

Regina Ogorek

Wie wehrhaft ist der Staat?

Zum Problem präventiver Terrorismusbekämpfung

(Akademievorlesung am 8. Juni 2006)

I

Das Thema meines am 8. Juni 2006 vor dem Publikum der Akademie gehaltenen Vortrags lautete: *Justizgewährung und Rechtsgewährung aus historischer Sicht*. Diese Formulierung enthielt allerdings einige Konzessionen, die ich kurz erläutern möchte, da sie nicht unbedingt zur Berechenbarkeit dessen beigetragen haben, was ich in den verfügbaren 45 Minuten erzählt habe.

- Zunächst einmal handelte es sich um eine Konzession an die Veranstalter der Vortragsreihe. Sie haben gewünscht, daß das Akademieprojekt *Justizgewährung, Staatsräson und Geheimdienste*, das 2004/2005 unter der organisatorischen Obhut der BBAW gelaufen ist und zu dessen Teilnehmern ich gehörte, seine Überlegungen der Akademieöffentlichkeit präsentiert. Diesem Umstand verdankte mein Thema den Topos Justizgewährung, obwohl ich einräumen muß, daß mir dieser Begriff, bzw. das, was sich im Kontext von Staatsräson und Geheimdiensten dahinter verbirgt, im Laufe der Arbeitssitzungen immer schleierhafter geworden ist.
- Damit zusammen hing die nächste Konzession, die ich glaubte, der Projektidee selbst zu schulden. Danach nämlich sollten Antworten auf folgende Frage gefunden werden: Ist es angezeigt, in einem Fall, in dem sich der Staat durch neue Szenarien des internationalen Terrorismus – zu Recht oder zu Unrecht – fundamental bedroht fühlt, aus Gründen der Selbstverteidigungspflicht (Staatsräson) die scharf konturierten Rechtsgarantien gegenüber den Bürgern zu relativieren? Konkreter gesprochen: Wieviel vorbeugende Gefahrenabwehr verträgt ein Rechtsstaat, der seine Freiheitsgarantien nicht auf dem Altar der Sicherheit opfern will? Noch pointierter: Wie vertragen sich Prävention und Rechtsgewähr – womit neben der Justiz (*undercover*, versteht sich) auch die Rolle der Geheimdienste angesprochen war.

- Und schließlich wollte ich zumindest eine Konzession auch mir selber machen: Ich bin Rechtshistorikerin, genau genommen ist mein Spezialgebiet die Justizgeschichte, und die wissenschaftlich geläuterte Erfahrung lehrt, daß der Blick in die Vergangenheit zwar nur über eben diese Vergangenheit und nicht über Gegenwart und Zukunft Auskunft gibt, daß dieser Blick aber eine aufgeklärte Distanz verschafft, die für Gegenwart und Zukunft durchaus von Nutzen sein kann. Diese Einsicht sollte in dem kleinen Zusatz „aus historischer Sicht“ zum Ausdruck kommen. Ich muß aber gestehen, daß diese – historische – Sicht bei der Ausarbeitung mehr oder weniger auf der Strecke geblieben ist, weil ihre Berücksichtigung für die aktuelle Optik nicht ohne eine gewisse Künstlichkeit umzusetzen gewesen wäre.

Da ich mich mit Blick auf die Schriftfassung nicht an alte Zugeständnisse gebunden fühle, möchte ich – im Dienste von Firmenwahrheit und Firmenklarheit – meine damaligen Überlegungen nunmehr unter der Überschrift: *Wie wehrhaft ist der Staat?* (im übrigen aber in der kaum veränderten, nur durch wenige Fußnoten ergänzten Vortragsform) präsentieren – man wird gleich sehen, warum.

II

1. Am 11. Mai dieses Jahres konnte man den Nachrichten entnehmen, daß der BND-Untersuchungsausschuß die Arbeit in Berlin aufgenommen hat. Er hat, wie man weiß, die Aufgabe, die Aktivitäten des Bundesnachrichtendienstes zu klären: bei der Terrorismusbekämpfung allgemein und speziell während des Irak-Krieges.

Praktisch zeitgleich – das heißt in denselben Nachrichten – kam die Meldung, das US-Justizministerium habe die Untersuchung der von Präsident Bush im Dezember 2005 ohne richterliche Genehmigung angeordneten Telefonüberwachungen eingestellt. Begründung: Der Geheimdienst (*National Security Agency* – NSA), der mit dem Segen des Präsidenten den Telefon- und Email-Verkehr observiert hatte, habe sich geweigert, an diesem Verfahren mitzuwirken und die entsprechenden Unterlagen freizugeben. Eine Aufklärung, so das Ministerium, sei somit nicht möglich; die Untersuchung folglich abubrechen.¹

Ich gehe wohl nicht zu weit, wenn ich unterstelle, daß bei uns der eine oder andere Geheimdienstmitarbeiter und vielleicht auch der eine oder andere wohlwollende Beobachter geheimdienstlicher Tätigkeiten die Nachricht aus Übersee mit einem neidvollen Seufzer kommentiert hat: Während dem BND (und den für ihn verantwortlichen Politikern) eine monatelange Befragung ins Haus steht, die – unabhängig von ihrer gewiß fragwürdigen Ergiebigkeit – jedenfalls dafür sorgen wird, daß die Rolle der Geheimdienste in gar nicht geheimer Weise auf den Prüfstand kommt, kön-

¹ Spiegel-Online, 12. Mai 2006 (US-Abhörskandal).

nen sich die amerikanischen Kollegen offenbar mit einem kühlen „no“ verweigern. Und während es bei uns schwer vorstellbar wäre, daß sich der Nachrichtendienst mit der Bitte um eine Abhörbefugnis am Recht vorbei ganz ungeniert (und überdies erfolgreich) an die höchste politische Repräsentanz wendet, scheint auf der anderen Seite des Atlantiks der Draht zwischen Politik und Nachrichtendiensten – wie schon in früheren Zeiten – auch noch heute relativ kurz zu sein.

Tags darauf ging es dann allerdings auch in den USA nicht ohne eine gewisse Aufregung ab. Die drei größten Telefongesellschaften des Landes hatten – den gut fundierten Recherchen einer großen Tageszeitung (*US Today*) zufolge – seit September 2001 der NSA umfassende Informationen über alle durch sie vermittelten Telefonverbindungen gegeben: Telefonnummern, Dauer der Anrufe, Häufigkeit, Wahlwiederholungen, Websurfing und SMS-Texte. Letztendliches Ziel sei es gewesen, alle Anrufe, die jemals getätigt wurden, zu erfassen und mit Spezialprogrammen auf terrorverdächtige Verhaltensmuster zu durchforsten. Die privaten Gesellschaften hatten offenbar keinerlei Bedenken gehabt, den Geheimdienst mit den gewünschten Daten zu versorgen; nur eine kleinere Telefongesellschaft (*Qwest*) habe sich dem Ansinnen der NSA widersetzt.²

Gegenüber diesem Szenario Orwellschen Ausmaßes schien die wiederum gleichzeitig bei uns verbreitete Nachricht, der BND habe in der Vergangenheit Journalisten ausgeforscht und zu diesem Zweck andere Journalisten bezahlt, geradezu kleindimensional. Sie hat allerdings, wegen der unmittelbaren Betroffenheit der deutschen Presse, in dieser doch ein beträchtliches Echo ausgelöst und sogar das Kanzleramt zu einer öffentlich verbreiteten Weisung veranlaßt.³ Wenn es den geheimen Diensten darum gegangen wäre, die allgemeine Aufmerksamkeit zielgerichtet auf ihre Tätigkeiten zu lenken – sie hätten sich kaum eine erfolgreichere Woche wünschen können.

