

Publikationen

Prof. Dr. **Ulfrid Neumann** / Prof. Dr. **Frank Saliger** – **Sterbehilfe zwischen Selbstbestimmung und Fremdbestimmung – Kritische Anmerkungen zur aktuellen Sterbehilfedebatte** S. 280

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. **Günther Jakobs** – **Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit** S. 289

Neben dem Beitrag von Jakobs werden in dieser Ausgabe weitere **Referate der Arbeitsgruppe „Feindstrafrecht – Ein Gespenst geht um im Rechtsstaat“** des 30. Strafverteidigertages 2006 und **ergänzende Beiträge** publiziert. Aufgenommen sind Referate von Prof. Dr. **Alejandro Aponte** und RA Prof. Dr. **Jörg Arnold** sowie Beiträge von RA Dr. **Klaus Malek** und Dr. **Jochen Bung** S. 297

Die Ausgabe umfasst zwei Rezensionen zu strafrechtlichen Publikationen.

Entscheidungen

EGMR *Witzsch vs. Deutschland* – Missbrauchsverbot der EMRK bei Nazi-Propaganda

BVerfG **Keine Berücksichtigung rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung bei der Strafzumessung im Fall der Verurteilung wegen Mordes**

BVerfG **Erzwungene Verlegung eines Sicherungsverwahrten in eine andere Anstalt**

BVerfG **Verteidigungsfremdes Verhalten**

BGH **Verfall: Härteklausel und Wert des Erlangten bei Handelsketten (BGHSt)**

BGH **Lebensgefährdende Behandlung und gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (Griff in das Lenkrad eines fahrenden KFZ)**

BGH **Anwendung des § 26a I Nr. 2 StPO bei Vorbefassung des Gerichts nach Abtrennung von Verfahren gegen Tatbeteiligte**

BGH **Ausschluss vom Richteramt bei Untreue zu Lasten einer Partei (Fall Kanther)**

BGH **Strafmilderung bei Untersuchungshaft**

SCHRIFTLEITUNG
Karsten Gaede

c/o RA Dr. iur. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

Rocco Beck, Ulf Buermeyer, Karsten Gaede,
Stephan Schlegel (Webmaster)

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Oberass. Dr. *Daniela Demko*, LL.M. (Zürich); *Antje du Bois-Pedain*, MJur (Oxon), (Univ. Cambridge); Prof. Dr. *Diethelm Klieschewski* (Univ. Leipzig); Prof. Dr. *Hans Kudlich* (Univ. Erlangen-Nürnberg); Wiss. Ref. MPI Freiburg i.Br. Dr. *Frank Meyer*, LL.M. (Yale); *Tilo Mühlbauer* (Dresden); RA *Markus Rübenstahl*, mag. iur. (White & Case LLP, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. *Frank Saliger* (Bucerius Law School Hamburg); Prof. Dr. *Christoph Sowada* (Univ. Rostock); RA *Klaus-Ulrich Ventzke* (Hamburg) und Prof. Dr. *Wolfgang Wohlers* (Univ. Zürich).

Diese Ausgabe umfasst 88 Entscheidungen.

HRRS

Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche
Rechtsprechung zum Strafrecht
<http://www.hrr-strafrecht.de>

HERAUSGEBER

RA Dr. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 Hamburg
gerhard.strate@strate.net

SCHRIFTLEITUNG

Karsten Gaede
c/o RA Dr. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

Rocco Beck, Ulf Buermeyer, Karsten Gaede, Stephan Schlegel (Webmaster)

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Oberass. Dr. *Daniela Demko*, LL.M., (Univ. Zürich); *Antje du Bois-Pedain*, MJur (Oxon.), (Univ. Cambridge); Prof. Dr. *Diethelm Kleszczewski* (Univ. Leipzig); Prof. Dr. *Hans Kudlich* (Univ. Erlangen-Nürnberg); Wiss. Ref. Max-Planck-Institut Freiburg i.Br. Dr. *Frank Meyer*, LL.M. (Yale); *Tilo Mühlbauer* (Dresden); RA *Markus Rübenstahl*, mag. iur. (Kanzlei White & Case LLP, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. *Frank Saliger* (Bucerius Law School Hamburg); Prof. Dr. *Christoph Sowada* (Univ. Rostock); RA *Klaus-Ulrich Ventzke* (Hamburg) und Prof. Dr. *Wolfgang Wohlers* (Univ. Zürich).

8/9

7. Jahrg., August-September 2006, Ausgabe

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

621. BVerfG 2 BvR 750/06 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. Juni 2006 (BGH)

(Keine) Berücksichtigung rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung bei der Strafzumessung beim Mord (lebenslange Freiheitsstrafe; keine Umwandlung in zeitige Freiheitsstrafe; Verjährung; verfassungskonforme und konventionskonforme Auslegung; Rechtsfolgenlösung); Individualbeschwerde; Konventionsbeschwerde; Nichtannahmebeschluss; redaktioneller Hinweis.

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; § 211 StGB; § 46 Abs. 2 StGB; § 78 Abs. 2 StGB; § 57a StGB

1. Über die Feststellung einer rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen hinaus, kommt eine Reduzierung einer verhängten lebenslangen Freiheitsstrafe im Fall der Verurteilung wegen Mordes nicht in Betracht.

2. Der Beschleunigungsgrundsatz entspringt – wie das Bundesverfassungsgericht sowohl in Kammer- (vgl. 2 BvR 153/03 -, BVerfGK 1, 269, 278) als auch in maßstabbildenden Senatsentscheidungen (vgl. BVerfGE 63, 45, 69) mehrfach betont hat – dem Rechtsstaatsprinzip. Er schützt vorwiegend subjektive Belange des Beschuldigten.

3. Für den Beschuldigten folgt aus Art. 20 Abs. 3 GG ein bindender Anspruch auf Durchführung des gegen ihn anhängigen Strafverfahrens in angemessener Zeit (vgl. BVerfG NJW 1984, S. 967). Verletzen die Justizbehörden diesen Anspruch, haben sie die dadurch eintretende rechtsstaatswidrige Verzögerung des Verfahrens bei ihrer anstehenden Entscheidung zu Gunsten des Beschuldigten zu berücksichtigen.

4. Für eine Kompensation von rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerungen ist nur dort Raum, wo das Gesetz die Möglichkeit eröffnet, das aus der Verwirklichung des Deliktstatbestandes offenbar werdende Tatunrecht und die darin zum Ausdruck kommende Schuld des Täters zu relativieren. Bei § 211 StGB jedenfalls besteht diese Möglichkeit nicht. Der Mordparagraf verfügt über keinen Strafrahmen, der Gelegenheit dazu böte, Schuldmitderungen als Folge einer unangemessenen Verfahrensdauer gegen die Tatschuld abzuwägen.

5. Es kann dahingestellt bleiben, ob die auf Grund der Stellung des Bundesverfassungsgerichts im deutschen Rechtssystem eher fern liegende Rechtsauffassung zutrifft, wonach die Bearbeitungsdauer einer nicht zum

Rechtsweg gehörenden Verfassungsbeschwerde der Dauer des Strafverfahrens hinzuzurechnen sei.

655. EGMR Nr. 7485/03 (1. Kammer) – Zulässigkeitsentscheidung vom 13. Dezember 2005 (Witzsch vs. Deutschland)

Missbrauchsverbot der EMRK (Nazi-Propaganda; Holocaust: Ausschwitz-Lüge und Inabredstellen der Verantwortung von Hitler und der NSDAP); Meinungsfreiheit (Äußerungsfreiheit) und faires Verfahren (Beweisführungsanspruch bei feststehenden Wahrheiten; Äußerungen in privaten Briefen); Schutz des Andenkens Verstorbener (arrangierter Strafantrag; Tatprovokation; Fall „Wolffsohn-Brief“); Gesetzlichkeitsprinzip (nulla poena sine lege).

Art. 17 EMRK; Art. 10 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 5 GG; Art. 103 GG; § 189 StGB; § 130 StGB; § 194 StGB; Art. 7 EMRK

1. Der generelle Zweck des Art. 17 EMRK besteht darin, es unmöglich zu machen, dass Einzelne ein Recht mit dem Ziel nutzen, Ideologien zu fördern, welche dem Text und dem Geist der Menschenrechtskonvention widerstreiten. Die Äußerungsfreiheit gemäß Art. 10 EMRK kann Art. 17 EMRK insbesondere in solchen Fällen nicht verdrängen, in denen Holocaustleugnungen und ähnliche Vorkommnisse zu beurteilen sind. Der Missbrauch der Äußerungsfreiheit ist mit der Demokratie und mit den Menschenrechten unvereinbar; er verletzt die Rechte anderer.

2. Dies gilt auch in Fällen, in denen der Äußernde weder den Holocaust noch die Existenz von Gaskammern leugnet, in denen er aber die Verantwortung von Hitler und der NSDAP für die Massentötungen an Juden als historisch falsch in Abrede stellt. Dass die Äußerung dabei in einem privaten Brief gefallen ist, macht hierbei jedenfalls dann keinen Unterschied aus, wenn es als zweifelhaft gelten muss, dass der Absender des Briefs keine öffentliche Diskussion seiner Thesen gewünscht hat.

619. BVerfG 2 BvR 1295/05 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Juni 2006 (OLG Hamm/AG Arnsberg)

Verlegung eines Sicherungsverwahrten in eine andere Justizvollzugsanstalt; allgemeines Persönlichkeitsrecht (Anspruch auf Resozialisierung); Gefahr für die Sicherheit oder Ordnung der Anstalt („Unruhe“ in der Anstalt); Verhältnismäßigkeit (vorrangige Maßnahmen gegen den Verursacher; subsidiäre Inanspruchnahme Dritter oder des Opfers).

Art. 2 Abs. 1 GG; § 85 StVollzG; § 130 StVollzG

1. Die Verlegung eines Strafgefangenen oder Sicherungsverwahrten ohne seinen Willen greift in dessen Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG ein. Die Verlegung kann auch die Resozialisierung des Strafgefangenen beeinträchtigen und berührt somit auch dessen durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG vermittelten (vgl. BVerfGE 98, 169, 200) Anspruch auf einen

Strafvollzug, der auf das Ziel der Resozialisierung ausgerichtet ist (vgl. BVerfG StV 2006, 146 f.).

2. Auch wenn im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung, einer Maßnahme nach § 85 StVollzG die tatbestandlichen Voraussetzungen einem Beurteilungsspielraum der Vollzugsverwaltung unterliegen sollten, erübrigt das nicht die gerichtliche Prüfung ihres Vorliegens.

3. Die Annahme, § 85 StVollzG gestatte eine Verlegung eines Gefangenen ohne weiteres deshalb, weil er durch Mitgefängene dem latenten Risiko von Übergriffen ausgesetzt ist, sind überschreitet die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Gesetzesinterpretation.

4. Es ist unvereinbar mit den Grundsätzen rechtsstaatlicher Zurechnung, wenn die Gefahr, dass bestimmte Personen sich in rechtswidriger Weise verhalten, nicht im Regelfall vorrangig diesen Personen zugerechnet und nach Möglichkeit durch ihnen gegenüber zu ergreifende Maßnahmen abgewehrt wird, sondern ohne weiteres Dritte oder gar die potentiellen Opfer des drohenden rechtswidrigen Verhaltens zum Objekt eingreifender Maßnahmen der Gefahrenabwehr gemacht werden (vgl. BVerfGE 69, 315, 360 f.). Rechtsstaatliche Zurechnung muss darauf ausgerichtet sein, nicht rechtswidriges, sondern rechtmäßiges Verhalten zu begünstigen.

5. Beschränkungen des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG dürfen nur unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vorgenommen werden; sie müssen zum Schutz eines kollidierenden Rechtsguts geeignet und erforderlich sein und zur Art und Intensität der Beeinträchtigung oder Gefährdung, der begegnet werden soll, in einem angemessenen Verhältnis stehen (vgl. BVerfGE 16, 194, 201 f.; stRspr). Die Verlegung eines Gefangenen gegen dessen Willen ist daher auch bei Vorliegen einer Gefahr im Sinne des § 85 StVollzG nur zulässig, wenn dieser Gefahr in der Justizvollzugsanstalt nicht mit mildereren Mitteln angemessen begegnet werden kann (vgl. BVerfG StV 2006, 146, 147).

617. BVerfG 2 BvR 1085/05 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 17. Juni 2006 (LG Kassel/AG Kassel)

Abfrage von Verbindungsdaten; Fernmeldegeheimnis (geringerer Schutz beim Missbrauch des Mediums zur Begehung von Straftaten); Strafreitelung (Mitteilung einer bevorstehenden Verhaftung; verteidigungsfremdes Verhalten; Täuschung mittels Telekommunikationsend-einrichtungen); Anforderungen an die richterliche Anordnung (zulässige Abfrage der Verbindungsdaten eines ganzen Tages bei Begehung am Vormittag); Nichtannahmebeschluss.

Art. 10 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 100g Abs. 1 Satz 1 StPO; § 100h Abs. 2 Satz 2 StPO; § 258 StGB

1. Während prozessual zulässige Handlungen dem Verteidiger nicht als tatbestandsmäßig zugerechnet werden können, kann ein nicht mehr vom Verteidigungszweck

getragenes verteidigungsfremdes Verhalten, sofern die weiteren Voraussetzungen hierfür vorliegen, eine Strafbarkeit wegen Strafreitelung begründen.

2. Ein verteidigungsfremdes Verhalten liegt jedenfalls dann vor, wenn der Verteidiger seinen Mandanten über eine bevorstehende Verhaftung informiert, von der er sich Kenntnis durch Täuschung der Ermittlungsbehörden verschafft hat.

3. Die Rechtsprechung zur inneren Tatseite bei der Geldwäsche durch Annahme von Verteidigerhonorar ist auf § 258 StGB nicht übertragbar.

4. Es begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass der Gesetzgeber die Eingriffsvoraussetzungen in § 100g Abs. 1 S. 1 2. Alternative StPO gegenüber der 1. Alternative abgesenkt hat. Indem der Beschuldigte die Telekommunikationsanlage zum Tatmittel seiner strafbaren Handlungen einsetzt, mindert sich sein Anspruch auf Wahrung des Schutzes der Vertraulichkeit des von ihm missbrauchten Mediums.

5. Als taugliche Anlasstat für eine Maßnahme gemäß § 100 g Abs. 1 Satz 1 StPO kommt jede beliebige Straftat in Betracht, wenn diese durch eine Endeinrichtung im Sinne des § 3 Nr. 3 TKG begangen wurde und dem Rechtseingriff Gründe der Verhältnismäßigkeit nicht entgegenstehen.

6. Ob im Hinblick auf das Überwachungsverbot zwischen Mandant und Strafverteidiger tatsächlich eine Ausnahme von der Entprivilegierung des § 100 h Abs. 2 Satz 2 StPO - von Verfassungen wegen - geboten wäre, bedarf daher keiner Entscheidung.

615. BVerfG 1 BvR 150/03 (1. Kammer des Ersten Senats) - Beschluss vom 1. Juni 2006 (LG Mühlhausen/AG Eisenach)

Verwendung verbotener Kennzeichen (Begriff des „zum Verwechsell ähnlich“; Parole „Ruhm und Ehre der Waffen-SS“; gesteigerter Grad sinnlich wahrnehmbarer Ähnlichkeit; fehlende Ähnlichkeit mit nationalsozialistischen Parolen); Bestimmtheitsgebot (Analogieverbot; Auslegung; Wortlautgrenze); Meinungsfreiheit.

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG; § 86 a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 86 a Abs. 2 Satz 2 StGB; § 86 Abs. 1 Nr. 4 StGB

1. Art. 103 Abs. 2 GG verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Anwendungsbereich und Tragweite der Straftatbestände sich aus dem Gesetzeswortlaut ergeben oder jedenfalls durch Auslegung ermitteln lassen (vgl. BVerfGE 71, 108, 114; stRspr). Für die Rechtsprechung folgt aus dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit ein Verbot analoger oder gewohnheitsrechtlicher Straf begründung. Dabei ist „Analogie“ nicht im engeren technischen Sinn zu verstehen. Ausgeschlossen ist vielmehr jede Anwendung von Strafrecht, die über den Inhalt einer

gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht; der mögliche Wortsinn des Gesetzes markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation.

2. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 86 a Abs. 2 Satz 2 StGB ist es erforderlich, dass eine Ähnlichkeit zu einem tatsächlich existenten Kennzeichen besteht, dessen Verwendung nach § 86 a Abs. 1 Nr. 1 StGB verboten ist. Die Parole „Ruhm und Ehre der Waffen-SS“ weist eine solche Ähnlichkeit nicht auf.

3. Das Rufen der Parole „Ruhm und Ehre der Waffen-SS“ fällt in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit. In der Bestrafung wegen dieser Äußerung liegt auch ein Eingriff in dieses Grundrecht.

4. Auf den Schutz der Meinungsfreiheit können sich grundsätzlich auch Rechtsextremisten berufen; allerdings sind auch sie an die Schranken der allgemeinen Gesetze gebunden (vgl. BVerfGE 111, 147, 155 ff.).

5. Dem Ziel des § 86 a StGB, die Verwendung bestimmter Symbole in der öffentlichen Auseinandersetzung auszuschließen, dient auch die Regelung in dessen Absatz 2 Satz 2. Wo hingegen das Symbol nicht mit verbotenen Symbolen verwechselt werden kann, kann eine Beschränkung der Meinungsfreiheit durch diese Norm nicht begründet werden.

6. Nach der verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine Parole – wie auch ein sonstiges Kennzeichen – einer anderen „zum Verwechsell ähnlich“, wenn ein gesteigerter Grad sinnlich wahrnehmbarer Ähnlichkeit gegeben ist. Erforderlich sei eine objektiv vorhandene Übereinstimmung in wesentlichen Vergleichspunkten. Es müsse nach dem Gesamteindruck eines durchschnittlichen, nicht genau prüfenden Betrachters eine Verwechslung mit dem Original möglich sein. Dafür genüge nicht, dass sich lediglich einzelne Merkmale des Vorbilds in der Abwandlung wieder finden, ohne dass dadurch einem unbefangenen Betrachter, der das Original kennt, der Eindruck des Originalkennzeichens vermittelt werde (vgl. BGH, NJW 2005, 3223 f.).

620. BVerfG 2 BvR 537/05 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. Juni 2006 (LG Bochum)

Rechtskraft von Aufhebungsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Entscheidung des Beschwerdegerichtes trotz aufgehobenem Durchsuchungs- und Beschwerdebeschluss im Verfahren gegen die Durchsuchungsanordnung); Unverletzlichkeit der Wohnung.

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 95 Abs. 2 BVerfGG

Eine gerichtliche Entscheidung, die das Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt und aufgehoben hat (§ 95 Abs. 2 BVerfGG), kann nicht in einer erneuten fachgerichtlichen Entscheidung für rechtmäßig erklärt werden.

613. BVerfG 2 BvR 2030/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. Juli 2006 (LG Braunschweig/AG Braunschweig)

Unverletzlichkeit der Wohnung (Bestehen von Verdachtsgründen; keine Erforderlichkeit bei weniger einschneidenden Ermittlungsmöglichkeiten; Vorrang möglicher Zeugenbefragungen); richterliche Anordnung (eigenverantwortliche Prüfung; konkrete Anordnung).

Art. 13 Abs. 1 GG; § 102 StPO; § 105 StPO

1. Damit die Unverletzlichkeit der Wohnung durch eine vorbeugende richterliche Kontrolle gewahrt werden kann, hat der Ermittlungsrichter die Durchsuchungsvoraussetzungen eigenverantwortlich zu prüfen. Erforderlich ist eine konkret formulierte, formelhafte Wendungen vermeidende Anordnung, die zugleich den Rahmen der Durchsuchung abstecken und eine Kontrolle durch ein Rechtsmittelgericht ermöglichen kann (vgl. BVerfGE 42, 212, 220 f.; 103, 142, 151 f.).

2. Das Gewicht des Eingriffs in Art. 13 GG verlangt als Durchsuchungsvoraussetzung Verdachtsgründe, die über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen. Ein Verstoß gegen diese Anforderungen liegt vor, wenn sich sachlich zureichende plausible Gründe für eine Durchsuchung nicht mehr finden lassen (vgl. BVerfGE 44, 353, 371 f.; 59, 95, 97).

3. Eine Durchsuchung ist nur dann zulässig, wenn gerade diese Zwangsmaßnahme zur Ermittlung und Verfolgung der in Frage stehenden Straftat erforderlich ist. Dies ist nicht der Fall, wenn andere, weniger einschneidende Mittel zur Verfügung stehen (vgl. BVerfGE 96, 44, 51).

618. BVerfG 2 BvR 1117/06 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. Juni 2006 (LG Chemnitz/AG Chemnitz)

Durchsuchungsanordnung (ausnahmsweise Entbehrlichkeit der weitergehenden Umschreibung des Tatvorwurfs bei sehr detaillierter Beschreibung der zu suchenden Beweismittel); Unverletzlichkeit der Wohnung (Rechtsanwaltskanzlei); Anforderungen an die richterliche Entscheidung (Begrenzungsfunktion; genaue Beschreibung der zu suchenden Gegenstände); ausnahmsweise Nachholung der Tatvorwurfumschreibung im Beschwerdeverfahren; Nichtannahmebeschluss.

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 102 StPO; § 103 StPO

1. Eine mangelhafte Umschreibung des Tatvorwurfes in einem Durchsuchungsbeschluss verletzt jedenfalls dann nicht das Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 und 2 GG, wenn der Durchsuchungsbeschluss die zu suchenden Gegenstände so genau und detailliert benennt, dass es der Umschreibung des Tatvorwurfes nicht mehr bedarf um diese zu identifizieren.

2. Die Kontrollfunktion des Richtervorbehalts (Art. 13 Abs. 2 GG) verbietet ein Nachbessern oder Nachholen einer mangelhaften Umschreibung des Tatvorwurfes im Beschwerdeverfahren nur dann, wenn diese Angaben zur

Begrenzung des Eingriffs auf das zur Zweckerreichung erforderliche Maß erforderlich waren und deshalb den ermittelnden Beamten vor der Durchsuchung zur Kenntnis gelangen mussten (vgl. BVerfG 5, 84, 88; BVerfG NJW 2004, 3171). Außerhalb der für den Vollzug der Durchsuchung unabdingbaren Umgrenzung können Defizite in der Begründung der Durchsuchungsanordnung hingegen durch das Beschwerdegericht nachgebessert werden, etwa zur Darlegung des Tatverdachts oder der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs.

616. BVerfG 1 BvR 2293/03 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 1. Juni 2006 (VGH Baden-Württemberg/VG Stuttgart)

Vernichtung erkennungsdienstlicher Unterlagen nach Einstellung gemäß § 170 Abs. 2 StPO; Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Anspruch auf Vernichtung; Grundrechtsschranken; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; kriminalistischer Restverdacht); Begründung (Formelhaftigkeit; fehlende Gefahrenprognose).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 38 Abs. 1 PolG-BW

1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet die grundsätzliche Befugnis des Einzelnen, selbst über Preisgabe und Verwendung seiner persönlichkeitsbezogenen Daten zu bestimmen. Ein Eingriff in dieses Recht liegt nicht nur in der Erhebung solcher Daten, sondern auch in ihrer Speicherung (vgl. BVerfGE 65, 1, 41 ff.; 84, 239, 279). Zu den geschützten Daten zählen auch die Informationen, die in den erkennungsdienstlichen Unterlagen enthalten sind.

2. Im Fall einer Verfahrenseinstellung nach § 170 Abs. 2 StPO bedarf es der Überprüfung, ob noch Verdachtsmomente gegen den Betroffenen bestehen, die eine Fortdauer der Speicherung zur präventiv-polizeilichen Verbrechensbekämpfung rechtfertigen. Weitere Voraussetzung der Datenspeicherung sind hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass der Betroffene zukünftig eine Straftat begehen wird. Deren Feststellung ist einer schematischen Betrachtung nicht zugänglich, sondern bedarf der eingehenden Würdigung aller hierfür relevanten Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Gründe für die Einstellung des Verfahrens (vgl. BVerfG NJW 2002, 3231, 3232).

614. BVerfG 1 BvR 1299/05 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 21. Juni 2006 (-)

Telekommunikationsgesetz; Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (fachgerichtlicher Rechtsschutz; fehlende Information; Auskunftsklage); Erhebung, Speicherung und Verwendung von Verbindungsdaten und Teilnehmerdaten; Auflagen an Telekommunikationsunternehmen zur Vorhaltung von Daten und Überwachungseinrichtungen auf eigene Kosten; (Teil-)Nichtannahmebeschluss.

§ 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 88 Abs. 3 Satz 1 TKG; § 92 TKG; § 95 Abs. 3 TKG; § 95 Abs. 4 TKG; § 97 Abs. 3 Satz 3 TKG; § 97 Abs. 4 TKG; § 100 TKG; § 110 TKG; § 111 TKG; § 112 TKG; § 113 TKG

1. Eine Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen ein Gesetz setzt voraus, dass das angegriffene Gesetz ohne einen weiteren vermittelnden Akt in den Rechtskreis des Beschwerdeführers einwirkt (vgl. BVerfGE 72, 39, 43). Bedarf es zur Durchführung des Gesetzes eines besonderen Vollzugsaktes, muss der Beschwerdeführer grundsätzlich zunächst diesen Akt angreifen und den gegen ihn eröffneten Rechtsweg erschöpfen, bevor er die Verfas-

sungsbeschwerde erhebt (vgl. BVerfGE 1, 97, 102 f.; 68, 376, 379 f.).

2. Trotz unmittelbarer Betroffenheit durch eine Rechtsnorm ist die Verfassungsbeschwerde subsidiär, wenn ein fachgerichtlicher Rechtsschutz in der Sache erlangt werden kann (vgl. BVerfGE 72, 39, 43 f.; 97, 157, 164 f.).

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht

1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

627. BGH 1 StR 46/06 – Urteil vom 16. Mai 2006 (LG Karlsruhe)

BGHSt; Härteklausele beim Verfall (Entreicherung: entbehrlicher Bezug zu der rechtswidrigen Tat; Bruttoprinzip); Wert des Erlangten bei Tatbeteiligten in einer Handelskette (keine Gesamtschuldnerschaft); Aufrechterhaltung der Rechtsfolge (Anwendung zugunsten des Angeklagten).

§ 73 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB; Art. 14 GG; § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO; § 426 BGB

1. Bei der Härteklausele des § 73c Abs. 1 Satz 2, 1. Alt. StGB (Entreicherung) kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob das vorhandene Vermögen einen Bezug zu der rechtswidrigen Tat hat. (BGHSt)

2. Zum Wert des Erlangten bei Tatbeteiligten in einer Handelskette. (BGHSt)

3. „Bruttoprinzip“ bedeutet, dass nicht bloß der Gewinn, sondern grundsätzlich alles, was der Täter für die Tat oder aus ihr erhalten hat, für verfallen zu erklären ist (BGH NStZ 1995, 491). Bei der Berechnung des bei einem verbotenen „Verkauf“ Erlangten ist deshalb vom gesamten Erlös ohne Abzug des Einkaufspreises und sonstiger Aufwendungen auszugehen (BGHSt 47, 369 [370]; BGH NStZ 1994, 123; NStZ 2000, 480; NStZ-RR 2000, 57; wistra 2001, 388, 389). Insbesondere bei Betäubungsmitteldelikten „besteht kein rechtlich schützenswertes Vertrauen, aus dem verbotenen Geschäft erlangte Vermögensbestandteile behalten zu dürfen, die der Erlös strafbarer Geschäfte sind (BGHSt 47, 369 [372]; BGH NStZ 2001, 312). Das in ein verbotenes Geschäft Investierte soll unwiederbringlich verloren sein (BGHSt 47, 369 [373 f.]). (Bearbeiter)

4. Wirtschaftlich erlangt ist ein Gegenstand oder Wert im Sinne von § 73 Abs. 1 StGB sobald dieser unmittelbar aus der Tat in die eigene Verfügungsgewalt des Täters übergegangen ist. (Bearbeiter)

5. Eine Ermessensentscheidung nach § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB scheidet von vorneherein aus, solange und soweit der Angeklagte über Vermögen verfügt, das wertmäßig nicht hinter dem „verfallbaren“ Betrag zurück bleibt (BGHSt 48, 40 [42]; BGHR StGB § 73c Wert 2). Nachforschungen über die Verwendung der erlangten Beträge, über die Quellen des vorhandenen Vermögens, über Vermögensumschichtungen, über ersparte Aufwendungen usw. sind in diesem Fall grundsätzlich nicht erforderlich. (Bearbeiter)

646. BGH 4 StR 199/06 – Beschluss vom 6. Juli 2006 (LG Paderborn)

Rücktritt vom unbeendetem Versuch (Freiwilligkeit: Hilfeschreie; Erörterungsmangel).
§ 24 Abs. 1 StGB

Entscheidend für die Frage der Freiwilligkeit des Rücktritts ist, ob aus Sicht des Angeklagten für ihn ein zwingendes Hindernis vorlag, die Tat zu vollenden, oder ob er ihre Durchführung noch für möglich hielt (st. Rspr.; vgl. BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 1 Freiwilligkeit 16 bis 18).

649. BGH 5 StR 76/06 – Beschluss vom 29. Juni 2006 (LG Wuppertal)

Bestechung (Amtsträgereigenschaft von kommunalen Abgeordneten); Untreue; Strafzumessung (fehlerhafte Beurteilung der Konkurrenzen; Beruhen); Adhäsionsverfahren (Ungeeignetheit).

§ 11 StGB; § 331 StGB; § 332 StGB; § 266 StGB; § 108e StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 406 Abs. 1 Satz 4 StPO

Kommunale Mandatsträger sind keine Amtsträger, es sei denn, sie werden mit konkreten Verwaltungsaufgaben betraut, die über ihre Mandatstätigkeit in der kommunalen Volksvertretung und den zugehörigen Ausschüssen hinausgehen. Erschöpft sich aber die Tätigkeit eines kommunalen Mandatsträgers im Handeln in Wahlen und Abstimmungen in der Volksvertretung selbst, in Teilen der Volksvertretung wie den Fraktionen oder in den

unmittelbar der Volksvertretung zugehörigen Ausschüssen, kommt lediglich eine Strafbarkeit nach § 108e StGB in Betracht. Gleiches gilt für die Tätigkeit im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen in Volksvertretungen, also etwa für die Einflussnahme auf andere Ratsmitglieder und die sonstige Beteiligung an der politischen Willensbildung auf Gemeindeebene.

612. BGH 3 StR 389/05 – Urteil vom 11. Mai 2006 (LG Hildesheim)

Bestechlichkeit (konkludentes Fordern eines Vorteils); Amtsträger (Aufsichtsratsvorsitzender einer Aktiengesellschaft); Untreue (Treueverhältnis aufgrund Spendenzusage).

§ 332 StGB; § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c) StGB; § 266 StGB

1. Auch der Vorsitzender des Aufsichtsrats einer Stadtwerke-AG kann Amtsträger sein, wenn die AG als eine „sonstige Stelle“ anzusehen ist, bei der der Vorsitzende dazu bestellt ist, Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen. Denn allein durch die Wahl einer privat-

rechtlichen Organisationsform verliert die von den Stadtwerken zu erfüllende Aufgabe nicht den Charakter als Verwaltungsaufgabe. Vielmehr sind Einrichtungen trotz privatrechtlicher Organisationsform Behörden jedenfalls dann gleichzustellen, wenn sie bei der Wahrnehmung dieser Aufgaben derart staatlicher Steuerung unterliegen, dass sie bei Gesamtbewertung der sie kennzeichnenden Merkmale gleichsam als „verlängerter Arm“ des Staates erscheinen.

2. Fordern im Sinne der Bestechungstatbestände ist nicht nur das ausdrückliche, sondern auch das konkludente Verlangen eines Vorteils für eine dienstliche Tätigkeit. Die das Verlangen eines Vorteils objektiv zum Ausdruck bringende, d. h. von einem verständigen Betrachter in der Situation des Angesprochenen so zu verstehende Erklärung des Amtsträgers muss zur Kenntnis des potentiellen Gebers gebracht werden; dabei muss der Vorsatz des Amtsträgers darauf gerichtet sein, dass der Erklärungsempfänger auch den Sinn der Erklärung versteht, während ein diesbezüglicher Erfolg nicht erforderlich ist

2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

635. BGH 4 StR 123/06 – Beschluss vom 13. Juni 2006 (LG Landshut)

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (Außeneingriff und Griff in das Lenkrad bei fahrendem Wagen; straßenverkehrsspezifische Gefahr für Leib oder Leben und Sachen von bedeutendem Wert); gefährliche Körperverletzung (mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung).

§ 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

1. Für § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB erforderlich, aber auch genügend ist, dass die Art der Behandlung durch den Täter nach den Umständen des Einzelfalls (generell) geeignet ist, das Leben zu gefährden (st. Rspr.). Dabei darf aber nicht erst eine mögliche Folge der Körperverletzungshandlung die lebensgefährliche Eignung aufweisen: Der Körperverletzungserfolg muss „mittels“ der Art der Behandlung durch den Täter eintreten.

2. Der Senat hat in einer früheren Entscheidung (NZV 1990, 35) die Auffassung vertreten, bei einem Griff des Beifahrers in das Fahrzeuglenkrad liege ein gefährlicher Eingriff im Sinne des § 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB nur vor, wenn der Täter in der Absicht handelt, den Verkehrsvorgang zu einem Eingriff zu pervertieren, es müsse ihm darauf ankommen, durch diesen in die Sicherheit des Straßenverkehrs einzugreifen. Soll hingegen nur auf einen Verkehrsvorgang Einfluss genommen werden, etwa zur Erzwingung eines bestimmten Fahrverhaltens, so seien die Voraussetzungen des § 315 b StGB nicht gegeben. Ob an dieser Rechtsauffassung uneingeschränkt festzuhalten ist, bleibt offen.

3. Erfolgt eine Tathandlung nach § 315b StGB nicht im Rahmen der Teilnahme am Straßenverkehr (sog. „Außeneingriff“), ist für die Tatbestandserfüllung eine be-

sondere verkehrsfeindliche Einstellung des Täters nicht erforderlich (vgl. hierzu BGHSt 48, 233, 236 f.; BGHR StGB § 315 b Abs. 1 Nr. 2 Hindernisbereiten 3).

4. § 315 b Abs. 1 StGB setzt in allen Tatbestandsvarianten eine besondere kausale Verknüpfung zwischen Gefährdungshandlung und Gefährdungserfolg voraus. Erforderlich ist, dass die Tathandlung eine abstrakte Gefahr für die Sicherheit des Straßenverkehrs bewirkt, die sich zu einer konkreten Gefahr für das Schutzobjekt verdichtet (BGHSt 48, 119, 122). Eine Gefährdung für Leib oder Leben im Sinne des § 315b StGB muss die Folge einer abstrakten Verkehrsgefahr sein.

642. BGH 4 StR 178/06 – Beschluss vom 13. Juni 2006 (LG Saarbrücken)

Sexuelle Nötigung (Gewalt; fortwirkende Drohung; finale Verknüpfung; Vergewaltigung); Strafverfolgungsverjährung (Ruhen); Nötigung.

§ 78 StGB; § 78 b Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 240 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 StGB

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann eine einmal angewandte Gewalt als Drohung im Sinne des § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB fortwirken und dazu führen, dass das Opfer nur aus Furcht vor weiterer Gewalt keinen nennenswerten Widerstand mehr leistet; es kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass bei lang andauernden Missbrauchsverhältnissen immer Gewalt angewendet oder ein Nötigungsmittel im Sinne des § 177 StGB eingesetzt wird (BGHSt 42, 107, 111). Deshalb müssen die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 177 StGB auch bei einer länger dauernden Serie von Tathandlungen grundsätzlich für jede Tat konkret und individualisiert festgestellt werden (BGHSt aaO). Geringere Anforderungen an den Nachweis sind nur hinzunehmen,

wenn sich der Tatrichter im Einzelfall die Überzeugung eines von dem Täter erzeugten und bewusst eingesetzten „Klimas ständiger Gewalt“ verschafft (vgl. BGHR StGB § 177 Serienstraftaten 4 und § 177 Abs. 1 Drohung 11 a.E.).

575. BGH 2 StR 57/06 - Beschluss vom 21. Juni 2006 (LG Koblenz)

Betrug (Täuschung; Irrtum bei bestimmten Personen; rein mechanische Tätigkeit; Darstellungspflicht); Untreue; wettbewerbsbehindernde Absprache (Veranstalter einer Ausschreibung); Beweiswürdigung.
§ 263 StGB; § 266 StGB; § 298 StGB; § 261 StPO

Der Tatbestand des Betrugs setzt voraus, dass die Vermögensverfügung durch einen Irrtum des Getäuschten veranlasst worden ist. Die Urteilsgründe müssen daher darlegen, wer die Verfügung getroffen hat und welche irrigen Vorstellungen er dabei hatte (BGH NJW 2003, 1198, 1199).

622. BGH 1 StR 113/06 – Urteil vom 27. Juni 2006 (LG Augsburg)

Mord (Heimtücke: Arglosigkeit, Wehrlosigkeit, Ausnutzungsbewusstsein: entbehrliches Herbeiführen der überraschenden Angriffsmöglichkeit, Alkoholeinfluss); Beweiswürdigung (erschöpfende).
§ 211 StGB; § 21 StGB; § 261 StPO

Für das bewusste Ausnutzen von Arg- und Wehrlosigkeit genügt es, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich bewusst ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen (BGH NStZ 2003, 535). Es ist nicht erforderlich, dass der Täter die überraschende Angriffsmöglichkeit durch eigenes Veranlassen gezielt herbeiführt.

II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

574. BGH 2 StR 34/06 - Urteil vom 14. Juni 2006 (Landgericht Darmstadt)

Vollzug von Untersuchungshaft als Strafmilderungsgrund (Anrechnung auf die Freiheitsstrafe; besondere Nachteile); Verfall (Verhältnis zur Einziehung).
§ 46 Abs. 2 StGB; § 51 StGB; § 73 StGB; § 74 StGB

1. Die Verbüßung von Untersuchungshaft führt grundsätzlich nicht zu einer Strafmilderung, denn die Untersuchungshaft wird nach § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB regelmäßig auf die zu vollstreckende Strafe angerechnet. Untersuchungshaft kann deshalb allenfalls dann strafmildernde Wirkung zukommen, wenn keine zu verbüßende Freiheitsstrafe verhängt wird oder wenn besondere Umstände hinzutreten.

2. Will der Tatrichter den Vollzug der Untersuchungshaft mildernd bei der Strafzumessung berücksichtigen, müs-

sen besondere Nachteile für den Angeklagten in den Urteilsgründen dargelegt werden. In Betracht kommen etwa eine überlange Verfahrensdauer, eine den Angeklagten besonders belastende Ungewissheit, erstmaliger Vollzug der Untersuchungshaft, das Auftreten einer Haftpsychose, bei einem Ausländer ohne familiäre Bindung in Deutschland oder bei fehlenden Kenntnissen der deutschen oder einer sonst verbreiteten Sprache ein daraus folgender Mangel sozialer Kontakte oder sonstige Haftbedingungen, die über die üblicherweise mit Untersuchungshaft verbundenen Beeinträchtigungen hinaus besondere Erschwernisse enthalten.

3. Der Senat lässt offen, ob der Verfall der Einziehung vorgeht, wenn die Voraussetzungen beider Rechtsinstitute vorliegen.

III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)

659. BGH 5 StR 485/05 – Urteil vom 29. Juni 2006 (LG Wuppertal)

BGHR; Recht auf gesetzlichen Richter (Richter in eigener Sache; Ablehnungsverfahren; Vorbefassung nach Abtrennung von Verfahren gegen Tatbeteiligte und nach deren Verurteilung); Untreue (Vermögensnachteil durch Ausschaltung des Wettbewerbs durch Schmiergeldzahlungen); Adhäsionsverfahren (Ungeeignetheit); redaktioneller Hinweis.

§ 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO; § 266 Abs. 1 StGB; § 338 Nr. 3 StPO; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 406 Abs. 1 Satz 4 StPO

1. Zur Anwendung von § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO bei Vorbefassung des Gerichts nach Abtrennung von Verfahren gegen Tatbeteiligte und deren gesonderter Aburteilung. (BGHR)

2. Kommt es durch Schmiergeldzahlungen an einen Treupflichtigen zur Ausschaltung des Wettbewerbs, liegt es nahe, dass Preise vereinbart werden, die unter Wettbewerbsbedingungen nicht erzielbar wären. In diesem Fall ist die Annahme eines Vermögensnachteils in Höhe sachfremder oder unter Wettbewerbsbedingungen nicht ohne weiteres durchsetzbarer Rechnungsposten gerechtfertigt. (BGHR)

3. Eine notwendige Vorbefassung des Gerichts ist für sich gesehen grundsätzlich kein geeigneter Befangenheitsgrund; dies gilt auch, wenn Verfahren gegen einzelne Angeklagte zur Verfahrensbeschleunigung abgetrennt werden und anschließend ein Schuldspruch wegen Teilnahme an später abzuurteilenden Taten erfolgt. Von jedem Richter ist selbstverständlich zu erwarten, dass er bei dem als Haupttäter Angeklagten auch dann für neue Feststellungen und eine abweichende rechtliche Würdigung offen bleibt, wenn er zuvor in einem abgetrennten Verfahren einen früheren Angeklagten wegen Teilnahme an der dem Haupttäter vorgeworfenen Tat abgeurteilt und sich lediglich in diesem Zusammenhang notwendigerweise die Überzeugung vom Vorliegen einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat gebildet hat. (Bearbeiter)

589. BGH 2 StR 499/05 - Beschluss vom 11. Juli 2006 (LG Wiesbaden)

Ausschluss von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes (Verletzter); nicht rechtsfähiger Verein (Vermögensnachteil der Mitglieder bei Straftat gegen das Vereinsvermögen); Parteivermögen; Untreue; CDU; Manfred Kanther.

§ 22 StPO; § 54 BGB; § 266 StGB

1. Verletzter im Sinne von § 22 Nr. 1 StPO ist ein Richter, wenn er durch die Straftat, die Gegenstand des Verfahrens ist, persönlich unmittelbar in seinen Rechten betroffen ist. Eine nur entfernte oder mittelbare Betroffenheit reicht hierfür nicht aus.

2. Bei einem Vermögensdelikt kommt es für die Verletzeneigenschaft darauf an, ob durch das tatsächliche Geschehen, welches Gegenstand des Strafverfahrens ist, bei dem zur Entscheidung berufenen Richter unmittelbar ein Vermögensnachteil bewirkt worden ist.

3. Mitglieder einer in Form eines nicht rechtsfähigen Vereins organisierten Partei haben am Vereinsvermögen jedenfalls keinen unmittelbaren Anteil, so dass sie nicht Verletzte einer gegen dieses Vermögen gerichteten Straftat im Sinne von § 22 Nr. 1 StPO sind.

633. BGH 4 StR 87/06 – Urteil vom 13. Juli 2006 (LG Essen)

Rechtliches Gehör der Staatsanwaltschaft vor der Bekanntgabe einer Strafobergrenze für den Fall eines Geständnisses; schwerer Bandendiebstahl; Gesamtstrafenbildung.

§ 244 a StGB; § 55 StGB; Vor § 1 StPO; § 33 StPO; § 261 StPO

Teilt der Vorsitzende lediglich auf Bitten der Verteidiger als Ergebnis einer Zwischenberatung mit, dass die erkennende Strafkammer im Fall von Geständnissen bestimmte Strafobergrenzen nicht überschreiten werde, liegt darin regelmäßig nur ein Vorschlag des Gerichts an die Verfahrensbeteiligten zur inhaltlichen Ausgestaltung einer (möglichen) Verständigung, zu dem diese sich äußern können, den sie annehmen, ablehnen oder aber auch inhaltlich modifizieren können und der nicht zur vorheri-

gen Anhörung der Beteiligten zwingt (vgl. auch BGH NStZ 2005, 395, 396).

625. BGH 1 StR 169/06 – Beschluss vom 20. Juni 2006 (LG München)

Recht auf ein faires Verfahren (Wahlverteidigung; Recht auf Verfahrensbeschleunigung von Mitangeklagten als Rechtfertigungsgrund; Terminierungen).

§ 137 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. c EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG

Grundsätzlich hat ein Angeklagter das Recht, sich in einem Strafverfahren von einem Rechtsanwalt seines Vertrauens verteidigen zu lassen (BGH NStZ 1998, 311, 312). Daraus folgt aber nicht, dass bei jeder Verhinderung des gewählten Verteidigers eine Hauptverhandlung gegen den Angeklagten nicht durchgeführt werden könnte. Die Terminierung ist grundsätzlich Sache des Vorsitzenden. Hierüber und insbesondere über Anträge auf Terminsverlegungen oder -aufhebungen hat er nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung der eigenen Terminplanung, der Gesamtbelastung der Kammer, des Gebots der Verfahrensbeschleunigung und der berechtigten Interessen aller Prozessbeteiligten zu entscheiden. Nichts anderes gilt bei entsprechenden Anträgen, die mit der Verhinderung eines Verteidigers begründet werden.

594. BGH 3 StR 77/06 - Urteil vom 1. Juni 2006 (LG Lübeck)

Operative Fallanalyse (Beweisantrag); Totschlag durch Unterlassen (Garantenstellung; Ingerenz); Verdeckungsabsicht (andere Straftat; einheitliches Tatgeschehen; Zäsur).

§ 244 Abs. 3 StPO; § 13 StGB; § 212 StGB; § 211 StGB

1. In der operativen Fallanalyse wird das Ergebnis einer Rekonstruktion des Tathergangs in der Weise zusammengefasst, dass Wahrscheinlichkeitsbetrachtungen angestellt und vermutliche Abläufe geschildert werden. Es obliegt jedoch im Hauptverfahren dem Tatgericht, aus festgestellten Beweistatsachen Schlüsse auf Tatabläufe zu ziehen. Solche Schlüsse Dritter können daher grundsätzlich nicht Gegenstand eines Beweisantrags sein.

2. Bei einem eng zusammenhängenden, zäsurlosen Geschehen, das auf einer einheitlichen Motivation beruht, kann allein der Übergang vom Körperverletzungs- zum Tötungsvorsatz die Annahme zweier selbständiger Taten nicht rechtfertigen. Daher kommt in dieser Konstellation die Annahme eines Verdeckungsmordes in Hinblick auf die zuvor begangene Körperverletzung nicht in Betracht.

648. BGH 5 StR 154/06 – Beschluss vom 13. Juli 2006 (LG Lübeck)

Gesetzlicher Richter (Ablehnungsverfahren; Richter in eigener Sache; Besorgnis der Befangenheit); rechtliches Gehör; Formalentscheidungen nach § 26a StPO (Unzulässigkeit; ungeeignete Begründung); Ablehnung von Beweisanträgen wegen Bedeutungslosigkeit; redaktioneller Hinweis.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 26a StPO; § 338 Nr. 3 StPO; § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO; § 27 StPO; § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

1. Die Gleichsetzung eines Ablehnungsgesuchs, dessen Begründung aus zwingenden rechtlichen Gründen zur Rechtfertigung eines Ablehnungsgesuchs völlig ungeeignet ist, mit einem Ablehnungsgesuch ohne Angabe eines Ablehnungsgrundes (§ 26a Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 StPO) ist grundsätzlich und auch aus verfassungsrechtlicher Sicht unbedenklich (BGHSt 50, 216, 220; BVerfG – Kammer – StraFo 2006, 232, 234). Entscheidend für die Abgrenzung zu „offensichtlich unbegründeten“ Ablehnungsgesuchen, die von § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO nicht erfasst werden, sondern nach § 27 StPO zu behandeln sind, ist die Frage, ob das Ablehnungsgesuch ohne nähere Prüfung und losgelöst von den konkreten Umständen des Einzelfalls zur Begründung der Besorgnis der Befangenheit gänzlich ungeeignet ist (BVerfG – Kammer – StraFo 2006, 232, 235). Jenseits dieser bloß formalen Prüfung darf sich der abgelehnte Richter nicht durch Mitwirkung an einer näheren inhaltlichen Prüfung der Ablehnungsgründe im Rahmen von Entscheidungen nach § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO zum „Richter in eigener Sache“ machen (BVerfG – Kammer – aaO). Die Auslegung des Ablehnungsgesuchs muss darauf ausgerichtet sein, es seinem Inhalt nach vollständig zu erfassen und gegebenenfalls wohlwollend auszulegen, um nicht im Gewande der Zulässigkeitsprüfung in eine Begründetheitsprüfung einzutreten (BVerfG – Kammer – aaO).

2. Danach ist die Zurückweisung eines Ablehnungsgesuchs unbedenklich, das lediglich damit begründet worden ist, der Richter sei an einer Vorentscheidung zu Lasten des Angeklagten beteiligt gewesen (BGHSt 50, 216, 221). Dies gilt namentlich auch für die Ablehnung von Beweisanträgen (BGHSt 50, 216, 221). Gerade die Zurückweisung eines Beweisantrags wegen Bedeutungslosigkeit gemäß § 244 Abs. 3 Satz 2 Variante 2 StPO gebietet es, die Tatsachen anzugeben, aus denen sich ergibt, warum die unter Beweis gestellte Tatsache, wenn sie erwiesen wäre, die Entscheidung des Gerichts nicht beeinflussen könnte (BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Bedeutungslosigkeit 26 m.w.N.). Die damit einhergehende Mitteilung einer auch für den Angeklagten nachteiligen Beweiswürdigung des Gerichts vor Urteilsverkündung ist prozessimmanent und demnach vom Angeklagten hinzunehmen. Beweiswürdigung sachliche Erwägungen – seien sie auch geeignet, eine den Schuldvorwurf begründende Subsumtion erkennen zu lassen – können für sich nicht zum Gegenstand eines zulässigen Befangenheitsantrags erhoben werden. Darauf beschränkte Gesuche können daher nach § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO beschieden werden.

