

Suhrkamp Verlag

Leseprobe



Lüderssen, Klaus
Rechtsfreie Räume

© Suhrkamp Verlag
suhrkamp taschenbuch wissenschaft 2042
978-3-518-29642-4

suhrkamp taschenbuch
wissenschaft 2042

Klaus Lüderssen, geboren 1932, ist emeritierter Professor für Strafrecht, Strafprozeßrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie. Er ist Mitglied der Wissenschaftlichen Gesellschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main. Im Insel Verlag sind zuletzt von ihm erschienen: *Eichendorff und das Recht* (2007) und »*daß nicht der Nutzen des Staats Euch als Gerechtigkeit erscheine*«. *Schiller und das Recht* (2005).

Klaus Lüderssen
Rechtsfreie Räume?

Suhrkamp

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet
über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

suhrkamp taschenbuch wissenschaft 2042

Erste Auflage 2012

© Suhrkamp Verlag Berlin 2012

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das der Übersetzung,
des öffentlichen Vortrags sowie der Übertragung
durch Rundfunk und Fernsehen, auch einzelner Teile.

Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form
(durch Fotografie, Mikrofilm oder andere Verfahren)
ohne schriftliche Genehmigung des Verlages
reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme
verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Umschlag nach Entwürfen

von Willy Fleckhaus und Rolf Staudt

Druck: Druckhaus Nomos, Sinzheim

Printed in Germany

ISBN 978-3-518-29642-4

I 2 3 4 5 6 – 17 16 15 14 13 12

Inhalt

I. Einführung

Vorwort	II
1.1 Die Gratwanderungen	II
1.2 Recht und Verrechtlichung im Blick der Kulturwissenschaften	22

2. Primat der Autonomie

2.1 Das Subjekt zwischen Metaphysik und Empirie. Einfluß der modernen Hirnforschung auf das Strafrecht?	51
2.2 Postscriptum: Früherkennung und soziale Anpassung – ein wissenstheoretisches Abenteuer	76
2.3 Der Schutz des Embryos und das Problem des naturalistischen Fehlschlusses. Skizze einer Zwischenbilanz	81
2.4 Aktive Sterbehilfe – Rechte und Pflichten	111

3. Pathologisierungen – Verhängnis oder Befreiung?

3.1 Der vergessene Blick in die Täterseele	133
3.2 Ist Vorsatz bei Jugendlichen dasselbe wie bei Erwachsenen?	149
3.3 Archäologie des Mordes. Der Fall Magnus Gäfgen ...	186
3.4 Mit dem Jugendstrafrecht ins Erwachsenenstrafrecht .	195
3.5 Zur Feststellung der Schuld im Strafprozeß	199
3.6 Strafrechtliche Schuld und »political correctness«	205
3.7 Der Darmstädter Fall. Kann eine Resozialisierung jugendlicher Täter gelingen, wenn ihnen zuviel Schuld aufgebürdet wird?	209
3.8 Die ewige Versuchung des Täterstrafrechts. Das Verhalten im Strafvollzug als Voraussetzung für vorbehaltene oder nachträgliche Sicherungsverwahrung	219

4. Rechtspolitische Grenzmodal

4.1	Retrospektiven auf den Frankfurter Auschwitz-Prozeß. Zu einem ungewöhnlichen Dilemma des Rechtspositivismus	233
4.2	Gnadenweiser Erlaß von Ersatzfreiheitsstrafe? Ein alltägliches Dilemma der Rechtsprechung	254
4.3	Die Folter bleibt tabu – Kein Paradigmenwechsel ist geboten	283
4.4	Das Recht der Attentäter des 20. Juli 1944	311
4.5	Krieg gegen den Terror. Die Logik des Luftsicherheitsgesetzes	316
4.6	Unsere feine Ware. Läßt sich der Krieg durch ein Weltstrafrecht zivilisieren?	321
4.7	Ein Fall von Steuerstaatsnotstand?	325
4.8	Ex iniuria ius non oritur. Eine Maxime des Völkerrechts zum deutsch-liechtensteinischen »Steuerskandal«	329
4.9	Staatliche Deliktsbeteiligung durch V-Leute – Die Politik gibt jetzt die richtige Antwort	334
4.10	Verdeckte Ermittler	337
4.11	Kinder als Testkäufer?	369

5. Zwischen logischem Positivismus und Interpretation

5.1	Die Idee der Konkretisierung im Recht (Karl Engisch)	373
5.2	Universalität durch integrierende Spezialisierung (Gustav Radbruch)	378
5.3	Kritische Empirie (Ulrich Klug)	423
5.4	Hermeneutik für Juristen (Hans-Georg Gadamer) ...	434