2. Wie derartige Meldungen allerdings zu bewerten sind, hängt – wie sonst auch – von der jeweiligen Perspektive ab: Die einen können in allem nur Normalität und Legales entdecken – im Kampf gegen den Terror ist ihnen jedes Mittel recht. Die anderen sehen durch krakenartige Ausweitung des polizei- und geheimdienstlichen Handelns die Grundlagen der Verfassung gefährdet, Pressefreiheit, Privatsphäre und Bürgerrechte schutzlos dem großen Bruder preisgegeben, den Rechtsstaat als solchen von Selbstaflösung bedroht. Sicherheit *versus* Freiheit? Das Dilemma scheint perfekt.

a. Die Öffentlichkeit hüben und drüben ist von der Ambivalenz der Befunde deutlich überfordert. Je nachdem, wie die jeweils letzte Meldung lautet, fühlen sich Zeitungsleser, Rundfunkhörer oder Fernsehzuschauer mal auf diese, mal aber auf die andere Seite gezogen. Zunächst freilich scheint die Sache klar: In Zeiten eines

² Spiegel-Online (Anm. 1).

³ Mit dieser wurde dem BND die Anheuerung von Journalisten untersagt (vgl. „Geheimdienste dürfen Journalisten nicht als Quellen führen“, Regierung Online vom 16. Mai 2006).

international, also grenzüberschreitend operierenden Terrorismus, vor dem Hintergrund der Unberechenbarkeit und Ubiquität der Gewalt, und angesichts der brutalen Wirklichkeit eines vielleicht gerade realisierten Anschlags, ist der Konflikt zwischen Freiheit und Sicherheit für viele nur ein Scheinkonflikt. Der Staat, so wird argumentiert, ist nicht nur berechtigt, sondern mit Blick auf seine Bürger geradezu verpflichtet, alles nur Erdenkliche zu tun, um bereits im Vorfeld die Gefahrenlage zu klären und die Bedrohung abzuwenden. Prävention (nicht Reaktion) ist gefragt, die Arbeit der Geheimdienste folglich unverzichtbar, *Big Brother* allemal besser als *Big Sleep*.

- b. Nach den Anschlägen in London war man deshalb tief beeindruckt vom raschen Erfolg der staatlichen Aufklärer, ein Erfolg, der letztlich auf die flächendeckende Kamera-Überwachung des U-Bahn-Geländes zurückgeführt zu werden schien. Mit öffentlicher Kritik brauchte diese neue Sicherheitsphilosophie nicht zu rechnen. Wer nichts zu verbergen hat, braucht Kameras nicht zu fürchten – so lautete die kurzfristig herrschende Meinung, und wenn die verdichtete Staatsgewalt aufgrund neuer Methoden der Informationsbeschaffung so schnell und effektiv sein konnte, sollte der Bürger dies freudig begrüßen und nicht an vermeintlichen Rechtsstaatsdefiziten herummäkeln.

Deutlich betreten reagierte hingegen dieselbe Öffentlichkeit, als bekannt wurde, daß der vermeintliche Terrorist in London, der unmittelbar nach den Anschlägen vom 7. Juli 2005 dort im Zuge der Fahndung von einem Polizisten erschossen wurde, ein völlig unbeteiligter brasilianischer Elektriker war. Eher zaghaft wurde zunächst kolportiert, daß er sich wohl verdächtig benommen habe: In solchen Situationen darf man eben nicht weglaufen, sondern hat auf Anruf stehen zu bleiben. Diese Optik hatte zwar mit dem Opfer kein Erbarmen, war aber noch vermittelbar. Mit Fassungslosigkeit wurde dann jedoch zur Kenntnis genommen, daß das tragische Geschehen keineswegs auf ein verdächtiges Verhalten des Mannes zurückging (dieser hatte lediglich – trotz warmer Temperaturen – eine blousonartige Jacke getragen und sah fremdländisch – eben brasilianisch – aus). Die folgenreiche Polizeiaktion ließ sich aber auch nicht mit der hysterischen Überreaktion eines einzelnen Beamten erklären (laut Zeugenaussagen hatte der Polizist den bereits am Boden liegenden Verdächtigen mit mehreren gezielten Kopfschüssen getötet). Vielmehr ging es auch hier um eine Sicherheitsphilosophie, die sich auf Kameras eben nicht beschränkte: Es gab eine polizeiinterne, von der englischen Regierung später aber ausdrücklich gebilligte und für die Zukunft bekräftigte Anweisung, mit potentiellen Selbstmordattentätern im Verfolgungszusammenhang so und nicht anders zu verfahren.⁴ Die *ratio* dahinter: Wer eine Handgranate in

⁴ Vgl. hierzu die Äußerung des Scotland-Yard-Chefs Ian Blair, man werde an der „shoot-to-kill-in-order-to-protect-policy“ trotz der Tragödie festhalten, solange dies die einzige Alternative sei, um zu verhindern, daß unschuldige Menschen dem Terrorismus zum Opfer fallen.

der Tasche oder einen Sprenggürtel am Körper trägt, um sich und möglichst viele andere in die Luft zu jagen, muß sofort und mit allen Mitteln daran gehindert werden. Daß ein Selbstmordattentäter sich auf Warnruf hin mit erhobenen Händen abführen ließe, sei schließlich nicht zu erwarten. Im Abwehrkrieg gegen Terroristen gilt: Du oder ich! Nur wer zuerst tötet, überlebt.

Das könnte sogar stimmen. Normativ verankert leidet eine solche Maxime aber erkennbar daran, daß die Berechtigung des Terrorismusverdachts in derartigen Fällen erst *post mortem* festgestellt werden kann. Im Falle eines Fehlgriffs, wie hier, steht man vor der Leiche eines Unschuldigen – und vor einer empörten Öffentlichkeit. Wo der Fernsehzuschauer gerade noch der Wehrhaftigkeit des Staates applaudiert hatte, beschleicht ihn nun der Gedanke, das hätte auch *mich* treffen können – und die Stimmung schlägt um.

