

AUSGABE 9/2006

S. 413 - 463

1. Jahrgang

### Inhalt

#### AUFSÄTZE

##### *Strafrecht*

**Das „Feindstrafrecht“ darf nicht sein!  
Zur Unzulässigkeit des sogenannten „Feindstrafrechts“  
und dem Gedanken der Sicherheit unter besonderer  
Berücksichtigung der wissenschaftlichen Diskussion  
in Spanien**

Von Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo, Toledo/Köln

413

**El “derecho penal del enemigo” darf nicht sein!  
Sobre la ilegitimidad del llamado „derecho penal  
del enemigo“ y la idea de seguridad**

Von Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo, Toledo/Köln

428

##### *Internationales Strafrecht*

**Ungeschicktes und folgenreiches Vorgehen in der  
transnationalen Rechtshilfe  
Zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Stuttgart  
v. 28.1.2005 – 3 Ausl. 76/03**

Von Krisztina Karsai, Szeged/Gießen

443

##### *Strafprozessrecht*

**Rasterfahndung fällt durch das Raster  
des Grundgesetzes**

Von Wiss. Assistentin Dr. Gabriele Kett-Straub, Erlangen

447

#### ENTSCHEIDUNGEN ZU BESPRECHUNGSAUFSÄTZEN

##### *Internationales Strafrecht*

**OLG Stuttgart, Beschl. v. 28.1.2005 – 3 Ausl. 76/03  
„Auslieferung zur Vollstreckung eines Abwesenheitsurteils  
an die Republik Ungarn“**

(zu Karsai, S. 443)

452

#### BUCHREZENSIONEN

##### *Strafrecht*

**Karl Heinz Gössel, Das neue Sexualstrafrecht, 2005;  
Barbara Hermann-Kolb, Die Systematik der sexuellen  
Gewalt- und Missbrauchsdelikte, 2005**

(PD Dr. Axel Dessecker, Wiesbaden und Göttingen)

454

##### *Strafprozessrecht*

**Janique Brüning, Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen  
Ermittlungsverfahren, 2005**

(Prof. Dr. Michael Hegmanns, Frankfurt/Oder)

456

#### Herausgeber

Prof. Dr.  
Roland Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dr. h.c.  
Bernd Schünemann

#### Schriftleitung

Dr. Thomas Rotsch

#### Redaktion

Dr. Thomas Rotsch

Dr. Arndt Sinn

#### Webmaster

Dr. Thomas Rotsch

#### Internetauftakt

René Grellert

AUSGABE 9/2006

S. 413 - 463

1. Jahrgang

### Inhalt

#### BUCHREZENSIONEN

##### *Lehrbuchliteratur*

**Helmut Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2005**

(Prof. Dr. Henning Rosenau, Augsburg)

458

**Helmut Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2005**

(Stud. HK Nikolaos Gazeas, Köln)

459

##### *Strafrecht*

**Karl Heinz Gössel, Das neue Sexualstrafrecht, 2005**

(Wiss. Mitarbeiter Dr. Dennis Bock, Kiel)

462

#### Herausgeber

Prof. Dr.  
Roland Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dr. h.c.  
Bernd Schünemann

#### Schriftleitung

Dr. Thomas Rotsch

#### Redaktion

Dr. Thomas Rotsch

Dr. Arndt Sinn

#### Webmaster

Dr. Thomas Rotsch

#### Internetauftakt

René Grellert

# **Das „Feindstrafrecht“ darf nicht sein!\*\***

Zur Unzulässigkeit des sogenannten „Feindstrafrechts“ und dem Gedanken der Sicherheit unter besonderer Berücksichtigung der wissenschaftlichen Diskussion und Tendenzen in Spanien

Von Prof. Dr. **Eduardo Demetrio Crespo**, Toledo/Köln

\* *Ins Deutsche von Frau Wiss. Mit. Federica Giralt übersetzt*

\* *Traducido al alemán por Wiss. Mit. Federica Giralt*

„Im Banne der Terrorgefahr hat sich ein rechtsfreier Raum gebildet, der erlaubt, was noch vor kurzem ausgeschlossen schien, daß nämlich ein doppelter Freibrief im Wechselverhältnis der Staaten ausgestellt wird: Jeder kann seine heimischen Feinde als Terroristen mit dem Segen der Staatengemeinschaft bekämpfen, und die Menschenrechtsverletzungen von Verbündeten werden mit Diskretion übergegangen und dadurch ermöglicht“ (U. Beck, *Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden*, Frankfurt am Main, 2004, S. 213.).

*Zusammenfassung: Der Verf. reflektiert über den Begriff „Feindstrafrecht“ als deskriptiv-präskriptive Theorie und konsequente Ausnahme der Stabilisierung der Norm, dem roten Faden des Spannungsverhältnisses zwischen Freiheit und Sicherheit im Rechtsstaat folgend. Die Frage nach der Legitimität eines solchen Strafrechtsverständnisses wird deutlich negativ beschieden; zum einen aufgrund des damit verbundenen Verstoßes gegen die Würde des Menschen, zum anderen aufgrund seines eigentlichen Wesens als „Täterstrafrecht“, und schließlich wegen der daraus resultierenden Verletzung des Grundprinzips der Rechtstheorie, wonach die Geltung nicht von der Wirksamkeit abgeleitet werden darf. Der Autor kommt zu dem Schluss, dass die Menschenrechte die unüberwindliche Grenze gegenüber jedem kriminalpolitischen, philosophisch-politischen, rechtsphilosophischen, soziologischen oder dogmatischen Angriff bilden sollten.*

## **I. Ausgangspunkt**

Der Problematik um den Begriff „Feindstrafrecht“ liegt eine alte Diskussion zugrunde: Das Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit. Bei diesem grundlegenden Gegensatz optiert das Modell des „Feindstrafrechts“ einseitig zugunsten der Sicherheit. Das Thema muss daher dem methodologischen und philosophisch-politischen Kontext entsprechend beurteilt werden.

### *1. Methodologisch: Das „Sein“ und das „Sollen“ des Strafrechts*

Der Gegensatz zwischen Sicherheit und Freiheit gehört ohne Zweifel zu den klassischen Themen sowohl der Rechtsphilosophie als auch der politischen Philosophie. Allein dies erklärt bereits die enormen Auswirkungen dieses Themas auf das Strafrecht. Wir werden sehen, dass diese Bereiche „Freiheit – Sicherheit“, „Hermeneutik der Pflicht – Hermeneutik der Freiheit“, „Sein-Sollen des Rechts“ mit Denkmodellen der politischen Philosophie verbunden sind, die ihrerseits durch die Diskussion über die Strafzwecke in das Strafrecht einfließen. Die Strafzwecke stellen die Kernpunkte des Strafrechts dar; sie sind Ausgangs- und Endpunkt der meisten Überlegungen bezüglich der dogmatischen und/oder kriminalpolitischen Entwicklung. In der Diskussion kann mindestens ein Ausgangspunkt innerhalb der rechtlichen Methodo-

logie, und ein weiterer innerhalb der politischen Philosophie ausgemacht werden.

Bezüglich des ersten Ausgangspunktes wird in der aktuellen neokonstitutionellen Diskussion erneut die Frage nach dem *Spannungsverhältnis zwischen Sein und Sollen des Rechts* aufgeworfen; denn während ersteres vielfältig auftreten kann, ist letzteres gleichmäßig oder strebt solches jedenfalls an.<sup>1</sup> Vor diesem Hintergrund geht es gemäß *García Figueroa* um das Auffinden irgendeines Bindeglieds zwischen dem Sein und dem Sollen des Rechts: Der materielle Aspekt der Konstitutionalisierung der Rechtsordnung besteht in der Aufnahme mancher moralkritischer Anforderungen durch die Rechtsordnung in Form von Grundrechten (axiologische Last). Der *strukturell-funktionale Aspekt* der besagten

\* Zu Beginn eines von der Alexander von Humboldt-Stiftung geförderten Forschungsaufenthaltes am *Institut für ausländisches und internationales Strafrecht der Universität zu Köln* fertig gestellter Aufsatz. Ich danke seinem Direktor, Herrn Prof. Dr. Thomas Weigend, für seine Gesprächsbereitschaft und kritische Würdigung.

Berücksichtigt sind einige Fragen, die in der Diskussion am 8. Mai 2005 in Frankfurt (Oder) anlässlich der Strafrechtslehrertagung „Transnationale Grundlagen des Strafrechts“, an der ich Gelegenheit hatte, teilzunehmen, aufgeworfen wurden. Ich danke Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Günther Jakobs für die Gelegenheit, mit ihm über die Entwicklung seiner Gedanken in diesem Punkt zu sprechen.

Besonderer Dank gebührt Frau Wiss. Mit. Federica Giralt für ihre wertvolle Unterstützung bei der Erstellung des deutschen Manuskripts. Herrn stud. HK Nikolaos Gazeas und Frau stud. HK Kiomi von Frankenberg danke ich für die weiteren Korrekturvorschläge.

Nicht zuletzt bedanke ich mich beim Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans Joachim Hirsch und Herrn. Prof. Dr. Dr. h.c. Bernd Schünemann für die Durchsicht des Manuskripts.

\*\* Verwendete Abkürzungen spanischer und lateinamerikanischer Zeitschriften: ADPCP. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AP: Actualidad Penal; CRP: Claves de Razón Práctica; CPC: Cuadernos de Política Criminal; DPCRI: Derecho Penal contemporáneo. Revista Internacional; NDP: Nueva Doctrina Penal; RCSP: Revista catalana de seguridad pública; JPD: Revista Jueces para la Democracia; RDP: Revista de Derecho Penal; RDPC: Revista de Derecho Penal y Criminología; RECPC: Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología; RDPP: Revista de Derecho y Proceso penal; RGDP: Revista General de Derecho Penal; RP: Revista Penal; RMT: Revista Mientras Tanto.

<sup>1</sup> *García Figueroa*, in Carbonell (Hrsg.), *Neoconstitucionalismo* (s), 2003, S. 159 ff.; ders., in Betegón/de Páramo/Laporta/Prieto Sanchís (Hrsg.), *Constitución y Derechos Fundamentales*, 2004, S. 235 ff.

Konstitutionalisierung ergibt sich aus der Struktur der verfassungsrechtlichen Normen und Art und Weise der Argumentation,<sup>2</sup> die aufgrund der Ausstrahlungswirkung verfassungsrechtlicher Prinzipien zwingend vorgegeben ist.<sup>3</sup> Wie *Díaz* anmerkt, lässt sich „diese notwendige und selbständige Differenzierung, die sich jeder Verbindung und Vermischung beider Dimensionen (traditioneller Rechtsnaturalismus) widersetzt, auch nicht auf den Bruch und die Teilung zwischen beiden (extremer Positivismus) reduzieren“.<sup>4</sup> Dementsprechend reflektiert sich diese Spannung zwischen Sein und Sollen des Rechts im Strafrecht, in der Abgrenzung zwischen Funktionen und Zielen desselben.<sup>5</sup> Letztere legitimieren ein Eingreifen des Strafrechts, erstere können hiermit in Missklang treten und so zum Gegenteil beitragen. Dies ist eine in der Debatte über Sicherheit und Freiheit im Strafrecht wiederkehrende Problematik, da sich hinter den aktuellen kriminalpolitischen Sicherheitsmodellen symbolische Funktionen verstecken, die mit gewissen sozialen Notwendigkeiten<sup>6</sup> in Verbindung stehen. Jene Funktionen entsprechen wiederum nicht dem grundsätzlichen Ziel des Tatstrafrechts – das manche aufgeben – nämlich dem Schutz von Rechtsgütern.<sup>7</sup>

---

<sup>2</sup> *García Figueroa* (Fn. 1), S. 165.

<sup>3</sup> Siehe hierzu die wertvollen Äußerungen von *Donnini* für eine Implementierung des „Konstitutionalismus“ in die Strafrechtslehre: *Donnini*, in: Mir Puig/Corcoy Bidasolo/Gómez Martín (Hrsg.), *La política criminal en Europa*, 2004, S. 41 (56) [„... in vielen europäischen Kulturen findet sich die Entwicklung eines *an der Verfassung orientierten Strafrechts* sogar in den Anfängen ihrer Geschichte und *muss daher voll und ganz nachvollzogen werden*“, S. 55 „in einem weniger europäischen Kontext handelt es sich vor allem um eine auf verfassungsrechtliche Prinzipien und auf Garantien gegründete Dogmatik die eine fördernde Kraft besitzt, welche der „teleologisch“ orientierten (...) Dogmatik nicht beschieden ist“], S. 56 (Hervorhebungen im Original); *ders.*, in Pérez Álvarez (Hrsg.), *Serta in memoriam Alexandra Barata*, Salamanca 2004, S. 1227 (1240).

<sup>4</sup> *Díaz*, E., *Boletín informativo* 286, Fundación Juan March 1999, S. 4 f.

<sup>5</sup> *Silva Sánchez*, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, S. 194; *Ferrajoli*, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 1995; *Pérez Manzano*, *Culpabilidad y prevención*, 1986, S. 217 ff.; *Demetrio Crespo*, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, S. 56 ff.

<sup>6</sup> Vgl. *Díez Ripollés*, CRP 1998/85, 48; *ders.*, AP 2001/1, 1; *ders.*, Doxa 2001/24, 485; *ders.*, *La racionalidad de las leyes penales*, 2003; *Pastor*, *Recodificación penal y principio de reserva de código*, 2005, S. 15 ff.

<sup>7</sup> Siehe u.a *Günther*, in: Institut für Kriminalwissenschaften der Johann Wolfgang Goethe-Universität (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995, S. 445 ff; *Hirsch*, in: Courakis (Hrsg.), *Die Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert. Festschrift für Dionysios Spinellis*, Band I, 2001, S. 425 ff.; *Alcácer Guirao*, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003; *Portilla Contreras*, in Octavio De Toledo/ Gurdiel/ Cortés (Hrsg.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, 2004, S. 895 ff.

Aus all dem lässt sich schließen, dass das Bindeglied zwischen Sein und Sollen im Strafrecht die Menschenrechte sein müssen. Jeder auf Sicherheitsbedürfnisse oder Notstand irgendeiner Art<sup>8</sup> gestützte Versuch der Veränderung des Rechtsstaats, der diesen Punkt übergeht, ist aus Sicht des *Verf.* inakzeptabel.

## 2. Philosophisch-politisch: Liberalismus – Kommunitarismus

Im Bereich der politischen Philosophie finden sich bei Bewertung der Gegenpositionen Sicherheit – Freiheit verschiedene philosophisch-politische Traditionen: Der Liberalismus und der Kommunitarismus.<sup>9</sup> Der Liberalismus ist keine einheitliche Doktrin; den klassischen Autoren wie *Hobbes*, *Mandeville*, *Locke*, *Adam Smith*, *Voltaire*, *Kant*, *Bentham* und *J.S. Mill* haben sich im 20. Jahrhundert verschiedene Versionen des Liberalismus, etwa jene von *Popper*, *Hayek*, *Nozick* und *Dworkin*<sup>10</sup> angeschlossen. Besonders bedeutend für die politische Philosophie waren in der letzten Zeit zweifelsohne die Werke von *Rawls*<sup>11</sup> und *Habermas*.<sup>12</sup> Entgegen dem freiheitlichen Schwerpunkt der Vernunft und der Individualgrundrechte<sup>13</sup> wendet der Kommunitarismus ein, dass damit die Bedeutung der Gemeinschaft unterschätzt wird, deren Existenz zur Schaffung einer zusammenhaltenden und gerechten Gesellschaft unverzichtbar ist. Neben dem Werk *Tönnies*' *Gemeinschaft und Gesellschaft* (1887), haben sich namhafte Autoren wie *Marx*, *Nietzsche*, *Weber*, *Simmel*, *Adorno*, *Heidegger*, *Arendt* et al., und kürzlich *Alasdair MacIntyre* und *Charles Taylor*, kritisch in diesem Sinne geäußert.<sup>14</sup>

---

<sup>8</sup> Zur Problematik des „Staatsnotstandes“ siehe statt aller *Jahn*, *Das Strafrecht des Staatsnotstandes. Die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe und ihr Verhältnis zu Eingriff und Intervention im Verfassungs- und Völkerrecht der Gegenwart*, 2004, passim.

<sup>9</sup> Über die Bedeutung der Problematik in der Strafrechtstheorie und Kriminalpolitik siehe *Kunz*, *Bürgerfreiheit und Sicherheit. Perspektiven von Strafrechtstheorie und Kriminalpolitik*, 2000, S. 35 ff.

<sup>10</sup> *Muñoz*, J., *Diccionario de Filosofía*, 2003, S. 526.

<sup>11</sup> *Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 7. Aufl. 1993; *ders.*, *Politischer Liberalismus*, 1998; *Hirsch* (Hrsg.), *Zur Idee des politischen Liberalismus. John Rawls in der Diskussion*, 1997.

<sup>12</sup> *Habermas*, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechstaats*, 5. Aufl. 1997; *ders.*, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, 1996.

<sup>13</sup> Siehe diesbezüglich *Betegón*, in *Betegón* et al. (Fn. 1), S. 41 („Der Liberalismus in originärem oder prinzipiellen Sinne muss charakterisiert werden als eine politische Theorie, deren zentrales Interesse die Verteidigung einer Doktrin bezüglich der Grenzen der Regierung ist, und die zu die zu diesem Zwecke einen Rahmen institutioneller Garantien liefert, die den Schutz der persönlichen Freiheit gewährleisten sollen.“)

<sup>14</sup> *Muñoz*, J. (Fn. 10), S. 100 f.

Sicherlich warnt *Alcácer Guirao* zu Recht, dass Strafe als soziale Einrichtung für die Individualfreiheit ein zweischneidiges Schwert ist – was der Diskussion darüber erst die tiefe ethische Bedeutung verleiht: Denn die individuelle Freiheit wird zwar durch Strafe generell geschützt – durch deren konkrete Anwendung aber auch verletzt.<sup>15</sup> Nicht umsonst weist *Zaffaroni* darauf hin, dass die antiliberale Lösung besagt, der Verzicht auf Garantien sei zur Erhöhung der Sicherheit notwendig; das heißt, ein gegenläufiges Verhältnis zwischen Garantien und Sicherheit wird als selbstverständliche Tatsache vorausgesetzt.<sup>16</sup> Diese Diskussion über die Legitimität des Strafrechts kommt in der Gleichung „Prävention-Garantien“, einem ständigen Konflikt, zum Ausdruck (je mehr Prävention, desto weniger Garantien; je mehr Garantien, desto weniger Prävention). Hinter dieser Gleichung verbergen sich verschiedene Formen der Rationalität, im Einzelnen Zweckrationalität und Wertrationalität, die zwei ethischen Traditionen entsprechen: der utilitaristischen und der kantischen.<sup>17</sup>

Bezüglich der Strafziele haben sich die Generalpräventions-Theorien in ihren verschiedenen Varianten um den Versuch verdient gemacht, einen Ausgleich zwischen den genannten beiden Polen zu schaffen, insbesondere den Anforderungen der Prävention und der Schuld.<sup>18</sup> Die Theorien und dogmatischen Beiträge in diesem Bereich sind in ihrer Vielfältigkeit kaum zu überblicken. Auch wenn es nicht Ziel dieses Aufsatzes ist, diesen auf den Grund zu gehen, so soll doch versucht werden, eine Verbindung zwischen der funktional-systematischen Variante der positiven Generalprävention und dem sogenannten „Feindstrafrecht“ darzulegen.<sup>19</sup> Das Feindstrafrecht stellt m.E. eine „Ausnahme“ dar, die diesem Verständnis der Ziele und/oder Funktionen des Strafrechts nicht zuwiderläuft, sondern eine Konsequenz desselben ist.<sup>20</sup>

---

<sup>15</sup> *Alcacer Guirao*, Doxa 2002/25, 139.

<sup>16</sup> *Zaffaroni*, Discurso para la investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Castilla-La Mancha, 2004, S. 20.

<sup>17</sup> Tiefgründiger hierzu statt aller, *Alcacer Guirao*, ADPCP 1999/LII, 177; *ders.* (Fn. 15), S. 139 ff.

<sup>18</sup> Zu den verschiedenen Denkmodellen *Schumann*, Positive Generalprävention, 1989, S. 1 ff.; *Demetrio Crespo* (Fn. 5), S. 114 ff.

<sup>19</sup> Bezüglich des Funktionalismus im Strafrecht, siehe u.a *García Amado*, Doxa 2000/23, 233; *Peñaranda Ramos*, Doxa 2000/23, 289; *Portilla Contreras*, in: *Díez Ripollés/Romeo Casabona/Gracia Martín/Higuera Guimerá* (Hrsg.), La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir, 2002, S. 135 ff; *Prieto Navarro*, Doxa 2000/23, 265; *Sacher*, ZStW 2006 (erscheint demnächst).

<sup>20</sup> Siehe statt aller *Jakobs*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, passim.

## II. „Feindstrafrecht“

### 1. „Feindstrafrecht“ und die Idee der Sicherheit

Die Reformen des spanischen Strafgesetzbuches aus dem Jahre 2003 sind Gegenstand von Besorgnis und Kritik seitens der Strafrechtslehre gewesen,<sup>21</sup> da ihnen ein kriminalpolitisches Konzept zugrunde liegt, das die Sicherheit den Garantien voranstellt.<sup>22</sup> Dasselbe Phänomen ist auch in der Rechtsvergleichung zu beobachten.<sup>23</sup> Die Reformen müssen daher auf ihre Berechtigung einerseits, und ihre Kompatibilität mit dem einem Rechtsstaat typischerweise eigenen „Tatstrafrecht“ andererseits hin überprüft werden. Die logische Konsequenz einer solchen Fragestellung wird die Überlegung sein, ob das Recht auf Sicherheit tatsächlich ein solches ist, oder ob die Sicherheit nur ein Aspekt der Grundrechtsgarantie gegenüber dem Staat und gegenüber Dritten ist. Es geht hierbei nicht nur um eine bloße theoretische Überlegung, sondern um eine Frage, die die grundlegenden Menschenrechte betrifft: Handelt es sich dabei um konfligierende Interessen oder sind diese Grundrechte der Inbegriff eines Freiheitskonzeptes, das Sicherheit als eine seiner Voraussetzungen hat?<sup>24</sup>

Fraglich ist, ob nicht ein schärferes Einschreiten des Strafrechts statt Sicherheit doch eher Unsicherheit hervorbringt. Gesteht man der Sicherheit selbständigen Status zu, so könnte dies eine Grundlage bieten, die Verschärfung des Strafrechts insoweit als legitim anzusehen, als dies zum Schutze des Anrechts auf Sicherheit jener vonnöten ist, die

---

<sup>21</sup> Siehe u.a *Acale Sánchez*, in Pérez Álvarez (Hrsg.) (Fn. 3), S. 1197 ff; *Cugat Mauri*, in Pérez Álvarez (Hrsg.) (Fn. 3), S. 183 ff.; *Demetrio Crespo*, RDP 2005/1, 505; *ders.*, in: Bernuz Beneitez/Pérez Cepeda (Hrsg.), La tensión entre la libertad y la seguridad: una aproximación sociojurídica, 2006, S. 107 ff; *Laurenzo Copello*, JpD 2004/50, 30; *Maqueda Abreu*, in: Pérez Álvarez (Hrsg.) (Fn. 3), S. 1287 ff.; *Mir Puig/Alcácer Guirao*, GA 2005, 243; *Nieto Martín*, RP 2004/13, 219; *Pérez Cepeda*, in: Bernuz Beneitez/Pérez Cepeda (Hrsg.) (Fn. 21) S. 223 ff.; *Quintero Olivares*, in: Octavio De Toledo et al. (Fn. 7), S. 929 ff.; *ders.*, Adónde va el Derecho penal, 2004; *Zugaldía Espinar*, in: Octavio De Toledo et al. (Fn. 7), S. 1132 ff.

<sup>22</sup> Bezüglich der Entwicklung der Kriminalität und Sicherheitspolitik in Spanien siehe die kriminalanalytische Studie von *Arroyo Zapatero*, in: Urban Society across the World: Lessons Learned, ISPAC Ancillary Meeting. Eleventh United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice, 2005 ([www.defensesociale.org](http://www.defensesociale.org)).

<sup>23</sup> Siehe u.a *Bernardi*, in: El Derecho Penal entre abolicionismo y tolerancia cero. Homenaje a Louk Hulsman, Cahiers de Défense Sociale, 2003, S. 71 ff; *Miranda Rodrigues*, in: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, 2003, S. 207 ff; *Hassemer*, StraFo 2005, 312. Vgl. auch jüngst, hinsichtlich der „Feindbekämpfung“ im deutschen Strafrecht, *Scheffler*, in: Festschrift für Hans-Dieter Schwind, 2006, S. 123 (125 ff).

<sup>24</sup> In diesem Sinne *Gómez Martín*, in: Mir Puig et al. (Fn.3), S. 59 (62).

nicht straffällig werden. Versteht man dagegen den Schutz von Rechtsgütern als zentralen Punkt des Strafrechts, kann auch die Überlegung, dass jeder Staatsbürger zu irgendeinem Zeitpunkt straffällig werden kann, keinesfalls die Verkürzung von rechtsstaatlichen Garantien rechtfertigen, weil die Folge hiervon Unsicherheit statt Sicherheit ist. Der Begriff der „Sicherheit“, der die Strafverschärfung rechtfertigt, ist teilweise real, teilweise symbolisch, teilweise objektiv, teilweise subjektiv – in jedem Fall schwierig einzugrenzen. Die „Unsicherheit“, die damit einhergehen kann, manifestiert sich in *rechtlicher* Unsicherheit, beispielsweise durch die Unbestimmtheit der Erfassung tatbestandlichen Verhaltens, der Schwierigkeit der Identifizierung zu schützender Rechtsgüter, die Vorverlagerung der Strafbarkeit mittels der Gefährdungsdelikte, oder generell durch die Schwächung rechtsstaatlicher Garantien angesichts der ständigen Suche nach vermeintlicher Effektivität.

Es handelt sich allgemein um den Verlust der Freiheit auf Basis der funktionalen Logik des Präventivstaates, der das vorzeitige Aktivwerden gegenüber Risiken propagiert, und nicht – wie es für einen Rechtsstaat angemessen ist – auf nachträgliche Reaktionen in Einklang mit bestimmten Prinzipien und Garantien vertraut.<sup>25</sup> Diese Prinzipien, insbesondere das Prinzip der Verhältnismäßigkeit (oder des Übermaßverbotes), werden durch ein Sicherheitsdenken überdehnt, bei dem nicht der Schutz von Rechtsgütern entscheidend ist, sondern lediglich das Erreichen des erstrebten Ziels. Dies führt letztlich, wie am Ausländerstrafrecht deutlich wird, zu restriktiven Maßnahmen auf der Grundlage unbestimmter Programme<sup>26</sup>. Wie uns schon *Baratta* erinnerte, bewirken „die diskriminatorischen Mechanismen in der Behandlung von Grundrechten zugunsten „respektabler“ und auf Kosten Ausgeschlossener (Immigranten, Arbeitslose, Bedürftige, Drogenabhängige, unterprivilegierte Jugendliche, u.a.) eine Abnahme der Rechtssicherheit, die ihrerseits das Gefühl der Unsicherheit in der öffentlichen Meinung nährt. Daraus ergibt sich eine selektive Stilisierung der Risikobereiche der Rechtsverletzungen, wo der Teil nicht als Bestandteil des Ganzen betrachtet wird, sondern anstelle des Ganzen oder sogar entgegen dem Ganzen, das Ganze verstanden als die Gesamtheit der Grundrechte und aller Personen“<sup>27</sup>.

Hier wird vertreten, dass die Einforderung rechtsstaatlicher Garantien kein Luxus ist, auf den man in Krisenzeiten verzichten kann. Dies ist keine konservative, sondern im Gegenteil eine fortschrittliche These, die sich dazu verpflichtet, ein Strafrechtsmodell zu bewahren, das sich strikt an den

<sup>25</sup> Nach Meinung *Denningers* hat die „Erfindung“ eines Grundrechts auf Sicherheit durch das Bundesverfassungsgericht nicht dazu beigetragen, den Grundkonflikt zwischen Sicherheit und Freiheit zu lösen, sondern ist dazu benutzt worden, immer tiefere staatliche Eingriffe zu rechtfertigen. Vgl. *Denninger*, in: Goethe Institut. Online-Redaktion – <http://www.goethe.de/kug/ges/pok/thm/de163802.htm> –; ders., in: Koch (Hrsg.), *Terrorismus – Rechtsfragen der äußeren und inneren Sicherheit*, 2002.

<sup>26</sup> Siehe *Laurenzo Copello* (Fn. 21), S. 30.

<sup>27</sup> *Baratta*, RCSP 2001/8, 19.

verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundrechten orientiert. Die diesem Modell immanente „wertende Rationalität“ durch eine „pragmatische Rationalität“<sup>28</sup> zu ersetzen, und zwar gerade dann, wenn diese Prinzipien verteidigt werden müssen, stellt eine bedauernswerte Umwandlung der kriminalpolitischen Parameter dar. Das Strafrecht hat zweifelsfrei viele Gesichter. Eines, das keinesfalls vergessen werden darf, ist das des Beschützers und Garanten.<sup>29</sup>

## 2. Berechtigtes „Feindstrafrecht“?

Die Strafrechtswissenschaft in der uns heute bekannten Form nahm ihren Anfang in der Aufklärung<sup>30</sup>, signifikanterweise mit dem berühmten Werk von *Beccaria* (1738-1794), *Über Verbrechen und Strafen* (1764), in dem der Autor eine Reihe von Herausforderungen für eine „Humanisierung“ des Strafrechts formuliert, die bis heute gültig sind. Andererseits wird das Strafrecht seit von *Liszt* (1851-1919) als die „Magna Charta des Verbrechers“, und, in jedem Fall, als die „unüberwindbare Grenze der Kriminalpolitik“ betrachtet, wie der Autor in seinem berühmten Marburger Programm von 1882 hervorhebt.

Aus kriminalpolitischer Sicht scheint sich in den letzten Jahrzehnten ein gewisser Konsens dahingehend gebildet zu haben, dass das Strafrecht die stärkste Form des Einschreitens des Staates gegenüber dem Einzelnen ist, dies aber starke stigmatisierende Konsequenzen für den Einzelnen hat und deshalb in seiner Anwendung restriktiv gehandhabt werden, und stets überzeugend gerechtfertigt sein muss. Zusammen mit der Krise des resozialisierenden Denkens führen diese Überlegungen zu Vorschlägen, die von der Reduzierung des Strafrechts bis zu dessen Abschaffung reichen. Erstere manifestieren sich in der Suche nach Alternativen zur Freiheitsstrafe, im Wege der Entkriminalisierung, im Gegensatz zur ausdehnenden Tendenz des gegenwärtigen Strafrechts und zu den Vorschlägen, dem Opfer im strafrechtlichen Konflikt wieder die Hauptrolle zuzudenken.

Heute kann die Debatte über die Legitimation des Strafrechts, deren Kern noch vor nicht allzu langer Zeit durch den Gegensatz der Abschaffungs- und Reduzierungsvorschläge gekennzeichnet war, klarer mit den Begriffen Reduktionismus versus Ausdehnung<sup>31</sup> umschrieben werden, d.h. mit der Diskussion über die „Modernisierung des Strafrechts“. Diese Modernisierung wird von *Gracia Martín*<sup>32</sup> vehement propagiert, gegenüber dem von ihm so getauften „Diskurs des

<sup>28</sup> Vgl. in diesem Sinne *Díez Ripollés*, JpD 2004/49, 41.

<sup>29</sup> *Hassemer*, RGDP 2005/3 ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)).

<sup>30</sup> *Prieto Sanchís*, *La Filosofía Penal de la Ilustración*, 2003, passim.

<sup>31</sup> Ausführlich zur Entwicklung m.w.N *Demetrio Crespo*, RDPC 2004/14, 87 [= NDP 2004/A, 47; in: Pérez Álvarez (Fn.3), S. 1027]. Vgl. auch jüngst m.w.N, *Weigend*, in: Sieber/Albrecht (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, 2006, S. 44 (55 ff., 64).

<sup>32</sup> *Gracia Martín*, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003.

Widerstandes“, den er als „ultraliberal und reaktionär“ bezeichnet. Zu der Modernisierung zählt er auch das so genannte „Feindstrafrecht“<sup>33</sup>, das von der Prämissen ausgeht,

<sup>33</sup> In der spanischen Literatur siehe u.a: *Brandariz García*, in: Faraldo/Brandariz/Puente (Hrsg.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, 2004, S. 15 ff. (siehe insb. seine interessanten Reflexionen über die Konstruktion des „inneren Feindes“ als ein Charakterzug des aktuellen Strafrechtssystems als formeller sozialer Kontrollmechanismus und die „Notstandskultur“ in der Ära des permanenten globalen Krieges, S. 42 ff., 54 ff.); *Cancio Meliá*, DPCRI 2003/3, 31; *Demetrio Crespo* (Fn. 31), S. 87; ders., RGDP 2005/4 ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)); *Diez Ripollés*, RECPC 2005/07-01, 22 (<http://criminet.ugr.es/recpc>); *Faraldo Cabana*, in: Faraldo et al. (Fn. 34), S. 310 ff.; *Gracia Martín*, RGDP 2004/2, 1 ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)); ders., RECPC 2005/07-02, 1 (<http://criminet.ugr.es/recpc>) [RDP 2005/1, 87]; ders., *El horizonte del finalismo y el „derecho penal del enemigo“*, 2005; *Jakobs /Cancio*, Derecho penal del enemigo, 2003, (2. Aufl. 2006); *Muñoz Conde*, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el nacionalsocialismo, 2002, S. 117 ff.; ders., in: Octavio De Toledo et al. (Fn. 7), S. 803 ff.; ders., RGDP 2005/3, 1 ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)); ders., RP 2005/16, 123; ders., *De nuevo sobre el „Derecho penal del enemigo“*, 2005; *Pastor*, in: Libro Homenaje al Profesor Doctor Günther Jakobs (erscheint demnächst); *Pérez Del Valle*, CPC 2001, 75; *Portilla Contreras*, RMT 2002, 83; ders., JpD 2004/49; ders., in: Pérez Álvarez (Hrsg.) (Fn. 3), S. 1401 ff.; ders., in: Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, 2004, S. 706 ff.; *Prittitz*, in: Mir Puig et al. (Fn. 3), S. 107 ff.; *Ramos Vázquez*, in: Pérez Álvarez (Fn. 3), S. 1425 ff.; ders., in: Faraldo et al. (Fn. 34), S. 65 (90 ff.); *Silva Sánchez*, La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2. Aufl. 2001, S. 163 ff.; *Velásquez Velásquez*, in: RGDP 2005/3, 1 ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)); Zaffaroni (Fn. 16).

In der deutschen Literatur siehe u.a: *Albrecht*, ZStW 117 (2005), 852; *Ambos*, Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2. Aufl. 2004, S. 62 ff.; ders., ZStrR 2006, 1; *Aponte*, Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum „effizienten“ Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien, 2004; *Cancio Meliá*, ZStW 117 (2005), 267; *Greco*, GA 2006, 96; *Gössel*, in: Hoyer/Müller/Pawlak/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friederich-Christian Schroeder, 2006, S. 33; *Hefendehl*, StV 2005, 156; *Hörnle*, GA 2006, 80; *Kindhäuser*, in Hoyer et al. (Fn. 33), S. 81; *Prittitz*, in: Prittitz/Baurmann/Günther/Kuhlen/Merkel/Nestler/Schulz (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 499 ff.; ders., in: Pilgramm/Prittitz (Hrsg.), Kriminologie. Akteurin und Kritikerin gesellschaftlicher Entwicklung, 2005, S. 215 ff.; *Sauer*, NJW 2005, 1703; *Schulz*, ZStW 112 (2000), 653; *Scheffler* (Fn. 23) S. 123 ff.; *Schünemann*, GA 2001, 205 (210); ders., in: Griesbaum/Hannich/Schnarr, Festschrift für Kay Nehm, 2006, S. 219 ff.; *Sinn*, ZIS 2006, 107; Uwer/Organisationsbüro der Straffverteidigervereinigungen (Hrsg.), Bitte bewahren Sie

bestimmte Personen, nämlich die Straftäter, seien ihrer Staatsbürgerschaft zu berauben und als bloße „Gefahrenquelle“ zu behandeln, die um jeden Preis<sup>34</sup> unwirksam gemacht werden müssen, als handele es sich um wilde Tiere.<sup>35</sup> So würde man diese Menschen nicht wie Personen behandeln, sondern wie gefährliche Individuen, die das Strafrecht teilweise im Rahmen des Notwendigen entpersönlicht, um bestimmte Arten von Straftaten zu bekämpfen (etwa Wirtschaftsstraftaten, Terrorismus, organisierte Kriminalität, Sexualstraftaten oder allgemein schwere Straftaten).<sup>36</sup>

Angesichts dieses Strafrechts muss man sich fragen, ob eine solche „Modernisierung“ wirklich eine Weiterentwicklung darstellt, oder ob es sich nicht vielmehr – wie ich meine – um einen bedauernswerten Rückschritt handelt. Die Frage nach der Legitimation eines solchen Strafrechts muss m.E. ohne Zweifel negativ beschieden werden, da es sich jedenfalls um ein „Strafrecht“ handelte, das die Würde des Menschen nichtachtet.

### 3. Eigenschaften des „Feindstrafrechts“

Das „Feindstrafrecht“ ist gekennzeichnet durch eine Ausdehnung der Strafbarkeit, eine grundsätzlich präventive Sichtweise, eine beträchtliche Verschärfung der Strafen und durch einen laxen Umgang oder gar eine Missachtung bestimmter prozessualer Garantien.<sup>37</sup> Es handelt sich dabei nicht um eine

---

Ruhe. Leben im Feindstrafrechtsstaat, 2006 (und die dazu gehörende Beiträge).

Aus den Werken von **Günther Jakobs** siehe insb. *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751; ders., Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 1997 (2. Aufl. 1999); ders., ZStW 107 (1995), 843; ders., in: Eser/Hassemer/Burkhardt, Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 47 ff.; ders., in: Courakis (Hrsg.) (Fn 7), S. 447 ff.; ders., in Hsu (Hrsg.), Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure. An anthology in memory of Professor Fu-Tseng Hun, 2003, S 41 ff.; ders. (Fn. 20), S. 5 ff.; ders., ZStW 117 (2005), 247; ders., ZStW 117 (2005), 418; und zuletzt ders., ZStW 117 (2005), 839.

<sup>34</sup> *Cancio Meliá* (Fn. 33), S. 280.

<sup>35</sup> Siehe *Jakobs* (Fn. 20), S. 40 ff (41): „es geht demgemäß um die Sicherung einer Gefahrenquelle, wie bei einem wilden Tier, nicht aber um den Umgang mit einer Person“ (Kursiv vom Verf.); so auch in: *Jakobs* (Fn. 33), S. 843: „Deshalb ist der Satz „rechtlich hat jeder Mensch den Anspruch, als Person behandelt zu werden“ unvollständig; (...) . Der Satz muss also richtig lauten, „jeder, der zumindest einigermaßen verlässlich Rechtstreue leistet, hat den Anspruch, als Person behandelt zu werden“, und wer diese Leistung nicht erbringt, wird eben fremdverwaltet, was heißt, nicht als Person behandelt.“

<sup>36</sup> Ebenda, S. 40 ff. (41 f).

<sup>37</sup> *Jakobs* (Fn. 33), S. 47 ff.; *Cancio Meliá* (Fn. 33), S. 37; *Gracia Martín* (Fn. 33), S. 9 ff. *Muñoz Conde* (Fn. 33), 803, charakterisiert es – angesichts der Tatsache, dass es kein nicht-autoritatives Strafrecht gibt als ein „autoritativeres Strafrecht als üblich, ein Strafrecht, das unvermutet „durch

aktuelle Kennzeichnung, sondern entspringt zum einen einer Anlehnung an die von *Carl Schmitt*<sup>38</sup> verwendete Dichotomie<sup>39</sup>, und zum anderen der klassischen Epoche.<sup>40</sup> In diesem Sinne bemerkt *Zaffaroni*, dass „die Beschreibung der Merkmale des aktuellen Angriffs auf das liberale Strafrecht (...) zwar keine der historischen autoritären Staatsformen wiederherstellt, allerdings Elemente verwendet, die sich in fast jeder dieser vergangenen Staatsformen finden lassen“, was die Schlussfolgerung zulässt, dass „Strukturen existieren, die identisch sind, obwohl die Inhalte und Technik je nach Kultur variieren“.<sup>41</sup>

Der Haupttheoretiker des Konzepts des Feindstrafrechts in der aktuellen Kontroverse, *Jakobs*, betont, dass das Strafrecht zwei Formen von Regeln kenne: Einerseits den Um-

---

die falsche Tür“ einer Rechtsordnung eingetreten ist, deren verfassungsrechtliche Parameter einige fundamentalen Menschenrechte anerkannt hatten, Garantien, die zumindest formell als Grenze für die Strafgewalt des Staates fungieren.“

<sup>38</sup> Während paradoxausweise *Carl Schmitt* betont, dass dem Feind gerade dadurch Respekt gezollt wird, dass er als solcher, und nicht als Delinquent behandelt wird (siehe den Nachweis in *Beck*, Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden, 2004, S. 205), handelt es sich bei der „Theorie des Feindstrafrechts“ um „Delinquenten“, die wie „Feinde“ behandelt werden müssen.

Diese Ähnlichkeit wurde *Günther Jakobs* von *Peter-Alexis Albrecht* nach seinem Vortrag über das Thema auf der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt/Oder am 8. Mai 2005 vorgeworfen. Gegenüber diesem Einwurf entgegnete *Jakobs*, dass seine Theorie in keiner Weise von der politischen Philosophie jenes Autors inspiriert sei. Die Terminologie und Fragestellungen sind sicherlich ähnlich, aber müssen in ihrem entsprechenden historischen Rahmen betrachtet werden. Vgl. *Uwer*, in: *Uwer et al.* (Fn. 33), S. 37 ff; *Kaleck*, in: *Uwer et al.* (Fn. 33), S. 290 ff.

Andere Argumente von *Albrecht*, um das Feindstrafrecht abzulehnen, waren die Unteilbarkeit der Menschenwürde (in Anspielung auf die Differenzierung zwischen Personen und Nicht-Personen oder „Feinde“), das Feindstrafrecht als Legalisierung der Erosion des rechtsstaatlichen Strafrechts, indem es an eine unerträgliche Grenze geführt wird, oder die so vollzogene Rückkehr zu einem „Naturzustand“. Vgl. *Albrecht* (Fn. 33); *ders.*, in: *Uwer et al.* (Fn. 33), S. 117 ff.

