht könnte man Jakobs' These etwas abgeschwächt akzeptieren: Als Rechtsperson zu handeln, erfährt nur der, der auch als Rechtsperson handelt. Ein Autofahrer der mit Tempo 100 km/h fahren soll, weiß nur dann, wie es ist, mit 100 km/h zu fahren, wenn er es auch tut. Dennoch ist es nicht schwierig, jemandem, der noch nie 100 km/h gefahren ist, weil er bisher nur Fahrrad gefahren ist, zu erklären, was Tempo 100 km/h fahren bedeutet.

Der letzte Einwand zum Modell richtet sich gegen Jakobs' Begriff „Individuum“, der die Menschen bezeichnet, die sich an Lust und Unlust orientieren. Wenn man die Reduzierung von Komplexität weglässt – die ich für wenig plausibel halte –, erwächst für das Individuum kein Gewinn aus Jakobs' Modell. Warum soll ein Individuum nach genau den Vorgaben leben, die irgendeine politische Gewalt ihm vorsetzt? Welchen Vorteil soll die Unterordnung haben? Die Einführung einer Gesellschaftsordnung aufgrund von Angst vor Gewalt – wie bei Hobbes – führt zu einer Umsetzung von Normativität aus eher individuellen Interessen. Was nach Jakobs allein nicht zum gewünschten Verständnis als Gesellschafts- und Rechtssubjekt führt. Der Mensch orientiert sich weiterhin an der individuellen Lust und Unlust (vgl. Jakobs 2011: S. 24-25). Jakobs' Modell erklärt nicht, warum Menschen eine neue Mentalität in Form der Jakobs'schen Person annehmen sollen, sieht man von der angeblichen Reduzierung von Komplexität ab.

Jakobs' Modell enthält also eine Reihe von Thesen und Annahmen, die sich meiner Meinung nach nicht in der Realität einer Gesellschaft wiederfinden oder nicht genügend erklärt werden. Im Anschluss werden die Ergebnisse dieses Kapitels noch einmal zusammengefasst.

E. Zusammenfassung

Jakobs geht in seinem Modell der Staats- und Gesellschaftsgründung von einem Naturzustand aus. Das Modell ähnelt auf den ersten Blick dem eines Klassikers der politischen Theorie: Thomas Hobbes. Anders als Hobbes rechtfertigt Jakobs die Überwindung des Naturzustandes mit einem Erkenntnisproblem. Die Individuen im Naturzustand können aus ihrer egozentrischen Sichtweise das Agieren und Zusammenleben sehr vieler Menschen und standardisierte Regeln für das Zusammenleben nicht begreifen. Diese Erkenntnisse bringt ihnen eine Autorität bei. Sie zeigt ihnen, was Gruppenverhalten mit entsprechenden Regeln heißt. Da diese Autorität bestimmt, was Normativität bedeutet, die die gegründete Gemeinschaft ausmacht, werden Normen und eine Gesellschaft ohne die Mitsprache der Bevölkerung entwickelt. Hobbes hingegen legt viel Wert darauf, dass die Rechts- und Gesellschaftsordnung von der Bevölkerung legitimiert ist. Das geschieht bei ihm durch einen Vertrag unter den Menschen, die dann ein Gemeinwesen begründen. Um eine Ordnung einzuführen, bestimmen die Vertragsteilnehmer einen Herrscher, der für sie Stellvertreter ist und für sie eine Rechtsordnung entwickelt. Aus diesem Grund können der Souverän und die Mitglieder des Gemeinwesens auch Menschen, die den Souverän oder die von ihm verfasste Ordnung ablehnen, als Feinde bekämpfen. Denn diese Menschen haben entweder noch nie dem Vertrag zugestimmt oder sie sind vertragsbrüchig, weil sie den im Vertrag bestimmten Souverän ablehnen. Anders verhält es sich bei Jakobs. Ein Herrscher oder eine herrschende Klasse bestimmt, wer als Rechtsperson zu den Mitgliedern einer Rechtsgemeinschaft gehört. Denn mit der Normativität werden auch die Normen festgelegt, die bestimmen, wer Mitglied der Rechtsgemeinschaft ist. Diese Menschen sollen konform der Rechtsordnung leben, ein Abweichen ist nur in einem festgelegten Maß möglich. Darüber hinaus bestimmt der Herrscher auch, wer nicht dazugehört und in seinen Augen, die Rechtsordnung stört. Diese Menschen können mit der Einführung eines Feindstrafrechts als Feinde bekämpft werden. Bei Jakobs bestimmt also ein Herrscher als Gesetzgeber die Feindschaft. Er legt die Rollenverteilung in Rechtsperson und Feind fest.

Eine Bringschuld in Jakobs' Sinn ist mit der Idee des freien Bürgers nicht vereinbar und in Bezug zur Sicherheit nicht notwendig, wenn Bringschuld bedeutet, dass jede Rechtsperson gegenüber staatlichen Institutionen eine Schuld hat, die sie einlösen muss, damit sie weiterhin als Mitglied der Rechtsgemeinschaft akzeptiert wird. Eine Bringschuld kann von der Staatsgewalt nur dann eingefordert werden, wenn Bürger gegenüber dem Staat eine Verpflichtung haben, so zu sein, wie es staatliche Institutionen wollen. In westlichen

Demokratien sind die Anforderungen an ein Rechtssubjekt in der Regel nicht so hoch gesteckt. Es reicht aus, wenn die Bürger das Recht nicht verletzen. Wenn sie es verletzen, ist damit nicht der Verlust des Status als Rechtssubjekt verbunden wie es nach Jakobs' Konzept möglich ist. Die Erwartung an jeden einzelnen Menschen innerhalb eines Rechtsraumes, keine Rechtsnormen zu brechen, ist sicherlich angemessen, aber sie ist keine Bedingung, den Status als Rechtssubjekt oder mit den Worten von Jakobs als Person im Recht zu bekommen und nicht zu verlieren.

Aber auch innerhalb von Jakobs' Strafrechtskonzeption entstehen mit dem Begriff der Bringschuld Unstimmigkeiten. Jakobs' Zuschreibung von Schuld von einer Außenperspektive nach einer Rechtsordnung ist mit dem Begriff der Bringschuld nicht vereinbar. Denn nach einer Bringschuld fordert der Staat ein Erbringen von Rechtstreue, eine aktive Schuldeinlösung, von den Rechtspersonen und eine Identifikation mit dem Status als Rechtsperson. Diese subjektive Seite spielt im Konzept der bloßen Zuschreibung von einer Außenperspektive aus keine Rolle, die Jakobs schon in seinen frühen Texten vertritt (vgl. Jakobs 1976: S. 9).

Für den Erhalt staatlicher Strukturen ist die tatsächliche Sicherheit und für ein Vertrauen der Bevölkerung in staatliches Agieren die gefühlte Sicherheit wichtig. Rechtsbrüche einzelner Mitglieder, auch im größeren Umfang, zerstören die Sicherheit in einem Rechtsraum sicherlich nicht (vgl. Merkel 2019: S. 339-344). Solange Rechtsbrüche in der Regel mit Strafen beantwortet werden und die Rechtsordnung im Großen und Ganzen ernst genommen wird, braucht es eine Kapitulation des Rechtsstaats durch die Einführung von Sondergesetzen nicht zu geben. Man muss von einer gesamtgesellschaftlichen Perspektive ausgehen, da durch keine Rechtsordnung die Sicherheit jedes einzelnen Menschen umfassend garantiert werden kann, ansonsten wäre die Rechtsordnung perfekt, weil sie jedes Verbrechen präventiv verhindern würde.¹⁶⁷ Die Sicherheit eines Rechtsraums kann somit nicht den Ausschluss einzelner Menschen aus dem Kreis der Rechtspersonen als Feinde rechtfertigen, wenn sie nicht den Rechtsraum insgesamt gefährden und selbst dann wäre zu überlegen, ob nicht Strafen nach einem Strafrecht eine bessere Lösung ist.