3. In dieser Situation empfiehlt es sich, unabhängig von den Ereignissen und Meldungen des Tages, aber mit den einschlägigen Erfahrungen im Hinterkopf, die Möglichkeiten Revue passieren zu lassen, die man sich für rechtsstaatliches Handeln vor dem Hintergrund terroristischer Bedrohungen und Angriffe vorstellen möchte. Auf der Folie der Stichworte des Akademie-Projekts – Justizgewährung, Staatsräson, Geheimdienste – ist insbesondere die Frage zu stellen, ob und inwieweit ein (vielleicht nur vorgestellter) terroristischer Kontext die verfassungsmäßigen Rechte des Einzelnen im Interesse der Allgemeinheit relativiert. Genauer formuliert: In welchem Umfang muß der Bürger Rechtsverletzungen aus Gründen der Gefahrenabwehr ertragen, und ist gegebenenfalls sein Anspruch, in einem ordentlichen Gerichtsverfahren die Legalität der Eingriffe klären zu lassen, in ein: *ja, aber nur, soweit es nicht der Sicherheit schadet*, umzudefinieren? Noch weiter zugespitzt: Welchem Aspekt des Anspruchs auf Justizgewährung ist im Kollisionsfall der Vorzug einzuräumen: dem Teil, der die Rechtsgarantien für den Einzelnen im Auge hat, oder dem Teil, der mit Blick auf die Sicherungsinteressen der Gesellschaft den allgemeinen Rechtsgüterschutz verfolgt?

Je nachdem, welches der unterschiedlichen Szenarien ins Auge gefaßt wird, ändern sich Abläufe und Akteure, ist entweder Prävention (durch Polizei und Geheimdienst) oder Reaktion (durch die kontrollierende und sanktionierende Justiz) gefragt. Im ersten Zugriff möchte man meinen: man soll das eine tun, ohne das andere zu lassen – aber so einfach ist es nicht. Prävention und Reaktion lassen sich analytisch exakt trennen, folgen aber unterschiedlichen Handlungslogiken. Insbesondere dann, wenn beide Bereiche faktisch ineinander übergehen, wird es schwierig, beiden Herren zugleich zu dienen. Die handlungsleitenden Prinzipien büßen im Falle einer Vermischung ihre Orientierungskraft ein, und es besteht die Gefahr, daß nicht nur die Arbeit des einen durch den anderen behindert wird, sondern daß auch die jeweiligen Selbstverständnisse Schaden nehmen.

Im Folgenden soll daher zunächst eine Standortbestimmung versucht und in diesem Rahmen geprüft werden, ob es so etwas wie einen rechtsstaatlichen Königsweg gibt – oder aber, ob uns der gegenwärtig und global auftretende, bzw. von den

Schlaglichtern des internationalen Terrorismus grell beleuchtete Konflikt zwischen individuellen und kollektiven Rechtsschutzinteressen die deprimierende Erkenntnis einträgt, daß das rechtsstaatliche Versprechen *in dubio pro libertate* nur eine Schönwetterprognose war, die angesichts terroristischer Bedrohungen und Angriffe mit Bedauern eingeschränkt oder gar zurückgenommen werden muß.

4. Wie wehrhaft ist also der Rechtsstaat im Angesicht terroristischer Gefahr?

a. Zunächst einmal ist festzustellen: Terroristische Bedrohung ist etwas anderes als terroristischer Angriff. Ist ein Angriff erfolgt, so ist die Sachlage meist sehr viel gravierender, die Rechtslage hingegen einfacher geworden. Vorausgesetzt, der Täter überlebt und wird gefaßt, so kommt der Rechtsstaat – prinzipiell – nicht in Bedrängnis: Auf eine nachgewiesene und schuldhaftige Verletzung von fremden Rechtsgütern (Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum) reagiert er mit der Kraft seines Sanktionsarsenals in gesetzlich vorbestimmter Weise. Im genau geregelten, fair konzipierten und *lege artis* vom gesetzlichen Richter durchgeführten Verfahren wird der wahre Sachverhalt ausgemittelt und dem Täter die gerechte Strafe zugeteilt. Mit einer schuldangemessenen Reaktion, so könnte man meinen (und so konnte man es bis vor einiger Zeit in den meisten Lehrbüchern auch lesen), wird der durch die Straftat eingetretene Verlust an Normgeltung ausgeglichen und der gestörte Rechtsfrieden wiederhergestellt.

b. So jedenfalls die Theorie. Das ‘richtige Leben’ hält freilich auch für den Bereich der ordentlichen Strafgerichtsbarkeit den einen oder anderen Fallstrick bereit. Das gilt allgemein, und das gilt, wie Sie gleich an einem Beispiel sehen werden, im Terrorismus-Kontext in besonderem Maße.

Seit einigen Jahren haben wir Gelegenheit, mit wachsender Irritation die juristische Karriere des Falles *Motassadeq* zu verfolgen, jenes Muslims also, der (wegen Beihilfe zu den Attentaten des 11. September) im Jahr 2003 vom Hamburger Oberlandesgericht (OLG) zu fünfzehn Jahren Haft verurteilt worden war. Ein gutes Jahr später hob der Bundesgerichtshof (BGH) das Urteil wieder auf und gab die Sache nach Hamburg zurück: Die Beweisführung sei nicht fehlerfrei gewesen, es müsse handwerklich nachgebessert werden.⁵

Im zweiten Anlauf konnten die Hamburger Richter allerdings keinen dringenden Tatverdacht mehr erkennen. Die Besetzung des Spruchkörpers hatte sich geändert, und der neue Senat hob den seinerzeitigen Haftbefehl auf: Flucht- oder Verdunkelungsgefahr seien nicht erkennbar; *Motassadeq* wurde unter Auflagen auf freien Fuß gesetzt und einige Zeit später nicht mehr wegen Beihilfe zum Mord in 3.000 Fällen, sondern ‘nur noch’ wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung angeklagt. Immerhin führte die neue Anklage nach 70 weiteren Verhandlungstagen zur erneuten Verurteilung: sieben Jahre Freiheitsstrafe; der Haftbefehl wurde wieder in Vollzug gesetzt.

⁵ BGH (3. Strafsenat), Urteil vom 4. März 2004, BGHSt 49, S. 112ff.