<sup>39</sup> So kann man in „Der Begriff des Politischen“ lesen: „Feind ist nur eine wenigstens eventuell, d.h. der realen Möglichkeit nach kämpfende Gesamtheit von Menschen, die einer ebenso solchen Gesamtheit gegenübersteht“ (vgl. *Schmitt*, Der Begriff des Politischen. Mit einer Rede über das Zeitalter der Neutralisierung und Entpolitisierungen, 1932, S. 15 ff, 16). Zur Denkweise von *Carl Schmitt* siehe *Gómez Orfanel*, Excepción y normalidad en el pensamiento de *Carl Schmitt*, 1986. Zu den Parallelien siehe *Prieto Navarro*, in: *Bacigalupo, S./Cancio Meliá* (Hrsg.), Derecho Penal y Política Transnacional, 2005, S. 49 (70 ff).

<sup>40</sup> Siehe *Pastor* (Fn. 33) unter II, Fn. 27 ff.; *Gracia Martín* (Fn. 33), S. 12 ff.

<sup>41</sup> *Zaffaroni* (Fn. 16), S. 26.

gang mit dem Staatsbürger, dessen Tatausführung man abwarten könne, um dann mit dem Ziel, die normative Struktur der Gesellschaft zu bestätigen, zu reagieren. Auf der anderen Seite sei der Umgang mit dem Feind, der in einem frühen Stadium aufgehalten und seiner Gefährlichkeit wegen bekämpft werden müsse.<sup>42</sup> Seiner Auffassung nach existiert kein normativer Kontext, der die Rechtsperson einschließt, aus sich selbst heraus. Real sei nur, was in groben Zügen die Gesellschaft formt. Diese These führt ihn zu der Behauptung, dass derjenige, der keine ausreichende kognitive Sicherheit eines persönlichen Verhaltens bietet, nicht erwarten kann, als Person behandelt zu werden, da anderenfalls das Recht auf Sicherheit anderer Personen gefährdet würde. Es sei deshalb falsch, das „Feindstrafrecht“ zu verteufeln, denn das löse nicht das Problem des Einzelnen, der sich nicht in den Rahmen einer staatsbürgerlichen Verfassung bringen lasse<sup>43</sup>.

#### 4. „Feindstrafrecht“ als Notstand im Rahmen des Unverzichtbaren?

Der Vortrag von *Jakobs* anlässlich der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt/Oder begann mit folgender Frage: Kann mit den Mitteln eines rechtsstaatlichen Strafrechts „Krieg gegen den Terror“ geführt werden?<sup>44</sup> Dies verneint der Autor, da dann der Staat seine *Feinde* als Personen behandeln müsste und sie nicht als bloße Gefahrenquellen behandeln dürfte.<sup>45</sup> Diese erste Frage setzt ihrerseits eine weitere essentielle Frage voraus: Ist ein „Feindstrafrecht“ erlaubt, und wenn ja, in welchem Maße? Die Antwort auf diese Frage lautet nach *Jakobs* folgendermaßen: Das „Feindstrafrecht“ ist zulässig, jedoch nur im Rahmen des Erforderlichen. *Jakobs*‘ Auffassung nach darf der Staat zum Schutz der Staatsbürger weder auf irgendwelche Mittel verzichten, noch darf er Tabus verfallen, denn es handelt sich um Ausnahmefälle, in denen er seiner Beschützerfunktion gerecht werden muss<sup>46</sup>. Dies alles

<sup>42</sup> *Jakobs* (Fn. 33), S. 41 ff.

<sup>43</sup> Ebenda, S. 47 f. Zu dem von *Jakobs* behandelten Konzept der Person als Träger von Rechten und Pflichten und die Unterscheidung Individuum/Person siehe *Jakobs* (Fn. 33), S. 247 (265): „1. Menschliche Individuen (Sinneswesen) sind weder in ihrer Physis frei noch in ihrem psychischen Antrieb durch Lust oder Unlust; insoweit setzt die Straftheorie nicht anders an als die moderne Hirnforschung; 2. Eine normativ strukturierte Gesellschaft verbindet nicht menschliche Individuen, vielmehr Personen. Personen sind die kommunikativ konstruierten Adressaten von Rechten und Pflichten.“ Siehe hierzu *Portilla Contreras* (Fn. 33), S. 699 ff; *Gracia Martín* (Fn. 33), S. 23 ff; *Gössel* (Fn. 33), S. 38 ff.

<sup>44</sup> *Jakobs* (Fn. 33), S. 839.

<sup>45</sup> Ebenda, S. 851.

<sup>46</sup> Siehe jedoch die Überlegungen von *Roxin* bezüglich der Diskussion in Deutschland, ob Folter in Ausnahmefällen zulässig ist oder zumindest straflos bleiben kann, in dem Sinne, dass der Schutz, den der Staat dem menschlichen Leben und der Würde seiner Bürger bieten kann, sich nur innerhalb des dem Rechtsstaat eigenen Handlungsrahmens bewegen kann, in dem sich auch das Folterverbot befindet. (Siehe *Roxin*, in: *Arnold/Burkhard/Gropp/Heine/Koch/La-*

wird in Zusammenhang mit der Tatsache erwähnt, dass der Rechtsstaat nicht als abstrakt-ideal angesehen werden kann, sondern aus Sicht seiner konkreten Geltung zu betrachten wäre.<sup>47</sup> Notwendig ist, dass den Terroristen diejenigen Rechte verwehrt werden, die sie missbrauchen, um ihre Pläne in die Tat umzusetzen; insbesondere ihr Recht auf Handlungsfreiheit, wie es bei der Sicherungsverwahrung der Fall ist.<sup>48</sup> Diesbezüglich stellt sich *Silva Sánchez* die Frage, ob man ein Strafrecht der „dritten Geschwindigkeit“ (mit der „ersten Geschwindigkeit“ wäre ein scharfes Strafrecht gemeint, mit der „zweiten“ ein Strafrecht ohne Freiheitsentzug, dessen Flexibilisierung in Abhängigkeit von rechtsstaatlichen Garantien erfolgte), mit Freiheitsentzug, und im gleichen Atemzug eine weitgehende Relativierung kriminalpolitischer Garantien, Zurechnungserfordernisse und prozessualer Vorschriften zulassen kann. Der Autor pflichtet der Meinung, die die Existenz eines Strafrechts mit Freiheitsentzug und weniger strikten prozessualen Vorschriften als jene des Strafrechts „erster Geschwindigkeit“ als ausnahmsweise in einigen Bereichen und für eine begrenzte Zeit unvermeidbar betrachtet, mit Vorbehalten bei. Gleichzeitig schränkt er seine Berechtigung

godny/Perron/Walther, Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 461 (466). Auch jüngst: Beestermöller/Brunkhorst (Hrsg.), Rückkehr der Folter. Der Rechtsstaat im Zwielicht?, 2006, *passim*.

<sup>47</sup> *Jakobs* (Fn. 33), S. 846: „Erstens, der Staat muss seine Gestalt nicht mutwillig aufs Spiel setzen; [...]. Zweitens, die Deduktion einer Antwort auf die Frage nach der Legitimität aus dem *abstrakten* Begriff des Rechtsstaats ist nichts wert. Dass ein Staat, der keine Sicherungsverwahrung kennt, der die Bildung einer terroristischen Vereinigung nur als Tat gegen die öffentliche Ordnung bestraft, dem Kontaktsperrern, Lauschangriffe, V-Leute und vieles weitere fremd sind, dem Ideal eines Rechtsstaates näher komme als ein Staat, der solche Einrichtungen und Maßnahmen erlaubt, lässt sich nur abstrakt feststellen; konkret mag der Verzicht auf diese Einrichtungen das Recht des Bürgers auf Sicherheit aushöhlen, und dieses Recht auf Sicherheit ist nur ein anderer Name für ein Recht auf den Zustand wirklicher Rechtsgeltung.“ In diesem Sinne auch in *Jakobs* (Fn. 33), S. 421 und 425.

<sup>48</sup> *Jakobs* (Fn. 33), S. 847: „Hält man sich von solchen Extremen fern, so geht es um das Erreichbare, um das praktisch Optimale, was heißt, das Feindstrafrecht sei auf *das Erforderliche* zu beschränken ... Aber was ist erforderlich? Zunächst muss dem Terroristen dasjenige Recht entzogen werden, dass er missbräuchlich für seine Planungen einsetzt, also insbesondere das Recht auf Verhaltensfreiheit. Insoweit verhält es sich nicht anders als bei der Sicherungsverwahrung, [...].“ So auch *Silva Sánchez* (Fn. 33) (165), der bemerkt, dass das Feindstrafrecht sich als Strafrecht der Sicherungsmaßnahmen für gefährliche Straftäter schon im ersten Drittel des 20. Jahrhunderts deutlich heraustraktallisierte. Vgl. zur Problematik *Kunz*, in: Arnold et al. (Fn. 46), S. 1375 (1388); ebenso *Rehn/Wischka/Lösel/Walter* (Hrsg.), Behandlung „gefährlicher Straftäter“. Grundlagen, Konzepte, Ergebnisse, 2001. Zum „Wiederaufbau“ des Rechts der Gefahr, seiner Eigenschaften und Vorschläge siehe *Díez Ripollés* (Fn. 33), S. 26 ff.

auf Situationen des „absoluten Notstandes, Subsidiarität und Effektivität im Rahmen eines Notfalles“ ein.<sup>49</sup>

Wie ich im Weiteren ausführen werde, scheinen mir beide Auffassungen widerlegbar: Ich halte ein „Feindstrafrecht“ in einem demokratischen Strafrecht für unhaltbar, da es sich *per definitionem* um ein die Würde des Menschen leugnendes „Strafrecht“ handelt<sup>50</sup>.

### 5. „Feindstrafrecht“ als deskriptiv/präskriptives Konzept und „konsequente Ausnahme“ zur „Stabilisierung der Norm“

Die Schriften *Jakobs*' der letzten Jahre zeigen auf eindrucksvolle Weise, dass seine heutige Auffassung im Gegensatz zu der noch 1985<sup>51</sup> vertretenen nicht nur beschreibend, wenn auch von hohem kritischen Wert, sondern immer stärker darauf gerichtet ist, das Feindstrafrecht unter bestimmten Bedingungen zu verteidigen.<sup>52</sup> Paradoxe Weise, und trotz des abgerundeten Charakters seiner Aussagen, entgegnete der Autor auf den Einwand der Gefährlichkeit einer Theorie, die ein Ausnahmestrafrecht am Rande der Rechtsstaatlichkeit propagiert,<sup>53</sup> dass seine Vorschläge zu 98 % beschreibenden Charakter hätten. Daher hatte es den Anschein, als gehe es am ehesten um die Vermeidung einer „Verschmutzung“ des Strafrechtsrests durch die Eigenschaften des Feindstrafrechts.<sup>54</sup> Jedoch handelt es sich eigentlich um ein Problem,

<sup>49</sup> *Silva Sánchez* (Fn. 33), S. 163 ff (166). Zur Nähe der Vorschläge von *Jakobs* und *Silva*, sowie zu möglichen Abweichungen siehe *Díez Ripollés* (Fn. 33), S. 24 f.

<sup>50</sup> In diesem Sinne auch *Ambos* (Fn. 33), S. 62 ff.

<sup>51</sup> So kann man in seinem Beitrag über die Strafbarkeit des Versuchs von 1985 folgendes lesen: „Der Definition des Täters als Rechtsgutsfeind, nach der schon frühere Gefahrenanzeichen bekämpft werden dürfen, wenn dies im Einzelfall nicht opportun sein mag, soll hier eine Definition des Täters als Bürger entgegengesetzt werden. Der Täter soll dabei nicht nur insoweit wahrgenommen werden, als er den Gütern des Opfers gefährlich werden kann, sondern er soll von vornherein auch durch sein Recht auf eine von Kontrolle freie Sphäre definiert werden, und es wird zu zeigen sein, dass sich aus dem Status des Bürgers einigermaßen handfeste Grenzen von Vorverlagerungen entwickeln lassen.“ Vgl. *Jakobs* (Fn. 33) S. 753.

<sup>52</sup> Ebenso, neben anderen, *Cancio Meliá* (Fn. 33), S. 278; *Greco* (Fn. 33), S. 96 ff. Auf diese Entwicklung weist *Pritt-witz* (Fn. 33), S. 109, zu Recht hin, indem er zeigt, dass in seinem Vortrag in Berlin im Oktober 1999 „Jakobs nicht nur die Präsenz des Feindstrafrechts im deutschen Strafrecht konstatiert hat, sondern seine Existenz rechtfertigt hat.“ Vgl. auch *Weigend* (Fn. 31), S. 59, Fn. 97.

<sup>53</sup> Der Einwand wurde in der auf seinen Vortrag in Frankfurt (Oder) am 8. Mai 2005 folgenden Diskussion erhoben.

<sup>54</sup> In einem Gespräch, das ich kürzlich mit Professor *Jakobs* in Bonn hatte, in dem er auf dieser „prozentualen Unterteilung“ bestand, bei der die restlichen 2 % bedeuteten, dass das „Feindstrafrecht“ in jedem Fall unvermeidbar sei, weshalb der Staat darauf zurückgreifen müsse, erkannte ich, dass es sich zum Teil um ein verfehltes Dilemma dreht. Für *Jakobs* hat sein Konzept vor allem deshalb beschreibenden Charak-

das grundlegend den ambivalenten Charakter des Konzepts betrifft, welches je nach Kontext unterschiedliche Anwendungen erlaubt<sup>55</sup>.

Was sich nach alledem nicht verändert hat, ist sein methodisches Denken, in dem das Kriterium des geschützten Rechtsguts als abgrenzendes Element des strafrechtlichen Eingreifens sämtliche Relevanz einbüßt und ersetzt wird durch die positiv-generalpräventive Funktion der „Stabilisierung der Norm“.<sup>56</sup> In diesem Sinne hält *Gómez Martín* fest, es habe sich in jenem frühen *Jakobs* bereits angekündigt, dass seine Ansicht Gefahr lief, im Widerspruch mit seiner eigenen Konzeption des Strafrechts und der Strafzwecke zu stehen<sup>57</sup>. In der Tat hatte *Jakobs* bereits 1985 anerkannt, dass in Ausnahmesituationen die Gültigkeit der Norm als gefährdet betrachtet werden kann, wenn nicht in die Privatsphäre des

ter, weil nach seiner Auffassung feststeht, dass das „Feindstrafrecht“ schon besteht, oder früher oder später unumkehrbar vorhanden sein wird, weil anderenfalls der Staat zugrunde ginge. So bliebe dem Strafrecht lediglich die Funktion, das Feindstrafrecht zu beschreiben und so gut wie möglich vom restlichen Strafrecht abzugrenzen, in der Annahme, dass ein solches Strafrecht seine Daseinsberechtigung nur im Rahmen des Erforderlichen findet. In diesem Sinne sei seine Theorie nicht rechtspolitisch, sondern rechtsphilosophisch und dogmatisch. Der Schlüsselgedanke wäre *Jakobs* zufolge dann, das bestmögliche Bürgerstrafrecht mittels Abgrenzung des „Rahmen[s] des Erforderlichen“ des „Feindstrafrechts“ zu erreichen, von dem es sauber getrennt werden muss. Dies, und nicht die Frage, ob das Konzept eher deskriptiv oder eher präskriptiv oder umgekehrt ist, ist meines Erachtens das wirklich relevante in der Diskussion. Die Größe des „deskriptiven“ Elementes hängt eigentlich davon ab, inwiefern die Normen einer bestimmten Rechtsordnung ganz oder teilweise als „Feindstrafrecht“ eingestuft werden, und welche Prognosen formuliert worden sind.

<sup>55</sup> Bezuglich der Unklarheit des Konzepts des Feindstrafrechts, das sowohl als deskriptiv als auch als kritisch verstanden werden kann, vgl. *Greco* (Fn. 33), S. 102 ff.

<sup>56</sup> Siehe *Jakobs*, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Übersetzung von Cancio Meliá und Feijoo Sánchez, 2003, S. 47 ff (48): „Eine Skizze der Überlegungen ergibt folgendes: Die Tat stellt eine Auflehnung gegen die Norm dar, und die Strafe wehrt diese Auflehnung ab; gleichzeitig wird durch den Schmerz, den diese erzeugt, das Risiko einer völligen Erosion der Gültigkeit der Norm verhindert. Dies nennt man „positive Generalprävention“. Diese Schlussfolgerung des ersten Teils gibt bereits diejenige des zweiten Teils vor: das entscheidende ist der Schutz der Gültigkeit der Norm.“

<sup>57</sup> *Gómez Martín* (Fn. 24), S. 82. Vgl. auch jüngst *Frommel*, in: Uwer et al. (Fn. 33), S. 60 f; *Bung*, in: Uwer et al. (Hrsg.) (Fn. 33), S. 249 (257 ff.); *Schünemann* (Fn. 33), S. 224 f. Vgl. auch, hinsichtlich der Theorie der Positiven Generalprävention, *Scheffler* (Fn. 23), S. 138 f.: „In die Praxis umgesetzt soll das Vertrauen der Gesellschaft in die Rechtsordnung dadurch gestärkt werden, dass die Stammtische mit ihren „unappetitlichen Bestrafungsphantasien“ gehört werden.“

Täters eingedrungen wird, wenn auch solche Vorschriften vom Bürgerstrafrecht getrennt bleiben sollten.<sup>58</sup> Meines Erachtens handelt es sich um einen nur scheinbaren Widerspruch; denn was deutlich wird, ist, dass aus seiner Denkweise konsequenterweise die Notwendigkeit folgt, auf ein Ausnahmesystem für bestimmte Fälle (Individuen, die keine kognitive Sicherheit bieten) zurückzugreifen, die nicht in das künstliche normative Gebilde des Autors passen.<sup>59</sup>

Außerdem gilt zu bedenken, dass die Theorie des Feindstrafrechts einen größeren Teil zu legitimieren vermag, als in erster Linie vom aktuellen Zustand einer bestimmten Rechtsordnung abgeleitet wird. Ist dies jedoch der Fall, dann bedeutet dies, dass das konstante Herbeireden des bloß deskriptiven Charakters einer Konstruktion, die im Grunde die theoretische Rechtfertigung für die Realität liefert, die sie nur zu beschreiben behauptet, einen Zirkelschluss ergibt, oder wie *Prittitz* es nennt, eine „Überzeugung“<sup>60</sup>.

## 6. „Feindstrafrecht“ als „Täterstrafrecht“

Nach alledem ist das Konzept des Feindstrafrechts nicht nur Theorie, sondern in unserer Strafrechts- und Strafprozessordnung (*tendenziell* in den Bereichen Terrorismus, Drogenhandel oder illegale Migration), und in der internationalen Politik (die, ohne nach den „Ursachen“ so komplexer Phänomene wie Terrorismus zu forschen, lediglich die „Wirkungen“ bekämpfen will, beispielsweise durch „Präventivkriege“ oder „gezieltes Morden“) existent. Im Gegensatz zum klassischen Kriegsrecht, das klar zwischen Krieg und Frieden, Feind und Delinquent, Soldat und Zivilist unterschied, werden solche Trennlinien im Kreuzzug gegen den Terror verwischt. Wie in *George Orwells* Roman „1984“ ist „Krieg Frieden, Freiheit

<sup>58</sup> *Jakobs* (Fn. 33), S. 783 f [„Freilich sind Situationen möglich, vielleicht zur Zeit gegeben, in denen Normen, die für einen freiheitlichen Staat unverzichtbar sind, ihre Geltungskraft verlieren, wenn man mit der Repression wartet, bis der Täter aus seiner Privatheit heraustritt. Aber auch dann ist das Feindstrafrecht nur als ein ausnahmsweise geltendes Notstandstrafrecht legitimierbar“].

<sup>59</sup> Vgl. *Neumann*, in: Uwer et al. (Fn. 33), S. 306 [„Gleichwohl bleibt der Gegensatz von Normbestätigung auf einer Seite, Gefahrenabwehr auf der anderen für das dualistische Modell von Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht zentral: Bürgerstrafrecht erhält die Normgeltung, Feindstrafrecht bekämpft Gefahren“].

<sup>60</sup> *Prittitz* (Fn. 33), S. 117. Auch *Greco* (Fn. 33) S. 104, betont die Existenz nicht weniger Gründe für die Ansicht, dass *Jakobs* das Konzept überwiegend mit legitimierend-zustimmendem Charakter nutzt, indem er normative Schlussfolgerungen aus vermeintlich deskriptiven Prämissen zieht. Vgl. auch *Neumann*: in Uwer et al. (Fn. 33), S. 304 [„Jakobs‘ Modell des Feindstrafrechts ist also jedenfalls in seiner aktuellen Ausgestaltung ein (auch) normativ geprägtes Konzept, das nicht nur der Beschreibung, sondern auch der Legitimierung feindstrafrechtlicher Maßnahmen dient, und das gerade auch unter diesem Gesichtspunkt kritische Aufmerksamkeit verdient“].

Sklaverei und Ignoranz Kraft“. Dieser erste *Slogan* wird von *Ulrich Beck* übernommen, zum einen zur Illustration der Methoden des postnationalen Krieges, der die Menschenrechte verletzt, paradoxeise mit dem Argument, sie zu schützen; und um zum anderen vor der Gefahr der unbegrenzten Manipulation der menschlichen Existenz zu warnen<sup>61</sup>.

Angesichts der tatsächlichen Situation geht es hier freilich nicht darum, den „Boten zu töten“, aber auch nicht darum, es bei einer deskriptiv-erklärenden Haltung zu belassen, die die Neutralität vorgibt, und noch viel weniger, eine direkte oder indirekte Legitimation auf der Grundlage eines schwachen, jedenfalls zweifelhaften philosophischen Fundaments zu leisten.<sup>62</sup> Vielmehr ist hervorzuheben, dass ein Recht wie das Feindstrafrecht keinesfalls das Strafrecht eines Rechtsstaates darstellen kann (und dass am Rande dessen auch kein anderes Recht gültig sein kann) unabhängig davon, wie sehr dessen (des Feindstrafrechts) Befürworter dies (den Rechtsstaat) auch beschwören mögen.<sup>63</sup>

Schlimmer noch, denn gerade wenn das sogenannte „Feindstrafrecht“ seine primären Ziele darauf lenkt, bestimmte Personengruppen zu bekämpfen, kehrt es sich von der eigentlichen Grundlage, dem Tatstrafrecht<sup>64</sup>, ab und erscheint als Manifestierung der autoritären Tendenzen des historisch bereits hinlänglich bekannten „Täterstrafrechts“<sup>65</sup>. Dem Täterstrafrecht entspricht seinerseits ein Konzept der „Täterschuld“<sup>66</sup> im Gegensatz zum Prinzip der „Tatschuld“ des Rechtsstaats.<sup>67</sup> Ein Zeichen hierfür ist, dass die Entscheidung darüber, wer als Feind anzusehen ist, *a priori* gefällt wird, ohne dass die Person irgendwelche Rechte hätte, geschweige

<sup>61</sup> Beck (Fn. 38), S. 197 ff. und *passim*.

<sup>62</sup> Vgl. Schünemann (Fn. 33), S. 222 ff. Darüber hinaus etwa Ramos Vázquez (Fn. 33) (S. 98), der meint, dass „die Theorie des Feindstrafrechts zwischen der absoluten theoretischen Leere und einer höchst rätselhaften Argumentation verkehrt, wobei sie sich ohne Komplexe über den Abgrund lehnt, der das fragile Gebilde des demokratischen Rechtsstaates säumt.“ Anders aber Gracia Martín (Fn. 33), S. 19 („... die aktuellen Verfechter des so genannten Feindstrafrechts verfügen über eine ernste historisch-philosophische Bürgschaft als Garantie für ihre Doktrin“).

<sup>63</sup> So schon Demetrio Crespo (Fn. 31), S. 87 ff. Genau deshalb sollten m.E. keinesfalls Bedingungen für die Legitimität eines solchen „Rechts“ in einem authentischen Rechtsstaat gestellt werden. Anders Gracia Martín (Fn. 33), S. 4. Vgl. hinsichtlich der Strafrechtsmodelle, Streng, in: Uwer et al. (Fn. 33), S. 231 ff.

<sup>64</sup> Hierzu Hirsch, in: Prittitz et al. (Fn. 33), S. 253 ff.

<sup>65</sup> Ebenso Cancio Meliá, in: Jakobs/Cancio Meliá (Fn. 33), S. 57 ff., 100 ff.; ders. (Fn. 33), S. 286 ff.; Muñoz Conde (Fn. 33), S. 126.

<sup>66</sup> Bezuglich der verschiedenen Formulierungen der „Täterschuld“ von Autoren wie Mezger, Bockelmann, Heinitz, Engisch und Schmidt siehe u.a. Demetrio Crespo (Fn. 5), S. 227 ff.

<sup>67</sup> Vgl. zu dieser Problematik, Kindhäuser (Fn. 33), 81 (94), der auf mögliche Mutationen an der Aufgabenteilung von Straf- und Polizeirecht hinweist.

denn wüsste, weswegen sie angeklagt wird, wie das bedauerlicherweise in Guantánamo der Fall ist.<sup>68</sup>

Aus diesem Grund ist das Argument der Effektivität und Sicherheit unbeschadet negativer Konsequenzen im axiologischen Bereich verboten, denn, wie bereits bekannt, kann die *Geltung* keinesfalls von der *Wirksamkeit* abgeleitet werden<sup>69</sup>. Das „Feindstrafrecht“ ist nach meiner Überzeugung unter anderem die Folge des symbolischen Gebrauchs des Strafrechts<sup>70</sup> (hier als das Recht verstanden, dessen Ziele andere sind als der verfassungsrechtliche Schutz von Rechtsgütern) und der Krise des Sozialstaats.<sup>71</sup>

### III. Das „Feindstrafrecht“ im Kontext der Strafrechtsmodernisierung

#### 1. Vorherige Differenzierungen

Auf der einen Seite muss die Modernisierung und Ausdehnung des Strafrechts und auf der anderen Seite das „Feindstrafrecht“ unterschieden werden, denn während erstere vor allem im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts angesiedelt ist, betrifft letzteres insbesondere die organisierte Kriminalität und den Terrorismus. Dennoch handelt es sich nicht um Phänomene, die man isoliert betrachten könnte, weil beide bestimmte Tendenzen der aktuellen Kriminalpolitik enthalten, insbesondere die Suche nach Effektivität und Sicherheit.<sup>72</sup> Erstgenanntes Phänomen ist begrenzt durch den verfassungsrechtlich garantierten Rechtsgüterschutz und das Problem ist mehr das der Grenzen der Kompatibilität der Gefährdungsde-

<sup>68</sup> Zu den kürzlich ergangenen Urteilen des Obersten Gerichtshofes der USA siehe Fletcher, RP 2005/16, 61; so auch Muñoz Conde (Fn. 33), S. 128 ff.

<sup>69</sup> Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 219 [”Auch ist die Wirksamkeit einer Rechtsordnung ebensowenig wie die Tatsache ihrer Setzung Grund der Geltung. Grund der Geltung, das ist die Antwort auf die Frage, warum die Normen dieser Rechtsordnung befolgt und angewendet werden sollen, ist die vorausgesetzte Grundnorm, derzu folge man einer tatsächlichen gesetzen, im großen und ganzen wirksamen Verfassung und daher den gemäß dieser Verfassung tatsächlich gesetzen, im großen und ganzen wirksamen Normen entsprechen soll“]. Vgl. in diesem Zusammenhang schon die Stellungnahme von Jakobs hinsichtlich der Verfolgung in der DDR begangener Delikte, in: Isensee (Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 1992, S. 37 (52 ff.), sowie die entsprechende Kritik von Lüderssen, ZStW 104 (1992), 735 (742 ff.) und Hirsch, Rechtstaatliches Strafrecht und staatlich gesteuertes Unrecht, 1996, S. 9 ff. (13).

<sup>70</sup> Siehe diesbezüglich Cancio Meliá (Fn. 33), S. 270 f.

<sup>71</sup> Ferrajoli, Derechos y garantías. La ley del más débil, 1999, S. 15 ff.; Serrano-Piedecasas, in: Pérez Álvarez (Hrsg.) (Fn. 3), S. 921 ff.

<sup>72</sup> In diesem Sinne Cancio Meliá (Fn. 33), S. 269, der sich auf das „symbolische Strafrecht“ und den „Punitivismus“ als Entwicklungslinien bezieht, die die aktuelle expansive Kriminalpolitik charakterisieren und die auch die Richtlinien des „Feindstrafrechts“ bilden.

likte mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip.<sup>73</sup> Der letztgenannte Bereich überschreitet klar diese Grenzen und stellt ein „Strafrecht“ dar, das sich als unvereinbar mit dem „verfassungsrechtlichen Strafrecht“ erweist.<sup>74</sup>

Wie *Hassemer*<sup>75</sup> aufgezeigt hat, haben einige charakteristische Merkmale der „Risikogesellschaft“ eine soziale Unruhe generiert, deren Folge die Tendenz ist, diese einzig mit Hilfe des Strafrechts anzugehen, was wiederum die traditionellen Garantien des Rechtsstaates beschneidet. Das Phänomen der Ausdehnung des Strafrechts fügt sich ohne weiteres in ein generelles Bedürfnis nach Restriktion oder bestenfalls „Neuinterpretation“ der klassischen Garantien des Strafrechts ein; dies hängt mit der Natur der zu schützenden Rechtsgüter (überindividuelle Rechtsgüter), der Form der tatbestandlichen Erfassung (abstrakte Gefährdungsdelikte), und der Täterschaft in diesem Bereich (Unternehmenskriminalität, mittels organisierter Machtapparate, mit transnationalem Charakter, aus Überzeugung, usw.) zusammen.

Es muss jedoch zugegeben werden, dass die Modernisierung des Strafrechts sowohl notwendig als auch unabänderbar ist. Es hat eine Wandlung der Kriminalität stattgefunden, die ohne Zweifel zu einem Wechsel der rechtlichen Modelle führt. Das Strafrecht muss dementsprechend auch zur Erfassung der „Kriminalität der Mächtigen“ in der Lage, und nicht mehr lediglich zum Umgang mit den in der Gesellschaft Unterprivilegierten, geeignet sein. Weiterhin ist evident, dass das Strafrecht die tatbestandliche Erfassung von abstrakten Gefährdungsdelikten mitträgt und kollektive Rechtsgüter schützt, und dass es daher keinen Sinn hat, deren Legitimität *ab initio* zu leugnen, da es sich dabei, wie *Roxin* konstatiert, lediglich um eine „unbegründete Skepsis“ gegenüber dem Leistungsvermögen einer kriminalpolitisch begründeten Strafrechtsdogmatik handelt.<sup>76</sup> Daraus ergibt sich, dass es nicht nur möglich, sondern auch notwendig ist, das Strafrecht zur Prävention neuer Gefahren fruchtbar zu machen.<sup>77</sup>

<sup>73</sup> Einen in diese Richtung gehenden Versuch kann man sehen in *Demetrio Crespo*, RDPP 2004/12, 201.

<sup>74</sup> Zur Reichweite dieses Begriffs *Arroyo Zapatero*, RJCL 1987/1. *Díez Ripollés* (Fn. 33), S. 31, erklärt richtigerweise „dass das strafrechtliche Modell der bürgerlichen Sicherheit sich parasitär an der Debatte über die Risikogesellschaft und vereinzelt an den Vorschlägen, die eine Modernisierung des Strafrechts befürworten, bedient hat“. Differenzierend auch *Pérez Cepeda* (Fn. 21) („Das Feindstrafrecht, die „Zero-Tolerance“, die Instrumentalisierung der Opfer; dies sind keine Bestandteile des modernen Strafrechts, sondern Konsequenz des symbolischen Gebrauchs des Strafrechts und der Krise des Rechtsstaats“).

<sup>75</sup> *Hassemer*, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 2. Aufl. 1996, S. 15 ff. Ebenso in: *Hassemer/Muñoz Conde*, La responsabilidad por el producto en derecho penal, 1995, S. 27 ff.

<sup>76</sup> *Roxin*, La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal, 2000, S. 65.

<sup>77</sup> Vgl. *Corcoy Bidasolo*, Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuals, 1999, S. 26 ff.; *Gómez Martín* (Fn. 24), S. 66 ff.; *Gimbernat Ordeig*, in:

Es darf indessen nicht übersehen werden, dass die Modernisierung des Strafrechts, wenn sie zu dessen Weiterentwicklung dienen soll, nur unter strenger Beobachtung der rechtsstaatlichen Garantien erfolgen kann und nicht entsprechend den Sicherheitserfordernissen einer Gesellschaft, die keine rationalen Kriterien für strafrechtliche Intervention hat, da ansonsten eine Intervention nicht gerechtfertigt werden kann<sup>78</sup>.

## 2. Der notwendige Schutz kollektiver Rechtsgüter

In der Regel zeigt die Erfahrung die Existenz einer gewissen Divergenz zwischen theoretischen Fragestellungen und empirischer Realität. Jedoch ist im Moment die Divergenz zwischen dem theoretischen Konzept eines Minimalstrafrechts sowie entsprechenden Vorschlägen zur Abschaffung und Reduzierung des Strafrechts einerseits und der aktuellen Realität andererseits so gravierend, dass zu Recht bereits über die *unhaltbare Situation des Strafrechts gesprochen wird*.<sup>79</sup>

Teilweise wird so weit gegangen, den Begriff „Minimalstrafrecht“ als einen Begriff ohne konkreten Inhalt zu bezeichnen.<sup>80</sup> Ganz im Gegensatz zu diesem Modell erhebt sich zur Zeit ein Phänomen der „Ausdehnung“ von Strafbarkeit, welches im krassen Widerspruch zu dem Anspruch steht, das Strafrecht auf einen Kern zu reduzieren, im Grundsatz dem Kernstrafrecht entsprechend, wie es insbesondere die sogenannte „Frankfurter Schule“ vorschlägt.<sup>81</sup> Die genannte Ausdehnung von Strafbarkeit ist eine Folge des „neuen“ Strafrechts – teilweise Nebenstrafrecht genannt –, das darauf gerichtet ist, die einer postindustriellen Gesellschaft eigenen Rechtsgüter zu schützen. Gegenüber den axiologischen Forderungen des Modells des Kernstrafrechts scheinen sich die *Forderungen nach strafrechtlichem Einschreiten durchzusetzen, die von einer modernen, als „Risikogesellschaft“ bezeichneten Gesellschaft herühren*.<sup>82</sup> Diese Gesellschaft

---

Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y la Criminología, 2001, S. 355 ff.

<sup>78</sup> Vgl. *Demetrio Crespo* (Fn. 31), S. 114. Zur „unkritischen Fortsetzung“ der Modernisierung siehe *Díez Ripollés* (Fn. 33), S. 31 ff. Vgl. auch kritisch *Weigend* (Fn. 31), S. 62, der einerseits von einer zunehmenden Instrumentalisierung, andererseits von einer – damit einhergehenden – Marginalisierung des Strafrechts spricht.

<sup>79</sup> Vgl. Institut für Kriminalwissenschaften der Johann Wolfgang Goethe-Universität (Fn. 7); *Hirsch*, in: *Hirsch/Hofmannski/Plywaczewski/Roxin* (Hrsg.), Neue Erscheinungsformen der Kriminalität in ihrer Auswirkung auf das Straf- und Strafprozessrecht, 1996, S. 33 ff.

<sup>80</sup> *Silva Sánchez* (Fn. 33), S. 17.

<sup>81</sup> Siehe u.a. *Hassemer*, RDPC 1999/3; *ders.*, Persona, mundo y responsabilidad, 1999; *Arroyo Zapatero/Neumann/Nieto Martín* (Hrsg.), Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, 2003.

<sup>82</sup> Siehe u.a. *Beck*, Risikogesellschaft. Die organisierte Unverantwortlichkeit, 1989; *ders.*, Riskogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1993; *Ewald*, Der Vorsorgestaat, 1993; *Corcoy Bidasolo* (Fn. 77); *Gómez Martín* (Fn.

zeichnet sich vor allem durch besondere Eigenschaften aus, wie etwa das außerordentliche Anwachsen kausaler Verknüpfungen unserer Lebenswirklichkeit und den Ersatz der Einzelhandlung durch kollektive Handlungszusammenhänge, in denen der zwischenmenschliche Kontakt durch anonyme und standardisierte Verhaltensweisen ersetzt wird.<sup>83</sup>

Die Debatte über die Geeignetheit des Strafrechts zum Schutz kollektiver Rechtsgüter ist im Rahmen der kriminalpolitischen und dogmatischen Diskussion bezüglich der Ausdehnung des Strafrechts in der „Risikogesellschaft“ als Folge der Umwandlung der sozialökonomischen Strukturen in der postindustriellen Gesellschaft bis zu seiner letzten Konsequenz gelangt, die zu einer beträchtlichen Strafinflation geführt hat. Prittwitz hat diese Situation mit dem Hinweis darauf verurteilt, dass seit geraumer Zeit ein irritierender Missklang zwischen der Programmatik eines Grenzen unterworfenen Strafrechts und der sich Tag für Tag steigernden Kriminalisierung herrscht. Letztere ist zu einem Zeitpunkt, in dem Einigkeit über die „Unfähigkeit“ des Strafrechts zur Lösung von Problemen herrscht, nicht tolerierbar.<sup>84</sup> Ob sich das Strafrecht deshalb in einer „unhaltbaren“ Situation befindet oder ob es sich schlicht um eine „neue“ Situation handelt, die zur Umformulierung von Fragestellungen zwingt, hängt von den Diskrepanzen zweier unterschiedlicher Methoden der Erforschung des Strafrechts ab, die ihrerseits mit verschiedenen epistemologischen Ausgangspunkten zu tun haben: der erste personalistischer, der zweite funktionalistischer Natur. Natürlich liegen diesen Methoden und epistemologischen Ausgangspunkten bestimmte „Menschen- und Gesellschaftsbilder“ zugrunde, bestimmte „Ideologien“, die eine entscheidende Rolle spielen.<sup>85</sup> Gemeint ist der Individualismus der

24), S. 59 ff.; Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, Studien zur Vorlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich, 1991; *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 210 ff. und passim; Kuhlen, GA 1994, S. 347; Martínez-Buján Pérez, in: Díez Ripollés et al. (Hrsg.) (Fn. 19), S. 395 ff.; ders., in: Mir Puig et al. (Hrsg.) (Fn. 3), S. 91 ff.; Mendoza Buergo, El Derecho penal en la sociedad del riesgo, 2001; Moccia, La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale, 2. Aufl. 1997; Prittwitz, Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, 1993; Soto Navarro, La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, 2003; Navarro Cardoso in: Pérez Álvarez (Fn. 3), S. 1321 ff.

<sup>83</sup> Schünemann, GA 1995, 201 (211).

<sup>84</sup> Prittwitz, in: Institut für Kriminalwissenschaften der Johann Wolfgang Goethe-Universität (Fn. 7), S. 387 ff.

<sup>85</sup> Beispielsweise bezieht sich Martínez-Buján (Fn. 82), 106, ausdrücklich auf „eine klare und vertretbare ideologische Grundlage“, die seiner Meinung nach die Theorie des *Big Bang* (verbunden mit der Entwicklung neuer kollektiver Rechtsgüter) besitzt, die sich aus dem Gedanken des modernen und demokratischen Sozial- und Rechtsstaats ergibt; gegenüber dem von ihm als „wankelmütige Mischung aus Interessen, in einigen Fällen vertretbar, in anderen weniger“ bezeichnete Theorie, die die Anhänger der Theorie des *Big*

schon erwähnten „Frankfurter Schule“<sup>86</sup> beziehungsweise der „Normativismus“ von Jakobs; Modelle, denen Schünemann attestiert hat, dass sie in Sackgassen führen: Ersteres, weil sie der Versuchung erlegen sind, ein einziges Prinzip zu überpointieren, es dabei jedoch eher in ein Hindernis als in einen positiven Bestandteil umwandeln. Letzteres, weil es notwendigerweise zu einer bedingungslosen Kapitulation angesichts der herrschenden politischen Praxis in Legislative oder Judikative führt.<sup>87</sup>

### 3. Die Suche nach Effektivität und Sicherheit

Das Phänomen der *Ausdehnung* bzw. *Modernisierung* des Strafrechts kann durch drei große Strömungen gekennzeichnet werden. Die *Administratisierung*<sup>88</sup>, die *Globalisierung*, und die *fortschreitende Dekonstruktion des liberalen Paradigmas* des Strafrechts. Silva Sánchez hat das Problem analysiert und es mit folgenden Variablen in Verbindung gebracht: Schaffung neuer „Strafrechtsgüter“, Erweiterung der strafrechtlich relevanten Risikobereiche, Flexibilisierung der Zurechnungserfordernisse und Relativierung der kriminalpo-

---

*Crunch* im wirtschaftlichen Bereich charakterisiert. Nach alledem schließt er, dass „daran erinnert werden muss, dass die Rechtsordnung nicht nur die Freiheit derer schützen muss, die Vorschriften verletzen, sondern auch – und vor allem – die Freiheit jener, die die Vorschriften beachten.“

Meiner Auffassung zufolge ist – ohne die ideologische Grundlage jedes einzelnen in Frage zu stellen – letztere Einschätzung hinsichtlich der Freiheit derer, die die Normen befolgen, gegenüber denen, die sie brechen, wie ich in diesem Aufsatz darstelle, verfehlt. Das Strafrecht soll nicht „vor allem“ die Freiheit einiger weniger gegenüber der Freiheit anderer schützen, sondern die Freiheit aller: Es geht daher eigentlich darum, Rechtsgüter im verfassungsrechtlichen Rahmen zu schützen.

<sup>86</sup> Siehe die Kritik von Martínez-Buján an dem unscharfen Charakter einiger Diskreditierungen von Seiten der Anhänger der *Big Crunch*-Theorie, insbesondere der Vertreter der Frankfurter Schule, in dem Sinne, dass in vielen Vermögensdelikten, deren Legitimität angezweifelt wird, eigentlich traditionelle Individualrechtsgüter geschützt würden, und auch dass es sich in einigen der Straftatbestände, die direkt darauf gerichtet seien, kollektive Rechtsgüter zu schützen, um Güter handle, die sich unzweifelhaft im Dienste des Individuums befänden (ebenda).

<sup>87</sup> Schünemann (Fn. 83), S. 203.

<sup>88</sup> Siehe diesbezüglich Zaffaroni (Fn. 16), S. 25: „Das Verwaltungsrecht des unmittelbaren Zwangs invadiert und okkupiert den ganzen Bereich des Strafrechts in den Notständen, die den antiliberalen Angriffen im Laufe der Geschichte zugrunde liegen (...). Es ist nicht klug, dieses Phänomen heutzutage zu vergessen, wo von der Administratisierung des Strafrechts die Rede ist. Ist es so oder ist es einfach eine Abtretung des Strafrechts an das Verwaltungsrecht? Ist es nicht so, dass das einzige Strafrecht das liberale Strafrecht ist?“

litischen Garantien.<sup>89</sup> Der Autor akzeptiert daher „resigniert“ als Lösungsweg die zukünftige Existenz eines „Strafrechts zweier Geschwindigkeiten“<sup>90</sup>.

