

INSTITUT FÜR RECHTS- UND KRIMINALSOZIOLOGIE
INSTITUTE FOR THE SOCIOLOGY OF LAW AND CRIMINOLOGY

WORKING PAPER NO. 13

An den Grenzen des Rechts.

Vortrag zum 40. Jubiläum des Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie

Univ.-Prof. DDr. Günter Frankenberg
Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main
Grüneburgplatz 1, 60629 Frankfurt am Main
frankenberg@jur.uni-frankfurt.de

© IRKS
www.irks.at
Wien, Jänner 2012
ISSN 1994-490X

IRKS

Frankenberg, G. (2013) An den Grenzen des Rechts. *IRKS Working Paper*, 13, 15pp.

An den Grenzen des Rechts

Günter Frankenberg

Einleitung

Aufgefordert, über die Grenzen des Rechts zu sprechen, erlaube ich mir, Sie zu einer Wanderung entlang dieser Grenzen einzuladen – in nicht immer bester Gesellschaft. Dorthin, wo sich Ausblicke auf die ganz andere Seite auftun. Ich schlage vor, wir nennen diese in guter Tradition: Ausnahmezustand.

Zunächst zum eingegrenzten Recht – nebst dem Rechtsstaat oder auch rule of law. In diese uns einigermaßen vertraute normative Ordnung des Lebens in Gesellschaft sind zwei Projekte eingelassen. Das erste zielt (im liberalen Paradigma) darauf ab, die Staatspraxis durch Parlamentsgesetz zu programmieren und kontrollierbar zu machen – *limited & lawful government*. Das zweite kommt in einer der gelungensten ideologischen Formeln zu Wort: *government of laws and not of men*. In ihr verbirgt sich die realitätsfremde Vorstellung, das allgemeine Gesetz herrsche von allein, Legalität konstituiere die Normalität und banne ihren Albtraum: alle Formen privater und herrschaftlicher Willkür und nackter Gewalttätigkeit.

Diese Vorstellung *rechtlich geregelter Normalität* wird von der Hoffnung begleitet, nunmehr trenne uns eine unsichtbare, aber feste Barriere dauerhaft von den Orten und Zeiten wüster Gewalt, von *Naturzuständen*, wie diese – vergleichsweise unbefangen – beim Eintritt in die Moderne genannt wurden. Oder eben vom *Ausnahmezustand* als Kollektivsingular für katastrophischen Einbrüche in die Normalität, wie Krieg, Belagerungszustand, Naturkatastrophen, Aufruhr und dergleichen.

Theorie und Praxis des liberalen Rechts & Rechtsstaates haben sich seit je her, genauer: seit Lockes *Second Treatise of Government*, schwer getan, das ganz Andere der geregelten Normalität zu verrechtlichen. Locke öffnete dem Monarchen mit der *Prärogative* ein „window of opportunity“ für die Handhabung von Ausnahmelagen. Seitdem oszillieren

die Verfechter des im weitesten Sinne liberalen Rechts wie Irrlichter zwischen zwei extremen Polen:

Pol Nr. 1: Den *Rechtsstaatsoptimisten* souffliert ihr *Rationalismus* mit dem Normalrecht sei alles Wesentliche geregelt, seien alle denkbaren Fälle hoheitlicher Willkür und bürgerlicher Rückgriffe auf Fehde- und Faustrecht unter Kontrolle gebracht. Explizit oder implizit werden damit Aufstände, Umsturzversuche, Kriege oder Katastrophen negiert.¹ *Der Ausnahmezustand findet nicht statt, weil er nicht stattfinden darf.* Ein Ausnahmerecht ist nicht vorgesehen. Kein Blick über die Grenzen des Rechts, niemals.

Pol Nr.2: Demgegenüber deuten »realistische« *Rechtsstaatslehren* das Rechtsstaatsprojekt als Auftrag, wirklich *alle denkbaren gesellschaftlichen Situationen* und Konflikte, mithin auch den an sich *undenkbaren Ernstfall* zu regeln. Sie bemühen sich um die heikle »*Einregistrierung des Ausnahmezustandes in die Verfassungswelt*«. – So verlegen sich vor allem seit der Mitte des 19. Jahrhunderts (ein wenig später: angespornt durch den Rechtspositivismus) zahlreiche Rechtsordnungen darauf, Belagerung, Bürgerkrieg und Katastrophen als Ausnahmefälle zu verrechtlichen. Um außerrechtliche Maßnahmen zu verhindern, werden der Exekutive für außerordentliche Gefahrenlagen Sondervollmachten an die Hand gegeben. Die *Paradoxie der Normierung des Außerordentlichen* soll dadurch *entparadoxiert* werden, dass der Ausnahmezustand in Notstandsgesetzen oder Regelungen einer konstitutionellen Diktatur an eine förmliche Erklärung, an Kompetenzregelungen, Fristen, Verfahrensweisen und inhaltliche Ziele gebunden wird - eben: *einregistriert* wird. Freilich: da diese Normen durchweg auf ihre Aufhebung nach dem Ende des Ausnahmezustandes angelegt sind, gibt sich freilich eine Rest-Paradoxie zu erkennen.

