

## Der unsichtbare Dritte Günther Jakobs, Carl Schmitt und der ganz normale Ausnahmezustand

### I. Nicht-identisches

»Sie wissen das nicht, aber sie tun es.« - Dieser geheimnisvolle kleine Satz aus dem Fetischkapitel des *Kapital* mag am Anfang stehen, der Umweg sei erlaubt. Denn in dem Zitat verdichtet sich, was Marx als die besondere Qualität des Verhältnisses beschrieb, in das die Menschen zugleich mit der Verwandlung der Produkte ihrer Arbeit (von konkreten Dingen) in Waren eintreten, und das die Grundlage jener gesellschaftlichen Beziehungen bildet, aus denen der moderne Staat hervorgegangen ist. »Die Menschen beziehen [...] ihre Arbeitsprodukte nicht aufeinander als Werte, weil diese Sachen ihnen als bloß sachliche Hüllen gleichartig menschlicher Arbeit gelten. Umgekehrt. Indem sie ihre verschiedenen Produkte einander im Tausch als Werte gleichsetzen, setzen sie ihre verschiedenen Arbeiten einander als menschliche Arbeit gleich. [...] Es steht [...] dem Wert nicht auf der Stirn geschrieben, was er ist. Der Wert verwandelt vielmehr jedes Arbeitsprodukt in eine gesellschaftliche Hieroglyphe«, die es zu entziffern gilt. (Marx, 1968a [1867]: 88) Indem die Menschen als Warenbesitzer in Austausch treten, eignen sie einerseits dem konkreten Ding ein abstraktes, gesellschaftliches Verhältnis (den Wert) zu und treten andererseits in ein Verhältnis zueinander, dessen Grund die abstrakte Gleichheit menschlicher Arbeit ist. Diese »Gleichheit der menschlichen Arbeiten« nun »erhält die sachliche Form der gleichen Wertgegenständlichkeit der Arbeitsprodukte [...] Das Geheimnisvolle der Warenform besteht also einfach darin, dass sie den Menschen die gesellschaftlichen Charaktere ihrer eignen Arbeit als gegenständliche Charaktere der Arbeitsprodukte selbst, als gesellschaftliche *Natureigenschaften* [Herv. d. A.] dieser Dinge zurückspiegelt, daher auch das gesellschaftliche Verhältnis der Produzenten zur Gesamtheit als ein außer ihnen existierendes gesellschaftliches Verhältnis von Gegenständen.«

Das Geheimnis der Warenform ist also - wie jenes der Religion - eines der Dingwerdung des Un(be)greifbaren. In der Warenform erscheinen abstrakte gesellschaftliche Beziehungen als scheinbar gegenständliche, das konkret ungleiche als gleich<sup>1</sup>, das vermittelte als unmittelbares, als sächliches Verhältnis. Der Tisch ist nicht ein Tisch, ein nützliches Ding mit vier Beinen, sondern vielmehr ein »Werthding«, dem ein nicht-dingliches, ein gesellschaftliches Verhältnis anhaftet, das zugleich nur »verschleiert« erscheint. Denn »die Formen, welche Arbeitsprodukte zu Waren stempeln [...], besitzen bereits die Festigkeit von Naturformen des gesellschaftlichen Lebens, bevor die Menschen sich Rechenschaft zu geben suchen nicht über den historischen Charakter dieser Formen, die ihnen vielmehr bereits als unwandelbar gelten, sondern über deren Gehalt.« (Marx, 1968b [1867]: 89 f.) Die Menschen tun das, sie wissen es aber nicht, bzw., wie es in *Lohnarbeit und Kapital* ungleich schöner formuliert steht: »Ein Neger ist ein Neger. In bestimmten Verhältnissen wird er erst zum *Sklaven*. Eine Baumwollspinnmaschine ist eine Maschine zum Baumwollspinnen. Nur in bestimmten Verhältnissen wird sie zu *Kapital*. Aus diesen Verhältnissen herausgerissen, ist sie so wenig Kapital, wie Gold an und für sich *Geld* oder der Zucker der *Zuckerpreis* ist.« (Marx, 1968 [1849]: 407 f.)

Was nun hat der Zuckerpreis, was haben der Tisch und die Marxsche Theorie der Warenform mit der aktuellen Feindrechtsdebatte zu tun? Zunächst dies: Sie weisen auf das hin, was sie nicht zu bieten haben. Die hier vermittelte Einsicht nämlich, dass hinter den als ewig und natürlich sich darstellenden (Wert)Dingen sich die Gesamtheit der abstrakten gesellschaftlichen Verhältnisse (der Warenhüter zueinander) verbirgt, hat wenig gemein mit der trivialen Feststellung, unsere Welt sei »nur« ein Produkt »gesellschaftlicher Bedingungen«, wie auch das »Geheimniß des Werthausdrucks« sich nicht in jenem in der Rede vom »kleinen Mann« anklingenden Verdacht erschöpft, hinter jedem Ereignis stehe *jemand*, der es willentlich lenkt und daran profitiert. Dementsprechend geht es hier nicht, um eine Variante der Kritik am Feindstrafrechtsbegriff aufzugreifen, um den Nachweis, dahinter verberge sich die Herrschaftsstrategie einer globalen Machtelite<sup>2</sup>, die mit Guantánamo Bay das *Role*

<sup>1</sup> »Die Gleichheit toto coelo verschiedner Arbeiten kann nur in einer Abstraktion von ihrer wirklichen Ungleichheit bestehn, in der Reduktion auf den gemeinsamen Charakter, den sie als Verausgabung menschlicher Arbeitskraft, abstrakt menschliche Arbeit, besitzen.« (Marx, 1968 [1867]: 88)

<sup>2</sup> Vgl. Düx, 2003: Globale Sicherheitsgesetze und weltweite Erosion von Grundrechten. Statt »Feindstrafrecht« globaler Ausbau demokratischer Rechte.

*Modell* für einen neuen Krieg gegen die Verdammten dieser Erde geschaffen habe. Wer die Anschläge von New York und Washington, Madrid und London, aber auch bereits die im Vergleich dazu unspektakulär erscheinenden, weil beinahe alltäglichen Anschläge in Bagdad oder (während der sog. zweiten Intifada) Tel Aviv linear auf einen Nord-Süd-Konflikt herunterrechnet, vermag wesentliche Merkmale islamistischen Terrors kaum zu erfassen; nicht nur, weil dessen Protagonisten vielerorts selbst einen erbarmungslosen »Krieg gegen die Armen« führen<sup>3</sup>, sondern weil damit zugleich eine erneute Verdinglichung, und also Verschleierung einhergeht. Dass es andererseits Günther Jakobs überhaupt vorrangig darum gelegen sei, ein Instrumentarium zur Bewältigung einer aus internationalen Ungleichverhältnissen zwischen Zentrum und Peripherie hervorgehenden Bedrohung zu entwickeln, ist reine Unterstellung. Günther Jakobs ist nicht der intellektuelle Arm der US Air Force. Wenn er dennoch manchem so erscheint, und nicht lediglich seinen Thesen mithilfe eines aktuellen Anlasses zu Popularität verholfen wurde, dann ganz im oben zitierten Sinne - ohne es zu wissen.

Dass sich dennoch hinter der Hieroglyphe »Feindstrafrecht« wie hinter dem Wertding Tisch abstrakte gesellschaftliche Verhältnisse verbergen - die zugleich immer auch Ungleichverhältnisse sind - ist der *zweite* entscheidende Hinweis, den die Theorie der Warenform liefert. Konkret: Wenn Jakobs von Feinden schreibt, so verdichten sich darin gleichfalls Vorstellungen, die weit über den Rahmen der strafrechtstheoretischen Auseinandersetzung hinaus weisen. Denn indem er den Feind markiert, zeichnet er zugleich ein Bild des Bürgers. So sehr sich Jakobs auch darum bemühen mag, seine Thesen alleine aus einer Theorie der Normgeltung heraus zu begründen, kann er doch der Ausblicke auf eine gesellschaftliche Realität sich nicht enthalten, wie sie sich ihm präsentiert. Es ist - dies sei vorweggenommen - eine feindselige Welt, eine »Gesellschaft, der die Stützungen einer staatskonformen Religion ebenso abhanden gekommen sind wie diejenigen der Familie und in welcher die Nationalität als eine eher zufällige Eigenschaft verstanden wird, [sie] läßt den einzelnen zahlreiche Möglichkeiten, am Recht vorbei eine Identität aufzubauen, jedenfalls mehr, als es eine stärker bindende Gesellschaft bieten könnte. Hinzu kommt die Sprengkraft sogenannter Multikulturalität - ein schiereres Unding...« (Jakobs, 2000a: 52 f.)