Sicherlich sind für die Regelung dieser neuen Bereiche vorzugsweise normative Werturteile vonnöten, und deshalb wird darauf gebaut, die Risikobereiche von großer sozialer Bedeutung zu reglementieren, wie etwa die Nuklearenergie, die Umwelt, die biomedizinische Forschung, die Nahrungsmittelherstellung etc., was zur Folge hat, dass in diesen Bereichen sehr häufig auf Blankett-Strafgesetze zurückgegriffen wird. Dieses Phänomen, das allgemein als „Administratisierung“ des Strafrechts bezeichnet werden kann, zeichnet sich durch eine Kombination von Faktoren wie die Einführung neuer Schutzgüter, die Vorverlagerung der Grenzen strafrechtlichen Schutzes, und letztendlich den Übergang vom Modell des Verletzungsdelikts gegen Individualgüter zum Gefährdungsdelikt gegen kollektive Rechtsgüter aus.<sup>91</sup>

Die Schlüsselfrage liegt hierbei in der *Entmaterialisierung* des Konzepts des Rechtsguts.<sup>92</sup> Das liberale Konzept des Rechtsguts, den der systematische Funktionalismus als Ausgangspunkt für die Theorie der Generalprävention durch Normstabilisierung aufgegeben hatte, steckt momentan in der Krise.<sup>93</sup> Diese Krise, bemerkt Moccia, stellt die grundlegendste Funktion des Konzeptes in Frage: nämlich die der Begrenzung strafrechtlichen Eingreifens. Dies ergibt sich daraus, dass es im Dienste eines verzweifelten Pragmatismus der Effektivität als legitim betrachtet wird, Verhaltensweisen für strafbar zu erklären, die weit von einer tatsächlichen Aggression gegen das Rechtsgut entfernt sind, ohne dabei das Kriterium des sozialschädlichen Verhaltens zu berücksichtigen.<sup>94</sup>

<sup>89</sup> Silva Sánchez (Fn. 33), S. 20 [= ders., Die Expansion des Strafrechts. Kriminalpolitik in postindustriellen Gesellschaften, 2003, S. 2 f. und passim].

<sup>90</sup> Ebenda, S. 162: „Im Rahmen des vorher Gesagten kann resigniert die – bereits vorliegende – Ausdehnung des Strafrechts auf Massen- und Gefährdungsdelikte zugegeben werden, also auf von tatsächlichen Gefahren für bestimmte Individualrechtsgüter (und überindividuelle Güter, wenn diese etwas enger gefasst verstanden werden) weit entfernte Handlungen. Aber die Erlaubnis der Vernünftigkeit dieser zweiten Expansion, die von Zügen der oft behaupteten Flexibilisierung begleitet wird, würde zwingend ergeben, dass die besagten Delikte keine Haftstrafen zur Folge hätten“.

<sup>91</sup> Ebenda, S. 121.

<sup>92</sup> Krüger, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutbegriff, 2000; Müssig, RDPC 2002/9, 169.

<sup>93</sup> Zu Recht ist bemerkt worden, dass „die Straftheorie von Jakobs und im Allgemeinen sein ganzes Strafrechtssystem den Vorteil hat, sich auf befriedigende Weise jedem aktuellen postindustriellen sozialen Modell anzupassen“, vgl. Gómez Martín (Fn. 24) S. 73.

<sup>94</sup> Moccia, in: Silva Sánchez (Hrsg.), Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, 1997, S. 114 f.; ders. El Derecho Penal entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica, Übersetzung von A. Bonanno, Präsentation von G. Fernández, 2003, S. 181 ff

Das Konzept des „erlaubten Risikos“ spielt in der Dogmatik dieses „neuen“ Strafrechts eine grundlegende, regulierende Rolle. Nämlich als rechtliche Figur, die erlauben würde, Handlungen als mit dem Recht vereinbar zu betrachten, die eine Verletzungsgefahr für Rechtsgüter darstellen, wenn das Risikoniveau sich innerhalb vernünftiger Grenzen bewegt und der Handelnde notwendige Vorsichtsmaßnahmen getroffen hat, um eben die Gefahr des Auftretens besagter schädigender Folgen zu verringern.<sup>95</sup> Es handelt sich hierbei um ein Kriterium, das eine Abwägung aller strafrechtlich relevanten Interessen ausdrückt, ein Abwägungsergebnis, in dem sich nach Auffassung Silvas eine vorige Bewertung niederschlägt, die als wichtigste Prämissen das Selbstverständnis der Gesellschaft und die relative Werteordnung hat, in die sich die Gesellschaft einfügt. Mit dieser Argumentation wird hervorgehoben, dass gerade durch den signifikanten Wandel im sozialen Selbstverständnis der letzten Jahrzehnte, eine Modifizierung der Folge des genannten Abwägungsurteils mit dem Ergebnis einer Minderung des erlaubten Risikos eintritt, als Konsequenz einer *essentiellen Überschätzung der Sicherheit*.<sup>96</sup>

Die Globalisierung<sup>97</sup> als internationales wirtschaftliches Phänomen, und die supranationale Integration als rechtspoli-

(188): „Der Respekt für die persönliche Freiheit, die Suche nach Begrenzung der Ausübung der Bestrafungskompetenz, Gründe der Effektivität und der Aufrechterhaltung der Glaubwürdigkeit des Strafrechtsystems, sowie die Verfolgung des Ziels der Resozialisierung stellen Faktoren dar, die auf eine drastische Reduktion der strafrechtlichen Interventionen zielen.“

<sup>95</sup> Wie Paredes Castañón hervorgehoben hat, ist es nicht möglich, das Konzept „erlaubtes Risiko“ auf einen einzigen Moment im Prozess der strafrechtlichen Bewertung des Verhaltens zu reduzieren, sondern dass es jederzeit wirken kann: als „Ausschlussgrund des objektiven Handlungsunwertes“ und als „strafrechtlicher Argumentationsgegenstand im Sitz der Rechtswidrigkeit“, die nützlich wäre, um die Argumentationsform der Bewertung strafrechtlichen Verhaltens zu modifizieren (vgl. Paredes Castañón, El riesgo permitido en Derecho Penal. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas, 1995, S. 518 ff.).

<sup>96</sup> Silva Sánchez (Fn. 33), S. 42 ff (45).

<sup>97</sup> Siehe u.a Beck, Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus, Antworten auf Globalisierung, 4. Aufl. 1998; Quintero Olivares, in: Zúñiga Rodríguez/Méndez Rodríguez/ Diego Díaz-Santos (Hrsg.), El Derecho Penal ante la globalización, 2002, S. 11-25; Bernardi, RDPP 2002/8, 13; ders., Modelli penali e società multiculturale, 2006, S. 3 ff; Delmas-Marty, in: Tours et travaux du Collage de France. Résumés 2003-2004. Annuaire 104 annéé, S. 695 ff.; dies. in: Belloubet-Frier/Flogaitis/Gonod/Picard (Hrsg.), Études en l'honneur de Gérard Timsit, 2004, S. 89 ff.; Pérez Cepeda, in: Pérez Álvarez (Hrsg.) (Fn.3), S. 1363 ff.; ders., Globalización, tráfico internacional de personas, y derecho penal, 2004, S. 303 ff.; Silva Sánchez (Fn. 33), S. 80 ff.; Terradillos Basoco, in: Terradillos Basoco/Acale Sánchez

tisches Phänomen stellen ihrerseits zwei Faktoren dar, die sich entscheidend auf die Debatte zum Strafrecht in der post-industriellen Gesellschaft auswirken. Ihnen liegt die Forderung eines effektiveren Kampfes gegen die Kriminalität zugrunde, was klar in Gebieten wie der Wirtschaftskriminalität und der organisierten Kriminalität zu beobachten ist; Straftatbestände, die Jakobs kürzlich neben dem Terrorismus, den Sexualstraftaten, der Schwerstcriminalität überhaupt, mit dem Begriff des Feindstrafrechts umschrieben hat.<sup>98</sup> Ein weltweit bedeutendes Kapitel ergibt sich insbesondere aus der Europäisierung des Strafrechts.<sup>99</sup> Einen breiteren Bezugsrahmen bietet die Diskussion bezüglich der Internationalisierung des Strafrechts und der Strafrechtswissenschaft, ihre Möglichkeiten und Grenzen.<sup>100</sup>

Angesichts dieses aktuellen Prozesses wird vorgeschlagen, entweder die Regeln des Allgemeinen Teils des Strafrechts zu teilen, oder zu akzeptieren, dass aufgrund der star-

(Hrsg.), *Temas de Derecho penal económico*, 2004; Schünemann, ARSP 93 (2004), 133 ff.

<sup>98</sup> Jakobs (Fn. 20), S. 41 f.

<sup>99</sup> Siehe u.a. Bernardi, L’Europeizzazione del Diritto e della Scienza Penale, 2004; Demetrio Crespo, RP 2005/16, 43; Nieto Martín, RGDP 2005/3; Schünemann (Hrsg.), Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung, 2004; ders. ZStW 116 (2004), 376; Weigend, ZStW 116 (2004), 281 ff. (302) [”Deren Konzeption scheint vielmehr auf der Annahme zu beruhen, daß *Freiheit* nur dann gedeihen könne, wenn durch eine vereinheitlichte, umfassende und punitive Strafgesetzgebung und deren zentral gesteuerte lückenlose Durchsetzung ein Höchsmaß an *Sicherheit* in Form von allgemeiner Normkonformität geschaffen wird“]. Vgl. auch jüngst, hinsichtlich der „Feindbekämpfung“ im EU-Strafrecht, Scheffler (Fn. 23), S. 127 ff.

Diese Europäisierung hat in letzter Zeit, aufgrund des negativen Ergebnisses des Referendums in Frankreich zur „Europäischen Verfassung“, einen herben Rückschlag erlitten. Hinzu kommt auf strafrechtlicher Ebene das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18.7.2005 (2 BvR 2236/04, NJW 2005, 2289), die das deutsche Ausführungsgesetz zum europäischen Haftbefehl für nichtig erklärt hat. In der spanischen Literatur siehe: Demetrio Crespo, La Ley 2006/6441, 1 m.w.N (auch zu deutscher Besprechungen).

<sup>100</sup> Siehe u.a. Hirsch, ZStW 116 (2004), 835; Weigend, in: Arnold et al. (Fn. 46), S. 955 ff. Vgl. auch jüngst, hinsichtlich der Aufgaben, Methoden und Theorieansätze der vergleichenden Strafrechtswissenschaft, ausführlich Sieber, in: Sieber/Albrecht (Fn. 31), S. 78 ff. Bezuglich des *Völkerstrafrechts* und seiner Interpretation aus Sicht des „Feindstrafrechts“, siehe Pastor (Fn. 33), Fn. 141 ff., in dem kritisch die „Internationale Strafjustiz“ als das „Feindstrafrecht in seiner reinsten Form“ bezeichnet wird. Anders äußert sich dagegen Ambos (Fn. 33), 63, der das Konzept des „Feindstrafrechts“ als völlig inakzeptabel aus der Sicht des Internationalen Strafrechts bezeichnet, da es den Minimalkonsens über die Menschenrechte nicht beachtet, auf den sich die Völkerstrafrechtsordnung gründet. Vgl. auch Aponte, in: Uwer et al. (Fn. 33), S. 156 ff.; Pawlik, in: Hoyer et al. (Fn. 33), S. 357 ff.

ken Anziehungskraft der neuen Kriminalität auch die den klassischen Formen der Kriminalität zugrunde liegenden Regeln modifiziert werden müssen.<sup>101</sup> Nach der Einschätzung Ferrajolis kann als Folge des Phänomens der Globalisierung von einer *tiefen Krise des Rechts* gesprochen werden.<sup>102</sup> Diese manifestiert sich in erster Linie als Krise der Glaubwürdigkeit des Rechts, da trotz der vielen verfassungsrechtlichen Chartas und Menschenrechtserklärungen die Menschen heute aufgrund der Armut, der Tausende und Abertausende zum Opfern fallen, ungleicher sind denn je. Ein weiterer Aspekt der Krise ist die Unfähigkeit, Regeln hervorzubringen, die auf der Höhe der Herausforderungen der Globalisierung stehen.<sup>103</sup>

## IV. Ergebnisse

1. Der Problematik um den Begriff „Feindstrafrecht“ liegt eine alte Diskussion zugrunde: Das Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit. Bei diesem grundlegenden Gegensatz optiert das Modell des „Feindstrafrechts“ einseitig zugunsten der Sicherheit. Das Thema muss daher dem methodologischen und philosophisch-politischen Kontext entsprechend beurteilt werden.

2. Methodologisch zieht die Theorie des Feindstrafrechts normative Konsequenzen aus vermeintlich deskriptiven Überlegungen, ohne diesen „Sprung“ vom Sein zum Sollen zu rechtfertigen, oder besser: indem sie es – insoweit falsch – rechtfertigt, als dass die Geltung nicht von der Wirksamkeit abgeleitet werden darf.<sup>104</sup> Dagegen erkennt das Strafrecht eines Rechtsstaates eine Verbindung zwischen dem Sein mit dem Sollen aufgrund der verfassungsrechtlichen Orientierung der materiellen Rechtsordnung an. Diese besteht – wie dargestellt – in der Aufnahme bestimmter moralkritischer Anforderungen in Form von Grundrechten.

3. Philosophisch-politisch gesehen wird die klassische Aufgabe des Liberalismus, nämlich der Schutz grundlegender Individualrechte, ersetzt durch „antilibrale Tendenzen“ die von dem Gedanken ausgehen, dass es notwendig sei, auf Teile persönlicher Freiheit zu verzichten, um größtmögliche kollektive Sicherheit zu gewährleisten. Dieser Ersatz, der hemmungslos von einer Mehrheit des politischen Spektrums übernommen wird, impliziert gewissermaßen den langsamem, aber offenbar unaufhaltsamen Übergang des Rechtsstaats in einen Präventivstaat, der sich durch vorzeitiges Aktivwerden gegenüber Risiken auszeichnet (da diesen zeitlich vor der Verletzung oder gar Gefährdung vorzubeugen ist), anstatt sich auf nachträgliche Reaktionen in Einklang mit bestimmten Prinzipien und Garantien zu beschränken.

<sup>101</sup> Silva Sánchez (Fn. 33), S. 81 ff. (90 f.). Einer der geschätztesten Spezialisten des Wirtschaftsstrafrechts Spaniens hat beispielsweise vorgeschlagen, für diesen Bereich spezielle Strafgesetze für Wirtschaftsstraftaten von geringer Schwere zu schaffen, die einen Allgemeinen Teil nach Vorbild der „Euro-Delikte“ hätten; vgl. Martínez Buján (Fn. 82), S. 98.

<sup>102</sup> Ferrajoli, CRP 2005/152, 20.

<sup>103</sup> Ebenda.

<sup>104</sup> So bereits Demetrio Crespo (Fn. 31), S. 90.

4. Die Frage nach der Legitimität des Feindstrafrechts muss negativ beschieden werden. Es handelt sich hierbei um ein prinzipiell unzulässiges „Strafrecht“, insbesondere weil es das Grundrecht des Menschen auf die Unantastbarkeit seiner Würde leugnet, aber auch, weil es ein „Täterstrafrecht“ darstellt und einem grundlegenden Prinzip der Rechtstheorie zuwiderläuft, wonach die Geltung nicht von der Wirksamkeit abgeleitet werden darf. Soweit man eine bereits vorliegende Geltung dieses „Strafrechts“ feststellen mag, ist es Aufgabe der Juristen, diesem wegen seiner Unvereinbarkeit mit einem rechtsstaatlichen Strafrecht entgegenzutreten.<sup>105</sup>

5. Das Konzept des Feindstrafrechts selbst ist mit hoher Wahrscheinlichkeit schädlich und unnötig.<sup>106</sup> Schädlich, weil es Konnotationen beinhaltet, die an die politische Theorie unseliger historischer Zeiten erinnern, und weil es aufgrund seiner Ambivalenz Anlass zu Reaktionen „emotionaler“ statt sachlicher Natur gibt<sup>107</sup>. Unnötig ist es deshalb, weil es sich dabei im Kern um *Täterstrafrecht* handelt, wobei dieser Ausdruck insoweit treffend ist, als er den Unterschied zum *Tatstrafrecht* verdeutlicht. Gleichwohl ist dem Konzept des Feindstrafrechts immerhin zu verdanken, dass es zu einer Kritik und einer sich abzeichnenden Generalrevision des geltenden Strafrechts, seiner Tendenzen und streitigen Gegenstände, geführt hat.<sup>108</sup>

6. Fraglich ist, ob das Feindstrafrecht nicht in sich widersprüchlich ist.<sup>109</sup> Zu diesem Ergebnis gelangt man, wenn man feststellt, dass diese Theorie von der Notwendigkeit im Rahmen des Erforderlichen eines ‘Ausnahme’-strafrechts’ am Rande des Bürgerstrafrechts ausgeht, dessen Anwendung auf gefährliche Personen beschränkt bliebe, die das Recht nicht wie Personen behandeln kann. Wenn jedoch – wie *Gracia Martín* anmerkt – „jemand an einem Prozess teilnimmt, so geschieht dies in seiner Funktion als mit sämtlichen Rechten ausgestatteter und von sämtlichen rechtsstaatlichen Garantien, insbesondere vom Prinzip der Unschuldsvermutung, geschützter Bürger“<sup>110</sup>.

---

<sup>105</sup> So statt aller *Muñoz Conde* (Fn. 33), S. 136.

<sup>106</sup> Besondere Aufmerksamkeit bezüglich der Analyse des Konzepts verdient die Arbeit von *Greco* (Fn. 33), 113, der zu dem Schluss kommt, dass dieses Konzept keinen Platz in der Strafrechtswissenschaft beanspruchen kann. In diesem Sinne auch jüngst *Kindhäuser* (Fn. 33), S. 98.

<sup>107</sup> Vgl. dazu *Gracia Martín* (Fn. 33), S. 27 ff.

<sup>108</sup> In diesem Sinn versteht *Cancio* (Fn. 33), S. 268, das Konzept als ein geeignetes Instrument zur Beschreibung eines wichtigen Bereiches der aktuellen Entwicklung der strafrechtlichen Vorschriften. Vgl. auch *Neumann*, in: *Uwer et al.* (Fn. 33), S. 301, der von “Feindstrafrecht” als Instrument der Rechtsanalyse spricht.

<sup>109</sup> Siehe *Cancio* (Fn. 33) 268, der den Ausdruck „Bürgerstrafrecht“ als Pleonasmus bezeichnet, während der Begriff des „Feindstrafrechts“ eine *contradiccio in adiecto* sei; jüngst auch *Schünemann* (Fn. 33), S. 219, der meint, dass Feindstrafrecht kein Strafrecht sei.

<sup>110</sup> *Gracia Martín* (Fn. 33), S. 29; vgl. auch *Schünemann* (Fn. 33), S. 226.

7. Das bisher Gesagte fördert etwas sehr wichtiges zutage, nämlich dass es sich bei dem Feindstrafrecht nicht, wie es auf den ersten Blick den Eindruck erweckt, um eine Theorie handelt, die zunächst feststellt und dann legitimiert wird, sondern ihr Legitimationspotential erlaubt ihr, ein breiteres Spektrum zu erfassen als von der vermeintlichen Beschreibung der Realität abgeleitet werden kann. Die Theorie des Feindstrafrechts ist eine deskriptiv-preskriptive Theorie, die außerdem die konsequente Ausnahme vom Konzept der Stabilisierung der Norm der positiven Generalprävention darstellt. Dieses Konzept bewährt sich hinsichtlich der Strafziele nicht bei Personen, die keine kognitive Sicherheit bieten, so dass für diese Fälle eine andere Erklärung gefunden werden muss. Dies wiederum illustriert, wie schwach die Gegenwehr des funktionalen Normativismus gegenüber der herrschenden politischen Praxis ist.

8. Das „Feindstrafrecht“ fügt sich andererseits in den kriminalpolitischen Kontext ein, der der „Modernisierung“ des Strafrechts innwohnt, welche sich vor allem durch starke Pönalisierungstendenzen und die Suche nach Effektivität auszeichnet. Dennoch ist zwischen den verschiedenen Bereichen zu unterscheiden, die zur Modernisierung gehören (wie etwa beim Wirtschaftsstrafrecht der Fall), und den Bereichen, denen sich die „Feindstrafgesetzgebung“ (insbesondere, wenn auch nicht ausschließlich, organisierte Kriminalität und Terrorismus) zuwendet. Erstgenanntes Phänomen ist begrenzt durch den verfassungsrechtlich garantierten Rechtsgüterschutz, wobei hier vor allem die Grenzen der Kompatibilität der Gefährdungsdelikte mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip problematisch sind. Letztgenannter Bereich dagegen überschreitet klar diese Grenzen und stellt ein „Strafrecht“ dar, was sich als mit dem „verfassungsrechtlichen Strafrecht“ unvereinbar erweist.<sup>111</sup>

9. Wenn wir eine vor langer Zeit begonnene Entwicklung zugunsten eines rechtstaatlichen Garantien und Humanismus verpflichteten Strafrechts nicht umkehren wollen, dürfen wir das Dilemma zwischen Freiheit und Sicherheit nicht einseitig zugunsten der Sicherheit entscheiden. Hier lässt sich zwar mit guten Argumenten einwenden, dass die beiden Pole nicht *per se* isoliert voneinander stehen, da es zur Gewährleistung der Freiheit unbedingt der Sicherheit bedarf. Es gilt jedoch zu bedenken, dass das Strafrecht nicht selbst Sicherheit zu bieten imstande ist, sondern lediglich einen minimalen Beitrag dazu leisten kann. Gleichzeitig muss zwischen dem Konzept der *Sicherheit durch den Staat* und dem Konzept der *Sicherheit vor dem Staat* unterschieden werden, wobei eine gesunde Distanz dieser beiden nicht zu gering zu bewerten ist.<sup>112</sup> Das Strafrecht muss essentielle Rechtsgüter schützen, um ein friedliches Zusammenleben, und damit die persönliche Freiheit jedes einzelnen zu gewährleisten.

10. Die Menschenrechte und deren Schutzmechanismen, wie die Gewaltenteilung oder das demokratische Prinzip, sind unzweifelhaft konstitutive Elemente des Rechtsstaats.<sup>113</sup> Wie bereits *E. Diaz* anmahnte, ist nicht jeder Staat ein Rechtsstaat

---

<sup>111</sup> Vgl. *Gössel* (Fn. 33), S. 35 ff.

<sup>112</sup> Vgl. *Kühne*, IRP-Rechtspolitisches Forum 2004/21, 19.

<sup>113</sup> Ebenda.

(ein rechtsverwaltender Staat genügt nicht), sondern ein Rechtsstaat setzt die rechtliche Institutionalisierung der demokratischen Politik voraus, die in den Menschenrechten ihre eigentliche *raison d'être* findet.<sup>114</sup> Diese müssen auch, um auf die zu Beginn gestellte Frage zurückzukommen, das feste Bindeglied zwischen Sein und Sollen des Strafrechts darstellen. Schlussendlich ist es auch die Aufgabe der Menschenrechte, die unüberwindliche Grenze gegenüber jedem kriminalpolitischen, philosophisch-politischen, rechtsphilosophischen, soziologischen oder dogmatischen Angriff zu bilden.

---

<sup>114</sup> *Díaz*, in: Betegón t al. (Fn.1), S. 17 ff. (17).

# El “derecho penal del enemigo” darf nicht sein!\*\*

Sobre la ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad

Von Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo, Toledo/Köln

“Im Banne der Terrorgefahr hat sich ein rechtsfreier Raum gebildet, der erlaubt, was noch vor kurzem ausgeschlossen schien, daß nämlich ein doppelter Freibrief im Wechselseitverhältnis der Staaten ausgestellt wird: Jeder kann seine heimischen Feinde als Terroristen mit dem Segen der Staatengemeinschaft bekämpfen, und die Menschenrechtsverletzungen von Verbündeten werden mit Diskretion übergegangen und dadurch ermöglicht” (*U. Beck, Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden*, Frankfurt am Main, 2004, p. 213).

*Sumario: I. Punto de partida; 1. Metodológico: el “ser” y el “deber ser” del Derecho penal; 2. Filosófico-político: liberalismo-comunitarismo; II. Derecho penal del enemigo: 1. “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad; 2. ¿Un “derecho penal del enemigo” legítimo?; 3. Características del “derecho penal del enemigo”; 4. ¿“Derecho penal del enemigo” como estado de necesidad en el marco de lo indispensable?; 5. “Derecho penal del enemigo” como concepción descriptivo-prescriptiva y excepción consecuente respecto a la estabilización de la norma; 6. “Derecho penal del enemigo” como “Derecho penal de autor”; III. El “derecho penal del enemigo” en el contexto de la modernización/expansión del Derecho penal; 1. Diferenciaciones previas; 2. La necesaria protección de bienes jurídicos colectivos; 3. La búsqueda de la eficacia y la seguridad; IV. Conclusiones*

## I. Punto de partida

A la problemática del llamado “Derecho penal del enemigo” subyace una vieja discusión: la tensa relación entre libertad y seguridad. Esta contraposición básica se resuelve en el modelo del “Derecho penal del enemigo” unilateralmente a favor de ésta última. El tema debe insertarse, pues, adecuadamente en su contexto metodológico y filosófico-político.

### 1. Metodológico: el “ser” y el “deber ser” del Derecho penal

La contraposición entre seguridad y libertad pertenece sin duda a los temas clásicos de la Filosofía del Derecho, así como de la Filosofía Política. La enorme repercusión que éste tiene para el Derecho Penal se explica ya por este solo motivo. Como veremos, estos tópicos, “libertad-seguridad”, “hermenéutica del deber-hermenéutica de la libertad”, “ser-deber ser del derecho” conectan con modelos de pensamiento de la Filosofía Política, que a su vez se vierten al Derecho Penal a través de la discusión acerca de los fines de la pena. Estos constituyen el alfa y el omega del Derecho Penal, punto de partida y punto de llegada de la mayor parte de las reflexiones que afectan a su evolución dogmática o/y político-criminal. En la discusión se puede distinguir al menos un punto de partida propio de la metodología jurídica y uno de la filosofía política.

Respecto al primero cabe decir que en la actual discusión neoconstitucionalista se replantea la *relación entre el ser y el deber del Derecho*: mientras que aquel puede ser muy diverso, éste, por el contrario, es o aspira a ello, muy semejante<sup>1</sup>. Desde esta perspectiva, como explica GARCÍA FIGUEROA, se trata de hallar algún vínculo del ser del Derecho con su deber ser: el *aspecto material* de la constitucionalización del ordenamiento consiste en la recepción por el ordenamiento de ciertas exigencias de la moral crítica bajo la forma de derechos fundamentales (carga axiológica); el *aspecto estructural-funcional* de dicha constitucionalización viene dado por la estructura de las normas constitucionales y el tipo de argumentación que estas fomentan basada en los principios constitucionales, que permiten expandir su ámbito de influencia (*Ausstrahlungswirkung*)<sup>2/3</sup>. Como advierte E. DÍAZ «esta

\* Trabajo terminado en el *Instituto de Derecho Penal extranjero e internacional de la Universidad de Colonia* al comienzo de una estancia de investigación financiada por la Fundación Alexander von Humboldt. Mi gratitud al Director de este Centro, Prof. Dr. Thomas Weigend, por sus interesantes observaciones.

Se tienen en cuenta algunas cuestiones planteadas en la discusión que tuvo lugar el 08 de mayo de 2005 en Frankfurt Oder con motivo de la *Strafrechtslehrtagung* «*Transnationale Grundlagen des Strafrechts*», a la que tuve oportunidad de asistir. Agradezco al Prof. Dr. h. c. Günther Jakobs haber podido conversar con él sobre la evolución de su pensamiento en este punto, así como su amabilidad al permitirme acceder anticipadamente al texto del artículo correspondiente a su ponencia “Terroristen als Personen im Recht?” [ZStW, 117, 2005/4, pp. 839-851].

\*\* Abreviaturas empleadas: ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AP: Actualidad Penal; CRP: Claves de Razón Práctica; CPC: Cuadernos de Política Criminal; GA: Goltdammer’s Archiv; DPCRI: Derecho Penal contemporáneo. Revista Internacional. RCSP: Revista catalana de seguridad pública; JpD: Revista Jueces para la Democracia; RDP: Revista de Derecho Penal; RDPC: Revista de Derecho Penal y Criminología; RECP: Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología; RDPP: Revista de Derecho y Proceso penal; RGDP: Revista General de Derecho Penal; RP: Revista Penal; StV: Strafverteidiger; ZIS: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik; ZStrR: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

<sup>1</sup> García Figueroa, en Carbonell (Edt.), *Neoconstitucionalismo* (s), 2003, pp. 159 ff.; *ibid.*, en Betegón/de Páramo/Laporta/Prieto Sanchís (Edt.), *Constitución y Derechos Fundamentales*, 2004, pp. 235 ss.

<sup>2</sup> García Figueroa (Nota 1), p. 165

<sup>3</sup> Vid, al respecto, las valiosas aportaciones de Donnini para la implementación del “constitucionalismo” a la Ciencia

necesaria y autónoma diferenciación opuesta por si misma a toda unificación que implique fusión y confusión de ambas dimensiones (iusnaturalismo tradicional), no se reduce ni se identifica tampoco en modo alguno con la incomunicación, ruptura y escisión entre ambas (positivismo extremo)<sup>4</sup>. Pues bien, esta tensión entre el ser y el deber ser del Derecho se refleja en el Derecho Penal, en la delimitación entre funciones y fines del mismo<sup>5</sup>. Estos últimos legitiman su intervención, aquellas pueden entrar en disonancia con estos últimos, y contribuir acaso a lo contrario. Esta es una problemática subyacente al debate acerca de la seguridad y la libertad en el Derecho penal porque, como veremos después, tras los actuales modelos político-criminales de la seguridad se albergan funciones simbólicas vinculadas a determinadas exigencias sociales<sup>6</sup>, que no se corresponden con la finalidad básica del Derecho Penal del hecho, a la que algunos renuncian, consistente en la protección de bienes jurídicos<sup>7</sup>. La conclusión que se alcanza es que el vínculo de unión entre el ser y el deber ser del Derecho penal han de ser los Derechos Humanos. Cualquier pretensión de modulación del Estado de Derecho basada en exigencias de seguridad, o en

un estado de necesidad de cualquier tipo<sup>8</sup>, que pase por alto este punto, es según esta perspectiva inaceptable.

## 2. Filosófico-político: liberalismo-comunitarismo

Respecto al segundo no cabe duda de que tras la contraposición seguridad-libertad se hallan diferentes tradiciones filosófico-políticas que explican los términos de la relación de modo diverso: el liberalismo y el comunitarismo<sup>9</sup>. El liberalismo no es una doctrina unitaria, y a los autores clásicos como Hobbes, Mandeville, Locke, Adam Smith, Voltaire, Kant, Bentham y J.S Mill, se han unido en el siglo XX múltiples versiones del liberalismo como las de Popper, Hayek, Nozick, y Dworkin<sup>10</sup>. Especialmente significativas para la Filosofía política han sido sin duda en tiempos recientes la obra de Rawls<sup>11</sup> y Habermass<sup>12</sup>. Frente al énfasis liberal en la razón y los derechos individuales básicos<sup>13</sup>, el comunitarismo estima que con ello se infravalora la importancia de la comunidad, condición indispensable para crear un marco social cohesionado y justo. Aparte de la obra de Tönnies *Gemeinschaft und Gesellschaft* (1887), autores de la talla de Marx, Nietzsche, Weber, Simmel, Adorno, Heidegger, Arendt, etc, y más recientemente Alasdair MacIntyre y Charles Taylor, han llevado a cabo reflexiones críticas en este sentido<sup>14</sup>.

Ciertamente, como advierte ALCACER GUIRAO, “lo que caracteriza a la institución social de la pena y confiere a la discusión sobre la misma hondas raíces éticas en su carácter de doble filo respecto a la libertad individual, que, por un lado, protege de forma colectiva, pero que por otro

---

Penal: *Donnini*, en: Mir Puig/Corcoy Bidasolo/Gómez Martín (Edt.), La política criminal en Europa, 2004, p. 41 (55, 56) [“...en muchas culturas europeas el desarrollo de un *Derecho penal orientado a la Constitución* aparece incluso en los albores de su historia y *debe ser absolutamente implementado*”; “En un contexto cuanto menos europeo, es sobre todo una dogmática fundada en principios constitucionales y de garantía la que contiene una fuerza propulsora que la dogmática, en cuanto «teleológicamente» orientada (...) no tiene”] (cursivas en el original); *ibid.*, “Il volto attuale dell’illecito penale”, en Pérez Álvarez (edt.), *Serta in memoriam Alexandra Barata*, Salamanca 2004, p. 1227 (1240).

<sup>4</sup> Díaz, E., Boletín informativo 286, Fundación Juan March 1999, p. 4.

<sup>5</sup> Silva Sánchez, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, 1992, p. 194; Ferrajoli, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, 1995; Pérez Manzano, Culpabilidad y prevención, 1986, p. 217 ss.; Demetrio Crespo, Prevención general e individualización judicial de la pena, 1999, p. 56 ss.

<sup>6</sup> Díez Ripollés, CRP 1998/85, 48; *ibid.*, AP 2001/1, 1; *ibid.*, Doxa 2001/24, 485; *ibid.*, La racionalidad de las leyes penales, 2003; Pastor, Recodificación penal y principio de reserva de código, 2005, p. 15 ff.

<sup>7</sup> Vid, entre otras referencias, Günther, en: Institut für Kriminalwissenschaften der Johann Wolfgang Goethe-Universität (Edt.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, p. 445 ss; Hirsch, en: Courakis (Edt.), Die Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert. Festschrift für Dionysios Spinellis, Band I, 2001, p. 425 ss.; Alcácer Guirao, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?, 2003; Portilla Contreras, en Octavio De Toledo/ Gurdiel/ Cortés (Edt.), Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, 2004, p. 895 ss.

<sup>8</sup> Sobre la problemática del “estado de necesidad del Estado”, vid, por todos, Jahn, Das Strafrecht des Staatsnotstandes. Die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe und ihr Verhältnis zu Eingriff und Intervention im Verfassungs- und Völkerrecht der Gegenwart, 2004, passim.

<sup>9</sup> Sobre la importancia de la problemática en la teoría de la pena y la política criminal, Cfr: Kunz, Bürgerfreiheit und Sicherheit. Perspektiven von Strafrechtstheorie und Kriminalpolitik, 2000, p. 35 ss.

<sup>10</sup> Muñoz, J., Diccionario de Filosofía, 2003, p. 526

<sup>11</sup> Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 7. ed. 1993; *ibid.*, Politischer Liberalismus, 1998; Hirsch (Edt.), Zur Idee des politischen Liberalismus. John Rawls in der Diskussion, 1997.

<sup>12</sup> Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechstaats, 5. ed. 1997; *ibid.*, Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie, 1996.

<sup>13</sup> Vid, al respecto, Betegón, en Betegón et al. (Nota 1), p. 41 (“El liberalismo, en un sentido originario o primario, debe ser caracterizado como una teoría política cuyo interés central es la defensa de una doctrina acerca de los límites del gobierno y que, a tal fin, suministra un marco de garantías institucionales que salvaguardan la libertad personal”).

<sup>14</sup> Muñoz, J. (Nota 10), p. 100 s.

vulnera con su imposición”<sup>15</sup>. No en vano, señala ZAFFARONI, “la consigna antiliberal postula que es menester ceder garantías para aumentar la seguridad, o sea que da por sentada una relación inversa entre garantías y seguridad”<sup>16</sup>. Esta discusión sobre la legitimidad del Derecho Penal se plasma en el binomio *prevención-garantías*, en permanente conflicto (a mayor prevención, mayor detrimento de las garantías; y a mayor maximización de las garantías, menor funcionalidad preventiva). Tras este binomio cabe descubrir diversas formas de racionalidad, en particular una teleológica (*Zweckrationalität*), y una deontológica o valorativa (*Wertrationalität*), que se corresponden con dos tradiciones éticas: la utilitarista y la kantiana<sup>17</sup>.

En el terreno de los fines de la pena, han sido las teorías de la prevención general positiva en sus diferentes variantes las encargadas de intentar lograr la armonía entre los dos polos, en particular, entre las exigencias de la prevención y las derivadas de la culpabilidad<sup>18</sup>. Las variantes teóricas y las aportaciones doctrinales en este terreno son prácticamente inabarcables y no es el objetivo de este trabajo entrar a fondo en ellas, pero sí tratar de establecer el vínculo existente entre la variante funcionalista sistémica de la prevención general positiva y el llamado “derecho penal del enemigo”<sup>19</sup>. Como trataré de argumentar, en mi opinión, el “derecho penal del enemigo” aparece como una “excepción”, no contradictoria, sino consecuente, con ese modo de entender los fines y/o funciones del Derecho Penal<sup>20</sup>.

## II. “Derecho penal del enemigo”

### 1. “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad

Las reformas del Código Penal español producidas a lo largo del año 2003 han sido objeto de preocupación y crítica por parte de la doctrina penal<sup>21</sup> al entender que a ellas subyace un

modelo político-criminal que antepone la seguridad a las garantías<sup>22</sup>. También en el Derecho comparado se observa el mismo fenómeno<sup>23</sup>. Es necesario por tanto preguntarse acerca de su legitimidad y compatibilidad con el “Derecho Penal del hecho” propio del Estado de Derecho. La lógica consecuencia de este planteamiento será argumentar si el derecho a la seguridad es realmente tal, o si la seguridad es sólo un aspecto dependiente de la garantía de los derechos de las personas (de todas las personas) frente al Estado y frente a terceros. No se trata de una especulación teórica, sino de una pregunta que afecta a los Derechos Fundamentales de las personas: ¿se trata de intereses en conflicto, o encuentran su síntesis en un concepto de libertad que tiene en la seguridad uno de sus presupuestos<sup>24</sup>.

Es necesario aclarar si una intervención más incisiva del Derecho Penal realmente aporta seguridad o inseguridad. Si concedemos a la seguridad un estatuto autónomo posiblemente pisemos terreno firme para defender la idea de que un recrudescimiento del Derecho Penal es legítimo en la medida en que ello sea necesario para proteger el derecho a la seguridad de los que no delinquen. Si por el contrario entendemos que de lo que se trata realmente es de proteger bienes jurídicos, bajo la consideración de que cualquier ciudadano puede en un momento dado delinquir, la idea de la seguridad no puede ponerse al servicio de una merma de garantías en ningún caso, porque lo que se está introduciendo es inseguridad. La idea de la “seguridad” que justifica el recrudescimiento punitivo es en parte real, en parte simbólica, en parte objetiva, en parte subjetiva, difícil de delimitar. La “inseguridad” que puede conllevar se transforma en inseguridad jurídica a través por ejemplo de la indeterminación en la tipificación de las conductas, la indefinición de los bienes jurídicos protegidos, el adelantamiento de la punibilidad mediante los delitos de

<sup>15</sup> Alcacer Guirao, Doxa 2002/25, 139.

<sup>16</sup> Zaffaroni, Discurso para la investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Castilla-La Mancha, 2004, p. 20.

<sup>17</sup> Más ampliamente, por todos, Alcacer Guirao, ADPCP 1999/LII, 177; *ibid.* (Nota 15), p. 139 ss.

<sup>18</sup> Sobre los diferentes modelos de pensamiento, Schumann, Positive Generalprävention, 1989, p. 1 ss.; Demetrio Crespo (Nota 5), p. 114 ss.

<sup>19</sup> Acerca del funcionalismo en el Derecho penal, entre otras referencias, Vid: García Amado, Doxa 2000/23, 233; Peñaranda Ramos, Doxa 2000/23, 289; Portilla Contreras, en: Díez Ripollés/Romeo Casabona/Gracia Martín/Higuera Guimerá (Edt.), La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir, 2002, p. 135 ss; Prieto Navarro, Doxa 2000/23, 265; Sacher, ZStW 2006 (en prensa).

<sup>20</sup> Vid, por todos, Jakobs, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, passim.

<sup>21</sup> Entre otras referencias, vid: Acale Sánchez, en Pérez Álvarez (Edt.) (Nota 3), p. 1197 ss; Cugat Mauri, en Pérez Álvarez (Edt.) (Nota 3), p. 183 ff.; Demetrio Crespo, RDP 2005/1, 505; *ibid.*, en: Bernuz Beneitez/Pérez Cepeda (Edt.),

La tensión entre la libertad y la seguridad: una aproximación sociojurídica, 2006, p. 107 ss; Laurenzo Copello, JpD 2004/50, 30; Maqueda Abreu, en: Pérez Álvarez (Edt.) (Nota 3), p. 1287 ss.; Mir Puig/Alcácer Guirao, GA 2005, 243; Nieto Martín, RP 2004/13, 219; Pérez Cepeda, en: Bernuz Beneitez/Pérez Cepeda (Edt.) (Nota 21) p. 223 ss.; Quintero Olivares, en: Octavio De Toledo et al. (Nota 7), p. 929 ss.; *ibid.*, Adónde va el Derecho penal, 2004; Zugaldía Espinar, en: Octavio De Toledo et al. (Nota 7), p. 1132 ss.

<sup>22</sup> Acerca de la evolución de la criminalidad y las políticas de seguridad pública en España, vid. el estudio analítico-criminológico de Arroyo Zapatero, en: Urban Society across the World: Lessons Learned, ISPAC Ancillary Meeting. Eleventh United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice, 2005 ([www.defensesociale.org](http://www.defensesociale.org)).

<sup>23</sup> Vid, entre otras referencias, Bernardi, en: El Derecho Penal entre abolicionismo y tolerancia cero. Homenaje a Louk Hulsman, Cahiers de Défense Sociale, 2003, p. 71 ss; Miranda Rodrigues, en: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, 2003, p. 207 ss; Hassemer, StraFo 2005, 312.

<sup>24</sup> En estos términos, Gómez Martín, en: Mir Puig et al. (Nota 3), p. 59 (62).

peligro, o en general, de la relajación de las garantías en busca de la presunta eficacia.

Se trata en definitiva de un detrimento de la libertad basado en la lógica funcional del *Estado preventivo*, que preconiza un *modo de actuar proactivo* frente a los riesgos, y no como sería propio del *Estado de Derecho*, delimitado *reactivamente* de acuerdo a determinados principios y garantías<sup>25</sup>. Dichos principios, en particular el principio de proporcionalidad (o prohibición de exceso), se ve desbordado por el pensamiento preventivo de la seguridad, en el que no resulta decisiva la ponderación de bienes jurídicos, sino únicamente la obtención del fin perseguido. Esto desemboca en último término, como puede verse en el ámbito del derecho penal de extranjeros, en medidas restrictivas de derechos basadas en programas indeterminados<sup>26</sup>. Como nos recordaba BARATTA, “los mecanismos discriminatorios en la administración de los derechos fundamentales a favor de ciudadanos “respetables” y a costa de los excluidos (inmigrantes, parados, indigentes, toxicómanos, jóvenes marginados, etc) condicionan una reducción de la seguridad jurídica que, a su vez, alimenta el sentimiento de inseguridad en la opinión pública. El resultado es una forma de estilización selectiva de las áreas de riesgo de violación de los derechos, donde la parte no está en el todo, sino en lugar del todo o, directamente, contra el todo, entendido el todo como los derechos fundamentales y todas las personas”<sup>27</sup>.