Heute zeigt sich ein *3. Pol:* Die *liberale Verlegenheit* gegenüber außerordentlichen Bedrohungslagen zeigt unter der Flagge des »Krieges gegen Terror & organisierte Kriminalität« – ein wiederum *anderes Gesicht*. Der Ausnahmezustand wird weder negiert noch offen „einregistriert“, nein, ihm wird die Hintertür geöffnet, so kann er sich auf leisen Sohlen in das Recht der Normallagen einschleichen. Ich nenne das: eine schrittweise »*Normalisierung*«. Das heißt: Ausnahmefugnisse nebst ausnahmerechtlicher dogmatischer Begleitrhetorik *werden nach und nach in den Mantel normativer Normalität gehüllt, verstetigt und veralltäglich*.

¹ So untersagte Art. 13 der französischen Verfassung vom 14.8.1830 dem Monarchen, jemals die Gesetze zu suspendieren oder von ihrem Vollzug zu dispensieren. Ganz ähnlich postulierte Art. 130 der Belgischen Verfassung von 1831: »Die Verfassung kann weder ganz noch teilweise zeitweilig außer Kraft gesetzt werden.« Den gleichen Geltungsbefehl enthält heute Art. 108 der Belgischen Verfassung.

Die Normalisierung des Außerordentlichen tritt auf drei Ebenen in Erscheinung. *Erstens* bildet sie sich in einer *Semantik der Verharmlosung* ab. Aktuelle Beispiele hierfür sind Forderungen, den Streitkräften bei Verwendungen im Innern zu Zwecken der Amtshilfe »militärische Mittel« – im Klartext: militärische Bewaffnung – an die Hand zu geben. In die gleiche Richtung weist die Banalisierung von Folter als »lebensrettender Aussageerzwingung« oder »selbstverschuldeter Rettungsbefragung«. Sinngemäß und in Anlehnung an den finalen »Rettungsschuss« der Polizei wird die gezielte Tötung der Passagiere eines Flugzeuges, die sich in der Gewalt mutmaßlicher Selbstmordterroristen befinden, als »Rettungsabschuss« bagatellisiert. Das normalisierende Denken bedient sich jeweils eines Vokabulars, das die bezeichneten Phänomene ihres Ausnahmecharakters entkleidet, um sie unauffällig in die Normativität der Normallage einzufügen.

Zweitens zeigt sich die Normalisierung in einer neuen *Topographie insbesondere des Gefahrenabwehrrechts*. In dieser werden Eingriffsschwellen gesenkt und kategoriale Unterscheidungen eingezogen, die für die hoheitliche Inpflichtnahme der Bürger maßgeblich sind. Die Differenz von Störer/Nichtstörer, von Gefahr und Risiko verschwindet in Tatbestandsattrappen; das Polizeirecht – vor allem das der informationellen Eingriffe – wird zu einem *Gefahrerfindungsrecht* umgewidmet. In ähnlicher Weise verliert der Tatverdacht die Funktion, die Maßnahmen der Strafverfolgung auszulösen. Mit der Verlagerung der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung ins Vorfeld, erfüllt sich der Traum des legendären BKA-Präsidenten Herold. Die Polizei ist vor dem Täter am Tatort.

Drittens zeigt sich die Normalisierung auch *funktionell* in neuen Aufgabenzuweisungen und außerordentlichen Eingriffsermächtigungen. Kennzeichen dieses Aspekts der »*neuen Sicherheitsarchitektur*« sind insbesondere der Datenverbund zwischen Polizei und Geheimdiensten, die Zuweisung eines Ausschnitts der Gefahrenabwehr – der Terrorismusbekämpfung – zur gesamten Hand an Polizei-, Fahndungsbehörden und Geheimdienste sowie die Aufnahme geheimdienstlicher Befugnisse in die Polizeigesetze und Bestrebungen, die Verwendungen der Streitkräfte im Innern auszuweiten. Der gleichen Normalisierungslogik folgen Rechtfertigungen von Folter, Todesschüssen, Flugzeugabschüssen (Renegade) und der Vorschlag, ein »Feindstrafrecht« für besonders gefährliche Täter vorzuhalten. Dazu gleich mehr.

Resultat dieser Entwicklungen: Der zum hyperpräventiven Sicherheitsstaat umgebildete Rechtsstaat wird von rechtlichen Behelligungen weitgehend freigestellt, um ihm im Kampf gegen Terrorismus, »organisierte Kriminalität« und andere für bedrohlich erachtete Phänomene möglichst geschmeidig alle nur denkbaren Sicherheitszwecke verfolgen zu können. All dieses keineswegs nur ein deutsches, sondern globales Phänomen. Aller-

dings muss der Vergleich der Sicherheitsregime hier aus Zeitgründen außer Acht bleiben.

Diese Normalisierungsprozesse, die strukturellen Grenzüberschreitungen werde ich hier nicht im Detail aufzeigen, sondern fragen, *wer arbeitet ihnen argumentativ zu*. Mich interessieren also weniger die Sicherheitspolitiker, die rituell und wenig überraschend bei Sicherheitskrisen außerordentliche Vollmachten einfordern, als vielmehr die *Rechtswissenschaftler*, die der *Faszination des Außerordentlichen* erliegen und sich an dessen *Normalisierung* beteiligen. Ich lade Sie zu einem Besuch bei dem Ahnvater, dann dem Apokalyptiker und schließlich den Epigonen der Angst ein.