<sup>3</sup> ... und sich zugleich - bspw. wenn ein Selbstmordattentäter sich in einer Diskothek in Tel Aviv in die Luft jagt - genau gegen die schönen und lustvollen Seiten kapitalistischer Vergesellschaftung richten.

Nicht die juristische Argumentation Jakobs', sondern die Beschaffenheit jener gesellschaftlichen Normalität, die zu verteidigen das Feindrecht antritt, soll Gegenstand der Analyse sein. Sie wird definiert vermittelst dessen, was nicht sein darf, und verdichtet sich in den Anforderungen, welche die Zwangsanstalt Staat an das Individuum richtet. Panoramabilder wie obiges einer aus den Fugen geratenen, von Fahrraddieben<sup>4</sup>, Terroristen und nomadisierenden<sup>5</sup> Teufeln durchzogenen Welt werden lediglich als ergänzende Illustrationen des konstatierten Ausnahmezustandes gewertet, der wiederum in der Fortentwicklung der Marxschen Warentheorie sich Lukacs<sup>6</sup> zufolge zum Recht verhält, wie die Krise zur Ökonomie: Beide gehören konstitutiv zueinander.

Weil das Geheimnis der Warenform *drittens* jenes der Verbindung konkreter Dinglichkeit mit abstraktem Wert, von Identischem mit Nicht-identischem, Unmittelbarem mit Vermitteltem ist, berührt es genau *hier* den Kern der Auseinandersetzung mit dem sogenannten Feindstrafrecht. Übersetzt man nämlich »identisch und nicht-identisch«, »vermittelt und unvermittelt« in Gewalt und Gesetz, bzw. Souveränität und Freiheit, so stößt man unvermittelt auf einen grundlegenden Widerspruch rechtsstaatlicher Ordnung<sup>7</sup>: Dass Recht nicht ohne Gewalt, Gesetz nicht ohne einen (staatlichen) Souverän auskommt, Souveränität und Gewalt zugleich aber in Gegensatz zu beiden stehen. »Beide Elemente, Souveränität und Rule of Law bzw. Rechtsstaatlichkeit, sind konstitutiv für den modernen Staat. Beide Elemente aber sind nicht zu versöhnen, denn die höchste Macht und das höchste Recht können nicht gleichzeitig in einer gemeinsamen Sphäre verwirklicht werden. Dort, wo die Souveränität des Staates herrscht, kann es keinen Platz für die Geltung des Rechts

<sup>4</sup> Siehe III. bzw. Fn. 16.

<sup>5</sup> »Feinde [...] die - offen oder im Schafspelz - [...] umherziehen« (Jakobs, 2000a: 53).

<sup>6</sup> Vgl. Georg Lukacs, 1968 sowie allgemein auch Gerhard Scheits Darlegungen über die »Theorie des Ausnahmezustands« in Scheit, 2005: 74 ff.

<sup>7</sup> Bei Marx: »Die Waren können nicht selbst zu Märkte gehn und sich nicht selbst austauschen. Wir müssen uns also nach ihren Hütern umsehn, den Warenbesitzern. [...] Um [...] Dinge als Waren aufeinander zu beziehn, müssen die Warenhüter sich zueinander als Personen verhalten, deren Willen in jenen Dingen haust, so daß der eine nur mit dem Willen des andren, also jeder nur vermittelst eines, beiden gemeinsamen Willensakts sich die fremde Ware aneignet, indem er die eigne veräußert. Dies Rechtsverhältnis, dessen Form der Vertrag ist [...] ist ein Willensverhältnis, worin sich das ökonomische Verhältnis widerspiegelt. Der Inhalt dieses Rechts- oder Willensverhältnisses ist durch das ökonomische Verhältnis selbst gegeben.« (Marx, 1968 [1867]: 99) Scheit paraphrasiert bezugnehmend auf Eugen Paschukanis: »Das Recht schützt das Individuum, weil es der Ware keine macht: Die Würde des Warenhüters ist unantastbar.« (Scheit, 2005: 65) Siehe hierzu auch: Harms, 2000: 31 ff.

geben. Wo immer ein Versuch der Versöhnung gemacht wird, verstrickt man sich in unlösbare Widersprüche. Wenn umgekehrt die Herrschaft des Staates als identisch mit der Herrschaft des Rechts behauptet wird, dann kann man den Staat nicht als souveräne und autonome Körperschaft konzipieren, der von den vorhandenen sozialen Kräften unabhängig sein soll.« (Neumann, 1980 [1937]: 16) Insofern hinterlässt der bürgerliche Rechtsstaat zwangsläufig eine Lücke dort, wo Recht und Souverän scheinbar auseinander fallen. Er verdrängt, mit der Forderung, dass nicht Menschen, sondern Gesetze herrschen sollen, das, was den Staat ausmacht - die Fähigkeit zur Gewalt -, schafft es jedoch nicht ab. Hinter der Hieroglyphe Gesetz verbirgt sich lediglich der Souverän, hinter dem Recht steht, verschleiert, die Gewalt. Der »Ausnahmezustand« ist dementsprechend der Zustand, in dem die Gewalt hinter dem Recht hervortritt und der Staat als Souverän sichtbar wird<sup>8</sup>. Der dem Rechtsstaat innewohnende, aber verdrängte Widerspruch steigt auf und wird zugunsten der Gewalt gelöst.

## II. *Non veritas sed auctoritas facit legem*

»In der entscheidenden Situation gehe es nicht um Begriffe, sondern um die ‚konkrete Anwendung‘; darum, wer im Konfliktfall entscheidet, worin das öffentliche oder staatliche Interesse, die öffentliche Sicherheit und Ordnung, le salut public usw. besteht. Der Ausnahmefall, der in der geltenden Rechtsordnung nicht umschriebene Fall, kann höchstens als Fall äußerster Not, Gefährdung der Existenz des Staates oder dergleichen bezeichnet, nicht aber tatbestandsmäßig umschrieben werden. [...] Es kann weder mit subsumierbarer Klarheit angegeben werden, wann ein Notfall vorliegt, noch kann inhaltlich aufgezählt werden, was in einem solchen Notfall geschehen darf...« (Schmitt, 2004 [1922]: 13 f.) So übersetzte Carl Schmitt die berühmte Passage aus Thomas Hobbes Leviathan. Schmitt, der den Normalfall des Staates durch den Ausnahmezustand zu erklären suchte<sup>9</sup>, stieß vor einem gänzlich verschiedenen

<sup>8</sup> »Ist dieser Zustand eingetreten, so ist klar, daß der Staat bestehen bleibt, während das Recht zurücktritt.« (Schmitt, 2004 [1922]: 18)

<sup>9</sup> »Der Ausnahmezustand hat für die Jurisprudenz eine analoge Bedeutung wie das Wunder für die Theologie. [...] Denn die Idee des modernen Rechtsstaats setzt sich mit dem Deismus durch, mit einer Theologie und Metaphysik, die das Wunder aus der Welt erweist und die im Begriff des Wunders enthaltene, durch einen unmittelbaren Eingriff eine Ausnahme statuierende Durchbrechung der Naturgesetze ebenso ablehnt wie den unmittelbaren Eingriff des Souveräns in die geltende Rechtsordnung.« (Schmitt, 2004 [1922]: 49)

historischen Hintergrund auf den selben Widerspruch zwischen Recht und Gewalt, der den aktuellen Feindstrafrechtsthesen zugrunde liegt: Dass man nämlich, »wenn man nicht untergehen will« (Jakobs, 2004a), den »Feinden« gegenüber nicht Recht, sondern Gewalt anwenden »muß« (Hervorh. im Original). Beide, Schmitt und Jakobs, setzen einen bei Hobbes entlehnten Naturrechtsbegriff voraus, dessen »Ausgangspunkt [...] die Angst des Naturzustandes« (Schmitt, 1982 [1938]: 47) ist, bzw. die »normativ grenzenlose und nur durch die physische Gewalt jedes einzelnen begrenzte Freiheit [...], zu tun und zu lassen, was man will, so man nur kann.« (Jakobs, 2004a) Beide räumen der Unterscheidung zwischen Freund und Feind, bzw. Bürger und Feind, eine existentielle Bedeutung ein. Und beide kommen dennoch zu (scheinbar) unterschiedlichen Ergebnissen. An keiner Stelle zitiert Jakobs Carl Schmitt, aber an jeder Stelle scheint er hervor. Er ist der unbekannte Dritte, die Leerstelle bei Jakobs, die es zu füllen gilt, weil in ihr nicht nur seine Person, sondern auch das Ergebnis seiner Schriften verschwindet. Denn mit Carl Schmitt unterschlägt Jakobs auch die zentrale Frage, wer es denn ist, der in Bürger und Feinde scheidet. Oder anders formuliert, er beruft sich zwar auf Hobbes und sein »*autoritas non veritas facit legem*«, vergisst aber - ob bewusst oder unbewusst - das Entscheidende zu bestimmen, wer oder was »*autoritas*« ist.