Jakobs legt nahe, dass bei seiner Rechtsauffassung die Einführung eines Feindstrafrechts alternativlos sei (Morguet 2009: S. 67-68). Die Aufgabe des Strafrechts kann aber auch auf andere Weise, als sie Jakobs versteht, aufgefasst werden: Generell gilt ein Strafrecht und allgemein eine Rechtsordnung für alle Menschen, die in einem bestimmten Gebiet leben. Sinn

¹⁶⁷Ein Verhinderung von jedem Verbrechen als Aufgabe des Staates sieht auch Jakobs selbst kritisch (vgl. Jakobs 2004b: S 27-28).

der Bestrafung ist, die Ordnung und Organisation in einer Gesellschaft aufrechtzuerhalten und von der Ordnung abweichendes Verhalten eben zu bestrafen. Strafe muss also jeder Rechtsbrecher des Strafrechts ertragen und ist kein privilegierter Umgang für Rechtspersonen im Sinne Jakobs.

Deutlich wird, dass das Feindstrafrecht und dessen Rechtfertigung eng mit Jakobs' Konzeption von Recht zusammenhängen und nicht aus jeder Auffassung von Strafrecht folgen müssen. Denn Strafen nach dem Recht bedeutet zunächst, eine Rechtsverletzung zu beantworten und nicht eine privilegierte Behandlung von Rechtspersonen. Bei Jakobs geht es nicht nur um die Beschreibung strafrechtlicher Zusammenhänge, sondern um die Bestätigung einer bestimmten normativen Konzeption des Strafrechts. Dieses Konzept hat er selbst entwickelt und verteidigt.

Schlussbetrachtung

In Zeiten, in denen der Dialog zwischen verschiedenen gesellschaftlichen Gruppen immer öfter abbricht, in denen sowohl von der sogenannten Mehrheitsgesellschaft als auch von Randgruppen auf Konfrontation und Ignoranz gesetzt wird, findet eine Diskussion über eine neue Rechtsform statt. Diese ist Günther Jakobs' Feindstrafrecht. Bei diesem Strafrechtskonzept handelt es sich um die Verweigerung eines Dialogs mit Menschen, die nicht konform der Vorstellungen einer Mehrheitsgesellschaft und staatlicher Institutionen agieren. Der Staat antwortet nicht mit Schuldzuweisungen und Strafen auf die Täter, sondern sie werden nicht als schuldfähige und verantwortliche Mitglieder der Gesellschaft akzeptiert. Sie werden als Feinde weggesperrt. Es gilt „Gefahrbekämpfung statt Kommunikation“ (Jakobs 2004a: S. 89). Sie sollen in Sicherungsverwahrung.

Mir scheint es gerade bei Verbrechern wie Terroristen wichtig, dass der Staat auf die Herausforderungen eingeht, und die Verbrechen der Täter mit entsprechender Bestrafung beantwortet, um zu verdeutlichen, dass für den Staat jeder Verbrecher schuldig ist und eine Strafe bekommt. Das ist meiner Ansicht ein wichtiger Grund, warum die strikte Trennung zwischen Feinden und Bürgern keine Alternative zur Bekämpfung des Terrorismus durch das Strafrecht ist.

Jakobs' Strafrechtskonzeption und sein Gesellschaftsmodell sind meiner Meinung nach an vielen Stellen problematisch. So fehlt eine Abgrenzung von Gesellschaftsmitglied und Rechtssubjekt. Bei einer Erklärung der rechtlichen Feindschaft wegen einer fehlenden Identifikation eines Menschen mit der Rechtsordnung, könnte ein Ausschluss aus der Gesellschaft verbunden werden, wenn man die Mitgliedschaft zur Rechtsgemeinschaft mit der zur Gesellschaft gleichsetzt. Jakobs strikte Trennung von Individuum und Person führt dazu, dass das Individuelle auf einer gesellschaftlichen Ebene nicht mehr stattfinden kann. Ein Gesellschaftsmitglied existiert nur noch in einer gesellschaftlich normkonformen Rolle. Ähnlich ist die Person im Recht so angelegt, dass sie in ihrer Rolle als rechtskonform handelnder Mensch aufgeht. Innovationen und Kreativität sind dadurch schwierig in das schon existierende Rollenverständnis und die Normativität, die eine Gesellschaft regelt, einzubringen. Neue Formen des Umgangs miteinander sind anscheinend immer mit der Gefahr verknüpft, aus der Gesellschaft herauszufallen.

Jakobs' Feindstrafrecht ist mit seiner Gesellschaft- und Strafrechtskonzeption verflochten. So ermöglicht erst seine Auffassung der Person im Recht, verbunden mit der Bringschuld –

der Verpflichtung zur Umsetzung der Rechtsordnung gegenüber Mitmenschen und dem Staat –, dass Menschen eventuell dem Rollenverständnis einer Rechtsperson nicht gerecht werden. Jakobs' Rollenzuschreibung als Person im Recht ermöglicht es erst, dass Menschen aus dem Kreis der Rechtspersonen herausfallen. Sie können dann als Feinde der Rechtsordnung und der Rechtsgemeinschaft bekämpft werden. Da Jakobs keine Differenzierung zwischen Rechtsperson und Person, also zwischen Rechtsgemeinschafts- und Gesellschaftsmitglied macht, kann man den Verlust sogar als Ausschluss aus der Gesellschaft interpretieren. Jakobs' Distanzierung von seiner eigenen Schöpfung, dem Feindstrafrecht, indem er eine „[...] affirmative Verwendung des Feindstrafrechtsbegriffs vehement [...]“ ablehnt, ist also unverständlich (Morguet 2009: S. 71). Wenn Jakobs sein Feindstrafrecht als alternativlos bezeichnet, so setzt er seine Interpretation von Gesellschafts- und Rechtsordnung absolut (vgl. Morguet 2009: S. 67). Seine Orientierung an der Systemtheorie, seine Präferenz der positiven Generalprävention, seine Auffassung zur Rolle der Person und Person im Recht, seine Konzeption von Schuld und Strafe, seine Konzeption „Bringschuld“ sind aber sein eigener wissenschaftlicher Blick auf Gesellschaft und Recht und nicht der einzige Weg, Recht und Gesellschaft zu erklären.

Grundsätzlich unterstreiche ich Morguets Aussage: „Jakobs' Konzeption des Feindstrafrechts ist insbesondere durch seine idealtypische Ausgestaltung grundsätzlich geeignet, bestimmte Tendenzen in der Strafgesetzgebung und in der Kriminalpolitik aufzuzeigen und Anlass für rechtsstaatliche Bedenken zu geben“ (Morguet 2009: S. 283). Allerdings muss bei jeder Untersuchung zu einer Auffälligkeit im Recht in Bezug auf den Status des Täters, die Frage gestellt werden, ob mit einer Rechtsnorm tatsächlich Feinde bekämpft werden. Es kann auch sein, dass der Täter nicht als Feind, sondern Untertan angesehen wird. Es kann sich aber auch einfach um einen illegitimen Umgang mit Rechtssubjekten handeln. Eine weitere Möglichkeit ist, dass die beanstandete Rechtsnorm nach einem anderen Rechtsverständnis, dem eigenen abweichenden, als legitim und für Bürger zumutbar betrachtet wird. Das Auszeichnende einer rechtlichen Feindbekämpfung ist meiner Meinung nach, dass das vorrangige Ziel der Gesetzgebung ein Ausschluss eines Menschen aus der Öffentlichkeit wegen seiner Handlungen oder seiner Einstellung ist. § 30 StGB (Versuch einer Beteiligung) ist meiner Ansicht nach keine feindstrafrechtliche Rechtsnorm, da dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann, er wolle mit dieser Rechtsnorm einen Feind aus der Öffentlichkeit ausschließen. Sie werden vielleicht „als *Feinde* behandelt“, wie es Jakobs formuliert, aber nicht als Feinde verstanden (Jakobs 1985: S. 756, kursiv im Original). Wäre dem nicht so, würden der Gesetzgeber und die Judikative jeden, der sich im privaten Bereich zu einer Straftat

verabredet, als Feind betrachten. Da mit der Möglichkeit feindstrafrechtlicher Elemente im Strafrecht ein neuer Kandidat, Rechtsnormen zu bewerten, auftaucht, ist Jakobs' Verdienst, die Analyse um ein neues rechtswissenschaftliches Werkzeug erweitert zu haben.