6. Paradigmenwechsel

6.1	Opfer im Zwielficht	447
6.2	Viktimologie: Ursache und Wirkung der Entdeckung des Opfers auf die Kriminologie und die Kriminalpolitik	466

6.3	Der öffentliche Strafanspruch im demokratischen Zeitalter – Von der Staatsräson über das Gemeinwohl zum Opfer?	482
6.4	Europäisierung des Strafrechts und gubernative Rechtssetzung	498
6.5	Wer will das bessere Europa?	520
6.6	Verständigung im Strafverfahren. Das Modell und seine Implikationen	526
6.7	»Regulierte Selbstregulierung« in der Strafjustiz? Ein unorthodoxer Beitrag zur Frage der Legitimation der »Absprachen«	556

7. Neue Aspekte der Interdisziplinarität

7.1	Das Elend der kritischen Kriminologie	571
7.2	Vorurteil und Methode. Ein Beitrag zur Strafrechtsgeschichte	597
7.3	Der Realismus der Fiktion – Die politische Imagination des Perversen	617

8. Kreative Paradoxien

8.1	Dogmatik und Prävention – Eine unerreichbare Kongruenz, am Beispiel des Irrtums	625
8.2	Der »Erfolgsunwert«. Eine inkonsequente Kategorie zwischen Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik ...	659
8.3	Intendierte Widersprüche im Strafrecht und Strafprozeßrecht	677
	Drucknachweise	691

I. Einführung

I. Vorwort

Die hier abgedruckten Arbeiten sind – in den letzten zwölf Jahren – aus verschiedenen Anlässen entstanden. Wissenschaftliche Abhandlungen wechseln sich ab mit Essays und Zeitungsartikeln. Die Texte sind für diesen Sammelband nur streckenweise einander angeglichen, Belege sind nur teilweise nachträglich hinzugefügt oder gestrichen worden. Damit soll dokumentiert werden, daß auch die Erörterung von Rechtsproblemen keineswegs einem einheitlich-strengen Schema unterliegt. Die Aspektabhängigkeit des Wahren und Richtigen ist nirgends so offenkundig wie in der Jurisprudenz, und deshalb fordert jedes Problem, je nachdem wo und wem es präsentiert wird, eine besondere Form der Darstellung. Aus diesem Grunde ist auch auf die Aktualisierung der Texte verzichtet worden. Allerdings werden im folgenden (unter B) jeweils einige Verbindungslinien zum gegenwärtigen Stand der Diskussion gezogen – mit Hinweisen auf wichtige inzwischen erschienene Literatur.

1.1 Die Gratwanderung

Immer haben in Theorie und Praxis des Rechts Handlungen und Unterlassungen eine Rolle gespielt, deren Beurteilung sich den konventionellen rechtlichen Kriterien entzog. Aber das hat bis in unsere Tage hinein wenig bedeutet. Entweder waren es ohnehin zugespitzte Schulbeispiele, wie etwa das Brett¹ des Karneades,² oder man akzeptierte stillschweigend politische Lösungen, die nicht viel nach dem Recht fragten. Ähnliches galt für einige Spezialmaterien, etwa aus dem ärztlichen Bereich mit seiner ausformulierten – und davon nicht selten abweichenden – stillschweigenden Standesethik.

Das alles ist jetzt anders. Auch diese Sphären werden jetzt vom Recht erreicht, und sie belasten es mit schweren Dilemmata. »Prin-

1 Zwei Schiffbrüchige versuchen, sich auf ein schwimmendes Brett zu retten, das aber ersichtlich nur einen tragen kann. Jeder der beiden bemüht sich daher, den anderen mit Gewalt von dem Brett fernzuhalten.

2 Griechischer Philosoph (geb. 214 vor Christus), vgl. dazu: Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, München ²1997, S. 228.

ceps legibus solutus« gilt schon längst nicht mehr, und die Konstruktion der justizfreien Hoheitsakte ist auch dahin. Aber die Phänomene bleiben, und da im positivistischen Zeitalter die Juristen sich nicht gern sagen lassen, daß sie nicht zuständig sind, haben sie rechtzeitig jedenfalls die juristische Kategorie des »rechtsfreien Raumes« erfunden (nach der Devise: besser eine paradoxe Lösung als gar keine), dessen zunächst eher spielerische Funktion nunmehr bitterer Ernst geworden ist.

Man unterscheidet mehrere Varianten des rechtsfreien Raums. Einmal die Gebiete, auf die sich das Recht von vornherein nicht erstreckt, auch wenn das im einzelnen arbiträr ist (gehört Freundschaft etwa noch dazu? Liebe ganz sicher nicht, und Schönheit auch nicht), zum anderen Rechtsregeln, die sich auf etwas Unmögliches richten.³ Sodann die Themen, bei denen rechtliche Bewertungen zwar willkommen wären, aber wegen der Ausweglosigkeit der Interessengegensätze nicht zustande kommen und am Ende der Moral⁴ überlassen werden, die aber auch nicht immer Rat weiß in diesen Fällen; auch hier existieren natürlich Spielräume; was die einen für unlösbar halten, empfinden andere als kreative Provokation. Schließlich gibt es noch die Rechtslücke.⁵ Doch die interessiert hier nicht.