Ganz anders Schmitt: Mit dem einleitenden Satz zu seiner *Politischen Theologie* von 1922 - »souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet« - stellt er die Frage nach der Souveränität ins Zentrum seiner Arbeit, zu einem Zeitpunkt, als über den Ausnahmezustand in Deutschland zumindest vorerst entschieden schien. Er formulierte damit die Gegenposition zur (später unter diesem Titel verfassten) reinen Rechtslehre Hans Kelsens<sup>10</sup>, die Staat und Rechtsordnung radikal gleichsetzte. Während Kelsen (den Schmitt als »Jude Kelsen« denunzierte) forderte, dass »der Souveränitätsbegriff [...] radikal verdrängt werden« (Gross, 2000: 245)<sup>11</sup> müsse, und eine »Staatslehre ohne Staat« formulierte, in welcher »der Souverän nicht als Substanz [...] sondern als eine Funktion vorzustellen« (Gross, 2000: 245) war, hält Schmitt mit Hobbes dagegen, dass die Rechtsidee sich nicht aus sich selbst heraus umsetzen könne. »*Autoritas non veritas facit legem*« - die Autorität beweise, dass sie, um Recht zu schaffen, nicht Recht zu haben braucht. (vgl. Schmitt, 2004 [1922])

<sup>10</sup> Zur Kontroverse zwischen Schmitt und Kelsen siehe: Gross, 2000.

<sup>11</sup> Auch Schmitt zitiert diesen Satz (Schmitt, 2004 [1922]: 29).

Im Ausnahmezustand entscheide nicht Recht, sondern die Gewalt. Der Souverän trete hinter der Rechtsordnung hervor. Er »entscheidet sowohl darüber, ob der extreme Notfall vorliegt, als auch darüber, was geschehen soll, um ihn zu beseitigen. Er steht außerhalb der normal geltenden Rechtsordnung und gehört doch zu ihr...« (Schmitt, 2004 [1922]: 14).

Schmitt greift den Widerspruch auf, vermag gleichwohl nicht ihn auszuhalten, sondern löst ihn sofort wieder zugunsten des Souveräns auf. »Der Staat als die maßgebliche politische Einheit hat eine ungeheure Befugnis bei sich konzentriert: die Möglichkeit Krieg zu führen und damit offen über das Leben von Menschen zu verfügen. [...] Die Leistung eines normalen Staates besteht aber vor allem darin, *innerhalb* des Staates und seines Territoriums eine vollständige Befriedung herbeizuführen, ‚Ruhe, Sicherheit und Ordnung‘ herzustellen und dadurch die *normale* Situation zu schaffen, welche die Voraussetzung dafür ist, daß Rechtsnormen überhaupt gelten können, weil jede Norm eine normale Situation voraussetzt und keine Norm für eine ihr gegenüber völlig abnorme Situation Geltung haben kann. Diese Notwendigkeit innerstaatlicher Befriedung führt in kritischen Situationen dazu, daß der Staat als politische Einheit von sich aus, solange er besteht, auch den ‚inneren Feind‘ bestimmt. In allen Staaten gibt es deshalb in irgendeiner Form das, was das Staatsrecht der griechischen Republiken als *πολέμις*-Erklärung, das römische Staatsrecht als *hostis*-Erklärung kannte, schärfere oder mildere, ipso facto eintretende oder auf Grund von Sondergesetzen justizförmig wirksame, offene oder in generellen Umschreibungen versteckte Arten der Ächtung, des Bannes, der Proskription, Friedloslegung, *hors-la-loi*-Setzung, mit einem Wort, der *innerstaatlichen Feinderklärung*.« (Schmitt, 2002 [1932]: 46 f.)

Damit ist zugleich der Kern von »Politik«, also auch von staatlicher Organisation, für Schmitt bestimmt. Er liegt in der ursprünglichen Unterscheidung zwischen Freund und Feind: »Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet« (Schmitt, 2004 [1922]: 11), bzw. wer in der entscheidenden Situation dem Feind den Krieg erklärt und ihn vernichtet. Der liberale Rechtsstaat hingegen ist nicht nur unfähig, den Feind mit rechtlichen Mitteln zu vernichten, sondern den Ausnahmezustand überhaupt wahrzunehmen (vgl. Schmitt, 2004 [1922]: 18 ff.)<sup>12</sup>. Die Verbindlichkeit einer politischen Entscheidung leitet sich demnach aus

<sup>12</sup> »Die politische Einheit muß gegebenenfalls das Opfer des Lebens verlangen. Für den Individualismus des liberalen Denkens ist dieser Anspruch auf keine Weise zu erreichen und zu begründen.« (Schmitt, 2002 [1932]: 70)

keiner höheren Wahrheit her als der Autorität des Souveräns selbst. Gesetze gelten nicht aufgrund ihres Wahrheitsbezugs, sondern einzig kraft der Anerkennung der rechtsetzenden Instanzen (vgl. ebd.). Weil dies zugleich das Wesen der Politik darstelle, ist die Feinderklärung kein Instrument, das lediglich für den Notstand aufbewahrt wird, sondern konstituierend für den Staat schlechthin. »Der ‚Ausnahmestand‘ ist der Zustand, in dem die Gefahr abgewendet werden muß. Da die Gefahr permanent ist, wird der ‚Ausnahmestand‘ zum Dauerzustand - was paradox ist. Da man nicht permanent im Ausnahmestand verharren kann, muß er immer wieder existentiell durch den ‚Entscheidungsakt‘ erneuert und aufgewertet werden. Das geschieht durch die Unterscheidung von ‚Freund‘ und ‚Feind‘. Diese Unterscheidung ist das Wesen [...] der ‚Politik‘ und für ‚Staat‘ und ‚Souveränität‘ konstitutiv. Ohne Unterscheidung von Freund und Feind [...] keine Souveränität, kein Staat.« (Sombart, 1991: 165)

An diesem Punkt kommen sich die politische Theologie Carl Schmitts und das Feindstrafrecht sehr nahe - und unterscheiden sich doch grundsätzlich. Schmitt ist vom Nicht-identischen des Rechts abgestoßen. Der liberale Rechtsstaat verschleierte nicht nur die ihm innewohnende Gewalt des Souveräns, er mache vielmehr die souveräne Entscheidung über Freund und Feind unmöglich. An die Stelle des Nicht-identischen tritt bei Schmitt daher der Staat, später der Führer und die Volksgemeinschaft. Jakobs steht grundsätzlich vor demselben Problem, vermeidet allerdings den Begriff der Souveränität. Das Recht werde durch die notwendige Gewalt gegenüber Feinden »durchmischt« (Jakobs, 2004a). »Was ich will, ist eine hinreichende Trennung der Normen, die für den Ausnahmefall gelten, und der Normen, die für den Normalfall gelten. Wie die Verfassung ganz klar trennt zwischen einer Normalverfassung und dem, was gilt im Ausnahmefall, so müssen wir auch in unserem Strafrecht trennen, was in unserem Normalfallstrafrecht ist und was wir nehmen im Ausnahmefall. Um den Ausnahmefall als solchen kommen wir allerdings nicht herum.«<sup>13</sup> Der hier formulierte Ausnahmestand ist also kein zeitlich begrenzter, der auf den Normalfall folgt, von einer Regierung verhängt und wieder aufgehoben wird, sondern ein permanenter, der dem Normalfall zur Seite tritt.

<sup>13</sup> Günther Jakobs auf der Abschlussdiskussion des 29. Strafverteidigertages »Vom Bürger zum Feindstrafrecht?«, Aachen, 6. März 2005.