Die Eignung als wissenschaftliches Analysewerkzeug gilt meiner Ansicht nach auch für Jakobs' Begriffe Person und Bringschuld. Generell eignen sich seine Überlegungen zur Gesellschaft und zum Recht für die wissenschaftliche Untersuchung gesellschaftlicher und rechtlicher Phänomene. Es besteht für Entscheidungsträger in der Politik und auch für die Bürger immer eine Versuchung, zuviel von den Bürgern bzw. den Mitmenschen zu verlangen und die Erwartungshaltung an diese zu hoch anzusetzen. Das wird beispielsweise anhand von Jakobs' Begriff der Bringschuld deutlich. Der Schritt von der Pflicht zur Einhaltung der Rechtsordnung zu einer Verpflichtung, eine bestimmte Rolle als Rechtsperson einzunehmen und aktiv eine Rechtsordnung umzusetzen, kann der Schritt von einer liberalen Gesellschaft zu einem autoritär geführten Staat sein. Das hängt davon ab, wie der Gesetzgeber dann die Rolle auslegt. Auch ob und wer als Feind strafrechtlich bekämpft wird, zeigt, was für ein Rechtsverständnis und, darüber hinaus, welches Verständnis staatliche Institutionen von den Bewohnern ihres Landes haben. Generell sollte auf Feindschaft innerhalb einer Gesellschaft möglichst verzichtet werden. Denn Feindschaft bedeutet Intoleranz und Ignoranz. Man setzt sich nicht mit dem Gegner auseinander, sondern bekämpft ihn und schaltet ihn aus. Feindschaft ist keine Antwort, in Form einer inhaltlichen Auseinandersetzung, auf das Fehlverhalten oder vermeintliche Fehlverhalten des Anderen, sondern der Versuch, seine Handlungen und seine Haltung aus dem eigenen Umfeld auszuschließen. In einer Gesellschaft muss die Frage gestellt werden, ob und in welcher Form man einen Ausschluss aus der Öffentlichkeit mit rechtlichen Mitteln will.

Literatur

Zur Zitierweise einige Bemerkungen:

Die direkt oder indirekt zitierte Literatur wird am Ende eines Satzes in Klammern angeführt. Es werden, soweit vorhanden, die Seite bzw. die Seiten angegeben. Bei Onlinetexten werden als Alternative, da häufig keine Seitenzahlen angeführt sind, die Absätze genannt, die das Zitat enthalten. Pdf-Dateien oder Broschüren, die keine Seitenangaben enthalten, wurden von der ersten Seite an einmal durchnummeriert und diese Nummerierung verwendet.

Literatur, die innerhalb eines Zitats zitiert oder erwähnt ist, wird in einer Fußnote und nicht in dieser Literaturliste angegeben. Das gilt, wenn sie in dieser Arbeit nicht auch direkt verwendet wurde.

Wird ein Begriff oder eine Theorie in der Literatur häufig benutzt und soll darauf hingewiesen werden, so sind die entsprechenden Nachweise zur besseren Lesbarkeit in einer Fußnote angegeben.

Die genannten Gesetze werden, soweit nicht anders angegeben, nach folgenden Quellen zitiert:

García, Oliver u. Alfons Schulze-Hagen (Hrsg.): dejure.org. Mannheim Onlineresource: <https://dejure.org/> Letzter Abruf 12.03.2021.

Bundesamt für Justiz (Hrsg.): Gesetze im Internet. Bundesministerium der Justiz und des Verbraucherschutzes. Bonn. Onlineresource: <https://www.gesetze-im-internet.de/> Letzter Abruf 12.03.2021.

Kastanias, Paris (Hrsg.) (2016): Straf- und Verfahrensgesetze. Hamburg.

Literaturliste:

AFD-Fraktion Hamburg (2020): Grüner Wirrwarr um straffreie Vermummung / Nockemann: „Grüne und Innere Sicherheit passen einfach nicht zusammen!“ Statement zur Rubrik: Aktuelles (vom 27.01.2020). – In: Alexander Wolf u. Dirk Nockemann (Verantwortlich nach § 5 TMG): AfD, Fraktion Hamburg. Onlineresource: <https://afd-fraktion-hamburg.de/2020/01/27/gruener-wirrwarr-um-straffreies-vermummungsverbot-nockemann-gruene-und-innere-sicherheit-passen-einfach-nicht-zusammen/> Letzter Abruf: 18.10.2020.

Ambos, Kai (2006): Feindstrafrecht. – In: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht. Band 124, Jahrgang 2006. Bern, S. 1-30.

Amelung, Knut (2003): Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz. – In: Roland Hefendehl, Andrew von Hirsch und Wolfgang Wohlers (Hrsg.) (2003): Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Baden-Baden, S. 155- 182.

Andone, Dakin (2020): It's been 2 years since the deadly shooting at a high school in Parkland, Florida. – In: CNN-Digital. Atlanta. Onlineresource: <https://edition.cnn.com/2020/02/14/us/parkland-shooting-marjory-stoneman-douglas-2-years/index.html>. Letzter Abruf: 04.03.2021.

Anonymus (2001): Black blocs for dummies. – In: Michaël Lessard (Redaktion): Onlineauftritt des Centre des Médias Alternatifs Quebec (CMAQ). Québec. Onlineresource: <http://archives-2001-2012.cmaq.net/fr/node/5156.html> Letzter Abruf 08.03.2018.

Anonymus (2016): Inspire Guide. New Jersey, Minnesota and Chelsea Operations. – In: Inspire, Issue 16. Kein Ort (Al-Malahem Media), S. 5-8.

Aponte, Alejandro (2004): Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zu einem „effektiven“ Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien. Baden-Baden.

Aponte, Alejandro (2006a): Krieg und Politik – Das politische Feindstrafrecht im Alltag. – In: HRRS. August/September 2006 (8-9/2006). Hamburg, S. 297-303. Onlineresource: <https://www.hrrs-strafrecht.de/hrr/archiv/06-08/hrrs-8-06.pdf>. Letzter Abruf: 05.09.2020.

Aponte, Alejandro (2006b): Feind oder Bürger? Günther Jakobs und das Dilemma eines feindlichen Strafrechts – In: Thomas Uwer (Hrsg.): Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat. Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen. Berlin, S. 131-162.

Arns, Inke (2011): Der „Künstlerstaat“ des slowenischen Kollektivs NSK. Totaler als der Totalitarismus. – In: Bernd Beier (Chefredakteur): jungle.world. Onlineauftritt der Jungle World. Berlin. Onlineresource: <https://jungle.world/artikel/2011/38/totaler-als-der-totalitarismus> Letzter Abruf: 13.03.2021.

Atwan, Abdel Bari (2016): Das digitale Kalifat. Die geheime Macht des Islamischen Staates. München.

Baader, Andreas (1977): Andreas am 26. August 75. – In: Komitee zur Verteidigung politischer Gefangener in Westeuropa – Sektion BRD (Hrsg.) (1977): Texte: RAF. Malmö, S. 75- 88.

Becker, Michael (2012): Introduction. – In: John Zerzan (2012): Future Primitive Revisited. Port Townsend, S. IX-XXVI.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang (2016): Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart. – In: Ernst-Wolfgang Böckenförde (2016): Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und Verfassungsrecht. Frankfurt am Main, S. 185-220.

Buchārī, Muhammad ibn Ismail al- (1997): The Killing of Ka‘b bin Al-Ashraf. Book 62, No. 4037. – In: Muhammad Ibn Ismail al-Buchārī, Muhammad Muhsin Khan (Übersetzer) (1997): The Translation of the Meanings of Sahīh al-Buchārī (Arabic-English). Volume 5. Riyad, S. 221-223.

Bundesgesetzblätter (1998): Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der organisierten Kriminalität. Bundesgesetzblatt Teil 1, Nr. 25 (vom 08.05.1998). – In: Matthias Schulenberg u. Jörg Mertens (Hrsg.): Bundesgesetzblatt. Köln, S. 845-850. Onlineressource: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/text.xav?SID=&tf=xaver.component.Text_0&toctf=&qmf=&hlf=xaver.component.Hitlist_0&bk=bgbl&start=%2F%2F%5B%40node_id%3D%27834542%27%5D&skin=pdf&tlevel=-2&nohist=1 Letzter Abruf: 07.01.2021.

