



Ausnahmezustände des juristischen Denkens¹

Im »Krieg gegen den Terror« versammeln sich bunte Heerscharen, von denen einige die Notwendigkeit oder auch die Chance sehen, in Erinnerung an Carl Schmitt, den Romantiker der »Ausnahmelage«, den permanenten Ausnahmezustand und ein neues Notrecht auszurufen. Das galt schon in den siebziger Jahren mit Blick auf die RAF. Das gilt insbesondere seit den Terroranschlägen vom 11. September 2001. Sie haben die Gefährdung der Sicherheit auch in demokratisch organisierten Zivilgesellschaften bewusst gemacht. Dies war, wie man weiß, der Anlaß zu einer verschärften Sicherheitspolitik, in deren Rahmen die Gesetzgebung auf nationaler wie internationaler Ebene immer neue Anläufe unternimmt, den terroristischen Bedrohungen wirkungsvoll zu begegnen. Und bekannt ist mittlerweile auch, dass die dabei erwogenen oder praktizierten Strategien in Grenzbereiche rechtsstaatlich verantwortbarer Abwehrmaßnahmen führen: Rasterfahndung, staatliche Ausspähung privater Computer, Abschluß entführter Flugzeuge, Folter.

Wolfgang Hetzer hat die brisanten Probleme im Titel seines Buches auf die provokante Frage reduziert: »Rechtsstaat oder Ausnahmezustand?«. Er weiß, wovon er spricht, denn seit langem beschäftigt er sich mit der inneren und äußeren Sicherheit. Zwei Jahre war er als Referatsleiter im Bundeskanzleramt zuständig für die Aufsicht über den Bundesnachrichtendienst, und zwar in den Bereichen Organisierte Kriminalität, Geldwäsche, Nichtverbreitung von Massenvernichtungswaffen und strategische Überwachung der Telekommunikation. Wegen kritischer Äußerungen in der Öffentlichkeit wurde er 2002 vom Dienst suspendiert. Seither leitet er die Abteilung »Intelligence: Strategic Assessment & Analysis« im Europäischen Amt für Betrugsbekämpfung in Brüssel.

Hetzer hat ein kämpferisches, journalistisch-polemische Buch vorgelegt. Er sieht den Rechtsstaat in Gefahr, will aufrütteln und warnen. Daher schreibt er auch mehr in rechtspolitischer als in

juristisch-analytischer oder gar dogmatischer Absicht. Aber sein Buch ist ein spannender Beitrag zur Zeitgeschichte. Es schildert nicht nur die Beweggründe der Befürworter einer verschärften Sicherheitspolitik, sondern gibt auch Einblick in die Diskussion über Möglichkeiten und Chancen eines Rechtsstaates, sich gegen drohende nicht-militärische Angriffe zu verteidigen.

Im Kern geht es um staats-, polizei- und strafrechtliche Bereiche, die in der juristischen Debatte nicht immer scharf getrennt werden. Einen Schwerpunkt bildet die Frage, wie sich der Rechtsstaat wirksam gegen die existentielle Bedrohung durch einen anonym agierenden, global organisierten, religiös motivierten Terrorismus zur Wehr setzen kann. Darüber existiert eine kontroverse rechtspolitische Debatte, der sich der Autor mit kämpferischem Scharfsinn zuwendet.

Ausgangspunkt ist der vom Bonner Strafrechtler und Rechtsphilosophen Günther Jakobs bereits in den achtziger Jahren geprägte Begriff des »Feindstrafrechts«. Jakobs glaubte damals nachweisen zu können, dass – in Reaktion auf den modernen Terrorismus und andere Kriminalitätsformen – neben das normale »Bürgerstrafrecht« ein spezielles »Strafrecht für die Feinde der Rechts- und Staatsordnung« getreten sei. Und während dies lange Zeit eine kaum beachtete Außenseitermeinung geblieben war, verliehen die staatlichen Reaktionen auf den 11. September diesem Denkansatz ungeahnte Aktualität. Als Jakobs 2004 mit seinem Beitrag »Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht« nachlegte und dem zunächst nur als Beobachtung präsentierten Befund eine *normative Wendung* gab², konnte er bereits auf eine kleine, aber wachsende Zahl von Anhängern verweisen.