Der Rechtsphilosoph Arthur Kaufmann hält die Kategorie des rechtsfreien Raumes für legitim und schlägt die Terminologie »verboten/unerlaubt« vor. Er denkt dabei an Situationen, in denen sich ein Arzt entscheiden muß, wem er hilft, wenn er (etwa bei einer vielen Menschen treffenden Naturkatastrophe) nicht allen helfen kann. Sicher wird er entschuldigt, gleichviel wie er sich entscheidet.⁶ Aber Arthur Kaufmann meint, das sei zu wenig.⁷ Auf der anderen Seite ist auch hier die »Notwehrprobe« fällig: Hat der »Lieengelassene« das Recht, sich mit Gewalt ein Medikament zu verschaffen? »Rechtsfreier Raum«, sagt Kaufmann, heißt, »daß die Rechtsordnung dar-

3 S. dazu Karl Engisch, »Der rechtsfreie Raum«, in: ders., *Beiträge zur Rechtstheorie*, Frankfurt/M. 1984, S. 9 ff.

4 Die keineswegs scharf vom Recht zu trennen ist, sondern mit ihm größere Segmente teilt, s. Lüderssen, *Genesis und Geltung in der Jurisprudenz*, Frankfurt/M. 1996, S. 176 ff.; Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, a. a. O., S. 212 ff.

5 S. dazu Engisch, a. a. O., S. 61.

6 Kaufmann, a. a. O., S. 229 f.

7 Kaufmann, a. a. O., S. 228 f.; ähnlich Josef Franz Lindner, »Grundrechtsfragen aktiver Sterbehilfe«, in: *JuristenZeitung* (2006), S. 373-382.

auf verzichtet, das betreffende Verhalten zu bewerten, für die Richtigkeit seiner Handlung ist der Handelnde selbst verantwortlich.«⁸ Diese Devise ist meines Erachtens unrealistisch. Will die Rechtsgesellschaft wirklich gerade dem zur Handlung Aufgerufenen die Entscheidung überlassen? Die generelle Frage dahinter ist: Soll die Jurisprudenz bei den schwersten Fragen ausgeklammert sein, oder reizt der Snobismus des eleganten Verzichts?⁹ Man wird sich immer wieder neu entscheiden müssen.¹⁰

Zunächst angesichts der Diskrepanz zwischen zunehmender Sensibilisierung des Menschen der modernen Zivilisation für Rechtsbedürfnisse und seiner damit zunächst wachsenden Enttäuschungen. Von dieser Wahrnehmung geht der erste Aufsatz aus (1.2).¹¹

Mit dem »Primat der Autonomie« wird ein Bekenntnis abgelegt, das vielleicht durch den Respekt vor den »Rechten« der Natur um ihrer selbst willen¹² wieder in Frage gestellt werden kann, nicht aber mehr durch kollektivistische Konzeptionen.

Bei dieser Sachlage interessiert als erstes die sozusagen anthropologische Grundsubstanz (2.1).

Die durch die moderne Hirnforschung in Gang gesetzte Dis-

8 Ebd., S. 232.

9 Belehrt vielleicht durch neuere, auf Grenzfälle bezogene Varianten des Dekonstruktivismus: »We call catastrophe a moment in which we see this truth about law, and law is ›deconstructed‹. Drucilla Cornell explains that ›the deconstructibility of law is what allows for the possibility of transformation‹, a moment of ›institutional humility before justice‹. From this perspective, catastrophe allows us to glimpse a more problematic understanding of justice itself – a justice beyond reason, a justice that calls us but is never realized, a justice ›between the lines‹ and just out of view. This justice-as-aporia that impels the deconstructive project may be something like the givenness (or grace) of reason that I am saying is revealed when the ›usual‹ normative framework fails«, zu finden in: Austin Sarat/Lawrence Douglas/Martha Merrill Umphrey (Hg.), *Law and Catastrophe* (The Amherst Series in Law, Jurisprudence and Social Thought Stanford), Stanford 2007, S. 23 f.

10 Dabei kann am Ende offenbleiben, ob im voraus – durch die Gesetzgebung – eine Regel festzulegen ist oder ob man sich entschließt, erst im Ernstfall für diesen Fall die richtige Regel zu suchen und dem Rechtssystem, in dem man lebt, vertraut, daß man sie auch findet. Immerhin lebt die große Kultur des »Case Law« von dieser Erwartung.