3. Anders verhält es sich allerdings beim Hinzutreten besonderer Umstände, die über die Tatsache einer negativen Vorentscheidung als solcher sowie die damit notwendig verbundenen inhaltlichen Äußerungen hinausgehen (vgl. BGHSt 50, 216, 221). Dies kann etwa der Fall

sein, wenn Äußerungen in Vorentscheidungen nach der Sachlage unnötige und sachlich unbegründete Werturteile enthalten oder ein Richter sich bei einer Vorentscheidung in sonst unsachlicher Weise zum Nachteil des Angeklagten oder seines Verteidigers äußert (vgl. BGHSt 50, 216, 222).

611. BGH 3 StR 284/05 - Urteil vom 29. Juni 2006 (Kammergericht Berlin)

Beweiskraft des Protokolls (Unklarheiten; Mängel; Lücken; Widersprüche); Protokollberichtigung (Berücksichtigung durch das Revisionsgericht; Beweiskraft). § 274 StPO

1. Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass ein Protokoll auch noch nach seiner Unterzeichnung durch übereinstimmende Erklärungen der Urkundspersonen berichtigt werden kann und sogar muss, wenn sie dessen Unrichtigkeit erkennen (st. Rspr.; vgl. BGH NSTZ-RR 2006, 112; BGHSt 1, 259 ff.; 2, 125 ff.; 10, 145 ff.). Dabei kommt der Berichtigung die volle Beweiskraft gemäß § 274 StPO zu (BGHSt 1, 259 ff.). Allerdings schränkt die Rechtsprechung bislang die Wirkung einer solchen Protokollberichtigung dahin ein, dass sie vom Revisionsgericht nicht zu beachten ist, wenn dadurch einer bereits vorher erhobenen Verfahrensrüge der Boden entzogen würde (vgl. Nachw. bei BGH NSTZ-RR 2006, 112).

2. Einem Protokoll, das aus der Niederschrift selbst heraus ersichtliche Unklarheiten, Mängel, Lücken oder Widersprüche enthält, kommt insoweit keine Beweiskraft zu (st. Rspr.; vgl. Nachw. bei BGH NSTZ-RR 2006, 112).

643. BGH 4 StR 182/06 – Beschluss vom 13. Juni 2006 (LG Dortmund)

Wirksame Revisionsrücknahme der durch den Verteidiger eingelegten Revision durch den Angeklagten (Voraussetzung der Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten). § 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

Eine Rücknahmeerklärung ist nur dann wirksam, wenn der Erklärende bei deren Abgabe verhandlungsfähig war. Dies ist gegebenenfalls vom Revisionsgericht im Freibeweisverfahren zu klären (vgl. BGH NSTZ 1983, 280; bei Kusch NSTZ 1997, 378).

572. BGH 2 StR 10/06 - Beschluss vom 21. Juni 2006 (LG Koblenz)

Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung; fragwürdige Zeugenaussage; Tateinheit (teilweise Identität der Ausführungshandlungen); Betrug; Täterschaft (Kurier; Abgrenzung zur Beihilfe). § 261 StPO; § 52 StGB; § 263 StGB; § 29 BtMG

Einer Aussage, an deren Richtigkeit der Tatrichter selbst Zweifel hat, darf auch kein lediglich eine andere, ebenfalls zweifelhafte Aussage bestätigender Wert beigemessen werden. Die auf Grund eines möglichen Falschbelassungsmotivs zweifelhafte Bestätigung einer ohnehin fragwürdigen Aussage bildet keine tragfähige Grundlage für eine Überzeugungsbildung.

IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

586. BGH 2 StR 217/06 - Beschluss vom 23. Juni 2006 (LG Bonn)

Bande (Bandenabrede); Mittäterschaft.

§ 29a BtMG; § 30 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB

1. Eine Bande ist ein Zusammenschluss von mindestens drei Personen mit dem Ziel, künftig für eine gewisse Dauer im gemeinsamen Zusammenwirken eine Mehrzahl von selbständigen Straftaten des jeweils im Gesetz genannten Deliktstyps zu begehen. Es reicht nicht aus, dass lediglich zwei Personen durch eine solche Verabredung verbunden sind und für die Begehung der Einzeltaten

jeweils unterschiedliche, in die Bandenabrede nicht einbezogene Dritte gewinnen.

2. Zwar setzt das Bestehen einer Bande keine Mittäterschaft zwischen den mindestens drei Tatbeteiligten voraus. Die Bande ist keine besondere oder „gesteigerte“ Form der (Mit-)Täterschaft. Bandenmitgliedschaft setzt aber stets voraus, dass der jeweilige Täter oder Teilnehmer in die Bandenabrede einbezogen ist. Das gilt auch dann, wenn er an einzelnen der Bandentaten nicht beteiligt ist.

Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

Sterbehilfe zwischen Selbstbestimmung und Fremdbestimmung – Kritische Anmerkungen zur aktuellen Sterbehilfedebatte

Von *Prof. Dr. Ulfrid Neumann, Frankfurt am Main* und *Prof. Dr. Frank Saliger, Bucerius Law School Hamburg*

I. Einleitung

In Hinblick auf die aktuelle rechtspolitische Auseinandersetzung zur Sterbehilfe, die auch Gegenstand der Beratungen des 66. DJT im September dieses Jahres in Stuttgart sein wird,¹ ist es verdienstvoll, dass eine interdisziplinär zusammengesetzte Arbeitsgruppe (neben der Strafrechtswissenschaft sind auch Medizin und Theologie vertreten), darunter zahlreiche Mitglieder des Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Alternativ-Professoren), zu diesem Problembereich einen Gesetzesentwurf vorgelegt hat, der die umstrittenen Fragen zur Klarheit führen und damit in einem in der Praxis immer bedeutsamer werdenden Bereich Rechtssicherheit gewährleisten soll.² Die Erarbeitung eines solchen Entwurfs, an dem sich die Diskussion orientieren und strukturieren kann, ist zu

begrüßen – unabhängig davon, inwieweit die vorgeschlagenen Regelungen im einzelnen Zustimmung verdienen.

Vorab ist allerdings festzustellen, dass die gewählte Bezeichnung „Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung“ (im folgenden AE-StB) die Sache jedenfalls hinsichtlich des letzteren Begriffs nicht trifft. Denn unter dem vor allem von ärztlicher Seite propagierten Begriff der „Sterbebegleitung“³ verstand man im juristischen Schrifttum bislang ganz überwiegend die nicht lebensverkürzende menschliche Fürsorge und Zuwendung, die einem Sterbenden gewährt wird und deren (straf)rechtliche Unbedenklichkeit außer Zweifel steht.⁴ In dem Entwurf geht es demgegenüber um die strafrechtliche Bewertung lebensverkürzender Handlungen und Unterlassungen, die als Maßnahmen der Sterbehilfe i. e. S. („Hilfe beim Sterben“) und i. w. S. („Hilfe zum Sterben“) bezeichnet werden⁵ und die nach dem Entwurf in bestimmten Fällen die Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen auch gegen den Willen des Patienten einschließen.⁶ Die Bezeichnung „Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung“ ist deshalb einerseits irreführend, andererseits als neuer Begriffsvorschlag unzumutbar, weil er den wesentlich auch lebensverkürzenden Charakter etwa einer Behandlungsbegrenzung oder Behandlungsbeendigung am Lebensende verdun-

³ Siehe die Grundsätze der Bundesärztekammer zur Sterbebegleitung, NJW 2004, H. 23, S. XXXII f.

⁴ Vgl. nur Roxin, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Medizinstrafrecht, 2. Aufl. 2001, S. 93 ff., 116; Antoine, Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung, 2004, S. 29 f.; Nationaler Ethikrat, Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende, 2006, S. 28. Der Begriff der Sterbebegleitung entspricht insoweit den Begriffen der „reinen“ oder „echten“ Sterbehilfe; vgl. dazu Saliger, KritV 2001, 396 ff.

⁵ Vgl. § 214 Abs. 1 AE-StB (dazu unten II.1.).

⁶ Vgl. § 215 Abs. 1 Nr. 4 AE-StB (dazu unten II.1.b.).

¹ Mit Gutachten von Torsten Verrel und Referaten von Gian Domenico Borasio, Klaus Kutzer und Wolfgang Putz zum Thema „Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung“.

² Vgl. Schöch/Verrel, Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StB), GA 2005, 553. Der AE-StB bildet die Grundlage der von Verrel in seinem Gutachten für den Juristentag vorgestellten Regelungsvorschläge, siehe Gutachten, 66. DJT 2006, C 11.

kelt.⁷ Der Begriff der Sterbehilfe sollte deshalb – zumindest als Oberbegriff – ohne Not nicht aufgegeben werden.⁸

Ob sich der Entwurf mit der Kennzeichnung als „*Alternativ-Entwurf*“ zu Recht – jenseits einer Rechtfertigung durch bestimmte personelle Kontinuitäten – in die große Tradition liberaler Strafgesetzentwürfe einreicht, für die Namen wie *Jürgen Baumann*, *Arthur Kaufmann* und *Ulrich Klug* stehen, ist zumindest fraglich. Denn der Entwurf enthält zwar einige begrüßenswerte Klarstellungen zur Verbindlichkeit autonomer Entscheidungen des Patienten (insbesondere der sog. Patientenverfügung); stellt sich aber in umstrittenen Fragen (Zulässigkeit aktiver Sterbehilfe in Extremsituationen) auf die Seite der Befürworter einer strikten Strafbarkeit und geht in wichtigen Punkten mit seinen Kriminalisierungsvorschlägen über den *de lege lata* strafbaren Bereich deutlich hinaus (Bestrafung der Nichthinderung eines freiverantwortlich unternommenen Suizids jenseits der Fälle des Bilanzselbstmords [§ 215 Abs. 1 AE-StB]; Einführung eines Tatbestands der „Unterstützung einer Selbsttötung aus Gewinnsucht“ [§ 215 a AE-StB]). Insgesamt fällt der Entwurf, gemessen an den Zielen der Liberalisierung und Humanisierung des Strafrechts, deutlich hinter den AE-Sterbehilfe von 1986 zurück.⁹ Es wäre freilich ungerecht, dies maßgeblich den Autoren anzulasten. Sieht man den Entwurf im aktuellen Kontext exzessiver Strafbarkeitswünsche, wie sie in anderen Gesetzesentwürfen¹⁰, aber auch in literarischen Äußerungen¹¹ oder politischen Statements¹² zum Ausdruck kommen, so wird deutlich, dass sich seit der Zeit des AE-Sterbehilfe von 1986 die rechtspolitischen Koordinaten verschoben haben. Konnten strafrechtliche Alternativentwürfe seinerzeit noch auf eine Liberalisierung des geltenden Rechts setzen, so müssen sie ihre Aufgabe heute in erster Linie darin se-

⁷ Saliger, KritV 2001, 395 f. Bemerkenswert ist, dass selbst Verrel den Ausdruck Sterbebegleitung für „beschönigend“ hält, Gutachten 66. DJT, 2006, C 9 Fn. 1.

⁸ Eine andere Frage ist, ob auch an der Unterscheidung von aktiver, passiver und indirekter Sterbehilfe festgehalten werden sollte. Verrel bezeichnet den Begriff der Sterbehilfe selbst dagegen ohne Begründung als „gleichermaßen unscharf wie emotional besetzt“ und sieht deshalb „eine schlechthin unangreifbare Bezeichnung ... nicht in Sicht“ (Gutachten 66. DJT, 2006, C 9 Fn. 1).

⁹ Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe (AE-Sterbehilfe), vorgelegt von Jürgen Baumann u.a., 1986.

¹⁰ Gesetzesantrag der Länder Saarland, Thüringen, Hessen v. 27. 3. 2006 (BR-Dr. 230/06) – Entwurf eines Gesetzes zum Verbot der geschäftsmäßigen Vermittlung von Gelegenheiten zur Selbsttötung –, demzufolge die „geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung“ mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden soll. Wie hoch das affektive Potential ist, das teilweise die Diskussion bestimmt und offenbar auch offizielle Gesetzesentwürfe steuert, zeigen der Boulevardpresse nachempfundene Formulierungen wie die, es sei angesichts der Tätigkeit von Sterbehilfeorganisationen eine „Einbahnstraße in den Tod binnen 24 Stunden“ nicht mehr auszuschließen (S. 5 der Begründung des Gesetzesantrags).

¹¹ Vgl. etwa Höfling, MedR 2006, 25, 27, 31.

¹² Vgl. etwa das Interview mit der niedersächsischen Justizministerin Heister-Neumann in Die Welt v. 22. 10. 2005; dazu Birkner, ZRP 2006, 52.

hen, den bedenklichsten Auswüchsen einer seit vielen Jahren expandierenden Strafgesetzgebung entgegen zu steuern. Unter diesem Gesichtspunkt verdient der AE-StB bei aller Kritik, die im einzelnen vorzubringen sein wird, Anerkennung und Respekt.

II. Die Regelungsvorschläge im einzelnen

1. Beenden, Begrenzen oder Unterlassen lebenserhaltender Maßnahmen (§ 214 AE-StB)

Insgesamt wichtige Fortschritte bringt der AE-StB für den in den Praxis hochbedeutsamen Bereich der passiven Sterbehilfe.

a) Aufgabe der Begriffstrias von passiver, indirekter und aktiver Sterbehilfe

Der AE-StB wendet sich zunächst gegen den Begriff der passiven Sterbehilfe, der häufig auf ein bloßes Unterlassen verkürzt werde¹³ und zudem in Verbindung mit einer insbesondere bei Ärzten verbreiteten Assoziation von Aktivität mit Strafbarkeit zu einer restriktiven Handhabung von Behandlungseinstellungen führe. Der AE-StB verzichtet daher auf die bisherige Begriffstrias und spricht anstatt von passiver Sterbehilfe von „Beenden, Begrenzen oder Unterlassen lebenserhaltender Maßnahmen“ und anstatt von indirekter Sterbehilfe von „leidensmindernden Maßnahmen“; allein der Begriff der aktiven Sterbehilfe wird beibehalten.¹⁴

Diese begriffliche Weichenstellung ist sowohl bemerkens- wie begrüßenswert. Bemerkenswert ist der Begriffswchsel, weil er in Verbund mit der Themenstellung des diesjährigen Juristentages „die Rückkehr der Sterbehilfe in das Strafrecht“¹⁵ durch Aufgabe gerade jener handlungskategorialen Begriffstrias einleiten soll, die typisch strafrechtlich ist und insoweit die jahrzehntelange Dominanz des Strafrechts im Sterbehilferecht bis Ende der 90er Jahre symbolisierte. Begrüßenswert ist die neue Begriffsperspektive, weil die scheinbar scharfen Unterscheidungen der Begriffstrias – ausnahmslose Strafbarkeit der aktiven Sterbehilfe, spezifische Strafflosigkeit der indirekten und passiven Sterbehilfe – in der Tat im Lichte der Sterbeautonomie weder dogmatisch und wertungsmäßig überzeugen, noch dem ärztlichen Alltag gerecht werden.¹⁶ Freilich passt der Begriffswchsel besser zu einem intradisziplinären, die Perspektiven von Zivilrecht, öffentlichem Recht und Strafrecht gleichermaßen integrierenden Sterbehilferecht¹⁷ als zu dem Vorhaben, die Hegemonie des Strafrechts über die Sterbehilfe wiederherstellen zu wollen. Immerhin ist es der 12. Zivilsenat des BGH in seiner Grundsatzentscheidung aus

¹³ Siehe zu dieser Kritik bereits NK-Neumann, Vor § 211 Rn. 100.

¹⁴ AE-StB, S. 560 ff., 573 ff. und 582 ff.

¹⁵ So Verrel, Gutachten 66. DJT, C 9.

¹⁶ Siehe zu dieser Kritik bereits Saliger, ARSP-Beiheft Nr. 75, 2000, S. 134 ff.; Merkel, in: ders./Hegselmann (Hrsg.), Zur Debatte über Euthanasie, 1991, 85 ff. und 90 ff.

¹⁷ Dazu Saliger, KritV 2001, 435 ff. und auch 421 ff.

2003 gewesen, der bereits die vom AE-StB hier hervor- gehobene Einsicht formuliert hat, dass das Legen einer Magensonde zur künstlichen Flüssigkeits- und Nah- rungszufuhr ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff ist.¹⁸

b) Einseitiger Behandlungsabbruch bei nahe bevor- stehendem Tod?

Zustimmung verdient der AE-StB ferner, soweit er in § 214 AE-StB die Sterbehilfe nicht auf Patienten in unmittelbarer Todesnähe beschränkt.¹⁹ Im Hinblick auf den Schutz von Sterbeautonomie und Menschenwürde ist es nicht zu rechtfertigen, Sterbehilfe auf Hilfe für Sterbende („Hilfe beim Sterben“) zu begrenzen. Wie gerade die stark um- strittenen Fälle der Sterbehilfe für Wachkoma-Patienten (Apalliker) belegen, besteht ein Bedürfnis auch für eine „Hilfe zum Sterben“, also für eine Sterbehilfe gegenüber Patienten, bei denen der Sterbevorgang noch nicht einge- setzt hat und die trotz einer irreversiblen schweren Grunderkrankung unter Einsatz von Medizintechnik noch Jahre am Leben erhalten werden können. Allerdings verbinden die Autoren des AE-StB das zutreffende Ein- treten für ein weites Sterbehilfeverständnis mit zwei problematischen Folgerungen. Zum einen meinen sie, „Sterbebegleitung“ gänzlich von irreversiblen Krank- heitsverläufen abkoppeln zu sollen, so dass auch Fälle der Behandlungsverweigerung etwa aus religiösen Grün- den (Zeugen Jehovas) unter Sterbebegleitung fallen.²⁰ Aber das ist kontraintuitiv. Bislang assoziiert der fach- und umgangssprachliche Sprachgebrauch mit der Rede von Euthanasie und Sterbehilfe allein Krankheitssituati- onen, die eine schwere unheilbare Krankheit als Grund- voraussetzung haben. Denn nur diese Krankheitssituati- onen zeichnet jene Schicksalhaftigkeit aus, die Gefähr- dungen von Sterbeautonomie und Menschenwürde typi- scherweise besorgen läßt. Insoweit verlöre der Begriff der Sterbehilfe seine spezifische Struktur, wollte man wie der AE-StB jede Behandlungsverweigerung, die tödliche Folgen nach sich ziehen kann (Amputationen, Bluttrans- fusionen etc.), unter „Sterbebegleitung“ subsumieren.²¹

Zum anderen, und noch problematischer, wertet der AE- StB die als Begrenzungen abgelehnten Aspekte der un- mittelbaren Todesnähe und infausten Prognose zu eigen- ständigen, vom (mutmaßlichen) Willen des Patienten unabhängigen Beurteilungskriterien für die Therapiebe- grenzung bei nahe bevorstehendem Tod auf.²² Danach soll ein Behandlungsabbruch auch dann nicht rechtswid- rig sein, wenn bei nahe bevorstehendem Tod im Hinblick auf den Leidenszustand des Betroffenen und die Aus- sichtslosigkeit einer Heilbehandlung eine Weiterbehand- lung nach ärztlicher Erkenntnis nicht mehr angezeigt ist (§ 214 Abs. 1 Nr. 4 AE-StB). Begründet wird der Rege- lungsvorschlag damit, dass „die Klarstellung der Straflo- sigkeit des Helfens beim Sterben“ geboten ist, „um Ärz- ten die Zurückweisung von nicht mehr indizierten Be-

handlungswünschen des Patienten oder seiner Angehöri- gen zu ermöglichen.“²³ Grundlage ist die verbreitete Auffassung, dass die ärztliche Behandlungspflicht nur im Rahmen des medizinisch Indizierten bestehe und die Sterbeautonomie des Betroffenen als reines Abwehrrecht kein Recht auf eine bestimmte Behandlung einschließlich des Einsatzes aller medizintechnisch möglichen Maß- nahmen beinhalte.²⁴

Dieser Regelungsvorschlag stimmt wörtlich überein mit § 214 Abs. 1 Nr. 4 AE-Sterbehilfe 1986, überzeugt aller- dings heute so wenig wie damals. Zweifelhaft sind insbe- sondere Begründung und Notwendigkeit. Die medizini- sche Indikation allein trägt in dieser Reichweite keinen Behandlungsabbruch. Natürlich findet die Behandlungsp- flicht des Arztes ihre Grenze in dem medizintechnisch Möglichen. Aber der ärztlichen Vernunftthoheit wird im Begriff der medizinischen Indikation zuviel aufgebürdet, wenn sie einen Behandlungsabbruch ohne oder sogar gegen den Willen des Patienten und damit eine „Zwang- sterbehilfe“ begründen soll. *Normativ* sind die Ärzte nicht die „Herren über Leben und Tod“. Zudem bewegt sich der Begriff der medizinischen Indikation im Schnitt- feld zwischen Naturwissenschaft und Medizinethik und ist daher allein zu unscharf, eine einheitliche Praxis der einseitigen Behandlungsbegrenzung sicherzustellen. Auch die Autoren des AE-StB erkennen die „Gefahren“, die mit einer „ausschließlichen ärztlichen Entschei- dungskompetenz am Lebensende“ verbunden sein kön- nen, glauben sie aber unter Hinweis auf die „sehr engen Voraussetzungen der Irreversibilität und der unmittelba- ren Todesnähe“ vernachlässigen zu können.²⁵ Jedoch ist selbst die Formulierung „nahe bevorstehender Tod“ interpretationsbedürftig, weil Sterbeprozesse vom tödli- chen Grundleiden abhängig sind und daher je nach Krankheit unterschiedlich lange dauern können.²⁶

Davon abgesehen erscheint § 214 Abs. 1 Nr. 4 AE-StB auch nicht erforderlich. In der großen Mehrzahl der Fälle dürfte sich ein Behandlungsabbruch bei nahe bevorste- hendem Tod ohne weiteres auf den mutmaßlichen Willen des Patienten stützen lassen, sofern hier nicht ohnehin bereits § 214 Abs. 1 Nr. 3 AE-StB greift.²⁷ Was die ü- bermäßigen Behandlungswünsche anbelangt, so ist zwis- chen den Wünschen des Patienten einerseits, seinen nahen Angehörigen andererseits zu differenzieren: Nicht mehr indizierte Behandlungswünsche der Angehörigen des Patienten sind schlicht irrelevant, weil es ausschließ- lich um den Willen des Patienten geht. Das (eher seltene) Problem von übermäßigen Behandlungswünschen des Patienten selbst sollte dagegen in Entsprechung zu dem (seltenen) Fall, dass der Patient pflegerische Maßnahmen (z.B. Waschen) verweigert²⁸, durch Aufklärung, Zu-

¹⁸ BGHZ 154, 205, 210; dazu Saliger, MedR 2004, 237; siehe auch AE-StB, S. 561.

¹⁹ AE-StB, S. 562 f., 584.

²⁰ AE-StB, S. 563.

²¹ Näher Saliger, KritV 2001, 419.

²² AE-StB, S. 562, 572 f.

²³ AE-StB, S. 573.

²⁴ AE-StB, S. 572 f.; vgl. auch Verrel, Gutachten 66. DJT, 2006, C 99 ff. und BGHZ 154, 205, 224.

²⁵ AE-StB, S. 573.

²⁶ Zu den Schwierigkeiten der Begriffsbildung im Bereich der Sterbehilfe, insbesondere in bezug auf den Begriff des Sterbens Saliger, KritV 2001, 382, 400 ff.

²⁷ Vgl. dazu AE-StB, S. 566.

²⁸ Siehe AE-StB, S. 561 f.

spruch und Zuwendung bewältigt werden. Im Sinne dieser weisen Selbstbeschränkung hat der AE-StB auch – anders noch als § 214 Abs. 1 Nr. 2 AE-Sterbehilfe 1986 – im Ergebnis mit Recht auf eine Regelung zur Zulässigkeit des einseitigen Behandlungsabbruchs bei Wachkoma-Patienten verzichtet.²⁹

c) Anerkennung von Patientenverfügungen im StGB

Im Kern zu begrüßen sind die Vorschläge der Autoren des AE-StB zur Problematik der Patientenverfügungen. Das gilt zunächst für die Anerkennung von Patientenverfügungen als eigenständige Legitimationsgrundlage für passive Sterbehilfe.³⁰ So soll eine Behandlungsbegrenzung u.a. dann nicht rechtswidrig sein, wenn der Betroffene dies in einer wirksamen schriftlichen Patientenverfügung für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit angeordnet hat (§ 214 Abs. 1 Nr. 2 AE-StB). Nachdem der AE-Sterbehilfe 1986 noch auf Vorschriften über die Patientenverfügung gänzlich verzichtet³¹, der 1. Strafsenat des BGH 1994 im Kemptener Fall Patientenverfügungen lediglich Indizwert zugesprochen³² und erst der 12. Zivilsenat des BGH 2003 als erstes deutsches Gericht die grundsätzliche Rechtsverbindlichkeit von Patientenverfügungen anerkannt hatte³³, verschließt sich damit auch der AE-StB nicht der heute im Zivil- und Medizinrecht sowie in der aktuellen rechtspolitischen Diskussion dominierenden Auffassung von der prinzipiellen Rechtsverbindlichkeit von Patientenverfügungen.³⁴

Zuzustimmen ist den Autoren des AE-StB dabei darin, dass sie die Patientenverfügung – anders als teilweise vertreten³⁵ – nicht auf bestimmte Erkrankungen beschränken, insbesondere Patientenverfügungen auch für die Fälle der Demenz und des Wachkomas zulassen.³⁶ In der Tat besteht gerade in diesen Konstellationen die erhöhte Gefahr von selbstbestimmungswidrigen Würdeverletzungen, die es abzuwehren gilt. Beifall verdient auch, dass der AE-StB sich gegen überzogene Verbindlichkeitsvoraussetzungen für Patientenverfügungen wendet. Akzeptiert man die Maxime, dass an Patientenverfügungen grundsätzlich keine strengeren Wirksamkeitsvoraussetzungen zu stellen sind als an Testamente³⁷, so bedarf es für wirksame Patientenverfügungen keiner

vorherigen dokumentierten ärztlichen Aufklärung³⁸, keiner notariellen Beglaubigung oder einer Erneuerung in regelmäßigen Zeitabständen.

Damit ist namentlich das Problem der Schriftlichkeit von Patientenverfügungen als Wirksamkeitsvoraussetzung angesprochen, für die der AE-StB votiert. Er begründet das Schriftlichkeitserfordernis mit der Gewährleistung eines unerlässlichen Mindestmaßes an Ernsthaftigkeits- und Missbrauchskontrolle, der Entsprechung zum allgemeinen Begriffsverständnis („Patiententestament“) sowie der Notwendigkeit sauberer Abgrenzungen zu früheren und aktuellen mündlichen Willensäußerungen.³⁹ Tatsächlich ist aus diesen Gründen die schriftliche Abfassung von Patientenverfügungen zu empfehlen. Die Gründe tragen aber nicht zwingend das Schriftlichkeitsgebot auch als Wirksamkeitsvoraussetzung. Denn durch ein Schriftlichkeitserfordernis werden frühere mündliche Willensäußerungen des Patienten tendenziell entwertet, weshalb zur Vermeidung von Nachteilen für die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts Patientenverfügungen formlos sein sollten.⁴⁰

Davon abgesehen verweist das Plädoyer der Autoren des AE-StB für das Schriftlichkeitserfordernis bei Patientenverfügungen auf ein grundsätzliches methodisches Problem in der Verhältnisbestimmung zwischen Zivilrecht und Strafrecht. Der AE-StB befürwortet entschieden eine gesetzliche Anerkennung der Patientenverfügung auch im Strafrecht, weil die Zulässigkeit von Behandlungsbegrenzungen für ihn „im Kern nicht primär ein zivilrechtliches Problem, sondern vor allem eine Fragestellung des Strafrechts“ ist (weshalb eine isolierte Regelung der Problematik im Zivilrecht nicht tunlich sein soll).⁴¹ Auf dieser Aussage gründet der AE-StB eine grundsätzlich strafrechtsautonome Sicht auf im Kern zivilrechtliche Fragen. Bei der Patientenverfügung führt ihn das nicht nur – nicht zwingend – zum Schriftlichkeitserfordernis. Er begreift die wirksame Patientenverfügung darüber hinaus als eigenständige Legitimationsgrundlage, die „zwischen dem ausdrücklichen und dem mutmaßlich gewünschten Behandlungsverzicht steht.“⁴² Aber eine solche strafrechtsautonome „Zwischensicht“ ist nicht unproblematisch. Denn sie suggeriert eine Nachrangigkeit der Patientenverfügung gegenüber der ausdrücklichen aktuellen Willensäußerung und wird damit der Bedeutung wirksamer Patientenverfügungen nicht vollständig gerecht. Zivilistisch betrachtet bezeichnen ausdrückliche aktuelle Erklärung und wirksame Patientenverfügung vielmehr eigenständige und gleichrangige

²⁹ AE-StB, S. 568 f.

³⁰ AE-StB, S. 563 ff. (565 ff.).

³¹ AE-Sterbehilfe (Fn. 9), S. 6.

³² BGHSt 40, 257, 263.

³³ BGHZ 154, 205, 217; dazu Saliger, MedR 2004, 237 f.

³⁴ Siehe etwa Referentenentwurf 3. Betr.ÄndG vom 01.11.2004, S. 3, 12 f.; Bericht der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ vom 10.06.2004, S. 16 ff., 45 ff.; Zwischenbericht Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“ vom 13.09.2004, BT-Drucks. 15/3700, S. 17 ff.; Grundsätze der Bundesärztekammer, NJW 2004, H. 23, S. XXXII f.; weitere Nachweise bei NK-Neumann, Vor § 211 Rn. 109 ff.

³⁵ So insbesondere die Enquete-Kommission, BT-Drucks. 15/3700, S. 38 f., für die Demenz- und Wachkoma-Patienten „außerhalb der Möglichkeiten einer Patientenverfügung“ liegen.

³⁶ AE-StB, S. 567 f.

³⁷ NK-Neumann, Vor § 211 Rn. 111 mwNw.

³⁸ Dagegen AE-StB, S. 567.

³⁹ AE-StB, S. 566.

⁴⁰ NK-Neumann, Vor § 211 Rn. 111; ebenso Bundesärztekammer NJW 2004, H. 23, S. XXXII; Referentenentwurf 3. Betr.ÄndG vom 1.11.2004, S. 16 f.; Arbeitsgruppe „Patientenautonomie“, S. 16.

⁴¹ AE-StB, S. 564; vgl. auch Verrel, Gutachten 66. DJT, 2006, C 57 ff. (und C 34 ff.), der die neue (alte) primäre Regelungszuständigkeit des Strafrechts für die Sterbehilfe mit Emphase maßgeblich aus den vermeintlich chaotischen Folgen einer selbstbestimmungsfeindlichen Zivilrechtsprechung herleitet.

⁴² AE-StB, S. 565.

Erklärungen, nur eben für verschiedene Sachverhalte, nämlich die Patientenverfügung nur für den Fall der aktuellen Einwilligungsunfähigkeit des Patienten. Insofern ist die wirksame Patientenverfügung die verbindliche ausdrückliche Erklärung des Patienten für den Zustand seiner Einwilligungsunfähigkeit.

d) „Ergänzungen“ oder „Beschneidungen“ des Betreuungsrechts?

Eine tendenziell strafrechtsautonome Perspektive kennzeichnet auch die Positionen des AE-StB, die er als „Ergänzungen des Betreuungsrechts“ präsentiert. Dabei verdient zunächst Anerkennung, dass der AE-StB dem Betreuungsrecht überhaupt Raum gibt. Noch 1986 hatte der AE-Sterbehilfe auf prozedurale Regelungen verzichtet, um die persönliche Verantwortung zu stärken.⁴³ 20 Jahre später ist dem AE-StB die prozedurale Rationalität einer vormundschaftsgerichtlichen Mitwirkung dagegen unverzichtbar.⁴⁴ Allerdings geht es dem AE-StB in seiner strafrechtsautonomen Perspektive nur um eine „gebremste“ Prozeduralisierung: Von Anfang an sucht er einen Kompromiß zwischen betreuungsrechtlicher Kontrolle und Absicherung einerseits und Praktikabilität sowie Erhalt der persönlichen Entscheidungsfreiheit von Ärzten und Stellvertretern des Patienten andererseits.⁴⁵

Konkret gestaltet sich der Kompromiß so, dass das Vormundschaftsgericht nur zuständig sein soll, wenn Arzt und Betreuer hinsichtlich der Beurteilung des Willens eines noch nicht Sterbenden uneins sind oder Zweifel haben. Die vormundschaftsgerichtliche Kontrolle soll also von vorneherein nicht greifen bei Maßnahmen in der Sterbephase. Um Missbrauch einzugrenzen, ist der Konsens zwischen Arzt und Betreuer zu dokumentieren, wobei die Verletzung dieser Pflicht bußgeldbewehrt ist (§ 2 Abs. 1, 3, § 3 AE-Sterbebegleitungsgesetz). Von der Genehmigungspflicht ausgenommen sollen auch Behandlungsentscheidungen des Bevollmächtigten sein.⁴⁶

Diese Vorschläge zeigen mehr Misstrauen gegenüber Praktikabilität und Leistungsfähigkeit des Betreuungsrechts als nötig. Die pragmatisch motivierte Beschränkung der vormundschaftsgerichtlichen Kontrolle auf Konfliktfälle leidet daran, dass sie sich nicht in das System des geltenden Betreuungsrechts einfügt.⁴⁷ Die dortigen Genehmigungsvorbehalte (§§ 1904, 1905 Abs. 2, 1907 Abs. 1 BGB) kennen zum einen keinen Konfliktvorbehalt. Zum anderen entstünde durch die Konfliktthese bei der Sterbehilfe die nicht zu rechtfertigende Asymmetrie, dass weniger schwere Eingriffe wie die Kündigung der Mietwohnung des Betreuten (§ 1907 Abs. 1 BGB) einer strengeren vormundschaftsgerichtlichen Kontrolle unterworfen wären als der erheblich schwerere Eingriff der passiven Sterbehilfe.⁴⁸ Auch bestehen über-

zogene Vorstellungen von Anwendungsbereich und Aufwand des Betreuungsrechts. Das Gesetz selbst bestimmt für lebensgefährliche Maßnahmen, dass eine Genehmigung unterbleiben kann, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist (§ 1904 Abs. 1 Satz 2 BGB). Allgemein ist der Grundsatz der Erforderlichkeit der Betreuung (§ 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB) zu beachten. Insofern kann man mit Fug nicht nur bezweifeln, ob bei Vorliegen einer wirksamen Patientenverfügung eine Betreuerbestellung überhaupt veranlasst ist. Auch die vom AE-StB hier betonte fehlende Notwendigkeit der Einleitung eines Betreuungsverfahrens für den Fall, dass der Arzt sich durch ein Gespräch mit dem noch einwilligungsfähigen Patienten ein klares Bild von dessen (Nicht-)Behandlungswünschen gemacht hat⁴⁹, ergibt sich bereits aus dem betreuungsrechtlichen Erforderlichkeitsgrundsatz. Im übrigen begünstigt das Konfliktmodell „Mauscheleien“ zwischen Arzt, Angehörigen und Betreuer bzw. einen „Zwang zum Konsens“, der nicht dem Rechtsgüterschutz dienen muß.

Insgesamt sollte man bei dem Bestreben, die primäre Regelungszuständigkeit des Strafrechts für die Sterbehilfe wiederherzustellen, die Leistungen der Zivilrechtsprechung in den letzten Jahren nicht geringschätzen. Gewiß gab es einzelne problematische Zivilurteile.⁵⁰ Aber es ist die Zivilrechtsprechung im Anschluß an den spekulären Beschluß des OLG Frankfurt am Main aus dem Jahre 1998⁵¹ gewesen, die in einer bis dato nicht feststellbaren Quantität und Qualität die Sterbehilfeproblematik rechtlich praktisch überhaupt zur Diskussion gestellt hat. Und die Grundsatzentscheidung des 12. Zivilsenats des BGH von 2003 hat trotz ihrer Probleme wichtige Fortschritte hinsichtlich Patientenautonomie, Patientenverfügung und vormundschaftsgerichtliche Kontrolle erreicht.⁵² Vergleicht man diese Leistungen mit den Leistungen des Strafrechts in den Jahrzehnten seiner Hegemonie, so kann sich diese Bilanz der Enttabuisierung der Sterbehilfe sehen lassen.

2. Leidensmindernde Maßnahmen (§ 214 a AE-StB)

Einen interessanten neuen Weg beschreitet der AE-StB im Bereich der indirekten Sterbehilfe. Zunächst geht der AE-StB mit Recht von einem weiten Anwendungsbereich dieser Form der Sterbehilfe aus: Indirekte Sterbehilfe ist weder auf die Sterbephase, noch auf Schmerzzustände, noch auf ein Handeln mit bedingtem Tötungsvorsatz beschränkt. Indirekte Sterbehilfe kommt demnach in Betracht auch bei tödlich Kranken, bei Leidenszuständen und bei Handeln mit sicherem Wissen von der lebensverkürzenden Wirkung der leidensmindernden Maßnahme.

prinzip“ auch dann machen, wenn in bezug auf die passive Sterbehilfe keine zureichenden Anhaltspunkte für einen individuellen mutmaßlichen Willen des Betroffenen bestehen.

⁴⁹ AE-StB, S. 572.

⁵⁰ Insbesondere der Fall Traunstein, OLG München, NJW 2003, 1744. Der Fall der Zeugen Jehovas ist vom Bundesverfassungsgericht entschieden worden, BVerfG NJW 2002, 206.

⁵¹ NJW 1998, 2747 mit Anm. Saliger, JuS 1999, 16.

⁵² BGHZ 154, 205; dazu näher Saliger, MedR 2004, 237.

⁴³ AE-Sterbehilfe 1986 (Fn. 9), S. 6.

⁴⁴ AE-StB, S. 570.

⁴⁵ AE-StB, S. 570.

⁴⁶ AE-StB, S. 570 f. und 586.

⁴⁷ Zur Kritik näher Saliger, MedR 2004, 243 f.

⁴⁸ Immerhin will Verrel, Gutachten 66. DJT, 2006, C 97 – weitergehend als der AE-StB – eine Ausnahme vom „Konsens-

Dieser weite Anwendungsbereich soll der Furcht vor Strafverfolgung beim Einsatz einer effektiven Schmerztherapie entgegenwirken.⁵³ Sodann entscheiden sich die Autoren des AE-StB für ein objektives Abgrenzungskriterium zwischen strafbarer aktiver und erlaubter indirekter Sterbehilfe: Da subjektive Abgrenzungskriterien forensisch nicht sicher nachweisbar sind, soll mit der „Leidensminderung nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft“ ein objektives Abgrenzungskriterium herangezogen werden. Um die Gefahr von Missbrauch zu minimieren, ist die Durchführung von indirekter Sterbehilfe dabei auf Ärzte oder Personen mit ärztlicher Ermächtigung zu begrenzen. Dazu kommen umfangreiche spezialgesetzliche Dokumentationspflichten bezüglich des Therapieverlaufs, deren Verletzung bußgeldbewertet ist (§§ 1, 3 AE-Sterbebegleitungsgesetz).⁵⁴ Insgesamt handelt danach nicht rechtswidrig, wer als Arzt oder mit ärztlicher Ermächtigung bei einem tödlich Kranken mit dessen ausdrücklicher Einwilligung oder aufgrund des in einer wirksamen schriftlichen Patientenverfügung geäußerten Willens oder gemäß mutmaßlicher Einwilligung nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft Maßnahmen zur Linderung schwerer, anders nicht zu behandelnder Leidenszustände trifft, wenn dadurch als nicht vermeidbare und nicht beabsichtigte Nebenwirkung der Eintritt des Todes beschleunigt wird (§ 214 a AE-StB).

Gegen diese anspruchsvolle Regelung, die in neuartiger Weise materielle mit prozeduralen Elementen verbindet, ist isoliert betrachtet – abgesehen von der zu scharf sanktionierten Prozeduralisierung – nichts einzuwenden.⁵⁵ Allerdings muß man sehen, dass § 214 a AE-StB sich nicht unwesentlich vor dem Hintergrund der Annahme einer gänzlichen Überflüssigkeit von aktiver Sterbehilfe und dem Plädoyer für ihre ausnahmslose Strafbarkeit versteht.⁵⁶ Der Regelungsvorschlag zur indirekten Sterbehilfe steht und fällt daher tendenziell mit diesen Positionen und bleibt insofern entwurfsrelativ.

3. Aktive Euthanasie

Im Unterschied zum AE-Sterbehilfe von 1986 verzichtet der AE-StB darauf, im Tatbestand der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) Ausnahmen von dem strikten Bestrafungszwang für die Fälle vorzusehen, in denen die Erfüllung dieses Verlangens „der Beendigung eines schwersten, vom Betroffenen nicht mehr zu ertragenden Leidenszustands dient, der nicht durch andere Maßnahmen behoben oder gelindert werden kann“⁵⁷ und hält an der ausnahmslosen Strafbarkeit von Maßnahmen der aktiven (direkten) Euthanasie fest. Begründet wird das mit der „Unantastbarkeit fremden Lebens“, der „Gefahr des Dammbrochs beim Lebensschutz“ und der „Sorge vor Missbrauch“.⁵⁸ Aber das sind Formulierungen, die

sich in diesem Kontext nicht leicht in tragfähige Argumente übersetzen lassen. Von einem Grundsatz der Unantastbarkeit fremden Lebens kann weder *de lege lata* noch auch nach den Regelungsvorschlägen des Entwurfs die Rede sein; denn selbstverständlich wird das Leben des Patienten auch dann „angetastet“ (so man den Begriff überhaupt auf Handlungen anwenden will, die mit Einwilligung des Betroffenen begangen werden), wenn sein Tod durch die Verabreichung von Schmerzmedikamenten oder durch die Einstellung lebenserhaltender Maßnahmen herbeigeführt wird. Die Theorie des „Dammbrochs“ kann nicht begründen, dass die Rechtsordnung Patienten zu einem qualvollen Sterben verurteilen darf, um eine – im übrigen außerordentlich umstrittene⁵⁹ – Schwächung des Tötungstabus zu verhindern.⁶⁰ Schließlich ist angesichts des exzeptionellen Charakters der Fälle, die bei der aktiven Sterbehilfe überhaupt in Betracht kommen, nicht zu sehen, wo die Gefahr eines „Missbrauchs“ liegen soll. Im übrigen ist das Missbrauchsargument bei der Begründung von Kriminalisierungsentscheidungen von vornherein rechtsstaatlichen Bedenken ausgesetzt, weil es darauf hinausläuft, auch ein per se *nicht strafwürdiges* Verhalten mit Strafe zu bedrohen, um die Sanktionierung eines *strafwürdigen* Verhaltens zu ermöglichen. Im Bereich der Regelung zur indirekten Sterbehilfe machen die Autoren des Entwurfs von diesem Argument indes exzessiven Gebrauch.⁶¹

Der Verzicht auf eine ausdrückliche Regelung der direkten aktiven Sterbehilfe wäre vertretbar, wenn man bereit wäre, den Extremfällen qualvollen, palliativmedizinisch nicht beherrschbaren Leidens des Patienten über die Regelung des rechtfertigenden Notstands (§ 34 StGB) Rechnung zu tragen. Die Argumente, die von der abweichenden h. M. bisher gegen die Anwendbarkeit des § 34 vorgebracht wurden, sind, wie insbesondere Reinhard Merkel nachgewiesen hat,⁶² wenig schlüssig und offensichtlich von dem Wunsch diktiert, Maßnahmen der direkten aktiven Sterbehilfe unter allen Umständen auszuschließen. Bei nüchterner Betrachtung ist dieses Ergebnis jedenfalls für die Fälle schwerster Leidenszustände eines Sterbenden nicht zu begründen. Dass das subjektive Interesse an Befreiung von Qualen jedenfalls in extremen Fällen das subjektive Lebensinteresse wesentlich überwiegen kann, lässt sich nicht ernstlich bezweifeln. Es genügt, sich in die Situation des an „Vernichtungsschmerzen“ leidenden Krebspatienten im terminalen Stadium zu versetzen und sich zu vergegenwärtigen, worauf man in dieser Situation verzweifelt hoffen würde. Für das objektive Interesse gilt im Ergebnis nichts anderes. Dem Patienten in dieser Situation ein von dem sub-

⁵³ AE-StB, S. 575 f.

⁵⁴ AE-StB, S. 576 ff., 586.

⁵⁵ Vgl. auch die Würdigung von Merkel, FS für Schroeder, 2006, 297, 320 f.

⁵⁶ Dazu sogleich unten II. 3.

⁵⁷ Für diese Fälle sah § 216 Abs. 2 des AE-Sterbehilfe (1986) die Möglichkeit vor, von Strafe abzusehen.

⁵⁸ AE-StB, S. 553.

⁵⁹ Kritisch zur Argumentation des AE-StB in diesem Punkt Merkel, FS für Schroeder, 2006, S. 297 unter Hinweis auf die einseitige Auswahl des wissenschaftlichen Schrifttums zur aktuellen Situation in Holland durch die Autoren (S. 321 m. Anm. 87).

⁶⁰ Ausf. dazu NK-Neumann, Vor § 211 Rn. 128; ebenso Merkel, FS für Schroeder, S. 321.

⁶¹ Vgl. etwa S. 578, 583. Krit. zu diesem Missbrauch des Missbrauchsarguments Merkel, FS für Schroeder, sowie Lüderssen, JZ 2006, S. 689, 692.

⁶² Zuletzt in seinem Beitrag in der Schroeder-FS, S. 308ff.

jektiven Interesse abweichendes höhergewichtiges (oder im Vergleich zu dem Interesse an der Befreiung von Qualen nur unwesentlich geringer wiegendes) Lebensinteresse zuzuschreiben, wäre blanker Zynismus. Was sich dem – subjektiven und objektiven – Interesse des Sterbenden an einer raschen Beendigung seines Leidens durch Maßnahmen der aktiven Euthanasie entgegensetzen lässt, ist – allein – gesellschaftliches Interesse an der Aufrechterhaltung des Tötungstabus, das durch Maßnahmen aktiver Sterbehilfe in der Tat in höherem Maße beeinträchtigt wird als durch die im Grundsatz anerkannten Maßnahmen der indirekten oder der passiven Sterbehilfe.⁶³ Wie aber dieses gesellschaftliche Interesse von Rechts wegen einen Zwang begründen könnte, ein qualvolles Sterben zu erdulden, ist in einer Rechtsordnung, die grundsätzlich von dem Vorrang des Individuums vor dem Staat ausgeht, nicht zu sehen.⁶⁴ Gleichwohl lehnt die überwiegende Auffassung einen Rückgriff auf § 34 StGB zur Rechtfertigung von Maßnahmen aktiver Sterbehilfe selbst in Extremfällen ab. Eine gesetzliche Regelung, die für diese Fälle ausdrücklich einen Tatbestandsausschluss, eine Rechtfertigung⁶⁵ oder zumindest nach dem Vorbild des AE Sterbehilfe von 1986 die Möglichkeit der Strafflosigkeit vorsieht, ist deshalb unverzichtbar, soll nicht der menschlich (im subjektiven und objektiven Interesse qualvoll leidender Menschen) handelnde Arzt weiterhin unter der Drohung hoher Freiheitsstrafen stehen.