- c. Damit standen nun zwei den Angeklagten belastende Maßnahmen im rechtsstaatlichen Raum: Zum einen gab es ein Urteil (sieben Jahre), gegen das wiederum die Revision zulässig war, zum anderen war die vormalige Haftverschonung aufgehoben, der Angeklagte wieder (vor Rechtskraft seines Urteils) eingesperrt worden. Gegen beide Maßnahmen legte Motassadeq Rechtsmittel ein. Die gegen die neuerliche Verhaftung gerichtete Beschwerde hat zunächst das OLG Hamburg und dann auch der BGH zurückgewiesen: Obwohl das Strafurteil noch revisibel sei, bestehe nun der Haftgrund der Fluchtgefahr, da sich die Strafverurteilung konkretisiert habe. Vor dem Bundesverfassungsgericht fand diese Einschätzung jedoch keine Gnade: Neue Verdachtsgründe, die es rechtfertigen würden, die Haftverschonung wieder rückgängig zu machen, seien schließlich nicht vorhanden. In einem solchen Fall müsse dem konkreten Freiheitsanspruch des Angeklagten vor dem abstrakten Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit der Vorrang eingeräumt werden.⁶ Der Angeklagte wurde also ein weiteres Mal aus der Haft entlassen und wartet nun in Freiheit auf den Ausgang seines Revisionsverfahrens. Hat hier der Rechtsstaat gesiegt? Hat er sich wehrhaft gezeigt? Hat er vielleicht gerade deshalb gesiegt, weil er sich nicht – in einem bestimmten Sinne – wehrhaft gezeigt, nicht sein Freiheitsverständnis dem Sicherheitsbedürfnis populär geopfert hat? Schwer zu beantworten. Schon gar nicht, wenn man sich klar macht, daß hier ja Richterwort gegen Richterwort steht, die rechtsstaatliche Verfassungsjustiz offenbar einem anderen Verständnis von Freiheit und Sicherheit (und ihrem Verhältnis zueinander) anhängt als die gleichfalls rechtsstaatliche Strafgerichtsbarkeit.
- d. Noch verwirrender wird die Sache, wenn man nachvollzieht, weshalb es im konkreten Fall so schwierig war (und, angesichts der erneut anstehenden Urteilsüberprüfung, noch immer genauso schwierig ist), das „schwarze Loch“ (so das OLG) in der Beweiskette zu schließen. Der BGH, der seinerzeit gegenüber dem ersten Urteil das Beweisdefizit moniert hatte, war nämlich nicht etwa der Meinung gewesen, das Hamburger OLG habe bei der Ermittlung der Tatbeiträge des Angeklagten oder bei ihrer Bewertung gefehlt: Die Schießausbildung in Afghanistan, die Geldüberweisungen auf das Konto eines der späteren Täter, die Äußerung, man werde „am Ende auf den Gräbern der Juden tanzen“, und die (mit Blick auf einen Besucher) gegenüber einem Mitbewohner im Studentenwohnheim verwendeten Worte „das ist unser Pilot“ – all’ das sei in Verbindung mit dem übrigen Beweisergebnis durchaus tauglich gewesen, die Annahme einer Tatbeteiligung des Angeklagten zu tragen.⁷ Der Mangel sei an einer anderen Stelle aufgetreten. Das Gericht habe in seiner Beweiswürdigung nämlich nicht dem Umstand Rechnung getragen, daß „seine Möglichkeit der Wahrheitsfindung eingeschränkt war, weil durch Maßnahmen der

⁶ Beschluß vom 1. Februar 2006 (Az. 2 BvR 2056/05).

⁷ BGHSt 49, S. 112ff., 117.

US-amerikanischen und der deutschen Regierung der Tatbeteiligte Binalshib weder in der Hauptverhandlung vernommen noch der Inhalt von Protokollen über dessen anderweitige Vernehmungen in die Beweisaufnahme eingeführt werden konnte“.⁸ Mit dieser eingeschränkten Ermittlungsfähigkeit hätte sich das OLG explizit auseinandersetzen müssen, was aber nicht geschehen sei.

Was war damit gemeint? Der von der Bundesanwaltschaft rollengemäß als einer der Statthalter der Attentäter des 11. September eingestufte Motassadeq hatte den in Amerika einsitzenden Ramzi Binalshib als Entlastungszeugen angegeben. Das OLG hatte sich daraufhin zwar bemüht, eine Aussage Binalshibs zu bekommen, bzw. zumindest die Ergebnisse seiner Vernehmungen durch die amerikanischen Behörden. Es war damit aber gescheitert. Die USA hatten gegenüber dem Gericht die Mitwirkung verweigert, und die deutsche Regierung hatte mit einer – rechtlich durchaus zulässigen und vom Bundesverwaltungsgericht explizit abgesegneten⁹ – Sperrerklärung verhindert, daß die ihr teilweise überlassenen Vernehmungsunterlagen in den Strafprozeß eingeführt werden konnten.

Dieser Umstand hatte den BGH zu dem erbitterten Leitsatz veranlaßt: *Geheimhaltungsinteressen des Staates dürfen sich im Strafprozeß nicht nachteilig für den Angeklagten auswirken*. In etwas kleinerer, dafür aber konkreterer Münze heißt das: Wenn die Beweisgrundlagen durch Maßnahmen der Exekutive zu Lasten des Angeklagten verkürzt werden, wenn etwa die Vernehmung unmittelbarer Tatzeugen unmöglich ist, weil es sich um verdeckte Ermittler oder sonst zu schützende Informanten handelt, wenn der benötigten Aussage eine sogenannte Sperrklärung entgegensteht (§ 96 Strafprozeßordnung [StPO]) oder wenn die nach Beamtenrecht notwendige Aussagegenehmigung nicht erteilt wird (§ 54 StPO), wenn also der Schuldnachweis gegen den Angeklagten nicht kunstgerecht (nach den richtig verstandenen Regeln der Strafprozeßordnung) geführt werden kann – dann gilt in einem solchen Verfahren, wie in anderen Strafprozessen auch: *in dubio pro reo*.

- e. Ich will hier nicht die Frage ventilieren, wie viel eifersüchtiger Mißmut auf das selbstherrliche Gebaren der in- und ausländischen Exekutivorgane wohl für die Entscheidung der BGH-Richter mitverantwortlich gewesen sein mag. Gewisse Formulierungen der Richter lassen die Vermutung zu, daß dem durch die Unabhängigkeitsgarantien der Verfassung verwöhnten Spruchkörper dieser Aspekt des Falles doch recht unangenehm aufgestoßen ist.¹⁰ Schon der Hamburger Vorsitzende hatte im vorliegenden Zusammenhang von einem „Trauerspiel“ gesprochen¹¹,

⁸ Ebenda.

⁹ Das BVerwG hat die Sperrung der Akten des Bundesnachrichtendienstes mit Beschluß vom 10. Februar 2003 für zulässig erklärt (Az. 6 VR 2/03 und 6 VR 3/03).

¹⁰ Vgl. etwa BGHSt 49, S. 112ff., 118.

¹¹ Vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 20. August 2005.

und der BGH schien jene Auffassung zu teilen. Richter sind gewohnt, daß sie auf Fragen eine Antwort erhalten. Das gilt insbesondere gegenüber den Sicherheitsbehörden, die sich nur zu gern unter Berufung auf Geheimhaltungsbelange dem justitiellen Zugriff auf ihre Informations- und Handlungsgrundlagen entziehen.

Dieser Aspekt der BGH-Entscheidung soll aber ausgeklammert bleiben. Hier interessiert nur der *in dubio pro reo*-Spruch des BGH und so wiederum die Frage: Hat der Rechtsstaat gesiegt? Hat er vielleicht sogar deshalb gesiegt, weil er sich im Verfahren geschlagen gab?