11 Im folgenden werden die Aufsätze lediglich mit Ziffern (1.1), (1.2), (2.1) etc. bezeichnet.

12 Günther Stratenwerth, *Freiheit und Gleichheit*, Bern 2007, S. 77 ff.

kussion entfaltet sich nach zwei Seiten. Da sind einmal die *theoretischen* interdisziplinären Verbindungen zwischen Hirnforschung, Psychologie und Philosophie.¹³ Solange die materiale Repräsentation der komplexen seelischen und intentionalen Vorgänge im Hirn¹⁴ noch weit entfernt ist von einer gewissen Vollständigkeit, muß es beim Dualismus als Grundlage auch einer empirischen Bewußtseinsphilosophie bleiben. Wenn dabei bis auf weiteres Fiktionen in Kauf genommen werden müssen, so ist das wissenschaftstheoretisch solider als die Illusion einer dermaleinst vielleicht vorweisbaren Realität. *Praktische* Bedeutung hat dies vor allem im Strafrecht erlangt. Hier wehrt sich die Zunft gegen Festlegungen,¹⁵ für die es noch keine Grundlage gibt, während Psychoanalytiker schon fasziniert sind von sich vielleicht eröffnenden Möglichkeiten der »Früherkennung«.¹⁶ In einem Postscriptum sind diese neuesten Entwicklungen der interdisziplinären Diskussion skizziert (2.2).¹⁷

Worum es geht bei der Autonomie, wird im übrigen besonders deutlich bei Beginn und Ende des Lebens.

- 13 Gute Orientierung bei Michael Pauen, *Illusion und Freiheit*, Frankfurt/M. 2004; Ansgar Beckermann, »Wo ist das Problem?«, in: *Gehirn und Geist* Heft 10 (2005), S. 60; Jürgen Habermas, »Das Sprachspiel verantwortlicher Urheberschaft und das Problem der Willensfreiheit: Wie lässt sich der epistemische Dualismus mit einem ontologischen Monismus versöhnen?«, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 54 (2006), S. 699 ff.; grundlegend nach wie vor: John R. Searle, *Freiheit und Neurobiologie*, Frankfurt/M. 2004.
- 14 Über deren unendliche Komplexität kann man das meiste nach wie vor bei den medizinischen Anthropologen lernen. Vgl. die Arbeit von Hans-Rainer Dunker: »Vorstellungen zu einer Anthropologie aus biologisch-medizinischer Sicht«, in: ders. (Hg.), *Beiträge zu einer aktuellen Anthropologie*, Stuttgart 2006, S. 11 f.
- 15 Vgl. die Nachweise in der umfassenden Untersuchung von Grischa Detlefsen, *Grenzen der Freiheit – Bedingungen des Handelns – Perspektive des Schuldprinzips. Konsequenzen neurowissenschaftlicher Forschung für das Strafrecht*, Berlin 2006, die selbst allerdings weniger kritisch ist; vgl. auch den satirischen Artikel von Christian Geyer »Raus aus dem Richter-Staat, rein in den Neuro-Staat«, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 9. Januar 2008. Felix Bommer, »Hirnforschung und Strafrecht«, in: *Luzerner Universitätsreden* 18 (2007), S. 23 ff.; Franz Streng, »Schuldbegriff und Hirnforschung«, in: *Festschrift für Günther Jakobs*, Berlin 2007, S. 675 ff.
- 16 Das Sigmund-Freud-Institut veranstaltete vom 26. bis 28. Oktober 2007 eine Tagung zum Thema »Frühprävention – Gesellschaftliche Anforderungen und psychosoziale Praxis«.
- 17 S. auch: *Spontaneität und Freiheit – neue Aspekte moderner Hirnforschung für Strafrecht und Kriminologie?* In: *Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag* 2011, S. 65–75.

Das »Forschungsobjekt Embryo«¹⁸ (2.3) hat aufgrund internationalen Drucks zu pragmatischen Lösungen geführt; die Gesetzgebung zum Embryonenschutz ist in Bewegung geraten. Im übrigen gibt es ja die vorsichtige Prognose, daß man vielleicht irgendwann die embryonalen Stammzellen nicht mehr braucht.¹⁹

Die hier interessierende Perspektive auf das Ende der individuellen Existenz (2.4) wird mehr und mehr durch Diskussionen über die kommerzielle Sterbehilfe ausgefüllt. Das verdeckt die Tatsache, daß Beihilfe zur Selbsttötung grundsätzlich straflos ist, daß alle Zweifel auch mit Blick auf die Unterlassungsfälle erledigt sind, daß aber offenbar die ärztliche Standesethik anders denkt, und durch die Kommerzialisierung eine Motivtrübung eintritt, die dem Ganzen eine Schlagseite ins Unrecht zu geben scheint. Mit dem geltenden deutschen Strafrecht ist das freilich nicht zu begründen, da es nur die Haftung für akzessorische, das heißt an das Unrecht einer Haupttat (die hier fehlt, weil Selbsttötung straflos ist) geknüpfte Teilnahme kennt.