Bundeskriminalamt (2021): Organisierte Kriminalität – In: Redaktion Internet (Hrsg.): Online Präsenz des Bundeskriminalamts. Wiesbaden. Onlineressource: https://www.bka.de/DE/UnsereAufgaben/Deliktsbereiche/OrganisierteKriminalitaet/organisiertekriminalitaet_node.html Letzter Abruf: 06.01.2021.

Bundestag (2017): Legaldefinition des Begriffes „Gefährder“. Wissenschaftlicher Dienst. WD 3 - 3000 - 046/17.22.02.2017. Onlineressource: <https://www.bundestag.de/resource/blob/503066/8755d9ab3e2051bfa76cc514be96041f/wd-3-046-17-pdf-data.pdf> Letzter Abruf: 12.03.2021.

Bundesgerichtshof (2001): Beschluss vom 22. März 2001. BGH GSt 1/00. Landesgericht Münster (Bearbeitet von Karsten Gaede). Hamburg. Onlineressource: <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/00/gst-1-00.pdf> Letzter Abruf: 09.01.2021.

Bundesministerium der Verteidigung (2016): Zentrale Dienstvorschrift (A.21411.2I). Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten. Berlin. Onlineressource: <https://www.bmvg.de/resource/blob/93612/f16edcd7b796ff3b43b239039cfcc8d1/b-02-02-10-download-handbuch-humanitaeres-voelkerrecht-in-bewaffneten-konflikten-data.pdf> Letzter Abruf: 10.03.2021.

Bundesverfassungsgericht (BVerfG) (2006): Urteil des Ersten Senats vom 15. Februar 2006 – 1 BvR 357/05. Karlsruhe. Onlineressource: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/2006/02/rs20060215_1bvr035705.pdf?__blob=publicationFile&v=1 Letzter Abruf: 12.03.2021.

Carnap, Rudolf (1998): Der logische Aufbau der Welt. Hamburg.

Colvin, Sarah (2009): Ulrike Meinhof and the West German Terrorism. Language, Violence and Identity. Rochester, New York.

Corlett, J. Angelo (2011): Kann Terrorismus moralisch gerechtfertigt sein? – In: Igor Primoratz und Daniel Meßelken (2011): Terrorismus. Philosophische und politikwissenschaftliche Essays. Paderborn, S. 73-100.

Criminal Code of the Russian Federation (StGB RF). – In: Webauftritt der World Intellectual Property Organization. Genf. Onlineresource: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ru/ru080en.pdf> Letzter Abruf: 03.02.2021.

Della Porta, Donatella (2013): Clandestine Political Violence. Cambridge.

Diewald-Kerkmann, Gisela (2018): Die Opfer und die Täter. RAF und Strafverfahren gegen RAF-Mitglieder. Zäsuren in der Geschichte der RAF – In: Caroline Klausing u. Verena von Wiczlinski (Hrsg.) (2018): Die RAF – ein deutsches Trauma? Versuch einer historischen Deutung. Mainz, S. 104-110.

Eglau, Victoria (2020): Als Alberto Fujimori Präsident von Peru wurde. Vor 30 Jahren. – In: Nicola Balkenhol (Leiterin Multimedia-Online): Online-Auftritt des Deutschlandfunks. Köln. Onlineresource: https://www.deutschlandfunk.de/vor-30-jahren-als-alberto-fujimori-praesident-von-peru-wurde.871.de.html?dram:article_id=478172 Letzter Abruf: 10.01.2021.

Eisler, Rudolf (2006): Eintrag zu „praktische Vernunft“. – In: Onlineausgabe von Rudolf Eisler (1930, Buchveröffentlichung), Peter Kietzmann (Hrsg.) (2006): Kant-Lexikon. Nachschlagewerk zu Immanuel Kant. Onlineresource: <https://www.textlog.de/33224.html> Letzter Abruf: 15.11.2020.

Ertel, Manfred und Bruno Schrep (1992): „Ich will nicht anders leben.“ Die inhaftierte RAF-Terroristen Irmgard Möller über ihr Verhältnis zu Staat und Gewalt. – In: Rudolf Augstein (Hrsg.) Der Spiegel 21/1992 (vom 18.05.1992). Hamburg, S. 129-135.

Farschid, Olaf (2014): Salafismus als politische Ideologie. – In: Behnam T. Said und Hazim Fouad (Hrsg.) (2014): Salafismus. Auf der Suche nach dem wahren Islam. Freiburg, S. 160-192.

Feinberger, Joel (1991): Collective Responsibility. Another Defense. - In: Larry May u. Stacey Hoffman (1991): Collective Responsibility. Five Decades of Debate in Theoretical and Applied Ethics. Lanham, S. 53-76.

Fürst, Martin (1989): Grundlagen und Grenzen der §§ 129 und 129a. Zu Umfang und Notwendigkeit der Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes bei der Bekämpfung krimineller und terroristischer Vereinigungen. Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris.

Gall, Caroline von (2012): Vorerst gescheitert: „Pussy Riot“ und der Rechtsstaat in Russland. – In: Forschungsstelle Osteuropa an der Universität Bremen und Deutsche Gesellschaft für Osteuropakunde (Hrsg.) (2012): Russland-Analysen. Nr. 246, 02.11.2012. Bremen. Onlineressource: https://m.bpb.de/system/files/dokument_pdf/RusslandAnalysen246.pdf Letzter Abruf 03.02.2021.

Graeber, David (2013): Direkte Aktion. Ein Handbuch. Hamburg.

Gupta, Dipak (2008): Understanding Terrorism and Political Violence: The Life Cycle of Birth, Growth, Transformation, and Demise. New York.

Hagen, Kevin (2016): Wagenknecht und das Asylrecht. Die Gast-Rechte. – In: Steffen Klusmann (Chefredakteur): Spiegel Online. Hamburg. Onlineressource: <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/sahra-wagenknecht-zum-asylrecht-die-gast-rechte-a-1071614.html> Letzter Abruf: 08.02.2021.

Haltiner, Karl, Paul Klein und Sven Bernhard Gareis (2004): Strukturprinzipien und Organisationsmerkmale von Streitkräften. – In: Sven Gareis und Paul Klein (Hrsg.) (2004): Handbuch Militär und Sozialwissenschaft. Heidelberg, Berlin, S. 14-25.

Hawickhorst, Katrin (2011): § 129a StGB – Ein feindstrafrechtlicher Irrweg zur Terrorismusbekämpfung. Kritische Analyse einer prozessualen Schlüsselnorm im materiellen Recht. Berlin.

Hegghammer (2013): Should I Stay or Should I Go? Explaining Variation in Western Jihadists' Choice between Domestic and Foreign Fighting. – In: American Political Science Review. February 2013. Cambridge, S. 1-15.

Hilgerndorf, Eric (2010): Punitivität und Rechtsgutslehre. Skeptische Anmerkungen zu einigen Leitbegriffen der heutigen Strafrechtstheorie – In: Neue Kriminalpolitik (2010). Volumen 22, Nr. 4. Berlin, S. 125-131.

Hobbes, Thomas (2017): De cive. Vom Bürger. Lateinisch / Deutsch (Deutsche Übersetzung von Andree Hahmann). Stuttgart.

Hobbes, Thomas (2019): Leviathan (Deutsche Übersetzung von Jutta Schlösser). Hamburg.

Hobbes, Thomas (2014): Leviathan. Zweiter Band (Englische Ausgabe), (Hrsg. Noel Malcolm). Oxford.

Holmes, Stephen (2010): Does Hobbes have a concept of the enemy? – In: Critical Review of International Social and Political Philosophy. Volume 13, Juni – September 2010. Abingdon, S. 371-389.

Hörnle, Tatjana (2011): Straftheorien. – In: Thomas Gutmann (Hrsg.): Enzyklopädie des Strafrechts. IVR (Deutsche Sektion) und Deutsche Gesellschaft für Philosophie. Münster. Onlineressource: <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/80-straftheorien#IV2a> Letzter Abruf 08.02.2021.

Höffe, Ottfried (2010): Thomas Hobbes. München.

Jakobs, Günther (1976): Schuld und Prävention. Tübingen.