Zwillingsbruder der Furcht

Der nicht selten einseitig als Theoretiker der Staatssicherheit rezipierte und kritisierte Thomas Hobbes bekannte kurz vor seinem Lebensende: »Ich kam als Zwillingsbruder der Furcht zur Welt«. Seine Staatsphilosophie steht in der Tat, wenngleich nicht ausschließlich, im Banne der Angst vor dem unnatürlichen, weil gewaltsamen Tode. In den im 17. Jahrhundert erlebten, gleichsam naturzuständlichen Situationen sich schier endlos wiederholender Aufstände, Rebellionen, Bürger- und Religionskriege erkennt Hobbes die allfälligen, aus Konkurrenz, Misstrauen, Neid und Ruhmsucht erwachsenden Bedrohungen. Er verarbeitet die von ihm erlebte Welt im Umbruch nicht angstfrei, aber produktiv, ja revolutionär: Mit seiner vertragstheoretischen Begründung einer abstrakten Souveränität riskiert er den Übergang vom absolutistischen zum sich abzeichnenden post-absolutistischen Zeitalter.

Trotz Hobbes darf Carl Schmitt als prominentester staatstheoretischer Bewohner des Archipels politischer Befürchtungen gelten. Seine *apokalyptische Weltangst* dient mir als hermeneutischer Schlüssel, der den Zugang zum Zentrum seiner Staatslehre öffnen soll: dem Bermuda-Dreieck von seiner Theorie des Ausnahmezustandes, der Souveränität sowie zu seinem damit intern verknüpften »Begriff des Politischen«. Ich möchte die These erläutern, dass Schmitt die Ausnahme mystifiziert, um sodann das Politische und die souveräne Entscheidung gegen das Recht der Normallage auszuspielen – bzw. das Recht und den Rechtsstaat in jenem Bermuda-Dreieck zum Verschwinden zu bringen.

Theoretische Souffleure seiner Angstvorstellungen sind in erster Linie Thomas Hobbes und die katholischen Gegenrevolutionäre des 19. Jahrhunderts. Von letzteren über-

nimmt er bedenkenlos deren politische Theologie und Bejahung der Diktatur. Im Unterschied zu Hobbes reagierten die katholischen Gegenrevolutionäre des 19. Jahrhunderts mit Abwehr und Furcht vor der Apokalypse auf die Epoche der Revolutionen. Von einem seiner philosophischen Favoriten, Donoso Cortés, übernimmt Schmitt die endzeitliche Vision einer nach Säkularisierung, Aufklärung und Revolutionen gottverlassenen Gesellschaft:

»[D]ie Menschheit taumelt blind durch ein Labyrinth, dessen Eingang, Ausgang und Struktur keiner kennt, und das nennen wir Geschichte. ... [D]ie Menschheit ist ein Schiff, das ziellos auf dem Meer umhergeworfen wird, bepackt mit einer aufrührerischen, ordinären, zwangsweise rekrutierten Mannschaft, die grölt und tanzt, bis Gottes Zorn das rebellische Gesindel ins Meer stößt, damit wieder Schweigen herrsche«.

Zur Kennzeichnung der geistigen Situation seiner Zeit fügt Carl Schmitt 1922 nur ein knappes *update* vom 19. auf das 20. Jahrhundert an:

»Aber das typische Bild ist ein anderes: die blutige Entscheidungsschlacht, die heute zwischen dem Katholizismus und dem atheistischen Sozialismus entbrannt ist.« (Politische Theologie)

Dies ist nur ein Ausschnitt des von Schmitt entworfenen, furchteinflößenden Szenarios. Es prägt sein Denken, lässt ihn die Welt am Abgrund sehen und beraubt ihn der Erwartungssicherheit, die Weimarer Republik sei eine neue Ordnung, der er Vertrauen entgegen bringen könnte. Erst die Nationalsozialisten erscheinen ihm autoritär und skrupellos genug, dass er ihnen eine ordnungsstiftende Leistung zutraut. – Hobbes, der wegen seiner Schriften im Exil Schutz suchen musste, wagte den Spagat über den Abgrund zwischen Tradition und Moderne. Schmitt dagegen führt sein staats-theoretischer Spreizschritt vom autoritären Kaiserreich über das zerbrechliche demokratisch-republikanische Interregnum in Weimar hinweg zum totalitären Führerstaat. Nicht wirklich ein Wagnis.

Wie wenig Schmitt dazu in der Lage ist, sich auf die dramatisch veränderte Wirklichkeit der Republik einzulassen und wie sehr er sie als Anarchie und Chaos erlebt, offenbart er in seiner »Politischen Theologie«. Sie öffnet einen nicht abseitigen Zugang zu seinem Denken. In ihr verrät er die leere Stelle des Souveräns, die ultimative De-zision als *creatio ex nihilo* und den Ausnahmezustand als »Wunder«, um in einem durch Furcht verkürzten Reflex seiner Ordnungssehnsüchte sodann der von ihm verfemten Moderne

jede Legitimität zu bestreiten. Außerdem inthronisiert er in der Abnormität der großen Krise den handelnden, Ordnung stiftenden, mit absoluter Autorität und Befehlsgewalt ausgestatteten Souverän als Erlöser und Rechtsverwirklicher.