Zur Erhellung dieses paradoxen Erscheinungsbildes läßt sich nun tatsächlich mit Gewinn die Geschichte bemühen. Sie zeigt nämlich, daß der dornige Weg vom absoluten in den modernen Verfassungsstaat nichts anderes als ein ständig voranschreitender Prozeß der Selbstbindung war, wenn man so will: die selbst (wenn auch nicht nur freiwillig) gewählte Subordination staatlicher Machtausübung unter das allgemeine Gesetz. Unter dem Druck von Revolution und Aufklärung hat sich das *princeps legibus solutus est* zum *princeps legibus non solutus est* umgeformt, in zeitgemäßer Formulierung: Der Rechtsstaat handelt auf gesetzlicher Grundlage, oder er handelt gar nicht.

Bezogen nun auf unser Beweisproblem: Wenn sich die Exekutive – durchaus zweckmäßig – besonderer Instrumente der Geheimhaltung bedient, so ist das, versicherungstechnisch gesprochen, ein Handeln auf eigenes Risiko. Dem verfassungsrechtlich garantierten und auf ein faires Verfahren gerichteten Justizgewährungsanspruch des Bürgers darf dies jedenfalls nicht abträglich sein. Rechtsstaatliche Kollateralschäden sind systemfremd, und die Wehrhaftigkeit dieser Staatsform zeigt sich nicht im opportunistischen Übergriff, sondern in der Wahrung rechtsstaatlicher Identität, die den Verzicht auf Rechtsverkürzungen (und seien sie im Einzelfall auch noch so verlockend) einschließt.

5. Bevor wir uns nun aber zufrieden in die Polster zurücklehnen, sei daran erinnert, daß der letzte Abschnitt mit einer Unterscheidung begonnen hatte: Es war von terroristischem *Angriff* oder terroristischer *Bedrohung* die Rede gewesen, und nur die strafrechtliche Abarbeitung erfolgter Angriffe hat sich, soweit bis jetzt erkennbar, mit Blick auf die Justizgrundrechte des Angeklagten als rechtsstaatlich handhabbar erwiesen. Wir wissen nun: Auch ein im hohen Maße Terrorverdächtiger kann, wenn er erst einmal vor den Schranken der Strafgerichtsbarkeit steht, mit einem gesetzmäßigen und fairen Verfahren rechnen. Staatsräson und Geheimdienste und die Notwendigkeit, letzteren ein Arkanum zuzugestehen, ändern daran nichts. Der individuelle Anspruch auf Justizgewährung ist – jedenfalls prinzipiell – außer Gefahr. Aber wie steht es nun mit den Bedrohungen und den aus ihnen sich ableitenden gesteigerten Sicherheitsbedürfnissen der Allgemeinheit? Letztere sind schließlich die andere Seite der Justizgewährungsmedaille, und ob der Rechtsstaat auch für sie eine adäquate Antwort bereithält, ist noch lange nicht ausgemacht.

Im Fall Motassadeq schien es, als würden die Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit den Freiheitsinteressen des Angeklagten hintangestellt. Heißt das, daß der Rechtsstaat an dieser Stelle vor den Phänomenen des Terrorismus kapitulieren muß? Ist er wehrhaft nur gegenüber den systemimmanenten Grenzverletzungen, nicht aber gegenüber den Feinden von außen?

- a. Auf den ersten Blick scheint jedenfalls das Strafrecht besonders ungeeignet, mit terroristischen Bedrohungen umzugehen. Es ist als repressiver Rechtsgüterschutz konzipiert, als ein nachträglich greifendes Regelwerk, das – selbst wenn es über die Wirkung der Strafe kriminalpräventive Ziele zu erreichen sucht¹² – doch erst dann Anwendung findet, wenn das ‘Kind bereits im Brunnen liegt’.

Auf terroristische Bedrohungslagen muß aber im Vorfeld der Straftat reagiert werden, auffälliges Verhalten muß registriert, der sogenannte *Schläfer* ausfindig gemacht werden, bevor er zuschlagen kann. Ist es nicht allein schon diese Einsicht, die den auf das Strafrecht setzenden Rechtsstaat als zahnlosen Tiger vorführt und nach einer Ausweitung der Präventivbefugnisse von Polizei und Geheimdiensten verlangt?

Vertreter dieser Auffassung gibt es nicht wenige, und nach der jüngsten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Zulässigkeit der sogenannten Rasterfahndung¹³ sind es eher mehr geworden. Zur Erinnerung:

Bei der Rasterfahndung, einst im Zusammenhang mit der Verfolgung von RAF-Mitgliedern entwickelt, läßt sich die Polizei aus Datensammlungen aller Art personenbezogene Informationen übermitteln, die dann mit Spezialprogrammen auf Auffälligkeiten durchforstet werden. Nach dem 11. September sind die Länder-Polizeigesetze entsprechend aufgerüstet und allein in Nordrhein-Westfalen fünf Millionen Männer zwischen 18 und 40 Jahren nach dieser Methode „gerastert“ worden. Den Nachweis des Erfolges blieben die zuständigen Behörden allerdings bis zuletzt schuldig: Denn weder in Nordrhein-Westfalen noch in einem anderen Bundesland führte „die Rasterfahndung [...] dazu, daß ‘Schläfer’ aufgedeckt worden wären oder gar aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse eine Anklage – etwa wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung oder wegen Unterstützung einer solchen [...] – gegen eine der davon erfaßten Personen erhoben worden wäre“.¹⁴

Das Gericht hat in seiner jüngsten Entscheidung diese Fahndungsmethode erheblich eingeschränkt, woraufhin die Innenminister von Bund und Ländern ebenso wie die Gewerkschaft der Polizei in lautes Wehklagen ausgebrochen sind. Eine wirksame Terrorbekämpfung sei auf dieses Mittel angewiesen. Zum Schutz der bedrohten inneren Sicherheit müßten die präventiven (das heißt polizei- oder geheimdienstlichen) Maßnahmen ausgebaut werden, die der terroristischen Aktion

¹² BVerfGE 45, S. 187ff., 253f.

¹³ BVerfG, Beschluß vom 4. April 2006 (Az. 1 BvR 518/02), NJW 2006, S. 1939ff.

¹⁴ Ebenda, S. 1939.

einen Schritt voraus sind: Nicht, den Normverstoß zu bestrafen, sondern ihn zu verhindern, sei das Ziel solcher Maßnahmen, und das sei nur erreichbar, wenn bereits die Planungen, nicht erst die Handlungen ins Visier genommen werden dürften. Die Justizkontrolle von Polizei- und Geheimdienstbefugnissen sei hingegen einzuschränken, um die Aufklärungsarbeit nicht zu torpedieren und die Sicherheit der Bürger, als elementaren Teil des Anspruchs auf Rechts- und Justizgewährung, bestmöglich garantieren zu können. Im übrigen gelte: Nur wer etwas zu verbergen habe, müsse Rasterfahndung fürchten.