4. Nichthinderung einer Selbsttötung (§ 215)

Bei der Regelung über die Strafbarkeit (bzw. Strafflosigkeit) der Beteiligung an der Selbsttötung eines anderen folgt der Entwurf weitgehend dem Vorbild des AE-Sterbehilfe (1986); in den Absätzen 1 und 2 stimmen die Vorschläge beider Entwürfe nahezu wörtlich überein. Insbesondere übernimmt der AE-StB neben der Voraussetzung der Freiverantwortlichkeit des Suizids auch die zusätzliche seiner „Ernstlichkeit“. Damit will man – wie schon im AE-Sterbehilfe (1986) – erreichen, dass die Nichtintervention nur in den Fällen eines ersichtlichen „Bilanzsuizids“ straflos bleibt, während bei einem bloßen „Appellsuizid“ eine strafrechtlich sanktionierte Rettungspflicht bestehen soll. Begründet wird das in dem aktuellen Entwurf – wie schon im AE-Sterbehilfe (1986)⁶⁶ – mit der eher moralisierenden Erwägung, es werde damit „folgeschwere Gleichgültigkeit im mitmenschlichen Zusammenleben verhindert“.⁶⁷ Aber diese Argumentation trägt eine Bestrafung des nichtintervenierenden Garanten nach den Tötungstatbeständen wohl nicht. Das Strafrecht hat nicht Gleichgültigkeit zu ahnden (und schon gar nicht durch Androhung und Verhängung schwerster Freiheitsstrafen), sondern Rechts- und Rechtsgutsverletzungen. Diese aber sind im Falle einer bewussten und gewollten Selbstverletzung einem Dritten nur dann zurechenbar, wenn sie nicht uneingeschränkt

dem (freiverantwortlich handelnden) Opfer zugerechnet werden können. Demgegenüber betrifft die Unterscheidung zwischen Bilanz- und Appellsuizid, auf den die Verfasser mit dem Kriterium der „Ernstlichkeit“ abstellen wollen⁶⁸, nicht die Abgrenzung der Verantwortungssphären des Suizidenten und des Dritten, sondern allein die Motivation des Suizidenten. Entgegen der Ansicht der Autoren kann deshalb ein eigenverantwortlich unternommener Appellsuizid eine Strafbarkeit Dritter nach den Tötungstatbeständen nicht begründen.⁶⁹

Im übrigen bleibt in der jetzt vorgeschlagenen Regelung – anders als im AE-Sterbehilfe (1986) – unklar, in welchem Verhältnis die Voraussetzungen der Freiverantwortlichkeit, der Ernstlichkeit und der „Erkennbarkeit“ des (ernstlichen) Suizidentenschlusses zueinander stehen. Nach § 216 Abs. 1 des AE-StB ist die Nichthinderung einer Selbsttötung nicht rechtswidrig, wenn diese „auf einer freiverantwortlichen und ernstlichen, ausdrücklich erklärten oder aus den Umständen erkennbaren Entscheidung beruht.“ Das ist so, wie es formuliert ist, offensichtlich nicht gemeint. Denn die Frage ist ja nicht, ob die Entscheidung des Suizidenten aus den Umständen erkennbar (und zusätzlich freiverantwortlich und ernsthaft) ist, sondern ob ihre Ernstlichkeit aus den Umständen erkennbar ist. Der AE-Sterbehilfe (1986) hatte deshalb darauf abgestellt, ob die Selbsttötung „auf einer frei verantwortlichen, ausdrücklich erklärten oder aus den Umständen erkennbaren ernstlichen Entscheidung beruht“. Hier bezieht sich die Erkennbarkeit ausdrücklich auch auf die Ernstlichkeit der Entscheidung.⁷⁰ Man könnte die abweichende Formulierung des aktuellen Entwurfs als redaktionelles Versehen abtun, würde nicht die Begründung des Entwurfs der Annahme, in der Sache sei die „alte“ Regelung des AE-Sterbehilfe gewollt, widerstreiten. Denn nach der authentischen Interpretation des § 215 AE-StB durch die Verfasser gelten nicht nur gemäß § 215 Abs. 1 „Kinder und Jugendliche unter 18 Jahren als unfrei“, sondern gemäß § 125 Abs. 1 auch „solche Personen, bei denen man nicht von einer ausdrücklich erklärten oder aus den Umständen erkennbaren ernstlichen Entscheidung ausgehen kann“.⁷¹ Damit wird die Frage des Vorliegens einer freiverantwortlichen und ernstlichen Entscheidung in methodisch problematischer Weise über eine Fiktion mit der ihrer situativen Erkennbarkeit kurz geschlossen. Den Vorzug verdient hier das Modell des AE-Sterbehilfe (1986), in dem beide Fragen klar getrennt werden.⁷²

Zu begrüßen ist, dass § 215 des Entwurfs, insofern abweichend von der Vorgängervorschrift (§ 215 AE-Sterbehilfe 1986), die Strafflosigkeit ausdrücklich auf das

⁶⁸ AE-StB, S. 579 f.

⁶⁹ Zur Möglichkeit einer Strafbarkeit nach § 323 c StGB in diesen Fällen NK-Neumann Vor § 211 Rn. 79.

⁷⁰ Nicht ganz spannungsfrei ist hier allerdings die Doppelformel der „ausdrücklich erklärten oder aus den Umständen erkennbaren“ ernstlichen Entscheidung, weil hinsichtlich der Ernstlichkeit der Entscheidung die ausdrückliche Erklärung kein zuverlässiges Kriterium ist.

⁷¹ AE-StB, S. 579.

⁷² AE-Sterbehilfe (Anm. 9), S. 21f.

⁶³ Dazu NK-Neumann, Vor § 211 Rn. 28.

⁶⁴ Ebenso Merkel, FS für Schroeder, S. 321.

⁶⁵ Für eine solche Lösung nachdrücklich Lüderssen, JZ 2006, 689, 694 mit einem entsprechenden Gesetzesvorschlag zur Neugestaltung des § 216 StGB.

⁶⁶ AE-Sterbehilfe (Anm. 9), S. 30.

⁶⁷ AE-StB, S. 579.

Unterlassen von Rettungsversuchen *nach* dem Selbsttötungsversuch erstreckt; damit würde der älteren Rechtsprechung des BGH, die mehrfach die Straflosigkeit der Suizidbeihilfe und –nichthinderung durch eine Bestrafung des Garanten wegen Nichtintervention *nach* Eintritt der Bewusstlosigkeit des Suizidenten konterkariert hatte⁷³, der Boden entzogen. Zu pauschal ist dagegen die fast wörtlich aus dem AE von 1986 übernommene Regelung des § 215 Abs. 2, nach der eine freiverantwortliche und ernstliche Entscheidung nicht nur dann zwingend ausgeschlossen sein soll, wenn die Voraussetzungen der §§ 20, 21 StGB vorliegen, sondern ausnahmslos auch bei jugendlichen Suizidenten. Die Festlegung einer solchen starren Altersgrenze wäre deshalb unbefriedigend, weil selbstverständlich auch bei Personen unter 18 Jahren Umstände der Lebenssituation vorliegen können, die den Suizid als nachvollziehbare Reaktion auf diese Umstände, möglicherweise als einzigen Ausweg erscheinen lassen. Wenn die Verfasser selbst – zu Recht – für die straf- und standesrechtliche Zulässigkeit ärztlicher Suizidbeihilfe (in Extremfällen) mit dem Argument plädieren, man müsse in ausweglosen Situationen einen „Weg zur Erlösung des Kranken“ finden und Verzweiflungstaten wie einen Sprung aus dem Fenster oder auf Bahngleise verhüten⁷⁴, so ist nicht zu sehen, warum man gerade Jugendliche auf den Weg solcher Verzweiflungstaten verweisen sollte. Die bessere Lösung dürfte deshalb sein, darauf abzustellen, ob die Suizidhandlung auf einer altersbedingt defizitären Entscheidungskompetenz des Jugendlichen beruht oder aber eine nachvollziehbare Reaktion auf die Umstände der Situation darstellt.⁷⁵

Die wichtigste Stellungnahme der Verfasser zur aktuellen Diskussion um die rechtlichen Grenzen der Suizidbeteiligung findet sich in dem „Entwurf eines Sterbebegleitungsgesetzes“, der den AE-StB ergänzt. Im Unterschied und im bewussten Gegensatz zu den Grundsätzen der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung⁷⁶ wird unter bestimmten Voraussetzungen nicht nur die strafrechtliche, sondern auch die standesrechtliche Zulässigkeit einer ärztlichen Suizidbeihilfe bejaht (§ 4 Abs. 1). Das ist im Ergebnis wie in der Begründung⁷⁷ überzeugend und verdient nachdrückliche Unterstützung. Vorsorglich ist allerdings klarzustellen, dass eine entsprechende gesetzliche Regelung die standesrechtliche Zulässigkeit ärztlicher Sterbebeihilfe (unter den engen Voraussetzungen des § 4 Abs. 1) festschreiben, nicht aber ihre strafrechtliche Zulässigkeit einschränken würde. Strafrechtlich gelten auch für Ärzte die allgemeinen, durch den Grundsatz der Straflosigkeit bloßer Suizidteilnahme festgelegten Grenzen. Ein Sonderstrafrecht für Ärzte kann durch standesrechtliche Regelungen nicht begründet werden. Dass auch bei einem tödlich Kranken die Freiverantwortlichkeit der Selbsttötung nur nach den allgemeinen Kriterien ausgeschlossen sein kann, heben die Verfasser in der vorgeschlagenen Regelung zur Straf-

losigkeit der Nichthinderung einer Selbsttötung zutreffend hervor (§ 215 Abs. 2 AE-StB).

5. Unterstützung einer Selbsttötung aus Gewinnsucht (§ 215 a AE-StB)

Einer Empfehlung der Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz folgend, sieht der Entwurf die Einführung eines neuen Straftatbestands der „Unterstützung einer Selbsttötung aus Gewinnsucht“ vor. Danach soll mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden, wer „die Selbsttötung eines anderen aus Gewinnsucht unterstützt“ (§ 215 a AE-StB). Die Bestimmung zielt natürlich auf die Tätigkeit von sogenannten Sterbehilfeorganisationen wie „Dignitas“ oder „Exit“ und wäre nach dem Willen der Verfasser streng zu handhaben. So soll gemäß der Begründung⁷⁸ die Schwelle für die Annahme des Merkmals der Gewinnsucht hier deutlicher niedriger liegen als bei anderen Tatbeständen, etwa dem des Kinderhandels (§ 236 Abs. 4 Nr. 1 StGB). Gewinnsucht sei hier schon dann zu bejahen, wenn unter Ausnutzung der Notlage des Suizidwilligen Geldzahlungen gefordert werden, die über Kosten- und Auslagenersatz sowie eine angemessene Honorierung hinausgehen; nicht erforderlich soll sein, dass eine „überzogen hohe“ Forderung gestellt oder Druck auf den Suizidwilligen ausgeübt wird.⁷⁹

Geschütztes Rechtsgut einer solchen Norm könnte natürlich nicht das Leben sein; denn gegen eigenverantwortlich verübte Selbsttötungen (und diese unterstützende Handlungen Dritter) ist das Rechtsgut „Leben“ strafrechtlich auch nach Ansicht der Autoren nicht geschützt. Zwar wird in der Begründung der Versuch unternommen, einen Zusammenhang zwischen dem Motiv der Gewinnsucht und der Gefährlichkeit der Tätigkeit der Organisation herzustellen; bei einer aus gewinnsüchtigen Motiven geleisteten Sterbehilfe seitens privater Organisationen bestehe die Gefahr, dass diese „den Patienten ein rasch wirkendes Gift reichen, das eine nachträgliche Rettungshandlung ausschließt“.⁸⁰ Aber das ist weder in den tatsächlichen noch in den normativen Prämissen überzeugend. Dass eine *nicht* aus gewinnsüchtigen Motiven handelnde Organisation dem Sterbewilligen ein langsam wirkendes Gift verabreichen wird (mit der Folge einer kurzzeitig fortbestehenden Rettungsmöglichkeit), ist nicht zu erwarten. Denn Grundlage der zwischen dem Sterbewilligen und der Organisation getroffenen Vereinbarung ist der Konsens darüber, dass der Sterbewunsch definitiv, reiflich erwogen und nachvollziehbar ist. In dieser Situation macht es keinen Sinn, dem Sterbewilligen mit der Perspektive einer nachträglichen „Rettung“ ein langsam wirkendes Gift zu verabreichen. Und dies entspräche – der normative Aspekt – auch nicht dem klar artikulierten Interesse des Sterbewilligen, der sein Leben beenden und sich nicht aufgedrängten Rettungsmaßnahmen ausgesetzt sehen will.

⁷³ AE-StB, S. 580.

⁷⁴ AE-StB, S. 581.

⁷⁵ Naher dazu NK-Neumann, Vor § 211 Rn. 63.

⁷⁶ NJW 2004, H. 23, S. XXXII.

⁷⁷ AE-StB, S. 580 f.

⁷⁸ AE-StB, S. 582.

⁷⁹ AE-StB, S. 582.

⁸⁰ AE-StB, S. 582.

Welches aber soll dann das Rechtsgut sein, das den Tatbestand zu tragen hätte? Die Verfasser geben auf diese Frage den Bescheid, „Rechtsgut einer solchen Norm wäre ... die Ausnutzung der Notlage eines tödlich kranken Menschen, die bei Gewinnsucht sozialetisch verwerflich ist“.⁸¹ Das ist natürlich nicht so gemeint, wie es formuliert ist. Denn selbstverständlich ist die Ausnutzung einer Notlage kein Rechtsgut. Aber dass diese Formulierung misslungen ist, liegt nicht an sprachlichem Ungeschick, sondern an der sachlichen Schwierigkeit, hier ein tragfähiges Rechtsgut namhaft zu machen. Als nachvollziehbarer Grund der vorgeschlagenen Kriminalisierung bleibt deshalb nur die von den Verfassern angesprochene sozialetische Verwerflichkeit der Handlung. Es sollte aber keiner Hervorhebung bedürfen, dass für die Kriminalisierung einer *lediglich* verwerflichen (also: nicht rechtsgutsverletzenden) Handlung in einem rechtsstaatlichen Strafrecht kein Raum ist.⁸²

⁸¹ AE-StB, S. 582.

⁸² Das gilt a fortiori für den in dem Gesetzentwurf der Länder Saarland, Thüringen und Hessen formulierten (Anm. 10) formulierten Straftatbestand der Geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung. Soweit ein eigenverantwortlicher Suizid vorliegt, kommt eine strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Gehilfen aus zwingenden Gründen der Struktur strafrechtlicher Verantwortlichkeit nicht in Betracht – gleichgültig, ob diese Hilfe individuell oder „geschäftsmäßig“ geleistet wird. Die Auskunft der Verfasser, es handele sich um eine zur Täterschaft verselbständigte Suizidbeihilfe (Entwurfsbegründung S. 4), lässt die Frage unbeantwortet, wie eine wegen der Alleinverantwortlichkeit des „Opfers“ dem Dritten strafrechtlich als Beihilfehandlung nicht zurechenbare Hilfeleistung diesem als Täterschaft zurechenbar sein könnte (um Fragen der Akzessorietät im technischen Sinne geht es hier natürlich nicht). Im übrigen dürfte die Ansicht der Gesetzesverfasser, zufolge dem Entwurf blieben „alle nach bisherigem Recht zulässigen ärztlichen Handlungsweisen im Bereich der Sterbehilfe auch weiterhin straflos“ (a.a.O. S. 5), unzutreffend sein, soweit es um die im Rahmen palliativmedizinischer Einrichtungen gewährte Suizidbeihilfe geht, da nicht zu sehen ist, mit welchem Argument man hier ein geschäftsmäßiges Handeln verneinen könnte. Auf Seite 4 der Begründung ist denn auch lediglich davon die Rede, dass die *individuelle* Hilfe beim Sterben, die „durch Angehörige von Heilberufen im Rahmen medizinischer Behandlung geleistet wird“, wie bisher straflos bleibe.

Das gilt umso mehr, als auch ein möglicher kriminalpolitischer Effekt der neuen Strafvorschrift nicht zu sehen wäre. Nach ihren Satzungen verfolgen Dignitas und Exit keine kommerziellen Zwecke⁸³, so dass Gewinnsucht in der Regel ausscheiden dürfte. Insoweit stünde zu erwarten, dass die Strafnorm an Stelle der eigentliche Zielgruppe der „professionellen Selbstmordhelfer“ den Normalbürger erreichen würde, der sich dann unerträglich ausforschenden Untersuchungen ausgesetzt sehen könnte, wenn sich in seinem Umfeld ein Selbstmord ereignet hat. Ernüchternd ist der Blick ins Ausland. In der Schweiz existiert eine vergleichbare Strafvorschrift (Art. 115 SchweizStGB), deren praktische Bedeutung gering ist.⁸⁴ Da auch Art. 115 SchweizStGB selbstsüchtige Beweggründe voraussetzt, gerät Dignitas dort derzeit nicht ins Visier des Strafrechts. In Österreich ist sogar – weitergehend – die schlichte Mitwirkung am Selbstmord strafbar (§ 78 ÖsterStGB). Die Strafvorschrift ist gleichwohl ebenfalls praktisch bedeutungslos, so dass ein führender Kommentator abschließend meint: „Die praktische Zweckhaftigkeit der Strafdrohung ist höchst zweifelhaft ... Die Selbstmordverhütung mit Mitteln des Strafrechts ist praktisch sinnlos.“⁸⁵

⁸³ Art. 2 Abs. 5 Statuten Dignitas von 2004 und Art. 1 Satz 2 Statuten Exit von 2005.

⁸⁴ Siehe dazu Schubarth, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, BT/1, 1982, Art. 115.

⁸⁵ Moos, in: Wiener Kommentar zum StGB, 2002, § 78 Rn. 5.

Sonderbeiträge zur Arbeitsgruppe „Feindstrafrecht – Ein Gespenst geht um im Rechtsstaat“ des 30. Strafverteidigertages

Redaktionelle Vorbemerkung: Mit den folgenden Beiträgen werden die Referate der **Arbeitsgruppe „Feindstrafrecht – Ein Gespenst geht um im Rechtsstaat“** des 30. Strafverteidigertages 2006 (Frankfurt a.M.) publiziert. Lediglich das Referat von *Frank Saliger* wurde bereits in JZ 2006, 756 ff. unter dem Titel „Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?“ publiziert. Vor dem Hintergrund der zentralen Aussagen

des Feindstrafrechts nach Jakobs fragt Saliger in diesem Referat nach dem kritisch-analytischen Wert der Kategorie des Feindstrafrechts und nach der ihr zugrunde liegenden Strafrechtsphilosophie. Ergänzt werden die hier publizierten Referate um Beiträge von Arbeitsgruppenleiter *Klaus Malek* und von *Jochen Bung*, die jeweils aus dem Eindruck der Frankfurter Diskussion entstanden sind.

Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit*

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. **Günther Jakobs**, Bonn.

I. Einleitung

A. Absolute Rechtlichkeit?

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. Die *postulierte* Welt des Korrekten mag solche Grenzen nicht kennen; die wirkliche Welt kennt sie.

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.

Nun ist bereits an dieser Stelle mit einem Einwand zu rechnen, nämlich Rechtlichkeit sei ein absolutes Vernunftgebot und könne deshalb keine Bedingungen und keine Grenzen kennen. Auch wenn man die Absolutheit des Vernunftgebots ausklammert – schließlich hat die Geschichte Jahrtausende gebraucht, um sogenannte Menschenrechte zu entwickeln –, bleibt eine starke Behauptung übrig: Jeder soll zumindest in der heutigen Zeit stets als eine Person mit Rechten behandelt werden. Jüngst hat im Rahmen einer öffentlichen Diskussion, in der ich vorgebracht hatte, dieser Satz sei viel zu abstrakt, denn es komme doch wohl – unter anderem – auch auf das Verhalten des Gegenüber an, ein Kollege entrüstet eingewandt, das sei nicht der Fall, selbst Hitler wäre, so man noch mit ihm umzugehen hätte, als Rechtsperson zu behandeln. Wahrscheinlich hat der Kollege nicht einmal gemerkt, daß sein Einwand immer noch abstrakt bleibt: In welcher Situation hat man denn mit dem menschenverachtenden Diktator umzugehen? *Nach* der Wiederherstellung rechtlicher Zustände als mit einem Gefangenen ohne aktuellen Wirkungskreis? Nun, dann kann man sich die Rechtlichkeit leisten und ein allseits als fair anerkanntes Verfahren ablaufen lassen. Oder geht es um den Hitler *bis 1945*? Dann zweifelt doch wohl niemand an der Legitimität der Tötung dieses Tyrannen durch ein Attentat, und die Tötung eines Tyrannen auf eine solche Art und Weise hat mit dessen Behandlung als Person im

* Vortrag, in geringfügig wechselnder Fassung gehalten (1) in der Veranstaltung „Feindstrafrecht. Vereinbar mit dem Rechtsstaat?“ der Katholischen Akademie Trier (November 2005), (2) im „Convegno: Delitto Politico e Diritto Penale del Nemico“ der Università degli Studi di Trento, Sardinia, Trento (März 2006) und (3) in der Arbeitsgruppe „Feindstrafrecht. Ein Gespenst geht um im Rechtsstaat“ des 30. Strafverteidigtags/Frankfurt am Main (März 2006). Nachweise *meiner* zuverigen Stellungnahmen zum Thema sowie einiger Gegenstimmen: *Jakobs*, ZStW 117 (2005), S. 839 ff. (Nachdruck in: *Organisationsbüro Strafverteidigervereinigungen*, Hg., Materialheft 30. Strafverteidigtags, S. 49 ff.); Seitdem sind unter anderem hinzugekommen: *Gracia Martin*, in: Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, 2005, S. 447 ff.; *Zaffaroni*, ebendort, S. 1077 ff.; *Demetrio Crespo* Rev. d. Derecho Penal y Criminologia 2004, S. 87 ff. – Ansonsten ist (beim Stand März 2006) zu bemerken: *Dix*, Materialheft aaO., S. 64 ff., 69, nennt zwar den deskriptiven Gehalt des Begriffs, behandelt diesen aber als „abgegriffen“ (?) und „totalitär“; das geht am einzig Relevanten, dem Realitätsgehalt, vorbei. – Gründlicher argumentiert *Bung*, Materialheft aaO., S. 56 ff., der sogar fast bis zum Kern vorstößt, dem Zusammenhang von normativer Orientierung und kognitiver Untermauerung, S. 60: „Nichts ... berechtigt zu der Annahme, überwiegend anomisches Verhalten könne konsistent als normative Unzuverlässigkeit interpretiert werden. Wer am (?) normativen Geschehen (dem Sprachspiel der Verantwortungszuschreibung) nicht mitspielt, versteht im Regelfall immer noch, was da gespielt wird und kann auch so (?) behandelt werden“ (S. 60). Aber zuverlässig Zurechnen-Können und in einer Orientierung bietenden Art und Weise Normbefolgung Erwarten-Können ist nicht dasselbe. Die von *Bung* ansonsten vorgeschlagene Pathologisierung der hartnäckig Abweichenden ist ihrerseits eine Entpersonalisierung, und zwar nach dem Muster der alten Sow-

jetunion (Dissidenten sind Kranke), das *Bung* ansonsten gewiß verabscheut. – *Ambos* will nicht zwischen einem Individuum und einer Person unterscheiden, sondern sich „am Menschen“ orientieren, SchwZStr. 124 (2006), S. 1 ff., 25. Dazu: Das Recht ist eine Leistung der Kultur, nicht der Natur, und es geht gerade um die Frage, ob diese Kulturleistung *bedingungslos* erbracht werden kann. – *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Auflage, 2006, 2/126 ff., dort umfangreiche Nachweise nach 2/129, und *Greco*, GA 2006, S. 96 ff., 104 ff., wenden sich insbesondere gegen die „legitimatorisch-affirmative Verwendung“ des Begriffs. Die Legitimation wird jedoch nicht von demjenigen geleistet, der das Notwendige beschreibt. – Hauptsächlich bleibt bei *allen* oben Genannten offen, wie sie die von *mir* als Feindstrafrecht bezeichneten Vorschriften des positiven Rechts deuten wollen. Wenn aber eine Theorie den Widerstand der Praxis nicht deuten kann, so ist „nicht genug Theorie da“ (*Kant*, Über den Gemeinspruch etc., In: *Weischedel*, Hg. Immanuel Kant, Werke in sechs Bänden, Bd. VI., 1964, S. 125 ff., 127). – Einigermaßen wirklichkeitsnah sind freilich die Ausführungen von *Hörnle*, GA 2006, S. 80 ff., insbesondere zur „teilweise(n) Suspendierung des Bürgerstatus“, S. 93. Ich wende mich allein gegen ihre Assoziation: Feindstrafrecht – *Carl Schmitt* (dazu auch unten im Text III. E.). Wenn in einem Kopf während der Lektüre eines Textes „C. S.“ aufblitzt, – warum muß das am Text liegen? – Wirklichkeitsnah argumentiert insbesondere auch *Sinn*, ZIS 2006, S. 107 ff., der freilich wie *Bung* (s.o.) erkennt, daß die sichere Möglichkeit der *Zurechnung* (S. 114) ein Vorsorgen-Müssen nicht jedenfalls ausschließt. – Wie hier *Roellecke*, JZ 2006, S. 265 ff., 268: „Im Verhältnis zu den Terroristen bleibt dem Rechtsstaat ... nur die stumme Anwendung physischer Gewalt.“ Das ist *meine* These (und bekräftigt mit dem Adjektiv „stumm“ meine Kritik an *Bung* und *Sinn*, s.o.), freilich in einer vornehmeren Sprache.

Recht nichts zu tun; er wird als Feind beseitigt.

B. *Rechtlichkeit der rechtlich Gesonnenen*

Der kraftvolle Satz, jeder solle zumindest heute als Person im Recht behandelt werden, bedarf also, wie schon hier vermutet werden kann, eines Zusatzes: wenn dieser „Jeder“ seinerseits seinen Pflichten nachkommt, oder falls nicht, wenn man ihn im Griff hat, er also nicht gefährlich werden kann. Wenn er aber wütet, muß man ihn bekämpfen, und wenn er wüten könnte, muß man sich vorsehen. Der so ergänzte – bislang freilich eher intuitiv und noch begründungsbedürftig ergänzte – Satz ist immer noch abstrakt. Daß jeder als Person behandelt werden *soll*, ist per se ein bloßes *Postulat*, ein *Modell* für eine Gesellschaft, damit aber nicht schon Teil einer *wirklich stattfindenden* Gesellschaft.

Nun mag es gerade das Beklagenswerte an einer wirklich stattfindenden Gesellschaft sein, daß sie sich um das Menschenrechtsmodell nicht schert; man denke an die massenhaften Entrechtungen der Bürger im Nationalsozialismus und im Kommunismus. Aber alle Klagen helfen nicht über den entscheidenden Befund hinweg: In solchen nun einmal zum Kulturlosen heruntergekommenen Gesellschaften können Rechte und insbesondere Menschenrechte nicht das leisten, was Recht leisten soll, nämlich Orientierung, *auch für potentielle Opfer*. Beispielhaft, auf einen Bürger, der in der sogenannten DDR sein Recht auf Freizügigkeit ausüben und das Territorium verlassen wollte, wurde geschossen. Wie soll sich der Bürger bei dieser Lage an seinen Menschenrechten orientieren? Offenbar muß also zwischen einem – wie überzeugend auch immer – *postulierten* Recht, einem Modellrecht, und der *wirklichen* normativen Struktur einer Gesellschaft unterschieden werden. Jenes mag in Zukunft, „im Geiste“, orientieren, aber nur dieses orientiert im jeweiligen „Hier und Jetzt“.

Immer noch einigermaßen intuitiv und weiterer Begründung bedürftig haben diese knappen Vorbemerkungen ein differenziertes Bild ergeben: (1) Person-im-Recht-Sein ist etwas Wechselseitiges, der andere muß „mitmachen“, falls nicht der seltene Fall gegeben ist, daß man ihn als Gefangenen im Griff hat. Die Lage muß also einigermaßen ungefährlich gestaltet sein. (2) Ein Recht postulieren zu können und ein Recht wirklich zu haben, ist nicht dasselbe, und nur letzteres, das Recht, das man wirklich hat, bietet in der jeweiligen Gegenwart Orientierung.

Diese Differenzierungen sind noch kein großes Ergebnis, aber begründen doch die Hoffnung, die Sümpfe außerhalb der wohl kaum überzeugend zugeschnittenen Spielwiese der *political correctness* – und es *sind* Sümpfe – vielleicht ein wenig trockenlegen zu können. Bei diesem Unternehmen treibt mich kein rechtspolitischer Furor – ich halte hier keinen rechtspolitischen, sondern einen analytisch orientierten rechtsphilosophischen und strafrechtswissenschaftlichen Vortrag über die Bedingungen von Rechtlichkeit.

Meine Bemerkungen sind, wie ich wiederhole, *deskriptiv* gemeint, nicht *präskriptiv*. Es wäre mir nicht einmal unlieb, wenn sich die häßliche Gestalt des Feindstrafrechts auflösen ließe; zu einer bedingungslosen Auflösung sehe ich freilich nicht die geringste Chance, und deshalb versuche ich, zur Kenntnis zu nehmen und zu bringen, was der Fall ist, und sei es auch häßlich. Ich werde zu zeigen versuchen, daß der Körper des Kaisers, also des Staates, an manchen Stellen nicht mit ordentlicher rechtsstaatlicher Kleidung bedeckt, sondern nackt ist, mehr noch, daß er unter den gegenwärtigen Bedingungen nackt sein muß, wenn er nicht insgesamt wegen rechtsstaatlicher Überhitzung Schaden nehmen soll. Der Standardeinwand gegen diesen Versuch, die Aufklärung fortzuführen, lautet, die Rede von der Nacktheit, also vom Feindstrafrecht sei obszön, ins politische gewendet: faschistisch. Aber es kommt allein darauf an, ob die Rede ihren Gegenstand trifft. Ich wage einen Versuch.

II. Rechtsgeltung

A. *Begriffe. Reine Normativität*

Es soll mit den Begriffen der Person und der Rechtsgeltung begonnen werden. Die Person wird, langer Tradition folgend, als Trägerin von Rechten und Pflichten verstanden.

Zur Rechtsgeltung seien drei Ansätze genannt: (1) Geltendes Recht ist der als richtig begründete Umgang von Personen miteinander – reine Normativität; (2) geltendes Recht ist ein als richtig oder doch immerhin als plausibel begründbarer Umgang von Personen miteinander, der im großen und ganzen praktiziert wird – verwirklichte Normativität; (3) geltendes Recht sind die Regeln des praktizierten Umgangs von Menschen miteinander – reine Tatsächlichkeit.

Den letzten Ansatz – reine Tatsächlichkeit – scheidet ich sofort aus: Was im großen und ganzen praktiziert wird, kann schiere Gewalt sein; der Ansatz läßt also völlig offen, ob überhaupt *Personen* (also Berechtigte und Verpflichtete) miteinander umgehen. Somit bleiben die ersten beiden Ansätze.

Der erste Ansatz – geltendes Recht ist das als richtig begründete Recht – ist rein normativ; die Welt der Rechtsnormen führt hier ein Eigenleben, wobei einzig interessiert, ob die Rechtsnormen und ihre Konkretisierungen formell korrekt aus einer geltenden Ermächtigungsnorm oder materiell korrekt aus geltenden materiellen Obersätzen hergeleitet werden, konkret, aus Gottes Willen, aus dem Verstand oder der Vernunft, aus einer – warum auch immer – geltenden Verfassung. Wird einer Norm nicht genügt, so soll eine Sanktion folgen; geschieht das nicht, so soll die Säumigkeit des Staatsorgans sanktioniert werden etc. Die Orientierung für das Opfer, die diese Ordnung bietet, kann gleichfalls nur normativ ausfallen. Etwa auf die Frage, wie man mit einem teuren Sportfahrrad verfahren soll, mit dem man zur Universität gefahren ist, lautet die Antwort: „Wo es auch herumste-

hen wird, es *darf* nicht gestohlen werden, und sollte es doch gestohlen werden, *soll* der Dieb bestraft werden,“ etc. Die fragende Person richtet sich danach und stellt das Rad unverschlossen ab; es wird gestohlen, aber die Auskunft war richtig; denn es *durfte* nicht gestohlen werden und der Dieb, der unerkannt verschwunden ist, *soll* bestraft werden, etc.

B. Wirklichkeit der Normen

Warum wird der Person *diese* Orientierung trotz ihrer Richtigkeit in Zukunft nicht mehr genügen? Weil die Rechtsperson als reine Rechtsperson (und mehr kann sie bei diesem Ansatz nicht sein) nur ein abstrakter Anfang bei der Verwirklichung des Rechts ist, während eine entwickelte Rechtsordnung den Personen nicht nur das nackte Recht, sondern auch – im großen und ganzen – die Nutzung des Rechts garantiert. Mit anderen Worten, daß ein formeller wie materieller Eigentümer auch im Fall eines Diebstahls immerhin formeller Eigentümer bleibt, ist das erste, aber daß auch die materielle Seite, die Nutzungsmöglichkeit, erhalten wird, also daß es nicht zum Diebstahl kommt, und so doch, daß Schadensersatz geleistet wird, ist ein weiteres, und ohne dieses weitere paßt die Rolle der Person im Recht, hier: die Rolle des Eigentümers, nur für bedürfnislose Engel, nicht aber für Wesen, die, abgesehen davon, daß sie Rechte und Pflichten haben, auch ihr Auskommen in der Welt finden müssen. Abstrakte Personalität ist nicht das Ganze und kein Endzweck; Rechte sind nur als nutzbare Rechte *gut*, ansonsten, als nackte Rechte, unbrauchbar. Systemtheoretisch formuliert, die Person ist dergestalt mit dem Individuum, dem Bedürfniswesen, strukturell gekoppelt, daß sie ohne dessen Befriedigung ihrerseits nicht wirklich werden kann. Insoweit, zur Opferseite, abschließend: Eine Rechtsordnung muß auch im großen und ganzen etabliert sein, wenn sie für potentielle Opfer mehr als eine nur abstrakte, nämlich eine nutzbare Orientierung leisten soll.

Freilich ist noch ein Wort zur anderen Seite der Orientierung, zur Orientierung *des Täters*, erforderlich: Wenn dieser weiß, daß eine Norm richtig begründet ist, dann weiß er genug, um seine Pflicht zu kennen, die Norm zu befolgen. So stellt ja auch die Regel des geltenden Rechts zum „Verbotssirrtum“ (§ 17 StGB) nicht darauf ab, ob dem Täter die *Strafbarkeit* seines Verhaltens zugänglich ist, und schon gar nicht kommt es darauf an, ob er ernsthaft mit einer Bestrafung rechnen muß; es genügt die Erkennbarkeit des *Unrechts*. Der Täter kann sich schon dann an einer Norm orientieren, wenn er sie als richtig begründet akzeptieren muß. Da freilich der Geist willig, das Fleisch aber schwach ist – eine biblische Weisheit – *wird* sich der Täter an eine zwar richtige, aber in der gesellschaftlichen Wirklichkeit noch nicht etablierte Norm nicht halten, zumindest nicht einigermaßen zuverlässig. Es bedarf einer praktizierten Bereitschaft zur Strafverfolgung, notfalls auch erfolglicher Bestrafung etc., um der Norm allseits Orientierungskraft zu verschaffen. Ohne kognitive Untermauerung gilt selbst eine optimal begründete Norm in der gesellschaftlichen Wirklichkeit nicht mehr als ein unverbindlicher Wunsch.

Es ist deshalb nur konsequent, wenn der größte Normativist des 20. Jahrhunderts, *Hans Kelsen*, der den Staat als einen Zusammenhang von Normen begreift, nur bei einer „im großen und ganzen wirksame(n) Verfassung“ und bei einer verfassungsgemäß erzeugten „im großen und ganzen wirksame(n) Zwangsordnung“ eine „Grundnorm“ und damit einen logischen Geltungsgrund der Ordnung annehmen will (Reine Rechtslehre, 2. Auflage, 1960, S. 204), und das heißt, außerhalb dieser Wirksamkeit gibt es bei *Kelsen* keinen geltenden normativen Zusammenhang. Man mag sich Millionen Komplexe von Normzusammenhängen ausdenken, einer besser begründet als der andere, aber das sind Gedankenspiele, ebenso wie ausgedachte Einzelnormen, mögen sie auch noch so richtig ausgedacht worden sein, vor ihrer Etablierung nur Gedankenspiele sind. Wirkliche Staaten und wirkliches Recht finden im Gegensatz dazu im Ablauf der Gesellschaft auch wirklich, nicht nur gedanklich statt.

(Ergänzend: *Kelsen* verlangt in der Reinen Rechtslehre eine im großen und ganzen gegebene Wirksamkeit nur für die *Verfassung* eines Staates, nicht für jede einzelne rechtliche Institution, etwa eine Norm, ein Gericht, eine Person etc., da er nur das Problem der Orientierung an der Staatlichkeit behandelt, genauer: am rechtlichen Konnex *staatsinternen* Verhaltens. Wird der Blickwinkel erweitert, so muß auch das Verlangen nach der im großen und ganzen gegebenen Wirksamkeit entsprechend ausgedehnt werden.)

C. Das Kontrafaktische

Nun darf diese Verbindung von Geltung und gesellschaftlicher Wirklichkeit nicht dahin verstanden werden, jeder Normbruch mache eine Norm unwirklich, da sie die gesellschaftliche Wirklichkeit nicht aktuell gestalte. Diese Annahme wäre falsch. Was gesellschaftliche Wirklichkeit ist, entscheidet nicht ein einzelner, zumal nicht der Verbrecher, sondern die Gesellschaft selbst. Wenn sie das Verbrechen als Verbrechen bezeichnet und den Verbrecher als einen solchen behandelt, also bestraft, beweist das die Wirklichkeit der Norm, ihre gesellschaftliche Geltung. Eine Norm gilt also gesellschaftlich nicht nur, wenn sie befolgt, sondern auch wenn sie kontrafaktisch durchgehalten wird; denn in beiden Fällen erfüllt sie die Funktion, Erwartenssicherheit zu leisten (*Luhmann* Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 124 ff).

Mit einer Norm verhält es sich also anders als mit einer kognitiven Regel: Trifft bei dieser das Regelgemäße nicht ein, ist die Regel falsch oder falsch angewandt worden, und die kognitive Lage muß verbessert werden; man muß, wie es genannt wird, umlernen. Anders bei einer Norm: Wird sie übertreten, so ist nicht etwa *sie* falsch, sondern das Verhalten des Verbrechers ist falsch, und wie schon gesagt wurde, seine Behandlung als Verbrecher ist die Bestätigung, genauer, das Durchhalten der Norm.

Dieses kontrafaktische Durchhalten der Norm kann freilich nicht „endlos kontrafaktisch“ ausfallen. Das wäre nichts anderes als eine Rückkehr zu dem bereits als (im

hiesigen Zusammenhang) unbrauchbar abgelehnten reinen Normativismus; denn „endlos kontrafaktisch“ würde heißen „ohne jede gesellschaftliche Wirklichkeit“, „immer wieder auf den *nächsten* Schritt verweisend“. Aber wenn die Norm nicht beachtet wird, muß das wirklich geahndet werden, und wenn die Ahndung ausbleibt, muß wenigstens der säumige Justizfunktionär bestraft werden, – eine noch größere Spannung zwischen Norm und Wirklichkeit wird sich kaum je ertragen lassen. Passiert im zweiten oder dritten Schritt nichts, so erodiert die Normgeltung auf der Täter- wie der Opferseite; die Norm spielt dann für den Fortgang der Gesellschaft keine Rolle mehr, wofür der Niedergang sämtlicher Regelungen, welche die Abtreibung verhindern sollen, ein Beispiel bildet – das nächste Beispiel wird der Niedergang der Verbote aktiver Euthanasie bieten.

Zurück zum Thema! Normen bedürfen einer kognitiven Untermauerung, wenn sie die Orientierung leiten sollen; es reicht nicht hin, daß sie als richtig oder als plausibel dargetan werden können, vielmehr müssen sie auch etabliert werden. Fehlt diese Untermauerung im Einzelfall oder gar generell, so wird sich niemand an der Norm orientieren. Beispielhaft gefragt, wer begäbe sich ohne Not in die Gefahr, getötet oder auch „nur“ beraubt zu werden, allein mit der Sicherheit, daß dies nicht sein darf, oder wer läßt sein Haus nachts unverschlossen, nur weil ohnehin kein Unbefugter eintreten darf?

III. Person im Recht versus Feind

A. Notwehr. „Normale“ Delinquenz

Was für Normen der Fall ist und, wie zur Reinen Rechtslehre *Kelsens* dargetan wurde, sich für den Staat als normatives System nicht anders verhält, gilt nicht minder für die normativ, als Trägerin von Rechten und Pflichten, bestimmte Person: Auch sie verliert ihre orientierende Kraft, wenn sie sich ins „endlos Kontrafaktische“ verflüchtigt. Abermals beispielhaft, niemand betraut einen notorischen Defraudanten mit der Kassenverwaltung und niemand einen notorisch Pädophilen mit der Aufsicht über Kinder; denn der normativen Erwartung, das Verhalten werde pflichtgemäß ausfallen, fehlt die kognitive Untermauerung, wenn sie immer wieder, eben notorisch, enttäuscht wird.

Das heißt allerdings nicht, diese Täter hätten damit aufgehört, Personen zu sein. Es mag sich ja so verhalten, daß die Täter nur *einmal* oder *wenige Male* eine Pflicht aus dem riesigen Bündel ihrer Pflichten nicht erfüllen, so daß sich insgesamt ein noch erträglicher *modus vivendi* finden läßt. Etwa den in der früheren Strafzweckdiskussion immer wieder in polemischer Absicht herangezogenen „notorischen Radfahrer ohne Licht“ muß man ja nicht sogleich als rechtliche Unperson aus der Gesellschaft exmittieren. Die damit angedeutete Elastizität der Beurteilung soll nunmehr etwas verdeutlicht werden, und zwar zunächst am aufschlußreichen Beispiel der Notwehr.

Der rechtswidrige Angriff als Auslöser der Notwehrbezugnis schafft den krassen Fall einer *aktuell* nicht mehr orientierenden normativen Erwartung: Daß der Angreifer sich wie eine Person im Recht, also wie ein Bürger, benehmen werde, wäre eine offenbar falsche Annahme, und deshalb muß die Situation kognitiv bereinigt werden, eben durch die Abwehr. Es verhält sich aber nicht so, als spiele nunmehr die Personalität des Angreifers keine Rolle mehr: Er bleibt eine rechtlich gebundene Person, und der Angriff darf auch nicht beliebig, sondern nur im Rahmen des Erforderlichen abgewehrt werden. Kurzum, die Situation liegt in einem Zwielficht: Die kognitive Untermauerung der normativen Erwartung ist zerbrochen, und deshalb darf der Angreifer fremdverwaltet werden – das widerspricht seinem Person-Sein –, aber doch wiederum nur unter Berücksichtigung seiner an sich gegebenen Personalität. Mit anderen Worten, der Angreifer bleibt dem Begriff nach Person im Recht, Bürger, auch wenn er der Sache nach als gefährlich behandelt werden muß. Es verhält sich mit der Personalität ebenso wie mit der Normgeltung: Endlos läßt sie sich nicht ins Kontrafaktische verlängern, aber ein bißchen eben doch. Wenn der Angreifer *heute* wütet, muß man ihn nicht sogleich zur rechtlichen Unperson erklären, sondern kann darauf setzen, daß er *morgen* vom Gericht zur Raison gerufen sowie zur Leistung von Schadensersatz verurteilt wird und dann auch wieder seinen Pflichten nachkommt.

Dasselbe gilt im – *sit venia verbo* – Normalfall eines Verbrechens: Der Verbrecher steigt wegen einer Tat oder wegen einer Handvoll Taten nicht sogleich aus der Gesellschaft aus – an vielen anderen Stellen mag er sich bestens angepaßt verhalten –, sondern agiert eher punktuell falsch, dies freilich massiv. Auch wenn die kognitive Untermauerung seines Person-Seins durch sein Verbrechen erschüttert wird (so insbesondere *Grolmann*; Nachweise, auch für die in den folgenden Absätzen Genannten bei *Jakobs* Staatliche Strafe. Bedeutung und Zweck, 2004, passim), läßt sich darauf setzen, sie werde sich bei erfolgreicher Bestrafung wieder festigen, und so verfährt das Strafrecht im Regelfall: Der Verbrecher bleibt Person im Recht.

Die Strafrechtsphilosophie der Aufklärungszeit hat das überwiegend anders gesehen und argumentiert, der Verbrecher löse sich durch seine Tat aus dem Gesellschaftsvertrag und falle in den Naturzustand zurück. Beispielhaft sei nur *Leibniz* zitiert: „Qui sciens nocet sine necessitate in eum est jus belli“ (*Busche*, Hrsg., G. W. Leibniz. Frühe Schriften zum Naturrecht, 2003, S. 102), und dieses „jus belli“ kennt zwar eine Grenze, aber erst nach einem Sieg: „Pugna suum finem cum jacet hostis habet“ (aaO. S. 124). So oder so ähnlich findet es sich bei zahlreichen Autoren und wird dann sogar noch von *Fichte* wiederaufgenommen, und auch bei *Kant* verliert der Verbrecher seinen Bürgerstatus, also die bürgerliche Personalität, (obgleich *Kant* die *angeborene* Persönlichkeit, von der hier nicht die Rede ist, für unverlierbar hält). Diese sehr harte Lösung dürfte mit der ebenfalls sehr harten Strafenpraxis im 17. und 18. Jahrhundert zusammenhängen; es sei nur daran erinnert, daß noch

Kant für Diebe den Sklavenstand, Karrenstrafe, vorsieht, das preußische ALR von 1794 noch die Todesstrafe des Räderns kennt und *Fichte* den Mörder für *Vieh* erklärt, das (da es nun einmal Vieh ist) konsequenterweise nicht bestraft werden kann, sondern vor dem man sich zu *sichern* hat.

B. Bürgerliche Delinquenten und Feinde

Rund 150 Jahre früher hat freilich ein Aufklärer bereits ein differenzierteres Konzept vorgelegt, und es ist kein Wunder, daß er weniger Vertragstheoretiker als Institutionentheoretiker war: Der Vertrag ist bei *Hobbes*, um den es hier geht, eher eine Metapher dafür, daß die künftigen Bürger die Selbstorganisation der zentralen Macht nicht stören: Vertrag oder Unterwerfung oder anderes, Hauptsache ist, daß eine Zentralgewalt entsteht. *Hobbes* unterscheidet zwischen dem bürgerlichen Delinquenten und dem Hochverräter; jener wird nach den erlassenen Gesetzen verurteilt, dieser aber als Feind bekämpft, und der Grund für diese Differenz liegt auf der Hand, da jener einen einzelnen Vorteil sucht, was zwar nicht zu dulden ist, aber das Ganze nicht in Frage stellt, während dieser, der Hochverräter, das Prinzip bekämpft, und das Prinzip ist bei *Hobbes* in der *konkreten* Herrschaft verkörpert.

Nun ist nicht zu erwarten, die vor mehr als 350 Jahren formulierten Gedanken des *Hobbes* ließen sich eins zu eins in die Gegenwart übertragen, obgleich die Erkenntnis, daß ein prinzipieller Gegner eben anders, als Feind, zu behandeln ist als ein Bürger mit eher passageren Defekten, nach wie vor richtig ist. Nur darf unter einem prinzipiellen Gegner heute nicht (nur) ein Gegner der etablierten Herrschaft verstanden werden, vielmehr ist er als ein Gegner der freiheitlich verfaßten Gesellschaft zu begreifen. Wer genau dazu gerechnet werden muß, läßt sich gewiß nur schwierig bestimmen, aber unmöglich ist es nicht: Wer sich selbst zu einem Teil verfestigter krimineller Strukturen gemacht hat, bei dem verdünnt sich die Hoffnung, ein gemeinsamer *modus vivendi* werde sich trotz einzelner verbrecherischer Taten finden lassen, zur schieren Illusion, eben zur „endlos kontrafaktischen“ Erwartung.

Es kann deshalb kaum verwundern, daß der deutsche Gesetzgeber diejenigen Gesetze, die er selbst „Bekämpfungsgesetze“ genannt hat, unter anderem gegen die „Wirtschaftskriminalität“ gerichtet hat, die ja in ihren schwereren Formen weitgehend organisierte Kriminalität ist, ferner gegen den „Terrorismus“ und gegen den „illegalen Rauschgifthandel und andere Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität“: Wer sein Leben zurechenbar und einigermaßen dauerhaft an kriminellen Strukturen ausrichtet, für den bricht zwar nicht rundum, aber doch bereichsweise die Präsumtion rechtstreuen Verhaltens und damit eine Bedingung seines Status als Person im Recht zusammen. Der organisierte Kriminelle mag ein rührender Familienvater und sorgfältiger Autofahrer sein, er mag Gewalt hassen und Tiere lieben, aber einfach abzuwarten, was seine Organisation alles an Taten produziert, wäre schlicht dumm. Ein Feind muß nicht unbedingt Totalfeind sein; wenn nicht, dann ist er

eben Partialfeind. Entsprechendes gilt für Täter, die sich *haltungsgemäß*, genauer, mangels Haltung, mutmaßlich nicht nur passager vom Recht entfernt haben, etwa für manche Sexualdelinquenten; das wird hier nicht weiter verfolgt.

Geläufig wird mir vorgeworfen, diese Bestimmung des Feindes sei einigermaßen ungenau. Die Feststellung stimmt, aber sie ist als Vorwurf falsch formuliert: Beim „Bürger“ oder „Bürgerstrafrecht“ und beim „Feind“ oder „Feindstrafrecht“ handelt es sich um Idealtypen, die in reiner Ausprägung praktisch nicht vorkommen. Das Praktische liegt immer dazwischen und trägt deshalb das Stigma aller Mischtypen, eben ungenau zu sein. Ich habe die Charakterisierungen des Feindes ja auch nicht frei erfunden, sondern versucht, sie aus den vom Gesetzgeber so genannten Bekämpfungsgesetzen und anderen Vorschriften zu destillieren. Wenn sich da – um im Bild zu bleiben – reine Alkohole und Fuselstoffe mischen, liegt das an der Maische des Gesetzes, nicht am Destillateur.

C. (Partielle) Exklusion des Feindes

Darf diese Behandlung eines Verbrechers – eben nicht als vollgültige Person, vielmehr als zumindest partieller Feind – überhaupt sein? Wie steht es um den eingangs schon genannten Satz, jeder habe jederzeit einen Anspruch auf Behandlung als Person? Der Satz gilt, aber er läßt sich, wie zuvor schon vermutet und nunmehr belegt worden ist, nun einmal nicht einseitig anwenden. Die Grundlage der Vermutung zukünftigen Legalverhaltens zu pflegen, 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 Persönlichkeit 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 muß also ergänzt werden: Jeder, der *zumindest einigermaßen verlässlich Rechtstreue verspricht*, hat den Anspruch, als Person im Recht behandelt zu werden. Wer dieses Versprechen nicht in glaubhafter Weise leistet, wird tendenziell fremdverwaltet; ihm werden Rechte genommen. Seine Pflichten bleiben ungeschmälert (wenn auch mit Pflichterfüllung kognitiv nicht mehr gerechnet wird), sonst wäre er mangels einer Pflichtverletzung nicht Verbrecher. Soweit ihm Rechte genommen werden, wird er – definitionsgemäß – nicht als Person im Recht behandelt. Das ist der Kern meiner Ausführungen: Wird dieser Kern ausgeräumt, bricht meine These zusammen; hat er Bestand, betrifft alles weitere nur Details, nicht den Grundsatz.