So schreibt sich Schmitt mit seiner »Politischen Theologie« als Wortführer des Ausnahmefalls in die Geschichte der Staatslehre ein. In »Der Begriff des Politischen« gibt er mit der Betonung der existenziellen »Entscheidung über Krieg und Feind« die brisanten politischen Implikationen seiner Lehre vom Ausnahmezustand zu erkennen. In einer zentralen Passage der »Politischen Theologie«, die eine gewisse Nähe zum grandiosen Kitsch nicht meidet, bekennt Schmitt seine bedingungslose Präferenz für das Außerordentliche:

»Gerade eine Philosophie des konkreten Lebens darf sich vor der Ausnahme und vor dem extremen Falle nicht zurückziehen, sondern muss sich im höchsten Maße für ihn interessieren. Ihr kann die Ausnahme wichtiger sein als die Regel, nicht aus einer romantischen Ironie für das Paradoxe, sondern mit dem ganzen Ernst einer Einsicht, die tiefer geht als die klaren Generalisationen des durchschnittlich sich Wiederholenden. Die Ausnahme ist interessanter als der Normalfall. Das Normale beweist nichts, die Ausnahme beweist alles; sie bestätigt nicht nur die Regel, die Regel lebt überhaupt nur von der Ausnahme. In der Ausnahme durchbricht die Kraft des wirklichen Lebens die Kruste einer in Wiederholung erstarrten Mechanik«. (Politische Theologie)

Schmitts staatstheoretische, fast eheähnliche Romanze mit dem Ausnahmefall speist sich nicht nur aus seiner apokalyptischen Weltansicht, sondern ebenso aus dem Mythos des vitalen Lebens. Seine Schwäche für die Bohème (von Mehring in seiner beeindruckenden Schmitt-Biographie unlängst eindrucksvoll aufgezeigt) lockt ihn über die Grenzen des Rechts hinaus; sein Katholizismus nährt eine tiefe Ordnungssehnsucht:

»Weil der Ausnahmezustand immer noch etwas anderes ist als Anarchie und Chaos, besteht im juristischen Sinne immer noch eine Ordnung, wenn auch keine Rechtsordnung. [...] Die Entscheidung macht sich frei von jeder normativen Gebundenheit und wird im eigentlichen Sinne absolut«.

Indem der normativ leere Staat nach Maßgabe seiner Rason souverän das Recht verwirklicht, steht er zugleich außerhalb und innerhalb des Rechts. Ein Grenzgang *par excellence*.

In Schmitts Lehre vom Ausnahmezustand wird das Außerordentliche sentimental-apokalyptisch verklärt. Von der Regel, vom »durchschnittlich sich Wiederholenden«

und »Gerede vom Allgemeinen«, wie Schmitt verächtlich zitiert, leiht sich die Ausnahme ihren düsteren Glanz. Adorno würde Schmitt kühl widersprechen: Der Ausnahmezustand als »gesellschaftliche Institution (...) ist nur im Verhältnis zu dem, was sie nicht ist, zu ihrem Anderen« So ist es: Ohne Regel fällt die Ausnahme nicht auf. Erst und nur im Gegenlicht zum Normalfall zeigen sich die Konturen, nimmt der Ausnahmefall Gestalt an. Das beweisen Regime, die weder Regel noch Grenze kennen. Nur von außen, aus der sicheren Erfahrung einer Normallage und ihrer Normativität betrachtet, geben sich Syrien, Nordkorea, eben noch besetzten Gebiete von Mali und Guantánamo als wüste Regime des Ausnahmezustandes zu erkennen, in denen (Staats-?)Gewalt jenseits der Grenzen des Rechts operiert.

Dass der Ausnahmezustand zu Schmitts zweiter Natur, zur Gewohnheit seines apokalyptischen Denkens, geworden ist, lässt auch andere Lesarten zu. Der gleichfalls katholische Staatsrechtler Josef Isensee sieht in dieser Gewohnheit die Anziehungskraft der »schönen Literatur« auf diejenigen, die sich professionell mit der spröden Prosa des Staatsrechts die Zeit vertreiben (müssen). Isensee zufolge konnte Schmitt im Ausnahmedenken – wiederum der Bohème zugeneigt - seine ästhetischen Bedürfnisse ausleben:

»Der Ästhet dagegen fühlt sich angezogen vom orgiastischen Kult der Ausnahme und dem intellektuellen Spiel mit dem Feuer. Die Ausnahme, wie [Carl Schmitt] sie darstellt, ist interessanter als der Normalfall, [weil in ihr] die Kraft des wirklichen Lebens die Kruste einer in Wiederholung erstarrten Mechanik« durchbricht. *Isensee fügt hinzu:* »Eine gleiche Grundtendenz durchzieht die schöne Literatur, die sich lieber dem Grenzfall zuwendet als der Normalität; der das Dasein auf des Messers Schneide mehr bedeutet als das Leben in spießiger Gesicherheit und der Sündenfall aufregender ist als die unangefochtene Tugend; die eher in der Krankheit das raffinierte Sujet findet als in der pausbäckigen Gesundheit«.