Um beide Bereiche, den des Rechts und den der Gewalt, zu trennen, schafft er einen Bereich des Identischen, in dem der Staat unmittelbare Gewalt durch Gewalttätigkeit wird. Denn »Strafe« im Sinne eines »Strafrechts« setze die Existenz einer rechtlich verfassten Gemeinschaft voraus, an der die Einzelnen als »Kommunikationsteilnehmer« partizipieren. (Jakobs, 2000a: 50). Gegenüber dem Feind, der sich - durch Verweigerung des kommunikativen Akts - außerhalb der Gemeinschaft stellt, kann Strafe immer nur »Strafe im Naturzustand« sein. »Erstere, die Strafe im Staat, setzt eine bestehende Ordnung voraus, die der Delinquent desavouiert und die durch seine Bestrafung bestätigt wird. Letztere, die Strafe im Naturzustand, ist ein Zwangsmittel gegen den, der sich einer vom anderen gewünschten Ordnung nicht fügt. [...] Die Verwendung des Namens ‚Strafe‘ im Naturzustand suggeriert eine Rechtsförmigkeit, wo es um - vielleicht legitimierbare - Unterwerfung geht...« (Jakobs, 2000a: 55).

In diesem Sinne stimmt die Kritik, dass das Feindstrafrecht kein Recht mehr sei - nicht, weil es (möglicherweise) besonders grausam, sondern, weil es unvermittelte Gewalt ist, bzw. weil das (immer nicht-identische) Recht zum Identischen wird. Insofern ist es reine, ungezügelter Macht. Jakobs selbst spricht von »Krieg«<sup>14</sup>. Dass hinter dieser *Strafgewalt* (im besten Falle) ein Staat steht, blendet er hingegen aus und spricht stattdessen undeutlich von »Gesellschaft«. Während das Hobbes'sche Diktum »*autoritas non veritas facit legem*« im Grundsatz aufrechterhalten wird, wandelt sich doch die Bestimmung der Autorität von der personalen politischen (bei Schmitt: des Staates/des Führers) hin zur überpersonalen, strukturellen eines Rechtssystems. Die Frage nach dem Souverän, der darüber entscheidet, wer als Feind »kaltgestellt«, also vernichtet, werden kann, bleibt nicht nur unbeantwortet, sondern wird auf die »Feinde« selbst abgewälzt: Diese entscheiden, durch Unterwerfung oder Verweigerung, darüber, auf welcher Seite sie stehen - jener des Rechts oder jener der Gewalt.

<sup>14</sup> So auch Schmitt: »Denn zum Begriff des Feindes gehört die im Bereich des Realen liegende Eventualität eines Kampfes. [...] Das Wesentliche [...] ist, daß es sich um ein Mittel physischer Tötung von Menschen handelt. [...]. Die Begriffe Freund, Feind und Kampf erhalten ihren realen Sinn dadurch, daß sie insbesondere auf die reale Möglichkeit der physischen Tötung Bezug haben und behalten.« (Schmitt, 2002 [1932]: 33)

### III. Bürger und Feinde

Wer aber sind diese Feinde? Für Carl Schmitt ist diese Frage oft beantwortet worden: Es waren Liberale, Juden und Frauen<sup>15</sup>, bzw. die Bürger eines Staates, den er zutiefst verachtete und der alles zugleich schien, liberal, jüdisch und »weibisch«<sup>16</sup>. Dem entgegen stellte Schmitt, der selbst nicht zum Militärdienst taugte, den »Soldaten«, der mehr als jener im engen Sinne des Wortes bezeichnete Kombattant eine umfassende Lebens- und Herrschaftsform darstellt. Der Soldat ist der eigentliche Träger jener souveränen Entscheidung, die als »dezisionistischer Schwerthieb« alle frühen Schriften Carl Schmitts beherrscht<sup>17</sup>: »Blut zu vergießen und andere Menschen zu töten« (Schmitt, 2002 [1932]: 36). Der »Diktatur des Dolches«, zitiert Schmitt Donoso Cortés in der *Politischen Theologie* begeistert, zöge er die »Diktatur des Säbels« vor. Nichts anderes ist gemeint, als die Diktatur, welche die subversiven Umtriebe (der Feinde) aus der Gesellschaft gewaltsam in Schach hält. »Vom ‚Dolch im Gewande‘ der Schillerschen Ballade bis zur ‚Dolchstoß-Legende‘«, merkt Sombart an, »gehört der Dolch zu den Angstobsessionen der deutschen Männer. [...] Mit dem Säbel wird auf den Stufen des Throns der Staat verteidigt, mit dem Dolch werden die ‚parties vitales‘ des Staates bedroht. [...] Das Bild von der ‚Diktatur des Dolches‘ ist in seiner ganzen Schrecklichkeit das Bild der subversiven Konspiration, der Empörung, des anarchistischen Aufstandes, des Umsturzes, in dem jeder, Mann und Weib, den Dolch im Gewande trägt, um den staaterhaltenden Mächten an die Weichteile zu gehen.«<sup>18</sup> (Sombart, 1991: 73 f.)

<sup>15</sup> So auch Weimayr: »In einer bemerkenswerten zirkulären Struktur verstärken einander am Ende der Epoche des Staates die Angst vor der Kastration des Leviathan und der augustisch begründete anthropologische Pessimismus [...]. Auf der Seite des Feindes finden sich [...] Parlamentarismus und Selbstorganisation, Liberalismus und Kapitalismus, Sozialismus und Bolschewismus, Anarchie und Demokratie.« (Weimayr, 1999: 65)

<sup>16</sup> Verkörpert sah Schmitt diesen Staat in der »Händler-« und Seefahrernation Großbritanien bzw. idealtypisch in den Vereinigten Staaten. »Die Bourgeoisie ist die Klasse der Rede- und Pressefreiheit und kommt gerade zu diesen Freiheiten nicht aus irgendeinem beliebigen psychologischen und ökonomischen Zustand, aus handelsmäßigem Denken oder dergleichen. Man wußte längst, daß die Idee der liberalen Freiheitsrechte aus den nordamerikanischen Staaten stammt.« (Schmitt, 2004 [1922]: 66)

<sup>17</sup> Siehe zur psychoanalytischen Bedeutung ausführlich: Sombart, 1991; zur Blutsymbolik bei Schmitt auch Gross, 2000: 163 f.

<sup>18</sup> Sombart stellt insbesondere die sexuelle Bedeutung in den Vordergrund und fährt fort: »Diese unzähligen verborgenen Dolche sind die Zähne des apokalyptischen Untiers, das die Ordnung der Männerwelt bedroht. Es ist nicht schwer, das Schreckensbild zu beschwören, das in den Männerphantasien an der äußersten Peripherie des Dolch-Symbols

Um das zu verhindern, muss der Staat die »Souveränität« besitzen, zwischen Freund und Feind zu unterscheiden. »Die Unterscheidung zwischen Freund und Feind hat den Sinn, den äußersten Intensitätsgrad einer Verbindung oder Trennung, einer Assoziation oder Dissoziation zu bezeichnen. [...] Der politische Feind braucht nicht moralisch böse, er braucht nicht ästhetisch häßlich zu sein; er muß nicht als wirtschaftlicher Konkurrent auftreten, und es kann vielleicht sogar vorteilhaft scheinen, mit ihm Geschäfte zu machen. Er ist eben der andere, der Fremde, und es genügt zu seinem Wesen, daß er in einem besonders intensiven Sinne existenziell etwas anderes und Fremdes ist, so daß im extremen Fall Konflikte mit ihm möglich sind, die weder durch eine im voraus getroffene generelle Normierung, noch durch den Spruch eines ‚unbeteiligten‘ und daher ‚unparteiischen‘ Dritten entschieden werden können.« (Schmitt, 2002 [1932]: 27)