Meist wird der Betreffende wohl nur partiell in der Position eines Feindes stehen, genauer, er wird sich dort hinstellen; denn Exklusion in einer freiheitlichen Gesellschaft ist immer Selbstexklusion: Durch eine Verhaltensänderung könnte der Feind wieder zum Bürger werden. Es verhält sich also nicht so, als lasse die Gesellschaft den Feind nicht „herein“; er selbst hindert sein „Hinein-

kommen“, weil er seine Bringschuld nicht leistet, also nicht dafür sorgt, daß bei ihm rechtstreu Verhalten vermutet werden kann. Mit dieser Feststellung – eher partielle und zudem selbst veranlaßte Exklusion – soll freilich das Problem nicht verniedlicht und soll vor allem nicht von der naheliegenden Frage abgelenkt werden, ob der Umgang mit dem – und sei es partiellen und auf eigene Veranlassung dazu gewordenen – Feind überhaupt ein *rechtlicher* Umgang ist. Die Antwort liegt auf der Hand: *Soweit* mit dem Feind als Feind umgegangen wird, fehlt mangels Gegenseitigkeit das Rechtsband, das die *bürgerliche Gesellschaft* knüpft; der Umgang erfolgt also im Verhältnis zum Feind nicht als rechtlicher (daß er deswegen nicht grenzenlos sein muß, wird noch darzulegen sein, und von den Rechten, die sich aus der angeborenen Persönlichkeit ergeben, ist hier nicht die Rede; siehe schon oben III. A.). „Feindstrafrecht“ kann also nicht heißen, *der Feind* werde, auch soweit er eben Feind ist, als bürgerlicher Rechtsgenosse inkludiert.

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, und – beiläufig – der Feind würde es wohl in der Regel vorziehen, eingeschlossen zu bleiben. Zudem entscheidet die Gesellschaft, *inwieweit* sie ein- oder ausschließt, und sie entläßt auch den hartnäckigen Verbrecher nicht aus seiner Pflicht, kein Verbrechen zu begehen. – Was die Exklusion von den Rechten und in diesem Sinn die Entrechtlichung angeht, so kann die Gesellschaft freilich ihre Entscheidung nicht abgehoben von dem alltäglich Praktizierten und in dem Sinne von ihrer eigenen Wirklichkeit treffen, wenn das Ergebnis zur Orientierung in eben dieser alltäglichen Praxis taugen soll. Salopp gesprochen, eine abstrakt gedachte Gesellschaft kann zur Person im Recht erklären, „wen, genauer: was (!) sie will“, aber gerade diese „Beliebigkeit“ nimmt ihr die Orientierungskraft in der alltäglichen Praxis. Eine wirklich stattfindende Gesellschaft kommt um eine mehr oder weniger umfassende Exklusion der hartnäckigen Gegner nicht herum.

Aber das Feindstrafrecht bleibt doch insoweit *Recht*, als es die Bürger ihrerseits, genauer, *den Staat*, seine Organe und Funktionäre, bei der Bekämpfung der Feinde bindet. Feindstrafrecht ist eben kein Regelwerk zur grenzenlosen Vernichtung, sondern ist im klug verwalteten Rechtsstaat eine *ultima ratio*, die bewußt als Ausnahme angewandt wird, als etwas, das nicht zu dauerndem Gebrauch taugt. Um zu dieser Selbstbescheidung zu kommen, ist es freilich erst einmal nötig zu wissen, was man bei feindstrafrechtlichen Regeln „in der Hand hält“. Die vielleicht gutgemeinte, aber gewiß nicht gute Annahme, alles Recht sei stets jedermann gegenüber Recht, weil das nicht anders sein *dürfe*, vertuscht in ihrer einfältigen Zeichnung der Lage die – mehr oder weniger umfassende – Exklusion des Feindes, was seine *Rechte* angeht, und damit das Warnzeichen der Ausnahme.

D. Deskription

Im Blick auf die in Deutschland und einigen spanischsprachigen Ländern bereits seit etwa fünf Jahren intensiv laufende Diskussion über das Feindstrafrecht – überwiegend freilich eher eine Demonstration der Entrüstung als ein Beitrag zum Gedankenaustausch – erlaube ich mir eine etwas herbe Bemerkung. Die Unterscheidung zwischen der Person im Recht und einem – zumindest partiellen – Feind wird hier durch eine Analyse der Bedingungen praktizierter, also orientierungsleitender, Rechtlichkeit gewonnen. In der Analyse mögen Fehler stecken, die dann als solche darzutun wären; es wäre also zu begründen, daß praktizierte Rechtlichkeit *nicht* auf einer zumindest unterstellbaren Gegenseitigkeit beruhe, was bislang freilich nicht einmal ansatzweise unternommen und noch weniger geleistet worden ist. Statt dessen heißt es mehr oder weniger unisono, es *dürfe* diese Unterscheidung nicht geben; denn Rechtlichkeit sei allumfassend. Aber das läuft auf das oben schon behandelte „endlos Kontrafaktische“ hinaus, und dieses ist per definitionem nicht wirklich. Wer diese Entthronung normativistischer Omnipotenz durch die Wirklichkeit nicht aushält, sollte auf Normlogik umsatteln – da gibt es allumfassende Geltung – oder auf Rechtspolitik – da gibt es leicht formulierbare Utopien –, und ich vermute, daß sich die Entrüsteten auf letzteres verlegt haben.

E. Begriffe und Namen

In diesem Zusammenhang seien zwei Bemerkungen zum Begriff des Feindes und zur Namensgebung „Feindstrafrecht“ erlaubt. Mit dem Begriff des Feindes, wie er in *Carl Schmitts* „Der Begriff des Politischen“ (1927) gebildet wird, mit dem Feind als existentiellern Gegner, ist der hiesige Begriff nicht deckungsgleich. Bei *Carl Schmitt* ist der Begriff des Politischen ein säkularisierter theologischer Begriff, der eher Gottesfürchtige von Gottlosen scheidet als politische Gegner im heute geläufigen Verständnis. 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*. Der Feind des Feindstrafrechts ist hingegen ein Verbrecher der vermutlich nachhaltig gefährlichen Sorte, ein *inimicus*. Er ist nicht ein *anderer*, sondern er sollte sich als gleicher benehmen, und deshalb wird ihm auch Strafrechtsschuld zugeschrieben, anders als dem *hostis Schmitts*. Hätte ich mich bei meinen Darlegungen auf *Carl Schmitt* bezogen, so wäre das ein einigermaßen krasses Fehlzitat gewesen.

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* zur Strafe sichernd zu verfahren ist. Man mag fragen, warum diese Sicherung Feindstrafrecht heißt, wo es doch um ein *Sicherungsrecht* geht. Den Grund für diese Namensgebung liefert der Gesetzgeber, der die Sicherung formell als Strafrecht ausgestaltet: Die Mitglieder einer kriminellen Vereinigung werden dem Ge-

setz nach (über das Maß der geschehenen Friedensstörung hinaus) bestraft und nicht etwa in Verwahrung genommen, und die Maßregeln der Besserung und Sicherung werden immerhin noch als Annexe des Strafrechts im Strafgesetzbuch geregelt.

IV. Feindstrafrecht als Gefahrenabwehr

A. Vorverlagerungen

Wofür ist die Trennung der Person im Recht, des Bürgers, vom zumindest partiellen Feind wichtig? Bei der Suche nach einer Antwort auf diese Frage stelle ich abermals keine rechtspolitischen Postulate auf, sondern beschreibe, wie das geltende Recht zwischen der Bestrafung eines Bürgers, der ein Verbrechen begangen hat, und dem Umgang mit einem Feind unterscheidet.

An erster Stelle ist die – mittlerweile auf Grund eines europäischen Rahmenbeschlusses verbindliche, aber auch zuvor bereits übliche – Vorverlagerung der Strafbarkeit zu nennen, vorweg die Bestrafung der Bildung einer kriminellen oder gar terroristischen Vereinigung, also die Bestrafung eines weit vor einem Verletzungsdelikt liegenden Verhaltens. Die Entwicklung der Bestrafung der Verbrechensvorbereitung in Deutschland lehrt, wie nützlich die Unterscheidung zwischen Bürger und Feind sein könnte, so sie denn sauber durchgeführt würde. Kurz dazu:

Das preußische Strafgesetzbuch von 1851 und das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 kannten keine Bestrafung der isolierten Verbrechensvorbereitung. Nachdem sich im Kulturkampf, einem Kampf des Staates für die Verweltlichung der gesellschaftlichen Institutionen, ein Ausländer (der Belgier Duchesne) gegenüber hohen ausländischen kirchlichen Stellen (dem Jesuitenprovinzial von Belgien und dem Erzbischof von Paris) erboten hatte, gegen Zahlung einer beachtlichen Summe den deutschen Reichskanzler (Bismarck) zu töten, wurde eine Vorschrift eingeführt, die solche Vorbereitungen bei schwersten Verbrechen mit Gefängnis von 3 Monaten bis zu 5 Jahren (Gefängnis, nicht Zuchthaus!), bei allen anderen mit Gefängnis bis zu 2 Jahren bedrohte (§§ 49 a, 16 RStGB nach der Novelle von 1876) – eine Regelung, die wegen ihrer Milde offenbar nicht darauf abstellte, wie gefährlich ein Feind werden kann, sondern was ein Täter bislang angegriffen hat: die öffentliche Sicherheit. 1943 (!) wurde die Vorschrift (unter anderem) dergestalt verschärft, daß die Strafe an diejenige der geplanten Tat gebunden wurde; das Delikt gegen die öffentliche Sicherheit wurde damit in eine echte Bestrafung von Vorbereitungen verwandelt, und diese Änderung ist bis heute nicht rückgängig gemacht worden. Angeknüpft wird somit an das noch nicht betätigte, sondern an das nur geplante Verhalten, also nicht an den verwirklichten Normgeltungsschaden, sondern an die kommende Tat, mit anderen Worten, an die Stelle des aktuellen Normgeltungsschadens tritt die Gefahr künftiger Schäden – eine feindstrafrechtliche Regelung. Was bei Terroristen – prinzipiellen Gegnern – angemessen sein mag, eben auf die Größe der Gefahr und nicht auf den verwirklichten

Normgeltungsschaden abzustellen, wird hier auf den Fall *jeder* Planung eines Verbrechens, etwa eines einfachen Raubs, übertragen. Solches *überflüssige* Feindstrafrecht ist ein Übel, nicht das *notwendige*.

Bei der Terrorismusbekämpfung steht heute praktisch die Vorschrift gegen die Bildung terroristischer Vereinigungen im Vordergrund (§§ 129 a, 129 b StGB). Die angeordneten Strafen reichen abgestuft von fünf über zehn bis zu fünfzehn Jahren Freiheitsentzug, letzteres für „Rädelführer und Hintermänner“ (was diese auch immer sein mögen). Zumindest die über fünf Jahre hinausreichenden Strafen lassen sich nicht mit dem aktuell verwirklichten Unrecht einer Störung der öffentlichen Sicherheit begründen – aber was für eine Funktion haben sie dann? Diese Strafdrohungen zeigen den Übergang von einem Normgeltung erhaltenden Strafrecht, üblicherweise Schuldstrafrecht genannt, zu einem Strafrecht als Maßnahmenrecht bei drohenden Gefahren. Den Unterschied gilt es, genauer zu begründen.

B. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht

Im Normalfall des Verbrechens ist die Strafe eine Art Schadensersatz, der bei der Person des Verbrechens zwangsweise beigetrieben wird: Die Strafe ist Widerspruch – das versteht sich von selbst – und Zufügung von Schmerz, und dieser Schmerz ist so zu bemessen, daß die kognitive Untermauerung der übertretenen Norm nicht wegen der geschehenen Tat leidet. Widerspruch wie Schmerz werden strafrechtsdogmatisch im Schuldbegriff präformiert. Für die schuldangemessene Strafe reicht es hin, wenn die Tat wegen der Strafe allgemein als mißglücktes Unternehmen verstanden wird; insbesondere geht es nicht um Abschreckung anderer Tatgeneigter: Deren Tatneigung hat der Täter in aller Regel nicht zu verantworten. Beiläufig, in der Zeit der Aufklärung sah man das anders: Die Verbrecher wurden als eine *zusammengehörende* Horde begriffen, so daß die Bestrafung jedes einzelnen der Abschreckung der ganzen Horde zu dienen hatte. Etwa bei *Christian Wolff* heißt es, bei der Bestrafung sei eher auf die *anderen* potentiellen Verbrecher zu sehen als auf den konkret vor Gericht stehenden Täter (Vernünftige Gedancken von dem Gesellschaftlichen Leben der Menschen etc., sog. Deutsche Politik, 1736, § 347).

Mit der Umsetzung des dem Schadensersatz analogen Modells (das ja schon als Modell des Normalfalls nicht nur der harten Realität, sondern nicht minder einer erdachten Idylle nahestehen dürfte) ist es im Fall haltungsgemäß prinzipieller wie auch aktiver Gegner, also unter anderem im Fall von Terroristen, nicht getan; denn ganz unabhängig von der Antwort auf die bisher kaum je aufgeworfene Frage, wie es um die Schuld zumindest desjenigen Terroristen bestellt ist, der in einer der hiesigen Kultur feindlichen Kultur sozialisiert wurde, gilt es im Fall eines jeden Terroristen – wie bei jedem Feind –, auch ein bereits vorhandenes Defizit an kognitiver Sicherheit auszugleichen. Wie das auch immer geschehen mag, so geschieht es gewiß nicht in einem freien Diskurs, sondern indem der Terrorist selbst oder eher noch seine

Lebensumstände in zweckdienlicher Weise durch Zwang verändert werden, und die Anwendung von Zwang zur Änderung des Lebens eines anderen ist mit dessen Anerkennung als Person insoweit, als Zwang angewendet wird, definitionsgemäß unverträglich. Praktisch wird die Sicherung vor dem Täter im Vordergrund stehen, entweder durch eine als solche ausgewiesene Sicherungsverwahrung oder durch eine Sicherung garantierende, also entsprechend lange Freiheitsstrafe. Letzteres ist – neben der schieren Abschreckung – einer der Gründe für die hohen Strafen, die gegen die Bildung einer terroristischen Vereinigung angedroht werden; diese Strafen lassen sich nicht durch dasjenige erklären, was bereits geschehen ist – es wurde die öffentliche Sicherheit beeinträchtigt, aber bislang zu keiner Verletzung angesetzt –, sondern nur durch die bestehende Gefahr.

Freilich ist die Abwehr drohender Gefahren an sich Aufgabe der Polizei. Warum übernimmt das Strafrecht diese Aufgabe trotz der Gefahr seiner Verpolizeilichung? Die Antwort fällt mehrschichtig aus: Die Polizei *kann* an den Tatbestand der Bildung einer terroristischen Vereinigung keine für lange Zeit sichernden Rechtsfolgen knüpfen – das ist die erste Schicht – und sie *soll* es auch nicht – das ist die zweite –, weil dem Feindstrafrecht zumindest ein Teil der rechtsstaatlichen Garantien des materiellen Strafrechts und des Prozeßrechts gegeben werden soll, um es rechtsstaatlich erträglich zu machen, aber auch um die Differenz zum Bürgerstrafrecht zu verschleiern, insoweit durchaus vergleichbar mit den Maßregeln der Besserung und Sicherung und hier insbesondere mit der Sicherungsverwahrung, die als gefahrenabwehrende Maßregeln im materiellen Strafrecht „mitlaufen“ – ihrerseits feindstrafrechtliche Rechtsinstitute. Wenn im Sommer 2005 der deutsche Bundesinnenminister öffentlich von Vorüberlegungen zu einer „vorbeugenden Sicherungsverwahrung“ spricht, bestätigt das die hier gegebene Deutung.

Ich fasse die insoweit nicht gerade neue Entwicklung zusammen: Feindstrafrecht, insbesondere das gegen Terroristen gerichtete Strafrecht, hat eher die Aufgabe, Sicherheit zu gewährleisten, als Rechtsgeltung zu erhalten, ablesbar am Strafzweck und an den einschlägigen Tatbeständen. Das Bürgerstrafrecht, Garantie der Rechtsgeltung, wandelt sich in Gefahrenabwehr.

C. Bemerkungen zum Prozeßrecht

Dem entspricht die prozessuale Lage. Der Beschuldigte ist im Grundfall des rechtsstaatlichen Strafprozesses Prozeßsubjekt, mitwirkende Person; das unterscheidet ja gerade den reformierten Prozeß vom Inquisitionsprozeß. Als Beispiele sind etwa zu nennen: das Recht auf rechtliches Gehör, das Recht, Beweisanträge zu stellen, bei Vernehmungen anwesend zu sein und, dies insbesondere, das Recht, bei der eigenen Aussage weder unzulässig getäuscht, noch gezwungen, noch verlockt zu werden (§ 136 a StPO).

Andererseits tritt dieser personalen, prozeßsubjekthaften Seite mannigfacher schierer Zwang gegenüber, vorweg

bei der Untersuchungshaft (§§ 112, 112 a StPO); vergleichbar der Sicherungsverwahrung erkennt sie den Beschuldigten nicht als Person an, sondern erschöpft sich ihm gegenüber in physischem Zwang, dies nicht, weil der Beschuldigte dem Prozeß beiwohnen muß – am Prozeß nimmt auch eine beschuldigte *Person* teil, und zwar aus Einsicht –, sondern weil er dazu durch die Inhaftierung gezwungen wird. Dieser Zwang richtet sich nicht gegen die Person im Recht – diese verdunkelt nicht und flieht nicht – sondern gegen das Individuum, das mit seinen Trieben und Ängsten für den ordentlichen Rechtsgang gefährlich wird, sich insoweit als Feind geriert. Ebenso verhält es sich bei jedem Zwang zu einem Eingriff, etwa zu einer Blutentnahme (§ 81 a StPO), sowie bei denjenigen Überwachungsmaßnahmen, von denen der Beschuldigte zum Zeitpunkt ihrer Vornahme nichts weiß, jedenfalls nichts wissen soll, weil die Maßnahmen nur funktionieren, solange der Beschuldigte sie nicht kennt. Zu nennen sind beispielsweise die Überwachung der Telekommunikation (§ 100 a StPO), sonstige geheime Ermittlungen (§ 100 c StPO) und der Einsatz verdeckter Ermittler (§ 110 a StPO). Wie im materiellen Feindstrafrecht so gilt auch hier, daß solche Maßnahmen nicht außerhalb des Rechts erfolgen, aber die Beschuldigten werden insoweit, als bei ihnen eingegriffen wird, von ihrem Recht exkludiert: Der Staat hebt in rechtlich geordneter Weise Rechte auf.

Ebenso wie im materiellen Recht gelten die krassesten feindstrafprozessualen Regelungen der Erledigung terroristischer Gefahren, wobei ein Hinweis auf die Kontaktsperre, also die Aufhebung der Kontaktmöglichkeit zwischen einem Gefangenen und seinem Verteidiger zur Vermeidung von Gefahren für Leben, Leib oder Freiheit einer Person, genügen mag (§§ 31 ff EGGVG).

Die genannten strafprozessualen Institute sollen hier nicht in Bausch und Bogen verworfen werden; sie mögen nötig sein, um die Gesellschaft vor ihren Feinden zu schützen. Aber man wird sie ja wohl noch bei ihrem rechten Namen nennen dürfen: Ein „großer Lauschangriff“ auf einen *Bürger* oder verdeckte Ermittlungen gegen *ihn* passen nicht zu *seinem* Begriff. Sie richten sich vielmehr gegen Individuen, denen die Vermutung rechtstreuen Verhaltens nicht mehr gilt, die also nicht im Vollsinne als Bürger, als Personen im Recht, behandelt werden, und auch wohl kaum als solche Personen behandelt werden können.

V. Grenzen

Ist ein Feindstrafrecht legitim und wenn ja, bis zu welchem Maß? Als Versuch einer Antwort, und damit komme ich zum Schluß, formuliere ich drei Gedanken.

Erstens, der Staat muß seine Gestalt nicht mutwillig aufs Spiel setzen; wenn von Feindstrafrecht die Rede ist, bedeutet das nicht sogleich „kurzen Prozeß“, „Verdachtsstrafe“, gar „öffentliche Vierteilung zur Abschreckung“ oder ähnliches (womit das Problem der Grenzziehung freilich noch nicht gelöst ist).

Zweitens und hauptsächlich, die Deduktion einer Antwort auf die Frage nach der Legitimität aus dem *abstrakten* Begriff des Rechtsstaats ist nichts wert. Daß ein Staat, der keine Sicherungsverwahrung kennt, der die Bildung einer terroristischen Vereinigung nur als Tat gegen die öffentliche Ordnung bestraft, dem Kontaktsperren, Lauschangriffe, verdeckte Ermittler und vieles weitere fremd sind, dem Ideal eines Rechtsstaates näherkomme als ein Staat, der solche Einrichtungen und Maßnahmen erlaubt, läßt sich nur *abstrakt* feststellen; *konkret* mag der Verzicht auf diese Einrichtungen das Recht des Bürgers auf Sicherheit aushöhlen, und dieses Recht auf Sicherheit ist nur ein anderer Name für ein Recht auf den Zustand wirklicher Rechtsgeltung. So wie es schon zum Begriff der Person und auch zu demjenigen der Rechtsgeltung dargelegt wurde, so ist auch ein Rechtsstaat nicht schon deshalb wirklich, weil er gedacht, postuliert wird, und wer der Meinung ist, es müsse im Rechtsstaat stets *alles* verwirklicht werden, ohne Abstriche, der sollte wissen, daß dieses „Alles“ in der konkreten Wirklichkeit begleitet wird von einem „oder nichts“, zumal ein schlechthin perfekter Rechtsstaat für Terroristen einen solchermaßen riesigen „Standortvorteil“ böte, daß er sie geradezu einlode, in seinem Geltungsbereich zu verweilen, genauer: aktiv zu werden.

Drittens, niemand muß alles das, was man mit guten Gründen tun könnte, auch wirklich vollziehen. Beispielhaft, mancher Pazifist erklärt, im Fall der Notwehr den Angreifer nicht töten zu wollen, auch wenn dies erforderlich wäre, sondern eher selbst unterzugehen. Entsprechend bleibt auch dem Rechtsstaat die Möglichkeit, dann zurückzuweichen oder gar unterzugehen, wenn seine

Funktionäre anderenfalls im Blut der Feinde waten müßten. Es gibt eben Verhaltensweisen, die man wegen seines *Selbstbildes* nicht vollzieht.

Hält man sich von den Extremen des *bedingungslosen* Pazifismus wie der *bedingungslosen* Selbstverteidigung fern, so geht es um das Erreichbare, um das praktisch Optimale, was heißt, das Feindstrafrecht sei auf das Erforderliche zu beschränken, dies ganz unabhängig von dem sowieso bestehenden Klugheitsgebot, physische Gewalt wegen ihrer korrumpierenden Nebenwirkungen geringzuhalten. Der Gesetzgeber könnte bei dieser Beschränkung leicht, sehr leicht, einen Anfang machen, etwa indem er bei der *allgemeinen* Verbrechensvorbereitung zur alten Regelung einer Höchststrafe von 5 Jahren Freiheitsstrafe für die Störung der öffentlichen Sicherheit zurückkehrte. Das wäre keine Abschaffung *jeglichen* Feindstrafrechts, nicht einmal ein Anfang davon, aber bewiese Problembewußtsein, und je deutlicher dieses Problembewußtsein entwickelt wäre, um so geringer wäre die Gefahr, daß das Feindstrafrecht, soweit es nun einmal unverzichtbar ist, und das Bürgerstrafrecht durcheinandergeraten.

Wenn ich mein Referat an dieser Stelle beende, so nicht ohne nochmals herauszustreichen, daß meinen Ausführungen jeder rechtspolitische Impetus fehlt, daß sie vielmehr von den Bedingungen wirklichen Rechts handeln. Über eine Idealwelt kann man sich leicht verständigen, aber für das Leben in der wirklichen Welt hat man dadurch nichts gewonnen.

Krieg und Politik – Das politische Feindstrafrecht im Alltag

Von Prof. Dr. Alejandro Aponte (Kolumbien).

Vorrede*

Es ist für mich eine große Ehre, an diesem Strafverteidigertag teilzunehmen. Im September letzten Jahres hatte ich die Gelegenheit, an einer sehr interessanten, von Herrn Klaus Malek organisierten Diskussion der Vereinigung Baden-Württembergischer Strafverteidiger zusammen mit den Professoren Hefendehl und Jörg Arnold teilzunehmen. Außerdem war ich zum Dienstagseminar hier in Frankfurt eingeladen. Bei dieser Gelegenheit konnte ich mit Cornelius Prittitz, Wolfgang Naucke, Klaus Günther und Ulfrid Neumann diskutieren. Diese Autoren habe ich in meinem Buch zum selben Thema bearbeitet. Außerdem konnte ich mit Winfried Hassemer, der für meine Arbeit von ganz besonderem Interesse ist,

über unsere Befürchtungen reden, sowie mit Günther Jakobs, der trotz der offenkundigen Differenzen in bezug auf unser Thema immer offen für einen ehrlichen akademischen Austausch war.

Einige der in diesen gemeinsamen Diskussionen aufgeworfenen Fragen haben sich in diesem Text niederschlagen und sind nun Teil des Vortrags. Ebenso finden sich dort diejenigen Fragen wieder, die sich bei meinem Vortrag im vergangenen Jahr im Max-Planck-Institut in Freiburg ergeben haben, und zwar bei einer Veranstaltung, die mein Kollege und Freund Jörg Arnold organisiert hat. Ihm möchte ich für seine jahrelange Unterstützung und Solidarität danken, als ich noch meine Doktorarbeit in Saarbrücken am Institut für Rechts- und Sozialphilosophie der Universität des Saarlandes schrieb, dessen damaliger Direktor Alessandro Baratta besonders in Lateinamerika sehr geschätzt wird.¹

¹ Eine detaillierte Darstellung des kolumbianischen Falles im Rahmen einer allgemeinen Reflexion über das Feindstrafrecht findet sich in: Aponte, Alejandro, Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen über das effiziente Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien, Baden-Baden, 2004.

* Der Beitrag gibt einen Vortrag wieder, den der Verfasser im März auf dem 30. Strafverteidigertag gehalten hat.

1. Vom kolumbianischen Einzelfall hin zu allgemeinen Überlegungen

Ausgangspunkt meines Vortrages und konkreter Bezugspunkt ist Kolumbien, aber er beschränkt sich nicht nur auf dieses Land. Es handelt sich um grundsätzliche Überlegungen, die sich mit Themen beschäftigen, die aufgrund ihrer Komplexität mit der westlichen Tradition verflochten sind. Und wenn man sich auf den kolumbianischen Fall bezieht, entsteht notwendigerweise eine Verbindung mit Europa, konkreter gesagt mit Deutschland, denn die in diesem Land entstandene Strafrechtswissenschaft hat den größten Einfluss auf Kolumbien ausgeübt; ebenso gibt es einen erheblichen Einfluss durch Italien sowie, in letzter Zeit, durch Spanien. Darum sind wir in Kolumbien und ganz generell in Lateinamerika sehr besorgt über die derzeitige Zunahme von rein effizienten und antidemokratischen Tendenzen im Strafrecht, die aktuell in Europa aufkommen, während man in den Ländern Lateinamerikas nach den antidemokratischen Regimen und einem instrumentalisierten und rein politischen Gebrauch des Strafrechts versucht, sich an demokratischen und liberalen, auf der Einhaltung der Rechte und Garantien basierenden Strafrechtssystemen zu orientieren.

Für die Lateinamerikaner ist das liberale Erbe eines demokratischen und aufgeklärten Strafrechts, wie es in Europa entwickelt wurde, eine unerschöpfliche Quelle im Kampf gegen den sich mit Riesenschritten ausbreitenden effizienten und autoritären Pragmatismus, der manchmal in Verbindung mit Regierungssystemen des angelsächsischen Raumes steht, dessen Saat jedoch heutzutage auch im restlichen Europa aufgeht.

Ausgehend von den Überlegungen zum kolumbianischen Fall ergeben sich allgemeine Fragen hinsichtlich des Feindstrafrechts, was wiederum zu einer allgemeinen Debatte über das Strafrecht, die Möglichkeiten seiner Legitimation und seine mögliche zukünftige Ausprägung führt. Gleichzeitig können die Gegensätze zwischen dem Feindstrafrecht in Kolumbien und in anderen Ländern aufgezeigt werden. Es handelt sich also um Überlegungen, die auf einem konkreten Fall fußen und nicht im intellektuellen Elfenbeinturm entstanden sind. Und aufgrund der konkreten Erfahrungen, die man in meinem Land mit dem Feindstrafrecht gemacht hat, kann man schon hier die allgemeine Schlussfolgerung meines Vortrages vorwegnehmen: Nicht ein einziges ernsthaftes Problem, das Kolumbien hat, ist durch die Anwendung des Feindstrafrechts gelöst oder auch nur verbessert worden. Weder dem Drogenhandel, noch den Entführungen, die in Kolumbien ein wirklich großes Problem sind, weder dem Terrorismus, noch der organisierten Kriminalität konnte von diesem autoritären Strafrechtsmodell irgend etwas entgegengesetzt werden. Man kann im Gegenteil ganz klar aufgrund der tatsächlichen Erfahrungen sagen, dass die durch diese Verbrechen aufgeworfenen Probleme durch das Feindstrafrecht noch verschärft worden sind.

2. Kolumbien: zwischen Frieden und Krieg

Ausgangspunkt für unsere Studien zum kolumbianischen Feindstrafrecht muss die Suche nach seinem Kontext sein, nach seinen Ursprüngen und seiner Entwicklung. In Kolumbien ist grundlegend für das Feindstrafrecht die Existenz von schwerwiegenden sozialen und politischen Konflikten. Am Anfang steht hier eine extrem konfliktreiche Gesellschaft. Aber es handelt sich nicht um irgendeinen Konflikt, sondern um einen bewaffneten internen Konflikt, um einen Konflikt, der einem Bürgerkrieg ganz ähnlich ist und den das Land seit mehr als fünfzig Jahren durchmacht.²

Es handelt sich dabei nicht um einen normalen Bürgerkrieg, in dem die Akteure oder Feinde klar benannt werden können. Es handelt sich, im Gegenteil, um einen verschlimmerten, unklaren und diffusen bewaffneten Konflikt, an dem viele Akteure beteiligt sind: Guerilla, Paramilitärs, Drogenhändler usw. Es ist ein entpolitizierter, entideologizierter bewaffneter Konflikt, der jedoch wie ein bewaffneter Konflikt um die Aneignung von Territorien ausgetragen wird. Es handelt sich dabei nicht um simplen Terrorismus, diesen gibt es auch im kolumbianischen Konflikt. 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. Diese Gebiete stehen unter Feudalherrschaft. In den abgelegenen Gebieten, in den Gebirgen, den Urwaldregionen war der kolumbianische Staat chronisch substituiert. Die Bedingung, die Max Weber, Norbert Elias und Hans Kelsen für die Konsolidierung des modernen Staates gestellt haben, nämlich die tatsächliche Monopolisierung der Macht und die tatsächliche Territorialisierung des Rechtes, ist hier einfach nicht gegeben. Darum benutze ich in meinen Arbeiten

² In der Diskussion, die sich nach meinem Vortrag beim *Diens-tagsseminar* in Frankfurt im Juli 2005 ergab, formulierte Ulfrid Neumann die folgende Frage: Wenn es so ist, dass der Ausgangspunkt für das Feindstrafrecht in Kolumbien der Konflikt ist, während es laut Jakobs in Deutschland bzw. in Europa der Konsens ist, welche praktischen Konsequenzen würde dieser Unterschied mit sich bringen? Dies ist eine der zentralen Fragen. Unser Meinung nach kann es sein, obwohl sich das im Prinzip paradox anhört, dass in einer auf dem Konsens beruhenden Gesellschaft das Strafrecht noch härter und noch weniger die Rechte und Garantien bewahrend angewendet wird als in einer Gesellschaft, die durch große soziale und politische Konflikte gekennzeichnet ist. Denn in diesen mag es geschehen, und so ist es auch geschehen, dass in einem Akt der Selbsterkenntnis, dass alle an diesen vielfältigen Konflikten beteiligt sind, sowohl die strafrechtliche als auch die militärische Antwort eventuell relativiert und die Feinde als relative Feinde gesehen werden. Jedoch in einer Gesellschaft, die auf dem breiten Konsens beruht, obwohl dieser niemals empirisch nachgewiesen werden konnte, kann derjenige, der sich von diesem Konsens entfernt, als Verräter behandelt werden, nämlich als Verräter an der Sache des Konsens. In diesem Fall könnte seine Strafe unbegrenzt sein, aus dem Feind wir eine *Unperson* im absoluten Sinn.

allgemein die von Von Trotha in seinen Arbeiten über die weltweite Krise des Gewaltmonopols benutzte Kategorie der „parastaatlichen Ordnungsform der Gewalt“.³ Dabei wird die parastaatliche Ordnungsform der Gewalt als Autorität oder Macht verstanden: die Substituierung der Machtausübung des Staates.

Aber diese Schlussfolgerung muss differenziert werden. D.h. man kann nicht einfach die üblichen Kategorien der Politikwissenschaft auf den kolumbianischen Fall anwenden. Man kann nicht einfach behaupten, dass es sich um eine kollabierte Gesellschaft ohne jegliche Institutionen handelt oder dass die Demokratie nur rein formaler Art ist. Diese Gesellschaft wird seit Jahren von verschiedenen Arten der Gewalt heimgesucht, aber es gibt in ihr Institutionen und eine sehr vielfältige Verfassung und es gibt in diesem Land ein sehr aktives und sehr dezidiert an der Verteidigung eines Minimums an Institutionen beteiligtes Verfassungsgericht. Diese Paradoxien des kolumbianischen Falls zwischen Demokratie und Gewalt, zwischen Krieg und Recht, zwischen Krieg und Politik, zwischen Krieg und Frieden, machen dieses Land so komplex und erfordern eigene Kategorien bei seiner Untersuchung.

Inmitten dieser Paradoxien, zwischen Demokratie und Gewalt, zwischen Krieg und Recht ist das Feindstrafrecht verortet. Darum handelt es sich auch nicht um einen diffusen Topos oder um eine Arbeit rein konzeptueller Natur, sondern um einen konkreten Fall, in dem Strafrecht in Situationen des Krieges oder des bewaffneten internen Konfliktes angewendet wurde, und in dem diffuse Arten der Gewalt sich gegenseitig hochschaukeln. Im Rahmen dieses Strafrechtes ist der Feind kein Sexualstraftäter oder abstrakter Feind, sondern ein ganz konkreter, nämlich ein militärischer.

Man kann aus dem kolumbianischen Fall noch eine andere These ableiten: Unter diesen Umständen wird das Strafrecht zu einer Fortsetzung des Krieges mit zivilen Mitteln. Die Strafrechtsprechung wird zu einer Fortsetzung der gewalttätigen Auseinandersetzung. Es ist klar, dass man unter diesen Umständen keine Konflikte lösen, sondern diese nur verschlechtern kann. Jedenfalls gibt es dabei keine Möglichkeit, dass der Staat durch ein neutrales Strafrecht handelt.

3. Das Notstandssyndrom

Für einen ausländischen Beobachter Kolumbiens ist es immer wieder erstaunlich zu sehen, dass trotz der konfliktreichen Umstände das Land mit einem demokratischen System überlebt hat und sogar Phasen eines eindeutigen wirtschaftlichen Wachstums auf verschiedenen Ebenen verzeichnet hat. Während in den 60er und 70er Jahren andere Länder Lateinamerikas Phasen mit Militärregierungen und Staatsstreichen erlebt haben, hielt sich

Kolumbien als Demokratie. Diese Beobachtung stimmt, aber es stimmt auch, dass seit fünfzig Jahren kein Regierungschef ohne Anwendung des Belagerungs- oder Ausnahmezustandes regieren konnte. Es gab zwar keine Militärregierung, die das demokratische System ersetzt hätte, aber es gab einen permanenten Gebrauch des Ausnahmezustandes, der die Verfassungsnormen, welche die Rechte und Garantien und das Prinzip der Gewaltenteilung schützen, aufhob. In diesem Zusammenhang war es die Exekutive, die die politische Macht auf sich vereinigt hat und die eine große Zahl an Notstandsnormen erlassen hat. Diese waren nicht, wie es in einer Demokratie sein muss, Ergebnis der parlamentarischen Debatte, sondern sie wurden direkt von der Exekutive erlassen.

Während dieser jahrzehntelang andauernden politischen Unruhen in ganz Lateinamerika wurde in Kolumbien das Feindstrafrecht in Form von mündlichen Kriegsgerichten umgesetzt. Die militärische Kriminaljustiz wurde somit auf Zivilisten angewendet. In vielen Kriegsgerichten wurden Guerilleros und Aufständische verurteilt. Aber es wurden häufig auch Zivilisten verurteilt, die nichts mit dem bewaffneten Konflikt zu tun hatten. In dieser Zeit kristallisierte sich auch eine andere charakteristische Eigenschaft des Feindstrafrechtes heraus: Zusammen mit dem „Hauptfeind“, das war in den 60er und 70er Jahren der Guerillero, wurden auch Gewerkschaftsmitglieder, Anwälte, Mitglieder von Menschenrechtsorganisationen und Studenten verurteilt, alles Akteure, die keinerlei Verbindung zum bewaffneten Konflikt hatten. Heutzutage wird der Terrorist oder die organisierte Kriminalität als Hauptfeind betrachtet. Und auch hier werden in seinem Schatten andere Akteure bestraft, die sich in einer Art „Grauzone“ bewegen, die sich bei verschärften und ungelösten Konflikten bildet.

Nun zeigt uns dieses historisch herausragende Faktum, nämlich der permanente Gebrauch des Ausnahmezustandes, eine der zentralen Eigenschaften des Feindstrafrechtes in Kolumbien auf, das direkter Ausdruck des Notstandes ist und das aus der im Rahmen des Ausnahmezustandes erlassenen Strafgesetzgebung entstanden ist. Es handelt sich dabei um ein Notstandsstrafrecht. Als solches ist dieses vor allem das Ergebnis von Debatten über den Ausnahmezustand, der immer in den Köpfen der Exekutive herumgeistert. Das Notstandsstrafrecht als konkreter Ausdruck des Feindstrafrechtes ist also im wesentlichen ein politisches Strafrecht. Es steht in Verbindung mit politischen Entscheidungen. Die Entscheidung über den Ausnahmezustand ist vor allem eine politische Entscheidung, und womöglich noch mehr die Entscheidung darüber, wer denn das Ziel der Notstandsnormen ist. Zwei Entscheidungen liegen also dem Feindstrafrecht als politischem Strafrecht zugrunde: die Entscheidung über den Ausnahmezustand und die Entscheidung darüber, gegen welchen Feind sich die Normen richten sollen.

4. Der Feind als konstruierter Feind

Aufgrund dieser beiden Entscheidungen, und vor allem aufgrund der zweiten, kann man folgende Schlussfolge-

³ Von Trotha, Trutz, Ordnungsformen der Gewalt oder Aussichten auf das Ende des staatlichen Gewaltmonopols, in: *Nedermann, Brigitta* unter Mitarbeit von *Koepf, Thomas* (Hrg.), *Politische Institutionen im Wandel*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 1997, S. 141.

zung ziehen: Der Feind ist immer ein konstruierter Feind. Es gibt immer eine Entscheidung über die Feindschaft und über den Feind. Dies ist natürlich nicht nur eine besondere Eigenschaft im kolumbianischen Fall, sondern eine ganz allgemeine. Der Notstand ist nicht nur mit dem Ausnahmezustand verbunden, sondern auch mit Sonder-systemen, wie zum Beispiel den Sondernormen gegen die organisierte Kriminalität oder gegen den Terrorismus, die Ausnahmen zu den normalen Spielregeln herstellen. So kann man beispielsweise auf die Frage von Hefendehl in einer Arbeit über die organisierte Kriminalität, was denn nun eigentlich organisierte Kriminalität ist und wer denn diese Verbrechen überhaupt begeht, folgendes antworten: Die Entscheidung darüber, wer der Feind ist und wie er behandelt wird, ist vor allem eine politische Entscheidung.⁴

Es ist darum naiv zu glauben, dass der Feind vor allem derjenige ist, der sich wie ein Feind benimmt. Sicherlich benehmen sich Terroristen, Selbstmordattentäter oder Kriegsverbrecher ganz extrem wie Kriminelle. Aber in einem so diffusen Bereich wie den Normen gegen die organisierte Kriminalität, gegen den Drogenhandel, Geldwäsche oder den Terrorismus wird der wirkliche Gehalt dieser Normen und vor allem ihr Ziel von einer Entscheidung definiert. Der Feind ist nicht unbedingt derjenige, der sich so benimmt, sondern der als solcher definiert wird.

Die von der Kriminologie entwickelte Kategorie der „Definitionsmacht“ kann in diesem Zusammenhang weiterhelfen. Und jedes Land und jede Gesellschaft muss für sich selbst herausfinden, wo die Zentren der Definitionsmacht sitzen. In Kolumbien ist es ganz klar, dass im Zusammenhang mit dem Drogenhandel es nicht die Regierung ist, die darüber entscheidet, was den Drogenhandel ausmacht und wer dazu gehört. Diese Entscheidungen werden in Machtzentren getroffen, die nicht einmal in unserem Land liegen.

⁴ Hefendehl, Roland, Organisierte Kriminalität für ein Feind- oder Täterstrafrecht?, in: Strafverteidiger, Jahr 25, Heft 3, März 2005, SS.156- 161. Über diesen Aspekt wurde im Rahmen der verschiedenen Vorträge des Autors in Deutschland im Sommer 2005 am meisten diskutiert. Im bereits eingangs genannten *Dienstagsseminar* in Frankfurt betonten Naucke und Neumann diesen zentralen Aspekt. Dies hat mit den unterschiedlichen Ausgangspunkten zu tun, nämlich dem Konflikt im kolumbianischen Fall und dem Konsens im europäischen Fall. Für Neumann ist laut Jakobs derjenige der Feind, der sich wie ein Feind benimmt. Diese Schlussfolgerung können wir in dieser Arbeit nicht teilen. Im Rahmen unseres Vortrages im Max-Planck-Institut für Internationales Strafrecht in Freiburg im September 2005 kamen wir auch und besonders auf diesen Aspekt zurück. Bei diesem Vortrag wurde die Schlussfolgerung, die ja vom kolumbianischen Fall ausgeht, dass nämlich der Feind vor allem eine Konstruktion ist, außerdem von Professoren geteilt, die aus Ländern mit komplexen Problemen kommen, wie zum Beispiel aus Italien. Dort wurde im Juli 2005 direkt nach den Attentaten von London wieder ein Antiterrorgesetz erlassen, das wegen seiner rein symbolischen und rhetorischen Auswirkungen harsch kritisiert wurde. Und diese Rhetorik ist die Rhetorik des Notstandes auf der Grundlage eines konstruierten Feindbildes.

5. Absolute und relative Feinde

Wenn man weiß, dass der Feind vor allem ein konstruierter Feind ist, kann man auch verstehen, dass das Feindbild der politischen aktuellen Situation unterliegt. Der Feind von heute ist nicht unbedingt der Feind von morgen. Aber man kann dann auch einen weiteren sehr interessanten Sachverhalt sehen: Es gibt nämlich relative Feinde und absolute Feinde. In einem konfliktreichen Szenario, wie es in Kolumbien gegeben ist, kann man diesen Unterschied genau sehen. Das Feindstrafrecht wird nicht immer gegen die als absolut betrachteten Feinde angewendet, zum Beispiel gegen einen Terroristen. Im Gegenteil, und das ist auch Teil des Feindstrafrechts, häufig werden gegenüber bestimmten Akteuren, die eine politische Entscheidung in einen Friedensprozess integriert hat, Amnestien und Begnadigungen ausgesprochen. Sie wurden im Strafprozess meistens sehr gnädig verurteilt. Sowohl die Guerilleros als auch heutzutage die Paramilitärs wurden in Sonderverfahren sehr wohlwollend behandelt. Das Prinzip, das hinter diesen Zugeständnissen steckt, war das Anerkennen des politischen Charakters ihrer Handlungen. Aber dieses Anerkennen ist eine eminent politische Handlung, sie hängt nicht von den begangenen Taten ab, sondern sie ist die Grundlage einer politischen Entscheidung.

Heutzutage gibt es beispielsweise ein Sondergesetz namens „Ley de Justicia y Paz“ (Gesetz zur Sicherung des Friedens und der Sicherheit“), das, zumindest zurzeit, auf Mitglieder von ultrarechten paramilitärischen Gruppen angewendet wird. Diese waren in schwerste Verbrechen und Verletzungen der Menschenrechte verwickelt. Aber heutzutage sind sie Teil des Friedensprozesses mit der aktuellen Regierung und erhalten Vorteile aus dem genannten Gesetz. Wie schwer auch ihr Verbrechen gewesen sein mag, ihre Strafe bewegt sich immer zwischen fünf und acht Jahren Haft, die sie tatsächlich verbüßen müssen. Und dieses Gesetz ist auch und vor allem Feindstrafrecht, nur in diesem Fall wird es auf diejenigen angewendet, die eine politische Entscheidung zu relativen Feinden gemacht hat. In diesem Fall könnten die internationale Gemeinschaft oder Menschenrechtsorganisationen meinen, dass es sich um Schwerverbrecher handelt, die eine sehr hohe Strafe verdienen würden. Aber dies ist irrelevant. Das einzig Wichtige ist, dass die politische Entscheidung ihnen ihren heutigen Status verliehen hat. Und darum wiederholen wir hier noch einmal: Es ist pure Naivität und Demagogie zu glauben, dass der Feind derjenige ist, der sich auch so benimmt. Wir wiederholen: Der Feind ist eine Konstruktion.

6. Feindstrafrecht: Dogmatik oder Politik?

Diese Schlussfolgerung führt uns auch zu einer weiteren grundlegenden These: Die Antwort auf die Frage, wie das Feindstrafrecht in der Praxis als politisches Notstandsstrafrecht handelt, wird nicht von der Strafrechtsdogmatik gegeben. Dies ist ein weiterer naiver Gedanke. Wenn man ein ausgesprochen politisches Bestrafungsmodell mit dogmatischen Kategorien bearbeiten will, so ist man schon gescheitert. Aber das Problem ist noch

weitaus komplizierter und hat mit einer Frage zu tun, die Professor Naucke und verschiedene Anwälte in Freiburg aufwarfen: Kann man das Feindstrafrecht als politisches Strafrecht, als von der aktuellen Situation abhängiges und ganz allgemein von den Rechten und Garantien weit entferntes Recht, in dem der Verbrecher durch den Feind ersetzt wird und dieser außerhalb des Gesellschaftsvertrages verurteilt wird, kann man ein solches Recht überhaupt noch Recht nennen?

Diese Frage ist natürlich beunruhigend, aber sie ist vielleicht relativ einfach zu beantworten, wenn man die Szenarien betrachtet, in denen dieses Modell in die Realität umgesetzt wurde und in denen es sich nicht um eine rein theoretische Spekulation handelt. Um diese Frage zu beantworten, muss man sich folgendes vor Augen halten: Es gab in Kolumbien große Bemühungen der Anwälte, die fast zehn Jahre lang in den 90er Jahren im Rahmen einer Notstandsstrafgesetzgebung, der sogenannten „Justiz ohne Gesicht“ handeln mussten. Diese ist in der neueren Geschichte das bekannteste Modell eines Feindstrafrechtes und war dadurch gekennzeichnet, dass alles geheim war. Es gab geheime Beweise, Staatsanwälte, Richter, Zeugen und Gutachter. Bei diesen Strafprozessen wurden die Rechte und Garantien radikal beschnitten. Und dennoch bewegten sich die Anwälte innerhalb ihrer Grenzen und versuchten, wenigstens ein Minimum an Prozessgarantien zu sichern. Auch das Verfassungsgericht unternahm mutige Versuche, einige der kompliziertesten und am meisten kritisierten Figuren der Justiz ohne Gesicht an das Gesetz und die Verfassung anzupassen. Kann man nun in diesem Fall kritisieren, dass der Versuch des Verfassungsgerichtes, die Auswirkungen einer sehr rigiden Sonderjustiz zu relativieren, ein reiner Akt der Legitimierung dieser Justiz ist? Oder handelt es sich vielmehr um mutige Bemühungen des Gerichtes, das allen Arten von Druck ausgesetzt war? An dieser Stelle müssen wir darauf hinweisen, dass das kolumbianische Verfassungsgericht häufig von der Exekutive und dem Notstandsgesetzgeber zu einer Art Feind des „Kampfes gegen die organisierte Kriminalität“ oder gegen den Terrorismus gemacht wurde. Dies ist eine weitere Eigenschaft des Feindstrafrechtes: Die Tendenz zu Reaktionen, die an die jeweilige Situation gebunden sind, kann sogar dazu führen, dass eine Institution wie das Verfassungsgericht als „Feind“ betrachtet wird. Diese Tatsache wurde vor allem von Herbert Prantl in einem Kommentar über mein deutsches Buch zu diesem Thema im April 2004 hervorgehoben.⁵

Das Dilemma ist folgendes: Soll sich das Verfassungsgericht den Notstandsstrafgesetzen im ganzen entgegenstellen und wird dafür von der Exekutive an den öffentlichen Pranger gestellt und als Hindernis im „Kampf gegen den Terrorismus“ oder gegen die organisierte Kriminalität dargestellt? Oder soll es einen Ausgleich schaffen, um die Auswirkungen eines antiliberalen und antidemokratischen Strafrechts zu mildern, wohl wissend, dass es sich nicht dem ganzen System entgegenstellen kann? Alle

Entscheidungen des Verfassungsgerichtes der letzten 15 Jahre zu diesen Themen waren von diesem Dilemma geprägt. Dabei wurden die Entscheidungen dahingehend pervertiert, als das Verfassungsgericht zu einem *Mitentscheider* wurde über den Ausnahmezustand sowie über die Definition des Feindes und ob er ein relativer oder absoluter Feind ist. Dies ist einer Demokratie natürlich nicht zuträglich. Das Eingreifen der Verfassungsrichter ist somit übertrieben und extrem politisiert und führt möglicherweise zu Dysfunktionalität. Aber so kam es bis heute zu dieser Dynamik und das Verfassungsgericht hat zugunsten eines verfassungskonformen Strafrechts die praktischen Auswirkungen der Notstandsstrafgesetzgebung begrenzt.