Schmitts Flucht in die Ästhetik der Literatur lässt sich auch weniger oberflächlich deuten: als Versuch eines Rechtswissenschaftlers, sich mit dem Durchgriff auf das Ausnahmedenken die Legitimität des Künstlers zu erschleichen, sich auf diese Weise von der nüchternen Analyse der Rechtsordnung zu entpflichten. Schmitt, so möchte man meinen, will sich der Tyrannei des Normalen – des von ihm als »abstrakt«, »liberal«, »jüdisch«, »bodenlos« denunzierten Gesetzes – und dem alltäglichen »Kampf um das normativ Richtige« entziehen. Seine heroisch-ästhetische Geste lebt freilich von der Annahme eines starren und statischen Modells (rechtlicher) Normalität. Er begreift Recht als »homogenes Medium« (PT) und verkennt, dass das Recht der Normallage, *erstens*, konstruiert wird. Dass, *zweitens*, seine Regeln fortlaufend in einem dynamischen Prozess immer kürzerer Intervalle uminterpretiert und abgeändert werden. Sein vielleicht

absichtsvolles Missverständnis des Rechts, das ihm die Flucht in die Welt des Außerordentlichen nahe legt, könnte von seinem Unbehagen am modernen, auf permanente Revision eingestellten Recht und an dem in pluralistischen Gesellschaften auf Dauer gestellten »Kampf ums Recht« herrühren. Ein solcher Kampf war für ihn nach dem Ersten Weltkrieg und in der Weimarer Republik gleichsam mit den Händen zu greifen. In ihm sah er nach seiner Hinwendung zum totalen Staat die »Ursache aller Unordnung und Bürgerkriege«.

Und setzt dagegen ein nostalgisches Projekt! Die wie ein Urknall aus dem Nichts kommende Entscheidung über den Ausnahmezustand sollte Schmitt aus der Gegenwart einer pluralistisch zerrissenen Gesellschaft in die vollendete Vergangenheit einer transzendent legitimierten, einheitlichen Ordnung von Staat und Gesellschaft tragen. Für diese Deutung spricht, dass Carl Schmitt das Erbe der katholischen Gegenrevolutionäre einschließlich ihrer Weltangst antritt. So erweist sich sein Phantasma des Außerordentlichen zum einen als versuchte Angstbewältigung, zum anderen als Vehikel für die Einführung einer höheren Legitimität. Diese gestattet ihm, die verachtete demokratische Republik Weimars – anders als die katholischen Gegenrevolutionäre nicht an eine Theokratie, wohl aber – an die konkrete Diktatur auszuliefern: zunächst an die kommissarische, auf Art. 48 WRV gestützte Diktatur des Reichspräsidenten, dann an die souveräne Führerdiktatur.

Auf dem Altar einer nichtbürgerlichen Sekurität opfert Schmitt mit der ihm eigenen Konsequenz am Ende parlamentarische Demokratie und Rechtsstaat. Sein Kommentar zur Rede Adolf Hitlers auf dem Deutschen Juristentag 1933 sagt alles:

»Der Führer schützt das Recht vor dem schlimmsten Missbrauch, wenn er im Augenblick der Gefahr kraft seines Führertums als oberster Gerichtsherr unmittelbar Recht schafft«.

Das liest sich als keineswegs unlogische Fortsetzung seiner Theorie eines Ausnahmezustandes, in dem das »Recht« erst verwirklicht wird: Durch seine souveräne Entscheidung *verwirklicht* der Führer in letzter Instanz, was er für *Recht* hält.

Zu Schmitts Erben, den vergleichsweise biedereren Apokalyptikern unserer Tage

Nicht erst seit „September 11“ lassen sich nicht wenige Rechtswissenschaftler dazu verleiten, ihre von der Unbehaustheit in säkularisierten Ordnungen (Stichwort: Rechtsstaat), von Krisen der Sicherheit (Stichwort Terrorismus, zuletzt: Euro) oder dem Import fremder Phänomene (Stichwort: Islam) ausgelösten Ängste, die Welt vom Ausnahmefall her zu denken und das Normalrecht für nachrangige Probleme zu reservieren.

Nach den unruhigen 70er Jahren hatten sich nicht wenige Rechtsstaaten innerhalb und außerhalb Europas durch die personelle und finanzielle Aufstockung ihrer Sicherheitsapparate erheblich konsolidiert. Zugleich hatten sie mit der Ausweitung gefahrenabwehrrechtlicher Kompetenzen die Züge von Präventionsstaaten angenommen. Alles schien in guter Ordnung zu sein, als die harmlose Formel von der »neuen Sicherheitsarchitektur«, zunächst von der NATO, aufgerufen wurde. Damit traten und treten – Schmitts Erben auf den Plan. Ich konzentriere mich auf die bundesdeutschen; für eine vergleichende Analyse der Entwicklungen in England, Frankreich, Italien und anderswo fehlt die Zeit.

Die Gnade der späten Geburt scheint es ihnen im Allgemeinen zu erleichtern, sich affirmativ auf Vokabular und Argumentationsmuster Carl Schmitts zu beziehen und seine Präferenz für den Ausnahmefall explizit oder doch in der Sache zu übernehmen. Jedenfalls treten historische Unbefangenheit und Schmitt-Variationen in Lehren zutage, die auf Romanzen mit dem Ausnahmezustand hindeuten.

Das von Angst beherrschte Weltbild eines Carl Schmitt müssen die Konstrukteure von Extremfällen bzw. die Rechtfertiger von Ausnahmevollmachten heute nicht kopieren. Mit dem »Kampf der Kulturen« (Huntington) und dem »Krieg gegen den islamischen Terror« werden ihnen die zeitgemäßen funktionalen Äquivalente einer globalen Apokalypse von Politik, Medien und Wissenschaft frei Haus geliefert. Die daraus abgeleiteten *worst case*-Szenarien der »tickenden Bombe« und des »Angriffs auf das Herz des Staates« durch den internationalen Terrorismus verweisen – wie bereits das Faszinosum des Außerordentlichen bei Schmitt – auf intensiv wahrgenommene Bedrohungen. Den möglichen nachteiligen Folgen dieser Bedrohungen werden viel, ihrer Eintrittswahrscheinlichkeit hingegen nur wenig Beachtung geschenkt.