Die dogmatische Zuspitzung, die noch nicht ausgereizt ist, liegt bei der *aktiven* Sterbehilfe, also bei den Fällen, in denen der Mensch, der sterben will, praktisch handlungsunfähig und deshalb auf die Tötung durch einen anderen angewiesen ist. Der Tatbestand der *Tötung auf Verlangen* (§ 216 Strafgesetzbuch) ist nur eine Privilegierung, grundsätzlich bleibt die Strafbarkeit bestehen, weil man in diesen Fällen – selbst wenn man ein Recht des Sterbewilligen auf seinen Tod annimmt – an die abstrakte Gefährdung durch den virtuellen Mißbrauch dieser Situation denkt. Auch die avancierteren Positionen, die zu § 216 Strafgesetzbuch vertreten werden, erkennen diesen Gesichtspunkt an, und dem entspricht es, daß die Modelle für eine völlige Straffreiheit schaffende Erklärung des Getöteten an bestimmte Verfahren gebunden sind, welche die Ernstlichkeit des Tötungsverlangens, so gut es geht, garantieren. Auf die-

18 Reinhard Merkel, *Forschungsobjekt Embryo, Verfassungsrechtliche und ethische Grundlage der Forschung an menschlichen Embryonalzellen*, München 2002.

19 Zum neuesten Stand der Diskussion über die gesamte Thematik: Reinhard Merkel, »The Legal Status of the Human Embryo«, in: *Ethics, Law and Moral Philosophy of Reproductive Biomedicine* 2 (2007), 1, S. 54 ff.; »Lebensrecht und Gentest schließen sich aus«, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 3. August 2010; Bong-Jin Ko, *Menschenwürde und Biostrafrecht bei der embryonalen Stammzellenforschung*, Frankfurt/M. 2008.

ser Linie liegt auch der hier gemachte Gesetzgebungsvorschlag. Die Literatur zu dieser Frage ist nicht sehr umfangreich. Am weitesten vorgeschritten ist jetzt die Konzeption, die im Rahmen einer sogenannten Paternalisierungsdebatte vertreten wird und die Regelung des § 216 StGB grundsätzlich als paternalistisch verwirft, allerdings ebenfalls mit der Einschränkung, daß Verfahren bereitgestellt werden müssen, die den Mißbrauch des Privilegs verhindern.²⁰

Die instabilen Situationen am Anfang und Ende des Lebens sind gewissermaßen genuin, aber vieles kommt auch von außen. Soziale Situationen und persönliche Entwicklungen können ein Individuum so einengen, daß es auch nach konventionellen Maßstäben noch nicht oder nicht mehr frei reagiert, wobei das im Einzelfall schwer zu entscheiden ist (3.1 bis 3.4).

Hier ist das gemeinsame Thema, daß aus normativen und tatsächlichen Gründen die vollständige Erforschung der inneren Vorgänge, die zur Tat geführt haben, im Strafprozeß unterbleibt (3.1). Zu den speziellen Fragen, die sich daraus für die Dogmatik des Vorsatzes ergeben, muß man feststellen, daß sie bei jugendlichen Tätern besondere Probleme aufwerfen (3.2). Das gilt auch bei für andere Delikte typischen Merkmalen, etwa beim Mord (3.3).

Die dringende Frage, ob das Jugendstrafrecht am Ende seinerseits sogar das Erwachsenenstrafrecht beeinflussen könnte, wird gar nicht gestellt (3.4). Vielmehr ist gegenwärtig die umgekehrte Tendenz virulent.²¹

Im Jugend- und Erwachsenenstrafrecht sind jetzt die »Ehrenmorde« das psychologisch-normative Rätsel (3.6). Die Diskussionen sind fern von einer gemeinsamen Logik.²²

Was die Sanktionen angeht, so gibt es wieder speziell auf Ju-

20 Die neueste Darstellung dieses Problems bei Andrew von Hirsch/Ulfrid Neumann, »Indirekter Paternalismus im Strafrecht am Beispiel der Tötung auf Verlangen § 216 StGB«, in: *Golttdammer's Archiv für Strafrecht* 154 (2007), S. 671 ff.

21 Vgl. die Diskussion kurz vor der Wahl des Hessischen Landtags am 27. Januar 2008; dazu Peter-Alexis Albrecht, »Der politische Gebrauchswert des Jugendstrafrechts«, in: *Strafverteidiger* (2008), S. 154 ff.; Heribert Ostendorf, »Jugendstrafrecht – Reform statt Abkehr«, in: *Strafverteidiger* (2008), S. 148 ff.; Thorsten Verrel/Michael Käußl, »Warnschussarrest, Kriminalpolitik wider besseres Wissen?«, in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (2008), S. 177 ff.