La tesis fundamental aquí sostenida es que el llamado “discurso de las garantías” no es una especie de lujo al que cabe renunciar en tiempos de crisis, y menos una tesis conservadora. En mi opinión es un discurso claramente progresista y crítico porque pretende salvaguardar un modelo de Derecho Penal estrictamente vinculado a las garantías del Estado de Derecho que deben regir para todas las personas. Sustituir la “racionalidad valorativa” inherente al mismo por una “racionalidad pragmática”<sup>28</sup>, justamente cuando hace falta defender esos principios, es una forma de dar validez a una transformación de los parámetros político-criminales altamente discutible. Sin duda son muchos los rostros del Derecho Penal, y uno que no es posible olvidar en ningún caso, es el protector y garantista<sup>29</sup>.

## 2. ¿”Derecho penal del enemigo” legítimo?

La construcción de la Ciencia Penal tal y como hoy la entendemos se inicia con el pensamiento de la Ilustración<sup>30</sup>, significativamente con la famosa obra de BECCARIA (1738-1794) *De los Delitos y de las penas* (1764), en la que el autor plantea una serie de retos relativos a la “humanización” del Derecho Penal, que todavía hoy no han perdido en absoluto su vigencia. Por otro lado, desde VON LISZT (1851-1919), el Derecho Penal es considerado la “Carta Magna del delincuente” y, en todo caso, “la barrera infranqueable de la política criminal”, como el autor se esfuerza en poner de relieve en su famoso *Programa de la Universidad de Marburgo de 1882*.

Desde el punto de vista político-criminal, parece que en la Ciencia Penal ha habido cierto consenso en las últimas décadas en torno a la idea de que el Derecho Penal es la forma más grave de intervención del Estado frente al individuo, que tiene para éste último unas consecuencias altamente estigmatizadoras, y que por ello es preciso restringir y justificar al máximo su intervención. Esta idea, junto a la crisis del pensamiento resocializador, hace que se planteen en un determinado momento, diversas propuestas que van desde las puramente abolicionistas hasta las reduccionistas del sistema penal. Estas últimas vienen representadas inicialmente por la búsqueda de alternativas a la pena privativa de libertad, la vía despenalizadora, en abierta oposición a la tendencia expansionista del Derecho Penal contemporáneo, y las propuestas consistentes en devolver protagonismo a la víctima en el conflicto penal.

Sin embargo, el debate sobre la legitimidad del Derecho Penal, centrado hace no demasiado tiempo en este vector (*propuestas abolicionistas-propuestas reduccionistas*), puede caracterizarse hoy más claramente con el binomio *reducciónismo versus expansión*<sup>31</sup>, es decir, con el debate propio del contexto y exigencias de lo que se ha dado en llamar “modernización del Derecho Penal”. Esta modernización, para la que GRACIA MARTÍN aboga con gran determinación<sup>32</sup>, frente al por él tildado como “discurso de la resistencia”, que no duda en calificar como “ultraliberal y reaccionario”, comprende, sin embargo, construcciones como el llamado “derecho penal del enemigo”<sup>33</sup>. Este

<sup>25</sup> En opinión de Denninger la “invención” de un “Derecho fundamental” a la seguridad por el Tribunal Constitucional alemán no ha contribuido a solventar el problema de la contraposición básica entre seguridad y libertad, sino que ha sido utilizado como argumento para la justificación de atribuciones de intervención estatales cada vez más amplias Denninger, in: Goethe Institut. Online-Redaktion <http://www.goethe.de/kug/ges/pok/thm/de163802.htm> –; ibid., en: Koch (Edt.), Terrorismus – Rechtsfragen der äußeren und inneren Sicherheit, 2002.

<sup>26</sup> Lorenzo Copello (Nota 21), p. 30.

<sup>27</sup> Baratta, RCSP 2001/8, 19.

<sup>28</sup> En esta línea, Vid: Díez Ripollés, JpD 2004/49, 41.

<sup>29</sup> Hassemer, RGDP 2005/3 ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)).

<sup>30</sup> Prieto Sanchís, La Filosofía Penal de la Ilustración, 2003, passim.

<sup>31</sup> Sobre la evolución, ampliamente, Demetrio Crespo, RDPC 2004/14, 87 [= NDP 2004/A, 47; en: Pérez Álvarez (Nota 3), p. 1027]. Recientemente, con ulteriores referencias, vid: Weigend, en: Sieber /Albrecht (Edt.), Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach, 2006, p. 44 (55 ss., 64).

<sup>32</sup> Gracia Martín, Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, 2003.

<sup>33</sup> Entre otras aportaciones recientes, en la bibliografía en español: Brandariz García, en: Faraldo/Brandariz/Puente (Edt.), Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización, Valencia, 2004, p. 15 ss; Cancio Meliá, DPCRI 2003/3, 31; Demetrio Crespo (Nota 31), S. 87; ibid.,

RGDP 2005/4 ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)); *Díez Ripollés*, RECPC 2005/07-01, 22 (<http://criminet.ugr.es/recpc>); *Faraldo Cabana*, en: Faraldo et al. (Nota 34), p. 310 ss.; *Gracia Martín*, RGDP 2004/2, 1 ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)); *ibid.*, RECPC 2005/07-02, 1 (<http://criminet.ugr.es/recpc>) [RDP 2005/1, 87]; *ibid.*, El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”, 2005; *Jakobs /Cancio*, Derecho penal del enemigo, 2003, (2. ed.2006); *Muñoz Conde*, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el nacionalsocialismo, 2002, p. 117 ss.; *ibid.*, en: Octavio De Toledo et al. (Nota 7), p. 803 ss.; *ibid.*, RGDP 2005/3, 1 ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)); *ibid.*, RP 2005/16, 123; *ibid.*, De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”, 2005; *Pastor*, en: Libro Homenaje al Profesor Doctor Günther Jakobs (en prensa); *Pérez Del Valle*, CPC 2001, 75; *Portilla Contreras*, RMT 2002, 83; *ibid.*, JpD 2004/49; *ibid.*, en: Pérez Álvarez (Edt.) (Nota 3), S. 1401 ff.; *ibid.*, en: Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, 2004, S. 706 ss.; *Prittitz*, en: Mir Puig et al. (Nota 3), S. 107 ff; *Ramos Vázquez*, en: Pérez Álvarez (Nota 3), p. 1425 ss.; *ibid.*, en: Faraldo et al. (Nota 34), p. 65 (90 ss.); *Silva Sánchez*, La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2.ed. 2001, p. 163 ss.; *Velásquez Velásquez*, en RGDP 2005/3, 1 ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)); *Zaffaroni* (Nota 16).

En la bibliografía en alemán: *Albrecht*, ZStW 117 (2005), 852; *Ambos*, Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2. ed. 2004, p. 62 ss; *ibid.*, ZStrR 2006, 1; *Aponte*, Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum “effizienten” Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien, 2004; *Cancio Meliá*, ZStW 117 (2005), 267; *Greco*, GA 2006, 96; *Gössel*, en: Hoyer/Müller/Pawlak/Wolter (Edt.), Festschrift für Friederich-Christian Schroeder, 2006, p. 33; *Hefendehl*, StV 2005, 156; *Hörnle*, GA 2006, 80; *Kindhäuser*, en Hoyer et al. (Nota 33), p. 81; *Prittitz*, en: Prittitz/Baurmann/Günther/Kuhlen/Merkel/Nestler/Schulz (Edt.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, p. 499 ss; *ibid.*, en: Pilgramm/Prittitz (Edt.), Kriminologie. Akteurin und Kritikerin gesellschaftlicher Entwicklung, 2005, p. 215 ss; *Sauer*, NJW 2005, 1703; *Schulz*, ZStW 112 (2000), 653; *Scheffler* (Nota 23) p. 123 ss; *Schünemann*, GA 2001, 205 (210); *ibid.*, en: Griesbaum/Hannich/Schnarr, Festschrift für Kay Nehm, 2006, p. 219 ss; *Sinn*, ZIS 2006, 107; *Uwer*/Organisationsbüro der Straffverteidigervereinigungen (Edt.), Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindstrafrechtsstaat, 2006 (y las aportaciones a este volumen).

De la obra de *Günther Jakobs*, cf.; en particular: *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751; *ibid.*, Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 1997 (2. ed. 1999); *ibid.*, ZStW 107 (1995), 843; *ibid.*, en: Eser/Hassemer/Burkhardt, Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, p. 47 ss.; *ibid.*, en: Courakis (Edt.) (Fn 7), S. 447 ff; *ibid.*, en Hsu (Edt.), Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure. An anthology in memory of Professor Fu-Tseng Hun, 2003, p. 41 ss; *ibid.* (Nota 20), p. 5 ss.; *ibid.*, ZStW 117 (2005), 247; *ibid.*, ZStW 117 (2005), 418; y por último, *ibid.*, ZStW 117 (2005), 839.

pretende despojar de la categoría de ciudadanos a determinados sujetos, que deben ser tratados como meras “fuentes de peligro”, a los que hay que neutralizar a cualquier precio<sup>34</sup>, como si fueran animales salvajes<sup>35</sup>. Se trataría así a estos seres humanos, no como personas, sino como *individuos peligrosos a los que el Derecho penal despersonaliza parcialmente*, en el marco de lo necesario para combatir determinado tipo de delincuencia (como la delincuencia económica, el terrorismo, la criminalidad organizada, la delincuencia sexual, o en general, los delitos graves)<sup>36</sup>.

Frente a este “derecho penal” cabe preguntarse si la correspondiente “modernización” representa realmente una evolución, o más bien, como aquí se sugiere, una involución lamentable. Por lo que afecta a la pregunta por la legitimidad, esta debe responderse en mi opinión, sin duda, en sentido negativo porque se trataría en todo caso de un “derecho penal” que no respeta la dignidad humana.

### 3. Características del “derecho penal del enemigo”

El “Derecho penal del enemigo” puede caracterizarse, entre otras notas, por un amplio adelantamiento de la punibilidad, la adopción de una perspectiva fundamentalmente prospectiva, un incremento notable de las penas, y la relajación o supresión de determinadas garantías procesales individuales<sup>37</sup>. No se trata, sin embargo, de una denominación actual, sino que por un lado recuerda a la dicotomía utilizada por Carl Schmitt<sup>38/39</sup> para describir el

<sup>34</sup> *Cancio Meliá* (Nota 33), p. 280.

<sup>35</sup> *Vid. Jakobs* (Nota 20), p. 40 ss (41): “es geht demgemäß um die Sicherung einer Gefahrenquelle, wie bei einem wilden Tier, nicht aber um den Umgang mit einer Person” (la cursiva es mía); *Jakobs* (Nota 33), p. 843: «Deshalb ist der Satz “rechtlich hat jeder Mensch den Anspruch, als Person behandelt zu werden” unvollständig; (...). Der Satz muß also richtig lauten, “jeder, der zumindest einergemaßen verlässlich Rechtstreue leistet, hat den Anspruch, als Person behandelt zu werden”, und wer diese Leistung nicht erbringt, wird eben fremdverwaltet, was heißtt, nicht als Person behandelt».

<sup>36</sup> Ebenda, p. 40 ss. (41 s).

<sup>37</sup> *Jakobs* (Nota 33), p. 47 ss; *Cancio Meliá* (Nota 33), p. 37; *Gracia Martín* (Nota 33), p. 9 ff. *Muñoz Conde* (Nota 33) (803) lo caracteriza, dado que no hay un Derecho penal que no sea «autoritario», como un “Derecho penal más autoritario de lo normal, un Derecho penal que se ha colado de rondón, «por la puerta falsa» de un Ordenamiento jurídico, cuyos parámetros constitucionales habían reconocido unos derechos humanos fundamentales, unas garantías, que, al menos formalmente, sirven de barrera al poder punitivo del Estado”

<sup>38</sup> Resulta llamativo que mientras que Carl Schmitt subraya que se expresa el respeto al enemigo precisamente porque se le reconoce como tal y no como delincuente (*vid.* la referencia en Beck, Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden, 2004, p. 205), en la “teoría del derecho penal del enemigo” se trata de “delincuentes” que deben ser tratados como “enemigos”.

modo de reacción del Estado frente a los crímenes políticos graves, y por otro, sus orígenes se remontan ya a la época clásica<sup>40</sup>. En este sentido dice ZAFFARONI que “la descripción de las características del embate contemporáneo contra el derecho penal liberal (...) no reproduce ninguno de los autoritarismos históricos o pasados, lo cierto es que parece reciclar elementos que se hallaban en casi todos éstos”, lo que le permite sostener que “existen estructuras discursivas que son idénticas, aunque los contenidos y la tecnología varían culturalmente”<sup>41</sup>.

El principal teórico del concepto en la discusión actual, JAKOBS, lo explica subrayando que el Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones, el *trato con el ciudadano*, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el *trato con el enemigo*, que es interceptado muy pronto en el estado previo y al que se combate por su peligrosidad<sup>42</sup>. En su opinión, ningún contexto normativo, incluyendo como tal a la persona en Derecho, es tal por sí mismo, sino que sólo es real cuando determina a grandes rasgos a la sociedad. Esta tesis le lleva a sostener que quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no

Esta similitud le fue reprochada a Günther Jakobs por Peter-Alexis Albrecht tras su ponencia sobre el tema en la *Strafrechtslehrtagung* de Frankfurt Oder el 08 de mayo de 2005. Frente a esta objeción Jakobs se defendió diciendo que su teoría no se inspira en absoluto en la Filosofía Política de este autor. La terminología y los planteamientos son ciertamente parecidos, pero deben situarse en su correspondiente marco histórico. Cfr. Uwer, en: Uwer et al. (Nota 33), p. 37 ss; Kaleck, en: Uwer et al. (Nota 33), p. 290 ss.

Otros argumentos empleados por Albrecht para rebatir el Derecho penal del enemigo fueron la indivisibilidad de la dignidad humana (en alusión a la diferenciación entre personas y no personas o “enemigos”), el Derecho penal del enemigo como legalización del fenómeno de erosión del Derecho penal del Estado de Derecho llevándolo a un extremo insoportable, o la vuelta por esta vía al “estado de naturaleza”. Cfr. Albrecht (Nota 33); ibid., en: Uwer et al. (Nota 33), p. 117 ss.

<sup>39</sup> Así, en *El concepto de lo político* puede leerse: „Feind ist nur eine wenigstens eventuell, d.h. der realen Möglichkeit nach kämpfende Gesamtheit von Menschen, die einer eben solchen Gesamtheit gegenübersteht“ (Cfr. Schmitt, Der Begriff des Politischen. Mit einer Rede über das Zeitalter der Neutralisierung und Entpolitisierungen, 1932, p. 15 ss, 16). Sobre el pensamiento de Carl Schmitt cfr. Gómez Orfanel, Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt, 1986. Sobre los paralelismos vid: Prieto Navarro, en: Bacigalupo, S./Cancio Meliá (Edt.), Derecho Penal y Política Transnacional, 2005, p. 49 (70 ss).

<sup>40</sup> Vid: Pastor (Nota 33) Punto II; Gracia Martín (Nota 33), p. 12 ss.

<sup>41</sup> Zaffaroni (Nota 16), p. 26

<sup>42</sup> Jakobs (Nota 33), p. 41 ss.

puede esperar ser tratado como persona, pues de lo contrario se vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas; y que, por tanto, sería completamente erróneo demonizar el llamado “Derecho penal del enemigo”, pues de este modo no se alcanza una solución al problema de los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana<sup>43</sup>.

#### 4. ¿“Derecho penal del enemigo” como estado de necesidad en el marco de lo indispensable?

La ponencia del Prof. Jakobs en la *Strafrechtslehrtagung* de Frankfurt Oder, comenzaba con la siguiente pregunta: *¿se puede llevar a cabo la “guerra contra el terror” con los medios del Derecho penal del Estado de Derecho?*<sup>44</sup>. La pregunta planteada la responde el autor en sentido negativo al final de la misma basándose en que entonces el Estado tendría que tratar a sus *enemigos* como personas, y no estaría legitimado para tratarlos como meras fuentes de peligro<sup>45</sup>.

Esta primera pregunta presupone, a su vez, otra que resulta esencial: *¿es legítimo el “derecho penal del enemigo”?, y en caso afirmativo, ¿en qué medida?*. La respuesta a esta segunda pregunta reza para Jakobs como sigue: el “derecho penal del enemigo” es legítimo en la medida de lo necesario(*im Rahmen des Erforderlichen*). En su opinión el Estado no puede renunciar a ningún medio, o caer en tabúes, para proteger al ciudadano, porque se trata de casos excepcionales en los que debe cumplir su función de protección<sup>46</sup>. Todo ello bajo la consideración de que el Estado de Derecho no puede considerarse de modo abstracto-ideal sino desde el punto de vista de su concreta vigencia

<sup>43</sup> Ebenda, p. 47 s.. Sobre el concepto de persona manejado por Jakobs, como sujeto portador de derechos y deberes, y la distinción individuo/persona, Jakobs (Nota 33), p. 247 (265): («1. Menschliche Individuen (Sinnenwesen) sind weder in ihrer Physis frei noch in ihrem psychischen Antrieb durch Lust oder Unlust; insoweit setzt die Straftheorie nicht anders an als die moderne Hirnforschung; 2. Eine normativ strukturierte Gesellschaft verbindet nicht menschliche Individuen, vielmehr Personen. Personen sind die kommunikativ konstruierten Adressen von Rechten und Pflichten», pp. 265-266). Al respecto, Cfr: Portilla Contreras (Nota 33), p. 699 ss; Gracia Martín (Nota 33), p. 23 ss; Gössel (Nota 33), p. 38 ss.

<sup>44</sup> Jakobs (Nota 33), p. 839.

<sup>45</sup> Ebenda, p. 851.

<sup>46</sup> Véase, sin embargo, las reflexiones de Roxin a propósito de la discusión habida en Alemania acerca de si en casos excepcionales puede considerarse legítima la tortura, o al menos, quedar sin pena, en el sentido de que la protección que puede otorgar el Estado a la vida y la dignidad humana de sus ciudadanos sólo puede moverse en el marco y con los límites de actuación propios del Estado de Derecho, entre los cuales figura justamente la prohibición de la tortura (Roxin, in: Arnold / Burkhard / Gropp / Heine / Koch / Lagodny/ Perron / Walther, Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, p. 461 (466). También recientemente: Beestermöller/Brunkhorst (Edt.), Rückkehr der Folter. Der Rechtsstaat im Zwielicht?, 2006, passim.

(*konkrete Geltung*)<sup>47</sup>. Lo necesario implica que debe privarse a los terroristas aquellos derechos de lo que abusa para acometer sus planes, y en particular, su libertad de obrar, como sucede en el ámbito de las medidas de seguridad (*Sicherungsverwahrung*)<sup>48</sup>.

Al respecto se plantea SILVA SÁNCHEZ si puede admitirse una “tercera velocidad” del Derecho penal (la primera se refiere al Derecho penal «de la cárcel» y la segunda el Derecho penal sin pena privativa de libertad, que experimentaría una flexibilización relativa de las garantías), con pena privativa de libertad, y al mismo tiempo, una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales. El autor acoge “con reservas” la opinión de que la existencia de un espacio de Derecho penal de privación de libertad con reglas de imputación y procesales menos estrictas que las del Derecho penal de la primera velocidad es, seguramente, en algunos ámbitos excepcionales y por tiempo limitado, inevitable”. Al mismo tiempo restringe su legitimidad a situaciones de

“absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia, en un marco de emergencia”<sup>49</sup>.

Por las razones que expongo a lo largo del trabajo ambas posiciones me parecen rechazables: no creo que sea legítimo ningún espacio para un “derecho penal del enemigo” en el Derecho penal democrático, pues se trata, por definición, de un “derecho penal” que niega la dignidad humana<sup>50</sup>.

## 5. “Derecho penal del enemigo” como concepción descriptivo/prescriptiva y “excepción consecuente” respecto a la “estabilización de la norma”

Que la actual concepción de JAKOBS, a diferencia de lo sostenido en 1985<sup>51</sup>, no es sólo descriptiva, incluso dotada de una fuerte capacidad crítica, sino que ha sufrido una evolución progresivamente encaminada a la defensa del Derecho penal del enemigo bajo determinadas condiciones<sup>52</sup>, es algo que se deduce de la lectura de sus escritos al respecto en los últimos años. Paradójicamente, y pese a la rotundidad de sus afirmaciones, cuando el Prof. Jakobs hubo de afrontar la objeción acerca del peligro que implica una teoría capaz de legitimar un Derecho penal excepcional al margen del Estado de Derecho<sup>53</sup>, el autor contestó que su planteamiento era en un porcentaje del 98% únicamente descriptivo. Parecía entonces que se trataba de nuevo más bien de evitar que se produzca una “contaminación” de las características propias del Derecho penal del enemigo al resto del Derecho penal<sup>54</sup>.

---

<sup>47</sup> Jakobs (Nota 33), p. 846: “Erstens, der Staat muß seine Gestalt nicht mutwillig aufs Spiel stezen; (...). Zweitens, die Deduktion einer Antwort auf die Frage nach der Legitimität aus dem *abstrakten* Begriff des Rechtsstaats ist nichts wert. Daß ein Staat, der keine Sicherungsverwahrung kennt, der die Bildung einer terroristischen Vereinigung nur als Tat gegen die öffentliche Ordnung bestraft, dem Kontantksperrern, Lauschangriffe, V-Leute und vieles weitere fremd sind, dem Ideal eines Rechtsstaates näherkomme als ein Staat, der Solche Einrichtungen und Maßnahmen erlaubt, läßt sich nur *abstrakt* feststellen; *konkret* mag der Verzicht auf diese Einrichtungen das Recht des Bürgers auf Sicherheit aushölen, und dieses Recht auf Sicherheit ist nur ein anderer Name für ein Recht auf den Zustand wirklicher Rechtsgeltung”. En el mismo sentido también en Jakobs (Nota 33), p. 421 y 425.

<sup>48</sup> Jakobs (Nota 33), p. 847: “Hält man sich von solchen Extremen fern, so geht es um das Erreichbare, um das praktisch Optimale, was heißt, das Feindstrafrecht sei auf *das Erforderliche* zu beschränken...Aber was ist erforderlich? Zunächst muß dem Terroristen dasjenige Recht entzogen werden, das er mißbrauchlich für seine Planungen einsetzt, also insbesondere das Recht auf Verhaltensfreiheit. Insoweit verhält es sich nicht anders als bei der Sicherungsverwahrung,...”. También Silva Sánchez (Nota 33) (165), advierte que el Derecho penal del enemigo, como Derecho penal de medidas de seguridad para delincuentes imputables peligrosos, es algo ya muy patente en el primer tercio del siglo XX. Sobre la problemática, vid., por todos, Kunz, en: Arnold et al. (Nota 46), p. 1375 (1388); asimismo, Rehn/ Wischka/ Lösel / Walter (Edt.), Behandlung “gefährlicher Straftäter”. Grundlagen, Konzepte, Ergebnisse, 2001, passim. Sobre la “reconstrucción” del derecho de la peligrosidad, sus características y propuestas, en el momento actual Díez Ripollés (Nota 33), p. 26 ss.

<sup>49</sup> Silva Sánchez (Nota 33), p. 163 ss (166). Sobre la proximidad de los planteamientos de Jakobs y Silva, así como posibles matizaciones, Díez Ripollés (Nota 33), p. 24 s.

<sup>50</sup> En este sentido también, Ambos (Nota 33), p. 62 ss.

<sup>51</sup> Así puede leerse en su trabajo de 1985 acerca de la tentativa, lo siguiente: “A la definición del autor como enemigo del bien jurídico, según la cual se podrían combatir ya los más tempranos signos de peligro, si bien esto podría no ser oportuno en el caso concreto, se ha de contraponer aquí una definición del autor como ciudadano. El autor no sólo ha de ser considerado en cuanto potencialmente peligroso para los bienes de la víctima, sino que debe ser definido también, de antemano, por su derecho a una esfera exenta de control; y se va a mostrar que del status de ciudadano se pueden derivar límites, hasta cierto punto firmes, para las anticipaciones de la punibilidad” (Vid: Jakobs, en: Estudios de Derecho Penal, trad. y estudio preliminar de Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá, 1997, p. 295).

<sup>52</sup> En este sentido igualmente, entre otros, Cancio Meliá (Nota 33), p. 278; Greco (Nota 33), p. 96 ss. De esta evolución da debida cuenta Prittitz (Nota 33) (109) señalando que en la intervención en Berlín en octubre de 1999 “Jakobs no sólo constató la presencia del «Derecho penal del enemigo» en el Derecho penal alemán, sino que justificó su existencia”. Vid, también, Weigend (Nota 31), p. 59, Nota 97.

<sup>53</sup> Planteada en la discusión que tuvo lugar tras su ponencia en Frankfurt Oder el 08 de mayo de 2005.

<sup>54</sup> Recientemente, en la conversación que sostuve en Bonn con el Profesor Jakobs, en la que este insistió en esta

Pero se trata aquí en realidad de un problema que afecta fundamentalmente al *carácter ambiguo del concepto*, que admite diversos usos según el contexto<sup>55</sup>.

Con todo, lo que no ha variado es su pensamiento metodológico, en el cual el criterio del bien jurídico como concepto delimitador de la intervención penal pierde toda relevancia, y se sustituye por la función preventivo-general positiva de la “estabilización de la norma”<sup>56</sup>. En este sentido sostiene acertadamente GÓMEZ MARTÍN que “ya se advertía en aquel primer Jakobs que su posición podía correr el riesgo de ser contradictoria con su propia concepción del Derecho penal y los fines de la pena”<sup>57</sup>. Efectivamente,

“división porcentual”, señalando que el 2% restante significa que el “derecho penal del enemigo” es en todo caso inevitable, y por tanto, el Estado tiene que recurrir a él, pude darme cuenta de que se trata en parte de un falso dilema. Para Jakobs su concepción es fundamentalmente descriptiva porque en su opinión es claro que el “derecho penal del enemigo” es algo que ya está ahí, o que antes o después tendrá lugar de forma irremediable porque de lo contrario el Estado se vendría a pique. De tal forma que la única función que restaría a la Ciencia Penal sería describirlo y delimitarlo lo mejor posible del resto del derecho penal, asumiendo en todo caso, que tal derecho penal es sólo legítimo (*darf sein*) en el marco de lo indispensable (*im Rahmen des Erforderlichen*). En este sentido, me decía, su teoría no es jurídico-política, sino que apunta en sentido filosófico-jurídico y dogmático. La idea clave sería entonces, en su opinión, lograr el mejor “Derecho penal del ciudadano” posible mediante la delimitación del “marco indispensable” del “Derecho penal del enemigo”, del cual debe diferenciarse limpiamente. Ese “*darf sein*”, y no si la concepción es más o menos descriptiva que prescriptiva o viceversa, es desde mi punto de vista lo verdaderamente relevante en la discusión. La magnitud del segmento “descriptivo” depende en realidad de en qué medida se interpreten como “derecho penal del enemigo” las normas o una parte de las normas de un ordenamiento jurídico determinado, así como de las previsiones que se hagan al respecto.

<sup>55</sup> Acerca de la falta de claridad del concepto, que puede ser entendido en sentido descriptivo, pero también en sentido crítico, y finalmente en sentido legitimador, especialmente clarificador: Greco (Nota 33), p. 102 ss.

<sup>56</sup> Vid: Jakobs, Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal, traducción de Cancio Meliá und Feijóo Sánchez, 2003, p. 47 ss (48): “El esbozo de las reflexiones a efectuar es el siguiente: el hecho significa una rebelión contra la norma, y la pena rechaza esa rebelión; al mismo tiempo, mediante el dolor que aquélla infinge, se elimina el riesgo de una erosión general de la vigencia de la norma: esto se llama «prevención general positiva». Esta conclusión de la primera parte preconfigura ya la que deriva de la segunda: lo decisivo es la protección de la vigencia de la norma”.

<sup>57</sup> Gómez Martín (Nota 24), p. 82. Vid, también, recientemente: Frommel, en: Uwer et al. (Nota 33), p. 60 s; Bung, en: Uwer et al. (Edt.) (Nota 33), p. 249 (257 ss.);

JAKOBS ya reconocía en 1985 que en situaciones excepcionales la vigencia de la norma podía verse amenazada si no se entra en la esfera privada del autor, aunque dichas normas debieran quedar separadas del “Derecho penal del ciudadano” para no contaminarlo<sup>58</sup>. En mi opinión se trata, en todo caso, sólo de una aparente contradicción porque lo que se pone de relieve en realidad es que de su modelo de pensamiento se extrae *consecuentemente* la necesidad de recurrir a un sistema excepcional para determinados supuestos (sujetos que no ofrecen *seguridad cognitiva*) que no encajan en el artificial edificio conceptual normativo del autor<sup>59</sup>.

Merece la pena, además, observar que la *capacidad legitimadora* de la teoría del derecho penal del enemigo puede llegar a abarcar ciertamente un segmento más amplio que el que se deriva en primera instancia del estado actual de un determinado ordenamiento jurídico. Si este fuera el caso, apelar al carácter meramente descriptivo de una construcción que en el fondo ofrece cobertura teórica (“justificación”) para esa realidad que dice describir se convierte sólo en un argumento circular, o como dice PRITZWITZ, en una “convicción”<sup>60</sup>.

#### 6. “Derecho penal del enemigo” como “Derecho penal de autor”

Con todo, lamentablemente dicha concepción no es sólo teórica, sino efectivamente existente en nuestra legislación penal y procesal penal (en materia de terrorismo, tráfico de drogas o inmigración), y en la praxis de la política internacional (la que, de forma cruda, no se pregunta por “las causas” de fenómenos tan complejos como el terrorismo, sino

---

Schünemann (Nota 33), p. 224 s. Con relación a la teoría de la prevención general positiva cfr., también, Scheffler (Nota 23), p. 138 s.: „In die Praxis umgesetzt soll das Vertrauen der Gesellschaft in die Rechtsordnung dadurch gestärkt werden, dass die Stammtische mit ihren „unappetitlichen Bestrafungsphantasien“ gehört werden.“

<sup>58</sup> Jakobs (Nota 51), p. 322 s [“Ciertamente son posibles situaciones, que quizás se dan incluso en este momento, en las que normas imprescindibles para un Estado de libertades pierden su poder de vigencia si se aguarda con la represión hasta que el autor salga de su esfera privada. Pero incluso entonces el Derecho penal de enemigos sólo se puede legitimar como un Derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente”].

<sup>59</sup> Vid. Neumann, en: Uwer et al. (Nota 33), p. 30 [“Gleichwohl bleibt der Gegensatz von Normbestätigung auf einer Seite, Gefahrenabwehr auf der anderen für das dualistische Modell von Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht zentral: Bürgerstrafrecht erhält die Normgeltung, Feindstrafrecht bekämpft Gefahren”]

<sup>60</sup> Pritzwitz (Nota 33), p. 117. También Greco (Nota 33) (104) destaca la existencia de no pocas razones para creer que Jakobs utiliza el concepto preponderantemente con carácter legitimador-afirmativo, deduciendo consecuencias normativas de premisas presuntamente descriptivas.

que sólo quiere combatir “los efectos”, incluso mediante “guerras preventivas” o “asesinatos selectivos”). Sin embargo, a diferencia del clásico derecho de la guerra, que establecía claras diferencias entre paz y guerra, enemigo y delincuente, soldado y civil, dichas distinciones quedan borradas en nombre de la cruzada contra el terror. Como en la novela de George Orwells *1984* “la guerra significa paz, la libertad esclavitud, y la ignorancia es fuerza”. El primer *slogan* es adoptado por Ulrich Beck para ilustrar los métodos de la *guerra postnacional* que vulnera derechos humanos paradójicamente con el argumento de su defensa, y denunciar el peligro de la ilimitada manipulación de la existencia del ser humano<sup>61</sup>.

Siendo así, no se trata lógicamente de “matar al mensajero”, pero tampoco de mantener una actitud puramente “descriptivo-explicativa” (“aparentemente neutral”), y todavía menos “directa o indirectamente legitimadora”, sobre la base de un débil, y en todo caso cuestionable, fundamento filosófico subyacente<sup>62</sup>, sino que corresponde, en mi opinión, poner de relieve que tal Derecho no puede ser el Derecho Penal propio de un Estado de Derecho (y que, al margen de éste no puede tampoco existir o coexistir Derecho alguno con pretensión de validez) por más que sus artífices políticos (del Derecho Penal del enemigo) lo invoquen (al Estado de Derecho) permanentemente<sup>63</sup>. Es más, cabe afirmar que el llamado “Derecho Penal del enemigo”, toda vez que fija sus objetivos primordiales en combatir a determinados grupos de personas, abandona el principio básico del Derecho Penal del hecho<sup>64</sup>, convirtiéndose en una manifestación de las tendencias autoritarias del ya históricamente conocido como “derecho penal de autor”<sup>65</sup>. Al Derecho Penal de autor le corresponde a su vez un concepto de “culpabilidad de autor”<sup>66</sup>, frente a la

<sup>61</sup> Beck (Nota 38), p. 197 ss. und *passim*.

<sup>62</sup> Cfr. Schünemann (Nota 33), p. 222 ss. Más allá, p.e., Ramos Vázquez (Nota 33) (p. 98), que entiende que “la teoría del Derecho penal del enemigo transita (...) entre la absoluta vacuidad teórica y la más sibilina de las argumentaciones, asomándose sin complejos al abismo que bordea el frágil edificio del Estado democrático de Derecho”. En otro sentido, Gracia Martín (Nota 33), p. 19 (“...los defensores actuales del llamado Derecho penal del enemigo disponen de un serio aval histórico-filosófico como garantía de su doctrina”).

<sup>63</sup> En este sentido ya en, Demetrio Crespo (Nota 31), p. 87 ss. Precisamente por ello, en mi opinión, no cabe plantear en absoluto condiciones de legitimidad de un tal “derecho” en un auténtico Estado de Derecho. En otro sentido, Gracia Martín (Nota 33), p. 4. Acerca de los modelos de Derecho penal subyacentes, Cfr. Streng, en: Uwer et al. (Nota 33), p. 231 ss.

<sup>64</sup> Al respecto, Hirsch, en: Prittitz et al. (Nota 33), p. 253 ss.

<sup>65</sup> En el mismo sentido Vid: Cancio Meliá, en: Jakobs/Cancio Meliá (Nota 33), p. 57 ss., 100 ss.; *ibid.* (Nota 33), p. 286 ss.; Muñoz Conde (Nota 33), p. 126.

<sup>66</sup> Acerca de las diferentes formulaciones de la „culpabilidad de autor“, sostenida por autores como Mezger, Bockelmann,

“culpabilidad por el hecho” del Derecho penal del Estado de Derecho<sup>67</sup>. Buena muestra de ello es, por otra parte, desde la perspectiva procesal, que la decisión acerca de quién es enemigo se toma *a priori*, es decir, sin que el individuo sepa de qué se le acusa, y sin gozar de ningún derecho, de lo que Guantánamo es el ejemplo tristemente paradigmático e insólito en el “mundo civilizado”<sup>68</sup>.

Por esta razón, la vía argumentativa de la eficacia y la seguridad, sin perjuicio de las consecuencias que de la misma se puede extraer por vía negativa, está vedada en la esfera axiológica, pues, como es sabido, la validez no puede derivarse en ningún caso de la eficacia<sup>69</sup>. El “Derecho Penal del enemigo” es consecuencia, en mi opinión, entre otros factores, del uso simbólico del Derecho Penal<sup>70</sup> (entendiendo por tal, con carácter general, aquel que persigue fines distintos a la protección de bienes jurídicos en el marco constitucional), y de la propia crisis del Estado social<sup>71</sup>.

### III. El “derecho penal del enemigo” en el contexto de la modernización / expansión del Derecho penal

#### 1. Diferenciaciones previas

La expansión/modernización del Derecho penal y el “derecho penal del enemigo” deben diferenciarse en principio adecuadamente porque mientras que aquella se centra sobre todo en el ámbito del Derecho penal económico, este último afecta principalmente a la criminalidad organizada y el terrorismo. Sin embargo, tampoco son fenómenos que quepa

---

Heinitz, Engisch, y Schmidt, entre otros, Cfr: Demetrio Crespo (Nota 5), p. 227 ss.

<sup>67</sup> Cfr, sobre el problema, Kindhäuser (Nota 33), 81 (93 ss) (94), que advierte acerca de posibles mutaciones en el reparto de tareas entre el Derecho penal y el Derecho de policía.

<sup>68</sup> Sobre las recientes sentencias de la Corte Suprema de los EE.UU, Cfr: Fletcher, RP 2005/16, 61; Muñoz Conde (Nota 33), p. 128 ss.

<sup>69</sup> Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. ed. 1960, p. 219 [”Auch ist die Wirksamkeit einer Rechtsordnung ebensowenig wie die Tatsache ihrer Setzung Grund der Geltung. Grund der Geltung, das ist die Antwort auf die Frage, warum die Normen dieser Rechtsordnung befolgt und angewendet werden sollen, ist die vorausgesetzte Grundnorm, derzufolge man einer tatsächlichen gesetzen, im großen und ganzen wirksamen Verfassung und daher den gemäß dieser Verfassung tatsächlich gesetzen, im großen und ganzen wirksamen Normen entsprechen soll”]. Cfr, en este orden de ideas, ya la posición de Jakobs acerca de los crímenes cometidos en la DDR en: Isensee (Edt.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 1992, p. 37 (52 ss.), así como la crítica correspondiente de Lüderssen, ZStW 1992, 735 (742 ss.) y Hirsch, Rechtstaatliches Strafrecht und staatlich gesteuertes Unrecht, 1996, p. 9 ss (13) [ $\equiv$ Ibid., Obras Completas, Tomo II, 1999, p. 209 (219)].

<sup>70</sup> Vid,al respecto, Cancio Meliá (Nota 33), p. 270 s.

<sup>71</sup> Ferrajoli, Derechos y garantías. La ley del más débil, 1999, p. 15 ss.; Serrano-Piedecasas, en: Pérez Álvarez (Edt.) (Nota 3), p. 921 ss.

tratar aisladamente porque ambos comparten determinadas tendencias de la política criminal contemporánea, en particular, la búsqueda de la eficacia y la seguridad<sup>72</sup>. El primer segmento está avalado, con carácter general, por la protección de bienes jurídicos con base constitucional, y el problema reside más bien en trazar los límites de la compatibilidad de los delitos de peligro con el principio de proporcionalidad<sup>73</sup>. El segundo segmento traspasa claramente esos límites y es un “derecho penal” incompatible con el “programa penal de la Constitución”<sup>74</sup>.

Como ha señalado HASSEMER<sup>75</sup>, algunos hechos característicos de la “sociedad de riesgos” han generado una alarma social que está provocando una tendencia a abordarlos con la sola ayuda del Derecho Penal, lo cual tiene unos costes que inciden en las garantías tradicionales del Estado de Derecho. El fenómeno de la expansión se inserta claramente en un *marco general de restricción, o en el mejor de los casos, “reinterpretación” de las garantías clásicas del Derecho Penal*, y ello debido a una pluralidad de circunstancias que conectan, como se ha dicho, con la naturaleza de los bienes jurídicos que pretenden ser protegidos (bienes jurídicos supraindividuales), la técnica de tipificación utilizada (delitos de peligro abstracto), y la autoría en este ámbito (criminalidad empresarial, a través de aparatos organizados de poder, de carácter transnacional, por convicción, etc).

Sin embargo, es preciso conceder que la modernización del Derecho penal es necesaria, y por otra parte, imparable. Se ha producido una transformación de la criminalidad que conlleva, sin duda, un cambio en los planteamientos jurídicos que deben abordarla. En este sentido es claro que el Derecho penal debe poder alcanzar también la “criminalidad de los poderosos”, y dejar de ser uno sólo destinado a afectar a los marginados y menos favorecidos en la sociedad. Es claro, también, que el Derecho Penal moderno conlleva la

tipificación de delitos de peligro y protege bienes jurídicos colectivos, y que no tiene sentido negar *ab initio* legitimidad a estos últimos, pues ello se basaría, como ha dicho ROXIN, sólo en un “infundado escepticismo” sobre la capacidad de rendimiento de una dogmática penal político-criminalmente fundamentada<sup>76</sup>. De este planteamiento se deriva que no sólo es posible, sino también necesario, que el Derecho penal sirva para la prevención de los nuevos riesgos<sup>77</sup>.

Pero, “a renglón seguido”, es imprescindible no pasar por alto que la modernización del Derecho Penal, si de verdad quiere representar una “evolución” del mismo, debe llevarse a cabo con escrupuloso respeto a las garantías del Estado de Derecho, y no a golpe de las exigencias de “seguridad” de una sociedad que no conoce criterios de “razonabilidad” acerca de la intervención penal, porque de lo contrario esta intervención no podrá considerarse justificada<sup>78</sup>.

## 2. La necesaria protección de bienes jurídicos colectivos

Generalmente la experiencia demuestra la existencia de cierta *divergencia entre los planteamientos teóricos y la realidad empírica* sobre el grado de plasmación de los mismos en los hechos. Pero, en el momento actual, la divergencia entre los planteamientos a propósito del Derecho Penal mínimo, así como de las diferentes propuestas abolicionistas y reduccionistas del sistema penal, y la realidad, es tan contundente que ha permitido hablar incluso de *la insostenible situación del Derecho Penal*<sup>79</sup>.

Tanto es así que se afirma que la expresión “Derecho Penal mínimo” es ya un tópico desprovisto de contenido concreto<sup>80</sup>. Frente a este modelo axiológico se erige en la actualidad un fenómeno de “expansión” del ámbito de lo punible en clara contradicción con la pretensión de reducir el Derecho Penal a un núcleo duro correspondiente en esencia al llamado “Derecho Penal clásico” (“*Kernstrafrecht*”), como propugna significativamente la llamada “Escuela de

<sup>72</sup> En este sentido *Cancio Meliá* (Nota 33) (269), que se refiere al “derecho penal simbólico” y al “punitivismo” como líneas de evolución que caracterizan la actual política criminal expansiva, y que marcan también las pautas del “derecho penal del enemigo”.

<sup>73</sup> Un intento en este sentido puede verse en: *Demetrio Crespo*, RDPP 2004/12, 201.

<sup>74</sup> Sobre el alcance de esta expresión: *Arroyo Zapatero*, RJCL 1987/1. *Díez Ripollés* (Nota 33) (31), explica acertadamente “que el modelo penal de la seguridad ciudadana se ha servido parasitariamente del debate sobre la sociedad del riesgo y, singularmente, de las propuestas que abogan por una modernización del derecho penal”. También, en sentido diferenciador, *Pérez Cepeda* (Nota 21) («El Derecho penal del enemigo, la “tolerancia cero”, la instrumentalización de las víctimas, no forma parte del derecho penal moderno, sino que es consecuencia del uso simbólico del derecho penal y de la propia crisis del Estado de Derecho»).