Zum »Feindstrafrecht«

Unter den Vertretern eines am Ausnahmezustand orientierten Denkens hat der Strafrechtler Günther Jakobs mit seiner These vom »Feindstrafrecht« Prominenz erlangt. In zahlreichen Publikationen argumentiert er für eine grundlegende Unterscheidung von Bürgern und »Feinden«, die dem Schmitt'schen Begriff des Politischen und dessen Lehre vom Ausnahmezustand geschuldet zu sein scheint. Anders und im Übrigen präziser als Schmitt definiert Jakobs den »Feind« als »Unperson«, die sich weder unter eine bürgerliche Verfassung zwingen lässt noch sich nur punktuell von ihr separiert, sondern sich »in einem nicht nur beiläufigen Maß« »dauerhaft vom Recht abgewandt hat und insoweit die kognitive Mindestsicherheit personellen Verhaltens nicht garantiert«. »Feinde« sind demnach nicht delinquente Bürger, sondern »gefährliche Menschen«. Mit der Zuordnung zum »Feindstrafrecht« erhalten sie die Quittung dafür, dass sie nicht liberal-rechtsstaatlich regiert werden können. Prototypen dieser Kategorie sind alle abschreckungs- und resozialisierungsresistenten sexuellen Hangtäter und sonstige Gewohnheitsverbrecher, die organisiert-professionell Kriminellen und vor allem Terroristen.

Ohne Schmitt jemals zu zitieren, bewegt sich Jakobs elegant im Schatten des Weimarer Apokalyptikers – wegen der Intensität der Bürger/Feind-Unterscheidung und mit seiner Kriegsmetapher, wenn er »Feindstrafrecht« als Krieg definiert, dessen Gehegtheit und Totalität auch davon abhängt, was vom Feind alles befürchtet wird. Jakobs könnte schwerlich bestreiten, dass das »Feindstrafrecht« Ausnahmecharakter hat und doch sieht er sich nicht als Schmitts Erbe. Nicht einmal eine Distanzierung hält er für geboten.

In seinen ersten einschlägigen Publikationen analysiert Jakobs die staatlichen Maßnahmen gegen den RAF-Terror. Und nimmt die Position des Beobachters ein, der systemwidrige feindstrafrechtliche »Einsprengsel« im rechtsstaatlichen Bürgerstrafrecht und -strafprozessrecht – etwa die Kontaktsperre – nur diagnostiziert und kritisiert, um das Bürgerstrafrecht zu retten.

Jakobs an Hobbes angelehnte These, die sich wiederum Schmitt annähert, lautet, die Maßnahme gegen Personen, die »sich nicht in einen bürgerlichen Zustand zwingen [lassen]«, kurz: gegen »Feinde«, bedeute nichts, also entpersonalisiere nicht, sondern zwinge nur: »Bürgerstrafrecht erhält die Normgeltung. Feindstrafrecht (im weiteren Sinn: das Maßregelrecht eingeschlossen) bekämpft Gefahren«. Nichts spricht dagegen, eine

Theorie der Normgeltung, wie Jakobs es tut, auf Klassiker-Zitate zu stützen. Freilich können sie die Leserschaft nicht binden und den Weg zu anderen Deutungen verlegen.

Was der Gesetzgeber von »Feinden« befürchtet, führt Jakobs sowohl im materiellen Strafrecht als auch im Strafprozessrecht zu einer sich an die Entwicklung des Polizeirechts anschmiegenden »Wendung des Blicks von der geschehenen auf eine kommende Tat«. Eine dieser Vorverlagerung proportionale Reduktion der Strafe und strikte Einhaltung prozessualer Garantien ist freilich nicht vorgesehen.

Aus Jakobs' Beobachtungen der legislativen Maßnahmen muss man nicht zwangsläufig eine Apologie des »Feindstrafrechts« ableiten, zumal er – im Unterschied zu seinen Sekundanten – am Ende nur die doppelsinnige Aussage wagt, »[e]in klar umrissenes Feindstrafrecht ist rechtsstaatlich weniger gefährlich als eine Durchmischung allen Strafrechts mit Einsprengeln feindstrafrechtlicher Regelungen«. Das ließ sich zunächst, bei wohlwollender Deutung, als Intervention zur Rettung eines rechtsstaatlichen Bürgerstrafrechts vor seiner feindstrafrechtlichen Unterwanderung lesen.

Betrachtet man jedoch Jakobs' spätere Abhandlungen, dann tritt Schmitt mit dem Feindbegriff semantisch und mit der Konstruktion eines Verhältnisses äußerster (hier strafrechtlicher, dort kriegerischer) Intensität auch inhaltlich an Jakobs Seite. In der Sache nimmt Jakobs den »Begriff des Politischen«, für den die Unterscheidung von Freund und Feind konstitutiv ist, und auch die Lehre vom Ausnahmezustand spätestens dann als Vermächtnisse an, wenn er in den Publikationen seit 1999 die Spur wechselt – von der Diagnose hin zur Legitimation des Feindstrafrechts.