Das Verfassungsgericht hat seine anderslautende Entscheidung mit sechs gegen zwei Stimmen gefaßt und befunden, daß die Rasterfahndung *unverhältnismäßig* und damit rechtsstaatswidrig sei. Für eine so weitreichende Maßnahme genüge es nicht, eine allgemeine Bedrohungslage (eben, den 11. September) und die abstrakte Möglichkeit von Terrorattacken zu konstatieren. Erforderlich sei vielmehr – wie im Polizeirecht auch sonst – das Vorliegen einer *konkreten* Gefahr, die auf mehr gründen müsse als auf ein diffuses Gefühl von drohendem Unheil.¹⁵

Das Hauptargument, auf das dieses Votum gestützt wurde, war die verfassungsrichterliche Sorge, die Balance zwischen Freiheit und Sicherheit könne Schaden nehmen.¹⁶ Bedenkt man, daß in Deutschland in den vergangenen vier Jahren insgesamt 8,4 Millionen Männer der fraglichen Altersgruppe rastermäßig erfaßt worden sind (eine Zahl, die anlässlich des Gerichtsverfahrens erstmals einer größeren Fachöffentlichkeit bekannt wurde), so scheint diese Sorge nicht völlig unbegründet. Der Überwachungsstaat ist vielleicht noch weit, aber längst nicht so weit, wie es sich die Arglosigkeit träumen mag.

- b. Wenn also Polizei und Geheimdienst von unseren Gerichten in die rechtsstaatlichen Schranken gewiesen werden, bleibt es dann doch beim Strafrecht und seinen nur reaktiven Möglichkeiten?

Ich kann jetzt nicht im Detail darauf eingehen, inwieweit die Idee der Repression das heutige Strafrecht überhaupt noch widerspiegelt. Ein kleiner Blick in die jüngere Strafrechtsgeschichte sei aber erlaubt, um einer Antwort näher zu kommen: Schon um die Wende zum vorigen Jahrhundert, mit neuem Aplomb aber seit den sechziger/siebziger Jahren ist der reaktiv/repressive Charakter des Strafrechts (repräsentiert in den sogenannten absoluten Straftheorien) ins Visier massiver Kritik geraten.¹⁷ Allerdings hatte dies seinerzeit kaum etwas mit Terrorismusbekämpfung zu tun, die RAF stand zwar schon vor der Tür, war aber noch nicht eingetreten. Der Staat, so hieß es vielmehr, dürfe sich nicht auf Vergeltung beschränken, sondern möge sich – jedenfalls auch – um die Ursachen der Kriminalität küm-

¹⁵ Ebenda, Leitsatz 2.

¹⁶ Ebenda, S. 1946 (Rz. 135).

¹⁷ Vgl. hierzu auch den Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1966, der in § 2 ausdrücklich eine Orientierung des Strafrechts an kriminalpräventiven Zwecken proklamiert.

mern. Reformen waren angesagt, und im Zuge dieser Reformen ist der Repressionsgedanke zugunsten von präventiven Strafzwecken in den Hintergrund gedrängt worden. Statt bloß die kriminelle Tat zu rächen, sollte Strafe nun auch sozialedukatorische Zwecke verfolgen.¹⁸ Dabei wurden Ideen herangezogen, die zwar nicht neu, bis dato aber akademisch geblieben waren: Abschreckung der Allgemeinheit (Generalprävention), Besserung des Täters (Spezialprävention) und vor allem seine Resozialisierung.

Repression als Strafzweck, die Idee also, daß die Sanktion nicht mehr und nicht weniger zu sein habe als die reaktive Entsprechung des Verbrechens – tat- und individualbezogen, schuldbezogen, gesetzesbezogen –, diese Idee ist seitdem immer stärker vom Gedanken der Prävention ergänzt, überlagert, in gewissem Umfang sogar verdrängt worden. Der soziale Nutzen des Strafens war in den Blick gekommen. Der Staat sollte nicht mehr nur strafend auf kriminelles Unrecht reagieren, sondern Kriminalität auch verstehen lernen und Straftaten, wenn möglich, verhindern.

Daß dieser Paradigmenwechsel dazumal vom zeittypisch-progressiven Impetus getragen wurde, läßt sich leicht erahnen. Daß aber der Weg von der Repression zur Prävention schon bald in ein Gefilde führen würde, welches die sandalenträgenden Wanderer der 1968er ff. sehenden Auges wohl nie betreten hätten, wird den teilnehmenden Beobachtern erst allmählich klar.¹⁹

Denn der Begriff der Prävention läßt unterschiedliche Deutungen zu, je nachdem, welche 'Politik' die Interpretation trägt. Und die Erziehung des Straftäters zum rechtstreuen Bürger, den die Sozialreformer der 70er Jahre im Auge hatten, ist längst einem anderen Aspekt des Präventionsdenkens gewichen: Präventive Strafzwecke verheißen nämlich etwas, was dem repressiven Strafrecht völlig fremd war (was aber die Klammer zu unserem Thema bildet): Prävention meint Verhinderung von Straftaten – und *damit* einen Zugewinn an *Sicherheit*. Durch das Anstreben heilsamer Folgen für Täter und Gesellschaft hat sich das Strafrecht unter der Hand vom reinen Sanktionsrecht zum Kriminalitätsbekämpfungsrecht entwickelt²⁰, in dessen Folge neue, vorfeldbezogene *Straftatbestände* 'erfunden' wurden.²¹ Das präventive Sicherheitsstrafrecht verwischt so die Grenze zwischen dem Polizeirecht als präventivem Rechtsgüterschutz und dem Strafrecht als repressivem – wenngleich (spezial- oder general-)präventiv wirkendem – Rechtsgüterschutz, ohne freilich das Versprechen zu halten, mit dem es angetreten ist: Denn auch unter dem neu definierten Verbrechensbekämpfungsrecht ist Kriminalität nicht weniger und Sicherheit nicht greifbarer

¹⁸ Vgl. § 2 des Alternativ-Entwurfs (Anm. 17).

¹⁹ Dazu Hassemer, Winfried: Sicherheit durch Strafrecht. In: HRRS 2006, S. 130ff.

²⁰ Naucke, Wolfgang: Konturen eines nach-präventiven Strafrechts. In: KritV 1999, S. 336ff., 339.

²¹ Hassemer (Anm. 19).

geworden. Vielmehr scheint der Nutzen der Präventions-Philosophie in erster Linie darin zu liegen, daß sie Legitimation und Aufforderung enthält, die strafrechtlichen Instrumente dem neuen Selbstverständnis anzupassen.

6. Und genau das ist geschehen. Wäre dies hier ein rein strafrechtlicher Vortrag, könnte ich Ihnen jetzt eine lange Reihe gesetzgeberischer Maßnahmen präsentieren, die dem Präventionsdenken Rechnung tragen – meist, ohne auch nur einen Hauch jenes Reformgeistes zu enthalten, der einst zu seiner Inthronisierung geführt hat. Ich nenne nur drei:

- Aus Gründen der Abschreckung wurden die Strafraumen verschärft.
- Zur Vorbeugung von Rechtsgüterverletzungen wurden abstrakte Gefährdungsdelikte eingeführt.
- Die Sicherungsverwahrung wurde ausgebaut (z. B. die Möglichkeit ihrer nachträglichen Anordnung vorgesehen), und vieles andere mehr.