7. Die Deinstitutionalisierung der strafrechtlichen Funktion

Diese vorherigen Überlegungen stehen in Verbindung mit einer Frage, die mir häufig in den internationalen Foren zu diesem Thema begegnet ist: Ist es besser, wenn es in einer so konfliktreichen Gesellschaft ein minimales Feindstrafrecht gibt, das auch noch von den Richtern in seine Grenzen verwiesen wird, oder ist es besser, wenn es überhaupt keine Strafgesetzgebung gibt? Auch diese Frage ist sehr beunruhigend. In einem Staat, in dem in den meisten Gebieten das Paradigma der Selbstverteidigung gilt, in denen der Normalbürger dem Schicksal ausgeliefert ist, das die bewaffneten und den Staat substituierenden Akteure ihm aufzwingen, und in dem eine parastaatliche Ordnungsform der Gewalt herrscht, ist es natürlich immer viel besser, ein autoritäres Strafrechtssystem zu besitzen als gar keines. Aber das kann nicht darüber hinwegtrösten, dass diese resignierende Haltung schlimme Auswirkungen hat.

Ein konkretes Beispiel dafür: In einer abgelegenen Urwaldregion führen die Armee und die Polizei eine Befreiungsaktion für eine entführte Person durch. Es kommt zu einem Feuergefecht zwischen den Entführern und den staatlichen Einsatzkräften. Wenn es nun keine juristische Regelung, wenn auch minimaler Art, gibt, so kann es vorkommen und ist auch vorgekommen, dass die Entführer zum Beispiel einfach erschossen werden, sobald sie sich ergeben haben. Oder möglicherweise werden sie gefangen genommen und dann gefoltert. Wenn es aber eine Art der minimalen juristischen Regelung gibt, auch wenn sie autoritär ist, so können die Entführer den Behörden übergeben werden und dann ohne große Garantien als Feinde verurteilt werden, aber zumindest ist ihr Leben nicht in Gefahr. Das ist natürlich eine pervertierte Wahlmöglichkeit, aber dies ist heutzutage das wahre Dilemma des Feindstrafrechtes.

Wenn man sich nun eingehender mit diesem Dilemma beschäftigt, so findet man heraus, dass die erwähnte Wahlmöglichkeit in Wirklichkeit nur formaler Art ist. D. h. das zentrale Problem des Feindstrafrechtes ist seine inhärente Gefahr, zu einer reinen de-facto-Antwort in der deinstitutionalisierten Ausübung der strafrechtlichen Reaktion zu verkommen. Wenn, wie Walter Benjamin behauptet, in der juristischen Ordnung eine rechtssetzen-

⁵ Prantl, Herbert, Bürger und Feinde. Strafrecht als Fortsetzung des Kriegs mit anderen Mitteln - der Beschuldigte als militärisches Ziel, in: Süddeutsche Zeitung, April 24/ 2005.

de und eine rechtserhaltende Gewalt existiert, so dass es in jedem juristischen System eine Gewalt gibt, die notwendig ist, um dieses Recht zu erhalten, so kann diese Gewalt gleichzeitig zu einer Bedrohung der juristischen Ordnung werden.⁶ Die Macht, die nötig ist, um das Recht zu erhalten, wird zu ihrer eigenen Bedrohung, da diese Macht zu einer Macht ohne Grenzen werden kann.

Diese grundlegende Tatsache, die es in jedem Strafrechtssystem egal welcher Art gibt, verschärft sich noch im Falle eines Feindstrafrechts. In diesem Fall muss Gewalt ausgeübt werden, um diese Art von Rechtsmodell aufrecht zu erhalten, und diese Gewalt ist im wesentlichen gegen die Rechte und Garantien gerichtet und kann daher in der Praxis unbegrenzt ausgeübt werden, so dass sie die Art von Recht ersetzen kann, die sie erst eingesetzt hatte. Daher wird das Feindstrafrecht in Wirklichkeit zu einem unbegrenzten Instrument der Machtausübung und kann sich über den guten oder schlechten Willen eines Polizisten, Staatsanwaltes oder Richters, seine Auswirkungen zu begrenzen, hinwegsetzen. Diese Wirklichkeit verschärft sich bei Konflikten, in denen das Feindstrafrecht zu einer Fortsetzung des Krieges mit anderen Mitteln wird. In diesem Fall, und wir kommen hier auf den bereits erwähnten Fall zurück, überträgt sich die Eigenschaft des Nicht-Bürgers, des Feindes auf die Handlungsweise des Polizisten oder Soldaten, der dann auch einen sich ergebenden Entführer erschießen oder foltern kann, denn es handelt sich ja auf jeden Fall um eine Handlungsweise im Rahmen eines total deinstitutionalisierten Rechtssystems.

8. More of the same: die Selbstbezüglichkeit der Notstandsfeindstrafrechtsnormen

Wenn man den vorherigen Schlüssen folgt, so ist es nicht nur Aufgabe der Juristen in Kolumbien, einen Modus zu finden, wie das Feindstrafrecht begrenzt werden kann, sondern es ist ihre Aufgabe, ein wirkliches verfassungskonformes Strafrecht zu finden. Dieses Strafrecht sollte nicht die Fortsetzung des Krieges mit anderen Mitteln sein, es sollte keine Opfer schaffen, die man zu Sündenböcken macht, es sollte die Konflikte nicht verschärfen, und es sollte auf irgendeine Weise die Konflikte effektiv lösen. Außerdem sollte es keine falschen Erwartungen in der Gesellschaft wecken.

Aber genau dies ist eine weitere Eigenschaft des politischen Notstandsstrafrechtes als Feindstrafrecht. Da es keines der schweren Probleme auch nur annähernd lösen kann, ist seine Antwort angesichts der gesellschaftlichen Enttäuschung der Erlass von immer mehr Normen. Diese werden vervielfältigt und symbolisch legitimiert, beziehen sich immer wieder auf einander und rechtfertigen sich gegenseitig, ohne irgendeinen gesellschaftlichen Nutzen. Je größer die Enttäuschung, desto größer ist die normative Inflation, und dieses Problem gibt es heutzun-

⁶ Benjamin, Walter, Zur Kritik der Gewalt, in: Benjamin, Walter, Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze. Mit einem Nachwort von Herbert Marcuse, Frankfurt am Main, 1965, S. 40.

tage in allen Ländern, die dieses autoritäre Strafrechtsmodell vorantreiben.

Die bereits erwähnte Aufgabe, nämlich einen mutigen Vorstoß zur Einführung eines liberalen und verfassungskonformen Strafrechts und zur Verteidigung des wirklichen Bürgerstrafrechtes vorzunehmen, wird in Kolumbien hauptsächlich vom Verfassungsgericht übernommen. Im Jahr 2004 erklärte dieses Gericht mit einer knappen Mehrheit von fünf zu vier Stimmen ein neues Antiterrorstatut für verfassungswidrig, denn es handelte sich dabei nicht nur um Ausnahmenormen, sondern um eine Verfassungsreform. Die Verfassung sollte radikal zugunsten einer absoluten Fortdauer des Feindstrafrechts geändert werden. Obwohl es allen Arten von Druck ausgesetzt war, auch internationalem Druck, und trotz der Vereinbarungen, die die Regierung mit anderen Ländern getroffen hatte, traf das Gericht diese mutige Entscheidung. Auch im Zusammenhang mit dem neuen Anklagegrundsatz, der seit 2005 gilt, haben das Gericht und die neuen Richter des Rechtssystems dem Freiheitsprinzip Vorrang vor dem Autoritätsprinzip gegeben. Ganz allgemein werden in Lateinamerika Reformen des Strafrechts vorangetrieben, die auf den Prinzipien der Verfassung und des humanitären Völkerrechts basieren. Es handelt sich um einen ganz konkreten Einsatz, an dem alle Bereiche der juristischen Gemeinschaft beteiligt sind.

9. Das Feindstrafrecht: eine Selektivitätsmaschine

Abgesehen von den genannten Gründen und den perversen Auswirkungen eines Modells der strafrechtlichen Reaktion, das auf der Feindschaft basiert und bei dem der Bürger durch den Feind ersetzt wird, bei dem der Beschuldigte eher als militärischer Feind gesehen wird denn als Prozessbeteiligter unter dem Schutz der Unschuldsvermutung, gibt es heute einen wichtigen Grund dafür, die Bemühungen um Einführung eines autoritären Strafrechtsmodells einzudämmen. Das Feindstrafrecht ist vor allem eine gigantische *Selektivitätsmaschine*. Da es sich um ein extrem politisiertes Recht handelt, dessen Figuren und Normen nicht dem Diktat der Dogmatik folgen, um eine flüchtige und von der jeweiligen Situation abhängige Reaktion, werden in ihm in Wirklichkeit nicht diejenigen verurteilt, die im Legitimitätsdiskurs zu diesem Strafrechtsmodell als Objekte dieser Normen gehandelt wurden.

In Wirklichkeit werden weder die Terroristen, noch die Hintermänner des Drogenhandels oder der organisierten Kriminalität noch die Drahtzieher von Menschenraub im großen Stil verurteilt. Diese befinden sich außerhalb der Reichweite der strafrechtlichen Normen, befinden sich nicht innerhalb des Kreises, in dem das Gesetz angewendet wird, sei es weil es sich um bewaffnete Akteure handelt, die den Staat bekämpfen und sich in abgelegenen Gebieten verstecken, sei es weil es sich um Schwerverbrecher handelt, die auch den Staat unter Druck setzen und bei denen man nicht das Strafrecht anwenden kann. Es kommt zu einer Paradoxie zwischen Recht und Ge-

walt: Je mehr Gewalt ein Akteur gegen den Staat und die Gesellschaft anwendet, desto weniger schwer wird er bestraft; im Gegenteil, wenn die Gewalt, die er ausübt, nicht so groß ist, ist er vielleicht einer viel härteren Strafe ausgesetzt. Darum ist das Feindstrafrecht auch keine Waffe gegen organisierte Kriminalität, dies ist reine Rhetorik. Es ist ein Modell auf der Basis von symbolischen Normen, die schlußendlich selektiv auf Kleinkriminelle oder ganz einfach auf Unschuldige angewendet werden. Tatsächlich waren in den ersten Jahren der Amtszeit der derzeitigen Regierung Massenverhaftungen an der Tagesordnung. In einem Gebiet, in dem sich bewaffnete Akteure aufhalten, wurden 20 oder 30 Personen gleichzeitig unter dem Vorwand der Verbindung zur Guerilla verhaftet. Diese wurden dann den Medien vorgeführt, und wenn der moralische und wirtschaftliche Schaden bereits entstanden ist, stellen die Staatsanwälte und Richter fest, dass 90 bis 95% dieser Personen gar nichts mit den bewaffneten Gruppen zu tun haben. Wie bereits gesagt, ist dies ein Medium, mit dem in hohem Maße Selektivität hergestellt wird und permanent Opfer zu Sündenböcken gemacht werden.

Nicht nur, dass auf diese Weise die Konflikte verschärft und nicht gelöst werden, es werden auch neue Beteiligte am Konflikt selbst geschaffen, da die nicht verfassungsgemäßen Normen selektiv angewendet werden. Wenn bei einem Kleinkriminellen, der nur ein kleines Rädchen in einer kriminellen Bande oder im Drogenhandel ist, die gegen Feinde gerichteten Normen mit aller Schärfe angewendet werden, so kann es sein, dass dieser am Ende wirklich zu einem Feind und Schwerverbrecher wird. So ist dann dieses Individuum für den Staat verloren und das Recht kann nicht wiederhergestellt werden. Aus diesen Opfern können dann aufgrund der gleichen juristischen Ordnung Mörder werden. Diese Praxis wird noch pervertierter, wenn das Opfer als Sündenbock zu einem Subjekt mit niedriger Moral gemacht wird. Diesen Prozess habe ich als „Moralisierung des Feindes“ beschrieben, und dieser ist heute sehr verbreitet in den totalisierenden und

Entwicklungslinien des Feindstrafrechts in 5 Thesen*

Von Rechtsanwalt **Prof. Dr. Jörg Arnold**,
Freiburg i.Br./Münster

Die Empörung und Aufregung war – und ist teilweise noch – groß. Sie entzündet sich am „Feindstrafrecht“ und seinen Protagonisten. Strafverteidiger, Strafrechtswissenschaftler und Publizisten hatten sich verbündet, um – so offenbar die Intention der Arbeitsgruppe „Feindstrafrecht“ in Anlehnung an ein berühmtes Zitat aus dem

* Bei der nachfolgenden Veröffentlichung handelt es sich um das weitgehend unveränderte und unbearbeitete Manuskript des Vortrages, den ich auf dem diesjährigen Strafverteidigertag in der Arbeitsgruppe 2: „Feindstrafrecht“ – Ein Gespenst geht um im Rechtsstaat¹ gehalten habe.

verabsolutierenden Diskursen über Antiterrorgesetzgebungen.⁷ Der moralische Feind ist immer und vor allem ein absoluter Feind, wir erinnern da an den erbitterten „Kampf der Kulturen“ der heute in der westlichen Welt geführt wird. Gegenüber dem absoluten Feind gibt es keine Grenzen bei der Bekämpfung.

10. Auf dem Weg zu einem verfassungskonformen Strafrecht

Wie wir bereits am Anfang erwähnt haben, beobachtet man in Lateinamerika mit Besorgnis die Tendenzen, die sich in einigen Ländern Europas anscheinend den Weg bahnen. Dabei sollen Antiterrorgesetze und Gesetze gegen die organisierte Kriminalität vorangetrieben werden, in Wirklichkeit handelt es sich jedoch um Formen des Feindstrafrechts. Während man auf unserem Kontinent dafür kämpft, das Strafrecht und die Strafprozedur auf die Linie der Verfassung und des humanitären Völkerrechts zu bringen, wird in Ländern, die seit Jahren einen großen Einfluss auf unsere Staaten haben, mit autoritären Systemen experimentiert. Dies ist eine pervertierte Paradoxie im Zusammenhang mit der Globalisierung des Rechts. Mein Beitrag in diesem Szenario hat nicht nur den Sinn einer rein akademischen und gelehrten Übung oder den einer Ausführung eines für das vergleichende Recht interessanten Falles, sondern er kann nur dann einen Sinn haben, wenn er ganz klar und ausgehend von einem konkreten Fall ein wirkliches Bürgerstrafrecht als verfassungskonformes Strafrecht als einzig wirksamer Beitrag zu einer Annäherung auf einer eher nüchternen und weniger rhetorischen und ideologischen Ebene an die schweren Konflikte, unter denen unsere Gesellschaften in unterschiedlicher Abstufung leiden, einfordert.

⁷ Siehe dazu *Aponte* (2004), S. 316.

„Kommunistischen Manifest“ – das Gespenst des Feindstrafrechts zu jagen. Während *Karl Marx* und *Friedrich Engels* im Jahre 1848 bei ihrer Kritik der Gespensterjagd – freilich auf den Kommunismus – davon ausgehen konnten, dass der Kommunismus eine neue Idee, mithin für seine damaligen Jäger ein wirklich neues Gespenst ist, läßt sich dies für das Feindstrafrecht nicht feststellen. Das Feindstrafrecht ist alles andere als ein neues Gespenst.¹

Indes: Die Jagd auf das Feindstrafrecht erweckt genau den gegenteiligen Eindruck. Ein böses neues Gespenst soll vertrieben werden, damit der gute Rechtsstaat erhalten bleibt. In dieser Zielstellung sind sich die Jäger sogar

¹ Vgl. dazu mit zahlreichen Literaturnachweisen J. Arnold, Zum Geleit: Ende der Gespensterjagd und Beginn der wissenschaftlichen Debatte, in: Th. Uwer/Organisationsbüro (Hrsg.), Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigung, Berlin 2006, S. 13-25.

mit denjenigen einig, die für sich in Anspruch nehmen, die Gespenster nur entdeckt – nicht erfunden! – zu haben und nur beim Namen nennen und damit nur rein deskriptiv sein zu wollen, wie beispielsweise *Günther Jakobs*, der als „Entdecker“ des Feindstrafrechts gilt. Denn auch jene wollen es zur Rettung des Guten vertreiben, freilich nicht ganz so weit wie die Jäger des Feindstrafrechts.

Diese Einigkeit über das Ergebnis der Jagd gründet sich auf ein Verständnis von Feindstrafrecht, wonach die „Feinde“ aus der Gesellschaft, aus dem Recht, ausgeschlossen werden. Die „Jäger“ des Feindstrafrechts kritisieren diesen Ausschluss der Feinde, deren Entpersonalisierung, vehement, u.a. mit dem Argument, der Rechtsstaat sei stark genug, mit seinen Mitteln das rechtsfeindliche Verhalten zu „bewältigen“. Die Jäger des Feindstrafrechts wollen nicht die Jäger der Feinde sein. Die „Entdecker“ des Feindstrafrechts hingegen erkennen die Trennung zwischen Bürgerstrafrecht auf der einen Seite und Feindstrafrecht auf der anderen Seite an. Auf diese Weise soll das Bürgerstrafrecht gewissermaßen auf Kosten der Feinde gerettet werden. Ob sie es wollen oder nicht, werden so die Entdecker des Feindstrafrechts unweigerlich zu den Jägern der Feinde. Was hier zunächst noch zu abstrakt klingen mag, wird im Laufe des Vortrages konkreter werden.

Und dann gibt es noch diejenigen, die ein Feindstrafrecht verbal ablehnen, in der Praxis aber genau das Gegenteil tun. Als Beispiel sei *Kai Nehm* – bis vor kurzem Generalbundesanwalt – erwähnt, der parallel zu seiner Kritik am Feindstrafrecht im selben Atemzug scharfe Kritik an den deutschen Gerichten übt wegen ihrer Distanz zu Erkenntnissen der Nachrichtendienste und zu unerreichbaren Zeugen in Terroristenprozessen. Wenn sich die Justiz verweigere – so *Nehm* weiter – werde die Politik „in die Bresche springen“ und einen „diffusen Tatbestand der Verschwörung schaffen.“ Man wolle kein „Feindstrafrecht“, aber auch kein „Freundstrafrecht“, in dem die Islamisten „nur deshalb geschont werden, weil uns – zu Recht – Guantanamo auf der Seele brennt.“²

Gewiss, dies ist scharf formuliert. Und doch ist diese Zuspitzung erklärbar. Sie ist erklärbar besonders dann, wenn die Debatte über das Feindstrafrecht nicht als etwas völlig neues, wie sie oft erscheint, sondern als eine historisch weit ausgreifende Erosion des liberalen Strafrechts hin zu einem „Bekämpfungsstrafrecht“ verstanden wird. Denn das Feindstrafrecht hat Theorie und Praxis schon lange erreicht, womit ich eine andere Auffassung vertrete, als sie von *Winfried Hassemer* in seinem gestrigen Eröffnungsvortrag des Strafverteidigertages geäußert wurde, als er meinte, dass die Praxis vom Feindstrafrecht noch weitgehend ausgenommen sei.³ Der Unterschied der Auffassungen liegt in einem unterschiedlichen Begriff von Feindstrafrecht begründet. Während *Hassemer* offenbar von einem engeren Begriff von Feindstrafrecht ausgeht, spreche ich von einem eher weiten Feindstraf-

recht als Bekämpfungsstrafrecht. Dieses Bekämpfungsstrafrecht ist ein deutliches Kennzeichen und ein Merkmal des modernen Strafrechts.

Ich will versuchen, diese Feststellung in fünf Thesen zu begründen. Die erste These beschäftigt sich mit dem rechtsphilosophischen Streit um den Begriff des Rechts. Die Überschrift dieser These lautet: „Radikaler“ Positivismus versus liberales rechtsstaatliches Strafrecht bei *Immanuel Kant*. In unmittelbarem Zusammenhang damit gilt die zweite These dann direkt der Kennzeichnung der Debatte über Feindstrafrecht als Kontinuitätsproblem der jüngeren deutschen Strafrechtsgeschichte. Mit der dritten These wird nach Tendenzen im ausländischen Recht gefragt und als Ergebnis die wesentliche Übereinstimmung zwischen den Erscheinungsformen deutschen und ausländischen Feindstrafrechts festgestellt. Die vierte These gilt dem Verfassungsrecht und aus aktuellen Gesichtspunkten besonders der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu dem Luftfahrtsicherungsgesetz. Die Überschrift dieser These lautet: Das Grundgesetz und das BVerfG erweisen sich als (durchlässige) Begrenzungen des Feindstrafrechts. Und schließlich fünftens versuche ich, einen Ausblick zu geben, der zwar nicht sehr optimistisch ausfallen wird, aber auch keine Resignation bedeutet, weil er in der Formulierung eines praktischen juristischen Widerstandes gegen Feindstrafrecht besteht.

1. Rechtsphilosophisches Vorverständnis für Feindstrafrecht: „Radikaler“ Positivismus versus liberales rechtsstaatliches Strafrecht

Die Auseinandersetzungen um das Feindstrafrecht lassen sich erklären vor dem Hintergrund eines jahrhundert alten Streits zwischen vorpositivem bzw. überpositivem Recht einerseits und positivem Recht andererseits, freilich in seinen verschiedenen Facetten und Abwandlungen.

a) „Radikaler“ Positivismus

Eine solche Facette und Abwandlung ist ein Positivismus, der als „radikal“ bezeichnet werden kann. Zum Recht gehört danach nicht allein die Norm, sondern auch das gelebte Recht, die Faktizität des Rechts in der bürgerlichen Gesellschaft. Recht ist ohne Beachtung der Rechtswirklichkeit nicht Recht. Und die Gesellschaft kann nicht ohne Wirklichkeit von Normen begriffen werden, sonst sind Recht wie Gesellschaft nur eine Idee. Recht ist deshalb auch nicht überall und den reinen Schönwetter-Rechtsstaat gibt es hier nicht.

Mit diesem Rechtsverständnis muss das Feindstrafrecht zwangsläufig anerkannt werden. Dabei handelt es sich nicht einmal um die bloße Anerkennung von Faktizität, sondern um die Anerkennung von Normen, die aufgrund von Faktizität gesetzt worden sind. Vor diesem Hintergrund ist es zu verstehen, wenn *Jakobs* sagt, er beschreibe mit dem Feindstrafrecht einen bestimmten Zustand der Rechtswirklichkeit. Diese Zustandsbeschreibung

² FAZ vom 21.5.2005, S. 4.

³ W. Hassemer, Sicherheit durch Strafrecht, HRRS Heft 4/2006, S. 130-143 (137).

führt mit dem „radikalen“ Positivismus zur Anerkennung der Rechtswirklichkeit als Recht.

Es ist dies allerdings ein Recht, eben Feindstrafrecht, das den Feind entpersonalisiert und damit rechtlos stellt. Dies wiederum erklärt sich aus dem Verständnis von „Norm, Person, Gesellschaft“, wie auch der Titel einer Arbeit von *Jakobs* aus dem Jahre 1997 lautet. Danach werden in der bürgerlichen Gesellschaft nur die Individuen zu Rechtspersonen, die die Normen des auf einem Ordnungsschema beruhenden Gruppenwesens anerkennen. Dies ist der Hintergrund für einen Gesellschaftsbegriff der normativen Verständigung. Recht in diesem Kontext hängt nicht notwendigerweise mit dem Begriff des freien Subjekts zusammen, wurzelt also nicht zwingend in autonomer Selbstbestimmung. Der Wert ist die Gesellschaft für sich. Norm und Person sind Teile der Gesellschaft. In diesem Verständnis ist die Person nicht der Mensch in seiner individuellen Freiheit, sondern allein Träger von Rechten und Pflichten.

Auf der Folie dieses Rechts- und Gesellschaftsbegriffs existiert die Feindschaft gegenüber denjenigen, die eine Gefahr für das Recht darstellen, weil sie nicht die kognitive Garantie leisten, sich als Person im Recht zu verhalten. Wer sich nicht als Person im Recht verhält, wird als Feind behandelt und muss gesichert werden.

Derartige Sicherungsfälle durchziehen das geltende deutsche Straf- und Strafprozessrecht seit vielen Jahren, etwa wenn Wiederholungsgefahr bei bestimmten Delikten allein einen Haftgrund auslöst oder bei der Sicherungsverwahrung. Aktuellere Beispiele sind die „Bekämpfungsgesetzgebung“ von Wirtschaftskriminalität, Terrorismus, organisierter Kriminalität, Sexualdelikte. Wirft man – so *Jakobs* – einen Blick darauf, „was, genauer: wer da ‚bekämpft‘ werden soll, so handelt es sich um Individuen, die sich in ihrer Haltung (Sexualdelikte), ihrem Erwerbsleben (Wirtschafts-, Rauschgift- und sonst organisierter Kriminalität) oder durch Einbindung in eine kriminelle Organisation (Terrorismus, organisierte Kriminalität) vermutlich dauerhaft, zumindest aber mit einigem Nachdruck vom Recht abgewandt haben, mit anderen Worten, welche die kognitive Mindestgarantie nicht leisten, die zur Behandlung als Rechtsperson nun einmal unabdingbar sind.“⁴

Als Zweck der staatlichen Strafe gegenüber Rechtspersonen sieht der „radikale“ Positivismus hauptsächlich die Normbestätigung. Die Strafe bestätigt so die normative Identität der Gruppe. Bei dem Täter als Rechtsperson besteht die Garantie, dass er sich künftig rechtsgetreu verhält. Demgegenüber geht es bei dem Umgang mit demjenigen, der diese Garantie nicht bietet, darum, zu verhindern, dass er eine Gefahr für die Gruppe als Rechtsgemeinschaft darstellt. Dieses Rechtsverständnis legitimiert das Feindstrafrecht unweigerlich, egal ob man sich als „radikaler“ Positivist dazu bekennt oder nicht. Die normative Kraft des Faktischen wie umgekehrt die

faktische Kraft des Normativen begründen die systemimmanente Legitimität des Feindstrafrechts als Bestandteil des „radikalen“ Positivismus. Mit einem „radikal“ positivistischen Rechtsverständnis lässt sich ein Feindstrafrecht gut und systemimmanent überzeugend begründen.

Ein solches Verständnis von Feindstrafrecht leitet *Jakobs* aus rechtsphilosophischen Ideen und Anschauungen ab. Soweit sich dabei auf *Kant* berufen wird, handelt es sich um einen wenig überzeugenden Versuch. Denn *Kant* steht gerade für ein Rechtsverständnis, das sich zum Feindstrafrecht antagonistisch verhält und als „radikaler“ Überpositivismus bezeichnet werden kann. Die Kant-Interpretation von *Jakobs* erfolgt im Grunde selektiv und vordergründig auf jene heiklen Kant-Zitate fokussiert, die von ihrem Wortlaut her eine feindstrafrechtliche Auslegung zunächst durchaus nahe legen (wie etwa das Inselbeispiel; die Ausführungen zur Todesstrafe, oder das Versetzen in den Sklavenzustand, aber auch die Unfähigkeit des Verbrechers, Staatsbürger zu sein).⁵

Mit einer solchen Kant-Interpretation aber steht *Jakobs* diametral gegenüber einer in der gegenwärtigen deutschen Strafrechtsphilosophie erfolgenden Interpretation *Kants*, wie sie – durchaus in sich differierend – etwa von *Wolfgang Naucke*, *Michael Köhler*, *Ernst Amadeus Wolff*, *Wolfgang Schild*, *Regina Harzer* und *Rainer Zaczek* gegeben wird. Worum es gerade deren Anschauungen übereinstimmend geht, ist eine durchgehende, den Gesamtzusammenhang eines klassischen liberalrechtsstaatlichen Strafrechts beachtende Interpretation in ihrer aktuellen Perspektive.

Eine rein „buchstabenorientierte“ instrumentalisierende Interpretationsmethode von *Jakobs* bezieht sich auch auf *Fichte*. Doch ohne Auseinandersetzung mit den Ergebnissen und der Rezeption der *Fichte*-Forschung sind die angeführten einzelnen Zitate von *Fichte* als rechtsphilosophischer Beleg für Feindstrafrecht ebenfalls wenig tauglich. Denn wenn außer Acht gelassen wird, dass – wie insbesondere *Zaczek* nachgewiesen hat – die Fundierung der Rechtsphilosophie *Fichtes* in der Interpersonalität des Rechts besteht, und wenn zudem die Auseinandersetzung *Fichtes* mit *Kants* absoluter Straftheorie nicht mitbedacht wird, muss jene Methode, die als Beleg für ein Feindstrafrecht auch auf *Fichte*-Zitate zurückgreift, stark angezweifelt werden. Statt auf einzelne *Fichte*-Zitate zu rekurrieren, wäre es besser, *Fichtes* Theses von der völligen Rechtlosigkeit des Täters auch *Fichtes* „An-

⁵ Vgl. zum Ganzen W. Schild, Anmerkungen zur Straf- und Verbrechensphilosophie Immanuel Kants, in: M. Heinze/J. Schmitt (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Gitter, Chmielorz, Wiesbaden 1995, S. 831-846; vgl. auch R. Zaczek, Staat und Strafe – Bemerkungen zum sogenannten „Inselbeispiel“ in Kants Metaphysik der Sitten, in: G. Landwehr (Hrsg.) Freiheit, Gleichheit, Selbständigkeit. Zur Aktualität der Rechtsphilosophie Kants für die Gerechtigkeit in der modernen Gesellschaft, Vandenhoeck&Ruprecht, Göttingen 1999, S. 73-87.

⁴ G. Jakobs, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Schöningh, Paderborn u.a. 2004, S. 42.

tithesis“ gegenüberzustellen, wonach an die Stelle der Ausschließung andere Strafen zu setzen sind.⁶

Ich wünschte mir, dass an diesen Linien gedacht die künftige Befassung mit dem Feindstrafrecht stärker als bisher erfolgt und gerade die kritischen Stimmen der Strafrechtsphilosophie sich mehr in die Debatte einmischen und dem Feindstrafrecht Paroli bieten, so wie es Michael Köhler und Ulfrid Neumann auf der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt an der Oder getan haben.⁷

Im Kern befasse ich mich im Folgenden aber mit *Kants* Rechtsverständnis, das ich als „radikalen“ Überpositivismus und damit als Gegenstück zum „radikalen“ Positivismus bezeichne.

b) „Radikaler“ Überpositivismus

Der „radikale“ Überpositivismus hat eine wesentliche Grundlage in *Kants* Kritik der empirischen Rechtslehre. Empirisch ist das Recht dann, wenn es gleichgesetzt wird mit dem – wie *Kant* schreibt – „was in irgendeinem Lande die Gesetze zu irgendeiner Zeit wollen“.⁸ Das empirische Recht erschöpft sich in orts- und zeitabhängigen Gesetzen, deren Inhalt von einer Macht gewollt ist. Auf den Inhalt dieses Rechts kommt es nicht an. Das empirische Recht ist der aktuell zweckmäßige positive Gesetzesinhalt. *Kant* kritisiert dieses Recht als willkürliches, nur auf Macht gestütztes Recht, das eigentlich kein Recht sein kann, oder nur dann sein kann, wenn es vor dem Urteil der reinen, nicht-empirischen Rechtsvernunft besteht. *Kant* überträgt diesen Gedanken auch auf das Strafrecht. Allein das nicht-empirische zweckfreie reine Gesetz könne Anspruch auf den Titel eines R e c h t s zum Strafen haben.⁹

Es liegt auf der Hand, dass eine solches Rechtsverständnis der unversöhnliche Antipode zu einem „radikalen“ Positivismus ist. Mit dem „radikalen“ Überpositivismus lässt sich das Feindstrafrecht nicht begründen. Das Recht des „radikalen“ Überpositivismus ist politik- und grundsätzlich zweckfrei. Mehr noch: Es versteht sich als striktes Abwehrmittel gegen Politik. Der einzige Zweck, den der „radikale“ Überpositivismus anerkennt, ist der Mensch. „Du sollst den Menschen nie als Mittel zum Zweck, sondern als Zweck an sich behandeln, ist der Hauptinhalt der kantischen reinen Rechtslehre.“¹⁰ Für eine Entpersonalisierung des Täters gibt es hier keinen Raum. Denn bei dieser Rechtslehre steht – anders als bei

⁶ R. Zaczyk, Das Strafrecht in der Rechtslehre Fichtes, Duncker & Humblot Berlin 1981, S. 108.

⁷ Vgl. M. Heger, Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 2005 in Frankfurt/Oder, ZStW 117 (2005), S. 865-888 (882, 885 f.).

⁸ Zit. nach W. Naucke, *Kants* Kritik der empirischen Rechtslehre, Franz Steiner, Stuttgart 1996, S. 6.

⁹ Vgl. zum Ganzen W. Naucke, *Kants* Kritik der empirischen Rechtslehre, a.a.O. (o. Fußn. 8).

¹⁰ Zitiert nach W. Naucke, Die Folgen der reinen Rechtslehre für das Verhältnis von Recht und Politik, in: J.C. Joerden/R. Wittmann (Hrsg.), *Recht und Politik*, ARSP-Beiheft 93, Franz Steiner, Stuttgart 2004, S. 41.

dem „radikalen“ Positivismus – der Mensch im Mittelpunkt.

„Ein Staat...ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen“ – lautet eine *Maxime Kants*. Und eine andere: „Eine jede Handlung ist recht, die oder nach deren *Maxime* die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann“.¹¹

Freiheit bedeutet Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür. Diese Freiheit, „sofern sie mit jedes anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen, kraft seiner Menschheit zustehende Recht“ – so *Kant*.¹²

Damit ist zugleich ein Kernbereich liberalen rechtsstaatlichen Strafrechts der Aufklärung angesprochen. Dieser Kern wird mit einer *Kant*-Interpretation etwa von *Schild* in der Konstellation gut sichtbar, dass sich der Verbrecher mit seiner Tat zwar selbst aus der rechtlich verfassten bürgerlichen Gesellschaft ausgeschlossen hat, was aber gerade nicht mit der Konsequenz verbunden sein darf, dass staatliche Befehlshaber, Gesetzgeber und Richter dies anerkennen. Denn der Verbrecher schließt sich mit seiner Tat von der Gesellschaft nur insoweit aus, als er durch seine freie Tat nur einen Teil seiner Freiheit selbst aufgegeben hat. Unter Wahrung der äußeren Freiheit ist er als Person dennoch anzuerkennen. Vor Gericht steht eine Person, die auf ein Verbrechen als auf ihre freie Tat angesprochen, mithin zur Verantwortung gezogen wird. Dieser Person ist weiterhin die Menschenwürde zuzuerkennen; ihr gegenüber gelten weiterhin die allgemeinen Rechtspflichten: es darf ihm kein Unrecht angetan werden. Auch gilt die Rechtspflicht weiterhin, mit ihm wie mit allen anderen zusammenzuleben.¹³

Wenn mithin die Person als Mensch zu behandeln ist, dann ist dieser Grundsatz auch anzuwenden auf Menschen, die Verbrecher sind, aber nicht unbedingt Bürger des Staates, gegen den oder in dem die Taten begangen werden. Das liberale Strafrecht entpersonalisiert nicht nur die Bürger nicht, sondern auch den „Menschen an sich“ nicht.

Der Personenbegriff des liberalen Strafrechts der Aufklärung ist damit Inbegriff von Humanität und Sozialität; der Personenbegriff bei *Jakobs* dagegen erscheint als ein auf Äußerlichkeit reduzierter und damit zugleich entfremdeter inhaltsleerer Begriff.

Wenn sich *Jakobs* gleichwohl auf *Kant* beruft, so tut er dies nicht selten mit einer Stelle aus *Kants* Schrift „Zum ewigen Frieden“. Ich zitiere diese Stelle, die auch *Jakobs* zitiert, obwohl sie beim bloßen Zuhören ein schwieriges Zitat ist:

¹¹ Zitiert nach W. Naucke, *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, 3. neubearb. Auflage, Luchterhand, Neuwied u.a. 1996, S. 91.

¹² Ebenda, S. 90.

¹³ W. Schild, a.a.O. (o. Fußn. 5), S. 841 ff.

„Gemeiniglich nimmt man an, daß man gegen niemand feindlich verfahren dürfe, als nur, wenn er mich schon tätig lädiert hat, und das ist auch ganz richtig, wenn beide im bürgerlich-gesetzlichen Zustand sind. Denn dadurch, dass dieser in denselben getreten ist, leistet er jenem (vermittelst der Obrigkeit, welche über beide Gewalt hat), die erforderliche Sicherheit. - Der Mensch aber (oder / das Volk) im bloßen Naturstande benimmt mir diese Sicherheit, und lädiert mich schon durch eben diesen Zustand, indem er neben mir ist, obgleich nicht tätig (facto), doch durch die Gesetzlosigkeit seines Zustandes (statu iniusto), wodurch ich beständig von ihm bedroht werde, und ich kann ihn nötigen, entweder mit mir in einen gemeinschaftlich-gesetzlichen Zustand zu treten, oder aus meiner Nachbarschaft zu weichen.- Das Postulat also was allen folgenden Artikeln zum Grunde liegt, ist: Alle Menschen, die aufeinander wechselseitig einfließen können, müssen zu irgendeiner bürgerlichen Verfassung gehören.“¹⁴

Dieses Zitat findet sich als Fußnote unter dem einleitenden Teil zum Zweiten Abschnitt von *Kants* Friedensschrift, der die Definitivartikel zum ewigen Frieden unter Staaten enthält. Dieser einleitende Text zu dem Zweiten Abschnitt – den ich jetzt nicht zitiere, man kann und sollte ihn nachlesen – nimmt eine klare Unterscheidung zwischen dem Friedenszustand unter Menschen, die nebeneinander leben, als Rechtszustand auf der einen Seite und dem Naturstand (status naturalis) als Zustand des Krieges auf der anderen Seite vor. Mit wohl nicht zu überbietender Klarheit sagt *Kant* hier, dass jemand nur im Kriegszustand als Feind behandelt werden kann. Unmittelbar daran schließt sich die zitierte Fußnote an.

Jakobs sagt nun seinerseits in einer Fußnote zunächst ganz richtig, dass *Kants* Aussage, man könne gegen jemanden feindlich verfahren, der mich „tätig lädiert hat“, sich auf ein Delikt im „bürgerlich-gesetzlichen Zustande“ bezieht, so dass das Wort „feindlich“ die Übelzufügung gemäß dem Strafgesetz, nicht aber eine Entpersonalisierung charakterisiert.¹⁵ So richtig diese Interpretation ist, so falsch ist die Deutung des weiteren Fußnotentextes *Kants*. Denn in diesem weiteren Text macht *Kant* nichts weiter, als den Einleitungstext zum zweiten Abschnitt zu bekräftigen: Nur im Naturstande, der im Kontext mit dem Einleitungstext Kriegszustand bedeutet, kann jemand als Feind behandelt werden.

Damit bin ich bei meiner zweiten These, die das Problem des Feindstrafrechts zu erfassen sucht als – wie es *Klaus Marxen* und *Wolfgang Naucke* formuliert haben – „Kontinuitätsproblem der neueren deutschen Strafrechtsgeschichte“.¹⁶

¹⁴ I. Kant, Zum ewigen Frieden, in: W. Weischedel (Hrsg.), Immanuel Kant, Werke in zehn Bänden, Bd. 9, Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt, 1968, S. 203.

¹⁵ G. Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 3/2004, S. 90, dortige Fußn. 19.

schichte“.¹⁶ Man beachte dazu aus der jüngsten Zeit auch die aufschlussreiche Schrift von *Joachim Vogel*, „Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht“.¹⁷

2. Historische Entwicklungslinien: Das Feindstrafrecht als Kontinuitätsproblem der jüngeren deutschen Strafrechtsgeschichte

Zunächst gilt es festzuhalten, dass die bisher vorgenommene Gegenüberstellung zwischen „radikalen“ Positivismus und „radikalen“ Überpositivismus nur auf den ersten Blick das Feindstrafrecht als Problem eines wörtlich zu nehmenden Ausschlusses des Feindes aus der bürgerlichen Gesellschaft erscheinen lässt. Nur die seien Feinde, die sich nicht unter eine bürgerliche Verfassung zwingen lassen, so *Jakobs*.

Dies legt nahe, einen Ausschluss der Feinde aus der bürgerlichen Gesellschaft für überschaubar zu halten und als auf einige klare Fälle beschränkbar anzusehen, wie etwa auf eine bestimmte Gruppe von Terroristen, auf einen bestimmten Bereich von Terrorismus und damit auf einen begrenzten Rahmen von zwanghaften Ausgrenzungsmaßnahmen.

Doch bei näherem Hinsehen zeigt sich, dass zum einen alles andere als klar bestimmt wird, wer und ab wann jemand als Feind gilt und damit das Maß seines Ausschlusses erreicht. Zum anderen wird auch nicht annähernd deutlich, auf welche Weise der Ausschluss erfolgt und was als Ausschluss überhaupt anzusehen ist.

Das verdeutlicht der Blick auf jene Kennzeichen, die *Jakobs* zur Wirklichkeitsbeschreibung eines Feindstrafrechts heranzieht. Der Maßstab für *Jakobs* ist die schwindende Bereitschaft zur Behandlung des Verbrechens als Person dann, wenn die Erwartung personalen Verhaltens dauerhaft enttäuscht wird. Oder, wie es *Jakobs* auch formuliert hat:

„Vergrößert der Feind seine Gefährlichkeit, nimmt freilich auch seine rechtliche Entpersonalität zu; [...]“¹⁸

Diese Textstellen bei *Jakobs* verweisen auf einen weit ausgreifenden Vorgang der Entpersonalisierung. Dazu zählen beispielsweise die Sicherungsverwahrung und die

¹⁶ Vgl. K. Marxen, Das Problem der Kontinuität in der neueren deutschen Strafrechtsgeschichte, KritV 1990, S. 287-298; ders., Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, Duncker & Humblot, Berlin 1975, insbes. S. 263 ff.; W. Naucke, Die Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzmäßigkeit durch den relativistischen politisch aufgeladenen strafrechtlichen Positivismus, in: W. Naucke, Gesetzmäßigkeit und Kriminalpolitik. Abhandlungen zum Strafrecht und zum Strafprozeßrecht, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 1999, S. 256-273; ders., Über die Zerbrechlichkeit rechtsstaatlichen Strafrechts. Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte, Nomos, Baden-Baden 2000.

¹⁷ J. Vogel, Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin 2004.

¹⁸ G. Jakobs, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, a.a.O. (o. Fußn.4), S. 44.

Bereiche der so genannten Bekämpfungsgesetzgebung, etwa bei der Wirtschaftskriminalität, beim Terrorismus, bei der organisierten Kriminalität, bei Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten, wobei – so *Jakobs* – jeweils Individuen bekämpft werden sollen, die sich in ihrer Haltung (etwa bei Sexualdelikten) oder in ihrem Erwerbsleben (etwa bei Wirtschaftskriminalität, Rauschgiftkriminalität, sonst organisierter Kriminalität) oder durch eine Einbindung in eine Organisation (beim Terrorismus, bei organisierter Kriminalität, schon bei der Verbrechenverabredung nach § 30 StGB) „vermutlich dauerhaft, zumindest aber entschieden vom Recht abgewandt haben, also die kognitive Mindestgarantie nicht leisten, die für die Behandlung als Person erforderlich ist.“¹⁹

Wenn der Vorgang der Entpersonalisierung als ein Merkmal für das Feindstrafrecht und damit als Kennzeichen der Behandlung des Menschen als Gefahr gilt und dies für die genannten Gesetzgebungs- und Kriminalitätsbereiche auch festzustellen ist, dann haben wir es in Wirklichkeit mit einer umfassenden Ausprägung von Feindstrafrecht zu tun. Diese Ausprägung ist dann nicht nur deswegen umfassend, weil sie weite Bereiche der Gesetzgebung zur Gefahrenbekämpfung und des Kriminalitätsgeschehens von Gefährdungen erfasst, sondern auch, weil sie vor allem in der Faktizität eine lange historische Tradition hat.

Das Feindstrafrecht richtet sich nicht erst seit den genannten Bekämpfungsgesetzen der jüngsten Zeit gegen den Feind der Rechtsordnung, gegen dessen Gefährlichkeit und gegen dessen bösen Willen.

Möglichst früh und mit aller Macht den Feind strafrechtlich zu bekämpfen, war eine Devise in der NS-Zeit. Es erfolgte die Ausdehnung der Strafbarkeit in den Bereich der Vorbereitung hinein. Im Besonderen Teil betraf das vor allem politische Delikte, aber keineswegs nur diese. Im Allgemeinen Teil wurden bei Verbrechen prinzipiell die erfolglose Anstiftung und die erfolglose Beihilfe sowie sonstige Vorbereitungshandlungen für strafbar erklärt. Beseitigt wurde die obligatorische Strafmilderung beim Versuch. Der Versuch konnte genauso hart bestraft werden und wurde oft genauso hart bestraft wie die vollendete Tat.

Doch die Doktrin des Willensstrafrechts ist nicht typisch nationalsozialistisch. Schon weit vor 1933 (und zwar bereits in der Bismarck-Zeit) entschied sich die Rechtsprechung in der Frage, wann ein strafbarer Versuch beginnt, für die sog. subjektive Theorie, für die Auffassung, dass maßgeblich auf den Täterplan und seinen Willen abzustellen sei. Und der durch Franz von List im Ausgang des 19. Jahrhunderts begründete sog. modernen Schule entstammt die symptomatische Verbrechenlehre, nach der „primär die besondere psychische Beschaffenheit das strafrechtlich Relevante“ ist.²⁰

Die weite Vorverlagerung der Strafbarkeit bei politischen Delikten hat eine lange Tradition, die nach 1945 nicht abbricht. Beibehalten wird auch die gesetzliche Möglichkeit, den Versuch gleich der vollendeten Tat zu bestrafen. Die strafrechtswissenschaftliche Diskussion der Nachkriegszeit wird in der Bundesrepublik bestimmt durch die sog. finale Verbrechenlehre. Sie rückt den Willen des Täters in den Mittelpunkt der Betrachtungen und an den Beginn der Fallprüfung. Immer größere praktische Bedeutung gewinnen Gefährdungsdelikte, die den Zugriff staatlicher Strafgewalt schon weit vor dem Eintritt einer Verletzung zulassen.

Das Strafrecht der Bundesrepublik gegen den inneren politischen Gegner und politisch Andersdenkende auf dem Höhepunkt des Kalten Krieges – das jedenfalls in der Strafrechtswissenschaft bislang kaum kritisch reflektiert worden ist (ich kenne nur die Arbeit von *Grünwald* zu den Staatsgefährdungstatbeständen 1951-1968²¹) – war ein Strafrecht der weiten Vorverlagerung der Strafbarkeit und der Anknüpfung am Täterwillen. In der gestrigen Eröffnungsveranstaltung des Strafverteidigtages fiel mehrfach das Stichwort „Stammheim“. Auch die wissenschaftliche Aufarbeitung dieses Feindstrafrechts scheint nach meinem Eindruck noch nicht wirklich erfolgt zu sein, obwohl es einen wichtigen Aspekt der hier behandelten historischen Kontinuitätslinie darstellt.²²

Eng verknüpft mit der historischen Tradition der Bekämpfung des bösen und gefährlichen Willens des Verbrechers ist die Idee der Zweckmäßigkeit, die die Gesetzgebung seit dem 19. Jahrhundert durchzieht und damit eine Abkehr von dem Kern des liberalen Strafrechts als striktes Trennmittel gegenüber aktueller Politik und Macht zu fungieren und als eigenständiges Rechtsgebiet die Freiheit gegen den Täter und den Staat zu garantieren, bedeutet. Mit der Devise gegen Ende des 19. Jahrhunderts, dass das zweckmäßige Strafrecht das gerechte Strafrecht sei, wird das Strafrecht Machtmittel für Machthaber, gründet sich auf seine faktische Durchsetzung und ist austauschbar gegen andere Machtmittel wie das Zivilrecht, das Polizeirecht oder das Ordnungswidrigkeitenrecht.