Seine nun von internationalen Terrornetzwerken ausgelösten Befürchtungen lassen ihn für die Notwendigkeit einer ausnahmerechtlichen Terrorismusbekämpfung streiten. Die Suspendierung der normalen strafrechtlichen Beziehungen im Verhältnis zu den »Feinden« ist nun notwendig: Es geht ihm darum, dass »alle diejenigen [...] kaltgestellt werden, die nicht die kognitive Mindestgarantie bieten, die nötig ist, um sie praktisch aktuell als Personen behandeln zu können«. – Wohlgemerkt: »kaltgestellt werden«. Mit diesem Schritt stellt Jakobs sein »Feindstrafrecht« in den Krieg gegen den Terror ein.

In den jüngsten Publikationen verhält sich Jakobs affirmativ zu einer zweistufigen Strafrechtsordnung, bestehend aus legalem Bürgerstrafrecht und legitimem Feindbekämpfungsstrafrecht. Mit diesem kriminalrechtlichen Apartheidsystem, das, erstens, die Pönalisierung auf »Vortaten« ausdehnt, die nach den Maßstäben eines Bürgerstrafrechts nicht strafbar sind, zweitens strafrechtliche Sanktionen verschärft, drittens strafprozessrechtliche Garantien abbaut, um schließlich viertens Delinquenten als »Feinde«

zu markieren und auszuschließen, rekapituliert Jakobs für das Strafrecht nunmehr auch die Schmitt'sche Dichotomie von Legalität und Legitimität.

Ein wichtiger Gegensatz zu Schmitt bleibt: Jakobs gibt sich nicht dem apokalyptischen Phantasma des Außerordentlichen hin, sondern hält sich eher in der Nähe von Hobbes auf.

Zweites Beispiel

Im »Folter-Diskurs« findet das – sich im »Feindstrafrecht« repressiv zu Wort meldende – Denken von Ausnahmezustand her ihr präventionsrechtliches Echo. Das gilt sowohl für Ansätze, das Institut der »Rettungsfolter« in das Gefahrenabwehrrecht einzuschleusen, als auch für strafrechtliche Versuche, den Tatbestand der Folter als Notwehr oder Nothilfe zu maskieren.

Wer im demokratischen Rechtsstaat für Extremfälle die staatlich exekutierte Brutalität zulassen will, um die Preisgabe von Informationen zu erzwingen, muss wohl oder übel jede Assoziation mit Gestapo-Methoden – auch mit den Schriften des »Kronjuristen des Dritten Reiches« – unterbinden. So verlangt die Rechtfertigung von Folter nichts Geringeres als eine Quadratur des Kreises, nämlich die Bringschuld des demokratischen Rechtsstaates zu erfüllen, während zugleich eine Hypothek des Unrechtsstaates aufgenommen wird.

Der Staatslehrer und Rechtsphilosoph Winfried Brugger eröffnete, was sich alsbald zu einem vielstimmigen »Folter-Diskurs« auswachsen sollte, mit einem fast im Alltäglichen verwurzelten Sprechakt: »Darf der Staat ausnahmsweise foltern«?

Die Antwort auf diese Frage suchte er nicht bei Carl Schmitt. Vielmehr ließ er sich den Ernstfall Folter vom Ahnherrn der Systemtheorie, Niklas Luhmann, theoretisch desinfinieren. Dieser hatte drei Jahre zuvor in einem Heidelberger Vortrag zu dem Thema, ob es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen gibt, »nach gutem Juristenbrauch« den folgenden Fall erörtert:

»Stellen Sie sich vor, Sie seien Polizeioffizier. In Ihrem Lande – und das könnte in nicht zu ferner Zukunft auch Deutschland sein – gäbe es viele linke und rechte Terroristen, jeden Tag Morde, Brandanschläge, Tötungen und Schäden für zahlreiche Unbeteiligte. Sie hätten den Führer einer solchen Gruppe gefangen. Sie

könnten, wenn Sie ihn folterten, vermutlich das Leben vieler Menschen Retten – zehn, hundert, tausend, wir können den Fall variieren. Würden Sie es tun«?

Ob Sie »es« tun würden, war Luhmann herzlich gleichgültig. Den Systemtheoretiker interessierte allein das Problem, ob die funktionale Differenzierung, hier zwischen Recht und Moral, auch im Extrem- oder Grenzfall durchzuhalten sei. Merkwürdigerweise zieht Luhmann am Ende, »ungeachtet aller legalistischen Bedenken«, ganz und gar un-systemtheoretisch die »Zulassung von Folter durch international beaufsichtigte Gerichte, Fernsehüberwachung der Szene in Genf oder Luxemburg, telekommunikative Fernsteuerung« in Betracht, um nicht »Unschuldige dem Fanatismus der Terroristen« zu opfern.

Beeindruckt von diesem systemtheoretischen Gedankenexperiment vor seinen Augen, wendet Brugger in vollends praktischer Absicht den Rechtfertigungsszenario bei einer »tickenden Bombe« zu. Aus diesem leitet er die tatsächlichen und rechtlichen Anwendungsbedingungen von Folter ab:

»Es liegt eine (1) klare, (2) unmittelbare, (3) erhebliche Gefahr für das (4) Leben und die körperliche Integrität einer unschuldigen Person vor. (5) Die Gefahr ist durch einen identifizierbaren Störer verursacht. (6) Der Störer ist die einzige Person, die die Gefahr beseitigen kann, indem er sich in die Grenzen des Rechts zurückbewegt. [...] (7) Dazu ist er auch verpflichtet. (8) Die Anwendung körperlichen Zwangs ist das einzig erfolgversprechende Mittel zur Informationserlangung«.