Das klingt bedenklich, mag aber auf sich beruhen. Es geht mir hier nicht um das, was liberalen Juristen die Haare grau werden läßt.²² Der Hinweis auf die Umstellungen im allgemeinen Strafrecht der letzten Jahre sollte vielmehr zeigen, daß die heutige Diskussion um Freiheit *versus* Sicherheit bei der Terrorismusbekämpfung auf vorbereitetem Terrain stattfindet. Oder anders gesagt: Das, was sich als generelles Problem erst langsam in das allgemeine Bewußtsein schiebt, daß nämlich Sicherheit im Rechtsstaat nicht umsonst zu haben ist, sondern mit teurer Freiheits-Münze bezahlt wird, ist auf der Ebene des Strafrechts bereits Rechtsgeschichte. Die sozialstaatlich aufgeladene Opportunität der 68ff. hat längst einer sicherheitsstaatlichen Kosten-Nutzen-Analyse Platz gemacht, in der Sicherheit optimiert wird und Freiheit vor allem auf der Kosten-Seite erscheint.

a. Die sogenannten „Sicherheitspakete“, die kurz nach dem 11. September vom deutschen Gesetzgeber erlassen wurden, haben eine Vielzahl von Gesetzen verschärft. Der Bürger, um dessentwillen Sicherheit produziert werden soll, kann das Ausmaß der Beschneidungen seiner Rechte allenfalls errahnen, obwohl der Trend die Schwelle der Fachspezifik längst überschritten hat.

Ich zähle²³ wieder nur einige der Maßnahmen auf, die bereits durchgesetzt oder aber geplant sind:

- verdachtsunabhängige Eingriffsbefugnisse des Bundeskriminalamts;
- präventives Einsperren von Ausländern, die als Sicherheitsrisiko eingestuft werden;

²² Umfängliche Nachweise bei Hassemer (Anm. 19), Anm. 37ff.; vgl. auch Albrecht, Peter-Alexis: Die vergessene Freiheit: Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte, Berlin 2003.

²³ Im Anschluß an Hassemer (Anm. 19) und Albrecht (Anm. 22).

- eigenständiges Auskunftsrecht des Verfassungsschutzes gegenüber Banken bezüglich Konten und Kontenbewegungen der Bankkunden, ohne richterliche Kontrolle, sowie eine Evidenzzentrale für Konten und Depots bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht;
- Konten-Screening zur Herstellung von Kontenprofilen;
- präventive Wohnraumüberwachung;
- Verlängerung der polizeilichen Ermittlungsbefugnisse auch in das Vorfeld eines Tatverdachts und ihre Erstreckung auf unbeteiligte Personen;
- Nutzung von im Ausland unter Foltereinsatz gewonnenen Informationen zu Zwecken innerer Sicherheit.

Das sind durchweg schwere Geschütze, aber vielen noch nicht schwer genug: Der soeben aus Altersgründen ausgeschiedene Generalbundesanwalt wollte keineswegs abschrecken, als er kürzlich – auf einer Veranstaltung des Deutschen Anwaltsvereins²⁴ – gar nicht unzufrieden die mentalen Folgen eines Terroranschlags in Deutschland umriß: Dann, so sagte er, „werden wir eine Hysterie erleben, die bisher ohne Beispiel ist. Dann werden Schubladen geöffnet [...]“, er meinte damit: weitere Gesetze herausgenommen. Und er fügte nicht ohne Genugtuung hinzu: Wenn sich die Justiz verweigere (sic!), werde eben die Politik „in die Bresche springen“.

Aus der Sicht der Bundesanwaltschaft ist dies eine nachvollziehbare Optik. Auch soll nicht übersehen werden, daß sich die Mehrheit der Bürger mehr durch den Terrorismus als durch die Sicherheitspakete des Gesetzgebers bedroht fühlt. Aber genau da liegt das Problem: Wenn Politik und Medien die Formel aufbauen: Ohne Sicherheit keine Freiheit, muß dann nicht eine rechtsstaatliche Jurisprudenz dagegen halten: Ohne Recht keine Freiheit, und ohne Justiz kein Recht?

- b. Die Erosion des rechtsstaatlichen Strafrechts im Dienste des Sicherheitskalküls wird von der Fachwissenschaft leidenschaftlich diskutiert. Es kann nicht verwundern, daß die Meinungen auseinander gehen. Während die einen (eher wenige) das Anziehen der legislativen Sicherheitsschraube als notwendiges Übel, das so übel vielleicht gar nicht ist, kommentieren, sehen andere nur Übergriff, Versäumnis, Verformung und Verfall.

Beides läßt sich begründen, aber beides läßt sich nicht vereinbaren. Wer die Bedrohung für real und Abhilfe für notwendig hält, dem ist jede Propangasflasche eine Kriegserklärung; jeden Terroranschlag kann er als *Argument* für sich verbuchen. Wer hingegen die Selbstaflösung des Rechtsstaats konstatiert, wird jedes neue Terrorismusbekämpfungsgesetz als Bestätigung seiner schlimmsten Befürchtungen werten. Man kann sich für die eine oder die andere Position entscheiden, aber schwerlich der jeweils anderen die generelle Berechtigung absprechen.

²⁴ Vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 21. Mai 2005; Albrecht (Anm. 22).

- c. Ich will deshalb auch nicht den Versuch unternehmen, den Widerstreit von Sicherheit und Freiheit im Angesicht terroristischer Bedrohung unter Berufung auf Systemlogik zu entscheiden. Eine solche Systemlogik gibt es nicht. Alle um sie bemühten Deduktionen überzeugen immer nur die, die ohnehin schon überzeugt sind. Statt dessen möchte ich zum Schluß kurz eine Sichtweise einbeziehen, die der Bonner Rechtswissenschaftler Günther Jakobs entfaltet und – durch vehemente Kritik angefeuert – immer weiter verfeinert hat. Sie ist für mich Anlaß genug, den Verlockungen einer auf Prävention setzenden Sicherheitsphilosophie im Bereich des Strafrechts zu widerstehen und ohne ‘Wenn und Aber’ für den dornig-risikanten Weg rechtsstaatlicher Freiheitsgarantien zu votieren.