22 Tiefschürfend: Günther Jakobs, »Die Schuld des Fremden«, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 118 (2006), S. 831 ff.

gendliche bezogene Fragen. Hier ist Vorsicht geboten gegenüber zu schnellen Zuschreibungen einer Tatschuld (3.7, aber auch 3.4). Bei Erwachsenen hingegen ist das Umgekehrte indiziert: Zu warnen ist vor einer schicksalsträchtigen Pathologisierung der gesamten Persönlichkeit. Vielmehr muß die Tatschuld nach wie vor den Ausschlag geben; »Sicherungsverwahrung« ist eine fragwürdige, längerfristig wieder zu beseitigende Maßregel²³ (3.8).

Andere vergleichbare Determinanten sozialen Verhaltens beruhen auf außergewöhnlichen Ereignissen. Sie rühren weniger an die virtuelle Pathologie der Personen als an die den gesellschaftlichen Verhältnissen entspringenden Normbildungsprozesse (4.1 bis 4.6).

Hierher gehören die strafrechtlichen Folgen politischen Systemwechsels. Über einen älteren Anwendungsfall wird aus der Perspektive der Gegenwart berichtet (4.1). Die Debatte über dieses Problem ist vor allem mit Blick auf die Veränderungen des vergangenen Jahrhunderts in Osteuropa sehr konkret geworden.²⁴ Aber auch subkutane Systemwechsel und ihre Folgen gehören hierher (4.2).

In Deutschland ist es zu einer neuen Diskussion über den Konflikt gekommen, in den jemand geraten kann, der glaubt, ein Menschenleben nur retten zu können, indem er einen anderen Menschen foltert (4.3). Die *internationale* Verdammung jeglicher Folter, sowohl der repressiven (sie ist relativ unstrittig geblieben) wie der präventiven ist eindeutig. Deshalb werden in den Ausein-

23 Gründliche Überprüfung jetzt durch: Tobias Mushoff, *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung*, Frankfurt/M. 2008; zur aktuellen Entwicklung: Soledad Bender, *Nachträgliche Sicherungsverwahrung*, Frankfurt/M. 2007.

24 Zu den einschlägigen Problemen, die der Beitritt der ehemaligen DDR zur Bundesrepublik mit sich gebracht hat, vgl. Lüderssen, *Der Staat geht unter, das Unrecht bleibt*, Frankfurt/M. 1993. An der dort vertretenen Position des restriktiven Positivismus wird festgehalten. Sie hat allerdings vielfältige Kritik erfahren (vgl. die Einwände von Bernhard Haffke, »Der »gute« Positivismus im Licht des Völkerstrafrechts«, in: *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden 2002, S. 395 ff.; Ulfried Neumann, »Rechtspositivismus, Rechtsrealismus und Rechtsmoralismus in der Diskussion um die strafrechtliche Bewältigung politischer Systemwechsel«, in: *Festschrift für Klaus Lüderssen*, S. 109 ff.). Vgl. im übrigen das Material in den von Klaus Marxen und Gerhard Werle, und – bezogen auch auf außereuropäischer Entwicklungen – Albin Eser und Jörg Arnold veröffentlichten Sammelbänden. Aus der ausländischen Literatur ist hervorzuheben: Ruti Teitel, *Justice in Transition*, New York 2000.

andersetzungen inzwischen zunehmend Grundsätze herangezogen, die womöglich den internationalen Regelungen vorgelagert sind, etwa – nicht in Bezug auf die Verfolgung, sondern die Abwendung einer Straftat – ein elementares Notwehrrecht.²⁵ Nicht auszuschließen ist, daß bewährte dogmatische Institute hier benutzt werden, um primär politisch motivierte Ergebnisse juristisch zu rechtfertigen, offenbar in der Annahme, daß »die Bevölkerung« gerade das erwartet.²⁶ Die Frage nach »Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung«²⁷ ist also nach wie vor aktuell.²⁸

Ein ähnlicher Argumentationsaufwand ist dort zu beobachten, wo das unaufgelöste Spannungsverhältnis zwischen internationalem und nationalem Recht, zwischen Friedens- und Kriegsrecht die Szene beherrscht. Abwägungen, die das nationale und das Friedensrecht nicht zulassen, sind im internationalen bzw. Kriegsrecht unter Umständen möglich. Die Reichweite dieser Rechtsquellen wird allerdings unterschiedlich beurteilt. Bei der Frage der unschuldigen Opfer eines eindeutig berechtigten Attentats werden sie gar nicht mobilisiert, vielmehr wird das Problem einfach geleugnet. Kaum

25 Daß es erst jetzt für die Folter entdeckt wird, hat wahrscheinlich mit der modernen Diskussion über die Rechte des Verbrechensofners zu tun: Dem an den Staat gerichteten virtuellen Anspruch des Opfers auf Bestrafung des Täters, der jetzt zunehmend erhoben wird, entspricht der Ruf nach einer verbesserten und intensiveren Prävention.