Jakobs, Günther (1982): Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit. – In: Dieter Henrich (Hrsg.) (1982): Aspekte der Freiheit. Vortragsreihe der Universität Regensburg. Regensburg, S. 69-83.

Jakobs, Günther (1985): Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. – In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Band 97, Heft 4. Berlin, S. 751-785.

Jakobs, Günther (1992): Der strafrechtliche Handlungsbegriff. München.

Jakobs, Günther (1993): Das Schuldprinzip. Opladen.

Jakobs, Günther (1995): Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken. – In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Band 107, Heft 4. Berlin, S. 844- 876.

Jakobs, Günther (2000): Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart. – In: Albin Eser, Winfried Hassemer und Björn Burkhardt (Hrsg.) (2000): Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick. Dokumentation einer Tagung vom 03.-06. Oktober 1999 in der Berlin-Brandenburgerischen Akademie der Wissenschaften. München, S. 47-56.

Jakobs, Günther (2004a): Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht. – In: HRRS. März 2004 (3/2004). Hamburg, S. 88-95. Onlineressource: <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/04-03/hrrs-3-04.pdf>. Letzter Abruf: 05.09.2020.

Jakobs, Günther (2004b): Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck. Paderborn, München, Wien, Zürich.

Jakobs, Günther (2005): Terroristen als Personen im Recht? – In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Band 117, Heft 4. Berlin, S. 839-851.

Jakobs, Günther (2006a): Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu Bedingungen von Rechtlichkeit. – In: HRRS. September 2006 (8-9/2006). Hamburg, S. 289-297.

Jakobs, Günther (2009a): Sozialschaden? – Bemerkungen zu einem strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem. – In: Martin Böse und Detlev Sternberg-Lieben (Hrsg.) (2009): Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag. Berlin, S. 37-49.

Jakobs, Günther (2009b): Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori Fujimori – In: Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik. Ausgabe 11/2009, 4. Jahrgang. Gießen, S. 572-575.

Jakobs, Günther (2011): Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie. Berlin.

Jakobs, Günther (2012a): System der strafrechtlichen Zurechnung. Frankfurt am Main.

Jakobs, Günther (2012b): Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts. Paderborn.

Jakobs, Günther (2013): Recht und Gut – Versuch einer strafrechtlichen Begriffsbildung. – In: Georg Freund, Uwe Murmann, René Bloy u. Walter Perron (2013): Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag. Berlin; S. 81-93.

Jakobs, Günther (2017a): Zur Theorie des Feindstrafrechts. – In: Michael Pawlik (Hrsg.) (2017): Günther Jakobs. Strafrechtswissenschaftliche Beiträge. Zu den Grundlagen des Strafrechtes und zur Zurechnungslehre. Tübingen, S. 284-299.

Jakobs, Günther (2017b): Rechtszwang und Personalität. – In: Michael Pawlik (Hrsg.) (2017): Günther Jakobs. Strafrechtswissenschaftliche Beiträge. Zu den Grundlagen des Strafrechtes und zur Zurechnungslehre. Tübingen, S. 215-249.

Jakobs, Günther (2017c): Zum Begriff der Person im Recht. – In: Michael Pawlik (Hrsg.) (2017): Günther Jakobs. Strafrechtswissenschaftliche Beiträge. Zu den Grundlagen des Strafrechtes und zur Zurechnungslehre. Tübingen, S. 250-265.

Jakobs, Günther (2017d): *Personalität und Exklusion im Strafrecht*. – In: Michael Pawlik (Hrsg.) (2017): *Günther Jakobs. Strafrechtswissenschaftliche Beiträge. Zu den Grundlagen des Strafrechtes und zur Zurechnungslehre*. Tübingen, S. 266-283.

Jakobs, Günther (2017e): *Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse der Hirnforschung*. – In: Michael Pawlik (Hrsg.) (2017): *Günther Jakobs. Strafrechtswissenschaftliche Beiträge. Zu den Grundlagen des Strafrechtes und zur Zurechnungslehre*. Tübingen, S. 705-722.

Jakobs, Günther (2020): *Kritik des Vorsatzbegriffs*. Tübingen.

Kant, Immanuel (1974): *Kritik der praktischen Vernunft*. Karl Vorländer (Hrsg.). Hamburg.

Keppeler, Toni (2007): *Che Guevara. Der Marlboro-Mann der Linken*. – In: Barbara Junge, Ulrike Winkelmann u. Katrin Gottschalk (Chefredaktion): *taz.de-Online*. Berlin. Onlineresource: <http://www.taz.de/!5193800/> Abruf 29.01.2018.

Kersting, Wolfgang (2002): *Thomas Hobbes. Zur Einführung*. Hamburg.

Koran (2015): *Der Koran (Übersetzung von Max Henning)*. Stuttgart.

Krach, Wolfgang (1998): *Pädagogischer Wahnsinn*. – In: Rudolf Augstein (Hrsg.) (1998): *Der Spiegel* 48/1998 vom 23.11.1998. Hamburg, S. 28-29.

Krauß, Detlev (2006): *Vom Bürgerstrafrecht zum Feindstrafrecht?* – In: Thomas Uwer (Hrsg.): *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat. Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen*. Berlin, S. 79-101.

Laden; Usama bin (2002): *Full text: Bin Laden's "letter to America"*. – In: Katharine Viner (Chefredakteurin): *The Guardian*. London. Onlineresource: <https://www.theguardian.com/world/2002/nov/24/theobserver> Letzter Abruf: 09.03.2021.

Lahoud, Nelly (2009): *In Search of Philosopher-Jihadis. Abu Muhammad Al-Maqdisi's Jihadi Philosophy*. – In: *Totalitarian Movements and Political Religions. Politics, Religion a. Ideology*. Volume 10, Issue 2. London, S. 205-220.

Lampe, Klaus und Susanne Knickmeier (2018): *Organisierte Kriminalität. Die aktuelle Forschung in Deutschland. Schriftenreihe Forschungsforum Öffentliche Sicherheit*. Berlin. Onlineresource: https://www.sicherheit-forschung.de/forschungsforum/schriftenreihe_neu/sr_v_v/SchriftenreiheSicherheit_24.pdf Letzter Abruf: 12.03.2021.

Landwehr, Andreas (2018): Punktesystem dank Big Data. China formt sich seine Untertanen. – In: Sonja Schwetje (Chefredakteurin): ntv-Onlineauftritt. Köln. Onlineressource: <https://www.ntv.de/politik/China-formt-sich-seine-Untertanen-article20314628.html> Letzter Abruf: 12.03.2021.

Maher, Shiraz (2016) Salafi-Jihadism. The History of an Idea. New York.

Maqdisi, Abu Muhammad al- (2012): Democracy: A Religion (Englische Übersetzung: Abu Muhammad al-Maleki). Melbourne.

Maqdisi, Abu Muhammad al- (2013): Millatu-Ibrāhīm und die Da'wah der Propheten und Gesandten, sowie die Methoden der Ṭawāgīt bei ihrer Zerschmelzung und die Abhaltung der Träger der Da'wah von ihr (Deutsche Übersetzung). Kein Ort (Globale Islamische Medien Front). Onlineressource: <https://adeenulhaq.files.wordpress.com/2014/11/millatu-ibrahim-shaykh-abu-muhammad-al-maqdisi1.pdf> Letzter Abruf: 09.03.2021.

Maqdisi, Abu Muhammad al- (2014): From Abu Muhammad al-Maqdisi – to his Brothers the Mujahideen in Syria specifically, and to the Muslims in general. Kein Ort. Onlineressource: <https://justpaste.it/Maqdisi> Letzter Abruf: 09.03.2021.

Maqdisi, Abu Muhammad al- (2016): Between Fighting for Injury and Fighting for Consolidation. Kapitel 12 aus dem Buch “From the Fruits of Jihād”. Thinadhoo. Onlineressource: justpaste.it/Maqdisinew, letzter Abruf 07.03.2018.

Maqdisi, Abu Muhammad al- (o. J.): Takfir auf die Familie al-Saud? Kein Ort. Onlineressource: <https://shaykhmaqdisi.files.wordpress.com/2017/09/takfir-auf-die-familie-al-saud-shaykh-abu-muhammad-al-maqdisi.pdf> Letzter Abruf 04.09.2020.