Das klingt, liest sich sehr deutsch, hat allerdings grenzüberschreitend Nachahmer gefunden.

In der Sache und vielleicht gegen seine Überzeugung verknüpft Brugger die Ausnahme-lage der »tickenden Bombe« mit Schmitts Argumentationsfigur vom Ausnahmezustand als Situation der Rechtsverwirklichung. Er macht sich mit der Konstruktion eines zwei-stufigen Rechtsstatus für Opfer einerseits und Täter/Gefährder andererseits die Struktur des »Begriffs des Politischen« zu Eigen: Anders als Schmitts Freund/Feind-Konzeption und Jakobs' strafrechtliches Apartheidsystem suspendiert Brugger freilich nicht vorder-hand das Normalrecht, welches Folter verbietet und die Würde und die körperlich-seelische Integrität schützt. Allerdings verschiebt er die Gewichte zu Lasten der Täter, die um den Ort der »tickenden Bombe« wissen. Der Terrorist, der unschuldige Opfer als bloße Objekte missbraucht, muss eine Relativierung seiner Würde und Rechte dulden:

»Die rechtliche Einschätzung des Verhaltens des Erpressers (rechtswidrig) und der Lage der Opfer (rechtstreu) ist eindeutig. Nur der Erpresser kann sich dem Eingriff entziehen, die Opfer nicht. Nur ihm ist der Rückzug in die Sphäre rechtmäßigen Verhaltens zumutbar; unzumutbar ist für die Bedrohten die Flucht oder die Auslieferung der Geiseln. Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten ist nicht auszuschließen, dass die Zwangsanwendung ein geeignetes Mittel darstellt. Ein milderes zumutbares Mittel ist nicht ersichtlich. Die Angemessenheit lässt sich damit bejahen. Trotz der [...] zu Recht in den Vordergrund gerückten Bedenken gegen staatliche Aussagenerpressung ist also für den vorliegenden Fall eine Ausnahme möglich«.

Ein weiterer Kommentator des Grundgesetzes gelangt auf ähnlichem, wenngleich kürzerem Wege zur Rechtfertigung von Folter und zu einer zweistufigen Rechtsordnung: »Das Leben des Angegriffenen oder die Verhinderung eines massiven Angriffs auf dessen körperliche Integrität wird höher eingestuft als das Leben des Angreifers«.

Auch andere Autoren reduzieren die als abwägungsfest gedachte Menschenwürde im Vorhinein auf der Folie der Unterscheidung von Gut und Böse in ein Zwei-Klassen-System des Würdeschutzes: Der schuldige Bombenleger/Geiselnnehmer hat dann die Zuschreibung einer Würde zweiter Klasse und damit die ihm anzugedeihende Folter aufgrund seines Verhaltens selbst zu vertreten. Er verliert seinen Status als Rechtssubjekt, soweit ihn der Staat mit dem Mittel der Folter »in die zu Unrecht überschrittene Rechtssphäre zurückweist«.

Weder Brugger noch Jakobs noch denen, die ihnen folgen, ist ernsthaft anzulasten, sie machten im Anschluss an Carl Schmitt der rasonierenden juristischen Vernunft den Prozess, um der Vorliebe für die Ausnahme zu frönen und zugleich die letztlich unbegründete, weil unbegründbare Entscheidung zu zelebrieren. Getrieben von der Sorge, eine gefährdete Bürgerschaft vor besonders »gefährlichen Menschen« zu schützen, öffnen sie mit akribischen Begründungen die Tür und bitten das Ausnahmerecht herein: Die bei Jakobs als dem »Feindstrafrecht« Unterworfenen, bei Brugger als zu Rettungszwecken Gefolterten bezahlen mit ihrer Entrechtung und Exklusion aus dem Kreis der Rechtsgemeinschaft dafür, dass sie aufgrund ihres kriminellen bzw. gefährlichen Handelns nicht nach den Regeln des Rechtsstaates geführt werden können. Es geht darum, Unschuldige zu retten.

Obwohl Jakobs, Brugger und ihre Sekundanten auf Abstand zu Carl Schmitt bedacht sein mögen, sind ihnen dennoch beachtliche Diskursfolgeschäden anzulasten, die aus ihren Romanzen mit dem Außerordentlichen – genauer: aus der Übernahme des Sch-

mitt'schen Vokabulars und seines Denkens vom Ausnahmezustand her – herrühren. Es finden sich heute in Wissenschaft und Staatspraxis nicht wenige Nachahmer, die gleichfalls die Exklusion von »Feinden« aus der rechtsstaatlichen Ordnung oder die rechtliche Normalisierung von Folter betreiben. Zu ihnen gesellen sich diejenigen, die über lebensvernichtende Flugzeugabschüsse nachdenken. Stets unter Berufung auf den »Allerwelt-Topos der Gefahrenabwehr«.

Eines ändert sich beim Übergang von Rettungsfolter zum Rettungsabschuss: Nunmehr werden im Namen der Sicherheit *unschuldige* Passagiere geopfert. Die Sicherheitslast, die uns generell aufgebürdet wird und die zu Freiheitseinbußen führt, steigert sich im hyperpräventiven Staat am Ende zur Einforderung des Lebens als Bürgeropfer. Damit wird die letzte und äußerste Grenze überschritten. Es ist Zeit, vom Grenzgang zurückzukehren.