26 Vgl. freilich demgegenüber die gründlichen Untersuchungen von Reinhard Merkel, »Folter und Notwehr«, in: *Festschrift für Günther Jakobs*, Köln 2007, S. 375 ff. und in: *Die Zeit*, Nr. 11/2008; kritisch dazu: Klaus Günther, *Die Zeit*, Nr. 22/2008; s. auch: Louis Begley, »Die Folter ist immer zweifellos«, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 29. 2. 2008, S. 36. Zunehmend sind es virtuelle Katastrophensituationen, welche die Phantasie anreizen. S. dazu grundlegend: Matthias Jahn, *Das Strafrecht des Staatnotstandes*, Frankfurt/M. 2004, S. 214 ff. Zusammenfassende Betrachtung jetzt bei: Luis Greco, Die Regel hinter der Ausnahme, Gedanken für Folter, in: The Ticking Bomb Constellation, in: *Goldtammer's Archiv* (2007), S. 628 ff., mit Nachweisen der bis dahin erschienen Literatur; dazu dann auch noch der Kommentar von Bernd Schünemann, in: *Goldtammer's Archiv*, a. a. O., S. 655 ff.

27 Vgl. die berühmte Abhandlung von Josef Esser mit dem gleichen Titel, Frankfurt/M. 2¹⁹⁷².

28 Sie bestimmt auch die kürzlich vom Präsidenten des Bundesgerichtshofs angestoßene Kontroverse über das Verhältnis des Richters zum Gesetz (Günther Hirsch, »Auf dem Weg zum Richterstaat«, in: *JuristenZeitung* (2007), S. 853 ff.; Winfried Hassemer, »Politik aus Karlsruhe«, in: *JuristenZeitung* (2008), S. 1 ff.).

jemand wagt sich an diese Relativierungen.²⁹ Bei dem Streit um das sogenannte Luftsicherheitsgesetz³⁰ ist es umgekehrt. Hier wird die nationale Problematik überwiegend im Sinne der insoweit ganz eindeutigen Tradition gelöst: Es gibt keine Rechtfertigungen für solche Opfer.³¹ Die kriegsrechtliche Fragestellung hingegen wird im Ergebnis nicht integriert.³²

- 29 Im Falle des Elsner-Attentats im Bürgerbräu-Keller in München im Jahr 1938 ist das allerdings ansatzweise einmal versucht worden.
- 30 Vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt, s. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 115, S. 118 ff.
- 31 Grundlegende Orientierung bei Reinhard Merkel, § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: »Wann und warum darf der Staat töten?«, in: *JuristenZeitung*, (2007), S. 373 ff.; Michael Pawlick, »§ 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?«, in: *JuristenZeitung* (2004), S. 1045 ff.; Torsten Hartleb, »Der neue § 14 Abs. 3 LuftSiG und das Grundrecht auf Leben«, in: *Neue Juristische Wochenschrift* (2005), S. 397 ff.; Arndt Sinn, »Tötung Unschuldiger aufgrund § 14 III Luftsicherheitsgesetz – rechtmäßig?«, in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (2004), S. 585 ff.; Wolfram Höfling/Steffen Augsberg, »Luftsicherheit, Grundrechtsregime und Ausnahmezustand«, in: *JuristenZeitung* (2005), S. 1080 ff.; anderer Ansicht allerdings: Josef Ifensee, »Not kennt kein Gebot«, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 21. I. 2008, S. 10.; Klaus Rogall, »Ist der Abschuss gekapeter Flugzeuge widerrechtlich?«, in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (2008), S. 1 ff. (die fast gewaltsame Okkupation des Defensiv-Notstandes in diesem Artikel ist freilich ein weiterer Beweis für vorurteilsgesteuerte Dogmatik; zutreffend hierzu: Merkel, a. a. O., S. 384 f.; Pawlick, a. a. O., S. 1048 f.).
- 32 Auch nicht von den Befürwortern des Abschusses Isensee und Rogall. An isolierend darauf konzentrierten Darstellungen ist freilich kein Mangel, etwa Claus Kreß, »Strafrecht und Angriffskrieg im Lichte des ›Falles Irak‹«, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (2003), S. 294 ff.; ders., *Gewaltverbote und Selbstverteidigungsrecht nach der Satzung der Vereinten Nationen bei staatlicher Verwicklung in Gewaltakte Privater*, Berlin 2005, S. 293 ff. Bezogen auf die technische Frage des Einsatzes der Bundeswehr gibt es ebenfalls viel Material, vgl. Jahn a. a. O., S. 162 ff.; Christina Pestalozza, »Inlandstötungen durch die Streitkräfte – Reformvorschläge aus ministeriellem Hause«, in: *Neue Juristische Wochenschrift* (2007), S. 492 ff.; Karl Ulrich Voss, »Rechtsstaat ad hoc – Anwendung von Gesetzesvorbehalt und Parlamentvorbehalt bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr«, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* (2007), S. 78 ff.; Dieter Wiefelspütz, »Vorschlag zur Neufassung des Art. 35 GG«, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* (2007), S. 17 ff. Über den Weg für die Bundeswehr frei machenden, vom Bundesministerium des Inneren gegenwärtig vorbereitenden Vorschlag für eine entsprechende Verfassungsänderung vgl. den Bericht der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* v. 21. I. 2008, S. 5. Diese Planungen werden sich allerdings vor der verfassungswidrigen Verfassungsnorm zu hüten haben. Es müssen Parallelen zum »Verteidigungsfall« (definiert in Art. 115a GG), zum »Spannungsfall« (erwähnt in Art. 87a Abs. 3 GG, aber