Dabei war seine Begründung alles andere als modern. Neben einem – eher missbräuchlichen – Hinweis auf Kant war es unübersehbar das Carl-Schmittsche Freund-Feind-Denken, das hier fröhliche Urstände feierte: Die Bindungen, die sich der Rechtsstaat gegenüber seinen Bürgern auferlege, so Jakobs, seien gegenüber Terroristen »schlechthin unangemessen«. Wer die staatliche Rechtsordnung bewusst und entschieden ablehne oder sie sogar zerstören wolle, verliere seine Rechte als Person und dürfe deshalb vom Staat mit allen Mitteln bekämpft werden. Der Terrorist, der die herrschende Gesellschaftsordnung stürzen wolle, der Gewohnheitsverbrecher, der alle staatlichen Gesetze ignoriere, oder das Mafia-Mitglied, das nur nach den Regeln seines Clans lebe, seien »Unpersonen« und hätten ihren Anspruch, als Bürger behandelt zu werden, verwirkt. Sie seien als »Feinde« zu bekämpfen.

Carl Schmitt kam, als er 1927 über den »Begriff des Politischen« schrieb³, zu ganz ähnlichen, wenn auch allgemeiner formulierten Ergebnissen. Auch für den späteren NS-Starjuristen bestand das die Beziehung zu Völkern und Bürgern bestimmende Merkmal des »Politischen« bekanntlich in der Unterscheidung von Freund und Feind. Feind war dabei derjenige, der vom Souverän zum Feind erklärt wurde, was einigermaßen folgenreich werden konnte: Schmitt: »Die Begriffe Freund, Feind und Kampf erhalten ihren realen Sinn dadurch, dass sie insbesondere auf die reale Möglichkeit der physischen Tötung Bezug haben und behalten.«⁴ Damit wollte Jakobs allerdings (noch) nicht gleichgesetzt werden. Sein kühler Hinweis, er verstehe unter Feind eben nicht, wie Schmitt, den Andersartigen (*hostis*), sondern den gefährlichen Verbrecher (*inimicus*)⁵, vermochte seine Kritiker freilich nicht von der Harmlosigkeit seines Ansatzes zu überzeugen.

Aber, wie gesagt, es gibt mittlerweile längst nicht nur Kritiker. Die Rezeption Schmittscher Ideen im Dienste der Verteidigung des Staates gegen terroristische Gefahren reicht inzwischen weit über das Strafrecht hinaus. So wird etwa darüber diskutiert, unter welchen Voraussetzungen im Rahmen der polizeilichen Gefahrenabwehr gegen den Terrorismus auch militärische Mittel, also der Einsatz der Bundeswehr im Innern über Art. 35 II u. III, 87a II GG hinaus, zulässig sein sollen.⁶ Die traditionelle Trennung zwischen innerer und äußerer Sicherheit, so wird argumentiert, sei durch die Guerillataktik des modernen Terrorismus obsolet geworden, und es müsse nach geeigneten Abwehrinstrumenten zur Verteidigung des Rechtsstaates gesucht werden, die dieser neuen Lage gerecht werden könnten.

Die staatsrechtliche Legitimation für dieses Vorhaben versucht Otto Depenheuer⁷ in seiner Schrift »Selbstbehauptung des Rechtsstaats« zu liefern – und offenbar sind seine Argumente so überzeugend, dass der Bundesinnenminister, Wolfgang Schäuble, Depenheuers Buch den Juristen wärmstens zur Lektüre empfahl. Dieser Empfehlung geht Hetzer nach – und stößt wiederum auf den Urahn Schmitt, auf sein Freund-Feind-Schema und seine Thesen zum staatsrechtlichen Ausnahmezustand. An der Seite von Jakobs findet er dessen Schüler Michael Pawlik, und als Urahn von Depenheuer identifiziert er dessen Lehrer Josef Isensee. Sie alle stützen sich, insoweit übereinstimmend, auf den Mann aus Plettenberg und seine »Politische Theologie«.⁸ Die dort getroffene Feststellung: »Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet«⁹, mit der Schmitt