Diese Entwicklung mündet in die Maßregeln der Besserung und Sicherung mit ihrer Betonung von Schuldunabhängigkeit und präventiver Effektivität, mit ihrer Einbettungsfunktion von Strafrecht, Polizeirecht, Zivilrecht und Unterbringungsrecht und ihrer Erwartung, von wechselnden politischen Systemen benutzt zu werden.

²¹ G. Grünwald, Die Staatsgefährdungstatbestände 1951-1968, in: G. Arzt/G. Fezer/U. Weber/E. Schlüchter/D. Rössner (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Baumann, Gieseking, Bielefeld 1992, S. 103-118.

²² Im Hinblick auf die vom 30.9. bis 2.10.2006 an der Deutschen Richterakademie Wustrau stattfindende Tagung des Forums Justizgeschichte zu dem Thema „Die RAF und die Justiz. Nachwirkungen des Deutschen Herbstes“ sind diesbezüglich wichtige Erkenntnisse zu erwarten.

¹⁹ G. Jakobs, a.a.O. (o. Fußn. 15), S. 92.

²⁰ K. Marxen, Problem der Kontinuität, a.a.O. (o. Fußn. 16), S. 293.

Dieser historische Verlauf, der in seinen tatsächlichen Ausprägungen hier nur sehr verkürzt wiedergeben werden konnte und zu dem auch das deutsche Kolonialstrafrecht in der Zeit von 1886 bis 1918 gehört, lässt sich interpretieren als eine weit ausgreifende historische Entwicklungslinie von einem liberalen rechtsstaatlichen Strafrecht der Aufklärung zu einem Feindstrafrecht der Moderne.

Je nach politisch-historischen Entwicklungsphasen schlägt das Pendel des Feindstrafrechts besonders stark aus. Das lässt sich nachweisen an der NS-Zeit, aber auch an Teilen der Strafrechtsentwicklung und –praxis in der DDR. Nach einer Phase gewisser Beruhigung in der alten Bundesrepublik, die sich trotz des vorhandenen besonderen Feindstrafrechts gegen den politischen Gegner einstellte, beginnt das Pendel seit einiger Zeit unter den Schlagwörtern oder besser hinter den Fassaden von Globalisierung, Risikogesellschaft, Sicherheitsgesellschaft und Informationsgesellschaft wieder besonders heftig zu schlagen, egal ob diese Pendelschläge beispielsweise Sicherheitsstrafrecht, Interventionsstrafrecht oder Risikostrafrecht genannt werden. In all diesen Strafrechtsformen ist die Entpersonalisierung in der beschriebenen Weise der Bekämpfung des gefährlichen Feindes tendenziell angelegt und tritt mehr oder weniger klar zu Tage. Ein besonderes Kennzeichen dieses gegenwärtigen Pendelschlages in Deutschland ist die Diskussion um die Enttabuisierung des Folterverbots und die Legitimierung der Abwägung der Menschenwürde.

So unterschiedlich die Pendelausschläge auch sind, die Bewegungsrichtung ist immer dieselbe, nämlich Reduzierung und Einschränkung von Freiheit. Wenn das Pendel zum Stillstand gekommen ist, sich dabei aber nicht mehr in seine Ausgangslage zurückbewegen kann, dann ist der Zustand erreicht, den *Peter-Alexis Albrecht* in seinem Büchlein mit dem Titel „Die vergessene Freiheit“ bereits für die heutige Wirklichkeit feststellt.²³

Schon einmal, auf der Strafrechtslehrtagung in Rostock 1995, wurde über diese Wandlung des liberalen Strafrechts heftig gestritten; damals noch unter der Thematik „Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‚alteuropäischem‘ Prinzipiendenken“. Auf die Fragestellung, ob sich das „alteuropäische“ Strafrecht verabschiedet, wurde keine klare Antwort gefunden. Indes wurde ganz überwiegend ein klares Bekenntnis für ein funktionalistisches modernes Strafrecht abgegeben. So mancher vehemente Befürworter dieses Strafrechts ist ein ebensolcher vehementer Gegner des Feindstrafrechts, ohne zu bedenken, dass es gerade das funktionalistische moderne Strafrechtsverständnis ist, das die Tür zum Feindstrafrecht weit aufgestoßen hat.

Freilich, die Fronten und Lager sind auch hier nicht so eindeutig, wie das auf den ersten Blick erscheinen mag. Die Streitlinien können auch anders verlaufen, wie sich das beispielsweise anlässlich des Ehrenkolloquiums zum

70. Geburtstag des Berliner Strafrechtslehrers *Detlef Krauß* gezeigt hatte. Darüber will ich – die zweite These damit beschließend – aus meiner persönlichen Erinnerung folgendes berichten.

Die Diskussion drehte sich anhand des Folterverbotes um die Frage, ob und wie es gelingen könnte, unverfügbare Rechtsprinzipien zu erhalten. *Wolfgang Naucke* thematisierte, dass es dabei nicht nur um das Problem der „Rettung“ von § 136a StPO gehe, sondern auch darum, nicht zu übersehen, dass das Folterverbot mit Vorschriften konkurriert, bzw. von solchen ergänzt wird, die folterähnliche Gewalt gegen den Beschuldigten gerade zulassen, namentlich § 81 a StPO (speziell die gewaltsame Entnahme von Blutproben gegen die Einwilligung des Beschuldigten). Diese Problematisierung war nun alles andere als ein Plädoyer für die Abschaffung des Folterverbotes, sondern die Aussage, dass die Forderungen der Aufhebung des Folterverbotes durch bereits vorhandene gesetzliche Konstellationen der Gewaltanwendung gegen Beschuldigte unter Umständen begünstigt werden. Obwohl *Naucke* in der Diskussion nicht expressiv verbit die Abschaffung der legalisierten folterähnlichen Gewalt gefordert hatte, erhob sich allein schon gegen das Aufzeigen dieses Zusammenhangs Protest, interessanter Weise insbesondere von Seiten *Hassemers* und von *Lüderssen*. Die in einiger Erregung vorgetragene Aussage beider lautete auf einen Nenner gebracht:

„Wenn Sie kritisch über § 81 a StPO reden, dann ist § 136 a StPO nicht mehr zu halten.“

Dieser Streit ist damit auch ein Streit darüber, in welcher Schärfe man das Kontinuitätsproblem vor dem Hintergrund konkreter aktueller Entwicklungen sehen darf. Um konkret zu bleiben: Im Lichte des in der Diskussion überraschender Weise kaum beachteten absoluten Gebotes des Satzes 2 in Art. 104 Abs. 1 GG, wonach festgehaltene Personen weder seelisch noch körperlich misshandelt werden dürfen und im Lichte des in letzter Konsequenz durch ein obiter dictum das BVerfG legalisierten gewaltsamen Einsatzes von Brechmitteln,²⁴ ist es geradezu zwingend erforderlich, § 81 a StPO und die darauf beruhende Praxis jedenfalls zu problematisieren. Der Blick auf ausländische Rechtsordnungen zeigt, dass beispielsweise in Frankreich eine richterlich angeordnete Blutentnahme gegen den Willen des Verdächtigten und Beschuldigten grundsätzlich nicht zwangsweise durchgesetzt werden darf.²⁵ Allerdings ist die Verweigerung der Blutentnahme strafbewehrt.²⁶

²⁴ BVerfG StV 2000, 1 m. Anm. Naucke. Siehe nun aber auch die Große Kammer des EGMR im Fall *Jalloh vs. Deutschland*, HRRS 2006 Nr. 562 m. Bespr. Gaede in HRRS 2006, 241 ff.

²⁵ Das ergibt sich aus Art. 55-1 CPP (Code de procédure pénale) und Art. 706-47-2 CPP.

²⁶ Art. 55-1 Abs. 3 CPP. Die Hinweise auf die französische Rechtslage verdanke ich Frau Dr. Juliette Lelieur-Fischer

²³ P.-A. Albrecht, *Die vergessene Freiheit*, Berliner Wissenschaftsverlag, Berlin 2003.

3. Ausländische Entwicklungslinien des Feindstrafrechts: Die Übereinstimmung zwischen Erscheinungsformen deutschen und ausländischen Feindstrafrechts

Die Debatte um das Feindstrafrecht lässt sich nicht führen, ohne internationale Entwicklungen respektive Entwicklungen im ausländischen Recht zu berücksichtigen. Das Beispiel Kolumbiens mit der Publikation von *Alejandro Aponte*²⁷ ist dafür ebenso signifikant wie die Aufsätze in dem Buch von Thomas Uwer und dem Organisationsbüro von *David Cole* über die Entwicklungen in den USA²⁸ und von *Philipp Thiéé* über die Frage nach dem Feindstrafrecht im Islam.²⁹

Die internationale wissenschaftliche Beschäftigung mit dem Thema Feindstrafrecht schreitet weiter voran. Ausdruck dafür ist ein sich in Vorbereitung befindender lateinamerikanisch-deutsch-italienisch-spanischer Sammelband mit 80 Beiträgen, der von *Manuel Cancio Meliá* herausgegeben wird.³⁰ Von ihm wird weitere Aufklärung darüber erhofft, ob und inwieweit das Feindstrafrecht auch in anderen Ländern einerseits auf dem Hintergrund eines ganz bestimmten rechtsphilosophischen Vorverständnisses diskutiert und andererseits in die mit der These 2 umschriebene weit ausgreifende historische Entwicklungslinie des Wandels des liberalen Strafrechts zu einem Feindstrafrecht eingeordnet wird. Dass eine solche Diskussion andernorts stattfindet, ist nicht selbstverständlich, schon gar nicht sind die Ergebnisse in anderen Ländern „vorprogrammiert“. Zu unterschiedlich sind die ausländischen Strafrechtskulturen, und die ihnen zugrunde liegenden Straf- und Menschenrechtsverständnisse, als a priori von der internationalen Übertragbarkeit meiner beiden bisherigen Thesen ausgegangen werden könnte.

Bei der Betrachtung der internationalen bzw. ausländischen Entwicklungslinien kann es deswegen in dem Rahmen meines Vortrages nur darauf ankommen zu fragen, ob auch das ausländische Strafrecht als Feindstrafrecht erscheint und insoweit mit dem modernen deutschen Strafrecht übereinstimmt.

Was die internationale und ausländische Rechtsentwicklung betrifft, so richtet sich der Blick besonders auf die Gesetzgebung beim „Kampf“ gegen den Terrorismus und die organisierte Kriminalität. Dazu liegen bislang umfangreiche Untersuchungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht Heidelberg sowie der Universität Leuven vor.³¹ Am Max-

Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg wurden grundlegende Fragestellungen erarbeitet.³² In Vorbereitung befindet sich die Veröffentlichung einer größeren rechtsvergleichenden strafrechtlichen Untersuchung von *Walter Gropp* und *Arndt Sinn* von der Universität Gießen. Diesbezüglich sind erste Ergebnisse nachzulesen in der Internetzeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, Heft 3, dieses Jahres.

Ein vorläufiges Resümee führt zu der Schlussfolgerung, dass die internationale und ausländische strafrechtliche Bekämpfung des Terrorismus das Feindstrafrecht voll zur Entfaltung bringt. Der vorherrschende Ansatz bei der Terrorismusbekämpfung in den einzelnen Ländern liegt in der Erweiterung des Strafrechts, insbesondere durch Vorfeldkriminalisierungen, im Abbau prozessualer Garantien und der Verlagerung von Regelungsmaterien des Strafprozessrechts in das Polizei- und Ordnungsrecht.

Die Entwicklung in Deutschland bleibt dahinter teilweise sogar zurück, bzw. läuft insoweit verzögerter oder auch glimpflicher ab. Man denke nur an so manche Entscheidung des BGH aus der jüngsten Zeit. *Sinn* hat allerdings anhand von § 129 a StGB nachgewiesen, dass die vergleichsweise verzögerte Entwicklung in Deutschland sich nicht auf die Vorverlagerung der Strafbarkeit bezieht, die in Deutschland mit am weitesten vorangeschritten ist. Für Spanien wird von *Cancio Meliá* von der weitestgehenden Einebnung der Unterschiede zwischen Vorbereitung und Versuch berichtet, zwischen Teilnahme und Täterschaft, zwischen politischen Zwecken und Unterstützung terroristischer Vereinigungen berichtet. Durch sukzessive Ausdehnungen – so *Cancio Meliá* – ist es soweit gekommen, dass ein irgendwie „Dabeisein“, „Dazugehören“, „Einer-von-denen-sein“ ausreicht, auch wenn es nur im Geiste ist.³³

Merklich ausgeweitet wird in den einzelnen Ländern auch der Terrorismusbegriff. Nicht mehr nur Gewalt gegen Personen wird erfasst, um von Terrorismus sprechen zu können, sondern auch Gewalt gegen öffentliche Infrastruktureinrichtungen und teilweise gegen privates Eigentum. Zunehmend wird auf den Nachweis einer politischen oder ideologische Motivation bei den Tätern verzichtet. Ein Beispiel dafür ist Russland.

Ausgedehnt werden die strafrechtlich relevanten Begehungsweisen. Finanzielle Unterstützung wird als Beihilfe zum Terrorismus gewertet. Die Einschränkung wichtiger Grundrechte durch eine Reihe von polizeirechtlichen

(eds.), *Legal Instruments in the Fight against International Terrorism*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Bosten 2004.

³² Vgl. dazu H.-J. Albrecht/U. Sieber, herausgegeben für das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, *Forschungsbericht 2004-2005*, Freiburg 2006, S. 24-37 (28-31); U. Sieber, *Grenzen des Strafrechts – Das neue Forschungsprogramm*, in: H.-J. Albrecht/U. Sieber (Hrsg.), *Perspektiven der strafrechtlichen Forschung*, Duncker&Humblot, Berlin 2006, S. 35-79 (55-61); ders., *Strafrechtsvergleichung im Wandel*, in: U. Sieber/H.-J. Albrecht (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, Duncker&Humblot, Berlin 2006, S. 78-130 (87-94).

³³ M. Cancio Meliá, a.a.O. (o. Fußn. 3), S. 287.

²⁷ A. Aponte, *Krieg und Feindstrafrecht*, Nomos, Baden-Baden 2004.

²⁸ D. Cole, *Deren Freiheit, unsere Sicherheit*, in: Th. Uwer/Organisationsbüro (Hg.), a.a.O. (o. Fußn. 1), S. 165-193.

²⁹ P. Thiéé, *Feindstrafrecht im Islam?*, in: Th. Uwer/Organisationsbüro (Hg.), a.a.O. (o. Fußn.1), S. 195-224.

³⁰ Vgl. im Vorgriff darauf M. Cancio Meliá, *Feindstrafrecht?*, *ZStW* 117 (2005), S. 267-289.

³¹ Chr. Walter u.a. (Hrsg.) *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?*, Springer, Berlin u.a. 2004; C. Fijnaut/J. Wouters/F. Naert

Einzelmaßnahmen in der nationalen Gesetzgebung nach dem 11. September 2001 (Abhörenordnungen und Weiterleitung von Daten) mit präjudizierenden Auswirkungen auf das Strafrecht und Strafprozeßrecht hat eine neue Qualität erfahren.

Unter Berufung auf Aufklärungs- und Nachweisschwierigkeiten findet ein dramatischer Abbau von prozessualen Rechten statt. Spezielle Eingriffs- und Überwachungsmaßnahmen (insbes. elektronischer Art) werden entwickelt, die sich in der Zukunft zu neuen globalen Systemen der Überwachung von „verdächtigen“ oder „gefährlichen“ Straftätern entwickeln können. Der Aufbau eines Terrorismus-Informations- und Präventionssystems in den USA, das „Millionen von amerikanischen Transport- und Postarbeitern und Angestellten öffentlicher Versorgungsbetriebe in die Lage versetzen wird, verdächtige Aktivitäten im Zusammenhang mit Terrorismus und Kriminalität zu erkennen und zu melden“, weist in diese Richtung.³⁴

Der Abbau prozessualer Garantien und „schützender Formen“ des Strafrechts betrifft in vielen ausländischen Rechtsordnungen aber auch die Schaffung von neuen Möglichkeiten zum verlängerten Festhalten von verdächtigen Personen durch die Polizei. Genannt sei nur die Vorbeugehaft verdächtigter Ausländer bzw. die Vorbeugehaft von so genannten unentbehrlichen Zeugen in den USA, oder die Internierung von terrorismusverdächtigen ausländischen Personen in besonderen Haftanstalten in England, ohne dass sie vor ein dortiges Gericht gestellt werden.

Der Organisationsgrad von Straftätergruppen und deren längerfristig angelegte Deliktsbegehung relativieren vor allem auch die für das Strafrecht zentrale Unterscheidung von Repression und Prävention, die es allerdings nicht allen Rechtsordnungen gibt.

Ulrich Sieber hat darauf hingewiesen, dass dies die Umgehung von strafprozessualen schützenden Formen durch Verlagerung von Maßnahmen in das Verwaltungsrecht, das Polizeirecht oder das Recht der Nachrichtendienstunterstützt.³⁵ Letzteres führt bei der Terrorismusbekämpfung in einzelnen Rechtsordnungen zu der erwähnten Auflösung der rechtlichen und politischen Differenzierung zwischen innerer und äußerer Sicherheit, Kriegshandlung und Verbrechen, Prävention und Repression, Polizei und Militär, Geheimdiensten und Polizei sowie Krieg und Frieden. Bestimmte derartige Auflösungen – die auch in Gesetzesform gegossen sind – sind allerdings nicht neu. In manchen Ländern, wie in Frankreich und Italien, werden sie je nach Bedrohungslagen in Kraft gesetzt und existieren bereits seit vielen Jahren, als sie im Zusammenhang mit dem eher innerstaatlichen

Kampf gegen den Terrorismus, in Italien auch und besonders gegen die Mafia, entstanden.

Zu beobachten ist in einigen Ländern die Entwicklung einer besonderen Anti-Terror-Gerichtsbarkeit, bis hin zur Einrichtung von besonderen Militärtribunalen unter Verweigerung prozessualer Minimalrechte. Der Sprung in den rechtsfreien Raum, wie etwa Guantanamo, ist in dieser Logik dann nur folgerichtig.

Die durch einen Rechtsvergleich zu findenden grundsätzlichen Veränderungen des Strafrechts und Strafprozessrechts betreffen aber in den jeweiligen Ländern nicht etwa allein die Bekämpfung des Terrorismus. Grundlegende Veränderungen im strafrechtlichen Koordinatensystem zeigen sich auch bei der Diskussion um Beweiserleichterungen sowie in Mitwirkungspflichten Privater zum Zwecke der Strafverfolgung (z.B. bei der Geldwäschebekämpfung). Einzelne Rechtsordnungen schaffen spezielle Verfolgungs- und Gerichtszuständigkeiten nicht nur für Terrorismus, sondern auch für Wirtschaftskriminalität, organisierte Kriminalität und Terrorismus.³⁶ Besondere Ermittlungsmaßnahmen werden teilweise auch für allgemeine Delikte angewandt und fast schrankenlos ausgeweitet, wie etwa der Große Lauschangriff in Italien, der sich auch gegen anwesende Personen in Privatwohnungen richten kann, selbst wenn kein Grund vorliegt, dass dort eine verbrecherische Aktion stattfindet.

Die Reaktion ausländischer Gesetzgebung und ausländischer Rechtsprechung auf komplexe Täterstrukturen besteht in der Schaffung von Organisationsdelikten, Verschwörungstatbeständen, erweiterten Zurechnungsfiguren sowie anderen Vorverlagerungen und Zurechnungsformen des Strafrechts, für die der Terrorismus nur ein Anwendungsfall ist.³⁷

Die Zusammenfassung meiner dritten These lautet mithin, dass in den ausländischen Rechtsordnungen ebenso wie in Deutschland das moderne Strafrecht durch ein Feindstrafrecht eine nicht unmaßgebliche Prägung erhält. Für die ausländischen Rechtsordnungen liegen noch nicht genügend Erkenntnisse vor, mit denen Erklärungen für diese feindstrafrechtlichen Entwicklungen gegeben werden können. Aufgrund dessen kann auch über eventuelle Gegenmodelle noch nicht auf einer ausreichend gesicherten Basis diskutiert werden.

Für Deutschland stellt sich die Situation anders dar. Nach einer weit verbreiteten Auffassung erweisen sich die im Grundgesetz statuierten Grund- und Menschenrechte in ihrer Tradition klassischer humanistischer Errungenschaften der Aufklärung als Schranke für das Strafrecht. Weiter gedacht, sind sie die durch Verfassung positivierete Schranke für das Feindstrafrecht. Und noch weiter: Das Bundesverfassungsgericht hat nicht nur die Aufgabe,

³⁴ M. Hildebrandt, *Civil Liberties in Gefahr? Die innenpolitischen Sicherheitsmaßnahmen der USA nach dem 11. September 2001*, in: B. Rill (Hrsg.), *Terrorismus und Recht – Der wehrhafte Rechtsstaat*, Akademie für Politik und Zeitgeschichte, München 2003, S. 14.

³⁵ Sieber, *Grenzen des Strafrechts*, a.a.O. (o. Fußn. 32), S. 56 ff.

³⁶ Vgl. zum Ganzen H.-J. Albrecht/U. Sieber (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminologie*, a.a.O. (o. Fußn.32), S. 28 ff.; U. Sieber, *Grenzen des Strafrechts*, a.a.O. (o. Fußn.32), S. 56 ff.

³⁷ Vgl. zum Ganzen H.-J. Albrecht/U. Sieber (Hrsg.), a.a.O. (o. Fußn. 32), S. 28 ff.; U. Sieber, *Grenzen des Strafrechts*, a.a.O. (o. Fußn.32), S. 56 ff.

dass die Schranke geschlossen bleibt und das Feindstrafrecht keine Durchfahrt bekommt, sondern auch die Funktion, das Feindstrafrecht zu begrenzen, das heißt zu verhindern, dass es überhaupt bis zur Schranke gelangen kann.

Das ist freilich schön gesagt. Das schöne Bild werden sich all jene nicht zerstören lassen wollen, die in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Luftsicherheitsgesetz³⁸ eine Bestätigung dafür erblicken. Man könnte in der Tat geneigt sein, angesichts dieses Urteils – insbesondere wegen der klaren Aussagen des BVerfG zur Menschenwürde – von einem Sieg des Rechtsstaates über das Feindstrafrecht zu sprechen. Die Entscheidung des BVerfG zum Luftsicherheitsgesetz will ich deshalb mit der vierten These ein wenig näher beleuchten.

4. Verfassungsrecht: Das Grundgesetz und das Bundesverfassungsgericht als (durchlässige) Begrenzungen des Feindstrafrechts

Das Grundgesetz lässt – worauf ich in meinem Vortrag auf dem Strafverteidigertag vor zwei Jahren ausführlich eingegangen bin³⁹ – unterschiedliche strafrechtliche Interpretationslinien zu, die sich das BVerfG in je unterschiedlicher Weise und teilweise ergebnisorientiert zu eigen macht: zum einen die Linie der Strafrechtsbegrenzung, zum anderen die Linie der Legitimierung von Strafbarkeitsausdehnung. Allerdings sind keine klaren Kriterien sichtbar, die die eine oder andere Linie zu begründen vermögen. Zurückzuführen ist das u.a. darauf, dass sich schon nicht eindeutig sagen lässt, ob das Grundgesetz in toto auf dem Boden eines klassischen liberalen Rechtsstaates steht. Mehrere Interpretationen werden gegeben. Mit der Verwendung des Begriffs Rechtsstaates im verfassungsrechtlichen Kontext waren und sind höchst unterschiedliche Vorstellungen verbunden. Man lese hierzu nur die Arbeit von *Böckenförde* über Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs.⁴⁰

Die verfassungsrechtlichen Schranken sind durchlässig. Diese Einschätzung trifft auch auf das Feindstrafrecht zu, obwohl der Bekämpfungsgesetzgebung und ihrer mitunter bedingungslos erfolgenden Umsetzung deutliche Grenzen aufgezeigt werden. Jüngstes Beispiel dafür ist der Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts. Die Aufhebung des den Terrorverdächtigen *El Motassadeq* betreffenden Haftverschonungsbeschlusses durch die Instanzgerichte wurde wegen Verletzung seines Freiheitsgrundrechts für verfassungswidrig erklärt.

³⁸ Urteil des BVerfG vom 15. Februar 2006 – 1 BvR 357/05.

³⁹ *J. Arnold*, Der Einfluss des BVerfG auf das nationale Straf- und Strafverfahrensrechts, Teil 1, *StraFo* 2004, S. 402-407; Teil 2, *StraFo* 2005, S. 2-9.

⁴⁰ *E.-W. Böckenförde*, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: H. Ehmke/C. Schmid/H. Scharoun (Hrsg.), *Festschrift für Adolf Arndt*, Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt am Main 1969, S. 53-76.

Auch mit seiner Entscheidung zu § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz hat der 1. Senat des BVerfG dem Feindstrafrecht, in Wirklichkeit aber dem Feindrecht, jedenfalls auf den ersten Blick eine deutliche Abfuhr erteilt. Bei näherem Hinsehen zeigt sich jedoch auch an dieser Entscheidung in letzter Konsequenz die „feindstrafrechtliche Durchlässigkeit“. Bevor ich darauf näher eingehe, sei folgendes in Erinnerung gerufen:

Das Polizeiliche wird – so auch *Jakobs* – nicht aus dem Feindstrafrecht ausgeklammert. Diese Verklammerung führte *Jakobs* auf der Strafrechtslehretagung im Mai 2005 – und jetzt in der *ZStW* nachzulesen – zu der Beschäftigung mit § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes, wonach ein Luftfahrzeug abgeschossen werden darf, „das gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll“.⁴¹ In Wirklichkeit, dass sei nur am Rande angefügt, ist es aber in diesem Kontext weniger das Polizeiliche, sondern das Militärische, das die Verklammerung mit dem Feindstrafrecht ausmacht.

Die Sprengkraft dieser Vorschrift resultiert nach *Jakobs* aus dem Umstand, dass sie nur dann einen sinnvollen Regelungsgegenstand aufweist, wenn – wie bisher einzig beim Widerstandsrecht nach Art. 20 Abs. 4 GG – (in der Sprache des Militärs so genannte) Kollateralschäden in den Kauf genommen werden dürfen, konkreter der Tod von Passagieren, die für den Konflikt nicht einmal ansatzweise verantwortlich gemacht werden können. Damit – so *Jakobs* weiter – „werden diese bürgerlichen Opfer entpersonalisiert; denn ihr Lebensrecht wird ihnen zugunsten anderer genommen.“⁴²

Die Erst-Recht-Schlussfolgerung, die *Jakobs* daraus zieht, ist die folgende:

„Wenn ... der Staat im extremen Notfall sogar gegenüber seinen dafür nicht verantwortlichen Bürgern kein Tabu kennt ..., sondern das Erforderliche vollzieht, kann er sich bei Maßnahmen zur Vermeidung des extremen Notfalls, die sich gegen Terroristen, also gegen Urheber des Notfalls richten, erst recht kein Tabu auferlegen, zumindest nicht innerhalb des Rahmens des Erforderlichen – *das* ist die systemsprengende Kraft der Vorschrift.“⁴³

Was sagt das Urteil des BVerfG dazu?

§ 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes sei unabhängig davon, dass es bereits an einer Gesetzgebungsbefugnis des Bundes für eine solche Regelung ermangelt, mit dem Grundrecht auf Leben und mit der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes nicht vereinbar, soweit von dem Einsatz der Waffengewalt tatunbeteiligte Menschen an Bord des Luftfahrzeuges betroffen werden. Diese würden dadurch, dass der Staat ihre Tötung als Mittel zur Rettung anderer benutzt, als bloße Objekte behandelt; ihnen

⁴¹ *G. Jakobs*, Terroristen als Personen im Recht? *ZStW* (117) 2005, S. 839-851 (848).

⁴² Ebenda.

⁴³ Ebenda.

werde dadurch der Wert abgesprochen, der dem Menschen um seiner selbst willen zukommt.

Dass es sich bei der der Vorschrift des § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz zugrunde liegenden Konstellation um einen extremen Notfall handelt, wird vom BVerfG verneint. Im Anwendungsbereich der relevanten Vorschrift gehe es nicht um die Abwehr von Angriffen, die auf die Beseitigung des Gemeinwesens und die Vernichtung der staatlichen Rechts- und Freiheitsordnung gerichtet sind. Mit anderen Worten handelt es sich bei dem Regelungsfall des § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz nicht um jene Konstellation, die vom Einzelnen im Interesse des Staatsganzen verlangen könnte, sein Leben aufzuopfern, wenn es nur auf diese Weise möglich ist, das rechtlich verfasste Gemeinwesen vor Angriffen zu bewahren, die auf dessen Zusammenbruch und Zerstörung abzielen. Das BVerfG lässt es letzten Endes allerdings offen, ob in einer solchen Situation – wenn sie dann vorliegt – eine Einstandspflicht des unschuldigen Bürgers besteht.

In der Literatur hingegen wird die Einstandspflicht des unschuldigen Bürgers durchaus bejaht, so von *Michael Pawlik*.⁴⁴ Dabei bezieht sich *Pawlik* aber nur auf die Abwehr einer existentiellen Bedrohung der Rechtsgemeinschaft, die ein solches Gefährlichkeitspotential in sich bergen muss, das in etwa einem Verteidigungsfall im Sinne von Art. 115a Abs. 1 GG oder eines bewaffneten Angriffs im Sinne von Art. 51 UN-Charta entspricht und real vorliegen müsse.⁴⁵ Bei *Jakobs* wird es indessen nicht hinreichend deutlich, was er unter dem extremen Notfall versteht. Denn *Jakobs* scheint *Reinhard Merkel* beizupflichten, dessen Position von *Pawlik* aber gerade abgelehnt wird. *Merkel* hat als Anwendungsfall zwar ebenfalls einen extremen Notfall vor Augen, aber ein solcher liegt nach seiner Auffassung bei jedweden terroristischem Anschlag vor, wie ihn der 11. September 2001 darstellte. Diese Anschläge zielten auf das Herz des Staates und bedeuteten immer eine Bedrohung der Rechtsgemeinschaft als Ganzes. In einem solchen Fall sei es legitim, den unschuldigen Bürger aus den Grundrechten zu exkludieren.⁴⁶ Anders als bei *Pawlik* wird damit bei *Merkel* nicht nur der Terrorist, sondern auch der unschuldige Bürger zum Feind erklärt und als Feind behandelt.

Das BVerfG will genau diese Konsequenz vermeiden. Es ist jedoch fraglich, ob damit auch der Erst-Recht-Schluss von *Jakobs* widerlegt worden ist, der bekanntlich darin besteht, zu sagen: Wenn der Staat schon mit unschuldigen Bürgern wie mit Feinden verfährt, dann sind erst recht die Feinde zu exkludieren.

Das BVerfG hält die Abschussermächtigung nicht zugleich auch dann für verfassungswidrig, wenn davon allein die Täter betroffen sind. Dies ist im Ergebnis einleuchtend, jedoch irritiert die Begründung. Das BVerfG

ist darauf bedacht, die Menschenwürde auch den zu tödenden Terroristen nicht zu versagen:

„Wer, wie diejenigen, die ein Luftfahrzeug als Waffe zur Vernichtung menschlichen Lebens missbrauchen wollen, Rechtsgüter anderer rechtswidrig angreift, wird nicht als bloßes Objekt staatlichen Handelns in seiner Subjektqualität grundsätzlich in Frage gestellt, [...] wenn der Staat sich gegen den rechtswidrigen Angriff zur Wehr setzt und ihn zur Erfüllung seiner Schutzpflichten gegenüber denen, deren Leben ausgelöscht werden soll, abzuwehren versucht. Es entspricht im Gegenteil gerade der Subjektstellung des Angreifers, wenn ihm die Folgen seines selbstbestimmten Verhaltens persönlich zugerechnet werden und er für das von ihm in Gang gesetzte Geschehen in Verantwortung genommen wird. Er wird daher in seinem Recht auf Achtung der auch ihm eigenen menschlichen Würde nicht beeinträchtigt.“⁴⁷

In dieser Formulierung ist eine merkwürdige Vermischung von bestimmten vergeltungsorientierten Straftheorien auf der einen Seite mit der Legitimierung und Begründung für präventives staatliches Handeln jenseits des Strafrechts auf der anderen Seite erkennbar. Dies provoziert zu der Frage, was dem Staat im Präventionsbereich jenseits des Strafrechts unter Berufung auf die Wahrung der Menschenwürde nicht etwa alles verboten, sondern gerade erlaubt ist und was dafür – wenn nicht die Menschenwürde – die Schranke ist.

Erinnert sei an die Kant-Interpretation, wonach sich der Verbrecher mit seiner Tat zwar selbst aus der Gesellschaft ausgeschlossen hat, die Gesellschaft, der Staat diesen Ausschluss wegen der Einhaltung des Freiheitsgesetzes der Vernunft nicht anerkennen darf. Das mag im Präventionsbereich bei klaren staatlichen Notstandssituationen anders zu beurteilen sein. Aber dann muss dieses Problem benannt und es müssen Kriterien dafür entwickelt werden. Vielleicht ist auch dies ein Anwendungsfall für das, was *Hassemer* in seinem Eröffnungsvortrag zum Strafverteidigertag als „sicherheitsorientiertes rechtsstaatliches Strafrecht“ bezeichnet hatte.⁴⁸

Andernfalls ist nicht auszuschließen, dass sich aus der Erlaubnis zu schwerwiegenden Zwangs- und Gewalt-handlungen durch den Staat, die im Namen der Menschenwürde begangen werden, im Umkehrschluss gerade die Legitimierung der Abwägung der Menschenwürde entwickeln lässt; genau so wie dies vor dem Hintergrund der Folterdiskussion vertreten wird.⁴⁹ Kritisiert wird dabei, dass die „Unantastbarkeitsgarantie“ zur Suche nach einem festen Begriffsinhalt im Sinne unverrückbarer Konturen des Würdeanspruchs führe. Die Absolutheit

⁴⁴ Vgl. M. Pawlik, § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch? JZ 2004, S. 1045-1055 (1052 ff.).

⁴⁵ Ebenda, S. 1054.

⁴⁶ R. Merkel, Die Zeit vom 8.7.2004, S. 33.

⁴⁷ Urteil des BVerfG vom 15. Februar 2006 1 BvR 357/05, Rdnr. 141.

⁴⁸ W. Hassemer, Sicherheit durch Strafrecht, a.a.O. (o. Fußn. 3), S. 141.

⁴⁹ Vgl. dazu M. Herdegen, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Art. 1, Rdnr. 45, Lfg. 44, Februar 2005.

des Würdeschutzes komme der menschlichen Sehnsucht nach einfachen Gewissheiten entgegen, die den Urteilen von der Last komplexer Abwägung möglichst befreien. Bezeichnet wird dies als das Streben nach größtmöglicher Simplifikation.

Das Streben nach größtmöglicher Simplifikation erweist sich in Wirklichkeit jedoch als juristischer Widerstand gegen den Anfang vom bitteren Ende des Rechtsstaates.

Damit bin ich bei meiner fünften und letzten These angelangt.

5. Juristischer Widerstand gegen das Feindstrafrecht

Die Forderung nach Widerstand gegen das Feindstrafrecht soll formuliert werden vor dem Hintergrund der Erkenntnis, dass es keinen Ausgleich zwischen dem freiheitlichen rechtsstaatlichen Geist und dem Bekämpfungsstrafrecht gibt, zu unversöhnlich stehen sich beide Richtungen gegenüber.

Die Lösung liegt auch nicht darin, das Feinstrafrecht aus dem Bürgerstrafrecht auszuklammern, um damit das gute Bürgerstrafrecht erhalten zu können. Wie gesehen, sind Strafrecht und Gefahrenabwehr so miteinander verzahnt, dass das eine von dem anderen gar nicht getrennt werden kann. *Peter-Alexis Albrecht* nennt dies „nach-präventives Strafrecht“, das kein Recht mehr sei.⁵⁰

Doch selbst wenn die Entkopplung gelingen sollte, wird dadurch das außerhalb des Strafrechts ohnehin schon existierende Feindrecht in einer Weise weiter aufgeladen, dass es sich an einem bestimmten Punkte unweigerlich gegen das übrig gebliebene Strafrecht selbst richten würde. Man kann dies deutlich an den neueren Entwicklungen im Polizeirecht sehen, die im Januar-Heft der Kriminalistik im Zusammenhang mit der Diskussion über den mehrmonatigen Sicherheitsgewahrsam als Wandel des Polizeirechts von einer Quelle rechtsstaatlicher Gefahrenabwehr hin zu einem „Recht der Risikosteuerung“ im Rahmen eines präventiven Schutzes neuer Art bezeichnet wird.⁵¹

Wenn man dann noch die politischen Konzepte für die präventiven Bekämpfungsstrategien bedenkt, besteht in der Tat wenig Veranlassung zu der Hoffnung, dass wenigstens die noch verbliebenen unverfügbaren Grenzen staatlicher Eingriffe auf Dauer erhalten bleiben.

Die hinter den Bekämpfungsstrategien stehenden politischen Konzepte hat *Hans-Jörg Albrecht* wie folgt umschrieben:

Die neue Gesetzgebung greife insgesamt in einer Weise in die Gesellschaft ein, „die deren Freiräume und damit

die Substanz der Zivilgesellschaft als potentielle Gefahr versteht und unter einen allgemeinen Verdacht stellt. Immigration und Asyl, religiöse Vereinigungen und politische Bewegungen, ethnische Minderheiten, ausländische Staatsangehörige und transnationale Gemeinschaften, sicherheitsrelevante Arbeitsplätze und Tätigkeitsfelder sowie schließlich ganze Religionen oder Länder werden zu Anknüpfungspunkten für Überwachung und gegebenenfalls für sozialen und wirtschaftlichen Ausschluss.“⁵²

Wohl nicht zuletzt die rechtliche und politischen Gesamtentwicklung bedenkend, sah sich *Hassemer* – allerdings nicht so sehr im gestrigen Eröffnungsvortrag, sondern statt dessen zu den Petersberger Justiztagen im Mai vergangenen Jahres – zu der Feststellung veranlasst, dass es heute außerordentlich schwer sei, unverfügbare Rechtsprinzipien zu begründen, obwohl sie begründet und beachtet werden müssten. Doch sei nicht sicher, ob das heute noch gelingen kann.⁵³ Die rechtspolitische Antwort, die *Hassemer* gestern gab, bestand in der Aufforderung zum Nachdenken über ein „rechtsstaatliches Sicherheitsstrafrecht“.⁵⁴ Eine solche Antwort ist nahe an den realen politischen Verhältnissen gedacht. Ob sich damit der dramatische Wandel des Strafrechts verhindern oder wenigstens weiter verzögern lässt, ist gerade angesichts der aufgezeigten historischen Entwicklungslinien des Feindstrafrechts respektive Bekämpfungsstrafrecht, die *Hassemer* deutlich kürzer sieht, völlig offen. Die Skepsis überwiegt.

Freilich liegen auch zahlreiche rechtsphilosophische und rechtstheoretische Entwürfe aus der jüngsten Zeit vor, die sich gegen die umschriebene Entwicklungen richten. Sofern diese Entwürfe auf einem klassischen rechtsstaatlichen Strafrecht beharren, und eine Strafrechtsbegrenzung fordern, sehen sie sich – wie schon gezeigt wurde – der Kritik ausgesetzt, die veränderte Wirklichkeit nicht zu berücksichtigen und sich deswegen in allzu einfachen Gewissheiten, ja in absoluten Wahrheiten, zu befinden.

Sich dieser Kritik stellend, könnte ein Ansatz darin bestehen, nach der Realität gegenwärtiger Strafrechtsbegrenzungen in der Praxis zu fragen. Denn es ist gerade die Wirklichkeit der Strafrechtsbegrenzung, die besonders den Alltag von Strafverteidigerinnen und Strafverteidigern in all ihren Betätigungsfeldern, die es im Einzelnen einmal empirisch zu untersuchen gilt, prägt. Verteidigung ist Strafrechtsbegrenzung, und zwar unabhängig von ihrem Erfolg im Einzelfall. Strafrechtsbegrenzung durch Verteidigung ist Eintreten für die Freiheit. Strafverteidigung befindet sich im Widerstand gegen das Feindstrafrecht. Diese These ließe sich an vielen Beispielen belegen. Das nächste Buch über das Feindstrafrecht könnte derartige Beispiele aufarbeiten. Allein die Zeitschriften „Strafverteidiger“ und „StraFo“ sind monatlich

⁵² H.-J. Albrecht, Der erweiterte Sicherheitsbegriff und seine Folgen, Informationsbrief des RAV, 91/2003, S. 6-23 (9).

⁵³ W. Hassemer, Sicherheitsbedürfnis und Grundrechtsschutz: Umbau des Rechtsstaats? StraFo 2005, S. 312-318 (318).

⁵⁴ W. Hassemer, Sicherheit durch Strafrecht, a.a.O. (o. Fußn. 3), S. 143.

⁵⁰ P.-A. Albrecht, Das nach-präventive Strafrecht: Abschied vom Recht, Manuskript für den 100. Band der Frankfurter kriminalwissenschaftlichen Studien, 2006.

⁵¹ Ch. von Denkowski, Kriminalistik 1/2006, S. 11-22.

gefüllt mit Fällen der Rechtsprechung, und Handbücher für die Strafverteidiger gibt es in ausreichender Anzahl.

Doch ein komprimiertes Kompendium, mit dem zusammenhängend gezeigt werden kann, dass die Strafverteidigung mit ihrem Widerstand gegen Feindstrafrecht sich konkret für das liberale Strafrecht einsetzt, liegt noch nicht vor. Das wäre dann zugleich ein „Handbuch“ des anwaltlichen Widerstandes gegen Feindstrafrecht. Ein solches Kompendium könnte geordnet nach Tätigkeitsfeldern der Strafverteidigung exemplarische Fälle aufnehmen und beträfe dann nicht nur die momentan noch spektakulären Verfahren in Terrorismusfällen, wie sie beispielsweise von *Michael Rosenthal*, *Gerhard Strate* oder *Gül Pinar* bis zum Bundesverfassungsgericht bei Überwindung vieler Hindernisse getragen werden. Dabei könnte ein Schwerpunkt der Darstellung auf dem Ablauf der strafrechtsbegrenzenden Tätigkeit des Strafverteidigers liegen. Mir kam dieser Gedanke, als wir im Vorstand des Republikanischen Anwältinnen- und Anwältevereins über das Verfahren *Darkanzanli*, das bekanntlich zu der Entscheidung des BVerfG über den Europäischen Haftbefehl führte, informiert wurden. Die Geschichte der Strafverteidigung in diesem Verfahren – belegt durch die immer und immer wieder unternommenen Schritte der Verteidigung gegen die Auslieferung von *Darkanzanli* – ist eine Geschichte des Widerstandes gegen Feindstrafrecht und Feindrecht. Denn was Letzteres, das Feindrecht betrifft, war *Darkanzanli* zugleich ein von der „EU-Terrorliste“ Betroffener.

Aber wie gesagt, das ist nur ein besonders anschauliches Beispiel mit einer besonderen internationalrechtlichen Verzahnung, um die freilich noch weiter zu präzisierende Anregung für ein Projekt über „Strafrechtsbegrenzung und Strafverteidigung“ zu verdeutlichen. Dazu würde auch gehören, exemplarische Fälle bis zu ihrem Ende zu verfolgen, was auch die Rechtsfolgen, inklusive Strafvollstreckung und Strafaussetzung betrifft.

Aber auch das internationale Strafrecht wäre dabei in den Blick zu nehmen. Rechtshilfe- und Auslieferungsverfahren, Ausländerrecht, Verteidigung vor den internationalen Gerichten, und selbst das Eintreten gegen Straflosigkeit sind dafür Stichpunkte.

Was das Eintreten gegen Straflosigkeit betrifft, so ist das kein Widerspruch zur Strafrechtsbegrenzung. Denn soweit sich das Eintreten gegen Straflosigkeit auf Menschenrechts- und Völkerrechtsverbrechen bezieht, die im Namen oder im Auftrage des Staates begangen worden sind, richtet sich die Inanspruchnahme des Rechts gegen die verbrecherische Politik des Staates. Beispiele für anwaltliches Handeln in diesem Kontext sind die Strafanzeige u.a. beim Generalbundesanwalt gegen *Rumsfeld* u.a. wegen der Folterungen in Abu Ghraib. Beispiele

dafür sind aber auch die Vertretung von deutschen Angehörigen von Opfern der früheren Militärdiktatur in Argentinien.

Doch das praktische Forschungsfeld der Strafrechtsbegrenzung kann noch weiter gezogen werden, indem die Untersuchungsfrage auch auf die Praxis der Justizorgane übertragen wird. Es würde sich erweisen, ob und inwieweit die Justizorgane die Strafrechtsdogmatik als Widerstandsmittel gegen das Feindstrafrecht anwenden.

Und indem Strafrechtswissenschaft und Kriminologie sich an einem solchen Vorhaben beteiligen, möglicherweise auch durch Befragungen der Rechtsakteure, könnten sie damit in einem ganz konkreten Projekt, die bislang eher belächelte Forderung, dass sie Strafrechtsbegrenzungswissenschaft sein sollen, umsetzen. Am Ende eines solchen Projekts bestünde dann die Aufgabe zur Rechtsvergleichung, aber auch zur zusammenhängende Betrachtung der Entwicklungen im Völkerstrafrecht unter dem Gesichtspunkt von Strafrechtsbegrenzung. Ist die Errichtung des Internationalen Strafgerichtshofes auf der Grundlage des Rom-Statuts nicht ein gutes Beispiel dafür, dass der Feind selbst bei schlimmsten Verbrechen gerade nicht entpersonalisiert wird? Auch dies sieht *Jakobs* übrigens anders, indem er die Auffassung vertritt, dass die Bestrafung von Menschenrechtsverletzern, sofern diese einer „gemeinschaftlich-gesetzlichen“ Weltverfassung diene, zwar legitim sei, doch handle es sich dabei nicht um Strafe gegen schuldige Personen, „sondern gegen gefährliche Feinde, und deshalb sollte man die Sache auch so nennen: Feindstrafrecht.“⁵⁵

Ich meine abschließend, dass die Hoffnung nicht ganz unberechtigt ist, durch das Aufzeigen des vorhandenen juristischen Widerstandes gegen das Feindstrafrecht Anhaltspunkte für die Begründung heute zu finden, warum die unverfügbaren Rechtsprinzipien aufrechtzuerhalten sind und warum deshalb der Widerstand verstärkt werden muss. Vielleicht zeigt sich auf diese ganz praktische Weise, dass es eine starke Strömung gegenwärtigen strafrechtlichen Denkens gibt, die in einem „radikalen“ Überpositivismus, in einem freiheitlichen liberalen Strafrecht nach wie vor tief verwurzelt ist. Davon wiederum würden zwei Seiten profitieren: sowohl ein kritischer rechtsphilosophischer Entwurf, als auch der Entwurf eines „rechtsstaatlichen Sicherheitsstrafrechts“. Freilich, eine Garantie, dass das Feindstrafrecht am Ende nicht triumphiert, ist das nicht. Aber die Idee des Feindstrafrechts ist mehr denn je diskreditiert.

⁵⁵ G. Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS Heft 3/2004, S. 95.

Feindstrafrecht – Einige Anmerkungen zur Arbeitsgruppe „Feindstrafrecht – Ein Gespenst geht um im Rechtsstaat“ auf dem 30. Strafverteidigertag 2006

Von **Rechtsanwalt Dr. Klaus Malek**, Freiburg i.Br.

I.

Es war nicht einfach, unter den Strafverteidigervereinigungen eine Mehrheit für eine Arbeitsgruppe mit dem Titel „Feindstrafrecht“ auf dem 30. Strafverteidigertag in Frankfurt zu finden. Zwar hatte die Podiumsdiskussion am Schlußtag des 29. Strafverteidigertages in Aachen unter Teilnahme von Günther Jakobs bei den meisten Anwesenden ein Gefühl der Unzufriedenheit hinterlassen, wobei der kleinste gemeinsame Nenner von Kritik und Selbstkritik die Erkenntnis war, dem Thema „Feindstrafrecht“ und seinem Protagonisten – wie auch immer – nicht gerecht geworden zu sein.

Viele Kollegen zogen aus dem „Debakel von Aachen“ den Schluss, hier müsse, am besten gleich auf dem nächsten Strafverteidigertag, etwas zurecht gerückt werden. Dieser Meinung war auch der Verfasser dieser Zeilen. Andere erhoben jede Diskussion über die Thesen Jakobs in den Rang eines Tabus, das zu brechen zumindest den Verdacht rechtfertigte, dessen Sympathisant zu sein.

Die zunächst ablehnende Haltung vieler Kolleginnen und Kollegen lag, wie die Diskussion zeigte, auch darin begründet, dass sie sich als *Rechtspraktiker* in „philosophischen“ Fragen – als solche nämlich wurde das Feindstrafrecht betrachtet – dem Elfenbeinturm der *Rechtswissenschaft* hoffnungslos unterlegen fühlten.¹ Man müsse Kant studiert haben, um Jakobs zu widerlegen, war eines der Argumente. – Selbstredend muss man nicht! Man muss es eben so wenig, wie die Einsicht in die Evolutionstheorie die Kenntnis von Darwins „Entstehung der Arten“ erfordert, oder die Verteidigung der Gleichheit vor dem Gesetz nur von dem erwartet werden darf, der die Klassiker der Französischen Revolution im Original zu zitieren weiß. Wer anderes glaubt, der ist dem Meister aus Bonn bereits auf den Leim gegangen.