Als scharfsinniger Beobachter der strafrechtlichen Entwicklung hat Jakobs schon seit Mitte der achtziger Jahre einen Prozeß geschildert, den er zunächst nur als das Auseinanderdriften zweier Erscheinungsformen des Strafrechts *beschreibt*: des von ihm sogenannten *Bürgerstrafrechts* und des von ihm sogenannten *Feindstrafrechts*.²⁵ Nach dem Modell der Notverordnungen der späten Weimarer Republik, so beginnt die Analyse, würde der Gesetzgeber unter Hintanstellung rechtsstaatlicher Grundsätze in immer neuen Anläufen dazu tendieren, gefährlichen Straftätern den Bürgerstatus abzusprechen, sie als „Feind“ zu „bekriegen“, und zwar mit dem Ziel, sie „kaltzustellen“.²⁶ Anders aber, als man vielleicht erwarten möchte, sieht der Autor in dieser Entwicklung nicht den beklagenswerten Verfall legislatorischer Grundprinzipien. Vielmehr befürwortet er diese Entwicklungen, weil nur durch ‘Auslagerung’ der bedenklichen, aber zur Rechtssicherung notwendigen Tatbestände in eine Art normative Exklave das *rechtsstaatliche Strafrecht* gewissermaßen *rein* gehalten werden könne.²⁷

Die Begründung des Feindstrafrechts aus der Notwendigkeit, das Bürgerstrafrecht vor Kontaminationen zu bewahren, wird dabei in kühle Ableitungslogik verpackt: Ein Mensch in der Gesellschaft, so wird konstatiert, werde mit Normen des Zusammenlebens konfrontiert, deren Anerkennung und Einhaltung von ihm erwartet werde und er wiederum von seinen Mitmenschen erwarten dürfe. Dies gelte in der Regel selbst für den Straftäter, der ja nicht die Rechtsordnung als solche ablehne, sondern sie nur punktuell durchbreche. Durch die grundsätzliche Akzeptanz dieser Erwartung erhalte der Mensch den Status als *Person*. Im Umkehrschluß könne daher demjenigen, der solche Erwartungen nicht einmal dem Grundsatz nach anerkenne und sich bewußt und dauerhaft gegen die gemeinschaftlichen Re-

²⁵ Jakobs, Günther: Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. In: ZStW 97 (1985), S. 751ff.; ders. in: Eser, Hassemer & Burkhardt (Hg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, München 2000, S. 47ff.; ders.: Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht. In: HRRS 2004, S. 88ff.; ders.: Terroristen als Personen im Recht? In: ZStW 117 (2005), S. 839ff.

²⁶ Jakobs in: Eser, Hassemer & Burkhardt (Anm. 25), S. 52.

²⁷ Jakobs: Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht (Anm. 25), S. 92; ders. (Anm. 26), S. 53.

geln stelle, der Personenstatus nicht zugesprochen werden; er sei „Unperson“ und als solche auch nicht mehr durch ein liberales, rechtsstaatliches, auf *an sich* rechts-treue Personen ausgerichtetes Bürger-Strafrecht erreichbar. Für ihn müsse ein anderes, ein schärferes Recht gelten: das als Bekämpfungsrecht konzipierte „Feindstrafrecht“.

Wenn es daher um Freiheit contra Sicherheit geht, so resultiert daraus für Jakobs: Wer die Sicherheit der anderen massiv und dauerhaft beeinträchtigt, soll an den Vorzügen eines rechtsstaatlichen Strafrechts nicht teilhaben. Er soll vielmehr – in feindstrafrechtlich geordneter Weise – aus der Gesellschaft exkludiert und fortan „fremdverwaltet“ werden.²⁸ Seine Rechte dürfen daher durch den Staat nicht nur beschränkt, sondern – wenn nötig – sogar aufgehoben werden.²⁹

- d. Mit Blick auf die deutsche Geschichte würde es wohl ein Leichtes sein, dieses Konzept als unerträglichen Rückfall in menschenrechtswidrige Willkür zu brandmarken. Die Aufhebung von Grundrechten in rechtlich geordneter, legaler Weise ist nichts anderes als gesetzliches Unrecht, und ein klassifikatorisches Recht, das bestimmte Menschen als Unpersonen aus dem Rechtskreis ausschließt³⁰, ist unserer Verfassung sicher fremd. Aber mit diesem positivistischen Hinweis hätte es sich die Auseinandersetzung mit dem Feindstrafrecht vielleicht doch zu leicht gemacht. Denn das, was Jakobs beobachtet, ist ja nicht seine Erfindung. Es ist der überspitzt, aber im wesentlichen doch richtig beschriebene Zustand des deutschen Strafrechts um die Wende zum 21. Jahrhundert, das sich seit gut 20 Jahren dem *Kriminalitätsverhinderungsdenken* verschrieben hat. Zwar fehlt dieser Tendenz (noch) die feindstrafrechtliche Leitmelodie. Doch zeigt die immer hemmungslosere Instrumentalisierung des Strafrechts zum Zwecke innenpolitischen Punktegewinns den Weg, den diese Reise nehmen könnte.³¹

Jakobs hat diese Entwicklung wie kaum ein anderer dingfest gemacht. Doch die Folgen aufzuzeigen, die sich aus einer Übergewichtung der Sicherheit gegenüber der Freiheit ergeben, und auf die schleichende Erosion der rechtsstaatlichen Grenzziehungen hinzuweisen, ist nur eines. Ein anderes ist es, diese Folgen als notwendig gutzuheißen und mit martialischer Terminologie zu armieren. Vom ‘so ist es’ führt schließlich keine Notwendigkeit, sondern nur die wertende Zustimmung in ein ‘so soll es sein’. Und hier ist Jakobs, und letztlich der gesamten Präventionsphilosophie die Gefolgschaft zu versagen. Unsicherheit im Rechtsstaat ist der (freilich gar nicht garantierten) Sicherheit in einem Staat, in dem es – neben den Normalbürgern – auch Unpersonen, Exkludierte und Fremdverwaltete gibt, deutlich vorzuziehen. Man muß es geradezu als das spezifische Verdienst Jakobs

²⁸ Jakobs: Terroristen als Personen im Recht? (Anm. 25), S. 843.

²⁹ Jakobs: Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht (Anm. 25), S. 93.

³⁰ Vgl. Jakobs in Eser, Hassemer & Burkhardt (Anm. 25), S. 51.

³¹ Vgl. Albrecht, Peter-Alexis: Das nach-präventive Strafrecht: Abschied vom Recht. In: Betrifft Justiz 2006, S. 289ff., 292.

bezeichnen, durch seine zugespitzten Formulierungen darauf aufmerksam gemacht zu haben, welche Gefahren hinter einer konsequenten Kriminalitäts- und Terrorismusprävention lauern. Die Segnungen der rechtsstaatlichen Behandlung sind aber nicht nur für Freunde, sondern auch für Feinde gedacht, und der Verzicht auf ein an den verfassungsmäßigen Prinzipien ausgerichtetes strafrechtspolitisches Gesamtkonzept wäre die Kapitulation des Rechts vor der Schlechtigkeit der Welt. Der Rechtsstaat würde sich in diesem Fall nicht als wehrhaft, sondern als dysfunktional erweisen, und wäre es letztlich nicht wert, mit allen Kräften verteidigt zu werden.