Staatlichkeit zeichnet sich durch die Macht aus, den Feind zu identifizieren, der nicht tatbestandsmäßig umschrieben werden kann. Feindschaft ist die »seinsmäßige Negierung eines anderen Seins« (Schmitt, 2002 [1932]: 33), sie resultiert nicht aus feindseligen Taten, sondern aus dem »Wesen« des Feindes, das ihn außerhalb der Gemeinschaft stellt. Denn im Zentrum aller feindseligen Handlungen steht die »politische Entscheidung, wer der Feind ist, (die) bereits vorliegt« (Schmitt, 2002 [1932]: 34). In der 1933 veränderten Ausgabe desselben Essays<sup>19</sup> fährt Schmitt fort: »Der Fremde und Andersgeartete mag sich streng ‚kritisch‘, ‚objektiv‘, ‚neutral‘, ‚rein wissenschaftlich‘ geben und unter ähnlichen Verschleierungen sein fremdes Urteil einmischen. Seine ‚Objektivität‘ ist entweder nur eine politische *Verschleierung* oder aber die völlige, alles Wesentliche verfehlende *Beziehungslosigkeit*. Bei politischen Entscheidungen beruht selbst die bloße Möglichkeit richtigen Erkennens und Verstehens und damit auch die Befugnis, mitzusprechen und zu urteilen, nur auf dem existentiellen Teilhaben und Teilnehmen, nur auf der echten *participatio*. [...] [I]nsbesondere kann jeder nur *selbst* entscheiden, ob das Anderssein des Fremden im konkret vorliegenden Konfliktfall die Negation der eigenen Art von Existenz bedeutet und deshalb abgewehrt

[...] auf der Lauer liegt: die ‚*vulva dentata*‘, die mit einem schrecklichen Biß den Mann seines kostbarsten Attributes beraubt.« (Sombart, 1991: 75)

<sup>19</sup> 1933 veröffentlichte Schmitt den Essay »Der Begriff des Politischen« in geänderter Fassung. »Während die Erstausgabe in dem – mit liberaler 1848er Tradition kontaminierten – Verlag Duncker & Humblot erschien, wählte Schmitt nun die nationalsozialistische Hanseatische Verlagsanstalt.« (Gross, 2000: 66)

oder bekämpft werden muß, um die eigene, seinsmäßige Art von Leben zu retten.« (zit. n. Gross, 2000: 66)

Mit dem Krieg gegen »seinsmäßige« Feinde korrespondiert das von Schmitt dann in *Das gute Recht der deutschen Revolution* formulierte weitere übergeordnete Ziel der Politik: »Wir schaffen heute zunächst einmal die notwendige Gleichartigkeit; erst dann kann wieder eine vernünftige und gerechte Gleichheit herrschen; erst dann können wieder formale Normen ihren Lauf nehmen, die eine sinnvolle Legalität in sich enthalten. Die deutsche Revolution läßt sich nicht in der Schlinge einer ihr fremden und feindlichen Legalität fangen.« (zit. n. Gross, 2000: 68)

Gleichartigkeit stellt demnach die Voraussetzung für richtige Kommunikation (»die bloße Möglichkeit des richtigen Erkennens und Verstehens«) dar. Von Gleichartigkeit hängt zugleich auch die Fähigkeit zur Entscheidung ab. Sie ist bei Schmitt im Anfang noch in einer »echten participatio« begründet, die »nötigenfalls« in Form einer Diktatur hergestellt werden müsse, welche »die Ausscheidung oder Vernichtung des Heterogenen« betreibt (Schmitt, 1991 [1926]: 14). Nach 1933 wird »Gleichartigkeit« mit »Artgleichheit« synonymisiert. Die Entscheidungsgewalt wiederum liegt, wie Schmitt auf dem Deutschen Juristentag am 3. Oktober 1933<sup>20</sup> darlegte, bei der politischen »Führerschaft«, die aus dem artgleichen Kollektiv entspringt: »Führen ist nicht Diktatur, Führen ist etwas, das auf Artgleichheit zwischen Führer und Gefolgschaft beruht. [...] Führung gibt es nur zwischen Artgleichen... [...] Die Legalität in ihren Grenzen muß wessens- und artgetreu sein.«<sup>21</sup> (zit. n. Gross, 2000: 69 ff.) Das wiederum ist keine zeittypische Verflachung, sondern lediglich konsequent.

<sup>20</sup> Der Juristentag stand unter dem Titel »Durch Nationalsozialismus dem deutschen Volke das deutsche Recht«

<sup>21</sup> Der dem zitierten Ausschnitt folgende direkte Bezug Carl Schmitts auf den Nationalsozialismus, der im obigen Zusammenhang sekundär ist, sollte nicht ausgespart bleiben: »Darum schaffen wir die Legalität unseres eigenen nationalsozialistischen Staates. Darüber brauchen wir uns von Andersdenkenden und Andersgesinnten nicht belehren zu lassen. [...] Wir lassen uns nicht durch eine sophistische Antithese von Politik und Recht und Recht und Macht darüber beirren, daß der Wille des Führers Recht ist. [...] Wenn wir aber immer wieder von Führertum und vom Führerbegriff sprechen, so wollen wir nicht vergessen, daß zu diesem Kampf echte Führer gehören, daß unser Kampf hoffnungslos wäre, wenn sie uns fehlten. [...] Wir haben sie und darum schließe ich mein Referat, indem ich zwei Namen nenne: Adolf Hitler, den Führer des deutschen Volkes, dessen Wille heute der nomos des deutschen Volkes ist, und Hans Frank, den Führer unserer deutschen Rechtsfront, den Vorkämpfer für unser gutes deutsches Recht, das Vorbild eines nationalsozialistischen deutschen Juristen. Heil!«

Der Souverän, der über den Ausnahmezustand entscheidet, ist die im Führer inkarnierte Volksgemeinschaft der (Art)Gleichen. Wirkliche Kommunikation gibt es nur innerhalb der Volksgemeinschaft. »Die Volksgemeinschaft als Souverän konstituiert sich darin, daß sie diejenigen identifiziert, die sich nicht mit ihr identifizieren dürfen« (Scheit, 2002), sie aussondert und vernichtet.

Steht bei Schmitt also die Feindschaft zwischen Freund und Feind, bzw. Soldat und Bürger im Zentrum, so wird das Gegensatzpaar bei Jakobs etwas undeutlicher als Bürger und Feind bezeichnet. Lässt sich bei Schmitt - spätestens mit seinen Veröffentlichungen im Nationalsozialismus - recht deutlich herauskristallisieren, wer konkret die Feinde sind, so bedarf es bei Jakobs Feindstrafrechtsthesen einer umständlicheren Herleitung über das, was er nicht ist: Bürger.

Der Bürger ist in erster Linie durch eine »kognitive Erwartung« definiert, welche die Gesellschaft an ihn richtet: »[O]hne kognitive Untermauerung funktioniert eine rechtlich verfaßte Gesellschaft nicht, weil in ihr nicht nur heroische Personen ihre Identität bestätigen, sondern auch ängstliche Individuen ein Auskommen finden wollen.« (Jakobs, 2000a: 51) Diese richten in ihrer Gesamtheit die Erwartung der Normtreue an den Einzelnen: »Kein normativer Zusammenhang, und auch der Bürger, die Person im Recht, ist ein solcher, gilt aus sich heraus; er muß vielmehr auch im großen und ganzen die Gesellschaft bestimmen.« (Jakobs, 2004a) Um aber »wirklich werden zu können« bedarf diese Erwartung der Normtreue der »kognitiven Untermauerung« durch den Einzelnen. »Wenn ich ernsthaft damit rechnen muß, in einer Parkanlage verletzt, beraubt und vielleicht sogar getötet zu werden, wird mich auch die Gewißheit, jedenfalls im Recht zu sein, nicht dazu bringen, mich ohne Not in diese Anlage zu begeben. Ohne hinreichende kognitive Sicherheit erodiert die Normgeltung und wird zum leeren Versprechen.« (Jakobs, 2004a: 91) Das Beispiel taucht wiederholt auf<sup>22</sup>, führt aber von der eigentlichen Bedeutung dessen weg, was unter »kognitiver Untermauerung« zu verstehen ist: »[N]icht nur die Norm bedarf einer kognitiven Untermauerung, sondern auch die Person. Wer als Person behandelt werden will, muß seinerseits eine gewisse kognitive Garantie dafür geben, daß er sich als Person verhalten wird.« (Jakobs, 2000a: 51)

<sup>22</sup> An anderer Stelle heißt es: »Man greift zum Selbstschutz, indem man etwa aus Angst vor Überfällen nicht mehr in bestimmten Gegenden spazieren geht oder aus Angst vor Diebstählen sein Fahrrad dreifach verschließt.« (Jakobs, 2005b)