Im vorliegenden Band ist sowohl in Bezug auf die Attentatsfrage wie den Abschluß eines angreifenden Flugzeugs diese Möglichkeit der Problemlösung hingegen nicht ausgeklammert worden. Im Falle der Attentate scheint mir das unerläßlich zu sein (4.4), anderenfalls kommt man zu ganz seltsamen Verdikten.³³ Beim Luftsicherheitsgesetz liegt es wohl anders. Sollte allerdings die kriegsrechtliche Komponente bei den vielleicht noch erwartbaren Vorfällen in den Vordergrund treten,³⁴ ergibt sich ein neuer Argumentationsbedarf (4.5).

Er kann sich allerdings auch in umgekehrter Richtung entwickeln, dann nämlich, wenn man die großzügigen kriegsrechtlichen

nicht definiert, oder zur »drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche Grundordnung des Bundes oder eines Landes« (Art. 87a Abs. 4 Satz 1 GG) gefunden werden, andernfalls fehlt es an einer analogiefähigen Konstruktion, die eine Voraussetzung ist für eine Verfassungsänderung im Geist der Verfassung. Man könnte darauf abstellen, daß der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen eine Bedrohung des Weltfriedens festgestellt oder der NATO-Rat den Bündnisfall beschlossen hat. Darüber hinaus müßte jedenfalls geprüft werden, ob mit der erweiterten Zuständigkeit der Bundeswehr automatisch auch materielles (in engen Grenzen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei quantitativer Abwägung von Menschenleben anerkennendes) Kriegsrecht integriert wäre – eine schwierige Frage. Wäre sie mit »nein« zu beantworten, würde sogar die Inkaufnahme einer verfassungswidrigen Verfassungsnorm nicht das leisten, was das Innenministerium von ihr erwarten mag. Umfassende Orientierung über alle hier aufgeworfenen Fragen bei Jahn, a. a. O., S. 569 ff.

33 Vgl. die bedrückenden Parallelen, die Gerd Röllecke zum Fall Schleyer zieht: »Dem Ganzen geopfert. Der Fall Schleyer und das Luftsicherheitsgesetz«, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 16. 2. 2005, S. 37; s. ferner Jahn, a. a. O., S. 169 ff. Darauf, daß die Entscheidung der Bundesregierung seinerzeit von der Rechtsgesellschaft akzeptiert und vom Bundesverfassungsgericht (s. Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, Band 46, S. 160 ff.) sogar abgesegnet worden ist, könnte die gegenwärtige Regierung versucht sein, gleichsam Wechsel zu ziehen. Dabei würde sich allerdings am Ende wohl zeigen, daß gar nicht die Abwägung zugunsten der vor dem Angriff der Terroristen zu rettenden Menschen den Ausschlag gäbe, sondern die Staatsräson, die sich dergleichen – coûte que coûte – einfach nicht binden lassen möchte (in dem Artikel von Isensee steht dies zwischen den Zeilen).

34 Ansätze schon bei Pawlick, a. a. O., S. 1054 (dies allerdings offenbar auf dem Hintergrund einer von ihm für die Terrorismusbekämpfung allgemein empfohlenen kriegsrechtlichen Strategie, siehe »Der Terrorist will nicht resozialisiert werden«, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 25. 2. 2008, S. 40) und vor allem bei Kay Waechter, »Polizeirecht und Kriegsrecht«, in: *JuristenZeitung* (2007), S. 61 ff.