<sup>75</sup> *Hassemer*, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 2. ed. 1996, p. 15 ss. También en: *Hassemer / Muñoz Conde*, La responsabilidad por el producto en derecho penal, 1995, p. 27 ss.

<sup>76</sup> *Roxin*, La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal, 2000, p. 65.

<sup>77</sup> En este sentido, *Corcoy Bidasolo*, Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, 1999, p. 26 ss.; *Gómez Martín* (Nota 24), p. 66 ss.; *Gimbernat Ordeig*, en: Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y la Criminología, 2001, p. 355 ss.

<sup>78</sup> *Demetrio Crespo* (Nota 31), p. 114. Sobre la “prosecución acrítica” de la modernización, *Díez Ripollés* (Nota 33), p. 31 ss. Asimismo, en sentido crítico, Cfr. *Weigend* (Nota 31) (62), quien se refiere, por una parte, a una creciente instrumentalización del Derecho penal, pero por otra, a la marginalización del mismo que aquella conlleva.

<sup>79</sup> Institut für Kriminalwissenschaften der Johann Wolfgang Goethe-Universität (Nota 7); *Hirsch*, en: *Hirsch / Hofmański / Plywaczewski / Roxin* (Edt.), Neue Erscheinungsformen der Kriminalität in ihrer Auswirkung auf das Straf- und Strafprozessrecht, 1996, p. 33 ss [≡*Ibid.*, Obras Completas, Tomo II, 1999, pp. 61 y ss].

<sup>80</sup> *Silva Sánchez* (Nota 33), p. 17.

Frankfurt”<sup>81</sup>. Esta expansión es consecuencia del nacimiento de un “nuevo” Derecho Penal, llamado por algunos “Derecho Penal accesorio” (“Nebenstrafrecht”), dirigido a proteger nuevos bienes jurídicos característicos de la sociedad postindustrial. Frente a los postulados axiológicos del modelo del Derecho Penal mínimo parecen imponerse, pues, las exigencias de intervención penal procedentes de una sociedad caracterizada modernamente como una “sociedad de riesgos”<sup>82</sup>. Esta sociedad se caracteriza por varias peculiaridades entre las que destacan el extraordinario incremento de las interconexiones causales, y la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos, en los que el contacto interpersonal se reemplaza por una forma de comportamientos anónima y estandarizada<sup>83</sup>.

El debate sobre la idoneidad del Derecho Penal para proteger bienes jurídicos de carácter colectivo se ha llevado a sus últimas consecuencias en el marco de la discusión político-criminal y dogmática acerca de la expansión del Derecho Penal en la “sociedad de riesgo” como consecuencia de la transformación de las estructuras socio-económicas en la sociedad postindustrial, que ha conducido a una importantísima inflación punitiva. PRITTWITZ ha denunciado esta situación señalando que asistimos desde hace tiempo a una irritante discordancia entre lo programático de un Derecho Penal sometido a límites y el día a día de una creciente criminalización, cosa intolerable en un momento en el que se reconoce ampliamente la “incapacidad” del Derecho Penal para la solución de problemas<sup>84</sup>. Saber si el Derecho Penal se halla por ello ante una situación “insostenible”, o

<sup>81</sup> Entre otras referencias, Vid. Hassemer, RDPC 1999/3; *ibid.*, Persona, mundo y responsabilidad, 1999; Arroyo Zapatero / Neumann / Nieto Martín (Edt.), Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, 2003.

<sup>82</sup> Entre otras referencias, Vid. Beck, Risikogesellschaft. Die organisierte Unverantwortlichkeit, 1989; *ibid.*, Riskogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1993; Ewald, Der Vorsorgestaat, 1993; Corcoy Bidasolo (Nota 77); Gómez Martín (Nota 24), p. 59 ss.; Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich, 1991; Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989, p. 201 y ss, y passim; Kuhlen, GA 1994, p. 347; Martínez-Buján Pérez, en: Díez Ripollés et al. (Edt.) (Nota 19), p. 395 ss.; *ibid.*, en: Mir Puig et al. (Edt.) (Nota 3), p. 91 ss.; Mendoza Buergo, El Derecho penal en la sociedad del riesgo, 2001; Moccia, La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale, 2. ed. 1997; Prittwitz, Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, 1993; Soto Navarro, La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, 2003; Navarro Cardoso, en: Pérez Álvarez (Nota 3), p. 1321 ss.

<sup>83</sup> Schünemann, GA 1995, 201 (211).

<sup>84</sup> Prittwitz, en: Institut für Kriminalwissenschaften der Johann Wolfgang Goethe-Universität (Nota 7), p. 387 ss.

simplemente, ante una “nueva” situación que obliga a determinados replanteamientos, está en la base de las discrepancias entre dos metodologías diferentes de examinar el Derecho Penal, que tienen que ver, a su vez, con puntos de partida epistemológicos distintos: el primero, de carácter personalista, el segundo, de carácter funcionalista. Naturalmente que tras estas metodologías y puntos de partida epistemológicos subyacen determinadas “imágenes del hombre” y de la sociedad en que éste se desenvuelve, determinadas “ideologías” que juegan un papel decisivo<sup>85</sup>. Me refiero al individualismo de la ya mencionada “Escuela de Frankfurt”<sup>86</sup>, y al “normativismo” de JAKOBS respectivamente, modelos de los que SCHÜNEMANN ha afirmado que constituyen dos callejones sin salida: el primero por estar abocado a exprimir en demasía un único principio, convirtiéndolo en un obstáculo más que en un elemento positivo, y el segundo, porque necesariamente conduce a una capitulación incondicional ante la práctica política imperante en cada momento en la actividad del legislador o en la jurisprudencia<sup>87</sup>.

### 3. La búsqueda de la eficacia y la seguridad

El fenómeno de la expansión/modernización del Derecho penal puede caracterizarse por tres grandes notas: la

<sup>85</sup> Véase, por ejemplo, la referencia expresa que hace Martínez-Buján (Nota 82) (106) a “una clara y confesable cobertura ideológica” que posee en su opinión la teoría penal del Big Bang (vinculada al desarrollo de nuevos bienes jurídicos colectivos), que vendría dada por la idea del moderno Estado social y democrático de Derecho; frente a lo que él llama “proteica mixtura de intereses, en algunos casos confesable, en otros no tanto”, que caracterizaría a los partidarios de la teoría del Big Crunch en el ámbito económico. Todo ello para terminar afirmando que “no estaría de más recordar que el Ordenamiento jurídico no sólo tiene que proteger la libertad de quienes infringen las normas sino también –y fundamentalmente– la libertad de quienes las cumplen”. En mi opinión, y sin poner en cuestión la cobertura ideológica de cada cual, esta última ponderación acerca de la libertad de “quienes cumplen las normas” frente a la de “quienes las infringen” estaría desenfocada de acuerdo al planteamiento que vengo realizando. No es que el Derecho Penal deba proteger “fundamentalmente” la libertad de unos frente a la de otros, sino la de todos: de lo que se trata realmente es, pues, de proteger bienes jurídicos en el marco constitucional.

<sup>86</sup> Véase la crítica de Martínez-Buján sobre el carácter desenfocado de algunas descalificaciones realizadas por los partidarios de la teoría del Big Crunch, y en especial por los de la “Escuela de Frankfurt”, en el sentido de que en muchos de los delitos económicos cuya legitimidad se pone en tela de juicio se tutelan en realidad bienes jurídicos individuales tradicionales, y también porque en algunos de los delitos orientados a preservar inmediatamente bienes jurídicos colectivos se trataría de bienes que se hallan indudablemente al servicio del individuo (Ebenda, p. 104).

<sup>87</sup> Schünemann (Nota 83), p. 203.

*administrativización*<sup>88</sup>, la *globalización*, y la progresiva *deconstrucción del paradigma liberal*. SILVA SÁNCHEZ ha estudiado el problema relacionándolo con las siguientes variables: creación de nuevos “bienes jurídico-penales”, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía<sup>89</sup>. El autor asume “con resignación” como vía de solución la existencia en el futuro de un “Derecho Penal de dos velocidades”<sup>90</sup>.

Ciertamente la regulación de estos nuevos ámbitos precisa juicios de valor eminentemente normativos, y por ello se recurre a reglamentar los sectores de riesgos socialmente más significativos como la energía nuclear, el medio ambiente, las investigaciones biomédicas, la producción alimentaria, etc, lo que tiene como consecuencia la utilización frecuentísima en este ámbito de leyes penales en blanco. Este fenómeno, que puede globalmente denominarse “*administrativización*” del Derecho Penal, se caracteriza, pues, por la combinación de factores como la introducción de nuevos objetos de protección, la anticipación de las fronteras de la protección penal, y la transición, en definitiva, del modelo de *delito de lesión de bienes individuales*, al modelo de *delito de peligro de bienes supraindividuales*<sup>91</sup>.

La cuestión clave radica pues en la *desmaterialización* del concepto de bien jurídico<sup>92</sup>. El concepto liberal del bien jurídico, al que el funcionalismo sistémico había renunciado como punto de partida a través de su particular teoría preventivo-general positiva de la estabilización normativa, está actualmente en crisis<sup>93</sup>. Esta crisis, advierte MOCCIA,

cuestiona su función más significativa: la de delimitar la intervención penal, y ello como consecuencia de entender legítima la incriminación de conductas considerablemente alejadas de la agresión al bien jurídico, sin tener en cuenta el criterio del daño social de la conducta, en nombre de un exasperado pragmatismo de la eficiencia<sup>94</sup>.

El *concepto de “riesgo permitido”* juega un papel regulador básico en la dogmática penal de este “nuevo” Derecho Penal, como figura jurídica que permitiría reputar conforme a Derecho acciones que comportan un peligro de lesión para bienes jurídicos, siempre que el nivel de riesgo se mantenga dentro de unos límites razonables y el agente haya adoptado las medidas de precaución y control necesarias para disminuir justamente el peligro de aparición de dichos resultados lesivos<sup>95</sup>. Es decir, se trata de un criterio que expresa una ponderación de todos los intereses jurídico-penalmente relevantes, juicio de ponderación en el que, en opinión de SILVA, se precisaría una valoración previa, que debería incluir como premisa mayor la autocomprensión de la sociedad y el orden relativo de valores (o preferencias) en que aquélla se plasme. Esta es la argumentación utilizada para poner de relieve que, justamente en el significativo cambio de la autocomprensión social producido en las últimas décadas, se halla la modificación del producto del juicio de ponderación de intereses antes referido en el sentido de disminución de los niveles de riesgo permitido, como consecuencia de una *sobrevaloración esencial de la seguridad*<sup>96</sup>.

La *globalización*<sup>97</sup>, como fenómeno económico internacional, y la *integración supranacional*, como

<sup>88</sup> Véase al respecto Zaffaroni (Nota 16), p. 25: “El derecho administrativo de coerción directa invade y ocupa todo el espacio del derecho penal en las emergencias que fundan los embates antiliberales a lo largo de toda la historia (...). No es prudente olvidar este fenómeno en nuestros días, donde doctrinariamente se habla de la *administrativización del derecho penal*. ¿Es tal o simplemente es una cesión del derecho penal al derecho administrativo?. ¿No será directamente un retiro del derecho penal?. ¿No será acaso que el único derecho penal es el liberal?”.

<sup>89</sup> Silva Sánchez (Nota 33), p. 20.

<sup>90</sup> “Al margen de lo anterior puede admitirse *resignadamente* la expansión –ya producida- del Derecho penal a ilícitos de acumulación o peligro presunto, esto es, a conductas alejadas de la creación de un peligro real para bienes individuales (e incluso supraindividuales, si es que éstos se conciben con un mínimo rigor). Pero la admisión de la *razonabilidad* de esta segunda expansión, que viene acompañada de los rasgos de flexibilización reiteradamente aludidos, exigiría ineludiblemente que los referidos ilícitos no recibieran penas de prisión” (Ebenda, p. 162).

<sup>91</sup> Ebenda, p. 121.

<sup>92</sup> Krüger, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutbegriff, 2000; Missig, RDPC 2002/9, 169

<sup>93</sup> Se ha dicho, con razón, que “la teoría de la imputación de Jakobs, y, en general todo su sistema de Derecho penal tiene

la virtud de adaptarse satisfactoriamente al actual modelo social postindustrial (Cfr: Gómez Martín (Nota 24) p. 73).

<sup>94</sup> Moccia, en: Silva Sánchez (Edt.), Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, 1997, p. 114 f.; ibid., El Derecho Penal entre ser y valor, 2003, p. 181 ss (188): “El respeto por la libertad individual, la búsqueda de límites al ejercicio del poder punitivo, razones de eficiencia y de mantenimiento de credibilidad del sistema penal, así como el persegimiento de finalidades de integración social, constituyen todos factores que impulsan a una reducción drástica de la intervención penal”.

<sup>95</sup> Como ha puesto de relieve Paredes Castañón, no es posible reducir el concepto “riesgo permitido” a un solo momento del proceso de valoración jurídico-penal de la conducta, sino que puede operar en todos: puede operar como “causa de exclusión general del desvalor objetivo de la conducta”, y como “tópico de la argumentación jurídico-penal en sede de antijuridicidad”, que serviría para modificar la forma de argumentar la valoración que merecen las conductas desde el punto de vista penal (Cfr: Paredes Castañón, El riesgo permitido en Derecho Penal. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas, 1995, p. 518 ss).

<sup>96</sup> Silva Sánchez (Nota 33), p. 42 ss (45).

<sup>97</sup> Vid, entre otras referencias, Beck, Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus, Antworten auf Globalisierung, 4. ed. 1998; Quintero Olivares, en: Zúñiga Rodríguez / Méndez Rodríguez / Diego Díaz-Santos (Edt.), El Derecho Penal ante

fenómeno jurídico-político, constituyen, a su vez, dos factores que inciden de modo decisivo en la discusión sobre el Derecho penal de la sociedad post-industrial. Tras ellos subyace la reivindicación de una lucha más eficaz contra la criminalidad, lo que se observa claramente en materias como la delincuencia económica y la delincuencia organizada en general. Los mismos tipos penales, junto al terrorismo, la delincuencia sexual, y la delincuencia grave en general, a los que recientemente ha aludido JAKOBS como legislación penal del enemigo<sup>98</sup>. Un capítulo mundialmente relevante viene dado en particular por la *europeización*<sup>99</sup>. Un marco de referencia más amplio ofrece la discusión acerca de la *internacionalización* del Derecho Penal y de la Ciencia del Derecho Penal, sus posibilidades y límites<sup>100</sup>.

---

la globalización, 2002, p. 11; *Bernardi*, RDPP 2002/8, 13; *ibid.*, Modelli penali e società multiculturale, 2006, p. 3 ss; *Delmas-Marty*, en: Tours et travaux du Collage de France. Résumés 2003-2004. Annuaire 104 annéé, p. 695 ss.; *ibid.* en: Belloubet-Frier / Flogaitis / Gonod / Picard (Edt.), Études en l'honneur de Gérard Timsit, 2004, p. 89 ss.; *Pérez Cepeda*, en: Pérez Álvarez (Edt.) (Nota3), p. 1363 ss.; *ibid.*, Globalización, tráfico internacional de personas, y derecho penal, 2004, p. 303 ss.; *Silva Sánchez* (Nota 33), p. 80 ss.; *Terradillos Basoco*, en: Terradillos Basoco / Acale Sánchez (Edt.), Temas de Derecho penal económico, 2004; Schünemann, ARSP 93 (2004), 133 ss.

<sup>98</sup> *Jakobs* (Nota 20), p. 41 s.

<sup>99</sup> *Bernardi*, L'Europeizzazione del Diritto e della Scienza Penale, 2004; *Demetrio Crespo*, RP 2005/16, 43; *Nieto Martín*, RGDP 2005/3; Schünemann (Edt.), Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung, 2004; *ibid.* ZStW 116 (2004), 376; *Weigend*, ZStW 116 (2004), 281 ss. (302). Esta sufrió un severo revés político debido al resultado negativo del *referendum* celebrado en Francia para la aprobación de la "Constitución Europea". A esto se suma, por lo que afecta al Derecho Penal, la resolución del *Bundesverfassungsgericht* de 18.07.2005 que declara contraria a la Ley Fundamental de Bonn la norma de transposición de la Decisión Marco acerca de la Orden de Detención Europea. Al respecto, vid: *Demetrio Crespo*, La Ley 2006/6441, 1.

<sup>100</sup> Entre otras referencias, Vid: *Hirsch*, ZStW 116 (2004), 835; *Weigend*, en: Arnold et al. (Nota 46), p. 955 ss. Con relación a las tareas, métodos, y presupuestos teóricos de la Ciencia comparada del Derecho penal, ampliamente, *Sieber*, en: *Sieber / Albrecht* (Nota 31), p. 78 ss.

Respecto al *Derecho penal internacional* y su interpretación desde la perspectiva del "derecho penal del enemigo", vid., por todos, *Pastor* (Nota 33), Notas 141 ff, en el que se califica en tono crítico a la "justicia penal internacional" como "el derecho penal del enemigo en su versión más pura". En otro sentido, sin embargo, se pronuncia *Ambos* (Nota 33), 63, quien considera que la concepción del "derecho penal del enemigo" es completamente inaceptable desde el punto de vista del Derecho penal internacional, porque no contempla el consenso mínimo en torno a los Derechos Humanos en el que

Ante el proceso en marcha se ha llegado a proponer, bien acometer una sectorialización de las reglas de la Parte General del Derecho Penal, o bien asumir que, debido a la poderosa fuerza atractiva de la nueva criminalidad, también las modalidades clásicas de delincuencia vean modificadas las reglas por las que se han venido rigiendo"<sup>101</sup>. FERRAJOLI estima que, como consecuencia de este fenómeno de globalización, se puede hablar de una *crisis profunda del derecho*<sup>102</sup>. Ésta se manifiesta en primer lugar en una crisis de la credibilidad del derecho porque, a pesar de las muchas cartas constitucionales y declaraciones de derechos, los hombres son hoy incomparablemente más desiguales en concreto a causa de las condiciones de indigencia de las que son víctimas miles de millones de seres humanos. Un segundo aspecto de la crisis es la incapacidad para producir reglas a la altura de los nuevos desafíos abiertos por la globalización<sup>103</sup>.

## IV. Conclusiones

1. A la problemática del llamado "Derecho penal del enemigo" subyace una vieja discusión: la tensa relación entre libertad y seguridad. Esta contraposición básica se resuelve en el modelo del "Derecho penal del enemigo" unilateralmente a favor de ésta última. El tema debe insertarse, pues, adecuadamente en su contexto metodológico y filosófico-político.

2. Desde el punto de vista metodológico esta "teoría" deduce consecuencias normativas de supuestas consideraciones descriptivas sin justificar el "salto" del ser al "deber ser". O mejor, justificándolo de forma errónea, en la medida en que la validez no puede hacerse derivar de la eficacia<sup>104</sup>. Por el contrario el modelo de Derecho penal del Estado de Derecho encuentra el vínculo entre el "ser" con su "deber ser" a partir del aspecto material de la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Este consiste, como se ha dicho, en la recepción por el ordenamiento de ciertas exigencias de la moral crítica bajo la forma de Derechos Fundamentales.

3. Desde el punto de vista filosófico-político la preocupación clásica del liberalismo por los derechos individuales básicos se ve desplazada por "tendencias antiliberales" que parten de la idea de que es preciso renunciar a una parte de libertad individual para alcanzar más

---

se basa el orden jurídico-penal internacional. Cfr., además, recientemente, *Aponte*, en: Uwer et al. (Nota 33), p. 156 ss.; *Pawlak*, en: Hoyer et al. (Nota 33), p. 357 ss.

<sup>101</sup> *Silva Sánchez* (Nota 33), p. 81 ss. (90 s.). Uno de nuestros más reputados especialistas del Derecho Penal económico ha propuesto por ejemplo la conveniencia de elaborar en este ámbito una ley penal especial para las infracciones económicas de menor gravedad, que podría incorporar una Parte General con reglas de imputación características al estilo de lo que sucede en el ámbito de los «euro-delitos» (Cfr. *Martínez Buján* (Nota 82), p. 98).

<sup>102</sup> *Ferrajoli*, CRP 2005/152, 20.

<sup>103</sup> *Ibidem*

<sup>104</sup> En este sentido ya en: *Demetrio Crespo* (Nota 31), p. 90.

seguridad colectivamente. Este *desplazamiento*, asumido sin inhibiciones por el espectro político mayoritario, implica en cierto modo el tránsito lento pero aparentemente imparable del modelo del *Estado de Derecho* al modelo del *Estado preventivo*, caracterizado por una *estrategia proactiva* frente a los riesgos (que deben ser evitados en el “ámbito previo” a la lesión o puesta en peligro), y no *reactiva* de acuerdo a ciertos principios y garantías.

4. La pregunta acerca de la legitimidad del “derecho penal del enemigo” debe responderse negativamente. Se trata de un “derecho penal” *ilegítimo* principalmente y, en primer lugar, porque niega el Derecho Fundamental de la dignidad humana. Pero también, como se ha visto, porque se trata de “derecho penal de autor”, e infringe un principio fundamental de la teoría del derecho según el cual la *validez* no puede hacerse derivar de la *eficacia*. En la medida en que se constate que además es un derecho penal “vigente” corresponde al jurista la tarea de criticarlo por su incompatibilidad con el Derecho penal del Estado de Derecho<sup>105</sup>.

5. El propio concepto “derecho penal del enemigo” es, probablemente, perjudicial e innecesario<sup>106</sup>. Perjudicial, porque tiene unas connotaciones que recuerdan peligrosamente a la teoría política de períodos fatídicos de la Historia, y porque, debido a su ambigüedad, da lugar a reacciones de tipo “emocional” más que de carácter discursivo<sup>107</sup>. Innecesario, porque como se ha visto, se trata esencialmente de un *derecho penal de autor*, expresión mucho más exacta por cuanto permite su delimitación respecto al *derecho penal del hecho*. Esto no es óbice para reconocer que el planteamiento del concepto ha contribuido a una crítica y revisión general todavía incipientes del Derecho penal actual, sus tendencias, y tópicos argumentativos<sup>108</sup>.

6. A lo anterior puede añadirse la reflexión de si la teoría del “derecho penal del enemigo” no es, por lo demás, contradictoria en sí misma<sup>109</sup>. A esta conclusión se llegaría si se constata el hecho de que esta teoría parte de la necesidad en el marco de lo necesario de un “derecho penal” excepcional al margen del “derecho penal del ciudadano”,

cuya aplicación iría dirigida a “individuos peligrosos” que el derecho no puede tratar como personas. Pero, como señala GRACIA MARTÍN, “cuando el sujeto entra en el proceso lo hace con la condición de ciudadano, y, por lo tanto, () lo hace con todos sus derechos de ciudadano y protegido por la totalidad de las garantías del Derecho penal del ciudadano, en particular por la garantía de la presunción de inocencia”<sup>110</sup>.

7. Lo anterior pone de relieve algo no menos importante: que no se trata de una teoría, como parece a primera vista, que constata y en segundo término legitima, sino que, como se explica más arriba, su potencial de legitimación le permite abarcar un espectro mayor que el deriva de la presunta descripción de la realidad. La teoría del “derecho penal del enemigo” es una *teoría descriptivo-prescriptiva*, que se presenta además como una *excepción consecuente* a la concepción preventivo-general-positiva de la estabilización de la norma. Esta concepción acerca de los fines de la pena no se verifica en los sujetos que no ofrecen seguridad cognitiva, por lo que precisa para estos casos una explicación diferente. Esto demuestra, a su vez, la escasa capacidad de resistencia frente a la práctica política imperante del normativismo funcionalista.

8. El “derecho penal del enemigo” se inserta, por otra parte, en el *contexto político-criminal propio de la “modernización” del Derecho penal*, caracterizada fundamentalmente por su fuerte tendencia expansiva, y la búsqueda de la eficacia. Sin embargo, hay que diferenciar adecuadamente los diferentes ámbitos propios de la “modernización” (como p.e el “Derecho penal económico”), de los ámbitos hacia los que se proyecta la llamada “legislación penal del enemigo” (fundamentalmente, aunque no en exclusiva, criminalidad organizada y terrorismo). El primer segmento está avalado, con carácter general, por la protección de bienes jurídicos con base constitucional, y el problema reside más bien en trazar en cada caso los límites de la compatibilidad de los delitos de peligro con el principio de proporcionalidad. El segundo segmento traspasa claramente esos límites y es un “derecho penal” incompatible con el “programa penal de la Constitución”<sup>111</sup>.

9. Si no se quiere retroceder en el camino emprendido hace mucho tiempo en defensa de una consideración garantista y humanista del Derecho Penal, no puede perderse de vista que la *contraposición entre libertad y seguridad no puede decantarse unilateralmente a favor de ésta última*. Se puede tal vez defender razonablemente, y con buenos argumentos, que ambos polos no están desvinculados entre sí, y que para garantizar la libertad se precisa seguridad. Pero, en todo caso, hay que tener en cuenta que el Derecho penal no puede por si mismo ofrecer seguridad, sino sólo realizar un pequeño y limitado aporte a la misma. Al mismo tiempo hay que diferenciar entre el concepto *seguridad mediante el Estado*, y el concepto *seguridad frente al Estado*, para no minusvalorar la sana equidistancia entre ambas<sup>112</sup>. El

<sup>105</sup> Así, por todos, *Muñoz Conde* (Nota 33), p. 136.

<sup>106</sup> Especial atención merece respecto al análisis del concepto el brillante trabajo de *Greco* (Nota 33) (113), que llega a la conclusión de este concepto no pueda reclamar espacio alguno en la Ciencia Penal.

<sup>107</sup> Vid, al respecto, *Gracia Martín* (Nota 33), p. 27 ss.

<sup>108</sup> En este sentido entiende *Cancio* (Nota 33) (268), que el concepto es un instrumento idoneo para describir un ámbito importante de la evolución actual de los ordenamientos jurídico-penales. Cfr., también, *Neumann*, en: Uwer et al. (Nota 33), p. 301, que habla del „derecho penal del enemigo“ como instrumento para el análisis jurídico.

<sup>109</sup> Vid. *Cancio*, que entiende que la expresión „derecho penal del ciudadano“ es un *pleonasmus*, mientras que la de „derecho penal del enemigo“ sería una *contradiccio in adjecto* (Ebenda). También *Schünemann* (Nota 33) (219), que entiende que el „derecho penal del enemigo“ no es Derecho penal.

<sup>110</sup> *Gracia Martín* (Nota 33), p. 29; también, *Schünemann* (Nota 33), p. 226.

<sup>111</sup> *Gössel* (Nota 33), p. 35 ss.

<sup>112</sup> *Kühne*, IRP-Rechtspolitisches Forum 2004/21, 19.

Derecho penal debe proteger bienes jurídicos esenciales para la convivencia y garantizar por esta vía la libertad individual de todas las personas.

10. Los Derechos Humanos, y su salvaguarda, como la separación de poderes o el principio democrático, son ciertamente elementos constitutivos del Estado de Derecho<sup>113</sup>. Como advierte E. DÍAZ, no todo Estado es Estado de Derecho (no basta con un Estado administrativo de Derecho), sino que el Estado de Derecho supone la institucionalización jurídica de la democracia política, que encuentra en los Derechos Humanos su verdadera razón de ser<sup>114</sup>. Los Derechos Humanos han de ser también, por terminar retomando la cuestión planteada justo al principio, el vínculo irrenunciable entre el *ser* y el *deber ser* del Derecho penal. Los Derechos Humanos han de ser, en último término, la *barrera infranqueable* a toda pretensión político-criminal, filosófico-política, filosófico-jurídica, sociológica o dogmática.

---

<sup>113</sup> Ebenda

<sup>114</sup> Díaz, en: Betegón et al. (Nota1), p. 17 ss. (17).

# Ungeschicktes und folgenreiches Vorgehen in der transnationalen Rechtshilfe

Zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Stuttgart v. 28.1.2005 – 3 Ausl. 76/03\*

Von Krisztina Karsai, Szeged/Gießen\*\*

## I. Einleitung

Die Ablehnung eines Auslieferungsersuchens<sup>1</sup> ist auch zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union keine ungewöhnliche Angelegenheit. Allerdings gibt der vorliegende Fall aus mehreren Gründen Anlass, sich mit der ablehnenden Entscheidung des OLG Stuttgart zu beschäftigen.

Zunächst ist nicht auszuschließen, dass der Beschluss des OLG Stuttgart ein zu einseitiges Bild hinsichtlich des ungarischen Strafprozessrechts und dessen Vereinbarkeit mit den menschenrechtlichen Standards zeichnet. Um diesen Eindruck gegebenenfalls zu korrigieren, ist es erforderlich, die relevanten Rechtsvorschriften und die Anwendungspraxis im Bereich des Abwesenheitsverfahrens zu erörtern. Nach einigen grundsätzlichen Ausführungen zum Abwesenheitsverfahren (II.) werden im Anschluss daran die strafrechtlichen Regelungen Ungarns im Zusammenhang mit dem Abwesenheitsverfahren dargestellt (III.), um danach die Begründung des Senats kritisch zu würdigen (IV.) und schließlich soll noch den möglichen Folgen des Beschlusses nachgegangen werden (V.).

## II. Das Abwesenheitsverfahren als Konkretisierung des Beschleunigungsgesetzes

1. Die rechtlichen Möglichkeiten, einen Strafprozess zu beschleunigen, sind vielfältig und nicht selten das Ergebnis auch politischer Diskussionen. Bei der rechtlichen Bewertung von einzelnen Beschleunigungsvorschriften ist stets der Grundsatz des fairen Verfahrens zu wahren. Dabei gilt es, die beiden Aspekte dieses Prinzips – die Gewährleistung möglichst umfassender Prozessgarantien einerseits und die Forderung nach einer vernünftigen („reasonable“) Verfahrensdauer andererseits – in Einklang miteinander zu bringen.

Um den Strafprozess zu beschleunigen, führte der ungarische Gesetzgeber 1999<sup>2</sup> das Abwesenheitsverfahren als ein Sonderverfahren in die ungarische StPO<sup>3</sup> ein.

Durch die Möglichkeit, ein Urteil bei Nichterscheinen des Angeklagten zur Hauptverhandlung zu erlassen (sententia in absentia)<sup>4</sup>, wurde dem Richter ein Mittel in die Hand gegeben,

\* ZIS 2006, 452 (in dieser Ausgabe).

\*\* Universitätsdozentin an der Universität Szeged (Ungarn); im Jahr 2006 Forschungsstipendiatin der Alexander von Humboldt Stiftung an der Justus-Liebig-Universität Gießen.

<sup>1</sup> Grundlegend zum transnationalen Strafrecht vgl. Hecker, Europäisches Strafrecht, 2005, S. 51 ff.

<sup>2</sup> Gesetz Nr. CX aus dem Jahr 1999, in Kraft getreten am 1. 3. 2000.

<sup>3</sup> Gesetz Nr. I aus dem Jahr 1973, seit dem 1. 7. 2003 gilt neues Recht, Gesetz Nr. XIX aus dem Jahr 1998.

<sup>4</sup> Eine andere Form des Abwesenheitsurteils ist das sog. „Trotzurteil“ (sententia in contumiam; Kontumazialverfahren), gegen das ein Rechtsmittel grundsätzlich nicht erlaubt ist. In modernen Rechtssystemen sind jedoch diese Verfahren Fremdkörper und sollten beseitigt werden. Derzeit wird auf

ben, ein Hinauszögern der Verfahrenserledigung durch einen den Verfahrensablauf sabotierenden Angeklagten zu verhindern. Ohne diese Möglichkeit hätte es der Angeklagte in der Hand, darüber zu entscheiden, ob das Strafverfahren – oder zumindest dessen mündlicher Abschnitt – fortgesetzt werden kann. Darüber hinaus droht möglicherweise auch eine Beeinträchtigung oder der Verlust von Beweismitteln. Wahr ist der Beschuldigte nicht zur Kooperation mit den Strafverfolgungsorganen verpflichtet. Das bedeutet aber nur, dass er aus seinem Fehlverhalten keine Vorteile ziehen soll. Die Folgen des Ausbleibens dürfen jedoch nicht in eine Art „prozessuale Strafe“ münden, was dann der Fall wäre, wenn bspw. der Angeklagte keinen Anspruch darauf hätte, dass das Verfahren in seiner Anwesenheit wiederholt wird.

2. Die menschenrechtlichen Standards postulieren kein absolutes Verbot des Abwesenheitsverfahrens. Die EMRK verbietet dem nationalen Gesetzgeber grundsätzlich nicht, ein unberechtigtes Fernbleiben des Beschuldigten zu missbilligen („discourage unjustified absences“). Diese Missbilligung darf aber nicht durch eine Beschränkung des Rechts auf rechtlichen Beistand zum Ausdruck gebracht werden.<sup>5</sup> Ergänzend kann also festgestellt werden, dass ein Verstoß gegen Art. 3, 6 EMRK nur dann vorliegt, wenn der Anspruch auf rechtliches Gehör und eine angemessene Verteidigung verletzt worden ist.

## III. Die ungarische Regelung zum Abwesenheitsverfahren

1. In Ungarn galt bis zu einer Gesetzesänderung im Jahre 1999 eine Regelung, die es erlaubte, ein Abwesenheitsverfahren durchzuführen, wenn der Beschuldigte entweder auf der Flucht war oder sich verborgen hielt.<sup>6</sup> Das Charakteristische dieser „Mischlösung“ war, dass das Gericht nach Anklageerhebung und Verfahrenseröffnung nur die Schuld feststellen, aber keine Strafe verhängen durfte.

2. Aufgrund der derzeit (und im Zeitpunkt des fraglichen Strafverfahrens) geltenden ungarischen StPO kann ein Abwesenheitsverfahren gegen einen Beschuldigten durchgeführt werden, der wegen einer mit Freiheitsstrafe bedrohten Straftat beschuldigt wird, wenn dessen Aufenthalt unbekannt oder unbekannt geworden (§ 527, 529 ungStPO) oder zwar be-

Unionsebene diskutiert, ein Grünbuch zu Abwesenheitsverfahren zu erstellen, um auf diese Weise auf europäischer Ebene ein für alle Mitgliedstaaten tragfähiges Konzept ausarbeiten zu können. Vgl. dazu das Grünbuch über die Unschuldsvermutung vom 26.4.2006 [KOM (2006) 174] Nr. 2.7.; M. Nyitrai, Nemzetközi bűnügyi jogsegély Európában. [Internationale Rechtshilfe in Strafsachen in Europa] KJK-Kerszöv, 2002, S. 298; zum echten Kontumazialverfahren siehe Vogel, JZ 2002, 465.

<sup>5</sup> Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 721.

<sup>6</sup> Oder wenn der Angeklagte sich auf anderer Weise dem Strafverfahren entzogen hatte.

kannt ist, er sich aber im Ausland befindet, und seine Auslieferung nicht stattfindet, weil ein Auslieferungsersuchen abgelehnt wurde oder kein Rechtshilfeabkommen besteht (§ 532 ungStPO). Die Möglichkeit eines Abwesenheitsverfahrens setzt im Übrigen voraus, dass die Behörden versuchen, den Aufenthalt des Beschuldigten zu ermitteln, damit das Verfahren möglichst in seiner allgemeinen Form (Anwesenheitsverfahren) weitergeführt werden kann. Sobald der Beschuldigte erscheint, steht ihm *in allen Phasen des Verfahrens* der Anspruch auf Wiederholung der Verhandlung in seiner Anwesenheit zu. Selbst nach rechtskräftiger Verurteilung durch ein Abwesenheitsurteil ist der Weg eines Wiederaufnahmeverfahrens eröffnet. In diesem Fall entscheidet das Berufungsgericht zuerst über die Zulässigkeit des Wiederaufnahmeverfahrens. Sodann wird das neue Verfahren vor dem erstinstanzlichen Gericht eingeleitet.

3. In einem Abwesenheitsverfahren ist ein Pflichtverteidiger zu bestellen (§ 530 ungStPO), wenn der Beschuldigte keinen Bevollmächtigten hat. Es liegt in der Natur der Sache dieses procederes, dass der Pflichtverteidiger den Beschuldigten in der Regel nicht persönlich kennt oder dass dem später aufgetauchten Beschuldigten der Name des Verteidigers unbekannt ist. Dennoch ist der Pflichtverteidiger am Verfahren zu beteiligen, da seine Teilnahme geeignet ist, die prozessualen Rechte des Beschuldigten zu wahren. Es steht natürlich außer Zweifel, dass der Beschuldigte selbst auf diese Weise keine Kontrolle oder Mitgestaltungsmöglichkeit bezüglich der Verteidigungstaktik hat, aber wenigstens können die Beschuldigtenrechte, die nicht unbedingt von ihm persönlich ausgeübt werden müssen, gewährleistet werden. Nach der ungarischen Regelung muss der die Wiederaufnahme des Verfahrens anstrebende Beschuldigte – im Gegensatz zur italienischen Regelung – sein Fernbleiben im vorangegangenen Prozess nicht „rechtfertigen“. Er muss also nicht nachweisen, dass er weder von dem Verfahren noch von dem Urteil Kenntnis hatte.<sup>7</sup> Hinreichend ist allein die Tatsache, dass er in seiner Abwesenheit verurteilt wurde (§ 391 Abs 1 Nr. e ungStPO).

4. Natürlich darf an dieser Stelle nicht verschwiegen werden, dass Bedenken gegenüber *bestimmten Regelungen* des Abwesenheitsverfahrens hinsichtlich der Menschenrechtsgarantien begründet sind. Auch in der ungarischen Literatur ist deren Einführung kritisiert worden.<sup>8</sup> Grundsätzlich verstößt ein Verfahren in Abwesenheit allerdings nicht gegen die EMRK.

## IV. Die Bedenken des Senats

Das OLG Stuttgart hat das Auslieferungsersuchen der Ungarischen Republik mit der Begründung abgelehnt, dass die Auslieferung gemäß § 83 Nr. 3 IRG a. F.<sup>9</sup> unzulässig sei. Es liege ein ungarisches in absentia Urteil vor, bei dem die vom IRG geforderten Garantien bezüglich eines Abwesenheitsverfahrens auf ungarischer Seite nicht erfüllt seien.

1. Dem ist zu widersprechen: Zunächst ist noch einmal klarzustellen, dass die ungarische Strafprozessordnung der in Abwesenheit verurteilten Person nicht nur die vage Möglichkeit auf Wiederaufnahme des Verfahrens innerhalb der Verjährungszeit einräumt, sondern dem Verurteilten ein Recht darauf zusteht. Da die Entscheidung über die Zulassung der Wiederaufnahme keinen Abwägungsspielraum zulässt, wäre auch im vorliegenden Fall ein neues und dem EMRK-Standard genügendes Verfahren eingeleitet worden.

2. Der *Senat* möchte weiterhin aus dem Umstand, dass der Beschuldigte die Ladung nicht zur Kenntnis genommen hat, schließen, dass dem Beschuldigten die prozessualen Minimalrechte nicht gewährt worden seien.

Die ungarische Strafprozessordnung sieht für die Fälle, in denen der Aufenthalt des Beschuldigten unbekannt ist, vor, ihn durch amtliche Bekanntmachung zu laden. Aufgrund des unbekannten Aufenthaltsortes können dem Beschuldigten die öffentlichen Dokumente nicht persönlich zugestellt werden. In Rahmen der amtlichen Bekanntmachung wird das Dokument (Ladung, Urteil usw.) an dem Anschlagbrett des Gerichts für 15 Tage ausgehängt. Darüber hinaus wird das Dokument an den Sitz der zuständigen Meldebehörde des letzten Aufenthaltsortes des Beschuldigten gesandt. Nach Ablauf der 15-Tagesfrist gilt das Dokument als zugestellt (§ 70 Abs 4 ungStPO).

War der Aufenthalt des Beschuldigten im vorliegenden Fall für das Gericht unbekannt, so musste der Beschuldigte durch amtliche Bekanntmachung zu den Verhandlungsterminen geladen werden. Soweit dies der Fall gewesen ist, konnten dem Beschuldigten auf diese Art und Weise Dokumente zugestellt werden. Er kann sich dann also nicht darauf berufen, dass er keine Informationen erhalten habe, mag dies tatsächlich auch der Fall gewesen sein.

3. Zu Recht erhebt der *Senat* Einwände gegen die nichtöffentliche Ratssitzung des Berufungsgerichtes. In Ungarn darf eine Berufung in einem Abwesenheitsverfahren nicht in einer Kammer- oder Gerichts(rats)sitzung erledigt werden. Außerdem ist die Teilnahme der Staatsanwaltschaft und auch der Verteidigung verbindlich vorgeschrieben. Die vom ungarischen Gericht herangezogene Vorschrift (§ 360 Abs. 1 ungStPO) legt nur die allgemeine Möglichkeit einer Ratsitzung für Rechtsmittelverfahren fest. Die *Auslegung* und gleichzeitige Anwendung der Vorschriften über das Abwesenheitsverfahren führen aber dazu, dass gerade die Berufung in einem Abwesenheitsverfahren nicht während einer einfachen Ratssitzung erledigt werden darf. In der Vergangenheit wurde diese vorzugswürdige Auslegung von den Gerichten häufig nicht angewandt, weshalb sich insoweit verfassungs-

---

<sup>7</sup> Vgl. Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Ein Leitfaden für die Praxis, 2003, S. 89 Rn 129.

<sup>8</sup> Siehe v.a. Herke, Das Verfahren gegen einen abwesenden Beschuldigten in Ungarn, in: Korinek/Kóhalmi/Herke (Hrsg.), Emlékkönyv Irk Albert egyetemi tanár születésének 120. évfordulójára, S. 53-58; Tarr, A távollevő terhelttel szemben lefolytatott eljárás egyes kérdései. [Einige Fragen zum Verfahren gegen den abwesenden Beschuldigten], Collega 2005/2, S. 126-130.

---

<sup>9</sup> Alte Fassung (a.F.) bedeutet hier die Fassung vor dem Urteil des BVerfG.

rechtliche Bedenken erhoben haben. Insgesamt hatten 13 Beschwerdeführer gegen § 360 Abs 1 ungStPO einen Normenkontrollantrag beim ungarischen Verfassungsgerichtshof (VerfG) gestellt. Der VerfG hat § 360 Abs. 1 ungStPO am 26.5.2005 für verfassungswidrig und damit für nichtig erklärt.<sup>10</sup>

## V. Offene Fragen

Da infolge des Beschlusses des OLG Stuttgart die Auslieferung für unzulässig erklärt wurde, kann die Ungarische Republik die rechtskräftig verhängte Freiheitsstrafe gegen den Verurteilten nicht vollstrecken. Damit stellt sich zwangsläufig die Frage, was mit dem Verurteilten geschieht, der nach den bisherigen Feststellungen der ungarischen Strafverfolgungsbehörden und den Gerichten einen Raub in Ungarn begangen hat. Wenn Deutschland die Auslieferung ablehnt, muss man sich mit der Problematik des völkerrechtlichen Prinzips *aut dedere aut judicare*<sup>11</sup> auseinandersetzen. In diesem Prinzip findet die Solidarität der Staaten ihren Ausdruck, die für das transnationale Strafrecht von erheblicher Bedeutung ist.