Der Einzelne steht also in der Bringschuld: Er muss unter Beweis stellen, dass er die kognitive Garantie normgetreuen Verhaltens zu leisten vermag. Bereits hier springt der Zwang, die Pflicht innerhalb der Zwangsanstalt Staat, vom Feind auf den Bürger über. Denn »[b]leibt diese Garantie aus oder wird sie sogar ausdrücklich verweigert, wandelt sich das Strafrecht von einer Reaktion der Gesellschaft auf die Tat eines ihrer Mitglieder zu einer Reaktion gegen einen Feind.« (ebd.) Erst jetzt wird die Tragweite der Definition verständlich, die Jakobs vom Feind gibt: »Der Feind ist ein Individuum, das sich in einem nicht nur beiläufigen Maß in seiner Haltung [...] oder seinem Erwerbsleben [...] oder [...] durch seine Einbindung in eine Organisation [...], also jedenfalls vermutlich dauerhaft vom Recht abgewandt hat und insoweit die kognitive Mindestsicherheit personellen Verhaltens nicht garantiert und dieses Defizit durch sein Verhalten demonstriert.«<sup>23</sup> (Jakobs, 2000a: 52) Es geht im Feindstrafrecht daher »um die Herstellung erträglicher Umweltbedingungen dadurch, daß diejenigen [...] kaltgestellt werden, die nicht die kognitive Mindestgarantie bieten, die nötig ist, um sie praktisch aktuell als Personen behandeln zu können. [...] Feinde sind aktuell Unpersonen. Auf den Begriff gebracht ist Feindstrafrecht also Krieg.« (Jakobs, 2000a: 53) Ob man derart hergestellte »Umweltbedingungen« als »erträglich« empfindet oder nicht, sei dahin gestellt. Sie behalten jedenfalls die identische Sphäre des Staates, die Fähigkeit zur Gewalt, anderen vor und bewahren das *Bürgerstrafrecht* vor *Durchmischung*.

Möglich wird dies durch die Konstruktion der »Person«, die dem Begriff des »Bürgers« zur Seite gestellt wird. Beide sind nicht identisch. *Person* bezeichnet den ohnedies rechtlich gesonnenen, während *Bürger* derjenige ist, der erst durch bestimmte gesellschaftlich geforderte Garantieleistungen personale Qualitäten unter Beweis stellt. »Personen bedürfen keiner Gewöhnung oder Abschreckung, da sie [...] als rechtlich gesonnene Kommunikationsteilnehmer dargestellt werden. Nur derjenige muß durch Gewöhnung und Abschreckung gelenkt werden, der nicht per se rechtlich gesonnen ist, abermals in Kantischer Sprache, der *homo phaenomenon*, das nach Lust und Unlust bilanzierende Individuum.« (Jakobs, 2000a: 50)

Hinter der sprachlichen Aufspaltung des Menschen in Individuum und Person verbirgt sich dem gemäß die Genese des Subjekts zum »Bürger«,

<sup>23</sup> Bereits hier wird auch deutlich, dass es durchaus nicht um eine Reaktion auf den 11. September 2001 geht. Siehe dazu auch in diesem Band den Beitrag von Jochen Bung.

die sich durch die Abspaltung der unerwünschten Begierden und nicht-konformierenden Instinkte vollzieht, durch das »Kaltstellen« von »Lust und Unlust«. Da aber nicht jeder Mensch von Natur aus eine Person (»heroische Personen«) sein kann, nimmt die Gesellschaft den Individuen (»ängstliche Individuen«) die Last ab, eine innere Grenze zwischen Erlaubtem und Nichterlaubtem zu ziehen.

Die »kognitive Untermuerung« wird nicht nur deshalb nötig, weil innerhalb der Gesellschaft Feinde »umherziehen«. Weil »in ihr nicht nur heroische Personen ihre Identität bestätigen, sondern auch ängstliche Individuen ein Auskommen finden wollen« (Jakobs, 2000a: 51), wird die zu erbringende Garantieleistung erforderlich. In der *rechtlich verfassten* Gesellschaft zählt nun nicht mehr, ob der Mensch *von sich aus* eine heroische *Person* oder aber ein ängstliches *Individuum* ist, sondern einzig, ob er die Voraussetzungen »personaler« Qualitäten erfüllt, die wiederum in einer minimalen Konformitätsgarantie gegenüber gesellschaftlichen Normen bestehen. Zu deutlich ist die sprachliche Trennung, die Jakobs zwischen der heroischen Person und dem ängstlichen Individuum vornimmt, um als Hinweis übersehen werden zu können: Nur wer *Person* zu werden bereit ist, kann auch als Bürger gelten. Will das *Individuum* innerhalb der Gesellschaft überleben *dürfen*, so muss es die Bereitschaft unter Beweis stellen, auf individuelle zugunsten von personellen Qualitäten zu verzichten. Als »Bürger« der Gesellschaft wird es fortan unter äußerem (teils introjiziertem) Zwang zur *Rechtsperson* gemacht. Person bezeichnet dabei jenen Teil des Selbst, der mit der äußeren Norm konformiert. Oder anders formuliert: »Person« kann nur werden, wer aufhört, Individuum zu sein.

Das wiederum legt einerseits nahe, dass der Begriff des »Feindes« endlos ausgeweitet werden kann<sup>24</sup>. Der Hinweis, es reiche nicht aus, »die Leistung der Maßstabsperson des guten Bürgers nicht vollständig« zu erbringen (Jakobs, 2000a: 68) wirkt dem gegenüber wie ein kleinliches Eingeständnis.

Die warmen Untiefen normtheoretischer Ableitung, durch die Jakobs steuert, lenken andererseits davon ab, dass die gesamte Konstruktion der »Person« überhaupt nur notwendig wird, weil Jakobs den Souverän konsequent ausblendet und die Qualität der Feindschaft in den Feinden

<sup>24</sup> Retrospektive ließen sich bspw. § 175, 175a StGB (1950 - 1987) so rechtfertigen. Noch in der Strafrechtsreform von 1962 wurde der § 175 StGB damit verteidigt, dass »gegenüber der männlichen Homosexualität [...] [ein] Damm gegen die Ausbreitung eines lasterhaften Treibens zu errichten [ist], das [...] eine schwere Gefahr für eine gesunde und natürliche Lebensordnung im Volke bedeuten würde«. Vgl. Stümke, 1989.

selbst sucht. Anstelle des gewaltsamen Souveräns tritt bei ihm die »rechtlich verfasste Gesellschaft«, die, will sie Zwang ohne Staat ausüben, zu einem monströsen Konformitätsapparat sich wandelt. Feind ist das Individuum, das hartnäckig an seiner Subjektivität *gegen* die Gesellschaft festhält, sei es durch seine Haltung, sein Erwerbsleben oder durch Zugehörigkeit.

Subjektivität, schreibt Allan Touraine, ist »das Bedürfnis, ein Individuum zu sein, eine persönliche Geschichte zu kreieren und dem gesamten Bereich persönlicher Erfahrungen eine Bedeutung zu geben [...] Die Transformation des Individuums zum Subjekt resultiert daher notwendig aus der Kombination zweier Haltungen: die des Individuums *gegen* die Gemeinschaft und die des Individuums *gegen* den Markt« (Herv. d. A.) (Touraine, 1995: 29 f.) Oder anders formuliert: Subjektivität ist, was das Individuum von der Person unterscheidet, ist also das, was es zum Feind macht. Damit wird zugleich deutlich, dass der Bürger im Feindrechtsstaat gar kein Bürger mehr ist - er ist ein Soldat<sup>25</sup>. Folgerichtig ist auch sein Kampf gegen den Feind ein »Krieg«. Nicht alleine in dem, was es mit den Feinden zu tun gedenkt, sondern vor allem in dem, was es aus dem Bürger macht, liegt daher die wirkliche Qualität des Feindstrafrechts verborgen.

#### IV. *Ein Tisch, der kein Tisch sein will*

Zwang, lehrt die Psychoanalyse, entsteht aus Angst. Dem Zwang gegen das Individuum geht die Angst vor dem Subjekt voraus, die zugleich immer auch die Angst vor dem Chaos der Freiheit ist (bei Jakobs: Naturzustand). Um sie zu bändigen, muss das Subjekt unterdrückt werden. »Zuerst ist das Gebot. Die Menschen kommen später.« Dieses Zitat von Theodor Däubler stellte Carl Schmitt bereits seiner frühen Schrift *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* (1914) voran. »Der Staat ergreift das Individuum und fügt es in seinen Rhythmus ein«, (Schmitt, 2004b [1914]: 94) schreibt er weiter, und nimmt vorweg, was sich in den folgenden Schriften als wesentlich niederschlagen wird: »daß alle echten politischen Theorien den Menschen als ‚böse‘ voraussetzen« (Schmitt, 2002 [1932]: 61); bzw. dass »das Wesen des Staates [...] die Angst der

<sup>25</sup> Und wie beim Soldaten, so richtet sich ein großer Teil seiner Unterdrückungsanstrengungen gegen das Selbst.