Marighella, Carlos (1996): Handbuch des Stadtguerilleros. Bremen.

Meinhof, Ulrike (1997): Tonbandprotokoll von dem Teach-in der Roten Hilfe, Frankfurt. Erklärung vom 31. Mai 1972. – In: Martin Hoffmann (Hrsg.) (1997): Rote Armee Fraktion. Texte und Materialien zur Geschichte der RAF. Berlin, S. 148-150.

Merkel, Reinhard (2019): Feindstrafrecht. Zur kritischen Rekonstruktion eines produktiven Störenfrieds in der Begriffswelt des Strafrechts. – In: Urs Kindhäuser, Claus Kreß, Michael Pawlik u. Carl-Friedrich Stuckenberg (Hrsg.) (2019): Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs. Tübingen, S. 327-356.

Meßelken, Daniel (2011): Guerilla und Terrorismus – Formen des (gerechten) Krieges? – In: Igor Primoratz und Daniel Meßelken (2011): Terrorismus. Philosophische und politikwissenschaftliche Essays. Paderborn, S. 143- 166.

Military Commission Act von 2006. United States Government Publishing Office. Washington D. C. Onlineresource <https://www.govinfo.gov/content/pkg/BILLS-109s3930es/pdf/BILLS-109s3930es.pdf> Letzter Abruf: 12.03.2021

Military Commission Act von 2009. Office of Military Commissions. Alexandria. Onlineresource <https://www.mc.mil/portals/0/mca20pub20law200920.pdf>. Letzter Abruf: 12.03.2021

Moeller, Uriel (2018): Definition und Grenzen der Vorverlagerung von Strafbarkeit. Diskussionsstand, Rechtsgeschichte und kausalitätstheoretische Bezüge. Göttingen.

Möller, Irmgard und Oliver Tolmein (Interviewer) (2002): RAF – Das war für uns Befreiung. Ein Gespräch mit Irmgard Möller über bewaffneten Kampf, Knast und die Linke. Hamburg.

Morguet, Geraldine Louisa (2009): Feindstrafrecht. Eine kritische Analyse. Berlin.

Müller, Wolfgang, Werner Scholze-Stubenrecht u. Mathias Wermke (1989): Duden. Etymologie. Herkunftswörterbuch der deutschen Sprache. Mannheim, Leipzig, Wien, Zürich.

Müller-Neuhof, Jost (2020): „Stück Sch...“ – Bayerns Justiz will Beleidiger anklagen. – In: Christian Tretbar (Chefredakteur): Der Tagespiegel Online. Berlin. Onlineresource: <https://www.tagesspiegel.de/politik/kuenast-schmaehungen-im-internet-stueck-sch-bayerns-justiz-will-beleidiger-anklagen/25685710.html> Letzter Abruf: 13.03.2021.

Nedza, Justyna (2014): „Salafismus“ – Überlegungen zur Schärfung einer Analysekatgorie. – In: Behnam T. Said und Hazim Fouad (Hrsg.) (2014): Salafismus. Auf der Suche nach dem wahren Islam. Freiburg, S. 80-105.

Neuerer, Dietmar (2020): Rechte Störer im Reichstag. „Was war das denn?“ Altmaier reagiert auf Pöbelattacke im Bundestag. – In: Sebastian Matthes (Chefredakteur): Handelsblatt. Onlineausgabe. Düsseldorf. Onlineresource: <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/rechte-stoerer-im-reichstag-was-war-das-denn-altmaier-reagiert-auf-poebelattacke-im-bundestag/26639304.html?ticket=ST-2494249-TFO7k6ZcNqjY9ypUrdrT-ap3> Letzter Abruf: 21.02.2021.

Neumann, Peter R. (2015): Die neuen Dschihadisten: ISIS. Europa und die nächste Welle des Terrorismus. Berlin.

Nesser, Petter (2015): Islamist Terrorism in Europe. A History. London.

Peil, Florian (2006): Die Besetzung der Großen Moschee von Mekka 1979. Sozialer Hintergrund und Ideologie der Iówān. – In: Orient. Jahrgang 47, Heft 3. Berlin, S. 1-23.

Pelinka, Anton (2018): Parlamentswahlen in Ungarn. Europa wird vier weitere Jahre Orbán ertragen müssen. – In: Jochen Wegner (Chefredakteur): Zeit-Online. Hamburg. Onlineresource: <https://www.zeit.de/politik/ausland/2018-03/parlamentswahlen-ungarn-victor-orban-fidesz-demokratie/komplettansicht> Letzter Abruf: 22.02.2021.

Peters, Butz (2017): Hundert Tage. Die RAF-Chronik 1977. München.

Pleines, Heiko u. Elisa Lederer (2016): Alexei Anatoljewitsch Nawalny. – In: Kurt Groenewold, Alexander Ignor, u. Arnd Koch, (Hrsg.), Lexikon der politischen Strafprozesse. Hamburg. Onlineresource: <https://www.lexikon-der-politischen-strafprozesse.de/wp-content/uploads/2016/06/Alexei-Nawalny.pdf#page=1&zoom=auto,-13,797> Letzter Abruf 03.02.2021.

Pösl, Michael (2011): Die Sicherungsverwahrung im Fokus von BVerfG, EGMR und BGH. – In: Zeitschrift für das juristische Studium. ZJS 2/2011. Gießen, S. 132-146.

Primoratz, Igor (1990): What Is Terrorism? - In: Journal of Applied Philosophy. Volume 7, No. 2. Abingdon, S. 129–138.

Qahtani, Muhammad Saeed al- (1992): Al-Wala' Wa'l-Bara'. According to the 'Aqeedah of the Salaf. Part 2. Ohne Ort (Kashf al Shubuh Publications).

RAF (1977a): zu staatsschutzjustiz, psychologischer kriegsführung und imperialistischer öffentlichkeit. begründung der vier gefangenen aus der raf zum ablehnungsantrag gegen den 2. strafsenat des olg stuttgart am 5.8.75. – In: Komitee zur Verteidigung politischer Gefangener in Westeuropa – Sektion BRD (Hrsg.) (1977): Texte: RAF. Malmö, S. 112-135.

RAF (1977b): Ein paar grundsätzliche Bestimmungen zur Prozeßstrategie und zu den Anwälten. – In: Komitee zur Verteidigung politischer Gefangener in Westeuropa – Sektion BRD (Hrsg.) (1977): Texte: RAF. Malmö, S. 546-553.

RAF (1997a): Das Konzept Stadtguerilla. April 1971. – In: Martin Hoffmann (Hrsg.) (1997): Rote Armee Fraktion. Texte und Materialien zur Geschichte der RAF. Berlin, S. 27-48.

RAF (1997b): Dem Volk dienen. Stadtguerilla und Klassenkampf. – In: Martin Hoffmann (Hrsg.) (1997): Rote Armee Fraktion. Texte und Materialien zur Geschichte der RAF. Berlin, S.112-144.

RAF (1997c): Anschlag auf das Hauptquartier der US-Army in Frankfurt/Main. Erklärung vom 14. Mai 1972. – In: Martin Hoffmann (Hrsg.) (1997): Rote Armee Fraktion. Texte und Materialien zur Geschichte der RAF. Berlin, S. 145.

RAF (1997d): Bombenanschlag auf das Hauptquartier der US-Armee in Europa in Heidelberg. Erklärung vom 25.05.1972. – In: Martin Hoffmann (Hrsg.) (1997): Rote Armee Fraktion. Texte und Materialien zur Geschichte der RAF. Berlin, S. 147-148.

RAF (1997e): Guerilla, Widerstand und antiimperialistische Front. Mai 1982. – In: Martin Hoffmann (Hrsg.) (1997): Rote Armee Fraktion. Texte und Materialien zur Geschichte der RAF. Berlin, S. 291-306.

RAF (1997f): Auszüge aus der »Erklärung zu Sache«. Die Gefangenen aus der RAF Andreas Baader, Gudrun Ensslin, Ulrike Meinhof und Jan-Carl Raspe am 13. Januar 1976 – In: Martin Hoffmann (Hrsg.) (1997): Rote Armee Fraktion. Texte und Materialien zur Geschichte der RAF. Berlin, S. 189-256.