Durch die Unterzeichnung und Ratifizierung des Europäischen Auslieferungsübereinkommens (EuAlÜbk v. 13.12. 1957 – der Mutterkonvention des europäischen Auslieferungsrechts) haben sich die Staaten verpflichtet, die Auslieferungsersuchen anderer Konventionsstaaten zu erfüllen. Auch wenn die Konvention keine ausdrückliche Formulierung des Grundsatzes *aut dedere aut judicare* beinhaltet, und daher nur von einer mittelbaren Festlegung ausgegangen werden kann, so sollte dies die Anerkennung des Prinzips grundsätzlich nicht in Frage stellen. Besteht also kein Ablehnungsgrund, so müssen die Staaten die Auslieferung untereinander ermöglichen. Soweit eine Auslieferung nicht möglich ist, müssen Ablehnungsentscheidungen begründet werden. Gemäß dem Zweiten Zusatzprotokoll zum EuAlÜbk v. 17.3.1978 (Art. 3) kann ein ersuchter Staat die Auslieferung auch mit der Begründung, dass gegen den Beschuldigten ein Abwesenheitsurteil ergangen ist, ablehnen. In diesen Fällen liegt es aber nahe, dass dann der ablehnende Staat ein (eigenes) Strafverfahren selbst durchführt.

Die meisten europäischen nationalen Auslieferungsgesetze schweigen allerdings über letztere Möglichkeit, so auch das deutsche IRG. Das ungarische Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen<sup>12</sup> beinhaltet demgegenüber eine ausdrückliche Regelung bezüglich des Prinzips *aut dedere aut judicare*: Wenn die Auslieferung von ungarischer Seite abgelehnt wurde, kann der Justizminister die Akten dem Obersten Staatsanwalt zusenden, um die Möglichkeit der Einleitung eines (ungarischen) Strafverfahrens zu prüfen.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Beschluss Nr. 20/2005. (V. 26.) ABH.

<sup>11</sup> In ursprünglicher Form bei *aut dedere aut punire* (überstellen oder bestrafen), vgl. *Grotius, De jure belli ac pacis*, Neuausgabe der 1625 in Paris erschienen Auflage, 1950, S. 368, 372.

<sup>12</sup> Gesetz Nr. XXXVI aus dem Jahr 1996.

<sup>13</sup> In Ungarn ist die Staatsanwaltschaft nicht vom Justizministerium abhängig, sondern dem Parlament untergeordnet. Der

Wäre die Bundesrepublik Deutschland im Falle der Ablehnung eines Auslieferungsersuchens nicht dazu verpflichtet, die Strafvollstreckung einzuleiten, so würde dies zu einer nur partiellen Geltung des *aut dedere aut judicare* Prinzips führen, aufgrund derer der Täter in Deutschland auf freiem Fuß bleiben könnte. Sobald der Beschuldigte aber nach Ungarn oder in einen anderen Staat reisen möchte, muss er damit rechnen, dass er aufgrund des internationalen (europäischen) Haftbefehls noch festgenommen werden kann.

Das Gebot der grundsätzlichen Verfolgung sichert also, dass dem Täter der Wechsel von einem zum anderen Staat nicht so zum Vorteil gereichen kann, dass er durch die unterbliebene Auslieferung straffrei bleibt.<sup>14</sup> Ein innerstaatliches Strafrechtssystem kann dieses Gebot erfüllen, wenn in solchen Fällen der Geltungsbereich auf Auslandstaten erstreckt wird. Dazu bietet sich traditionell die Anwendung des Schutzprinzips, des passiven Personalitätsprinzips, des Weltrechtsprinzips sowie des Prinzips der stellvertretenden Strafrechtspflege an.<sup>15</sup> Für die Frage, ob das deutsche StGB auf den vorliegenden Fall überhaupt Anwendung finden kann, ist entscheidend, dass in dem vorliegenden Fall das Opfer des Raubes ein deutscher Staatsbürger war. Deshalb fällt diese Auslandstat in den Anwendungsbereich des § 7 Abs. 1 dStGB.

2. Würde es sich bei dem Opfer nicht um einen deutschen Staatsbürger handeln, so würde das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege Anwendung finden, wenn Deutschland die Auslieferung ablehnt. Die Anerkennung des Prinzips der stellvertretenden Strafrechtspflege (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 dStGB) führt dazu, dass ein Strafverfahren gegen den in Deutschland betroffenen ausländischen Täter wegen der in Ungarn begangenen Tat nach deutschem Strafrecht durchgeführt wird. Konnte nun festgestellt werden, dass Deutschland ein neues Strafverfahren aufgrund von § 249 dStGB durchführen kann, so müssen etwaige Strafverfolgungshindernisse berücksichtigt werden. Insbesondere könnte dem Verfahren das transnationale bis in idem Prinzip (Art. 54 SDÜ) entgegenstehen, denn der Beschuldigte wurde in Ungarn bereits rechtskräftig verurteilt. Die Sperrwirkung des Art. 54 SDÜ tritt aber nur dann ein, wenn die rechtskräftige Sanktion bereits vollstreckt ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilstaats nicht mehr vollstreckt werden kann. Ist keines der drei Vollstreckungselemente erfüllt, könnte Deutschland den Beschuldigten, der in Ungarn schon rechtskräftig verurteilt ist, wegen derselben Tat aburteilen.

3. Unabhängig von einem möglichen deutschen Strafverfahren aufgrund § 7 Abs. 1 dStGB kann man ohne weiteres davon ausgehen, dass die Ungarische Republik, nach der Ablehnung der Auslieferung, ein Ersuchen um die Vollstreckung der ungarischen Strafe stellt.

Wenn es um die Vollstreckung ausländischer Urteile geht, stellt sich die Frage, wie weit die Staaten das dem Urteil zugrundeliegende Verfahren prüfen müssen. Die EMRK

---

Oberste Staatsanwalt wird vom Parlament gewählt und kontrolliert.

<sup>14</sup> *Oehler, Internationales Strafrecht*, 2. Aufl. 1983, S. 506.

<sup>15</sup> Vgl. auch *Hecker* (Fn. 1), S. 43 ff.

verpflichtet die Vertragsstaaten nicht zu prüfen, ob das Verfahren, welches Grundlage für die Verurteilung war, sämtlichen Anforderungen des Art. 6 EMRK entsprochen hat. Zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union würde die Annahme einer solchen Prüfungspflicht der verstärkten internationalen Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Strafrechts zuwiderlaufen und somit einer Harmonisierung des Strafrechts in Europa abträglich sein.<sup>16</sup> Von der Einhaltung der anerkannten verfahrensrechtlichen Mindeststandards, wie sie auch in Art. 14 IPBPR sowie Art. 6 EMRK festgelegt sind, kann, jedenfalls bei Urteilen aus EU-Staaten, in der Regel ausgegangen werden.<sup>17</sup>

Deutschland kann die Vollstreckung ausländischer Strafen nur dann übernehmen, wenn – unter anderem – in dem Verfahren, das dem ausländischen Urteil zugrunde liegt, dem Verurteilten rechtliches Gehör gewährt und eine angemessene Verteidigung ermöglicht worden ist (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 IRG). Wird inhaltlich vom Urteil des OLG Stuttgart bezüglich der Zulässigkeit der Strafvollstreckung ausgegangen, wäre wohl auch dieses Ersuchen nicht erfüllbar, die Strafe wäre für nicht vollstreckbar zu erklären. Mit dem neuen Ersuchen besteht aber die Möglichkeit, dass das zuständige deutsche Landgericht, das über die Vollstreckung ausländischer Urteile entscheidet, klare juristische Informationen über die ungarische Rechtslage erhält und sich einen Überblick über das ungarische Abwesenheitsverfahren verschaffen kann. Zwar bleiben im Exequaturverfahren sowohl die tatsächlichen Feststellungen als auch die vorgenommene rechtliche Würdigung des ausländischen Beschlusses untastbar. Jedoch können die zulässigkeitsbezogenen Tatsachen geprüft werden.<sup>18</sup> Im vorliegenden Fall würde die Prüfung dieser spezifischen Tatsachen zu der Feststellung führen, dass dem Beschuldigten – aufgrund der Natur des Abwesenheitsverfahrens – kein rechtliches Gehör gewährt wurde und eine angemessene Verteidigung während der Ratssitzung nicht wahrgenommen werden konnte. Somit wäre es vorstellbar, dass das zuständige Landgericht die Vollstreckung der in Ungarn verhängten Freiheitsstrafe für unzulässig erklären würde.

4. Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass im vorliegenden Fall für die „grenzüberschreitende“ Bestrafung des Täters § 7 Abs. 1 dStGB Anwendung findet. Die deutsche Justiz darf sich nicht den Luxus leisten, den Täter nicht zu verfolgen. Dies gilt insbesondere hinsichtlich zukünftig zu befürchtender „forum shopping“-Wirkungen.

## VI. Schlussbemerkungen

Der Beschluss des OLG Stuttgart zeigt, dass die ungarischen Behörden bei der Erteilung von Auskünften über das ungarische Recht größere Sorgfalt hätten walten lassen müssen. Sie hätten mit Nachdruck auf den absoluten Wiederaufnahmegrund nach einem Abwesenheitsurteil hinweisen müssen. Objektiv betrachtet haben sich *außerstrafrechtliche* Umstände auf die Entscheidung des Senats ausgewirkt: *einerseits* die

strafprozessual fehlerhafte Verhandlung in einer nicht öffentlichen Sitzung des Komitatsgerichts, *andererseits* die fehlerhafte oder zumindest unsorgfältige Weitergabe notwendiger juristischer Informationen bezüglich der ungarischen Rechtslage und des Wiederaufnahmeverfahrens. Infolgedessen war der *Senat* nicht in der Lage, ohne Zweifel feststellen zu können, ob die Voraussetzungen des § 83 Nr. 3 IRG (a.F.) erfüllt waren und er hat daher zu Recht das Auslieferungsbegehren abgelehnt.

Wäre dem *Senat* allerdings die ungarische Rechtslage bekannt gewesen, so hätte auch eine andere Entscheidung getroffen werden können.

---

<sup>16</sup> Esser (Fn. 5), S. 795.

<sup>17</sup> Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf (Fn. 7), S. 94 Rn. 136.

<sup>18</sup> Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 4. Aufl., 2006, Vor § 48 IRG Rn 9.

# Rasterfahndung fällt durch das Raster des Grundgesetzes

Von Wiss. Assistentin Dr. Gabriele Kett-Straub, Erlangen

*Die Suche nach Schläfern im Inland im Anschluß an die Terroranschläge 2001 auf das New Yorker World Trade Center und das amerikanische Verteidigungsministerium war verfassungswidrig. Eine präventive Rasterfahndung ist nicht mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG vereinbar. Nach einem Beschuß des Bundesverfassungsgerichts vom 4. April 2006 (Aktenzeichen I BvR 518/02)\* ist eine solche massenhafte Datenermittlung nur bei Vorliegen einer konkreten Gefahr für hochrangige Rechtsgüter erlaubt.*

## I. Einleitung

Das Bundesverfassungsgericht hatte über die Verfassungsbeschwerde eines 28jährigen Marokkaners islamischen Glaubens zu entscheiden, der zum Zeitpunkt der Rasterfahndung Politikwissenschaften an der Universität Duisburg-Essen studierte und allein deshalb in das Visier der Fahnder geriet. Der Beschwerdeführer hatte sich gegen eine Rasterfahndung gewandt, die das Amtsgericht Düsseldorf auf Antrag des Polizeipräsidiums Düsseldorf im Oktober 2001 angeordnet hatte.<sup>1</sup> Der 1. Senat stellte fest, daß die Voraussetzungen, die die Durchführung der Maßnahme erlaubt hätten, nicht vorgelegen haben: Eine *allgemeine Bedrohungslage*, wie sie spätestens seit den furchtbaren Anschlägen vom 11. September praktisch ununterbrochen besteht, reiche für die Anordnung einer Rasterfahndung gerade nicht aus.<sup>2</sup> Das Verfahren wurde an das Landgericht Düsseldorf zurückverwiesen.

Für verfassungsgemäß wurde dagegen die Vorschrift des § 31 des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen in der damaligen Fassung der Bekanntmachung vom 24.2.1990 (kurz: PolG NW 1990) erklärt, auf die die hier streitgegenseitliche Rasterfahndung gestützt war. Nicht explizit Stellung genommen wird vom Bundesverfassungsgericht zu den *inzwischen* geltenden Vorschriften der Länder zur Rasterfahndung. Die Voraussetzungen zur Durchführung dieser Maßnahme sind durchweg gelockert worden; das Merkmal des Vorliegens einer Gefahr ist teilweise gänzlich fallen gelassen worden. Mangels dieses Mindeststandards einer jedenfalls konkreten Gefahr kann im Umkehrschluß zu dieser Entscheidung gefolgert werden, daß die aktuellen Normen in

den Polizeigesetzen der Länder durch die Bank verfassungswidrig sind.

In ihrem im Anschluß an die Entscheidung veröffentlichten Sondervotum kritisiert Richterin Evelyn Haas dagegen, daß die von der Senatsmehrheit formulierten Voraussetzungen an die Rasterfahndung den Staat gegenüber drohenden Terrorangriffen „weitgehend wehrlos“ machen.<sup>3</sup>

## II. Die Rasterfahndung

### 1. Begriff

Die Rasterfahndung ist eine besondere Fahndungsmethode unter Nutzung der elektronischen Datenverarbeitung. Die Polizeibehörden lassen sich personenbezogene Datensätze von privaten oder öffentlichen Stellen übermitteln, die *für ganz andere Zwecke* erhoben worden sind. Die Daten werden dann automatisch nach bestimmten Kriterien durchforstet und miteinander verglichen (Abgleich/Rasterung).<sup>4</sup> Ziel ist es, durch Bildung einer Schnittmenge einen Kreis von Personen zu ermitteln, auf die ein bestimmtes Profil zutrifft.<sup>5</sup>

### 2. Geschichte

Die Rasterfahndung hat in der Bundesrepublik – sowohl alspressive als auch als präventive Maßnahme – eine schon längere Tradition. Sie wurde in den 1970er Jahren entwickelt, um Terroristen der linksextremen Roten Armee Fraktion (RAF) aufzuspüren, die erst u. a. mit Bombenanschlägen auf US-Militäreinrichtungen und später im sogenannten „heißen Herbst“ 1977 mit der Erschießung des Generalsbundesanwalts Siegfried Buback und der Entführung des Präsidenten des Arbeitgeberverbandes Hanns-Martin Schleyer das Land tief verunsicherten.<sup>6</sup> Damals war aufgefallen, daß die Terroristen konspirative Wohnungen nicht unter ihrem echten Namen mieteten, sondern sich einer falschen Identität bedienten, unter der sie auch Miete, Telefon und Strom bezahlten.<sup>7</sup> Um nicht das Risiko einer Überweisung von Konto zu Konto einzugehen, wurden diese Kosten jeweils bar entrichtet. Mit diesen Basisinformationen startete man die erste Datenabfrage bei den verschiedenen Stellen: Die Elektrizitätswerke stellten also die Namen derjenigen Konsumenten zusammen, die bar bezahlten. Diese Daten wurden mit denen von Meldebehörden, Rentenversicherern, Grundbuchämtern etc. vergli-

\* NJW 2006, 1939.

<sup>1</sup> Einen umfassenden Überblick über die kontroverse Beurteilung der aktuellen Rasterfahndungsmaßnahmen in den Ländern durch die Instanzgerichte gibt Bausback, Rasterfahndung als Mittel der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung – Notwendigkeit einer Vereinheitlichung der landesrechtlichen Regelungen angesichts des internationalen Terrorismus?, BayVBl. 23/2002, 713, 714.

<sup>2</sup> BVerfG NJW 2006, 1939, 1947 [147]. Da die in der NJW abgedruckte Entscheidung teilweise gekürzt wurde, wird gelegentlich aus der auf der Homepage des Bundesverfassungsgerichts veröffentlichten kompletten Entscheidung zitiert.

<sup>3</sup> BVerfG NJW 2006, 1939, 1947 [184]. Kritisch zu den Urteilswirkungen auch Bausback, NJW 2006, 1922, 1924.

<sup>4</sup> Vgl. Hilger, NStZ 1992, 457, 460. Weiterführend Klever, Die Rasterfahndung nach § 98 a StPO, 2003; Siebrecht, Rasterfahndung 1997.

<sup>5</sup> Beulke, Strafprozeßrecht, 8. Aufl. 2005, Rn. 262.

<sup>6</sup> Ziel der Entführung sollte es sein, in Deutschland inhaftierte Gründungsmitglieder der RAF freizupressen. Die Behörden gaben dem Druck nicht nach; Schleyer wurde ermordet. Zu den Hintergründen vgl. Aust, Der Baader-Meinhof-Komplex, 1983; Peters, RAF, 1994, ders., Tödlicher Irrtum, 2004, Winkler, Die Geschichte der RAF, 2005.

<sup>7</sup> Siebrecht, Rasterfahndung, 1997, S. 22.

chen, um die Namen herauszufiltern, die gesichert echt waren.<sup>8</sup> Übrig blieben somit nur die Personen mit Falschidentitäten, deren Wohnungen nun mit konventionellen Mitteln überprüft werden konnten.<sup>9</sup> Aus dieser Zeit datiert der bisher wohl einzige nennenswerte Erfolg der Rasterfahndung: Ende der 1970er Jahre wurde eine Wohnung der RAF entdeckt und ein Mitglied der Untergrundorganisation festgenommen.<sup>10</sup>

Ausdrücklich geregelt fand die Rasterfahndung jedoch in die Strafprozeßordnung erst 1992 im Rahmen des Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (Org KG)<sup>11</sup> ihren Einzug (vgl. §§ 98a und 98b StPO) und schlummert seitdem im Dornröschenschlaf vor sich hin.<sup>12</sup> Über viele Jahre wurden nach Angaben des Bundeskriminalamtes keine entsprechenden Maßnahmen durchgeführt.<sup>13</sup> Ein „Comeback“ der Rasterfahndung fand dagegen in den Polizeigesetzen der Länder statt.

### III. Revival der Rasterfahndung

#### 1. Polizeigesetze der Länder

Auf Länderebene sahen ebenfalls die meisten Polizeigesetze die Rasterfahndung als präventives Fahndungsinstrument schon vor den Anschlägen im Jahr 2001 vor,<sup>14</sup> nur in Schleswig-Holstein und Niedersachsen wurde die Möglichkeit grundsätzlich erst 2001 neu geschaffen. In Bremen führte man die Vorschrift wieder ein, nachdem sie zuvor gerade aufgehoben worden war.<sup>15</sup> Denn trotz ihrer bislang wenig imponierenden Erfolge wurde vor allem in der Rasterfahndung ein wirkungsvolles (vielleicht das *einzig* möglicherweise wirkungsvolle) Instrument für die Suche nach Schläfern gesehen, also Personen, die ein unauffälliges, gesetzeskonformes Leben nur deshalb führen, um irgendwann als „menschliche Waffe“ aktiviert zu werden und ein terroristi-

sches Vorhaben völlig überraschend verwirklichen zu können. Auf Landesebene wurde die Rasterfahndung zu einem festen Bestandteil der vielen – recht schnell geschnürten – „Anti-Terror-Pakete“.

#### 2. Hintergrund

Der Hintergrund eines gewissen Aktivismus mag sein, daß einige der heute bekannten Attentäter des 11. Septembers zuvor rechtmäßig in Deutschland studiert hatten. Ob dies Zufall war oder sie Deutschland bewußt als vorübergehende Heimat gewählt hatten, ist bis heute nicht bekannt.<sup>16</sup> Tatsache ist, daß Deutschland nach den Anschlägen in New York und Washington 2001 von der Weltöffentlichkeit zwar kaum kritisiert wurde, man aber dennoch kein weiteres Mal als „Terroristenschutzgebiet“ gelten wollte. Seither wurden große Anstrengungen unternommen, Schläfer rechtzeitig zu enttarnen. Zumal die Angst vor dem ersten großen Anschlag im eigenen Land – zeitweise – immens gewachsen ist. „Alles nur eine Frage der Zeit!“ werden hiesige Politiker nicht müde zu wiederholen.

#### 3. Reine Vorfeldmaßnahme

Ursprünglich verlangten die Polizeigesetze „eine gegenwärtige Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes sowie für Leib, Leben oder Freiheit einer Person“, damit die Behörden überhaupt zum Instrument der Rasterfahndung greifen durften.<sup>17</sup> Diese Schwelle zur Durchführung wurde in den meisten Bundesländern nun erheblich gesenkt; auf das Vorliegen einer Gefahr wurde teilweise ganz verzichtet.<sup>18</sup> Danach kann eine Rasterfahndung nunmehr schon initiiert werden, wenn dies zur Verhütung oder vorbeugenden Bekämpfung bestimmter Straftaten von erheblicher Bedeutung erforderlich ist. Die Rasterfahndung wurde also zu einer polizeilichen Vorfeldbefugnis umgestaltet und stützt sich allein auf die *Vermutung* einer künftigen Gefahr.

Der Landesgesetzgeber in Nordrhein-Westfalen ging im übrigen nicht ganz so weit und verzichtete dagegen nur auf das Erfordernis der Gegenwärtigkeit der Gefahr. Nach § 31 PolG neuer Fassung – den das Verfassungsgericht wie schon dargestellt nicht auf seine Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen hatte – kann eine Rasterfahndung dann angeordnet werden, „soweit dies zur Abwehr einer Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person erforderlich ist“<sup>19</sup>.

---

<sup>8</sup> Vgl. Herold, RuP 1985, 84, 91.

<sup>9</sup> Da die Methode darin bestand, durch *Löschen* von Negativkriterien einzelner Personengruppen die Schnittmenge auf einen überschaubaren Umfang zu bringen, spricht man von einer negativen Rasterfahndung. Im Gegenzug hierzu sucht man im Rahmen der positiven Rasterfahndung nach Umständen, die auf den Täter zutreffen; vgl. Siebrecht (Fn. 7), S. 22 f.

<sup>10</sup> Die Fahndungsmaßnahme war damals gestützt auf die allgemeinen Vorschriften der §§ 161, 163 Abs. 1 StPO.

<sup>11</sup> BGBI I, S. 1302.

<sup>12</sup> Für die Durchführung einer Rasterfahndung als Ermittlungsmaßnahme muß selbstverständlich zumindest ein Anfangsverdacht hinsichtlich einer bereits begangenen Straftat gegeben sein, die außerdem noch von erheblicher Bedeutung sein muß; vgl. den Straftatenkatalog gem. § 98a Abs. 1 StPO.

<sup>13</sup> BVerfG, [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060404\\_1bvr051802.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060404_1bvr051802.html), Rn. 4.

<sup>14</sup> Einen guten Überblick über die einzelnen Polizeigesetze gibt Bausback, BayVBl. 2002, 713 ff.

<sup>15</sup> Zum neu eingeführten § 36i BremPolG vgl. OVG Bremen NVwZ 2002, 1530.

---

<sup>16</sup> Zur einer möglichen Anschlagsplanung in Deutschland vgl. BGHSt 49, 112, 116 ff.; BGH NJW 2005, 2322, 2324 f.

<sup>17</sup> Vgl. Koch, Datenerhebung und -verarbeitung in den Polizeigesetzen der Länder, 1999, S. 187 ff.

<sup>18</sup> Zu den Anknüpfungen der verschiedenen Polizeigesetze im einzelnen siehe Bausback, BayVBl. 2002, 713, 715 f. mit den Fundstellen aller Gesetze.

<sup>19</sup> § 31 des Polizeigesetzes von Nordrhein-Westfalen (kurz § 31 PolG NW 2003) in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. Juli 2003, GVBl. S. 441.

#### IV. Die gerasterten Daten

„Mann, Alter 18 bis 40 Jahre, (ehemaliger) Student, islamische Religionszugehörigkeit, Geburtsland oder Nationalität bestimmter, im Einzelnen benannter Länder mit überwiegend islamischer Bevölkerung.“<sup>20</sup>

Nach diesen Kriterien führten die einzelnen Landespolizeibehörden unter der Mitwirkung des Bundeskriminalamtes ab Oktober 2001 eine bundesweit koordinierte Rasterfahndung nach islamistischen Terroristen durch<sup>21</sup>. Die Daten wurden bei Universitäten und Fachhochschulen, Einwohnermeldeämtern und dem Ausländerzentralregister erhoben und an das Bundeskriminalamt übermittelt. Dort wurden die gewonnenen Informationen in die bundesweite Verbunddatei „Schläfer“ aufgenommen und beispielsweise mit Dateien über die Inhaber von Fluglizenzen abgeglichen.

Fleißig sammelte man die gigantische Menge von 8 Millionen Datensätzen<sup>22</sup>; zeitweise waren in der Hauptdatei bis zu 300.000 Personen gespeichert<sup>23</sup>. Die Rasterfahndung führte weder zur Entlarvung eines Schläfers noch mündete sie gar in einer Anklage gegen eine Person etwa wegen der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung gemäß den §§ 129, 129 b StGB.<sup>24</sup>

#### V. Intensität der Grundrechtseingriffs

Zwar haben die von einer Rasterfahndung betroffenen einzelnen Informationen im Regelfall nur eine vergleichsweise geringe Persönlichkeitsrelevanz, doch angesichts der mit ihr eröffneten Möglichkeit der Verknüpfung von Daten stellt die Maßnahme nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts einen Grundrechtseingriff von *erheblichem* Gewicht dar.<sup>25</sup>

Hinzukommt, daß zahlreiche Personen in den Wirkungsbereich dieser Maßnahme einbezogen („Massengrundrechtseingriff“) sind, ohne den Eingriff durch ihr Verhalten veranlaßt zu haben.<sup>26</sup> Bei einem verdachtslosen Grundrechtseingriff mit großer Streubreite sind an die Eingriffsschwelle zusätzliche Anforderungen zu stellen. Überdies erhöht die *Heimlichkeit* einer staatlichen Maßnahme ihre Intensität zusätzlich.<sup>27</sup> Außerdem stellte das Gericht fest, daß speziell die hier zu untersuchende Rasterfahndung im Falle ihres Bekanntwerdens für die Betroffenen eine „stigmatisierende

Wirkung“ entfalten und „so mittelbar das Risiko erhöhen kann, im Alltag oder im Berufsleben diskriminiert zu werden“.<sup>28</sup> Schließlich richtete sich die Maßnahme speziell gegen Ausländer muslimischen Glaubens: Kaum vermeidbarer Nebeneffekt einer aller Angehörigen einer Religion pauschal erfassenden Rasterfahndung sei es, daß Vorurteile reproduziert würden.<sup>29</sup>

#### VI. Verhältnismäßigkeit

Obwohl es sich also um einen intensiven Grundrechtseingriff handelt, steht § 31 Abs. 1 PolG NW 1990 im Einklang mit der Verfassung. Die Vorschrift sei insbesondere verhältnismäßig und ihre Eignung scheitere nicht etwa schon „an der großen Streubreite der Erfassungsmethode, die nur in vergleichsweise wenigen Fällen Erkenntnisse verspricht“.<sup>30</sup> Vielmehr läßt sich der gesetzgeberische Zweck nach Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts nicht durch mildere Mittel ebenso erreichen. Der Schutz *hochrangiger Verfassungsgüter* wie die Sicherheit des Staates und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit der Bevölkerung erlaube Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung von erheblichem Gewicht.<sup>31</sup>

Allerdings führt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dazu, daß der Gesetzgeber eine Rasterfahndung an bestimmte Gefahrenstufen koppeln muß. So rückt der Gefahrenbegriff als *Kernstück polizeilicher Befugnisse* in den Mittelpunkt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.<sup>32</sup> Es kommt bei seiner Abwägung zu dem Ergebnis, daß eine Rasterfahndung zwar nicht notwendig erst bei dem Vorliegen einer *gegenwärtigen* Gefahr durchgeführt werden darf, wie dies in § 31 PolG NW 1990 niedergelegt ist. Eine Gefahr wäre dann gegenwärtig, wenn eine Sachlage gegeben ist, „bei der die Einwirkung des schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat oder bei der diese Einwirkung unmittelbar oder in aller nächster Zeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht“.<sup>33</sup> Die Vorschrift stellt somit sogar strengere Anforderungen an die Maßnahme als dies an sich aus verfassungsmäßiger Sicht geboten wäre.

Mindestens muß jedoch eine *konkrete* Gefahr vorgelegen haben,<sup>34</sup> also eine Sachlage mit „einer hinreichenden Wahr-

<sup>20</sup> Vgl. zu den Kriterien im Einzelnen BVerfG NJW 2006, 1939 und AG Wiesbaden DuD 2001, 752, 753.

<sup>21</sup> Bedenken zu Rechtmäßigkeit dieser Kooperation äußerte Lisken, NVwZ 2002, 513, 514. Um diesen Kompetenzproblemen zu entgehen, wurde zwischenzeitlich § 7 Abs. 2 Bundeskriminalamtgesetzes (BKAG) entsprechend geändert.

<sup>22</sup> Aus Nordrhein-Westfalen allein kamen 5,2 Millionen Datensätze; vgl. BVerfG, [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060404\\_1bvr051802.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060404_1bvr051802.html), Rdnr. 28.

<sup>23</sup> Vgl. BVerfG NJW 2006, 1939.

<sup>24</sup> Vgl. BVerfG NJW 2006, 1939.

<sup>25</sup> BVerfG NJW 2006, 1939, 1942 [96].

<sup>26</sup> BVerfG NJW 2006, 1939, 1944 [116]; BVerfGE 100, 313, 376; 107, 299, 320 f.; 109, 279, 353; 113, 29, 53; 113, 348, 383.

<sup>27</sup> BVerfGE 107, 299, 321; BVerfG NJW 2006, 976, 981.

<sup>28</sup> BVerfG NJW 2006, 1939, 1943 [108].

<sup>29</sup> Vgl. BVerfG NJW 2006, 1939, 1944 [112].

<sup>30</sup> BVerfG NJW 2006, 1939, 1941 [85]; BVerfGE 100, 313, 373.

<sup>31</sup> Zu diesen Verfassungswerten vgl. BVerfGE 49, 24, 56 f.; BVerfG NJW 2006, 1939, 1942 [93].

<sup>32</sup> Vgl. Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2004, Rn. 87.

<sup>33</sup> So übereinstimmend die Legaldefinition beispielsweise im Bremischen Polizeigesetz, im Niedersächsischen Gefahrenabwehrgesetz und im Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung des Landes Sachsen-Anhalt. Vgl. auch Denninger, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl. 2001, E. Polizeiaufgaben, Rn. 43.

<sup>34</sup> BVerfG NJW 2006, 1939, 1947 [141].

scheinlichkeit des Schadenseintrittes“<sup>35</sup>. Zwar könne eine solche konkrete Gefahr grundsätzlich auch eine von terroristischen Schläfern ausgehende *Dauergefahr* sein; für sie (für wen?) gelten allerdings dieselben Anforderungen (wie welche?) an die Wahrscheinlichkeit sowie an die konkrete Tatsachenbasis dieser Prognose.<sup>36</sup> Eine allgemeine Bedrohungslage oder außenpolitische Spannungen reichen für eine entsprechende Annahme jedenfalls nicht aus, schließlich ist es „praktisch nie ausgeschlossen“, daß terroristische Aktionen Deutschland treffen oder hier vorbereitet werden.<sup>37</sup> Es kommt vielmehr darauf an, daß *tatsächliche* Anhaltspunkte vorliegen, aus denen sich ergibt, daß sich Schläfer in Deutschland bereithalten, die in „absehbarer Zeit“ hier oder anderswo einen Anschlag verüben wollen.<sup>38</sup>

## VII. Anordnung der strittigen Rasterfahndung

### 1. Zu weite Auslegung

Im konkreten Fall war die Anordnung der Rasterfahndung deshalb verfassungswidrig, weil sie auf einer zu weiten Auslegung des Begriffes der gegenwärtigen Gefahr, wie in § 31 Abs. 1 PolG NW 1990 noch ausdrücklich gefordert, beruhte.<sup>39</sup> Die vom Beschwerdeführer angegriffenen Entscheidungen gäben vielmehr dem Begriff der gegenwärtigen Gefahr einen Inhalt, mit welchem die Vorschrift grundrechtlichen Anforderungen nicht mehr genügen würde.

Wenigstens eine konkrete Gefahr hätte ausnahmslos vorliegen müssen.<sup>40</sup> Dies könne – wie dargestellt – auch eine *Dauergefahr durch Schläfer* sein. Doch die Instanzgerichte hatten bei ihrer Prognoseentscheidung maßgeblich das Ausmaß des zu befürchtenden Schadens berücksichtigt und im Zuge dieser Argumentationskette nahezu gänzlich auf konkrete Fakten verzichtet. Die Faustformel der Instanzgerichte lautete: Je größer der zu erwartende Schaden ist, desto geringere Anforderungen seien an die Wahrscheinlichkeit seines Eintritts zu stellen.<sup>41</sup> Eindrucksvoll wurde auf die vielen

Opfer durch die Terroranschläge in New York, Washington, Madrid und London verwiesen.

### 2. Notwendigkeit konkreter Fakten

Richtigerweise hat das Bundesverfassungsgericht dieser Absenkung der Wahrscheinlichkeitsschwelle auf die bloße Möglichkeit terroristischer Anschläge einen Riegel vorgeschoben. Schließlich wird man mit dieser allgemeinen Bedrohungssituation noch auf Jahre hinaus leben müssen; der Hinweis auf diese allein kann jedoch keinen intensiven Eingriff in das hochrangige Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung erlauben. Nur eine wirkliche Begrenzung auf eine konkrete Gefahr, die sich anhand von Fakten darstellen lassen muß, und nicht der Verweis auf eine diffuse Weltlage können eine Maßnahme gegen viele völlig verdachtslose Personen rechtfertigen.

## VIII. Kritik

### 1. Kein Eingriff minderer Intensität

Nicht zu überzeugen mag die im Sondervotum von Richterin Haas geäußerte Ansicht, daß es sich bei Rasterfahndungen nur um Eingriffe von minderer Intensität handele und daher die meisten von den Maßnahmen der Rasterfahndung erfaßten Personen erst gar nicht in ihrem Grundrecht betroffen sind.<sup>42</sup> Wahr mögen die einzelnen abgefragten Daten regelmäßig keine sensiblen sein, doch schon allein die Tatsache, daß die Sammlung heimlich erfolgt und ihre außerordentlich hohe Streubreite erhöht das Gewicht des Grundrechtseingriffs. So hat man zum einen keine Chance, sich gegen die Datenerhebung zu wehren, muß aber zum anderen gleichzeitig damit rechnen, daß durch die Verknüpfungen verschiedener Daten an sich unspektakulären Inhalts sich am Ende doch ein einigermaßen vollständiges Persönlichkeitsbild eines Menschen ergeben könnte.<sup>43</sup>

Das Gewicht eines informationsbezogenen Grundrechteingriffs läßt sich außerdem an den Nachteilen messen, die den Betroffenen aufgrund des Eingriffs drohen.<sup>44</sup> Fakt ist, daß die durchgeführte Maßnahme für die gerasterten Personen das Risiko erhöhte, Gegenstand staatlicher Ermittlungsmaßnahmen zu werden, das über das allgemeine Risiko hinausgeht, einem unberechtigten Verdacht ausgesetzt zu sein.<sup>45</sup> So sind nach der Auswertung der Ergebnisse der Rasterfahndung beispielsweise in Hamburg 140 ausländische Studenten von der Polizei zu freiwilligen Gesprächen vorgeklagen worden; ausdrücklich wurde von einem Polizeisprecher jedoch betont, daß gegen die Studierenden keine Verdachtsmomente bestünden.<sup>46</sup> Doch schon gewisse Einschüchte-

<sup>35</sup> Vgl. Denninger (Fn. 33), E. Polizeiaufgaben, Rn. 32 m.w.N.

<sup>36</sup> BVerfG NJW 2006, 1939, 1947 [146].

<sup>37</sup> BVerfG NJW 2006, 1939, 1947 [147].

<sup>38</sup> BVerfG NJW 2006, 1939, 1947 [147].

<sup>39</sup> Haben die Fachgerichte bei der Auslegung einfachen Rechts die Bedeutung und Tragweite der Grundrechte verkannt, ist der Fall der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht nicht mehr entzogen; vgl. BVerfGE 7, 198, 205 ff; 101, 361, 388.

<sup>40</sup> BVerfG NJW 2006, 1939, 1948 [154, 156].

<sup>41</sup> An diesem traditionellen Begriff der gegenwärtigen Gefahr hielten beispielsweise fest: OLG Frankfurt NVwZ 2002, 626 f.; LG Wiesbaden DuD 2002, 240, 241; LG Berlin DuD 2002, 175, 176 f. Die Anforderungen an die Schadenswahrscheinlichkeit senkten dagegen: OLG Düsseldorf DuD 2002, 241 ff.; DuD 2002, 244 f.; KG Berlin MMR 2002, 616, 617 f.; OVG Koblenz NVwZ 2002, 1528, VG Mainz DuD 2002, 303, 305; AG Wiesbaden DuD 2001, 752, 753; AG Tiergarten DuD 2001, 691, 692. Übersichtlich zu den unterschiedlichen Anforderungen an den Gefahrenbegriff Jahn, Das Straf-

recht des Staatsnotstandes, 2004, S. 87 f. Vgl. hierzu auch Kutscha, NVwZ 2003, 1296, 1299 f.

<sup>42</sup> BVerfG NJW 2006, 1939, 1949 [168].

<sup>43</sup> Vgl. BVerfGE 65, 1, 53.

<sup>44</sup> BVerfGE 100, 313, 376; 107, 299, 320.

<sup>45</sup> Vgl. hierzu auch BVerfGE 107, 200, 321.

<sup>46</sup> BVerfG NJW 2006, 1939, 1943 [110]; vgl. auch Frankfurter Rundschau vom 22.1.2002.

rungseffekte oder das bloße Gefühl des Überwachtwerdens erhöhen ebenfalls die Intensität eines Grundrechtseingriffs.<sup>47</sup>

## 2. Zweifel an der Geeignetheit

Die Kritik an diesem Urteil gipfelte in dem eingangs schon erwähnten Vorwurf aus den eigenen Reihen im Minderheitenvotum, der Staat werde weitgehend „wehrlos“, wenn man sich auf den Standpunkt eines traditionellen Begriffes der konkreten Gefahr zurückzieht.<sup>48</sup> Andernorts war von einem „schwarzen Tag für die wirksame Terrorismusbekämpfung in Deutschland“ die Rede.<sup>49</sup>

Das impliziert, daß man künftig schweren Herzens auf die Rasterfahndung als effektive Maßnahme bei der Suche nach Schläfern verzichten müsse. Dem muß entgegengehalten werden, daß die Rasterfahndung, deren Markenzeichen sowieso noch nie der Erfolg war,<sup>50</sup> von vornherein für diese Zwecke unbrauchbar war. Von einer „Magerheit der Ergebnisse“ der Rasterfahndung war schon vor 20 Jahren die Rede und das war immerhin noch die Zeit, aus der die einzigen nennenswerten Erfolge datieren.<sup>51</sup> Die Rasterfahndung mag Sinn machen, wenn man aussagekräftige Prüfmerkmale vorzuweisen hat, aufgrund derer man ein spezifisches Täterprofil entwickeln kann. Beim Enttarnen von Schläfern, die sich gerade durch ihre extrem angepaßte und unauffällige Lebensweise auszeichnen, fehlt es an jedweder Besonderheit, aufgrund derer ein wirksames Raster erstellt werden könnte.<sup>52</sup>

Möglicherweise war das massenweise Horten von wenig aussagekräftigen Daten für die Sicherheitslage sogar abträglich, da schließlich Arbeitskraft gebunden wurde, die vielleicht an anderer Stelle fehlte. Insofern war der „schwarze Tag“ für die Sicherheit in Deutschland noch nicht einmal ein „grauer“; vielmehr hätte das Bundesverfassungsgericht die Prüfung der konkreten Rasterfahndung schon an ihrer Geeignetheit scheitern lassen müssen. Das Gebot der Geeignetheit verlangt den Einsatz solcher Mittel mit deren Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann.<sup>53</sup> Allein die Tatsache, daß man kein besseres Mittel zur Schläfersuche wußte, macht das eine Mittel jedoch nicht automatisch geeignet. Zwar muß ein benutztes Mittel nicht das bestmögliche oder das geeignetste sein, sondern prinzipiell würde auch ein Beitrag zur Zielerreichung genügen.<sup>54</sup> Doch im Rückblick konnte die Rasterfahndung noch nicht einmal diesen Beitrag leisten.

<sup>47</sup> BVerfG NJW 2006, 1939, 1944 [117] m.w.N.

<sup>48</sup> BVerfG NJW 2006, 1939, 1951 [184].

<sup>49</sup> So äußerte sich der bayerische Innenminister Günther Beckstein; vgl. [www.tagesschau.de/aktuell/meldungen/0,1185,OID5554122,00.html](http://www.tagesschau.de/aktuell/meldungen/0,1185,OID5554122,00.html).

<sup>50</sup> Kritisch beispielsweise auch Siebrecht (Fn. 7), S. 92.

<sup>51</sup> Baumann, StV 1986, 494, 496; vgl. auch Kutscha, LKV 2003, 114, 117.

<sup>52</sup> Vgl. Lisken, NVwZ 2002, 513, 516.

<sup>53</sup> Vgl. BVerfGE 30, 292, 316; 33, 171, 187; 67, 157, 173.

<sup>54</sup> Vgl. BVerfGE 30, 292, 316; 33, 171, 187; 67, 157, 173.

## IX. Der Trugschuß

Politisch ist in Zeiten kollektiver Terrorismusangst vieles durchsetzbar und das Bundesverfassungsgericht muß derzeit regelmäßig die Federn übereifriger Politiker stutzen. Jüngst kippte es schon das Luftsicherheitsgesetz (LuftSiG), und zwar sowohl aus materiellen als auch aus formellen Gründen, da vom Gesetzgeber auch Zuständigkeitsfragen verletzt worden waren.<sup>55</sup> Das Gesetz regelte unter anderem in § 14 Abs. 3, unter welchen Bedingungen Streitkräfte der Bundeswehr ein entführtes ziviles Passagierflugzeug gezielt abschießen und das Leben der Passagiere an Bord opfern dürfen.<sup>56</sup> Dies war die erste Befugnisnorm überhaupt in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, die den Staat zur Tötung individuell nicht verantwortlicher Menschen berechtigte.<sup>57</sup> Doch die Norm verstieß gegen das Grundrecht auf Leben und der Menschenwürde garantie des Grundgesetzes, da tatenbeteiligte Menschen zu bloßen Objekten degradiert wurden.