Das andere Argument gegen die Durchführung der vorgeschlagenen Arbeitsgruppe, man müsse Jakobs quasi tot schweigen², war von jeher blauäugig und wurde spätestens dann gänzlich unvertretbar, als das Thema just zum Strafverteidigertag in der Diskussion um den vom Bundesverfassungsgericht am 15.2.2006 für verfassungswid-

rig erklärten § 14 Abs.3 Luftsicherheitsgesetz aus jedem berufenen Munde zu hören und in fast jeder Zeitung zu lesen war.

Was also bleibt, ist die argumentative Auseinandersetzung.

II.

Es gibt in der Tat Dinge, über die man nicht diskutiert. Menschen sind, wie immer sie sich benehmen mögen, keine „wilden Tiere“, die man einfach aus der staatsbürgerlichen Rechtsordnung eliminieren könnte. Wer anderes will, kann von Glück sagen, dass die Anhänger einer ungeteilten Geltung des Rechts diese Geltung auch dem Urheber solcher verfassungswidriger Forderungen zukommen lassen.

Aber es gibt Fragen, die zu diskutieren und an Jakobs zu stellen sind.

Zunächst ist klarzustellen, dass Jakobs nicht nur Situationen beschreibt und analysiert, wie er nicht müde wird zu behaupten,³ sondern Lösungen anbietet und propagiert. Jakobs Haltung ist nicht deskriptiv, sondern hinsichtlich seines Konzepts legitimatorisch-affirmativ.⁴ Zwar erreicht Jakobs neuer Vortrag auf dem Strafverteidigertag⁵ nicht die Schärfe und Eindeutigkeit früherer Veröffentlichungen; dass seinen Ausführungen deswegen jedoch „jeder rechtspolitische Impetus“ fehle, wie er selbst meint, wird man schwerlich behaupten können.

Unbeantwortet bleiben (und sie blieben es auch in Frankfurt in der auf die Referate folgenden Diskussion in hartnäckiger Weise) vor allem die „praktischen“ Fragen, auf die ein phantasiebegabter Jakobs-Leser unvermeidlich stößt: Was ist denn mit den „wilden Tieren“ zu tun, wenn sie sich nicht zähmen lassen? Jakobs Thesen legen, wenn man sie ernst nimmt, wahrhaft gespenstische Antworten nahe. Wäre die Diskussion um die in den 70er Jahren des vergangenen Jahrhunderts immer wieder behauptete, von offizieller Seite bestrittene Tötung politischer Gefangener etwa unter der Herrschaft des Feindstrafrechts in gleicher Weise zu führen, wie zu RAF-Zeiten geschehen, oder wäre die staatliche Liquidierung von Personen, die sich nicht auf Dauer „in einen bürgerlichen Zustand zwingen“ lassen, eine Option, die auch ein Rechtsstaat lediglich unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismäßigkeitsprinzips (etwa der Erforderlichkeit der Maßnahme) zu diskutieren hätte? Müsste man Jakobs Diskussionsbeitrag „Endlos lässt sich nicht kontrafaktisch leben“ wörtlich nehmen? Von Alejandro Aponte konnte man in der Arbeitsgruppe einiges dazu hören.⁶ – Dem Meister selbst sind solche Erörterungen eher unappetitlich. Selbstver-

¹ Gegen diese Überschätzung hilft beispielsweise von Kirchmanns vernünftiger und zeitloser Vortrag „Von der Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“, gehalten 1848.

² Eine Haltung, die auch beim Festredner des Frankfurter Strafverteidigertags, Prof. Winfried Hassemer, in der Diskussion anklang. Allerdings zeigte sein Vortrag, der dem Feindstrafrecht breiten Raum widmete, dass er sich selbst keineswegs der Methode des „Totschweigens“ bedient.

³ So kündigte er in einem Telefonat mit dem Verfasser kurz vor dem Frankfurter Strafverteidigertag seinen neuen Vortrag mit den Worten an, er werde „noch mehr als bisher“ nur beschreiben und nicht werten; er sei in dieser Hinsicht immer missverstanden worden.

⁴ Zur Nomenklatur vgl. Greco (GA 2006, 102 ff.).

⁵ Siehe abgedruckt in diesem Heft der HRRS.

⁶ Siehe abgedruckt in diesem Heft der HRRS.

ständig sei er, so seine Antwort auf entsprechende Publikumsfragen, gegen eine „öffentliche Verteilung“ der Feinde. - Das ist beruhigend.

Eine weitere Frage, die Jakobs den eher organisatorischen Problemen zurechnet, mit denen er nichts zu tun haben will, ist die nach der Definitionsmacht und den Kriterien der Feinderklärung. Wer bestimmt denn, wer der Feind ist? Das Parlament, der Bundespräsident, die Bundeskanzlerin, ein Gericht (wenn ja, welches?), die Polizei oder der Leiter der örtlich zuständigen Justizvollzugsanstalt? – Und nach welchen Kriterien wird der Feind definiert? Genügt die dauerhafte Abwendung vom Recht? Jakobs in Frankfurt: „Der notorische Radfahrer ohne Licht muss nicht lebenslang weggesperrt werden.“ Soll uns auch das beruhigen?

Ein letztes: Hassemer stellt in seinem Festvortrag die Frage, „...warum solche Lehren (gemeint ist das Jakobs'sche Konzept, d.Verf.) heutzutage Aufmerksamkeit oder gar Zustimmung finden.“ Dass Jakobs Thesen Aufmerksamkeit in hohem Maße zuteil wurde, darüber lässt sich kaum streiten. Alleine die Zahl der rechtswis-

senschaftlichen Veröffentlichungen hochkarätiger Autoren ist unüberschaubar, von journalistischen Beiträgen in Presse, Funk und Fernsehen ganz zu schweigen. Warum dies so ist, hat Hassemer nicht beantwortet. Eine nicht fern liegende Vermutung ist die, dass „feindstrafrechtliche“ Normen, die schon längst Eingang in das bürgerliche Strafrecht gefunden haben (eine Feststellung, die auch Jakobs nicht bestreitet), kontinuierlich ausgebaut und vorangetrieben werden (an Vorbildern, etwa den USA und Großbritannien, fehlt es ja nicht), und dass für diese Entwicklung die philosophischen und rechtswissenschaftlichen Legitimationen nachgeliefert werden müssen. Noch gibt es Guantanamo nicht bei uns. Für Jakobs ist es keineswegs undenkbar. Dem (zukünftig) Faktischen bereits jetzt die normative Kraft zu verleihen, das ist Jakobs „Leistung“, der, um es mit Frank Saliger⁷ auszudrücken, „ins Schwarze des Zeitgeistes“ getroffen hat. – Und dies ist beunruhigend.

⁷ Vgl. dessen Referat in JZ 2006, 756 ff.

Zurechnen-Können, Erwarten-Dürfen und Vorsorgen-Müssen – Eine Erwiderung auf Günther Jakobs

Von **Dr. Jochen Bung**, Universität Frankfurt am Main.

Die Versachlichung der Diskussion um das Feindstrafrecht¹ enthält eine für die Strafrechtswissenschaft schwerlich zu überschätzende Chance zur Grundlagenbesinnung. Man wünscht sich, diese Chance wäre durch einen anderen Begriff eröffnet worden, aber auszuschließen ist es nicht, dass es gerade dieser Begriff sein musste. Seine Ecken und Kanten schleifen sich freilich durch die andauernde Verarbeitung im wissenschaftspublizistischen Kreislauf merklich ab. Aber das ist gut so, denn nun vermag man im Begriff des Feindstrafrechts nicht länger eine Kriegserklärung, sondern das Angebot zu erkennen, in ein zivilisiertes Gespräch über die Grundlagen des Strafrechts einzutreten. Der Begriff *als Wort* oder als bloßer *Name* besagt nicht viel.² Zwar ist er von Jakobs aus Gründen der Distinktion und Gewinnung von

Aufmerksamkeit nicht zufällig gewählt worden. Auch ist er für sich genommen nicht etwa »ein sinnloser Laut«³, sondern regt als kompositionaler Neologismus bestimmte Konnotationen oder Assoziationen an. Aber Konnotationen und Assoziationen sind allenfalls Vorformen von Argumenten; und daher sollte man nicht mehr länger gebannt auf das Wort »Feindstrafrecht« starren, sondern sich auf die Argumente konzentrieren, die das perhorreszierte Wort zu tragen behaupten. Ich konzentriere mich in diesem Beitrag auf Argumente von Jakobs, die er während des 30. Strafverteidigtages in Frankfurt am Main dem Publikum präsentiert hat, und zwar sowohl in seinem Vortrag als auch in der sich daran anschließenden Diskussion.⁴ Insoweit der Beitrag auf Jakobs' Kritik an Argumenten eingeht, die der Verfasser an anderer Stelle vorgetragen hat⁵, versteht er sich als Erwiderung.

I. Jakobs gegen Palmström-Normativismus

In seinem Frankfurter Vortrag über die »Bedingungen von Rechtlichkeit« geht es Jakobs – dem dezidiert philosophischen Titel entsprechend – zuvörderst um die Kritik einer fundamentalen Verkennung des Wesens der Rechtsgeltung, die man in Anlehnung an das bekannte Gedicht von Christian Morgenstern (»Die unmögliche Tatsache«) als *Palmström-Normativismus* bezeichnen kann. Palmström wird von einem Auto überfahren. Er stellt – »entschlossen weiterlebend« – fest, dass das Kraftfahrzeug an dieser Stelle gar nicht fahren durfte.

¹ Zutreffend diagnostiziert Arnold das »Ende der Gespensterjagd« und den Beginn der wissenschaftlichen Debatte, in: Thomas Uwer/Organisationsbüro (Hg.), Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, Berlin 2006, S. 13 ff. Die Beiträge des Bandes sind ein Beleg für diese Einschätzung. Vgl. insoweit auch die Abhandlungen von Hörnle, Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs »Feindstrafrecht«, GA 2006, S. 81 ff. sowie Sinn, Moderne Verbrechenverfolgung – auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht?, ZIS 2006, S. 107 ff.

² In ihrem Vorwort zur genannten Monographie (Fn. 1) sprechen Uwer und von Schlieffen anschaulich von der »Hieroglyphe Feindstrafrecht«, a.a.O., S. 11.

³ Hegel, Phänomenologie des Geistes [1807], Frankfurt am Main 1973, S. 26.

⁴ Der Vortrag ist in dieser Ausgabe der HRRS abgedruckt.

⁵ Bung, Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person, in: Uwer/Organisationsbüro (Hg.), Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat (Fn. 1), zugleich veröffentlicht in HRRS 2/2006, S. 63 ff.

Daher kommt er zu dem Ergebnis, dass er den Unfall geträumt haben muss, »weil, so schließt er messerscharf, nicht sein kann, was nicht sein darf«. In einer Art Umkehrung des naturalistischen Fehlschlusses schließt Palmström vom Sollen aufs Sein und übersieht dabei, dass das Recht nicht schon allein deswegen gilt, weil es Geltung beansprucht.

Die Kritik am Palmström-Normativismus findet sich schon in früheren Texten von Jakobs, so etwa in dem Einwand, niemand spaziere allein deswegen nächtens im Park, weil er weiß, dass er nicht erschlagen werden darf, sondern auch im Bewusstsein dessen, dass diese Norm Bestandteil einer Ordnung ist, die typischerweise garantiert, dass niemand während nächtlicher Spaziergänge im Park erschlagen wird.⁶ Die kognitive Sicherheit des Vertrauens in die Normgeltung ist wesentliches Konstituens jener Ordnung, die wir als Rechtsordnung ansprechen. Sie ist beileibe kein freischwebendes, allenfalls in der Rechtsidee verankertes System, sondern muss, wie gerade der große Normativist Hans Kelsen hervorgehoben hat, im Großen und Ganzen *wirksam* sein.⁷ Man kann diesen Gedanken als *Rechtsrealismus* bezeichnen, und er markiert den Bereich, in dem die Rechtswissenschaft nur um den Preis wissenschaftlicher Naivität sich dem Anspruch verweigern kann, zugleich auch Gesellschaftswissenschaft zu sein. Auf dem abstrakten Niveau solcher Erörterungen kann niemand die Wahrheit des Rechtsrealismus bestreiten.

Wie immer bei sehr abstrakten Einsichten muss jedoch besondere Sorgfalt dem gelten, was man für die Wirklichkeit *in concreto* daraus ableiten kann. Zwei Dinge folgen aus dem Rechtsrealismus jedenfalls nicht. Zum einen folgt nicht, dass ein besonders konsequenter Rechtsrealismus schließlich ganz darauf verzichten könnte, Recht als einen genuine Geltungsbereich in Bezug zu nehmen. Das zeigt eine einfache Überlegung: Ersetzen wir Aussagen der Form »A und B folgen Norm N« systematisch durch deskriptive Interpretationen der Form »A und B tun das, was sie „der Norm N folgen“ nennen«. Offenkundig funktioniert dieser Vorschlag nicht, denn:

⁶ Vgl. Jakobs, Staatliche Strafe. Bedeutung und Zweck, hrsg. von der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften, Paderborn 2004, S. 29. – Heute spricht man vom *Sicherheitsstaat*, aber die Idee ist viel älter, vgl. etwa den Zusatz zu § 268 der Hegelschen Rechtsphilosophie: »Das Zutrauen haben die Menschen, dass der Staat bestehen müsse [...], aber die Gewohnheit macht das unsichtbar, worauf unsere ganze Existenz beruht. Geht jemand zur Nachtzeit sicher auf der Straße, so fällt es ihm nicht ein, dass dieses anders sein könne, denn diese Gewohnheit der Sicherheit ist zur andern Natur geworden, und man denkt nicht gerade nach, wie dies erst die Wirkung besonderer Institutionen sei. Durch die Gewalt, meint die Vorstellung oft, hänge der Staat zusammen; aber das Haltende ist allein das Grundgefühl der Ordnung, das alle haben.« (Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts [1820], Werke 7, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1989, S. 414).

⁷ Vgl. Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, S. 215 ff. Kelsen bezeichnet die Bestimmung des Verhältnisses von Geltung und Wirksamkeit des Rechts als »eines der wichtigsten und zugleich schwierigsten Probleme der positivistischen Rechtstheorie«, ebd., S. 215. Da sich die Frage der Rechtswirkung auch für das Naturrecht stellt, kann man aber ohne weiteres auf die Rechtstheorie insgesamt extrapolieren.

»A und B tun das, was sie „der Norm N folgen“ nennen« ist wahr genau dann, wenn A und B der Norm N folgen. Das zeigt, dass die Bezugnahme auf Normen und damit auch deren spezifische Dimension von Geltung *irreduzibel* ist.⁸ H.L.A. Hart hat argumentiert, dass etwa die Voraussagbarkeit von Strafe nicht als zureichende Erklärung dafür angesehen werden kann, dass soziale Regeln existieren. Wir sagen nämlich, so Hart, »dass wir einen Menschen tadeln oder bestrafen, weil er eine Regel gebrochen hat«.⁹ Die Kursivierung des »weil« ist, wenn man so will, eine Theorie der Zurechnungsfähigkeit *in nuce*. Der intensionale Gehalt dieses Junktors widersteht, wie Hart bemerkt, »der Analyse in klaren, harten und tatsächlichen Begriffen«.¹⁰ Er begründet das in Recht und Moral vorausgesetzte Modell der Zuschreibung verantwortlicher Handlungsurheberschaft, wobei im Falle der Verantwortlichkeit für den Normbruch das Verstehen der Norm notwendiger Bestandteil der Prämissen des praktischen Syllogismus ist. Harts »weil«, insofern es die Handlungsverantwortung der Person meint, ist nicht naturalisierbar, etwa im Sinne von deskriptiv zu erfassenden und prognostisch zu generalisierenden Verhaltensregularitäten. Insofern gibt es mit dem Rechtsrealismus von Jakobs vermutlich keinen Dissens. Dass Normen eine Geltungsdimension *sui generis* eröffnen und damit auch eine Form von Rationalität, die nicht auf Berechenbarkeit reduziert werden kann, führt noch lange nicht zum abstrakten Normativismus Palmströms, und Jakobs, der selbst eine der fundiertesten Normentheorien vorgelegt hat¹¹, wäre sicherlich der letzte, der das bestreiten würde.

Hat man damit aber bestimmte radikale Formen des Rechtsrealismus ausgeschlossen, gibt es noch eine *zweite* Möglichkeit des Kurzschlusses aus der abstrakten Einsicht in die Angewiesenheit des geltenden Rechts auf seine Wirkung; die nämlich, dass – populärhegelianisch zu reden – die Wirklichkeit des Rechts auch das *Vernünftige* ist. Hierüber, meine ich, muss man mit Jakobs streiten. Denn der schiere Umstand, dass es Sicherungsverwahrung, Untersuchungshaft und Vorfeldkriminalisierung *gibt*, besagt noch überhaupt nichts über die Möglichkeit einer vernünftigen Begründung dieser Institute und Regelungen. Niemand (außer etwa einem naturrechtsgläubigen Palmström) würde behaupten, dass Norm N nicht gilt, weil sie nicht gelten darf. Aber dass bestimmte Normen oder Rechtsinstitute abgeschafft gehören, ist eine legitime Argumentationsform, die mit Wirklichkeitsverkennung nichts zu tun hat.¹² Vielmehr

⁸ Nur am Rande möchte ich bemerken, dass dies nicht heißt, dass man die Bedeutung von Normen nicht im Sinne von *Wahrheitsbedingungen* spezifizieren könnte. Das ist ein für die Frage der Anwendbarkeit des juristischen Syllogismus bedeutender Punkt, weil dieser – als deduktives Schema – über das Prinzip der *Wahrheitserhaltung* definiert ist.

⁹ Hart, Der Begriff des Rechts [1961], Frankfurt am Main 1973, S. 23 f.

¹⁰ Ebd., S. 24.

¹¹ Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft, 2. Aufl., Berlin 1999.

¹² Vgl. K. Günther, Schuld und kommunikative Freiheit, Frankfurt am Main 2005, S. 254: »Mit der Normbefolgungspflicht der Rechtsperson verliert der Staatsbürger nicht das Recht, für eine Abschaffung oder Änderung der Norm öffentlich einzutreten.«

ist es eine konstitutive Bedingung für jede Lex-lata-Debatte, dass sie sich zumindest in einem Möglichkeitsraum von Gesichtspunkten *de lege ferenda* bewegt. In diesem Sinne ist Jakobs' herablassende Haltung gegenüber der Rechtspolitik der Kurzschluss eines falsch verstandenen Rechtsrealismus. Dass Recht etwas ist, das im Großen und Ganzen *praktiziert* werden muss, dass eine Normenordnung nur Bestand hat, wenn sie auch eine *Zwangsordnung* ist, besagt überhaupt nichts gegen Rechtspolitik.

Es ist – beiläufig gesagt – das große Problem der enormen Vagheit von Begriffen wie »im Großen und Ganzen« oder »partiell« (der Feind taucht in letzter Zeit bei Jakobs vermehrt in begrifflich abgerüsteter Gestalt als »Partialfeind« auf), die es so schwer machen, den argumentativen Gehalt der Rede vom Feindstrafrecht auszuloten. Dass wir wissenschaftlich mit vagen Begriffen arbeiten müssen, bedarf keiner Erörterung, ebenso die von Jakobs in seinem Frankfurter Vortrag hervorgehobene Unverzichtbarkeit idealtypisierender Begriffsbildung. Aber über die zulässigen Grenzen der Vagheit lässt sich sehr wohl streiten.¹³ Wenn jemand etwa sagen würde, Feind sei derjenige, der sich zumindest teilweise im Großen und Ganzen nicht zuverlässig verhält, würde ich sagen, dass die Grenzen zulässiger wissenschaftlicher Vagheit oder rechtsdogmatischer Operationalisierbarkeit überschritten sind. Dass die Vagheit bei Jakobs schon so weit geht, vermag ich nicht mit Sicherheit auszuschließen.

II. Vom Polizeigedanken im Recht

Wer die Entthronung normativistischer Omnipotenz durch die Wirklichkeit nicht aushalte, argumentierte Jakobs in seinem Frankfurter Vortrag, solle sich auf Rechtspolitik oder auf Normlogik verlegen. Dabei verfällt – wie eben gezeigt – die Kritik an der Rechtspolitik in den selben Fehler, den sie der Rechtspolitik vorwirft: Sie ist zu abstrakt und kann leicht mit dem Hinweis entkräftet werden, dass Rechtspolitik Teil der Rechtswirklichkeit ist. Dass man es mit der Politisierung des Rechts nicht übertreiben, zum Beispiel nicht alle möglichen gesellschaftlichen Reformideen als Staatszielbestimmungen in die Verfassung aufnehmen soll, ist kein Gegenstand, sondern selbst eine rechtspolitische Forderung. Wie verhält es sich aber mit Jakobs' Kritik an der *Normlogik*? Dass diese jedenfalls dann vom Vorwurf der Realitätsferne getroffen wird, wenn sie sich darauf beschränkt, im sog. *deontischen Kalkül* die Spielfiguren hin und her zu schieben, ist nicht zu bestreiten. Das erklärt wohl auch, warum es selbst grundlagenorientierte und formalen Methoden nicht von vornherein feindlich gegenüberstehende Juristen abgelehnt haben, sich mit dieser hermetischen Disziplin näher zu beschäftigen. Für die

Funktionsweise des normlogischen Kalküls ist es charakteristisch, dass die deontischen Operatoren wechselseitig definiert werden können.¹⁴ Dass jemand etwas tun *darf*, ist danach z.B. äquivalent nicht etwa mit der Aussage, dass jemand etwas nicht tun muss, sondern damit, dass er *nicht* etwas nicht tun muss. Die materielle Logik unserer normalsprachlichen Rede vom Müssen, Dürfen oder Können entzieht sich jedoch der Hermetik dieser definitorischen, auf einem formalen Begriff der Negation beruhenden¹⁵ Äquivalenzen. Der Vorwurf der Realitätsferne ist hier ganz fehl am Platz. Im Gegenteil ist die Berücksichtigung der materiellen Logik unseres normativen Vokabulars eine wesentliche Bedingung dafür, dass eine Untersuchung der Bedingungen von Rechtlichkeit nicht ihren Gegenstand verfehlt.

Zum Beispiel ist die bloße Auskunft, dass es ein Recht der Gefahrenabwehr *gibt*, von eher bescheidenem epistemischem Zuschnitt. Interessant wird es erst, wenn man zu Aussagen übergeht, die deontisches Vokabular in dem eben erläuterten materiellen Sinne enthalten. Zum Beispiel: Polizeirecht ist nötig, weil es Situationen gibt, in denen Gefahren abgewehrt werden müssen. Bleiben wir beim Beispiel der Gefahrenabwehr. Eine Teilklasse jener Situationen, in denen Gefahren abgewehrt werden müssen, stellen solche Konstellationen dar, in denen die Gefahr von einem Menschen ausgeht. Und eine Teilklasse dieser Konstellationen wiederum bilden Situationen, in denen dem Betreffenden im Wege kommunikativen Handelns schwerlich beizukommen ist. Zum Beispiel: Ich bin am Steuer eingeschlafen und rase auf eine Gruppe von Menschen zu. Insoweit es um solche Gefahren geht, lässt sich ein *Vorsorgen-Müssen* behaupten, das zumindest teilweise außerhalb des Mediums symbolisch vermittelter Interaktion organisiert werden muss, namentlich in der besonders effektiven Organisationsform der Polizei. Es gibt Gefahrensituationen, bei denen der Versuch einer verständigungsorientierten Lösung entweder von vornherein sinnlos ist oder mit Sicherheit zu spät kommt, d.h. zu Schäden führt, die wir nicht in Kauf zu nehmen bereit sind. Die entscheidende Frage ist offenkundig, was wir schon als eine solche Situation ansehen dürfen und was noch nicht, mit anderen Worten die Frage nach der legitimen Grenze der Gefahrenabwehr oder, positivistisch gesprochen, der Grenze des Gefahrenabwehrrechts. Sie könnte durch das *Strafrecht* gezogen werden. Denn das Strafrecht (in dem idealtypischen Sinne, den Jakobs meint, wenn er vom Bürgerstrafrecht spricht) ist als System der Zurechnung in der normativen Ansprechbarkeit der Person verankert und als System der Freiheit im Gedanken der Selbstverantwortlichkeit dieser Person. Aber das Strafrecht – dieses *Exerzitium* rechtsstaatlichen Denkens – hat schon immer ein nicht zu übersehendes Legitimationsproblem. Gegenwärtig steht dafür exemplarisch die Debatte mit den Neurowissenschaften, die sich nicht umsonst das Strafrecht als Hauptschauplatz der

ten. Vielmehr gründet sich die Normbefolgungspflicht [...] gerade auf das gegenüber jeder positiv geltenden Norm weiterhin bestehende Recht und auf die Möglichkeit, die ablehnende Stellungnahme in demokratischen Verfahren zur Geltung zu bringen.«

¹³ Auf diesen wichtigen Punkt hat in der Frankfurter Anschlussdiskussion Frank Saliger aufmerksam gemacht.

¹⁴ S. dazu Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, München 1982, S. 43 f.

¹⁵ Vgl. Brandom, Expressive Vernunft, Frankfurt am Main 2000, S. 244.

argumentativen Auseinandersetzung ausgesucht haben.¹⁶ Hier wird insinuiert, künftigen Generationen könnte das Sprachspiel der Zurechnung eines freien oder zumindest vernünftig motivierten Willens und einer persönlichen Schuld ähnlich unaufgeklärt vorkommen, wie uns Heutigen das überkommene Sprachspiel über den Einfluss parapsychischer Phänomene wie Dämonen.¹⁷ Zum Glück sind die Widersprüche oder Ungereimtheiten der neuroscientistischen Avantgarde einstweilen noch so augenfällig¹⁸, dass wir uns nicht veranlasst sehen müssen, an der Praxis der Zuschreibung individueller Verantwortung festzuhalten, sei es im Strafrecht¹⁹ oder anderswo. Aber die Frage bleibt – und sie drückt das zentrale Problem aus, das im Begriff des Feindstrafrechts enthalten ist: Wie kann man das Strafrecht gegen den „Polizeigedanken“ im Recht behaupten?²⁰

III. Zurechnen-Können und Erwarten-Dürfen

Es ist klar, dass es auf diese Frage keine einfache Antwort gibt. Offenkundig aber hängt ein wesentlicher Teil der Antwort von der Beantwortung einer anderen Frage ab, nämlich der, was man von einer Person als Adressatin des Rechts *erwarten darf*. Auch auf die Bedeutung dieser Frage hat die Diskussion um das Feindstrafrecht aufmerksam gemacht. Die Antwort von Jakobs lautet bekanntlich: Was wir erwarten dürfen, ist *Rechtstreue*. Er geht sogar so weit zu behaupten, die Präsomption rechtstreuen Verhaltens sei eine Bedingung des Status der *Person-im-Recht*. Das enthält den keineswegs selbstverständlichen Gedanken, dass man sich diesen Status verdienen muss. *Kindhäuser* formuliert eine ähnliche Idee,

¹⁶ S. dazu *K. Günther*, Hirnforschung und strafrechtlicher Schuldbegriff, KJ 2006, 116 f.

¹⁷ Vgl. *Rorty*, Unkorrigierbarkeit als Merkmal des Mentalen, in: P. Bieri (Hg.), *Analytische Philosophie des Geistes*, 3. Aufl., Weinheim 1997, S. 256 f.

¹⁸ Insbesondere der semantische Parasitismus am mentalistischen Vokabular und der inkonsistente Skeptizismus des Eigenpsychischen, wonach man sich permanent darüber irren könnte, was man weiß und was man will.

¹⁹ Dazu *Jakobs*, Individuum und Person – Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung, ZStW 117 (2005), S. 247–266.

²⁰ Diese Überlegung ist *Nauckes* Diagnose der »Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts« verpflichtet, vgl. *Naucke*, Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, Baden-Baden 2000, insbes. den gleichnamigen Aufsatz a.a.O., S. 411 ff. sowie die Ausführungen über das »Vordringen des Polizeigedankens im Recht«, ebd., S. 379 ff. Über *Nauckes* Vorstellung von *Rechtsmetaphysik* bin ich mir allerdings noch nicht ganz im Klaren (vgl. aber Fn. 24). Zur These, dass die zentrale Problematik im Begriff des Feindstrafrechts die Abgrenzung zum Polizeirecht ist, s. auch *Roellecke*, Der Rechtsstaat im Kampf gegen den Terror, JZ 6/2006, 269: »Da der Rechtsstaat Terroristen [...] nicht verstehen kann, ist der normative Ansatz einem Rechtsgebiet zu entnehmen, das nicht an die Intention von Personen, sondern an eine objektiv gegebene Ordnung anknüpft. Das ist die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, also das Polizeirecht.« S. zu der Thematik demnächst auch *Hassemer*, Gefahrenabwehr durch Strafrecht, WestEnd. Neue Zeitschrift für Sozialforschung 2/2006 sowie *ders.*, HRRS 4/2006, S. 130 ff.

die auf den ersten Blick sogar noch weiter geht, wenn er argumentiert, was wir erwarten dürfen, sei (über die äußere Normkonformität hinaus) »kommunikative Loyalität«²¹. Darin liegt ersichtlich die Gefahr der begrifflichen Erzeugung von Meta-Rechtsgütern, die sich alle über den Gedanken eines die Kommunikationsbedingungen sichernden Strafrechts einstellen. Auch scheint es kein großer Schritt mehr zu der Überlegung, dass man – sicherheitshalber – von seiner kommunikativen Freiheit erst gar keinen Gebrauch macht, um sich nicht dem Vorwurf kommunikativ illoyalen Verhaltens auszusetzen. Allerdings geht *Kindhäuser* nicht so weit zu sagen, wer sich kommunikativ illoyal verhalte, sei damit schon ein potentieller Kandidat für das Gefahrenabwehrrecht.²² Hier ist *Jakobs*' Version des Zusammenhangs von Zurechnungsfähigkeit und Zuverlässigkeit deutlich radikaler: Wer sich nicht (im Großen und Ganzen) rechtstreu verhält, verliert den Anspruch, jedenfalls im Vollsinne als Rechtsperson behandelt zu werden. Insoweit kommt es nur noch auf die *Entstörung* der sozialen Ordnung an. Wenn es überhaupt noch eine normative Dimension dieser Entstörung gibt, dann jene, die man versuchte, im älteren Polizeirecht auf den Begriff der *Polizeipflicht* zu bringen. Diese dogmatische Figur ist aber nicht ohne Grund aufgegeben worden, weil sie keine verständliche Handlungsanweisung enthält.²³ Es gibt keine verständliche generelle Anordnung der sozialen Mitwirkung. Und vor allem bleibt, wer nicht mitmacht, selbstverständlich Person im Recht. Das kann man meinetwegen als *Axiom* im klassischen Sinne bezeichnen.²⁴ Aber es erschließt sich auch aus der Überlegung, dass Rechte gegenüber Pflichten deontologisch primär sind. Denn eine Pflicht ist nicht zu denken, ohne ein Recht zu verpflichten, während ein Recht sehr wohl denkbar ist, ohne die Pflicht, es auszuüben. Und wenn *Jakobs* erwidern würde, dass unter Umständen die Macht zu verpflichten dem Recht vorgeordnet ist, würde ich sagen, dass die Pflicht, die aus der Macht erwächst, keine Pflicht ist, sondern Gewalt. Am Ende käme es dann also auf die Frage an, wie man zur Gewalt steht. Dass es Gewalt gibt, ist dabei nicht der interessante Punkt. Die interessante Frage ist die, ob Gegengewalt legitim ist. Der Terrorist (der den Rechtsstaat nicht verstehen will) würde diese Frage natürlich

²¹ *Kindhäuser*, Rechtstreue als Schuldkategorie, ZStW 107 (1995), S. 718 ff. sowie S. 725 ff. »Schuld im demokratischen Rechtsstaat ist, noch ganz allgemein formuliert, ein Handeln, das mangelnde Rechtstreue – also ein Defizit an kommunikativer Loyalität, die rechtsförmige Verständigung überhaupt ermöglicht – ausdrückt«, a.a.O., S. 725 f.

²² Immerhin aber: »Die gesteigerte Reaktion auf terroristische Gewalttaten lässt sich [...] dadurch erklären, dass der Terrorist glaubhaft behauptet, über den vordergründigen Bankraub etc. hinaus die Zerstörung der staatlichen und rechtlichen Ordnung überhaupt zu bezwecken, und das heißt: Verständigung in toto aufzukündigen«, *Kindhäuser*, a.a.O., S. 727, Fn. 86.

²³ Vgl. *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl., Göttingen 2001, § 9.

²⁴ Bedenkt man freilich, dass kein System von Aussagen ohne Begriffe auskommt, die nur durch ihre Rolle im System rechtfertigt sind, kann man auch vom Axiom im nicht-klassischen Verständnis sprechen. Vielleicht sind es Axiome dieser Art, aus denen *Naucke* das ableitet, was er »Rechtmetaphysik« nennt (vgl. Fn. 20).

uneingeschränkt mit *Ja* beantworten. Aber inwieweit können wir uns die Antwort des Terroristen zu eigen machen? *Roellecke* schreibt: »Terroristen nehmen zum Beispiel Geiseln. Wir dürfen und tun das nicht und sollten daran festhalten. Terroristen foltern. Wir dürfen und tun das nicht und sollten daran festhalten.«²⁵ Dem Inhalt solcher Aussagen den Status kultureller *Tabus* zuzuschreiben, ist im übrigen verfehlt. Nicht, dass sie nicht in der ein oder anderen Rechtskultur diesen Status beanspruchen können, aber das ist für die Theorie des *Unantastbaren* im Recht kein ergiebiger Punkt, weil *Tabus* ihren spezifischen Status der Unantastbarkeit verlieren, wenn man sie zum Gegenstand der Theoriebildung macht. Daher verdient es den Vorzug, Aussagen der fraglichen Art ohne Umschweife als *Axiome* eines universellen Rechtssystems zu betrachten, auch wenn die Strukturen dieses Systems nicht den Charakter eines Ableitungszusammenhangs im technischen Sinne haben.²⁶

Im übrigen gibt es außerhalb dieses Systems normative Ressourcen, die in der bisherigen Diskussion über Rechtsstaat und Terrorismus bedauerlicherweise eine viel zu geringe Rolle gespielt haben. So ist es uns gegenüber der terroristischen Bedrohung nicht etwa ins Belieben gestellt, ob wir mutig oder feige sind, ob wir die Bedrohung (eigentlich: die *Angst*) selbst aushalten oder gleich nach dem schützenden Staat rufen. Nach einem Argument des Aristoteles ist es nämlich der *Mut*, der das Prädikat der »sittlichen Schönheit« verdient²⁷, und das sollte man sich bei den etwas aufgeregten Debatten über Terror

²⁵ *Roellecke*, JZ 6/2006, S. 269.

²⁶ Gleichwohl verdichten sich die argumentativen Pfade des Systems auch jenseits »deutscher Grundrechtsintrovertiertheit«, *Gaede* HRRS 7/2006, S. 247.

²⁷ *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, hrsg. von Günther Bien, 4. Aufl., Hamburg 1985: *Meiner* (Philosophische Bibliothek Bd. 5), S. 65.

und Terrorismus wenigstens gelegentlich vergegenwärtigen.

Was den Internbereich des Strafrechts anbetrifft, hat *Kindhäuser* eine sehr wichtige Einsicht formuliert, indem er klar gestellt hat, dass »Schuldzurechnung [...] keinen geglückten Dialog mit dem Täter voraus[setzt].«²⁸ Daher sollten wir die Zurechnungsfähigkeit an bescheideneren Bedingungen der Zuverlässigkeit ausrichten; etwa an Ausschlussbedingungen, wie sie in § 20 StGB normiert sind. Die personale Selbstverwaltung findet – sieht man einmal von der Rechtsfolgenseite, d.h. vom *Strafvollzug* ab – erst da ihre Grenze, wo über die normative Unzuverlässigkeit hinaus kognitive Unberechenbarkeit des Verhaltens gegeben ist.²⁹

²⁸ *Kindhäuser*, a.a.O. (Fn. 21), S. 732.

²⁹ Wenn *Jakobs* argumentiert, ich pathologisiere diejenigen, die hartnäckig dissentieren, stimmt das insoweit nicht, als Dissens (auch der hartnäckigste) gerade *nicht* aus der Kommunikation herausfällt. Auch jenseits der „Dissidenten“-Fälle habe ich Sympathien für Hypothesen, die die Unterscheidung zwischen gesund bzw. normal und krank zumindest erschweren (s. zu diesem Topos etwa *Fromm*, *Die Pathologie der Normalität*, Berlin 2005, S. 15 ff.). Freilich glaube ich (insoweit in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht), dass es pathologische Fälle normativer Unansprechbarkeit gibt, vgl. insoweit auch *Sinn*, ZIS 2006, S. 114. Diese Fälle sind aber im wesentlichen einem sozial helfenden Recht aufgegeben.

Prozessdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag. Sie bleiben eingeladen, durch die Einsendung von Dokumentationsvorschlägen

zum weiteren Ausbau der Dokumentationsrubrik beizutragen.

Schrifttum

Katalin Ligeti: „**Strafrecht und strafrechtliche Zusammenarbeit in der Europäischen Union**“; Duncker & Humblot, *Strafrechtliche Abhandlungen N.F.* 164, Berlin, 2005, 409 S., ISBN 3-428-11663-1.

Mit ihrer Hamburger Dissertation „Strafrecht und strafrechtliche Zusammenarbeit in der Europäischen Union“, die von Prof. Dr. Michael Köhler betreut wurde, hat sich

Dr. Katalin Ligeti nicht weniger zur Aufgabe gemacht als die Aufarbeitung der strafpolitischen Entwicklung in der Europäischen Union. Unter europäischer Strafpolitik versteht sie dabei ein neues zwingendes Institutionensystem, das sich auf die Gesamtheit der Bemühungen erstreckt, eine Harmonisierung mitgliedstaatlicher Strafrechte und die Schaffung eines supranationalen Strafrechts zu erreichen (S. 19 ff.). Durch Untersuchung und Bewertung der aktuellen Entwicklungslinien will die Autorin einen Beitrag zur Europäischen Integration leis-

ten, an deren Ende sie die Entstehung eines einheitlichen Strafrechtsraums sieht. Dass sie diesen Ausgang des Entwicklungsprozesses auch für wünschenswert hält, stellt sie in einem rechtspolitischen Bekenntnis der Untersuchung voran. Nicht zuletzt deshalb soll der Begriff des „Europäischen Strafrechts“ als Rechtsbegriff mit klarem Inhalt etabliert werden, und nicht mehr als bloßes Etikett für die Gesamtheit der politischen und juristischen Aktivitäten auf diesem Gebiet dienen (S. 28).

Die aktuelle Entwicklung der Strafrechtspflege in der Europäischen Union sieht Ligeti insbesondere durch zwei miteinander verknüpfte Trends geprägt, namentlich Entwicklung und Erleichterung der Rechtshilfe sowie Harmonisierung und Vereinheitlichung von Strafnormen. Das Hauptaugenmerk europäischer Strafpolitik liege dabei auf den praktischen Bedürfnissen, die durch Internationalisierung der Kriminalität, Ineffektivität der traditionellen Rechtshilfe sowie neue supranationale Schutzinhalte hervorgerufen würden. Der Ablauf ihrer Untersuchung folgt konsequent sowohl diesen Entwicklungstrends als auch der Abstufung in Art. 29 ff. EUV. Anhand der Darstellung des institutionellen Rahmens, der horizontalen Kooperationsformen und -mechanismen zwischen den Mitgliedstaaten sowie der europäischen Strafermittlungseinrichtungen wird die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit erläutert, bevor in einem zweiten Schritt die Harmonisierung des materiellen Strafrechts aufgegriffen wird, um die Entstehung des materiellen Europäischen Strafrechts in concreto anschaulich zu machen. Die Arbeit schließt mit der Zusammenführung und Auswertung dieser drei Elemente europäischer Kriminalpolitik. Vorab geht Ligeti jedoch ganz grundsätzlich auf die Frage der Legitimität des Europäischen Strafrechts ein (S. 29 ff.).

Ligeti nimmt in dieser Hinsicht vor allem zwei Herausforderungen wahr. Dies sind die fehlende demokratische Legitimation europäischer Strafgesetzgebung und die Modernität des Europäischen Strafrechts. Sie gelangt zu dem Schluss, dass formal-demokratische Strukturen keine erhöhte soziale Legitimität zu erzeugen vermögen, sondern dies nur durch gesteigerte Transparenz und die Schaffung von Möglichkeiten der Einflussnahme auf das Rechtsetzungsverfahren erreicht werden kann. Die Spannungen zwischen Europäischer Integration und nationaler Souveränität sollen durch gesteigerte Rechtsstaatlichkeit der Europäischen Strafpolitik abgebaut werden, um damit zugleich deren Akzeptanz zu erhöhen. Ligeti bemängelt vor allem das Fehlen einer unparteiischen, unabhängigen Gerichtsbarkeit, effektiver Rechtsmittel und rationaler Entscheidungskriterien. Einen entsprechenden Ausbau der Rechtsstaatlichkeit hält sie für unerlässlich. Auf die materielle Problematik einer europäischen Strafgesetzlichkeit (vgl. dazu nur die Arbeiten von *Braum*, Europäische Strafgesetzlichkeit, 2003; *ders.*, *wistra* 2006, 121, 122) geht sie indessen nicht ein. Eine Auseinandersetzung mit den materiellen Legitimationsvoraussetzungen europäischer Strafvorschriften bleibt aus. Allerdings sieht Ligeti im Hinblick auf das materielle Recht ohnehin kein spezifisch europarechtliches Problem durchscheinen, da sich in der gegenwärtigen Debatte lediglich Argumente wiederholten, die bereits zuvor in den Mit-

gliedsstaaten gegen Ausweitungs- und Funktionalisierungstendenzen vorgebracht worden seien. Eine Fundamentalkritik hält sie aus diesem Grund für voreilig. Genuin europäisch sei nur die Bedrohung der Rechtsklarheit durch die rechtstatsächliche Überflutung mit europäischen Vorgaben, die eine hohe Komplexität und Regeldichte zur Folge hätten (S. 44). Dieser Zustand sei im Hinblick auf das Gebot der Rechtsstaatlichkeit nicht hinnehmbar und führe im Zusammenspiel mit dem Mangel an Transparenz und Mitgestaltung dazu, dass die Legitimierung der europäischen Strafpolitik noch unvollkommen ist. Vor allem der Europäischen Verfassung misst Ligeti aber große identitäts- und legitimitätsstiftende Bedeutung zu (S. 36, 46 ff.), denn diese liefere die faktischen Voraussetzungen zur Überwindung der „Krise“.

Vor diesem Hintergrund beginnt Ligeti dann mit der Umsetzung ihres eigenen Untersuchungsansatzes. Im ersten Teil (S. 49-226) widmet sie sich der strafrechtlichen Zusammenarbeit in der Europäischen Union. Zunächst wird der institutionelle Rahmen referiert. Dabei erfolgt eine theoretische Beschränkung auf den *acquis communautaire* des dritten Pfeilers (S. 49); allerdings nicht ohne auf die Vielzahl der Dokumente außerhalb des EU-Bereichs hinzuweisen, deren Fülle eine Berücksichtigung unmöglich machte. Sodann geht Ligeti Fragen der Straf Gewalt nach; gliedert nach *jurisdiction to prescribe*, *jurisdiction to enforce* und Strafgewaltkonflikten, auf deren Vermeidung die gegenwärtige Strafpolitik gerichtet sei. Die Aktualität ihrer Ausführungen zeigt sich an dieser Stelle schon daran, dass erst kürzlich ein derartiger Ansatz im Grünbuch zum Grundsatz „ne bis in idem“ zur Diskussion gestellt wurde.

Im Anschluss wendet sich die Autorin den allgemeinen Voraussetzungen der strafrechtlichen Rechtshilfe zu (S. 92 ff.). Es schließen sich Erörterungen der wichtigsten Kooperationsformen an, wobei nach Auslieferung, sonstiger Rechtshilfe und Vollstreckungshilfe untergliedert wird. Interessant ist vor allem ihr Vorschlag zur Interpretation von Art. 54 SDÜ. Für die internationale Geltung des *ne bis in idem*-Grundsatzes soll es auf die betroffenen Rechtsgüter ankommen, die den Gegenstand der Verurteilung bildeten (S. 105 ff.). Allerdings scheint dieser Sichtweise vom EuGH in *van Esbroeck* jüngst eine Absage erteilt worden zu sein, denn auf rechtliche Qualifizierung und das geschützte rechtliche Interesse soll es nach dieser Entscheidung gerade nicht ankommen, sondern nur auf die Identität der materiellen Tat, verstanden als das Vorhandensein eines Komplexes konkreter, unlösbar miteinander verbundener Umstände (EuGH C-436/04 - Urteil der Zweiten Kammer vom 9. März 2006, *van Esbroeck*, HRRS 2006, 113).

Auf dem Gebiet des Auslieferungsrechts sieht Ligeti allgemein einen Trend, der auf eine stärkere gegenseitige Anerkennung justizieller Entscheidung und die Berücksichtigung der Individualinteressen des Verfolgten gerichtet ist (S. 124). Als vorläufigen Endpunkt dieser Entwicklung identifiziert Ligeti den Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl (S. 125 ff.).

Im Bereich der sonstigen Rechtshilfe wird die Nutzung moderner Technologien wegen ihrer Bedeutung für die Praxis der Strafverfolgung intensiv diskutiert, vor allem in Form der Überwachung von Bankgeschäften und Telekommunikation (S. 138 ff.). Innerhalb dieser Zusammenarbeit schein sich das Gewicht in Richtung auf ein *proactive policing* zu verschieben. Insgesamt sei dieser Bereich durch 5 neue Tendenzen gekennzeichnet: Abbau der Hindernisse bei Kooperation und Koordination, Vereinfachung und Beschleunigung des Rechtshilfeverfahrens, Einsatz neuer Formen der Zusammenarbeit, Interaktion zwischen Rechtshilfe, polizeilicher und zollbehördlicher Zusammenarbeit sowie verstärkte Berücksichtigung von Betroffenenrechten (S. 171). Wegen der insofern fortschreitenden Verpolizeilichung der Rechtshilfe betont die Autorin aber dennoch die zusätzliche Notwendigkeit, als Gegengewicht einen europäischen *ordre public* als flexiblen, anpassungsfähigen Sicherungsmechanismus zu konkretisieren, (S. 144 f., 171) und daneben eine zügige Justizialisierung des Rechtshilfe-rechts zu betreiben (S. 172).

Im Rahmen der Vollstreckungshilfe wird der Schwerpunkt erwartungsgemäß beim Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gesetzt (S. 174 ff.). Klar erkennt sie dabei, dass rechtsstaatliche Garantien gewährleistet sein müssen. Gerade in Bezug auf den fair trial-Grundsatz zeigt Ligeti potentielle Interessenkonflikte auf (S. 178).

Das Ende des 1. Teils bilden Ausführungen zu den Europäischen Strafermittlungseinrichtungen (S. 197 ff.). Auf dieser Grundlage können abschließend - befördert durch den klug gewählten Aufbau - in der Zusammenschau die allgemeinen Entwicklungstendenzen aufgezeigt werden. Die Autorin sieht einen einheitlichen europäischen Rechtsraum im Entstehen begriffen. Durch Rahmenbeschlüsse sollten einheitliche überschaubare Kriterien der Zusammenarbeit etabliert werden, um das derzeitige „Vertragschaos“ zu beseitigen (S. 222). Entscheidende Bedeutung misst sie in diesem Prozess dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung als Ausdruck der Verrechtlichung und Entbürokratisierung der internationalen Zusammenarbeit zu (S. 220). Aufgrund der damit verbundenen Justizialisierung sieht Ligeti diesen Ansatz grundsätzlich positiv. Auch der derzeitigen Verpolizeilichung der Zusammenarbeit und damit verbundenen Umgehung der Rechtshilfe könne in Gestalt von supranationalen Justizorganen entgegengewirkt werden. Institutionell-organisatorisch fänden sich diese Ansätze in Gestalt der Europäischen Staatsanwaltschaft verwirklicht.

Im Mittelpunkt des 2. Teils steht die Harmonisierung mitgliedstaatlicher Strafrechte (S. 227-368). Ligeti referiert den Wandel der wissenschaftlichen und politischen Diskussion im Zuge des Maastricht-Vertrags und zeigt dabei die historischen und strafpolitischen Hintergründe dieser Entwicklung auf. Zwar findet mittlerweile eine Ausdehnung auf alle Bereiche schwerer Kriminalität statt, doch konzentriert sich Ligeti auf die Delikte gegen die finanziellen Interessen der Gemeinschaft, namentlich Betrug, Korruption und Geldwäsche, als besonders typischer Anwendungsfelder der fortlaufenden europäischen

Strafrechtsharmonisierung. Des kompromisshaften Charakters dieser Selbstbeschränkung ist sich die Autorin bewusst (S. 235). Dies gilt in gleichem Maß für die Ausblendung von Fragen der Unternehmensstrafbarkeit (S. 236). Gerade letzteres vermag zu überraschen, da der Anpassungsdruck auf das nationale Strafrecht bzw. das Beharrungsvermögen der Mitgliedsstaaten in diesem Bereich besonders scharf hervortreten scheinen. Zudem ist wegen des zunehmend multinationalen Charakters von Organisation und Tätigkeitsfeldern ein konzentriertes Vorgehen auf Unionsebene besonders angezeigt, so dass einige Sätze hierzu erfreulich gewesen wären.