Ramsay, Gilbert (2015): Why terrorism can, but should not be defined. – In: Critical Studies on Terrorism. Vol. 8, No. 2. Abingdon, S. 211-228.

Reichsgesetzblatt (1933): Gesetz über gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung. Vom 25. November 1933. – In: Reichsgesetzblatt. Teil 1. Nr. 133. Berlin, S. 995-1000.

Riede, Peter (2011): Feinde / Feindsymbolik (private). Das wissenschaftliche Bibellexikon im Internet. Tübingen. Onlineressource: https://www.bibelwissenschaft.de/fileadmin/buh_bibelmodul/media/wibi/pdf/Feinde_Feindsymbolik_private___2018-09-20_06_20.pdf Letzter Abruf: 12.03.2021.

Röhrich, Rebecca, Anna Grösch u. Valentin Beige (2019): London Bridge: IS reklamiert Terroranschlag für sich – Trump wendet sich an Johnson. Großbritannien. 01.12.2019. – In: Marcus Knall (Chefredakteur): Frankfurter Rundschau Online. München. Onlineressource: <https://www.fr.de/politik/london-bridge-is-reklamiert-toedliche-messerattacke-sich-zr-13258767.html> Abruf 24.01.2021.

Rollnik, Gabriele und Daniel Dubbe (Interviewer) (2007): Keine Angst vor niemand. Über die Siebziger, die Bewegung 2. Juni und die RAF. Hamburg.

Roos, Helga (1988): Prozessklärung Helga Roos. Gefangene aus dem antiimperialistischen Widerstand. 24.01.1983. – In: Jean Paul Marat (Pseudonym, Hrsg.) (1988): Widerstand heißt Angriff. Erklärungen, Redebeiträge, Flugblätter und Briefe. 1977 bis 1987. Amsterdam, S. 113-121.

Rotberg, Robert I. (2004): When States Fail. Causes and Consequence. Woodstock.

Rudolphi, Hans-Joachim (1978): Verteidigerhandeln als Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung i. S. der §§ 129 und 129a StGB. – In: Wolfgang Frisch und Werner Schmid (Hrsg.) (1978): Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag. Köln, Berlin, Bonn, München, S. 315-338.

Rützel, Anja (2021): RTL retuschiert „DSDS“. Wendler wird zur Wolke. – In: Steffen Klusmann (Chefredakteur): Spiegel Online. Hamburg. Onlineressource: <https://www.spiegel.de/kultur/tv/dsds-michael-wendler-wird-zur-wolke-a-b505a179-6c70-48be-b0d3-f40d6fc4be98> Letzter Abruf: 21.02.2021.

Saghi, Omar (2006): Zur Einführung. Osama Bin Laden. Volkstribun im Medienzeitalter. – In: Gilles Kepel und Jean-Pierre Milelli (Hrsg.) (2006): Al-Qaida. Texte des Terrors. München, S. 25-54.

Schlüter, Hermann (kein Jahr): Beendigung. – In: Hermann Schlüter (Hrsg.): Rechtslexikon.net. Panama City. Onlineressource: <http://www.rechtslexikon.net/d/beendigung/beendigung.htm>. Letzter Abruf: 15.10.2020.

Schlüter, Hermann (kein Jahr): Öffentliche Sicherheit und Ordnung. – In: Hermann Schlüter (Hrsg.): Rechtslexikon.net. Panama City. Onlinereource: <http://www.rechtslexikon.net/d/oeffentliche-sicherheit-und-ordnung/oeffentliche-sicherheit-und-ordnung.htm>. Letzter Abruf: 15.10.2020.

Schmitt, Carl (1935): Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit. Hamburg.

Schmitt, Carl (1961): Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus. Berlin.

Schmitt, Carl (2015): Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien. Berlin.

Schneider, Hendrik (2004): Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus. Berlin.

Schulze, Reinhard (2016): Geschichte der islamischen Welt. Von 1900 bis zur Gegenwart. München.

Shavit, Uriya (2014): Can Muslims befriend Non-Muslims? Debating al-wala`wa-al-bara (Loyalty and Disavowal) in Theory and Practice. – In: Islam and Christian – Muslim Relations. Volume 25, No. 1. Abingdon, S. 67-88.

Sinn, Arndt (2006): Moderne Verbrechenverfolgung – auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht? – In: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 107. Gießen, S. 107-117.

Smirnova, Julia (2013): Kreml-Chef Putin begnadigt seine größten Gegner. – In: Stefan Aust (Hrsg.): Onlineauftritt der Welt. Berlin. Onlineressource: [https://www.welt.de/politik/ausland/article123127338/Kreml -Chef-Putin-begnadigt-seine-groessten-Gegner.html](https://www.welt.de/politik/ausland/article123127338/Kreml-Chef-Putin-begnadigt-seine-groessten-Gegner.html) Letzter Abruf: 03.02.2021.

Stübinger, Stephan (1993): Nicht ohne meine „Schuld“! Kritik der systemtheoretischen Reformulierung des Strafrechts am Beispiel der Schuldlehre von Günther Jakobs. – In: Kritische Justiz 26, Heft 1. Baden-Baden, S. 33-48.

Suri, Abu Musab al- (2010): The Jihad Experience. The Military Theory of open Fronts. – In: Inspire. Issue 4. Kein Ort (Al-Malahem Media), S. 31-35.

Tameeny, Hamd bin Hamoud al- (2017): Ruling Lone Jihad. Targeting Civilians. – In: Inspire. Issue 17. Kein Ort (Al-Malahem Media), S. 20-25.

Thumann, Michael (2021): Urteil gegen Alexej Nawalny: Der Zar zittert. – In: Jochen Wegner (Chefredakteur): Zeit-Online. Hamburg. Onlineressource: https://www.zeit.de/2021/06/alexej-nawalny-urteil-haftstrafe-wladimir-putin-russland?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.de%2F Letzter Abruf: 03.02.2021.

Tilly, Charles u. Sidney Tarrow (2007): Contentious Politics. Oxford, New York.

Torres-Soriano, Manuel R. (2012): Between the Pen and the Sword: The Global Islamic Media Front in the West. – In: Terrorism and Political Violence, 24. Abingdon, S. 769-786.

Torres-Soriano, Manuel R. (2015): The Abu Hafs al-Masri Brigades and al-Qaeda. Facts and conjecture. – In: Media, War & Conflict. Vol. 8 (2) (2015). Thousand Oaks, S. 181-198.

Trinius, Stephan (2007): Gnade vor Recht? Die Diskussion um eine vorzeitige Haftentlassung ehemaliger RAF-Täter. – In: Onlineauftritt der Bundeszentrale für politische Bildung. Bonn. Onlineressource: <https://www.bpb.de/geschichte/deutsche-geschichte/geschichte-der-raf/49324/gnade-vor-recht?p=all> Letzter Abruf: 04.11.2020.

Uwer, Thomas (2006): Der unsichtbare Dritte. Günther Jakobs, Carl Schmitt und der ganz normale Ausnahmestand. – In: Thomas Uwer (Hrsg.): Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat. Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen. Berlin, S. 37-58.

Ungern-Sternberg, Jürgen von (1970): Untersuchungen zum spätrepublikanischen Notstandsrecht. Senatusconsultum ultimum und hostis-Erklärung. München.

Viquez Azofeifa, Karolina (2011): Die Rezeption des „Feindstrafrechts“ in Lateinamerika. Hamburg.

Wagemakers, Joas (2008a): Framing the “Threats to Islam”. Al-Wala’wa al-bara in Salafi Discourse. – In: Arab Studies Quarterly. Fall 2008, Vol. 30, No. 4. London, S. 1-22.

Wagemakers, Joas (2008b) Abu Muhammad al-Maqdisi. A Counter-Terrorism Asset? – In: CTC Sentinel. May 2008, Volume 1, Issue 6. New York, S. 7-9.

Wagemakers, Joas (2012a): A Quietist Jihadi. The Ideology and Influence of Abu Muhammad al-Maqdisi. New York.

Wagemakers, Joas (2012b): The Enduring Legacy of the Second Saudi State – In: International Journal Middle East Studies 44 (2012). New York, S. 93-110.

Wellman, Carl (1979): On terrorism itself. – In: Journal of Value Inquiry 13, Issue 4, S. 250-258.