Die Anschläge in den USA stellen für das Sicherheitsrecht in Deutschland eine Zäsur dar; es hat heute eine andere Dimension. Eine veränderte Bedrohungslage mag erfordern, neue Wege zu gehen. Selbstverständlich muß der Gesetzgeber effektive Verbrechensvorbeugung und -bekämpfung ermöglichen und die Verfassung ihm diesen Raum zur Risikovorsorge lassen. Die Menschen sehnen sich nach Sicherheit und die Politik suggeriert der Bevölkerung, daß mit mehr bzw. schärferen Gesetzen das Ziel einer „totalen“ Sicherheit erreicht werden könnte. Der Trugschuß ist wohl der, daß diese Sicherheit – wenn überhaupt – zumindest sicher nicht per Gesetz erreicht werden kann.<sup>58</sup> Der verständliche Wunsch nach Sicherheit steht immer in einer prekären Beziehung zur Freiheit.<sup>59</sup> Die Beschränkung der präventiven Rasterfahndung auf Sachlagen, in denen sich hochrangige Rechtsgüter in einer konkreten Gefahr befinden, schadet nicht der Sicherheit, hilft aber der Freiheit.<sup>60</sup>

<sup>55</sup> Vgl. BVerfG, Urt. v. 15.2.2006 – 1 BvR 357/05, NJW 2006, 751 ff.

<sup>56</sup> Vgl. Hecker, KJ 2006, 179; Baldus, NVwZ 2004, 1278; Hartleb, NJW 2005, 1398; Kersten, NVwZ 2005, 661; Mitsch, ZRP 2005, 243; ders., JR 2005, 274; Pawlik, JZ 2004, 1045; Pieroth/Hartmann, Jura 2005, 729; Sinn, NStZ 2004, 585.

<sup>57</sup> Siehe auch Saurer, NVwZ 2005, 275, 279.

<sup>58</sup> Zur Entwicklung des Strafrechts zu einem Gefahrenabwehrrecht siehe Hassemer, StV 2006, 321, 332.

<sup>59</sup> Hoffmann-Riem, ZRP 2002, 497. Sogar als „dümmlich“ bezeichnet Hassemer das Gegenargument, daß zwischen Sicherheit und Freiheit keine Spannung bestünde, da es ohne Sicherheit Freiheit nicht geben könnte; vgl. Hassemer, StV 2006, 321, 325. Weiterführend zu dieser Problematik siehe Streng, Vom Zweckstrafrecht zum Feindstrafrecht?, in: Uwer (Hrsg.), Bitte bewahren Sie Ruhe, Berlin 2006, S. 227, 247.

<sup>60</sup> A.A. Bausback, NJW 2006, 1922.

## **Entscheidungen zu Besprechungsauftäten**

### **Auslieferung zur Vollstreckung eines Abwesenheitsurteils an die Republik Ungarn**

IRG § 83 Nr. 3; ZP-EuAlÜbk Art. 3 Abs. 1 S. 2

**1. Urteil i.S.v. § 83 Nr. 3 IRG ist auch eine Entscheidung zweiter oder höherer Instanz, für deren Zustandekommen die Anwesenheit des Verfolgten und die Gelegenheit zu persönlichem Verteidigungsvorbringen unter dem Gesichtspunkt wirksamer Verteidigung unverzichtbar ist. Das gilt jedenfalls für ein Berufungsurteil, in dem die Strafaussetzung zur Bewährung aufgehoben und so erstmals ein auslieferungsfähiger Rechtsfolgenausspruch herbeigeführt wird.**

**2. Für eine persönliche Ladung oder Unterrichtung i.S.v. § 83 Nr. 3 IRG reicht es nicht aus, wenn sie an einen Pflichtverteidiger bewirkt wird, der keinen nachgewiesenermaßen verlässlichen Kontakt zu dem Verfolgten hat.**

*OLG Stuttgart, Beschl. v. 28. 1. 2005 – 3 Ausl. 76/03*

**Zum Sachverhalt:** Auf einer Urlaubsreise beging der Verfolgte am 30.7.2003 in S./Ungarn einen Raub, wurde von der ungarischen Polizei gefasst und vom Stadtgericht S./Ungarn am 1.8.2003 zu einer Freiheitsstrafe von 1 Jahr und 8 Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Der Verfolgte wurde auf freien Fuß gesetzt und reiste nach Deutschland zurück. Auf Berufung der Staatsanwaltschaft hob das Komitatsgericht S./Ungarn am 25.9.2003 die Aussetzung zur Bewährung auf. Im März 2004 ersuchte die Republik Ungarn um Auslieferung des Verfolgten zur Strafvollstreckung. Der Verfolgte hat eingewendet, in der Verhandlung am 1.8.2003 habe er zwar einen Verteidiger gehabt, dem er jedoch erst unmittelbar in der Hauptverhandlung begegnet sei, ohne dass es zu einem Informationsaustausch gekommen sei, und dessen Namen er bis heute nicht kenne. Er habe nicht mitbekommen, dass die Staatsanwaltschaft Berufung eingelegt habe. Seitdem habe er nichts mehr von der Sache gehört. Von der Berufung habe er nichts gewusst. Weder das erst- noch das zweitinstanzliche Urteil sei ihm jemals zugestellt worden. Eine Ladung zur Berufungsverhandlung am 25.9.2003 habe er nicht erhalten. Auf Ersuchen um ergänzende Unterlagen und Auskünfte insbesondere zu etwaigen Zustellungen und Ladungen haben die ungarischen Stellen mitgeteilt, die Staatsanwaltschaft des Komitats S. habe beantragt, das erstinstanzliche Urteil bei einer Gerichts(rats)sitzung zu überprüfen und im Strafausspruch zu verschärfen. Dieser Antrag sei dem Verteidiger des Verfolgten am 8.9.2003 mit dem Hinweis ausgehändigt worden, das Berufungsgericht werde nach § 360 Abs. 1 ungar. StPO in Gerichts(rats)sitzung entscheiden und der Verteidiger könne binnen 8 Tagen Stellung nehmen, was nicht geschehen sei. Der Senat erklärte die Auslieferung für unzulässig.

### **Aus den Gründen:**

1. Der Auslieferungsverkehr mit der Republik Ungarn, die seit 1.5.2004 Mitgliedstaat der Europäischen Union ist, richtet sich seit Inkrafttreten des Europäischen Haftbefehlsgesetzes vom 21.7.2004 (EuHbG, BGBl I, 1748) am 23.8.2004 in erster Linie nach §§ 80 ff. IRG. Das gilt auch für Auslieferungsverfahren, die vor diesem Zeitpunkt anhängig geworden sind (s. Senat Beschl. v. 7.9.2004 – 3 Ausl. 80/04, NJW 2004, 3437).

2. Die Auslieferung ist gem. § 83 Nr. 3 IRG unzulässig.

a) Die Republik Ungarn ersucht um Auslieferung zur Vollstreckung.

b) Dem Ersuchen liegt ein Urteil zugrunde, das in Abwesenheit des Verfolgten ergangen ist. Urteil i.S.v. § 83 Nr. 3 IRG ist nicht zwingend nur die erstinstanzliche Verurteilung. Nach Sinn und Zweck des § 83 Nr. 3 IRG, die Anwesenheit des Verfolgten als Bedingung für eine wirksame Wahrnehmung des Rechts auf Verteidigung zu gewährleisten, kommen vielmehr alle Entscheidungen zweiter oder höherer Instanz in Betracht, für deren Zustandekommen die Anwesenheit des Verfolgten und die Gelegenheit zu persönlichem Verteidigungsvorbringen unter dem Gesichtspunkt wirksamer Verteidigung unverzichtbar sind. Berufungsurteile, welche die Rechtsfolgen der Tat und insbesondere die Strafaussetzung zur Bewährung betreffen, gehören zu diesen Entscheidungen. Das gilt jedenfalls, wenn die Entscheidung zweiter oder höherer Instanz erstmals zu einem auslieferungsfähigen Rechtsfolgenausspruch gem. § 81 Nr. 2 IRG, nämlich zu einer vollstreckbaren freiheitsentziehenden Sanktion von mindestens 4 Monaten führt. Denn weil ohne eine derartige Entscheidung ein Ersuchen zur Vollstreckung nicht möglich ist, liegt dem Ersuchen – auch und erst – diese Entscheidung zugrunde. Vorliegend ist die im erstinstanzlichen Urteil des Stadtgerichts S. vom 1.8.2003 ausgesprochene, aber zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe von 1 Jahr und 8 Monaten erst durch das Urteil des Komitatgerichts S. vom 25.9.2003, das die Strafaussetzung zur Bewährung aufgehoben hat, zu einer vollstreckbaren und damit auslieferungsfähigen Freiheitsstrafe geworden.

c) Zu dem Termin vom 25.9.2003, der zu dem Urteil des Komitatgerichts S. geführt hat, ist der Verfolgte nicht persönlich geladen und auch nicht auf andere Weise unterrichtet worden. Dabei lässt der Senat offen, ob – wie OLG Karlsruhe StV 2004, 547 meint – aus der Formulierung „persönlich geladen“ das Erfordernis des Nachweises abzuleiten ist, dass die Ladung zu dem Termin oder die Unterrichtung von dem Termin in sonstiger Weise den Verfolgten persönlich erreicht haben muss und die bloße Möglichkeit der Kenntnisnahme nicht genügt. Jedenfalls kann es nicht genügen, die Terminsladung oder -unterrichtung an einen Pflichtverteidiger zu bewirken, der keinen nachgewiesenermaßen verlässlichen Kontakt zu dem Verfolgten hat. Vorliegend ist nicht nachgewiesen, dass ein solcher Kontakt bestand; vielmehr spricht vieles dafür, dass dem Verfolgten nicht einmal der Name des Pflichtverteidigers mitgeteilt worden ist und dieser sich bei ihm nie gemeldet hat.

d) Der Senat hat sich nicht überzeugen können, dass dem Verfolgten nach seiner Überstellung das Recht auf ein neues Gerichtsverfahren, in dem der gegen ihn erhobene Vorwurf umfassend überprüft wird, und auf Anwesenheit bei der Gerichtsverhandlung eingeräumt wird. Die diesbezügliche Erklärung der ungarischen Behörden: „das Recht der Verteidigung wurde gewahrt“, bezieht sich auf die Vergangenheit. Mit Blick auf die eindeutige und in die Zukunft gerichtete Fragestellung des Senats: „ob der Verfolgte für den Fall seiner Auslieferung das Recht auf ein neues Gerichtsverfahren hat, in dem die Rechte der Verteidigung gewahrt werden“ kann diese Erklärung den Zweifel nicht ausräumen, dass es die ungarischen Behörden bei der aus ihrer Sicht rechtskräftigen Verurteilung belassen wollen.

e) Die Anforderungen des § 83 Nr. 3 IRG gelten unabhängig davon, ob sie nach innerstaatlichem Recht des ersuchenden Staats erfüllt werden können (vgl. zur ähnlichen Problematik italienischer Abwesenheitsurteile BGHSt 47,120 = JZ 2002, 464 mit Anm. Vogel). Deshalb kann offen bleiben, ob das ungarische Recht bei einer Berufungsentscheidung, die auf Antrag der Oberstaatsanwaltschaft in Kammer- oder Gerichts(rats)sitzung erfolgt (§ 360 Abs. 1 ungarische Strafprozessordnung), überhaupt die Anwesenheit des Verfolgten zulässt und ob nach ungarischem Recht die Möglichkeit besteht, eine erneute Berufungsverhandlung in Anwesenheit des Verfolgten durchzuführen.

3. Die Auslieferung wäre auch nicht auf der Grundlage des EuAIÜbk zulässig.

a) Ebenso wie die BR Deutschland ist die Republik Ungarn Vertragsstaat sowohl des EuAIÜbk als auch des Zweiten Zusatzprotokolls hierzu (2. ZP-EuAIÜbk, s. BGBI 1994 II 229 und 586). Gem. § 1 Abs. 4 S. 2 i.V.m. Abs. 3 IRG bleiben völkerrechtliche Vereinbarungen über Auslieferung und Rechtshilfe in Strafsachen „hilfsweise“ anwendbar, nämlich insoweit sie den Auslieferungs- und Rechtshilfeverkehr erleichtern (vgl. RegE des EuHbG, BT-Dr. 15/1718, S. 14). Allerdings sieht Art. 31 Ia Rahmenbeschluss des Rates vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Überabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (RbEuHb, ABIEG Nr. L 190 v. 18.7.2002 1) vor, dass dieser Rahmenbeschluss in den Beziehungen zu den Mitgliedstaaten – zu denen nunmehr auch die Republik Ungarn gehört, die den RbEuHb auch bereits umgesetzt hat – das EuAIÜbk und das 2. ZP-EuAIÜbk mit Wirkung vom 1.1.2004 „ersetzt“. Der Senat lässt offen, ob das die Folge hat, dass das EuAIÜbk und das 2. ZP-EuAIÜbk im Verhältnis zwischen Mitgliedstaaten nicht mehr anwendbar sind (vgl. hierzu OLG Karlsruhe StV 2004, 547; KG Beschl. v. 20.12.2004 – [4] Ausl. A. 766/02). Denn auch hiernach wäre die Auslieferung unzulässig.

b) Denn die Voraussetzungen des Art. 3 I 2. ZP-EuAIÜbk wären nicht erfüllt.

aa) In dem Abwesenheitsverfahren vor dem Komittatsgericht S. sind die Mindestrechte der Verteidigung, die anerkanntermaßen jedem einer strafbaren Handlung Beschuldigten zustehen, nicht gewahrt worden. Allerdings ist anerkannt, dass die Mindestrechte der Verteidigung in einem Rechtsmittelverfahren nicht ohne weiteres denselben Umfang haben

müssen wie in einem Ausgangsverfahren (s. nur Vogel in: Grützner/Pötz Int. Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 2. Aufl., Bd. 1 Teil I. A. 1, § 73 IRG Rn 87 Stichwort „Abwesenheitsurteile zweiter oder höherer Instanz [Rechtsmittelverfahren]“ m.w.N.). Insbesondere unterschreitet es nicht ohne weiteres die Mindestrechte, wenn der Verfolgte im Rechtsmittelverfahren kein Anwesenheitsrecht hat. Jedoch bleibt es auch für Rechtsmittelverfahren dabei, dass der Beschuldigte die Möglichkeit haben und ausüben können muss, auf das Verfahren einzuwirken, sich zu den Vorwürfen zu äußern und entlastende Umstände vorzutragen (OLG Düsseldorf NJW 1990, 1429, 1430 f.). Hieran fehlt es, wenn der Beschuldigte nicht weiß und nicht wissen kann, dass ein Rechtsmittelverfahren stattfindet; hier genügt – anders als bei § 83 Nr. 3 IRG (s.o. 2.c und OLG Karlsruhe) – Möglichkeit der Kenntnisnahme. Diese Möglichkeit muss freilich realistisch und effektiv sein. Daran fehlt es, wenn – wie hier – mit dem Rechtsmittelverfahren nur ein dem Beschuldigten namentlich nicht bekannter Pflichtverteidiger befasst wird, mit dem der Beschuldigte keinen verlässlichen Kontakt hat. Im übrigen dürfte im vorliegenden Fall die Anwesenheit des Verfolgten in dem Berufungsverfahren zu den durch die MRK gewährleisteten Mindestrechten gehört haben. Nach der Rechtsprechung des EGMR (hierzu zusammenfassend Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 784 ff. m.w.N.) ist die Anwesenheit des Beschuldigten im Rechtsmittelverfahren erforderlich, wenn das Rechtsmittelgericht Tatsachen anders als das Ausgangsgericht bewerten darf („make its own assessment“) und es dabei um ernsthafte Fragen geht („serious questions“), was insbesondere dann der Fall ist, wenn die Würdigung des Rechtsmittelgerichts im Ergebnis zu schwerwiegenden Nachteilen („major detriments“) für den Beschuldigten führen kann (grdl. EGMR Kremzow/Österreich, Serie A Nr. 268-B, v.a. § 67). So liegt es, wenn – wie hier – ein Berufungsgericht festgestellte Tatsachen neu würdigen und eine vom Ausgangsgericht gewährte Strafaussetzung zur Bewährung aufheben darf. Eine solche Entscheidung hätte nur in Anwesenheit des Verfolgten getroffen werden dürfen, und es hätte ihm Gelegenheit gegeben werden müssen, dem Berufungsgericht die für die Strafaussetzung sprechenden Umstände persönlich vorzutragen.

bb) Eine als ausreichend zu erachtende Zusicherung der Republik Ungarn betreffend ein neues Gerichtsverfahren fehlt (s.o. 2. d).

## Rezensionen

**Karl Heinz Gössel**, Das neue Sexualstrafrecht: eine systematische Darstellung für die Praxis. Verlag De Gruyter Recht, Berlin 2005, XLVII, 357 S., geb., 78 €.

**Barbara Hermann-Kolb**, Die Systematik der sexuellen Gewalt- und Missbrauchsdelikte nach den Reformen 1997, 1998 und 2004. Europäische Hochschulschriften, Reihe II: Rechtswissenschaft, Band 4239. Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main 2005, 149 S., br., 34 €.

Die beiden Bücher, die hier besprochen werden, ziehen aktuelle Schlussfolgerungen aus den letzten Reformen des deutschen Sexualstrafrechts. *Karl Heinz Gössel* betrachtet die Reformdiskussion nach zahlreichen „hastige(n) Änderungen (...) in immer kürzeren Zeitabständen“ (S. V) als weitgehend abgeschlossen. Damit sei ein Zustand der Unübersichtlichkeit entstanden, in dem er ein Bedürfnis nach zuverlässiger Orientierung vermutet. Dabei liegt das Ziel der Darstellung zugleich in der „Entwicklung möglichst praxisgerechter Lösungen“ (S. VI). Ergänzend zu den Erläuterungen des Sexualstrafrechts sind einschlägige Gesetzestexte abgedruckt, wobei die aktuelle Fassung der Vorschriften über den Menschenhandel zum Zweck sexueller Ausbeutung in der Fassung des 37. Strafrechtsänderungsgesetzes dem bis 18. Februar 2005 geltenden Recht gegenüber gestellt wird. Wichtige Materialien der Änderungsgesetze seit 1997 finden sich in einem umfangreichen Anhang. Schließlich enthält das Buch Gesetzes- und Sachregister.

In seiner kurzen Einführung schildert *Gössel* die Gesetzgebungsgeschichte bis zur Gegenwart. Es folgt eine einleitende Übersicht, die den Rahmen des Buches absteckt. Seine Darstellung orientiert sich an dem bis Februar 2005 geltenden Anwendungsbereich des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB. Damit werden die Vorschriften über den Menschenhandel insoweit einbezogen, als sie dem Schutz vor sexueller Ausbeutung dienen (insbesondere §§ 232 und 233a StGB). Ausgeklammert bleiben aber solche Straftatbestände, die wie der Beischlaf zwischen Verwandten (§ 173 StGB) vom Gesetzgeber trotz ihres sexuellen Bezugs einem anderen Abschnitt zugeordnet wurden – was *Gössel* (S. 11) ausdrücklich kritisiert – oder wie die Beleidigung (§ 185 StGB) jedenfalls in der Praxis der Polizei,<sup>1</sup> teilweise auch in der Praxis der Strafverfolgung<sup>2</sup> für bestimmte Fallgruppen als Delikte mit sexuellem Bezug verstanden werden. Systematisch unterscheidet *Gössel* sechs Tatbestandsgruppen, denen jeweils ein Kapitel gewidmet ist: Schutz der sexuellen Selbstbestimmung durch Zwang (§§ 177-178 StGB), Schutz Widerstandsunfähiger (§ 179 StGB), Schutz vor sexuellem Missbrauch in Abhängigkeitsverhältnissen (§§ 174-174c StGB), Schutz der sexuellen Selbstbestimmung in faktischen Herrschaftsverhältnissen (§§ 180a-181a, 232, 233a StGB), Schutz vor Ein-

griffen in die ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern und Jugendlichen (§§ 176-176b, 180, 182 StGB) und Schutz vor abstrakten Gefährdungen der sexuellen Selbstbestimmung (§§ 183-184e StGB).

In dem Kapitel zur sexuellen Nötigung betont *Gössel* eine einheitliche Interpretation der Tatbestandsvoraussetzungen. Für alle drei Alternativen möglicher Tatmittel nach § 177 Abs. 1 StGB besteht er auf einer Nötigungshandlung zur Überwindung eines entgegenstehenden Opferwillens (S. 27 f.). Zwar plädiert *Gössel* damit für eine einschränkende Auslegung des Tatbestands, wie sie in verschiedenen Varianten vertreten wird,<sup>3</sup> ohne dass der Streitstand und seine Auswirkungen für verschiedene Fallkonstellationen auf Anhieb deutlich würden. Er selbst ist nämlich der Auffassung, die sexuelle Nötigung sei in keinem Fall ein zweiaktiges Delikt (S. 26). Tendenzen der Rechtsprechung, bei ehelicher Verbindung von Täter und Opfer oder sonstiger länger andauernder intimer Beziehung auf den Strafraahmen des § 177 Abs. 1 StGB auszuweichen,<sup>4</sup> werden andererseits klar abgelehnt (S. 52).

Am Tatbestand des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen (§ 179 StGB) bemängelt *Gössel* die Umstellung auf die Terminologie des Behindertenrechts (S. 65 f.). Wie er durchaus einräumt, führt dies teilweise zu einer Modernisierung der Gesetzessprache, weil der überholte und inzwischen nicht selten als diskriminierend empfundene Begriff „Schwachsinn“ durch den der intellektuellen Behinderung ersetzt werden kann. Der Tatbestand ist zwar in Fällen anwendbar, in denen der Schlaf des Opfers zu sexuellen Handlungen mit Körperkontakt ausgenutzt wird, nicht aber in solchen Konstellationen, in denen die Widerstandsunfähigkeit aus schlichtem Erschrecken oder aus Überraschung resultiert. Die Behauptung *Gössels* (S. 67), darin liege eine Einschränkung der Strafbarkeit gegenüber dem Rechtszustand vor Inkrafttreten des 6. Strafrechtsreformgesetzes, ist aber nicht nachvollziehbar; bis März 1998 nahm die Vorschrift auf die Eingangskriterien des § 20 StGB Bezug, die solche Affekte ebensowenig erfassen.

In dem Kapitel zum Ausnutzen faktischer Herrschaft erläutert *Gössel* neben dem geltenden Recht auch die frühere Fassung der Vorschriften zum Menschenhandel. Die mit § 232 Abs. 1 StGB eingeführte Tathandlung „Dazu-Bringen“ wird mit überzeugenden Erwägungen (S. 120 ff.) als „Bestimmen“ im Sinne von § 26 StGB interpretiert, wobei die Mittel kommunikativer Beeinflussung des Opfers unerheblich sind. Bei der Qualifikation bandenmäßiger Begehung (§ 232 Abs. 3 Nr. 3 StGB) knüpft *Gössel* (S. 129 f.) schlicht an die frühere Rechtsprechung zum Bandendiebstahl an, die eine Bande bereits im Verhältnis von zwei Personen für möglich erachtete;<sup>5</sup> ein Hinweis auf die abweichende Entscheidung des Großen Senats des BGH aus dem Jahr 2001<sup>6</sup> hätte nahe gelegen.

<sup>1</sup> Die polizeiliche Kriminalstatistik registriert für das Berichtsjahr 2005 über 18.000 Beleidigungen „auf sexueller Grundlage“, das sind rund 10 % aller erfassten Beleidigungsfälle (Polizeiliche Kriminalstatistik 2005, Tabelle 01).

<sup>2</sup> LG Darmstadt NStZ-RR 2005, 140.

<sup>3</sup> Z.B. Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Aufl. 2006, § 177 Rn. 41 ff.

<sup>4</sup> Zuletzt BGH NStZ-RR 2003, 168.

<sup>5</sup> BGH NStZ 1986, 408.

<sup>6</sup> BGHSt 46, 321.

Bei den Missbrauchsdelikten wird die Qualifikation des sexuellen Missbrauchs von Kindern im Rückfall (§ 176a Abs. 1 StGB) zu Recht problematisiert. Gössel (S. 171 f.) fordert eine verfassungskonforme Einschränkung in Anlehnung an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>7</sup> zur früheren allgemeinen Rückfallschärfung. Beim sexuellen Missbrauch durch Vollzug des Beischlafs (§ 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB) fordert Gössel (S. 173) einen männlichen Täter und ein weibliches Opfer, was sich weder aus dem Wortlaut oder der Systematik des Gesetzes ergibt noch durch die empirische Forschung gestützt wird.<sup>8</sup>

Das Buch von Gössel ist als Gesamtdarstellung des deutschen Sexualstrafrechts derzeit das einzige aktuelle Werk dieser Art. Da das Lehrbuch von Klaus Laubenthal<sup>9</sup> bereits zwei Änderungsgesetze älter ist, kommen als Alternativen gerade für die Strafrechtspraxis vor allem die umfangreichen Kommentierungen zum Strafgesetzbuch in Frage. Trotz der Detailkritik lässt sich festhalten, dass Gössel seinen Anspruch, Orientierung zu bieten, weitgehend einhalten kann. Von kriminologischen oder sonstigen empirischen Forschungsergebnissen hält er sich fern. Schließlich sei noch angemerkt, dass die häufige Bezeichnung von Tatopfern als „Tatobjekte“ sprachlich nicht überzeugt und die Lesbarkeit des Buches sich durch eine ruhigere Typographie erhöhen ließe.

Das Buch von Barbara Hermann-Kolb ist eine Kieler Dissertation, die von Monika Frommel betreut wurde. Die Arbeit beschäftigt sich mit der Frage, wie die 1997 eingeführte Begehungsf orm der Ausnutzung einer schutzlosen Lage bei der sexuellen Nötigung (§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB) systematisch zu den Normen über sexuellen Missbrauch von Kindern und widerstands unfähigen Personen in der Fassung des Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über die sexuelle Selbstbestimmung von 2003 abgegrenzt werden kann. Dazu gibt das Buch zunächst einen ausführlichen Überblick zum geltenden Recht. Im 2. Teil der Arbeit soll ein „stimmiges System“ (S. 12) entwickelt werden. Auf diesen Teil wird sich die Besprechung im Folgenden konzentrieren.

Die Lösung Hermann-Kolbs besteht in einer erweiternden Auslegung des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB, die darauf hinausläuft, wichtige Fallgruppen sexueller Missbrauchsdelikte tateinheitlich als sexuelle Nötigung zu bestrafen. Im Hintergrund steht der mehrfach artikulierte Wunsch nach erheblich härteren Sanktionen, die mit einem verbesserten Opferschutz gerechtfertigt werden (S. 138 f.). Bei der Abgrenzung zu § 179 StGB schlägt Hermann-Kolb vor, auch Sexualkontakte mit schlafenden, bewusstlosen oder körperlich widerstands unfähigen Personen als sexuelle Nötigung zu erfassen; dasselbe soll für Sexualkontakte mit aktuell psychisch widerstands unfähigen Personen gelten, die generell zur Bildung eines entgegenstehenden Willens in der Lage sind. Der Tatbestand der sexuellen Nötigung soll bei Sexualkontakten mit

widerstands unfähigen Opfern nur dann nicht erfüllt sein, wenn diese ein unwirksames Einverständnis erklärt, ihren entgegenstehenden Willen nicht geäußert haben oder bereits ihre generelle Fähigkeit zur Bildung eines entgegenstehenden Willens fehlte (S. 122 ff.). Die zuletzt genannten, auf das Einverständnis mit der Tat bezogenen Kriterien sollen auch für die Abgrenzung zu § 176 StGB herangezogen werden (S. 129).

Diese Lösung ist bereits von Frommel<sup>10</sup> in ihrer Kommentierung des Sexualstrafrechts entwickelt und begründet worden und, wie der Fall des in der Lkw-Schlafkoje schlafenden Kindes zeigt, auch der Rechtsprechung<sup>11</sup> nicht vollkommen fremd. Hermann-Kolb liefert in ihrer Arbeit etwas ausführlichere Begründungen für diesen Ansatz, der den Anspruch erhebt, den gesetzgeberischen Ausbau des Tatbestands der sexuellen Nötigung konsequent weiterzuführen. Das Schwergewicht legt sie dabei auf die Abgrenzung zu § 179 StGB, was möglicherweise durch Debatten über dessen verbleibenden Anwendungsbereich nahe gelegt wird.

Praktisch ungleich bedeutsamer erscheint allerdings das Verhältnis zum sexuellen Missbrauch von Kindern, das bei Hermann-Kolb recht kurz gewürdigt wird. Und diesbezüglich bleiben Fragen offen. Rechtssystematisch wird verschiedentlich angemerkt, dass die vorgeschlagene Lösung zu Wertungswidersprüchen führt.<sup>12</sup> So werden Säuglinge und Kleinkinder nach dieser Lösung allein durch § 176 StGB geschützt, sofern bei der Tat keine Gewalt (§ 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB) angewandt wird, ältere Kinder, die typischerweise einen Gegenwillen nicht nur bilden, sondern auch ausdrücken werden, dagegen zugleich nach § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Kriminologisch wäre danach zu fragen, ob der intendierte verbesserte Opferschutz auf diesem Weg tatsächlich erreicht wird. Zumindest der erste Fragenkomplex wäre in einer strafrechtlichen Dissertation, die eine systematisch überzeugende Lösung entwickeln will, einer genaueren Untersuchung wert gewesen.

PD Dr. Axel Dessecker, Wiesbaden und Göttingen

<sup>7</sup> BVerfGE 50, 125.

<sup>8</sup> Siehe z.B. Hilke Gerber, Frauen, die Kinder sexuell missbrauchen: eine explorative Studie. Berlin 2004, S. 111.

<sup>9</sup> Laubenthal, Sexualstraftaten: die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung, 2000.

<sup>10</sup> Frommel, in: Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Band 2, 2. Aufl. 2005, § 177 Rn. 28 ff.

<sup>11</sup> BGH NStZ 2004, 440.

<sup>12</sup> Renzikowski in Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch, 2005, § 177 Rn. 46; Tröndle/Fischer (Fn. 3), § 177 Rn. 40 ff.

**Janique Brüning**, Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen [NF], Bd. 49). Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2005, 260 S., € 49.-.

In ihrer von *Ostendorf* betreuten Kieler Dissertation greift *Brüning* ein Thema auf, das in den letzten Jahren erneut Bedeutung gewonnen hat. Denn einerseits hat das BVerfG in mehreren Entscheidungen, insbesondere zum Richtervorbehalt bei der Wohnungsdurchsuchung,<sup>1</sup> die Notwendigkeit eines vorbeugenden Rechtsschutzes gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe betont. Auf der anderen Seite steht *Lilies* auf der Strafrechtslehrtagung 1999 in Halle geäußerte Kritik an der Effizienz richterlicher Eingriffskontrollen, die in die Überlegung einmündet, ob nicht eine staatsanwalt-schaftliche Anordnungskompetenz den wirksameren Grundrechtsschutz verspreche.<sup>2</sup> Vor diesem Hintergrund geht es *Brüning* darum, die dogmatischen Grundstrukturen des Richtervorbehaltes im strafprozessualen Ermittlungsverfahren herauszuarbeiten (S. 24), um Aussagen über die Erforderlichkeit einer richterlichen Beteiligung und ihre Ersetzbarkeit in Eilsituationen zu gewinnen. Die Untersuchung ist überwiegend theoretischer Natur. *Brüning* hat zwar zusätzlich eigene Aktenanalysen durchgeführt, die aber ihre Erkenntnisse lediglich durch punktuelle praktische Eindrücke ergänzen.

Die Arbeit ist klar gegliedert und gut geschrieben. Der erste wichtigere Teil, das 2. Kapitel (S. 30-80), unternimmt eine Sichtung und den Versuch einer Systematisierung der strafprozessualen Eingriffsbefugnisse. Dass letzteres nur theoretisch gelingen kann, sich aber auf die positive Rechtslage kaum abbilden lässt, liegt daran, dass die strafprozessualen Grundrechtseingriffe vom Gesetzgeber schlicht unübersichtlich und unstrukturiert ausgestaltet wurden (S. 80). *Brüning* unterscheidet zunächst drei Typen von Maßnahmen: Die Mehrzahl dient (wie die Wohnungsdurchsuchung nach § 102 StPO) der Beweisgewinnung und -sicherung. Daneben existieren präventive Eingriffe, die eher der Gefahrenabwehr zuzuordnen wären (z.B. die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis gemäß § 111a StPO oder die Untersuchungshaft mit dem Haftgrund der Wiederholungsgefahr, 112a StPO). Die dritte Gruppe bilden vollstreckungssichernde Eingriffe (wie die Beschlagnahme nach § 111b StPO zur Sicherung von Verfall, Einziehung oder Zurückgewinnungshilfe). Hinsichtlich der Eingriffsvoraussetzungen lassen sich vier Parameter ausmachen: Verdachtsgrad, Art der verfahrensgegenständlichen Straftat, Erforderlichkeit und Eingriffsschwere (einschließlich des Aspektes der Betroffenheit weiterer Personen). Immerhin ergibt sich, dass mit steigender Eingriffsqualität die Eingriffsvoraussetzungen insgesamt strenger werden (S. 71 f.).

Auch hinsichtlich der Anordnungskompetenzen kann man vier Typen unterscheiden (S. 73 ff.): Erstens den ausschließlichen Richtervorbehalt (z.B. bei U-Haft oder Pressebeschlagnahme), zweitens den Richtervorbehalt mit – verschie-

denen – Ausnahmekompetenzen (z.B. §§ 100 Abs. 1 [Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft], 105 StPO [der Staatsanwaltschaft und der Ermittlungspersonen]) und/oder Bestätigungs vorbehalten (z.B. § 98 Abs. 2 S. 1 StPO). Die dritte Gruppe bilden konkurrierende Kompetenzen (wie bei der Ausschreibung zur Festnahme nach § 131 Abs. 1 StPO [Richter neben Staatsanwaltschaft]) und die vierte schließlich originäre Anordnungskompetenzen von Staatsanwaltschaft oder Polizei (z.B. nach § 81b StPO für erkennungsdienstliche Maßnahmen). Insgesamt ergibt sich ein unübersichtliches und unsystematisches Bild (S. 75), in dem nur vereinzelt klare Muster zu Tage treten. Beweis- und vollstreckungssichernde Eingriffe unterliegen fast immer einem Richtervorbehalt. Ebenso korrespondiert ein Eingriff in Art. 5 GG stets mit einer Richterzuständigkeit (S. 76). Komplettiert wird das Bild eines Flickenteppichs durch das ebenfalls uneinheitliche System des Rechtsschutzes, insbesondere gegen erledigte Grundrechtseingriffe. Verantwortlich erscheint hierfür vor allem der Umstand, dass das Rechtsschutzsystem der StPO in seinem Kern historisch überkommen ist und aus einer Zeit stammt, der ein Gedanke nachträglichen Rechtsschutzes fremd war und systemwidrig erschien (S. 79).

Nach dieser gründlichen Bestandsaufnahme analysiert *Brüning* im 3. Kapitel (S. 81-165) den rechtlichen Charakter der richterlichen Anordnung von Grundrechtseingriffen im Ermittlungsverfahren: Handelt es sich um einen Akt der Rechtsprechung, der womöglich dem Richtervorbehalt in Art. 92 GG unterliegt? Und welche Folgen ergeben sich für die Zulässigkeit nichtrichterlicher Eilkompetenzen? Nach gründlicher Auseinandersetzung mit traditionierten und neueren Ansätzen, den Begriff der Rechtsprechung zu bestimmen, folgt sie einem strukturell-funktionalen Verständnis der Gewaltenteilung (S. 97 ff.), wonach der Richter dann rechtsprechende Gewalt ausübt, sobald er in Neutralität und Unabhängigkeit eine von außen an ihn herangetragene Frage entscheidet (S. 107). Daraus folgt zum einen, dass Initiativbefugnisse des Richters schlicht verfassungswidrig sind. Das gilt für den berühmten Notstaatsanwalt (§ 165 StPO), in Zeiten moderner Kommunikationsmittel ohnehin überflüssig geworden, ebenso wie für die antragsunabhängigen Richterbefugnisse in den §§ 125 Abs. 1, 128 Abs. 2 S. 2 und 131 Abs. 1 StPO (S. 110 f.). Zum anderen übt die Staatsanwaltschaft keine rechtsprechende Tätigkeit aus, sobald sie ihre Eilkompetenz wahrnimmt, denn hierbei handelt sie initiativ. Die Anordnung von Zwangsmitteln ist danach auch nicht per se dem Richter bzw. der Rechtsprechung vorbehalten, sondern ein Akt vorbeugenden Rechtsschutzes.

Folgerichtig bedarf es einer Begründung, warum dieser vorbeugende Rechtsschutz zu gewähren sein sollte. Wenn *Brüning* dazu in erster Linie eine Doppelbelastung durch einerseits den Grundrechtseingriff und andererseits die prozessuale Verwertbarkeit der durch den Eingriff erlangten Erkenntnisse anführt (S. 119 f.), so überzeugt mich das allerdings nicht so sehr. Dass im Rahmen der Strafverfolgung Beweise zusammengetragen werden, ist nichts, was auch nur im Ansatz nach vorbeugendem Rechtsschutz verlangen könnte; andernfalls bedürfte – zu Ende gedacht – jede Einleitung eines Verfahrens richterlicher Genehmigung. Hier scheint es

<sup>1</sup> BVerfGE 103, 142 = NJW 2001, 1121; BVerfG NJW 2003, 2303.

<sup>2</sup> *Lilie*, ZStW 111 (1999), 807-826 (insbes. S. 818 ff.).

mir näher zu liegen, allein den Grundrechtseingriff und sein jeweiliges Ausmaß als materiellen Grund der richterlichen Befassung anzusehen. Wenn der Gesetzgeber das nicht immer konsequent durchgehalten hat, wie *Brüning* im Vergleich von Strafprozessrecht und Polizeirecht darlegt (S. 117), so spricht das nicht gegen diese Sichtweise. Zum einen muss nicht alles richtig und systematisch stringent sein, was der Gesetzgeber normiert hat. Zum anderen wird man sicherlich auch bei der Abgrenzung von dem Richter vorzubehaltenden und richterfreien Grundrechtseingriffen keine bis ins Detail klaren Grundsätze aufstellen können. Vielmehr wird man zwischen den eindeutigen Fällen schwerer bzw. sehr leichter, kaum spürbarer Eingriffe eine Übergangszone annehmen dürfen, in welcher es dem Gesetzgeber freisteht, ob er eine richterliche Anordnung verlangt oder sich mit staatsanwalt-schaftlicher oder gar polizeilicher Entscheidung begnügt. Bei der Beschlagnahme beispielsweise verdient der Richtervorbehalt in § 98 StPO sicherlich Beifall; ob er von Verfassungen wegen unabdingbar ist, darf man aber bezweifeln.

Als weiteren Grund für die Notwendigkeit des Richtervorbehalts macht *Brüning* bei beweissichernden Grundrechtseingriffen das Fairnessprinzip aus (S. 137 ff.). Denn die Machtüberlegenheit der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren verlange im Hinblick auf die Chancengleichheit im späteren Hauptverfahren nach einer Kompensation durch die Einschaltung des Richters, damit zumindest die Gefahr rechtswidriger Beweisgewinnung beseitigt werde (S. 144 ff.). Deshalb sei es bedenklich, etwa die längerfristige Beobachtung (§ 163f StPO) ohne Richtervorbehalt zu belassen (S. 150). Bei vollstreckungssichernden Maßnahmen verlange es das Schuldprinzip, sie dem Richter anzuvertrauen, weil sie Bestrafung vorweg nehmen (S. 147 f.). Ihre Zuweisung an den Richter gewährleistet die StPO allerdings auch (S. 150).

Das 4. Kapitel widmet sich den Eilkompetenzen (S. 166-183), die *Brüning* als Ausdruck eines im Wege praktischer Konkordanz gelösten Zielkonfliktes zwischen zwei verfassungsrechtlichen Prinzipien deutet: dem (notwendigen) Richtervorbehalt einerseits und der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege andererseits (S. 167). Bekanntlich billigt die h.M. den Ermittlungspersonen in diesem Zusammenhang eine Gleichrangigkeit mit der Staatsanwaltschaft zu, sofern beide bei Gefahr im Verzug tätig werden können. Wenn die Ermittlungspersonen also einen Richter nicht erreichen, dürfen sie eine Maßnahme (z.B. nach § 102 StPO) selbst anordnen, ohne zuvor den Versuch zu unternehmen, einen Staatsanwalt zu kontaktieren. *Brüning* hält dem überzeugend entgegen, die Entscheidung über das Ob eines Grundrechtseingriffs sei der Staatsanwaltschaft als Herrin des Ermittlungsverfahrens anvertraut. Es bedürfe daher prinzipiell eines Aktes der Kompetenzübertragung auf die Polizei (§ 161 Abs. 1 StPO), bevor sie diese Entscheidung zu treffen vermögen. Dieser Übertragungsakt aber fehle im Verhältnis zur Staatsanwaltschaft, denn Vorschriften wie § 105 StPO übertragen lediglich die richterliche Entscheidungszuständigkeit auf die Ermittlungspersonen, nicht aber die Verfahrensleitung. Folgerichtig sind Ermittlungspersonen allein dann anordnungsbefugt, wenn weder Richter noch Staatsanwalt erreicht werden können (S. 176). Das entspricht im Übrigen der Aufga-

benzuweisung in § 163 StPO, wonach der Polizei im Verhältnis zur Staatsanwaltschaft ebenfalls nur das an Maßnahmen zugewiesen ist, was wegen Gefahr im Verzug keinen Aufschub duldet.

Eine weitere Ungereimtheit stellt das Verhältnis der Ermittlungspersonen zum (erreichbaren) Richter dar, wenn der nach § 162 StPO zur Antragstellung berufene Staatsanwalt unerreichbar bleibt. Denn de lege lata vermag die Ermittlungsperson mangels eigenen Antragsrechts den Richter nicht zu befassen, weshalb sie bei Gefahr im Verzug trotz des bereit stehenden Richters den Grundrechtseingriff selbst anordnen muss – ein jedenfalls missliches Resultat, das nur de lege ferenda durch ein eigenes Antragsrecht der Ermittlungspersonen bzw. der Polizei beseitigt werden könnte (S. 178 f.).