Menschheit vor sich selber [ist].« (Schmitt, 2004a [1922]: 54)<sup>26</sup> »Ausgangspunkt der Staatskonstruktion«, heißt es im *Leviathan* dann schließlich, »ist die Angst des Naturzustandes.« (Schmitt, 1982 [1938]: 47) Diese Angst des Naturzustandes ist zugleich auch immer eine solche vor den Möglichkeiten des Selbst. Sie muss beherrscht und unter Kontrolle gehalten werden durch einen äußerlichen Zwang zur Unterwerfung, der dem inneren Zwang zur Seite tritt und ihn bestätigt.

Die Einsicht in den Zusammenhang von äußerem und innerem Zwang verdanken wir der Psychoanalyse und namentlich Sigmund Freud (der wiederum Hans Kelsen beeinflusst hat). Dass die Geschichte des Menschen eine Geschichte der Unterdrückung ist, lautet die gerne aufgegriffene Kernthese Freuds im *Unbehagen in der Kultur*. Triebunterdrückung und Zivilisation sind demnach zwei analoge Verfahren der Produktion von Unfreiheit. Denn die Freiheit - vor der Natur und in der Kultur - geht einher mit der Unfreiheit (Unterdrückung) des Individuums in der Gesellschaft wie auch des Lustprinzips im Menschen. »Freiheit« entsteht auf Kosten der Bedürfnisbefriedigung und insofern Glück in der vollen Bedürfnisbefriedigung besteht<sup>27</sup>, steht die Freiheit der Kultur ihrem Wesen nach dem Glück im Wege. »Die Ersetzung der Macht des Einzelnen durch die der Gemeinschaft ist der entscheidende kulturelle Schritt. Ihr Wesen besteht darin, daß sich die Mitglieder der Gemeinschaft in ihren Befriedigungsmöglichkeiten beschränken, während der Einzelne keine solche Schranke kannte. [...] Die individuelle Freiheit ist kein Kulturgut. [...] Durch die kulturelle Entwicklung erfährt sie Einschränkungen, und die Gerechtigkeit fordert, daß keinem diese Einschränkungen erspart werden.« (Freud, 1997 [1929]: 225 f.)

Es ist »unmöglich zu übersehen, in welchem Ausmaß die Kultur auf Triebverzicht aufgebaut ist, wie sehr sie gerade die Nichtbefriedigung von mächtigen Trieben zur Voraussetzung hat [...] Diese ‚Kulturversagung‘ beherrscht das große Gebiet der sozialen Beziehungen der Menschen; wir wissen bereits, sie ist die Ursache der Feindseligkeit, gegen die alle Kulturen zu kämpfen haben.« (Freud, 1997 [1929]: 227 f.) Diese Versagung ist notwendig, sie ist die phylogenetische Entsprechung der ontogenetischen Entwicklung hin zur Herausformung des Realitätsprinzips.

<sup>26</sup> Schmitt zitiert hier übrigens Friedrich Engels.

<sup>27</sup> Menschen »... streben nach dem Glück, sie wollen glücklich werden und so bleiben. Dies Streben hat zwei Seiten, ein positives und ein negatives Ziel, es will einerseits die Abwesenheit von Schmerz und Unlust, andererseits das Erleben starker Lustgefühle. Im engeren Wortsinne wird ‚Glück‘ nur auf das letztere bezogen. [...] Es ist [...] das Programm des Lustprinzips, das den Lebenszweck setzt.« (Freud, 1997 [1929]: 208)

Soweit sehen wir die düstere anthropologische Annahme, auf der auch das Feindrecht aufbaut, bestätigt. Ananke (Lebensnot) erfordert nach Freud die Überwindung des Naturzustandes aus der schieren Notwendigkeit des Überlebens in der Gemeinschaft heraus, das, was bei Hobbes als die Unterwerfung unter das Recht und das Hineinbegeben in die Unfreiheit erscheint<sup>28</sup>. So sehr aber Zwang und Unterdrückung (Verdrängung) nach Freud zum Wesen der Zivilisation gehören, Unglück zur Freiheit und Unlust (also: Angst) zum Fortschritt, so sehr »verteidigt (er) die tabuierten Strebungen der Menschen, deren Umfang und Tiefe er sichtbar macht: den Anspruch auf einen Zustand, in dem Freiheit und Notwendigkeit übereinstimmen.« (Marcuse, 1968: 23) Das Streben nach voller Bedürfnisbefriedigung, also nach Glück, hat Freud im Bereich des Unbewussten bewahrt, wo die - dem Realitätsprinzip unmögliche - Gleichsetzung von Freiheit und Glück noch existiert. Denn im Unbewussten ist die Erinnerung an einen früheren Zustand erhalten geblieben, zu dem eine vollständige Befriedigung erreicht war. Daraus entspringt der Wunsch nach Wiederherstellung des Glückszustandes auf höherer, gesellschaftlicher Ebene. Der *Wahrheitsgehalt* dieser Erinnerung liegt »in der spezifischen Funktion des Gedächtnisses, Versprechungen und Möglichkeiten zu bewahren, die vom erwachsenen Individuum zwar verleugnet und sogar verdammt werden, die aber in seiner dämmrigen Frühe einmal erfüllt worden waren und niemals ganz dem Vergessen anheimfielen.« (Marcuse, 1968: 24) Zivilisation (und also: Gesellschaft) besteht demnach nicht nur aus Repression und Triebsublimierung, sondern zugleich aus der ins Unbewusste zurückgedrängten

<sup>28</sup> Tatsächlich vertritt Freud expressis verbis die in der - gerne Hobbes zugeschriebenen, von diesem aber bei Plautus gefundenen - Wendung »homo homini lupus« zum Ausdruck gebrachte anthropologische Grundannahme, derzufolge »der Mensch nicht ein sanftes, liebebedürftiges Wesen ist, das sich höchstens, wenn angegriffen, auch zu verteidigen vermag, sondern daß er zu seinen Triebbegabungen auch einen mächtigen Anteil von Aggressionsneigung rechnen darf. Infolge dessen ist ihm der Nächste nicht nur möglicher Helfer und Sexualobjekt, sondern auch eine Versuchung, seine Aggression an ihm zu befriedigen, seine Arbeitskraft ohne Entschädigung auszunützen, ihn ohne seine Einwilligung sexuell zu gebrauchen, sich in den besitz seiner Habe zu setzen, ihn zu demütigen, ihm Schmerzen zu bereiten, zu martern, zu töten. [...] Die Kultur muß alles aufbieten, um den Aggressionstrieben der Menschen Schranken zu setzen, ihre Äußerungen durch psychische Reaktionsbildungen niederzuhalten. Daher also das Aufgebot von Methoden, die die Menschen zu Identifizierungen und zielgehemmten Liebesbeziehungen antreiben sollen, daher die Einschränkung des Sexuallebens und daher auch das Idealgebot, den Nächsten so zu lieben wie sich selbst, das sich wirklich dadurch rechtfertigt, daß nichts anderes der ursprünglichen menschlichen Natur so sehr zuwiderläuft.« (Freud, 1997 [1929]: 240 f.)

Glückserfahrung (die in der Phantasie erhalten bleibt<sup>29</sup>) und die danach drängt, die Vergangenheit mit der Zukunft zu versöhnen, d.h. einen Zustand herzustellen, in dem Glück und Freiheit vereint sind.

Daher rührt die Bedeutung, die der Regression in der psychoanalytischen Methode zukommt: Regression wird progressiv, wo die freigelegten Impulse der Kindheit von einer Wahrheit reden, die das erwachsene Ich leugnet. Ohne den kritischen Maßstab dieser Erinnerung ist die Gegenwart, die diese Impulse verbietet, um die Hoffnung auf eine bessere Zukunft gebracht, das Leben hört auf, Thanatos hat über Eros gesiegt. Ohne die in der Phantasie bewahrte Erinnerung an Glück und das Drängen nach der Erreichung eines Zustandes von Glück *und* Freiheit existiert nach Freud zugleich keine Zivilisation (also: Gesellschaft). Die durch Unterdrückung erzielte Freiheit von der Natur würde zur totalen Unfreiheit.