Welke, Jenny (2007): Guantánamo Bay – ein rechtsfreier Raum? – In: Andreas Zimmermann (Hrsg.): MenschenRechtsMagazin (MRM). Heft 3 / 2007. Potsdam, S. 315-322.

Zöllner, Mark Alexander (2009): Terrorismusstrafrecht. Ein Handbuch. Heidelberg.

Az-Zawahiri, Ayman (2006): Auszüge aus „Die Treue und der Bruch“. – In: Gilles Kepel u. Jean-Pierre Milelli (Hrsg.) (2006): Al-Qaida. Texte des Terrors. München, S. 383-417.

Anhang

Kurzfassung der Ergebnisse

Die vorliegende Arbeit ist eine kritische Untersuchung zu Günther Jakobs' Feindstrafrecht. Neben dem Feindbegriff spielt Jakobs' Interpretation des Begriffs „Person“ eine wichtige Rolle. Im Gegensatz zu den meisten Arbeiten zum Thema – wie Geraldine Louisa Morguets *Feindstrafrecht. Eine kritische Analyse* – ist diese keine juristische Auseinandersetzung, sondern eine aus der Perspektive der politischen Philosophie und Rechtsphilosophie.

Die Arbeit ist in fünf Kapiteln gegliedert. Kapitel 1 führt kurz in das Thema ein und stellt den Feindbegriff mit einem historischen Überblick und meine eigene Position vor. In diesem Kapitel wird auch auf das Phänomen Terrorismus eingegangen, das im Kontext des Feindstrafrechts eine besondere Bedeutung hat. Kapitel 2 stellt Jakobs' Strafrechtskonzeption dar. In Kapitel 3 geht es um den Feindbegriff im Feindstrafrecht. In diesem Kapitel wird auch auf unterschiedliche Gruppen eingegangen, die Feinde nach dem Feindstrafrecht sein könnten. Diese Gruppen sind Gewohnheitsverbrecher, organisierte Kriminelle und Terroristen. In diesem Zusammenhang wird eine Kritik zum Feindstrafrecht von dem Rechtswissenschaftler Reinhard Merkel aus dem Jahr 2019 berücksichtigt. Das Kapitel 4 stellt „Symptome“ vor, die auf ein Feindstrafrecht hinweisen. Die Symptome sind strafrechtliche Phänomene, anhand deren Auftretens man erkennen soll, ob in einem Landesrecht feindstrafrechtliche Elemente enthalten sind. Das sind: hohe Strafen, Einschränkungen von Prozessgarantien und Vorverlagerungen. Es zeigt sich allerdings, dass sich die Phänomene für den beschriebenen Zweck nur bedingt eignen. Ausschlaggebend für die Beurteilung, ob feindstrafrechtliche Rechtsnormen vorliegen, ist, dass tatsächlich mit rechtlichen Mitteln Menschen als Feinde bekämpft und dann aus der Öffentlichkeit ausgeschlossen werden, damit sie nicht mehr als Feinde agieren können. Diese These wird auf einige Beispiele aus der jüngsten Vergangenheit angewendet. Außerdem wird meine Position zum Feind aus dem ersten Kapitel aufgegriffen und auf das Feindstrafrecht angewendet. Kapitel 5 setzt sich mit Jakobs' Begriff „Bringschuld“ und seinem Gesellschaftsmodell auseinander. Dieses Modell wird mit der Idee des Gesellschaftsvertrages nach Thomas Hobbes verglichen. Die Arbeit endet mit einer Kritik an Jakobs' Modell und dem Bringschuldbegriff. Es zeigt sich, dass Jakobs mit der Einführung einer Bringschuld hohe Erwartungen an die Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft stellt, die nur schwer mit einem liberalen, demokratischen Rechtsstaatsverständnis vereinbar sind.

Die Arbeit kommt zu folgenden Ergebnissen: 1) Jakobs' Konzeption stellt Anforderungen an die Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft, die eher für autoritär geführte Regime geeignet sind als für liberale Demokratien nach westlichem Muster. 2) Für die Bekämpfung von Staatsfeinden, z. B. Terroristen, ist das Feindstrafrecht wegen der fehlenden symbolischen Wirkung einer Schuldzuweisung eher ungeeignet. 3) Jakobs' Feindstrafrecht ist nicht nur eine Beschreibung der Rechtspraxis – wie er behauptet –, sondern ist mit seiner Strafrechtskonzeption verbunden. Das Feindstrafrecht ist mit einer normativen Interpretation des Strafrechts nach Jakobs verbunden, wie mit bestimmten Tätern umzugehen ist, und keine reine Beschreibung von strafrechtlichen Phänomenen. 4) Für die Analyse von strafrechtlichen Phänomenen ist Jakobs' Konzeption geeignet. Allerdings muss der Schwerpunkt bei der Analyse aktueller Fälle, also ob es sich um Feindstrafrecht handelt, auf der rechtlichen Behandlung als Feinde liegen. Die Analyse darf sich nicht zu sehr auf die angegebenen strafrechtlichen Phänomene (Vorverlagerung, eingeschränkte Prozessgarantien, hohe Strafen) als Symptome verlassen.

Schlagworte: Rechtsphilosophie, Politische Philosophie, Strafrecht, Terrorismus

Summary of Results

The present work is a critical investigation of Günther Jakobs' enemy criminal law (Feindstrafrecht). In addition to the term enemy (Feind), Jakobs' interpretation of the term "person" plays an important role. In contrast to most of the work on the subject – like Geraldine Louisa Morguet's *Feindstrafrecht. Eine kritische Analyse* –, this is not a jurisprudential investigation, but one from the perspective of political philosophy and philosophy of law.

The work is divided into five chapters. Chapter 1 briefly introduces the topic and introduces the concept of the enemy with a historical overview and my own position. The chapter also deals with the phenomenon of terrorism, which is of particular interest in the context of enemy criminal law. Chapter 2 presents Jakobs' conception of criminal law. Chapter 3 deals with the concept of the enemy in enemy criminal law. This chapter deals with different groups who could be enemies under enemy criminal law. These groups are: habitual criminals, members of organized crime and terrorists. In this context, a criticism of enemy criminal law by the legal scholar Reinhard Merkel from 2019 has been taken into account. Chapter 4

presents “symptoms” that indicate enemy criminal law. The symptoms are criminal-law phenomena, based on which one should recognize whether a state law contains elements of enemy criminal law. These are: high penalties, restrictions on process guarantees and pre-displacements of prosecution (Vorverlagerungen). It turns out, however, that the phenomena are only partially suitable for the purpose described. The determinant factor for assessing whether legal norms under enemy criminal law exist, is that people are actually fought as enemies by legal means and then excluded from the public, so that they can no longer act as enemies. This thesis is applied to examples from the recent past. In addition, my position on the concept “enemy” from the first chapter is taken up and applied to enemy criminal law. Chapter 5 deals with Jakobs' legal obligation (Bringschuld) and his model of society. This model is compared to the idea of the social contract according to Thomas Hobbes. The investigation ends with a criticism of Jakobs' model of society and his concept of legal obligation. It turns out that by introducing the concept of legal obligation, Jakobs has high expectations of the members of a legal community, which are difficult to reconcile with a liberal, democratic understanding of a state governed by the rule of law.

The investigation comes to the following results: 1) Jakobs' conception places demands on the members of a legal community, which are more suitable for authoritarian led regimes than for liberal democracies according to the western model. 2) Enemy criminal law is rather unsuitable for combating public enemies, such as terrorists, because of the lack of symbolic effect of assigning blame. 3) Jacob's enemy criminal law is not only a description of legal practice – as he claims – but is linked to his conception of criminal law. Enemy criminal law is linked to a normative interpretation of Jakobs' conception of criminal law, on how to deal with certain offenders, and not a pure description of criminal law phenomena. 4) Jakobs' conception is suitable for the analysis of criminal law phenomena. The focus in the analysis of current cases, i. e. whether it is a matter of enemy criminal law, must be on the legal treatment as enemies. He must not rely too much on the specified criminal phenomena (displacements of prosecution, limited process guarantees, high penalties) as symptoms.

keywords: legal philosophy, political philosophy, criminal law, terrorism