Nach einem kurzen Überblick über die richterliche Bestätigung vollzogener Grundrechtseingriffe (z.B. nach § 98 Abs. 2 S. 1 StPO) im 5. Kapitel (S. 184-194) widmet sich das 6. Kapitel vorwiegend den Ergebnissen einer eigenen Aktenauswertung der Autorin (S. 195-227). Wegen des – von *Brüning* selbst erkannten – unglücklichen Designs ihrer Untersuchung bleiben die Erkenntnisse freilich ohne rechte Aussagekraft. Da vorrangig Akten aus OK-, Wirtschafts- und BtM-Dezernaten ausgewählt wurden, entsteht kein repräsentativer Eindruck von der Praxis der Zwangsmaßnahmen (S. 199). Wer beispielsweise Wirtschaftsstrafsachen in der prozessualen Realität erlebt hat, weiß, dass hier höchst selten Gefahr im Verzug angenommen werden kann und vielmehr Grundrechtseingriffe wie z.B. Durchsuchungen regelmäßig von langer Hand und daher unter richterlicher Beteiligung vorbereitet und durchgeführt werden. Hinzu kommt, dass sich die Aktenauswertung auf Zeiträume vor der Entscheidung BVerfGE 103, 142 bezieht und daher ein mittlerweile wohl überholtes Bild zeichnet. Das Ergebnis einer Quote von rund 37 % nichtrichterlicher (und darunter überwiegend polizeilicher) Durchsuchungsanordnungen (S. 200, 213 f.) ist von daher kaum zu bewerten. *Brüning* ist jedoch beizupflchten, dass sich der Anteil richterlicher Anordnungen sicherlich noch steigern ließe. Sie erwägt dazu eine Reihe von Maßnahmen, unter anderem einen regeren Informationsaustausch zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft (S. 221), ein eingeschränktes Beweisverwertungsverbot, sofern allein die rechtswidrige Gefahrenannahme das Beweismittel hat gewinnen lassen (S. 219), und schließlich – je nach Bedarf – die Einrichtung richterlicher Notdienste (S. 222).

Den Abschluss bilden Überlegungen, wie sich die richterliche Entscheidungsfindung strukturell verbessern ließe. Auf ihre Mängel hatte schon *Lilie* in seinem erwähnten Referat hingewiesen: Kaum operationalisierbare weil unbestimmte Verdachtsstufen und Subsidiaritätsklauseln als Eingriffsvoraussetzungen, punktuelle Befassung des Richters mit einer Sache, die ihn neben seinen Dezernatsgeschäften wenig betrifft und die er auch noch unter Zeitdruck zu entscheiden hat.<sup>3</sup> *Brüning* schlägt dazu einerseits Fortbildungsmaßnahmen vor (S. 224), andererseits Spezialzuständigkeiten, also die Abkehr von der – jedenfalls bei kleineren Amtsgerichten

<sup>3</sup> *Lilie*, ZStW 111 (1999), 816 ff.

üblichen – Personalunion von Ermittlungs- und Strafrichtern (S. 227). Wer die Praxis kennt, wird beidem skeptisch gegenüber stehen: Richterfortbildung war noch nie etwas, das Justizverwaltungen mit über großem Engagement betrieben hätten, kostet sie doch Geld und Arbeitszeit. Beides ist in der Justiz notorisch knapp. Der Spezial-Ermittlungsrichter hingegen bearbeitet ein Dezernat, das zum ersten höchst unattraktiv ist, weil es von hektischer, wenig befriedigender Tätigkeit ohne echte Gestaltungsmöglichkeiten geprägt wird. Zum zweiten ist zu bezweifeln, ob ein Richter, der nur noch über Durchsuchungs-, Beschlagnahme- und ähnliche Anträge entscheidet, den Einzelfall am Ende tatsächlich sorgfältiger prüft. Immerhin bearbeitet er solche Sachen nach kurzer Zeit hoch routiniert, was immer die Gefahr birgt, Abweichungen der singulären Fallgestaltung zu übersehen und tendenziell die (oft weniger arbeitsintensive) Routineentscheidung vorzuziehen, die im Zweifel darin besteht, ein von der Staatsanwaltschaft bereits mitgeliefertes Beschlussformular zu unterzeichnen. Die „gesunde Mischung“ einer erkenntnis- und ermittlungsrichterlichen Tätigkeit erscheint mir demgegenüber besser geeignet, vorbeugenden Grundrechtsschutz zu gewährleisten, weil die nur gelegentliche ermittlungsrichterliche Tätigkeit den Richter immer wieder vor neue Situationen stellt, die ihn zum Nachdenken anregen und daher eher auf Ungereimtheiten einzelner staatsanwaltschaftlicher Anträge stoßen lassen.

Zu besagtem Nachdenken regt auch Brünings Buch an, weil es die Regelungen zur Anordnungszuständigkeit für Grundrechtseingriffe gründlich aufarbeitet, systematisiert und ihre strukturellen Defizite treffsicher benennt. Auf der Basis der von ihr herausgearbeiteten dogmatischen Strukturen ließe sich ein stringenteres und obendrein viel einfacheres gesetzliches System der Zwangsbefugnisse erdenken. Der Gesetzgeber täte gut daran, das bei künftigen Justizmodernisierungsgesetzen (von denen ja offenbar noch weitere bevorstehen) zu beherzigen. Brünings Untersuchung liest sich zudem gut, weil sie gedanklich klar und sprachlich gelungen ist. Ihre Lektüre ist daher jedem am Prozessrecht Interessierten nachdrücklich zu empfehlen.

*Prof. Dr. Michael Hegmanns, Frankfurt (Oder)*

**Helmut Satzger**, Internationales und Europäisches Strafrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2005, 245 S., br., 24.- €

Satzger hat ein Lehrbuch zu einem der Top-Themen schlechthin der deutschen Strafrechtswissenschaft vorgelegt: der Internationalisierung und insbesondere der Europäisierung des Strafrechtes. Gewannen europarechtliche Bezüge in Forschung und Lehre schon seit geraumer Zeit an Bedeutung, ist inzwischen auch das Strafrecht von Europa „infiziert“ und in entsprechend europäischen Dimensionen zu denken. Es war nur eine Frage der Zeit, bis sich diese Entwicklung in den Universitäten niederschlagen würde. An zahlreichen Standorten findet sich ein strafrechtlicher Schwerpunkt mit internationalen und europarechtlichen Bezügen, und zahlrei-

che Fakultäten schmücken sich inzwischen mit einem Lehrstuhl für Europäisches oder Internationales Strafrecht.

Es ist daher nur konsequent, dass für diese modernen Rechtsgebiete Lehrbücher geschrieben werden. Neben dem hier vorzustellenden Werk von Satzger sind etwa in kurzem Abstand ein Lehrbuch zum Europäischen Strafrecht von Hecker und ein Lehrbuch zum Internationalen Strafrecht von Ambos erschienen. Das Buch von Satzger ist dabei von allen drei das umfangmäßig kürzeste; es lässt sich als Kurzlehrbuch einordnen.

Satzger beginnt mit einer Klarstellung der Begrifflichkeiten, die sich um das schillernde Etikett des Internationalen Strafrechts ranken. Denn dieses geht über das Strafanwendungsrecht, das der kontinental-europäische Strafjurist mit diesem Begriff verbindet, hinaus und kann je nach Verständnis das Völkerstrafrecht und supranationale Strafrecht wie ein etwaiges „Europäisches Strafrecht“ einschließen.

Satzger beginnt aber traditionell und erläutert im ersten Abschnitt seines Buches die Regelungen des Internationalen Strafrechtes, die im Zuge der Globalisierung, welche auch das Strafrecht erfasst hat, aus ihrem langjährigen Schattensein herausgetreten sind. Viel beachtete Probleme sind damit heute verbunden. Darf etwa ein deutscher Embryonenforscher mit ausländischen Wissenschaftskollegen kooperieren, oder muss er eine Teilnahmestrafbarkeit für eine beispielweise in Israel vorsatzlose und nicht rechtswidrige Haupttat befürchten (§ 9 Abs. 2 S. 2 StGB)? Geht das deutsche Strafrecht die Auschwitzlüge eines Australiers auf einer australischen Website etwas an, oder führt der weite Tatortbegriff, welchen der BGH vertritt (BGHSt 46, 212), – und den Satzger zutreffend in Frage stellt (S. 57) – nicht zu einer Strafanwendung ultra vires mit völkerrechtlichen Komplikationen?

Zu diesen Fragen finden sich nach der Beleuchtung der verschiedenen denkbaren und im StGB umgesetzten Anknüpfungsmodelle die Antworten. Um beim Beispiel der Teilnahmeproblematik zu bleiben: Satzger verteidigt die Regelung des § 9 Abs. 2 S. 2 StGB de lege lata, weil mit der Teilnahmehandlung ein hinreichender genuine link zur deutschen Rechtsordnung bestehe (S. 52 ff.). Eine für alle befriedigende Antwort auf den systematischen Einwand, dass das Prinzip der strengen Akzessorietät der Teilnahme faktisch durchbrochen ist, weiß allerdings auch Satzger nicht zu geben. Denn die konkret zu beurteilende Teilnahmehandlung bezieht sich auf eine Haupttat, die straflos ist, mag sie auch nach dem deutschen Strafrecht grundsätzlich mit Strafe bedroht sein. Die Praxis-Lösung über eine Opportunitätseinstellung nach § 153c Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StPO mag zwar die unbefriedigende Situation entschärfen (S. 54), verstärkt aber den Zweifel an der Weisheit des Gesetzgebers. Immerhin hat dieser im Rahmen des Stammzellgesetzes gesehen, dass die Regelung des § 9 Abs. 2 S. 2 StGB überprüfungswürdig ist.

Der zweite große Abschnitt betrifft das Europäische Strafrecht. Hier zeigt sich, dass Satzger einer der führenden Strafrechtswissenschaftler dieses Bereiches ist. Die derzeit diskutierten Fragen werden kundig und mit dem Blick auf das Wesentliche – den studentischen Leser im Blick – genau aufbereitet. Gleichwohl geht die wissenschaftliche Tiefe nicht

verloren, wenn *Satzger* etwa den von ihm kreierten Ansatz des Schonungsgebotes darlegt (u.a. S. 92).

Nach einem Überblick über die Ansätze für ein Europäisches Strafrecht einschließlich des nicht nur von der Begrifflichkeit gesehen fragwürdigen Entwurfes eines Corpus Juris 2000, welchen *Satzger* allerdings nur streift (S. 87 f.), und der sicher richtigen Ablehnung einer originären Strafrechtssetzungskompetenz der EG wird dargestellt, wie sehr heute bereits das nationale Strafrecht durch europäische Vorgaben durchdrungen ist und wie intensiv die EG auf der Grundlage ihrer Anweisungskompetenzen Mindeststandards vorgibt. Die schwierige Problematik der Strafblankette wird nachvollziehbar dargestellt, ebenso die Fragen, die eine gemeinschaftskonforme Auslegung mit sich bringen. Ob eine Auslegungsänderung aufgrund neuer EG-Richtlinien stets außerhalb einer verbotenen Rückwirkung nach Art. 103 Abs. 2 GG bleibt (S. 120), erscheint zumindest nicht endgültig ausgemacht. Erinnert sei nur an die Umdeutung des sozialistischen Strafrechtes der DDR durch den BGH, der in den Mauerschützenfällen entgegen methodischen Grundregeln der Rechtsvergleichung den DDR-Strafnormen einen neuen Sinn unterlegte und gleichsam eine neue Rechtsordnung kreierte, um diesen Ansatz mit einer menschenrechtsfreundlichen Auslegung zu camouflieren.

Der prozessuale Teil des Europäischen Strafrechtes, der derzeit im Vordergrund der Entwicklung steht (Stichwort: Europäischer Haftbefehl; Schengener Durchführungsübereinkommen), schließt sich an die geschilderte Erörterung an. *Satzger* steht dabei dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung mit guten Gründen kritisch gegenüber (S. 138).

Der dritte Hauptteil stellt das Völkerstrafrecht vor. Verdienstlich ist die Darstellung der historischen Dimension (S. 150 ff.), welche die Dynamik dieses Bereiches deutlich werden lässt. Es folgt eine gut strukturierte Übersicht über Aufgaben und Strukturen des internationalen Strafgerichtshofes. Das materielle Völkerstrafrecht gliedert *Satzger* in eine Darstellung des Allgemeinen sowie des Besonderen Teiles. In letzterem werden die verschiedenen Deliktstypen vorgestellt und Lücken aufgezeigt, wenn etwa unklar bleiben muss, ob der Irak-Krieg ein Verbrechen der Aggression darstellte. Denn es mangelt an einem Konsens der Völkergemeinschaft über den Inhalt dieses Tatbestandes (S. 219). Der dritte Teil schließt mit einer Erörterung des deutschen Völkerstrafgesetzbuches ab.

*Satzger* hat ein prägnantes und gut strukturiertes Lehrbuch vorgelegt, das den Studierenden der entsprechenden Wahlfachgruppen hervorragend in das Europäische und Internationale Strafrecht einführt. Dass nicht alle Fragen beantwortet werden können, liegt bei einem notgedrungen knappen Einführungswerk dieses Umfangs auf der Hand. Lediglich hinsichtlich der MRK wäre zu wünschen, dass diese in einer Neuauflage weniger stiefmütterlich behandelt wird. Insgesamt ist das Werk Studierenden, aber auch demjenigen, der einen guten Überblick über die Materie des Internationalen und Europäischen Strafrechtes sucht, uneingeschränkt zu empfehlen.

Prof. Dr. Henning Rosenau, Augsburg

**Helmut Satzger**, Internationales und Europäisches Strafrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2005, 245 S., br., 24.- €

**I.** Die Schlagworte „Internationalisierung“ und „Europäisierung“ haben seit langem auch das Strafrecht erreicht. Die Vorstellung, dass Strafrecht ein rein nationaler Rechtsbereich ist, entspricht bereits seit Jahrzehnten nicht mehr der Realität. Dies verrät schon ein Blick in die Tageszeitungen. Trotz der zunehmenden Bedeutung dieser Materie, wurde sie jedoch in der Wissenschaft viele Jahre lang stiefmütterlich behandelt. Auch in der juristischen Ausbildung wird sie erst seit Kurzem – und nicht an jeder Fakultät – berücksichtigt. Die insbesondere in der Ausbildungsliteratur bestehende Lücke hat *Satzger* mit dem hier besprochenen Werk nun geschlossen.

Der Tatsache, dass das Strafrecht sich mehr und mehr in ein internationales Fach gewandelt hat, möchte das Lehrbuch von *Satzger* Rechnung tragen. Der *Autor* erhebt hierbei – was er im Vorwort voranstellt – keinen Anspruch darauf, sämtliche mit der Internationalisierung und Europäisierung des Strafrechts zusammenhängenden Gesichtspunkte vollumfänglich zu behandeln. Ein solcher Anspruch wäre für den Umfang eines Lehrbuchs auch utopisch. Vielmehr geht es *Satzger* darum, eine „vertiefte Einführung“ in jene Teilgebiete der Strafrechtswissenschaft zu geben, die von der Internationalisierung und Europäisierung betroffen sind (Vorwort). An dieser Zielsetzung ist das Werk daher zu messen.

**II.** Das Buch, das in der Nomos-Lehrbuch-Reihe erschienen ist, richtet sich primär an Studierende und versteht sich als kompaktes Lehr- und Lernmittel. Deshalb sollen im Vordergrund dieser Besprechung die aus studentischer Sicht besonders wichtigen Kriterien der didaktischen Aufbereitung und der Verständlichkeit der komplexen Materie stehen.

Äußerlich ist das Werk in dem gewohnten Nomos-Lehrbuch-Stil erschienen. Das 245 Seiten starke Buch unterteilt sich nach einer Einführung (S. 23-26) in drei Teile: Das Strafanwendungsrecht, das oftmals auch als Internationales Strafrecht bezeichnet wird (S. 27-76), das Europäische Strafrecht (S. 77-144) und schließlich das Völkerstrafrecht, dem mit 89 Seiten umfangreichsten Abschnitt des Buches (S. 145-234).

**III.** 1. Bereits in der Einführung wird dem Leser eine grafisch unterstützte Übersicht über die Bereiche des Internationalen Strafrechts im weiteren Sinne, zu denen das Völkerstrafrecht, das supranationale Strafrecht, sowie das Rechtshilfe- und das Strafanwendungsrecht zählen, gegeben. Jeder dieser vier Bereiche wird kurz und teilweise mit Beispielen (vgl. etwa § 2 II – Völkerstrafrecht) erläutert. Dieser zweieinhalbseitigen Einführung, die trotz ihrer Knappheit sehr gelungen ist, folgt der eigentlich erste Themenkomplex: das Strafanwendungsrecht.

2. Zunächst werden unter der Überschrift „Funktionen des Internationalen Strafrechts“ die Regelungsbereiche des Internationalen Strafrechts beschrieben. Diese sind hiernach einerseits die Strafberechtigung eines Staates, andererseits das anzuwendende Strafrecht (§ 2 Rn. 2 f.). Ist festgestellt, dass

ein Staat berechtigt ist, eine Straftat zu verfolgen, muss noch die Frage geklärt werden, welches materielle (nationale) Strafrecht anwendbar ist. *Satzger* zieht bei seinen Erläuterungen an dieser Stelle Parallelen zum Internationalen Privatrecht und stellt die Gegensätze zwischen dem schweizerischen Strafrecht (dort Art. 5 StGB) zu den §§ 3 ff. StGB in Deutschland dar. Strafanwendungsrecht ist danach nationales Recht. Während die Schweizer Gerichte unter bestimmten Bedingungen bei Auslandstaten das ausländische Strafrecht anwenden müssen – so etwa, wenn dieses milder ist als das schweizerische – ist dies in Deutschland nicht möglich. Deutsche Gerichte wenden immer nur deutsches Strafrecht an (§ 3 Rn. 4).

Sodann werden die Anknüpfungsmodelle und Prinzipien dargestellt. Nach einer kurzen Einführung in die Kompetenz-Kompetenz der Staaten werden folgende Grundsätze dargestellt: Territorialitätsprinzip (incl. dem Flaggenprinzip), aktiver Personalitätsgrundsatz, Schutzprinzip, sowie das Weltrechtsprinzip, das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege sowie das Kompetenzverteilungsprinzip. *Satzger* gelingt es, auf dem knapp bemessenen Raum von sechs Seiten eine vorzügliche Darstellung dieser Grundsätze zu bieten, die sowohl in ihrer didaktischen Aufbereitung als auch in ihrer Verständlichkeit hervorsticht. Der vorletzte und umfangreichste Unterabschnitt befasst sich auf 34 Seiten konkret mit dem „Strafanwendungsrecht des StGB“ (S. 39-74). An dieser Stelle wird detailliert die Anwendung deutschen Strafrechts auf In- und Auslandstaten und damit der Regelungsumfang der §§ 3 ff. StGB dargestellt. Die besondere Problematik des Strafanwendungsrechts im Zusammenhang mit im Internet verübten Delikten wird ebenso erläutert, wie die Regelungen für sog. Exterritoriale. Bezogen auf die Anwendung deutschen Strafrechts auf Auslandstaten findet der Leser Antworten auf die Fragen, welche Anknüpfungspunkte für die Anwendung deutschen Strafrechts in § 5 StGB realisiert sind (§ 5 Rn. 61 f.), wann und inwieweit ein legitimierender Anknüpfungspunkt für die Anwendung deutschen Rechts erforderlich ist (§ 5 Rn. 69), wer „Inländer“ i.S.d. deutschen Strafanwendungsrechts ist (§ 5 Rn. 71) und inwieweit für die Frage der Tatortstrafbarkeit Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sowie Verfolgungshindernisse des (ausländischen) Tatortes relevant sind (§ 5 Rn. 84 ff.). Abgeschlossen wird dieser erste Teil des Buches mit Ausführungen zu Schutzbereichsbeschränkungen deutscher Straftatbestände auf inländische Rechtsgüter.

Insgesamt wird dem Leser in diesem ersten Kapitel die Materie des Strafanwendungsrechts mit acht Schaubildern, 31 Fällen und Beispielen sowie 19 Wiederholungs- und Vertiefungsfragen vorgestellt. *Satzger* versteht es hierbei, ohne Vorwissen zu verlangen, den Stoff didaktisch gut aufbereitet darzustellen. Gerade diese umfangreiche graphische Unterstützung, sowie die exemplarische und praktische Darstellung des zu behandelnden Stoffes, sorgen für eine sehr verständliche und gedanklich gut nachvollziehbare Lektüre. Die Materie dürfte selbst von denjenigen Studierenden, die bis dato mit diesem Stoff noch nicht in Berührung kamen, ohne Schwierigkeiten verstanden werden.

3. Der zweite Teil des Buches ist dem Europäischen Strafrecht gewidmet. Hier hat der *Verf.* besonders schwere Arbeit zu leisten gehabt: Dabei ist es ihm ohne Zweifel gelungen, die umfassende und stetig wachsende Regelungsmaterie des Europäischen Strafrechts, auf 67 Seiten in einer auf Studierende zugeschnittenen, verständlichen und zugleich didaktisch schlüssig und aufeinander aufbauenden Art und Weise näher zu bringen.

Das Kapitel ist in vier Unterabschnitte unterteilt, die sich mit den Grundlagen und Grundfragen eines Europäischen Strafrechts (§ 7), dem nationalen Strafrecht unter der Einwirkung des Europarechts (§ 8), der Strafverfolgung in Europa (§ 9) sowie einem kurzen Exkurs zur Europäischen Menschenrechtskonvention (§ 10) beschäftigen. *Satzger* beginnt seine Ausführungen in § 7 mit der Bedeutung des „Europäischen Strafrechts“. Hier werden die bestehenden Sanktionen auf Gemeinschaftsebene vorgestellt und sodann ihre Zuordnung zum Strafrecht vollzogen. Die Sanktionen werden hierbei in strafrechtliche und nicht-strafrechtliche unterschieden (§ 7 Rn. 8 ff.). Dem folgt eine Klarstellung, dass ein europäisches Kriminalstrafrecht derzeit (noch) nicht existiert (§ 7 Rn. 12 ff.).

Im weiteren Verlauf wird die Kompetenz zur Setzung von EG-Recht (§ 7 Rn. 21 ff.) sowie das Strafrecht im Rahmen der dritten Säule der EU (sog. Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen) dargestellt. Dieser Abschnitt hätte – der Aktualität und Bedeutung der dritten Säule wegen – etwas ausführlicher als zwei einviertel Seiten ausfallen dürfen. Dem folgt eine kurze Darstellung des Corpus Juris 2000 sowie des Grünbuchs der Kommission zum Schutz der finanziellen Interessen der EG und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft (§ 7 Rn. 31 ff.). Den Abschluss dieses Unterabschnittes bildet eine Einführung in die Änderungen, die das Europäische Strafrecht durch das Inkrafttreten einer Europäischen Verfassung nach den bisherigen Plänen erfahren würde. Beschränkt auf den Bereich der Betrugsbekämpfung, würde dies einen Durchbruch für ein europäisches Strafrecht im engeren Sinn bedeuten, da nach dem Verfassungsentwurf (dort Art. III-415) Maßnahmen zur Bekämpfung von Betrügereien gegen die finanziellen Interessen der Union auch unmittelbar durch Europäische Rechtsakte festgelegt werden könnten. Nach dem Dafürhalten *Satzgers*, könnten aufgrund dieser Regelung supranationale Strafnormen erlassen werden (§ 7 Rn. 40 f.).

Im folgenden Kapitel reflektiert der *Autor* das nationale Strafrecht unter Einwirkung des Europarechts (§ 8). An dieser Stelle wird die – auch rechtspolitisch von höchster Aktualität und Brisanz – „Europäisierung“ des nationalen Strafrechts vorgestellt. Inwiefern das EG-Recht den nationalen Gesetzgebern bei ihrer Entscheidung über die Kriminalisierung von Verhaltensweisen Vorgaben macht, bespricht der *Autor* in zwei Stoßrichtungen: Dem EG-Recht als obere und als untere Grenze für das Strafrecht und die Ausgestaltung desselben durch die einzelnen Mitgliedstaaten. Flankierend hierzu wird die Einbeziehung gemeinschaftsrechtlicher Normen durch Verweisung in nationalen Strafvorschriften (§ 8 Rn. 50 ff.) vorgestellt. An dieser Stelle werden elementare Probleme der Blankettstraflgesetzgebung im Zusammenhang

mit dem Bestimmtheitsgrundsatz und weiteren gesetzesstrukturellen Problematiken wie Rückverweisungsklauseln in nationale Verordnungen und dem Lex-mitior-Grundsatz des § 2 Abs. 3 StGB erläutert. Den Abschluss dieses Kapitels bildet der Abschnitt über die Beachtung des Gemeinschaftsrechts bei der Anwendung des nationalen Strafrechts. Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung im Strafrecht wird anhand diverser Anwendungsbeispiele verdeutlicht.

Das vorletzte Kapitel dieses Abschnitts beschäftigt sich mit dem – ebenso derzeit rechtspolitisch höchst interessanten

– Bereich der Strafverfolgung in Europa (§ 9). Der „ne bis in idem“-Grundsatz wird von *Satzger* anhand eines Beispielfalls einleuchtend vorgestellt. Kurze Erwähnung finden im Anschluss die europäischen Institutionen EUROPOL, EUROJUST und OLAF sowie de lege ferenda das Projekt einer Europäischen Staatsanwaltschaft. Da dieser Teil besonders kurz ausfällt, ist erfreulich, dass der *Autor* zu jeder Institution vertiefende Literaturhinweise gibt. Solche Hinweise wären auch in dem leider nur sehr kurzen, knapp vier Seiten umfassenden Kapitel über den „Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung“, wünschenswert gewesen, der anhand des Europäischen Haftbefehls sowie der Europäischen Beweisanordnung erklärt wird.

Colorandi causa wird in einem Exkurs (§ 10) kurz die EMRK vorgestellt, was diesen zweiten Teil des Buches abschließt. Trotz seiner Relevanz für das Strafrecht kann dem Autor eine ausführlichere Darstellung des Themas nicht abverlangt werden. Eine solche hätte den Rahmen des geplanten Werkes sicherlich gesprengt. Erfreulich ist daher festzustellen, dass zur Vertiefung Literaturhinweise am Ende des Exkurses gegeben werden.

Der Stoff des Europäischen Strafrechts wird dem Leser in diesem zweiten Kapitel mit 13 Schaubildern, 24 Fällen und Beispielen sowie 20 Wiederholungs- und Vertiefungsfragen vorgestellt. Hierbei ist jedoch festzustellen, dass ein Studierender ohne jegliches europarechtliches Vorwissen regelmäßig Schwierigkeiten haben dürfte, die Materie beim ersten Durchlesen zu verstehen. Dies ist jedoch kein Manko, dem der *Autor* hätte begegnen müssen. Der Grund hierfür ist vielmehr in der notwendigen Akzessorietät des Europäischen Strafrechts zum Europarecht zu sehen. Eine vorherige Auseinandersetzung mit den Grundlagen des Europarechts ist deshalb empfehlenswert.

4. Der letzte Teil des Buches verschafft dem Leser in seinen sechs Kapiteln einen schnellen und sehr verständlichen Einblick in die ebenfalls nicht leicht durchdringbare Materie des Völkerstrafrechts. Nachdem mit den Grundlagen des Völkerstrafrechts und seinen Rechtsquellen dieser Teil des Buches eingeleitet wird (§ 11), stellt *Satzger* – was für das Verständnis des Völkerstrafrechts von herausragender Bedeutung ist – die historische Entwicklung dieses Gebiets dar (§ 12). Dem folgt eine Vorstellung des Internationalen Strafgerichtshofs (§ 13), der als Durchbruch und Meilenstein des Völkerstrafrechts bezeichnet werden kann. Hier wird das 128 Artikel umfassende IStGH-Statut in seinen wichtigsten Artikeln beschrieben. Abschließend führt der *Autor* die Errichtung des IStGH einer kurzen rechtspolitischen Bewertung zu, in der er zum Weiterdenken anregend die kritischen Punkte

reflektiert. Angesprochen wird u.a. die Abhängigkeit des Gerichtshofes von der Mitwirkung der einzelnen Staaten, etwa beim Vollzug von Haftbefehlen, Beweismittelherbeischaffung und Ermittlungen vor Ort. Bescheiden und vorsichtig resümiert *Satzger* folglich die Etablierung des IStGH: Ein gewaltiger Schritt in die richtige Richtung sei getan. Der vorauszusehenden praktischen Probleme wegen bleibe jedoch abzuwarten, wie effektiv die internationale Strafgerichtsbarkeit unter diesen Umständen tatsächlich agieren könne (§ 13 Rn. 37).

Die folgenden beiden Kapitel widmen sich jeweils dem Allgemeinen Teil (§ 14) sowie dem Besonderen Teil des Völkerstrafrechts (§ 15). Während die Statuten der Internationalen Militärgerichtshöfe in Nürnberg und Tokio sowie die beiden Ad-hoc-Gerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien sowie Ruanda kaum Regelungen über den Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts enthielten, ist diese Lücke im IStGH-Statut geschlossen worden. Als sog. Allgemeine Grundsätze des Strafrechts enthält das Statut in seinen Art. 22-33 Grundstrukturen eines Allgemeinen Teils, die *Satzger* in diesem Kapitel vorstellt. Ausgehend von dem anwendbaren Recht stellt der *Autor* hier die völker(straf)rechtlichen Auslegungsregeln vor, wobei er besondere Bedeutung auf den Grundsatz „nullum crimen, nulla poena sine lege“ und seine Besonderheit für das Völkerstrafrecht legt. Er verdeutlicht die Konsequenzen einer Relativierung, die darin bestehen, dass sowohl die Anforderungen an den Bestimmtheitsgrundsatz als auch die an das Analogie- und Rückwirkungsverbot minimiert werden (§ 14 Rn. 13). Sehr anschaulich kann sich der Leser hierbei ein genaues Bild dieser Besonderheiten von dem Grundsatz, der ihm seit dem ersten Semester bekannt sein dürfte, machen. Dem folgt die Darstellung der Struktur der Völkerstrafstatat, die *Satzger* aufbautechnisch in drei Stufen ausführlich darstellt: Die äußere Tatseite, die die objektiven Deliktsmerkmale umfasst, die innere Tatseite mit den subjektiven Merkmalen sowie auf dritter Stufe etwaige Straffreistellungsgründe, worunter Notwehr, Notstand, Handeln auf Befehl sowie Irrtümer, Unzurechnungsfähigkeit, Immunitäten, Verjährung und letztlich gem. Art. 31 Abs. 3 IStGH-Statut ungeschriebene Straffreistellungsgründe, die das Statut vorsieht, fallen. Dieser Abriss des Allgemeinen Teils wird mit den Bereichen Täterschaft und Teilnahme sowie Versuch und Rücktritt abgeschlossen. Hervorzuheben ist hierbei, dass der *Autor* immer wieder Vergleiche zum deutschen Recht zieht und damit dem Leser völkerstrafrechtliche Besonderheiten plastisch und einprägsam vor Augen führt. Dieses Kapitel ist daher gerade wegen seiner methodisch exzellenten Darstellung sehr gelungen.

In dem nächsten Kapitel (§ 15) stellt *Satzger* die einzelnen völkerrechtlichen Verbrechenstatbestände (Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen, Aggression) des IStGH-Statuts dar. Wer eine ausführliche Kommentierung der Tatbestände erwartet, wird enttäuscht sein. Wer jedoch eine erste Einführung in eine ihm bis dato unbekannte Materie begeht, wird mit Begeisterung die 27 Seiten lesen.

Das 16. und letzte Kapitel des Buches befasst sich mit dem Völkerstrafrecht im deutschen Recht. Hier steht das

deutsche Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) im Vordergrund. *Satzger* stellt hier die Motive des Gesetzgebers für ein Völkerstrafgesetzbuch, den Inhalt des VStGB und die wesentlichen Probleme auf 13 Seiten dar. Dabei stellt er fest, dass aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes, das deutsche VStGB notwendigerweise hinter den teilweise offenen, etwa auf das humanitäre Völkerrecht verweisenden Umschreibungen des Rom-Statuts zurückbleibt (§ 16 Rn. 18). Dennoch stellt er abschließend fest, dass der Gesetzgeber mit dem VStGB insbesondere wegen seiner gegenüber dem Statut systematischeren und klareren Ausgestaltung nicht nur ein gelungenes Gesetz für Deutschland, sondern auch ein solches mit Vorbildcharakter für andere Staaten geschaffen hat.

Die Darstellungen zum Völkerstrafrecht werden dem Leser in diesem Teil des Werkes mit insgesamt neun Schaubildern, 15 Fällen und Beispielen sowie 34 Wiederholungs- und Vertiefungsfragen veranschaulicht. Im Gegensatz zum europastrafrechtlichen Teil wird dem Leser hier kein Vorwissen abverlangt. Der Text lässt sich sehr flüssig lesen und die Gedankengänge sind klar nachvollziehbar.

Abschließend sei noch auf das ausführliche Fundstellen- und Linkverzeichnis verwiesen, das systematisch sortiert viele Internetadressen aufführt, unter denen relevante Informationen abgerufen werden können. Durch die vorzüglich aufbereitete Sammlung dürfte einer Vielzahl von Lesern eine mühselige Suche nach einzelnen Dokumenten erspart bleiben.

**IV. Fazit:** Der *Verf.* hat mit diesem Werk schwere Arbeit geleistet: Er hat aus einer Fülle an vorhandener Literatur ein Kompendium zu drei ganz eigenständigen Strafrechtsbereichen geschaffen, das durch seine komprimierte, aber gleichwohl verständliche Aufbereitung hervorsticht. Es eignet sich insbesondere für diejenigen, die mit der Materie des Internationalen oder Europäischen Strafrechts erstmalig in Berührung kommen und bietet eine vorzügliche Grundlage für einen vertieften Einstieg in diese Bereiche. Bevor jemand den „*Werle*“ zum Völkerstrafrecht oder den „*Hecker*“ zum Europäischen Strafrecht in die Hand nimmt, ist ihm die Lektüre der entsprechenden Abschnitte im „*Satzger*“ sehr zu empfehlen. Das Werk von *Satzger* kann damit jedem an dieser Rechtsmaterie Interessierten, insbesondere dem Studierenden für einen etwaigen Schwerpunktbereich, uneingeschränkt zur Lektüre empfohlen werden.

Stud. HK Nikolaos Gazeas, Köln

**Karl Heinz Gössel**, Das neue Sexualstrafrecht, Eine systematische Darstellung für die Praxis, Verlag De Gruyter Recht, Berlin 2005, XLVI, 357 Seiten, geb., 78 €.

Bei dem Werk handelt es sich um die neueste Monographie des wissenschaftlich nach wie vor sehr produktiven emeriterten Inhabers des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozeßrecht an der Universität Erlangen-Nürnberg. *Verf.* richtet sich bereits ausweislich des Titels, aber auch des Vorwortes (S. V-VII) vornehmlich an die Praxis, wendet sich aber auch an

Lehrende und Lernende. Alle Gruppen werden für die vorliegende Darstellung des Sexualstrafrechts überaus dankbar sein.

**I.** Das Werk beginnt mit dem erwähnten Vorwort, in dem zutreffend die Notwendigkeit einer aktuellen Abhandlung des Themas angeführt wird, die aus einer Vielzahl von Gesetzesänderungen in jüngerer Zeit resultiert. Ein alternatives monographisches Werk, das die gegenwärtige Rechtslage darstellt existiert in der Tat zur Zeit nicht (*Laubenthal*, Sexualstraftaten, stammt bereits aus dem Jahre 2000). Insofern ist es zugleich ein zur Zeit konkurrenzloses Lehrbuch (Sexualstrafrecht gehört in vielen Bundesländern zum Pflicht- oder Schwerpunktstoff), dem – bei aller Gefälligkeit und Sorgfalt der Buchausstattung – ein studentenfreundlicher Preis zu wünschen gewesen wäre.

**II.** Nach einer Inhaltsübersicht und einem Abkürzungsverzeichnis sind einschlägige Auszüge aus dem geltenden StGB, des ProstG und des IuKDG/TDG abgedruckt (S. XIX-XLVI). Dies mag angesichts der Möglichkeiten, die elektronische Datenbanken bieten (z.B. juris, beck-online, amtliche Internetpräsentationen), nicht unverzichtbar erscheinen, ist aber durchaus nützlich, erspart es doch das gleichzeitige Blättern in mehreren Büchern. Gleches gilt für die im Anhang (S. 243-342) abgedruckten Gesetzgebungsmaterialien, die sicher auch anders, wenn auch nicht ganz ohne weitere Mühe, zugänglich sind. Sorgfältige Register (S. 343 ff.) runden das Werk ab. Gerade für den Praktiker, der unter Umständen eine Vielzahl von Taten in der Vergangenheit zur Anklage bringen oder aburteilen will, wäre es darüber hinaus vielleicht eine Hilfe gewesen (statt Benutzung mehrerer verschiedener alter Kommentare), auch ältere Fassungen des Gesetzestextes (vor 1998 bzw. aus dem Zeitraum von 1998 bis 2003) abzudrucken.

**III.** Der eigentliche Darstellungsteil umfasst eine Einführung (S. 1-9), eine einleitende Übersicht zu den Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (S. 10-23) sowie sechs weitere Abschnitte zu den einzelnen Straftatbeständen.

1. Die exzellente Einführungbettet die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung sehr aufschlussreich in den Kontext wandelbarer Moralvorstellungen ein. *Verf.* weist darauf hin, dass Strafrecht nicht von der Moral zu trennen ist. Dies dürfte zumindest im Bereich der Sexualdelikte, die in schwereren Fällen regelmäßig die Wogen der Entrüstung in der Bevölkerung hochschlagen lassen (und somit zu einem den Rechtsfrieden tangierenden Konflikt zwischen rechtsstaatlichen Grundsätzen und dem Wunsche führen, den Täter möglichst hart zu bestrafen und weitere Gefährdungen auszuschließen), nicht von der Hand zu weisen sein. Noch einmal später (S. 107 ff.) kommt *Verf.* anlässlich der Erörterung der Prostitutionsdelikte auf den Moralzusammenhang des Sexualstrafrechts zurück.

Ferner enthält die Einführung einem Abriss der jüngeren Gesetzgebungsgeschichte. Interessant – zugegebenermaßen nicht unbedingt für den Praktiker, der ja Hauptadressat ist –

wäre vielleicht eine etwas tiefere historische Herleitung gewesen.

2. Die einleitende Übersicht (S. 10-22) verschafft, auch didaktisch sehr gelungen, einen Überblick über Rechtsgut und Systematik des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB sowie über den Kernbegriff der „sexuellen Handlung“.

3. Der Hauptteil des Werks besteht sodann aus einer souveränen und überaus umfassenden Erörterung der einzelnen Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung: sexuelle Nötigung (S. 23-62) gemäß §§ 177, 178 StGB, sexueller Missbrauch Widerstandsunfähiger (S. 63-76) gemäß § 179 StGB, Beeinträchtigung der Freiheit sexueller Selbstbestimmung durch Missbrauch von Abhängigkeitsstellungen (S. 77-106; *Verf.* umschreibt so die §§ 174, 174a, 174b und 174c StGB), Beeinträchtigung der Freiheit sexueller Selbstbestimmung durch Ausnutzen faktischer Herrschaft über andere (S. 107-158; §§ 180a, 181a, 232, 233a StGB; für den Praktiker wertvoll ist die Erörterung der §§ 180b, 181 a.F. StGB, S. 136ff.), Beeinträchtigung der Freiheit sexueller Selbstbestimmung durch Eingriffe in die sexuelle Entwicklung (S. 159-198; §§ 176, 176a, 176b, 180, 182 StGB) und Beeinträchtigung der Freiheit sexueller Selbstbestimmung durch Aufdrängen sexueller Gegenstände (S. 199-241, §§ 183, 183a, 184-184e StGB). *Verf.* gelingt es insofern meisterhaft, die Erörterung auf eine überzeugende systematische Basis zu stellen.

In knapper und präziser Sprache vermittelt er einprägsam und anschaulich das für die Praxis, aber auch für das Studium notwendige Wissen. Nach Klärung des Rechtsguts (eine besonders interessante Spalte gegen Kritiker am Rechtsgut der sexuellen Entwicklung enthält S. 159 Fn. 1: „pädophile Netzwerke“) und Ausführungen zur Gesetzesystematik erläutert er die einzelnen Tatbestandsmerkmale und Regelbeispiele. Auf Versuch und Beteiligung wird stets gesondert eingegangen.

Hierbei wendet sich *Verf.* mitnichten nur an die (staatsanwaltliche oder tatrichterliche) Praxis, die sich im Wesentlichen allein an der höchstrichterlichen Rechtsprechung orientiert. Nein, es handelt sich auch um ein sehr wertvolles wissenschaftliches Werk, das auch mit Kritik an der Rechtsprechung nicht spart, wo es notwendig erscheint (z.B.: S. 169 Rn. 27; S. 182 Rn. 70; besonders überzeugend und mitreißend zu lesen ist die Erörterung des Verhältnisses von Pornographie und Kunst, S. 211 ff., bei der *Verf.* entgegen der Rspr. zu dem Ergebnis kommt, dass Pornographie niemals Kunst seien können). Bisweilen hätte man sich eine (noch) ausführlichere Argumentation gewünscht, die es dem Praktiker, Studenten oder Lehrenden (noch) leichter macht, sich gegen die Rechtsprechung zu entscheiden; freilich ist es auch richtig, die schnelle Orientierung nicht durch allzu großen Umfang der Erörterungen zu erschweren.

Insgesamt gelingt es *Verf.* in vollkommener Weise einen Kompromiss zwischen Knappheit der Ausführungen und wissenschaftlicher Tiefe zu erzielen. Literaturangaben liefert er ebenfalls in perfekter Dosis.

Eine besondere Stärke der Darstellung liegt in den eingearbeiteten rechtspolitischen Würdigungen einer Vielzahl von Normierungen (z.B. S. 116, 171, 173, 192); *Verf.* spart in diesem politisch sicherlich sehr kontroversen Bereich nicht mit berechtigter und überzeugender Kritik am Gesetzgeber. Interessant – wiederum wohl eher für Studenten – wäre es vielleicht gewesen, einige kriminologische Informationen einzustreuen, die gerade in diesem sensiblen Bereich auch Ausschluss über die praktische Bedeutung der einzelnen Delikte geben könnten. Denkbar wären unter Umständen auch einige Ausführungen zu strafprozessualen Besonderheiten der Verfolgung von Sexualstraftätern (vgl. z.B. §§ 112a Abs. 1 Nr. 1, 255a Abs. 2 StPO).

Die hohe Qualität der Darstellung als Lehrwerk zeigt sich des weiteren darin, dass *Verf.* die abstrakten Ausführungen durch geschickt ausgewählte Schulfälle ergänzt (z.B. S. 27), die er im späteren Text löst. Angesichts der überragenden Bedeutung der Fallorientierung für das Lernen wären eventuell (dem Studenten) sogar noch eine größere Anzahl von Fallbeispielen hilfreich; in diesem Zusammenhang mag es auch dem eiligen Praktiker von Nutzen sein, wenn – sei es als Beispiel im Fließtext oder als gesonderter Beispielsfall – die Kasuistik der Rechtsprechung noch größeren Raum fände. Den studentischen Lernerfolg könnten unter Umständen auch Schemata und Schaubilder erleichtern.

**IV.** Diese Anregungen können und sollen den überragenden wissenschaftlichen und didaktischen Wert des vorliegenden Werks des *Verf.* nicht im geringsten schmälern. Dem *Verf.* ist es gelungen, eine sehr gute systematische Darstellung in praxis- und studiengeeignetem Umfang vorzulegen, auf welche die angesprochenen Zielgruppen gewiss stets mit großem Gewinn zurückgreifen werden.

*Wiss. Mitarbeiter Dr. Dennis Bock, Kiel*