Eine Enzyklopädie zum Europäischen Strafrecht durfte von der Autorin hingegen nicht erwartet werden; zumal sie ihr Ziel, die markanten Züge der Rechtsentwicklung zu veranschaulichen, gleichwohl erreicht. Bei diesem Unterfangen verfährt Ligeti im Wesentlichen nach demselben Muster. Zunächst werden der rechtspolitische Hintergrund und die Erscheinungsformen der Kriminalität geschildert, bevor Rechtsgrundlagen, deren Systematik und Regelungsinhalt des jeweiligen *acquis* ausgeführt werden. Ihr gelingt es dabei trotz der großen Stofffülle, prägnant die maßgeblichen historisch-politischen Abläufe und Hauptzüge der untersuchten Regelungsbereiche hervorzuheben. Gerade „Neueinsteigern“ in diesem Rechtsgebiet sei der Abschnitt zur informativen Lektüre anempfohlen, um sich zügig und durchaus unterhaltsam einen Überblick zu verschaffen. Ligeti scheint ihr Ziel der Exemplifizierung der Entwicklungsstränge mithin vollends erreicht zu haben.

In der abschließenden Zusammenschau lässt die Autorin nochmals die Grundzüge einer Strafrechtsharmonisierung in der Europäischen Union insgesamt sichtbar werden. Europarechtliche Vorgaben hätten danach großen Einfluss gewonnen, wobei die Möglichkeiten des EG-Rechts trotz ihrer weit reichenden sowohl strafrechtskonstituierenden als auch -begrenzenden Möglichkeiten von den Mitgliedstaaten grundsätzlich als problematisch angesehen würden, was zu einer Verlagerung in die dritte Säule geführt habe (S. 247 f.). Herausragende Relevanz komme als unionsrechtlichem Regelungsinstrument dabei dem Rahmenbeschluss zu. Den besonderen Reiz dieses Regelungstypus machten das Fehlen eines Erfordernisses zur Kommissions- und Parlamentsbeteiligung oder der Ratifikation aus (S. 265 f.). Inhaltlich erachtet Ligeti eine Harmonisierung auf diesem Weg zur Entstehung eines einheitlichen Rechtsraums für sehr wichtig. Zu den bisherigen Haupterrungenschaften dieser Entwicklung zählt die Angleichung der Strafniveaus in der Europäischen Union, die für Ligeti zum wichtigsten Merkmal europäischer Strafpolitik überhaupt geworden ist (S. 272).

Gekennzeichnet sei die europäische Strafpolitik aber vor allem durch seine rapide Entwicklung und enorme Bandbreite (S. 363), was vielfach zur Erweiterung des strafbaren Bereichs geführt hätte (S. 366). Zudem sei der gegenwärtige Prozess der Harmonisierung durch seine enorme Komplexität geprägt, was anhand der Tatbestände des Betrugs, der Korruption und der Geldwäsche auch exemplifiziert wurde. Ein integriertes Konzept der Straf-

rechtsharmonisierung fehle indessen, was den Integrationsprozess bisweilen fragmentarisch erscheinen lasse. Die notwendige Zusammenarbeit mit anderen internationalen Organisationen wie der OECD sowie politischer Einfluss, insbesondere der USA, erschwerten gleichfalls dessen konsequente Fortführung. Nach Meinung Ligetis können diese Schwächen nur durch Schöpfung eines einheitlichen europäischen Strafrechtsraums überwunden werden. Ein solcher erscheint ihr als geeignete Abhilfe gegen Komplexität, Unüberschaubarkeit, Lückenhaftigkeit und zudem als Sicherung gegen Utilitätsdenken, das humanitären Überlegungen, welche sich vor allem aus den Konventionen des Europarats speisten, nicht hinreichend Beachtung schenkt (S. 367).

In ihrer Schlussbetrachtung (S. 369 ff.) blickt die Autorin nochmals auf die gewonnenen Erkenntnisse der Untersuchung zurück. Sie sieht eine Entwicklung des europäischen Strafrechts im Spannungsfeld zwischen zwei Polen, namentlich traditionellem national-staatlichem Verständnis des Strafrechts sowie der justiziellen Integration in der Europäischen Union. Eine klare Tendenz zur Entwicklung eines einheitlichen Strafrechtsraumes sei jedoch auszumachen (S. 371). Zur Sicherstellung der Einheit des Rechtsraums müsse auch eine europäische „Strafvermittlungsbehörde“ vorgesehen werden (S. 372). Integrationsfördernd wirke sich dabei auch die EU-Osterweiterung aus, die zu einer nachhaltigen Harmonisierung der Zusammenarbeit im Dritten Pfeiler veranlassen könnte (S. 373 f.).

Katalin Ligeti ist eine überzeugte Europäerin. Dieser Umstand mag bisweilen zur Konsequenz haben, dass einige Aspekte der derzeitigen Entwicklung zu unkritisch gesehen werden bzw. zu viel Potential und Hoffnung in einzelne Integrationsinstrumente gesetzt wird. Im Hinblick auf die grundsätzliche Legitimität des Europäischen Strafrechts lassen sich Einwände gegen die Gestaltung und Entwicklung des materiellen Strafrechts wohl nicht durch den Hinweis entkräften, es gäbe identische Schwierigkeiten auch im nationalen Strafrecht. Damit würden vor allem Schrittmacherfunktion und Gewicht des Europäischen Strafrechts und die damit verbundene Fernwirkung für das nationale System verkannt. Dies gilt insbesondere wegen der Konzentration der europäischen Kriminalpolitik auf „moderne“ Gebiete und Formen des Strafrechts. Auch dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung wird als Mittel zur Verwirklichung eines einheitlichen europäischen Rechtsraums trotz einiger Vorbehalte sehr viel positive Wirkmacht zugeschrieben. In der rechtspolitischen Wirklichkeit erweist es sich aber zunehmend als Mechanismus, um Verfahrensrechte zu schleifen. Schließlich fehlt es an einer Auseinandersetzung mit der potentiellen Wechselwirkung zwischen Harmonisierung des materiellen Strafrechts und dem Grundsatz gegenseitiger Anerkennung (vgl. dazu *Vogel*, GA 2003, 314, 333).

Dennoch hat Ligeti eine beeindruckende Leistung erbracht. Eine ungeheure Materialmenge stand zur Bewältigung an, die sich ob der fortlaufenden, rapiden Rechtsentwicklung überdies permanent wandelte und erweiterte. Nach Auffassung des Rezensenten ist die Bändigung

des Stoffes gelungen. Ihre Untersuchung liefert eine gelungene Einführung in die Thematik des Strafrechts und der strafrechtlichen Zusammenarbeit in der Europäischen Union. Auch wenn man sich hier und da einige genauere Ausführungen erhofft hätte, stört dies das Gesamtbild nicht. Denn trotz der erwähnten Einschränkungen schafft sie es, den Leser mit den prägenden Zügen und vor allem der Komplexität und den rechtspolitischen Hintergründen der Entwicklung vertraut zu machen. Sie findet dabei in der Zusammenfügung von Inhalten normativer Regelungskörper, politischer Implikationen, Beispielfällen, pragmatischen Erwägungen und historischen Perspektiven nicht nur durchlaufend die richtige und gut lesbare Mischung, sondern hat damit zugleich eine Rezeptur gewählt, die aus sich selbst heraus aussagekräftig, weil prägend für dieses Rechtsgebiet ist.

Überrascht registriert man als Leser allerdings eine durchaus störende Vielzahl von Rechtschreibfehlern. Die Verantwortung hierfür wird man aber wohl beim Verlag suchen müssen. Für eine Nicht - Muttersprachlerin bleibt die Arbeit in jedem Fall auch eine enorme sprachliche Leistung. Bei ihren Ausführungen zeigt sich die Autorin zudem stets meinungsfreudig und kreativ. Ihr persönlicher Stil ist angenehm. Sie verfährt erfrischend undogmatisch und unaufgeregt. Zu auftauchenden Streitständen oder Kontroversen nimmt sie – auch wenn man in der Sache letztlich anderer Auffassung sein mag – stets mit plausiblen Argumenten Stellung und gibt weiterführende Anleitung zur Vertiefung, wenn sie diese selbst aufgrund des beschränkten Raumes nicht leisten kann.

Skeptischer fällt das Urteil aus, soweit es um das Leitmotiv ihrer Arbeit geht. Ligeti hatte es sich zum Ziel gesetzt, einen Rechtsbegriff „Europäisches Strafrecht“ zu etablieren. Jedoch wird allenfalls ein Programm oder Muster europäischer Strafrechtsentwicklung erkennbar. Für einen Rechtsbegriff fehlt demgegenüber die Substanz. Meines Erachtens sind daher keine hinreichend klaren Konturen erkennbar, um daraus zwingende Folgerungen für die Gestaltung des europäischen Strafrechtsraums ziehen zu können; zumal auch nicht recht deutlich wird, ob ontologisch oder normativ begründet werden soll. Dennoch weist die Untersuchung in die richtige Richtung und bestätigt die Autorin als kritische Denkerin. Trotz der vorgenannten Bedenken bereichert die Arbeit zweifelsohne die Debatte um das Europäische Strafrecht. Sie liefert eine gute Basis für eine – gleichwohl erforderlich bleibende – vertiefte Auseinandersetzung mit Wesen und Grenzen des Europäischen Strafrechts.

Dr. **Frank Meyer**, LL.M (Yale), Freiburg i.Br.

Jens Schmidt, Verteidigung von Ausländern, 2. Auflage (Praxis der Strafverteidigung Band 27), C.F. Müller, Heidelberg, 2005, 372 Seiten, ISBN 3-8114-3054-8, 42,- Euro.

Der nunmehr in zweiter Auflage vorliegende Band zu der Verteidigung von Ausländern schließt, wie schon die

vorangegangene Auflage, eine große Lücke in der angebotenen Literatur für Strafverteidiger: Obwohl im Jahr 2005 nach Angaben des *Statistischen Bundesamtes* (www.destatis.de) etwa ein Viertel der Verurteilten nicht die deutsche Staatsbürgerschaft besaß (viele der in dem „Praxishandbuch“ benannten Besonderheiten betreffen darüber hinaus auch Beschuldigte mit Migrationshintergrund, die die deutsche Staatsbürgerschaft besitzen), wird diese – große, aber keineswegs homogene – Gruppe in Literatur und Ausbildung kaum spezifisch behandelt (auch in der Ausbildung zum Fachanwalt für Strafrecht wird darauf i.d.R. nicht eingegangen). Dabei treten hier eine ganze Reihe von Besonderheiten und auch Schwierigkeiten auf, die der Verteidiger „im Auge behalten“ und auf die er sein Verteidigerhandeln ausrichten muß, um eine erfolgreiche Verteidigung zu gewährleisten. Die hierfür erforderlichen Kenntnisse des Straf-, Strafprozeß- und Ausländerrechts, sowie internationalen Rechtshilfe-rechts werden von *Schmidt* umfassend und eingängig vermittelt. Der Verteidiger bekommt einen Leitfaden für die Gesamtproblematik der betroffenen Verteidigungsmandate an die Hand, angefangen mit einer klaren Darstellung des Ausländerrechts und Ausländerstrafrechts über die Besonderheiten des Strafverfahrens, der Strafvollstreckung und des Strafvollzugs, bis hin zur Auslieferung und Abschiebungshaft. Dem Leser – oder besser „Benutzer“ – des Praxishandbuchs werden zahlreiche Tabellen, Übersichten, Checklisten, Musterschriftsätze, Gesetzestexte, Verwaltungsrichtlinien, völkerrechtliche Verträge und praktische Tips an die Hand gegeben (nicht zuletzt auch auf der Homepage www.verteidigung-von-auslaendern.de), die das Zurechtfinden erleichtern und die für die Verteidigung wesentlichen Punkte verdeutlichen.

Schmidt behält die Gliederung seines Handbuchs in acht Teile bei, die er jeweils gründlich überarbeitet und auf den neuesten Stand von Rechtsprechung und auch Gesetzgebung gebracht hat (mit dem neuen Zuwanderungsgesetz wurde das Ausländerrecht vollständig überholt). Im ersten Teil geht *Schmidt* auf ausländerrechtliche Grundbegriffe ein und stellt dann ausführlich Verteidigungsstrategien zur Vermeidung der Ausweisung dar, die von Beginn des Strafverfahrens an berücksichtigt werden sollten, um nicht im anschließenden Verwaltungsverfahren vor „vollendeten Tatsachen“ zu stehen. Die Regelungen insb. des AufenthG, die vielen Verteidigern – insbesondere nach der Neufassung des Gesetzes im Jahre 2002 – nicht mehr geläufig sein dürften, werden prägnant dargestellt, eine Tabelle und eine Checkliste erleichtern die Anwendung der Vorschriften in der Praxis.

Im zweiten Teil geht *Schmidt* auf spezifische Probleme ein, die bei der Anwendung des materiellen Strafrechts auf Ausländer entstehen können (z.B. Irrtümer aufgrund des abweichenden kulturellen Hintergrunds, abweichende Wertvorstellungen, Probleme mit ausländischen Führerschein, Straftaten nach dem AufenthG etc.). Aktuelle höchstgerichtliche Entscheidungen werden in diesem Zusammenhang dargestellt. In Teil drei des Buches werden Besonderheiten bei der Strafzumessung behandelt. Ein Blick auf die angefügte Tabelle erleichtert das Auf-

finden von Entscheidungen zum Anrechnungsmaßstab von im Ausland erlittener Haft für eine Vielzahl von Ländern.

Im vierten Teil – einem der Schwerpunkte des Buches – werden die verfahrensrechtlichen Besonderheiten aufgezeigt und Lösungsansätze vermittelt. Hier stehen zunächst die sprachlichen Barrieren im Vordergrund, mit all ihren Folgeproblemen (Dolmetscher, Übersetzung von Entscheidungen, Kostenfragen). Sodann wird die Frage der notwendigen Beiordnung bei sprachunkundigen Ausländern behandelt, die Verteidigung in der Untersuchungshaft (Haftgrund der Fluchtgefahr bei Ausländern), Besonderheiten im Ermittlungsverfahren, Art. 54 SDÜ und die besondere Möglichkeit der Verfahrenseinstellung im Hinblick auf eine zu erwartende Ausweisung nach § 154 b StPO mit ausführlicher Tabelle zur Praxis der einzelnen Bundesländer, so daß der Verteidiger wiederum auf einen Blick erkennt, wann es sich lohnt, die Verteidigungstaktik darauf auszurichten. Zuletzt werden weitere Besonderheiten der Verteidigung in der Hauptverhandlung aufgezeigt und *Schmidt* geht auch auf Jugendstrafverfahren gegen Ausländer ein.

In Teil fünf wird die Verteidigung von Ausländern in Strafvollstreckung und Strafvollzug dargestellt, hier ist wiederum eine Tabelle sehr hilfreich, in der die Regelungen der einzelnen Bundesländer zur Möglichkeit des Absehens von Vollstreckung nach § 456 a StPO dargestellt sind.

In den Teilen sechs und sieben werden die Voraussetzungen von Auslieferung, Auslieferungshaft und Abschiebehaft erläutert, der Abschnitt zum Europäischen Haftbefehlgesetz ist allerdings durch das Urteil des *BVerfG* vom 18. Juli 2005 zunächst überholt. Praktisch ist in Teil sechs wiederum eine Tabelle, in der die zur Anwendung kommenden Übereinkommen der Bundesrepublik mit anderen Staaten alphabetisch aufgeführt sind. Teil acht enthält Musteranträge und -schriftsätze, die ebenfalls auf den neuesten Stand gebracht wurden und für den Verteidiger hilfreiche Anhaltspunkte bei der Abfassung von Schriftsätzen bieten können.

Schmidt schreibt in einem sachlichen und zugleich leicht eingängigen Stil. Er gibt zahlreiche Hinweise auf einschlägige Rechtsprechung und weiterführende Literatur zu den einzelnen Problempunkten und weist gerade auch durch die optische Darstellung auf wesentliche Punkte hin. Wer Ausländer verteidigt, kann hier eine Vielzahl wertvoller Anregungen finden, aber auch gezielt einzelne Punkte nachlesen. Die klare Gliederung des Buches und das umfangreiche Inhaltsverzeichnis erleichtern das Auffinden der jeweils passenden Stellen. Das Werk verdient deshalb seine Bezeichnung als „Praxishandbuch“, seine Anschaffung ist uneingeschränkt zu empfehlen

Rechtsanwältin **Hannah Milena Piel**, Karlsruhe.

Vollständige Rechtsprechung des BGH

Hinweis Bei den folgenden Leitsätzen ohne besondere Angabe handelt es sich wie auch oben um Leitsätze des Bearbeiters. Die oben hervorgehoben angegebenen Entscheidungen werden im Folgenden ohne die Leitsätze wiedergegeben. Aufgenommen sind auch die oben genannten EGMR- und BVerfG-Entscheidungen sowie eventuell auch weitere BVerfG-Entscheidungen, die keine besonders hervorzuhebenden Leitsätze aufweisen.

572. BGH 2 StR 10/06 - Beschluss vom 21. Juni 2006 (LG Koblenz)

Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung; fragwürdige Zeugenaussage; Tateinheit (teilweise Identität der Ausführungshandlungen); Betrug; Täterschaft (Kurier; Abgrenzung zur Beihilfe).

§ 261 StPO; § 52 StGB; § 263 StGB; § 29 BtMG

573. BGH 2 StR 109/06 - Beschluss vom 21. Juni 2006 (LG Darmstadt)

Totschlag; Notwehr (Erforderlichkeit; umgekehrter Tatbestandsirrtum); Überschreitung der Grenzen der Notwehr (Furcht; Todesangst).

§ 212 StGB; § 32 StGB; § 33 StGB; § 16 StGB

574. BGH 2 StR 34/06 - Urteil vom 14. Juni 2006 (Landgericht Darmstadt)

Vollzug von Untersuchungshaft als Strafmilderungsgrund (Anrechnung auf die Freiheitsstrafe; besondere Nachteile); Verfall (Verhältnis zur Einziehung).

§ 46 Abs. 2 StGB; § 51 StGB; § 73 StGB; § 74 StGB

575. BGH 2 StR 57/06 - Beschluss vom 21. Juni 2006 (LG Koblenz)

Betrug (Täuschung; Irrtum bei bestimmten Personen; rein mechanische Tätigkeit; Darstellungspflicht); Untreue; wettbewerbsbehindernde Absprache (Veranstalter einer Ausschreibung); Beweiswürdigung.

§ 263 StGB; § 266 StGB; § 298 StGB; § 261 StPO

576. BGH 2 StR 65/06 - Urteil vom 14. Juni 2006 (LG Koblenz)

Unzulässige Verfahrensrüge (Beweisermittlungsantrag); schwerer Raub (Versuch; Vollendung; Irrtum über die Art der Beute); Ablehnung eines Beweisantrags (Begutachtung durch einen psychologischen Sachverständigen; Anknüpfungstatsachen).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 3 StPO; § 249 StGB; § 250 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB

577. BGH 2 StR 79/06 - Beschluss vom 23. Juni 2006 (LG Köln)

Urteilsformel (gleichartige Tateinheit).

§ 260 Abs. 4 StPO; § 52 StGB

578. BGH 2 StR 114/06 - Beschluss vom 21. Juni 2006 (LG Köln)

Mittäterschaft (gemeinsamer Tatplan).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 16 Abs. 1 StGB

579. BGH 2 StR 135/06 - Beschluss vom 23. Juni 2006 (LG Gera)

Strafzumessung (moralisierende Erwägungen; Berücksichtigung der Lebensführung; persönliches Schicksal des Angeklagten).

§ 46 Abs. 2 StGB

580. BGH 2 StR 146/06 - Beschluss vom 2. Juni 2006 (LG Gießen)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang zu übermäßigem Rauschmittelkonsum; symptomatischer Zusammenhang; hinreichend konkrete Aussicht eines Behandlungserfolgs; Verhältnis zur Zurückstellung der Strafvollstreckung).

§ 64 StGB; § 35 BtMG

1. Belegen die Feststellungen einen Hang des Angeklagten zu übermäßigem Rauschmittelkonsum sowie einen symptomatischen Zusammenhang zwischen den abgeurteilten Taten und seiner Abhängigkeit, so hat der Tatrichter zu prüfen und zu entscheiden, ob bei dem Angeklagten die Gefahr besteht, auch in Zukunft infolge des Hanges erhebliche rechtswidrige Taten zu begehen.

2. Liegen die rechtlichen Voraussetzungen der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) vor, insbesondere die hinreichend konkrete Aussicht eines Behandlungserfolgs, so ist die Anordnung der Unterbringung zwingend. Hiervon darf auch nicht abgesehen werden, weil eine Zurückstellung der Strafvollstreckung nach § 35 BtMG ins Auge gefasst ist.

581. BGH 2 StR 147/06 - Beschluss vom 23. Juni 2006 (LG Bad Kreuznach)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bande; Verhältnis zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln; Bewertungseinheit).

§ 30a BtMG

582. BGH 2 StR 154/06 - Beschluss vom 5. Juli 2006 (LG Koblenz)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe; Zäsurwirkung.

§ 55 StGB

583. BGH 2 StR 166/06 - Beschluss vom 28. Juni 2006 (LG Gera)

Teilweise Einstellung des Verfahrens.

§ 154 Abs. 2 StPO

584. BGH 2 StR 177/06 - Beschluss vom 9. Juni 2006 (LG Frankfurt)

Nötigung (Versuch; Nötigungserfolg); Strafzumessung; Beruhen.

§ 240 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 46 Abs. 2 StGB; § 337 StPO

585. BGH 2 StR 186/06 - Beschluss vom 9. Juni 2006 (LG Frankfurt)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (psychische Beihilfe; minder schwerer Fall); Einziehung (Verhältnismäßigkeit).

§ 29a BtMG; § 27 StGB; § 74 StGB; Art. 20 Abs. 3 GG

586. BGH 2 StR 217/06 - Beschluss vom 23. Juni 2006 (LG Bonn)

Bande (Bandenabrede); Mittäterschaft.

§ 29a BtMG; § 30 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB

587. BGH 2 StR 226/06 - Beschluss vom 12. Juli 2006 (LG Aachen)

Anrechnung in den Niederlanden erlittener Untersuchungshaft (Verhältnis 1:1).

§ 51 Abs. 4 StGB

588. BGH 2 StR 271/05 - Beschluss vom 28. Juni 2006

Einstellung des Verfahrens.

§ 154 Abs. 2 StPO

589. BGH 2 StR 499/05 - Beschluss vom 11. Juli 2006 (LG Wiesbaden)

Ausschluss von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes (Verletzter); nicht rechtsfähiger Verein (Vermögensnachteil der Mitglieder bei Straftat gegen das Vereinsvermögen); Parteivermögen; Untreue; CDU; Manfred Kanther.

§ 22 StPO; § 54 BGB; § 266 StGB

590. BGH 2 ARs 202/06 / 2 AR 126/06 - Beschluss vom 7. Juni 2006

Nachträgliche Entscheidungen in Jugendsachen (Abgabe an das Wohnsitzgericht; Vorrang des erkennenden Gerichts).

§ 58 JGG

591. BGH 2 ARs 301/06 / 2 AR 99/06 - Beschluss vom 28. Juni 2006

Zuständigkeitsbestimmung (Wohnsitz; Zweckmäßigkeit).

§ 42 Abs. 3 JGG

592. BGH 2 ARs 78/06 / 2 AR 8/06 - Beschluss vom 31. Mai 2006 (Oberlandesgericht Frankfurt/Main)

Übertragung neuer Anteilsrechte vor Eintragung einer Kapitalerhöhung (Abtretung; Nichtigkeit); Kontrolle über eine Aktiengesellschaft.

§ 35 Abs. 1 Satz 1 WpÜG; § 29 Abs. 2 WpÜG; § 189 AktG; § 191 AktG

593. BGH 3 StR 64/06 - Beschluss vom 4. April 2006 (LG Düsseldorf)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Abgrenzung zwischen Täter- und Gehilfenschaft; Kuriertätigkeit).

§ 29a BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

594. BGH 3 StR 77/06 - Urteil vom 1. Juni 2006 (LG Lübeck)

Operative Fallanalyse (Beweisantrag); Totschlag durch Unterlassen (Garantenstellung; Ingerenz); Verdeckungs-

absicht (andere Straftat; einheitliches Tatgeschehen; Zäsur).

§ 244 Abs. 3 StPO; § 13 StGB; § 212 StGB; § 211 StGB

595. BGH 3 StR 79/06 - Urteil vom 22. Juni 2006 (LG Lübeck)

Tat im prozessualen Sinn (Identität; Nämlichkeit; unverwechselbares Geschehen; Tatzeit); Anklageschrift.

§ 199 StPO; § 264 StPO

1. Gegenstand der Urteilsfindung ist gemäß § 264 Abs. 1 StPO die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung darstellt. Tat im Sinne dieser Vorschrift ist ein einheitlicher geschichtlicher Vorgang, der sich von anderen ähnlichen oder gleichartigen unterscheidet und innerhalb dessen der Angeklagte einen Straftatbestand verwirklicht haben soll.

2. Verändert sich im Laufe eines Verfahrens das Bild vom Tathergang im Vergleich zu dem Geschehen, auf das die Anklage hinweist, so kommt es darauf an, ob die „Nämlichkeit der Tat“ trotz der Abweichung noch gewahrt ist. Dies ist dann der Fall, wenn bestimmte Merkmale die Tat weiterhin als einmaliges, unverwechselbares Geschehen kennzeichnen, selbst wenn die Beweisaufnahme im Vergleich zur Anklageschrift eine andere Tatzeit ergibt.

596. BGH 3 StR 132/06 - Beschluss vom 18. Juli 2006 (LG Düsseldorf)

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

597. BGH 3 StR 136/06 - Beschluss vom 11. Mai 2006 (LG Flensburg)

Zumessung von Jugendstrafe (Generalprävention; Vollzug von Jugendstrafe in anderer Sache; straffreie Führung; Erziehungsgedanke).

§ 18 Abs. 2 JGG

598. BGH 3 StR 166/06 - Urteil vom 22. Juni 2006 (LG Hannover)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; Anforderungen an die Verfahrensrüge; Kompensation durch das Revisionsgericht); Aufklärungspflicht (Beziehung von Akten; Senatsheft des Revisionsgerichts).

§ 354 Abs. 1a StPO; Art. 5 Abs. 3 Satz 1 EMRK; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

599. BGH 3 StR 172/06 - Beschluss vom 22. Juni 2006 (LG Düsseldorf)

Vergewaltigung (Gewalt; Herunterreißen der Kleidung).

§ 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB

600. BGH 3 StR 88/06 - Urteil vom 22. Juni 2006 (LG Hannover)

Vergewaltigung; Strafzumessung (Verhängung der Mindeststrafe; Vorstrafen; Geständnis).

§ 177 Abs. 2 StGB; § 46 Abs. 2 StGB

601. BGH 3 StR 89/06 - Urteil vom 22. Juni 2006 (LG Itzehoe)

Überzeugungsbildung (Zweifelssatz; in dubio pro reo; abstrakt-theoretische Möglichkeit); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (außerordentlich beschwerende Maßnahme; Wahrscheinlichkeit schwerer Störungen des Rechtsfriedens).

§ 261 StPO; § 63 StGB

1. Der Tatrichter darf die Anwendung des Zweifelssatzes nicht auf Zweifel an einer dem Angeklagten nachteiligen Tatsache stützen, die auf der Unterstellung einer bloß gedanklichen, abstrakt-theoretischen Möglichkeit beruhen, die realer Anknüpfungspunkte entbehrt. Andernfalls überspannt er die Anforderungen an die richterliche Überzeugungsbildung.

2. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB ist eine den Betroffenen außerordentlich beschwerende Maßnahme. Deshalb darf sie auch bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen nur dann angeordnet werden, wenn eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades und nicht nur die einfache Möglichkeit künftiger schwerer Störungen des Rechtsfriedens besteht.

602. BGH 3 StR 174/06 - Beschluss vom 27. Juni 2006 (LG Lüneburg)

Beweiskraft des Protokolls; Protokollberichtigung (Widersprüchlichkeit des unberichteten Protokolls; Maßgeblichkeit des berichteten Protokolls).

§ 274 StPO

603. BGH 3 StR 175/06 - Beschluss vom 29. Juni 2006 (LG Düsseldorf)

Strafzumessung (Urteilsgründe; bestimmende Umstände; längerer Zeitraum zwischen Begehung und Urteil).

§ 46 Abs. 2 StGB

604. BGH 3 StR 177/06 - Beschluss vom 27. Juni 2006 (LG Wuppertal)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Abgrenzung von Täterschaft und Gehilfenschaft; Strafzumessung).

§ 29 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 46 Abs. 2 StGB

605. BGH 3 StR 182/06 - Beschluss vom 18. Juli 2006 (LG Aurich)

Unzulässige Aufklärungsrüge.

§ 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

606. BGH 3 StR 189/06 - Beschluss vom 13. Juni 2006 (LG Kleve)

Unzulässige Revision (fehlende Begründung); Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (fehlende Nachholung der versäumten Handlung).

§ 345 StPO; § 346 StPO; § 44 StPO

607. BGH 3 StR 209/06 - Beschluss vom 11. Juli 2006 (LG Aurich)

Teilweise Einstellung des Verfahrens; unbegründete Revision.

§ 154 Abs. 2 StPO; § 349 Abs. 2 StPO

608. BGH 3 StR 221/06 - Beschluss vom 29. Juni 2006 (LG Düsseldorf)

Unzulässige Revision (Wochenfrist für die Einlegung).

§ 341 Abs. 1 StPO

609. BGH 3 StR 226/06 - Beschluss vom 18. Juli 2006 (LG Krefeld)

Aufbau der Urteilsformel bei mehreren Angeklagten.

§ 260 Abs. 4 StPO

610. BGH 3 StR 235/06 - Beschluss vom 18. Juli 2006 (LG Stade)

Unbegründete Revision (Abänderung der Kosten- und Auslagenentscheidung).

§ 349 Abs. 2 StPO

611. BGH 3 StR 284/05 - Urteil vom 29. Juni 2006 (Kammergericht Berlin)

Beweiskraft des Protokolls (Unklarheiten; Mängel; Lücken; Widersprüche); Protokollberichtigung (Berücksichtigung durch das Revisionsgericht; Beweiskraft).

§ 274 StPO

612. BGH 3 StR 389/05 – Urteil vom 11. Mai 2006 (LG Hildesheim)

Bestechlichkeit (konkludentes Fordern eines Vorteils); Amtsträger (Aufsichtsratsvorsitzender einer Aktiengesellschaft); Untreue (Treueverhältnis aufgrund Spenden-zusage).

§ 332 StGB; § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c) StGB; § 266 StGB

613. BVerfG 2 BvR 2030/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. Juli 2006 (LG Braunschweig/AG Braunschweig)

Unverletzlichkeit der Wohnung (Bestehen von Verdachtsgründen; keine Erforderlichkeit bei weniger einschneidenden Ermittlungsmöglichkeiten; Vorrang möglicher Zeugenbefragungen); richterliche Anordnung (eigenverantwortliche Prüfung; konkrete Anordnung).

Art. 13 Abs. 1 GG; § 102 StPO; § 105 StPO

614. BVerfG 1 BvR 1299/05 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 21. Juni 2006 (-)

Telekommunikationsgesetz; Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (fachgerichtlicher Rechtsschutz; fehlende Information; Auskunftsklage); Erhebung, Speicherung und Verwendung von Verbindungsdaten und Teilnehmerdaten; Auflagen an Telekommunikationsunternehmen zur Vorhaltung von Daten und Überwachungseinrichtungen auf eigene Kosten; (Teil-)Nichtannahmebeschluss.

§ 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 88 Abs. 3 Satz 1 TKG; § 92 TKG; § 95 Abs. 3 TKG; § 95 Abs. 4 TKG; § 97 Abs. 3 Satz 3 TKG; § 97 Abs. 4 TKG; § 100 TKG; § 110 TKG; § 111 TKG; § 112 TKG; § 113 TKG

615. BVerfG 1 BvR 150/03 (1. Kammer des Ersten Senats) - Beschluss vom 1. Juni 2006 (LG Mühlhausen/AG Eisenach)

Verwendung verbotener Kennzeichen (Begriff des „zum Verwechseln ähnlich“; Parole „Ruhm und Ehre der Waffen-SS“; gesteigerter Grad sinnlich wahrnehmbarer Ähnlichkeit; fehlende Ähnlichkeit mit nationalsozialistischen Parolen); Bestimmtheitsgebot (Analogieverbot; Auslegung; Wortlautgrenze); Meinungsfreiheit.

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG; § 86 a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 86 a Abs. 2 Satz 2 StGB; § 86 Abs. 1 Nr. 4 StGB

616. BVerfG 1 BvR 2293/03 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 1. Juni 2006 (VGH Baden-Württemberg/VG Stuttgart)

Vernichtung erkennungsdienstlicher Unterlagen nach Einstellung gemäß § 170 Abs. 2 StPO; Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Anspruch auf Vernichtung; Grundrechtsschranken; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; kriminalistischer Restverdacht); Begründung (Formelhaftigkeit; fehlende Gefahrenprognose).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 38 Abs. 1 PolG-BW

617. BVerfG 2 BvR 1085/05 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 17. Juni 2006 (LG Kassel/AG Kassel)

Abfrage von Verbindungsdaten; Fernmeldegeheimnis (geringerer Schutz beim Missbrauch des Mediums zur Begehung von Straftaten); Strafvereitelung (Mitteilung einer bevorstehenden Verhaftung; verteidigungsfremdes Verhalten; Täuschung mittels Telekommunikationsend-einrichtungen); Anforderungen an die richterliche Anordnung (zulässige Abfrage der Verbindungsdaten eines ganzen Tages bei Begehung am Vormittag); Nichtannahmebeschluss.

Art. 10 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 100g Abs. 1 Satz 1 StPO; § 100h Abs. 2 Satz 2 StPO; § 258 StGB

618. BVerfG 2 BvR 1117/06 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. Juni 2006 (LG Chemnitz/AG Chemnitz)

Durchsuchungsanordnung (ausnahmsweise Entbehrlichkeit der weitergehenden Umschreibung des Tatvorwurfs bei sehr detaillierter Beschreibung der zu suchenden Beweismittel); Unverletzlichkeit der Wohnung (Rechtsanwaltskanzlei); Anforderungen an die richterliche Entscheidung (Begrenzungsfunktion; genaue Beschreibung der zu suchenden Gegenstände); ausnahmsweise Nachholung der Tatvorwurfumschreibung im Beschwerdeverfahren; Nichtannahmebeschluss.

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 102 StPO; § 103 StPO

619. BVerfG 2 BvR 1295/05 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Juni 2006 (OLG Hamm/AG Arnsberg)

Verlegung eines Sicherungsverwahrten in eine andere Justizvollzugsanstalt; allgemeines Persönlichkeitsrecht (Anspruch auf Resozialisierung); Gefahr für die Sicherheit oder Ordnung der Anstalt („Unruhe“ in der Anstalt); Verhältnismäßigkeit (vorrangige Maßnahmen gegen den

Verursacher; subsidiäre Inanspruchnahme Dritter oder des Opfers).

Art. 2 Abs. 1 GG; § 85 StVollzG; § 130 StVollzG

620. BVerfG 2 BvR 537/05 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. Juni 2006 (LG Bochum)

Rechtskraft von Aufhebungsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Entscheidung des Beschwerdegerichtes trotz aufgehobenem Durchsuchungs- und Beschwerdebeschluss im Verfahren gegen die Durchsuchungsanordnung); Unverletzlichkeit der Wohnung.

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 95 Abs. 2 BVerfGG

621. BVerfG 2 BvR 750/06 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. Juni 2006 (BGH)

(Keine) Berücksichtigung rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung bei der Strafzumessung beim Mord (lebenslange Freiheitsstrafe; keine Umwandlung in zeitige Freiheitsstrafe; Verjährung; verfassungskonforme und konventionskonforme Auslegung; Rechtsfolgenlösung); Individualbeschwerde; Konventionsbeschwerde; Nichtannahmebeschluss; redaktioneller Hinweis.

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; § 211 StGB; § 46 Abs. 2 StGB; § 78 Abs. 2 StGB; § 57a StGB

622. BGH 1 StR 113/06 – Urteil vom 27. Juni 2006 (LG Augsburg)

Mord (Heimtücke; Arglosigkeit, Wehrlosigkeit, Ausnutzungsbewusstsein; entbehrliches Herbeiführen der überraschenden Angriffsmöglichkeit, Alkoholeinfluss); Beweiswürdigung (erschöpfende).

§ 211 StGB; § 21 StGB; § 261 StPO

623. BGH 1 StR 129/06 – Urteil vom 27. Juni 2006 (LG Traunstein)

Beweiswürdigung (Grenzen der Revisibilität beim Freispruch; Zweifelsgrundsatz; Gesamtwürdigung).

§ 261 StPO

624. BGH 1 StR 167/06 – Beschluss vom 22. Juni 2006 (LG Augsburg)

Bezeichnung des angewendeten Strafgesetzes (Zuordnung zu Einzelataten; Ordnungszahlen; Schluss aus dem Gesamtzusammenhang des Urteils).

§ 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

625. BGH 1 StR 169/06 – Beschluss vom 20. Juni 2006 (LG München)

Recht auf ein faires Verfahren (Wahlverteidigung; Recht auf Verfahrensbeschleunigung von Mitangeklagten als Rechtfertigungsgrund; Terminierungen).

§ 137 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. c EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG

626. BGH 1 StR 188/06 – Urteil vom 11. Juli 2006 (LG Bamberg)

Tötungsvorsatz (Schluss aus objektiven Umständen; voluntatives Vorsatzmoment); Beweiswürdigung (lückenhafte; widersprüchliche; Grenzen des Zweifelssatzes); verminderte Schuldfähigkeit und Unterbringung in

einem psychiatrischen Krankenhaus (Wahnsyndrom; überwertige Idee).

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 21 StGB; § 261 StPO

Worauf der Vorsatz eines Täters gerichtet war, ist eine sog. innere Tatsache. Rückschlüsse hierauf sind in aller Regel nur möglich auf Grund seiner eigenen Angaben oder auf Grund der äußeren Umstände (vgl. BGH NStZ-RR 2005, 264, 265 m. w. N.).

627. BGH 1 StR 46/06 – Urteil vom 16. Mai 2006 (LG Karlsruhe)

BGHSt; Härteklausel beim Verfall (Entreicherung: entbehrlicher Bezug zu der rechtswidrigen Tat; Bruttoprinzip); Wert des Erlangten bei Tatbeteiligten in einer Handelskette (keine Gesamtschuldnerschaft); Aufrechterhaltung der Rechtsfolge (Anwendung zugunsten des Angeklagten).

§ 73 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB; Art. 14 GG; § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO; § 426 BGB

628. BGH 1 StR 220/06 – Beschluss vom 21. Juni 2006 (LG Mosbach)

Aufklärungsrüge (Aufklärungspflicht; Darlegungsanforderung an die Rüge).

§ 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

629. BGH 1 StR 223/06 – Beschluss vom 11. Juli 2006 (LG Landshut)

Darstellung der Beweiswürdigung (keine Dokumentationspflicht).

§ 261 StPO

630. BGH 1 StR 317/06 – Beschluss vom 13. Juli 2006 (LG Traunstein)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

631. BGH 4 StR 27/06 – Beschluss vom 22. Juni 2006 (LG Dortmund)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

632. BGH 4 StR 64/06 – Beschluss vom 22. Juni 2006 (LG Stralsund)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

633. BGH 4 StR 87/06 – Urteil vom 13. Juli 2006 (LG Essen)

Rechtliches Gehör der Staatsanwaltschaft vor der Bekanntgabe einer Strafobergrenze für den Fall eines Geständnisses; schwerer Bandendiebstahl; Gesamtstrafenbildung.

§ 244 a StGB; § 55 StGB; Vor § 1 StPO; § 33 StPO; § 261 StPO

634. BGH 4 StR 110/05 – Beschluss vom 16. Mai 2006 (LG Cottbus)

Rechtliches Gehör; unzulässige Gegenvorstellung; vorrangige Anhörungsrüge nach § 356a StPO.

Vor § 1 StPO; § 33a StPO; § 356 a StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

635. BGH 4 StR 123/06 – Beschluss vom 13. Juni 2006 (LG Landshut)

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (Außeneingriff und Griff in das Lenkrad bei fahrendem Wagen; straßenverkehrsspezifische Gefahr für Leib oder Leben und Sachen von bedeutendem Wert); gefährliche Körperverletzung (mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung).

§ 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

636. BGH 4 StR 127/06 – Beschluss vom 4. Juli 2006 (LG Bielefeld)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

637. BGH 4 StR 138/06 – Beschluss vom 29. Juni 2006 (LG Paderborn)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

638. BGH 4 StR 146/06 – Beschluss vom 29. Juni 2006

Grundsätzlich keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Ergänzung von Verfahrensrügen (Glaubhaftmachung mangelnden Verschuldens).

Art. 103 I GG; § 44 Satz 1 StPO

639. BGH 4 StR 147/06 – Beschluss vom 20. Juli 2006 (LG Bielefeld)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

640. BGH 4 StR 163/06 – Beschluss vom 6. Juli 2006 (LG Bielefeld)

Mangelhafte Beweiswürdigung bei Vergewaltigung (Serientaten); Misshandlung einer Schutzbefohlenen (rohes Misshandeln nur bei gefühlloser, fremde Leiden missachtender Gesinnung).

§ 177 Abs. 2 StGB; § 225 StGB; § 261 StPO

641. BGH 4 StR 175/06 – Beschluss vom 1. Juni 2006 (LG Saarbrücken)

Unzureichende Strafzumessungsbegründung bei Vergewaltigung (geringes Maß an Gewalt; länger andauernde intime Beziehung zum Tatopfer; keine festgestellten psychischen Tatfolgen beim Opfer).

§ 177 Abs. 2 StGB; § 46 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

642. BGH 4 StR 178/06 – Beschluss vom 13. Juni 2006 (LG Saarbrücken)

Sexuelle Nötigung (Gewalt; fortwirkende Drohung; finale Verknüpfung; Vergewaltigung); Strafverfolgungsverjährung (Ruhen); Nötigung.

§ 78 StGB; § 78 b Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 240 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 StGB

643. BGH 4 StR 182/06 – Beschluss vom 13. Juni 2006 (LG Dortmund)

Wirksame Revisionsrücknahme der durch den Verteidiger eingelegten Revision durch den Angeklagten (Voraussetzung der Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten).
§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

644. BGH 4 StR 190/06 – Beschluss vom 27. Juni 2006 (LG Dessau)

Verstoß gegen die Teilrechtskraft (mangelnde Feststellungen für die Strafzumessung).
§ 353 Abs. 2 StPO; § 46 StGB; § 261 StPO

645. BGH 4 StR 192/06 – Beschluss vom 20. Juni 2006 (LG Hagen)

Notwendige Verteidigung (absoluter Revisionsgrund der Abwesenheit bei Scheinverteidiger).
§ 140 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 5 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

646. BGH 4 StR 199/06 – Beschluss vom 6. Juli 2006 (LG Paderborn)

Rücktritt vom unbeendetem Versuch (Freiwilligkeit; Hilfschreie; Erörterungsmangel).
§ 24 Abs. 1 StGB

647. BGH 4 StR 207/06 – Beschluss vom 27. Juni 2006 (LG Münster)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

648. BGH 5 StR 154/06 – Beschluss vom 13. Juli 2006 (LG Lübeck)

Gesetzlicher Richter (Ablehnungsverfahren; Richter in eigener Sache; Besorgnis der Befangenheit); rechtliches Gehör; Formalentscheidungen nach § 26a StPO (Unzulässigkeit; ungeeignete Begründung); Ablehnung von Beweisansprüchen wegen Bedeutungslosigkeit; redaktioneller Hinweis.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 26a StPO; § 338 Nr. 3 StPO; § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO; § 27 StPO; § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

649. BGH 5 StR 76/06 – Beschluss vom 29. Juni 2006 (LG Wuppertal)

Bestechung (Amtsträgereigenschaft von kommunalen Abgeordneten); Untreue; Strafzumessung (fehlerhafte Beurteilung der Konkurrenzen; Beruhen); Adhäsionsverfahren (Ungeeignetheit).

§ 11 StGB; § 331 StGB; § 332 StGB; § 266 StGB; § 108e StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 406 Abs. 1 Satz 4 StPO

650. BGH 5 StR 77/06 – Beschluss vom 29. Juni 2006 (LG Wuppertal)

Bestechung (Amtsträgereigenschaft von kommunalen Abgeordneten); Untreue; Strafzumessung (fehlerhafte Beurteilung der Konkurrenzen; Beruhen; aussetzungsfähige Freiheitsstrafe: Bewährung); Adhäsionsverfahren (Ungeeignetheit).

§ 11 StGB; § 331 StGB; § 332 StGB; § 266 StGB; § 108e StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 56 StGB; § 406 Abs. 1 Satz 4 StPO

Kommunale Mandatsträger sind keine Amtsträger, es sei denn, sie werden mit konkreten Verwaltungsaufgaben betraut, die über ihre Mandatstätigkeit in der kommunalen Volksvertretung und den zugehörigen Ausschüssen hinausgehen. Erschöpft sich aber die Tätigkeit eines kommunalen Mandatsträgers im Handeln in Wahlen und Abstimmungen in der Volksvertretung selbst, in Teilen der Volksvertretung wie den Fraktionen oder in den unmittelbar der Volksvertretung zugehörigen Ausschüssen, kommt lediglich eine Strafbarkeit nach § 108e StGB in Betracht. Gleiches gilt für die Tätigkeit im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen in Volksvertretungen, also etwa für die Einflussnahme auf andere Ratsmitglieder und die sonstige Beteiligung an der politischen Willensbildung auf Gemeindeebene.

651. BGH 5 StR 85/06 – Beschluss vom 29. Juni 2006 (LG Braunschweig)

Sexueller Missbrauch von Kindern; milderes Gesetz.
§ 176 Abs. 2 StGB a. F.; § 2 Abs. 3 StGB; § 176 Abs. 2 StGB

652. BGH 5 StR 196/06 – Beschluss vom 29. Juni 2006 (LG Berlin)

Erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit (schizoaffektive Psychose); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose); minder schwerer Fall der Vergewaltigung.

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB; § 177 StGB

653. BGH 5 StR 199/06 – Beschluss vom 29. Juni 2006 (LG Dresden)

Unbegründeter Antrag auf Prozesskostenhilfe für die Nebenklägerin.

§ 397a Abs. 2 StPO

654. BGH 5 StR 229/06 – Beschluss vom 29. Juni 2006 (LG Berlin)

Nachträgliche Gesamtstrafbildung (Geldstrafe; Anrechnung).

§ 55 StGB; § 51 Abs. 2, Abs. 4 Satz 1 StGB

655. EGMR Nr. 7485/03 (1. Kammer) – Zulässigkeitsentscheidung vom 13. Dezember 2005 (Witzsch vs. Deutschland)

Missbrauchsverbot der EMRK (Nazi-Propaganda; Holocaust: Ausschwitz-Lüge und Inabredstellen der Verantwortung von Hitler und der NSDAP); Meinungsfreiheit (Äußerungsfreiheit) und faires Verfahren (Beweisführungsanspruch bei feststehenden Wahrheiten; Äußerungen in privaten Briefen); Schutz des Andenkens Verstorbener (arrangierter Strafantrag; Tatprovokation; Fall „Wolffsohn-Brief“); Gesetzlichkeitsprinzip (nulla poena sine lege).

Art. 17 EMRK; Art. 10 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 5 GG; Art. 103 GG; § 189 StGB; § 130 StGB; § 194 StGB; Art. 7 EMRK

656. BGH 5 StR 482/05 – Urteil vom 29. Juni 2006 (LG Wuppertal)

Strafzumessung (gerechter Schuldausgleich); gesonderte Gesamtgeldstrafe; Verfall (Vorrang der Verletztenansprüche).

§ 46 StGB; § 73 Abs. 1 Satz StGB; § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB

657. BGH 5 StR 483/05 – Urteil vom 29. Juni 2006 (LG Wuppertal)

Untreue (Grenzen der Treupflicht); eigene Sachentscheidung des Revisionsgerichts; Beweiswürdigung (Freispruch; Darstellungsmangel).

§ 266 StGB; § 354 Abs. 1 StPO; § 261 StPO

658. BGH 5 StR 484/05 – Urteil vom 29. Juni 2006 (LG Wuppertal)

Untreue; Adhäsionsverfahren (Ungeeignetheit).

§ 266 StGB; § 406 Abs. 1 Satz 4 StPO

659. BGH 5 StR 485/05 – Urteil vom 29. Juni 2006 (LG Wuppertal)

BGHR; Recht auf gesetzlichen Richter (Richter in eigener Sache; Ablehnungsverfahren; Vorbefassung nach Abtrennung von Verfahren gegen Tatbeteiligte und nach deren Verurteilung); Untreue (Vermögensnachteil durch Ausschaltung des Wettbewerbs durch Schmiergeldzahlungen); Adhäsionsverfahren (Ungeeignetheit); redaktioneller Hinweis.

§ 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO; § 266 Abs. 1 StGB; § 338 Nr. 3 StPO; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 406 Abs. 1 Satz 4 StPO