Betrachtet man nun die Anforderung einer »kognitiven Mindestgarantie«, die als eine Garantie erfolgreicher Triebunterdrückung zu verstehen ist, so wird deutlich, dass die skizzierte Feindrechtsgesellschaft vor allem um ihre Erinnerung an Glück gebracht wird. Die heroische Person ist ein *selbstloser*, sprich: triebloser, Mensch. Persönlichkeit, die folgerichtig durch eine möglichst vollständige Triebunterdrückung gekennzeichnet ist, funktioniert nur, wo Herrschaft bereits weitgehend introjiziert ist. Gerät das Streben nach Glück in Widerspruch mit der gesellschaftlichen Freiheit, so hört der Einzelne nicht nur auf, »Person« zu sein. Er verliert zugleich die Rechte eines »Bürgers«, die einzig auch sein Überleben als Mensch sichern<sup>30</sup>. Oder anders formuliert: Dort, wo er Mensch ist, verliert er die Berechtigung zu existieren. Der nach Außen verlagerte Wunsch, das Instinkthafte abzutöten, rationalisiert sich in der Kennzeichnung des Feindes: Feind ist, wer die kognitive Sicherheit nicht zu bieten vermag, bzw.: Feind ist, wer die gesellschaftlich geforderte Unterdrückungsleistung nicht erbringt. Vor diesem Hintergrund erhält die aufgestellte Behauptung, nicht das, was das Feindrecht mit den Feinde im Schilde führt stelle das Anstößige der Feindrechtstheorie dar, sondern, was dem Bürger widerfährt, ihren eigentlichen Sinn.

<sup>29</sup> Das Phantasieleben »[...] wurde seinerzeit, als sich die Entwicklung des Realitätssinnes vollzog, ausdrücklich den Ansprüchen der Realitätsprüfung entzogen und blieb für die Erfüllung schwer durchsetzbarer Wünsche bestimmt.« (Freud, 1997 [1929]: 212)

<sup>30</sup> Zur Verbindung von Bürgerstatus und Menschenrechten siehe Hannah Arendts Ausführungen über die »Apatriden« und das »Recht, Rechte zu haben« in Arendt, 2003 [1955].

Der Sieg über das Lustprinzip wird errungen, indem dieses vollständig von der Person abgespalten und diese wiederum rein auf das Realitätsprinzip reduziert wird. Der Feind ist hier das personalisierte Lustprinzip (»wie bei einem wilden Tier« - Jakobs, 2004b: 41), mit dem sich bewerkstelligen lässt, woran die psychische Repressionsleistung (die nur verdrängt und nicht vergisst) scheitern muss. Er lässt sich rauswerfen, »kaltstellen«, physisch vernichten.

Die Psychoanalyse hat uns gezeigt, dass die Triebunterdrückung eine schweißtreibende Angelegenheit ist, Verdrängung ein gewalttätiger Prozess, der nicht auf die Seele beschränkt bleibt, sondern sich somatisch, also »real«, bemerkbar macht. Es waren somatische Symptome, die am Anfang der Psychoanalyse standen: Appetitlosigkeit, Lähmungen, Schmerzen, Atemlosigkeit, Schweißausbrüche, Verstummen und motorischer Kontrollverlust. Es ist wiederum kein Zufall, dass Jakobs für seinen auf die Gesellschaft übertragenen gewaltsamen Verdrängungsprozess den Begriff »Krieg« wählt. Mit der gewaltsamen Unterdrückung der Libido gewinnt nun Thanatos auch sprachlich überhand. Der Feind wird zum »Satan«. Das Geschäft des Satans aber beruht bekanntermaßen darauf, den Menschen mit jenen Sehnsüchten und Wünschen zu locken, die bereits in ihm schlummern, deren Erfüllung ihm aber versagt ist. Gegen diese unziemlichen Avancen setzt man sich am wirkungsvollsten durch vollständige Enthaltensamkeit zur Wehr.

Ohne die Hoffnung auf Glück - also auf vollständige Triebbefriedigung - verliert zugleich aber auch die Welt der Bürger ihren Sinn. Das »Unbehagen« wird nicht durch die Vereinigung von Glück und Freiheit beseitigt, sondern durch die Vernichtung des Glücks schlechthin. Die »ängstlichen Individuen« werden nicht von ihrer Angst befreit, sondern vor jeder Beeinträchtigung des Angst erzeugenden Triebverzichts bewahrt. Es ist eine Gesellschaft, in der Sicherheit und »kognitive Verlässlichkeit« um den Preis verewigten Unglücks erworben wird<sup>31</sup>. Glücklich ist der Bürger im Feindrechtsstaat bestenfalls im Schlaf. Die Gespenster aber, die aus seinem Unbewussten aufsteigen, werden ihm auch dann noch in dunklen Parkanlagen auflauern, wenn der letzte Feind bereits lange vernichtet ist.

<sup>31</sup> Dem Feind immerhin bleibt die Hoffnung, er möge den Bürgern entwischen, und - wenn auch nur auf Zeit - glücklich sein.

Es mag beruhigen, dass es eine solche Gesellschaft nach menschlichem Ermessen nicht geben kann. Nicht erst seit Freud wissen wir, dass »der Freiheitsdrang sich [...] gegen bestimmte Formen und Ansprüche der Kultur oder gegen die Kultur überhaupt [richtet]. Es scheint nicht, daß man den Menschen durch irgendwelche Beeinflußung dazu bringen kann, seine Natur in die eines Termiten umzuwandeln.« (Freud, 1997 [1922]: 226) Das unglückliche Bewusstsein, das nach Veränderung drängt, besteht fort und wird weiter für Unruhe sorgen.

Das Feindstrafrecht, das auf der Unterscheidung zwischen Individuum und Person gründet, tut so, als könne es ein Naturrecht neben dem »Recht im Staate« geben. Es leugnet die Totalität gesellschaftlicher Beziehungen, die noch hinein bis in die Hochsicherheitstrakte der lebenslang Verwahrten reicht. Es ignoriert weiter, dass die Freiheit in der Kultur, um Freuds Terminologie aufzugreifen, zwar nur durch Unterdrückung (Verdrängung) zu erreichen ist, ohne die unterdrückten Triebe und Regungen aber in Unfreiheit umschlägt. Die Freiheit in der Kultur und die »wilde Freiheit« des Einzelnen gehören zusammen. Dunkle Parkanlagen sind in der bürgerlichen Gesellschaft eben nicht nur Orte, an denen sich die aus dem Unbewussten aufsteigenden Ängste der Rechtschaffenden manifestieren. Sie sind zugleich auch Zufluchtsorte für jene Anderen, die ihr Glück jenseits der Schranken der »Freiheit in der Kultur« suchen. Kein noch so repressiver Staat, an dem es nicht solche Orte als Zonen der Freiheit gibt, sie gehören zum rechtschaffenden Bürger, wie die Nacht zum Tag. Das Feindrecht dagegen tritt an, einen Widerspruch aufzulösen, welcher der bürgerlichen Gesellschaft nicht nur notwendig inhärent ist, sondern welcher einzig auch dazu beiträgt, sie für ihre Insassen überhaupt erträglich zu machen.

»In einer Gesellschaft, die der Gewalt ihrem Prinzip nach nicht entraten kann«, schreibt Franz Neumann, »ist wahre Allgemeinheit nicht möglich. Aber die beschränkte, formale und negative Allgemeinheit des Gesetzes im Liberalismus ermöglicht nicht nur kapitalistische Berechenbarkeit, sondern garantiert ein Minimum an Freiheit, da die formale Freiheit zweiseitig ist und so auch den Schwachen wenigstens rechtliche Chancen einräumt.« (zit. n. Scheit, 2004: 72) Carl Schmitt hat dies als »sophistische Antithese« diffamiert. Das richtete sich u.a. gegen den jungen Marx, an dem sich Schmitt ein Leben lang vergeblich abgemüht hat, und gegen dessen Einsicht, dass die bürgerliche Gesellschaft genau auf diesem Widerspruch fußt.

Das Recht, das sich nicht durch die Gewalt »durchmischen« lassen will, hingegen ähnelt dem Tisch, der kein Tisch sein will. Will man die in ihm verborgene Erinnerung an den gesellschaftlichen Zusammenhang seiner Produktion vernichten, so zerstört man zugleich auch das Ding selbst. Hier schließt sich der Kreis: Denn Günther Jakobs mag dies nicht im Sinne haben. Möglicherweise weiß er das nicht einmal. Aber er tut es.