

Erhard Denninger Recht, Gewalt und Moral – ihr Verhältnis in nachwestfälischer Zeit. Ein Bericht¹

Als sich im Frühjahr 2003 eine militärische Intervention der Vereinigten Staaten von Amerika samt der von ihnen geführten »Koalition der Willigen« im Irak abzeichnete, erreichte die seit langem schwelende Diskussion über die Rolle der Vereinten Nationen und ihre notwendige Reform als Instrument der internationalen Friedens- und Völkerrechtsordnung einen neuen Höhepunkt. So klar einerseits eine tiefgreifende Reform der mit der UN-Charta von 1945 geschaffenen institutionellen Ordnung erforderlich erschien, so zweifelte andererseits auch niemand an der Notwendigkeit, an dem damals formulierten grundlegenden Ziel der Organisation festzuhalten, nämlich »Angriffshandlungen und andere Friedensbrüche zu unterdrücken und internationale Streitigkeiten oder Situationen, die zu einem Friedensbruch führen könnten, durch friedliche Mittel nach den Grundsätzen der Gerechtigkeit und des Völkerrechts zu bereinigen oder beizulegen.« (Art. 1, Nr. 1 UN-Charta).

I.

Eingesponnen in Probleme und Kategorien des staatlichen und internationalen Rechts, traute ich deshalb meinen Augen kaum, als ich unmittelbar nach Kriegsausbruch eine Schlagzeile der »Neuen Zürcher Zeitung« wahrnahm: »Auf dem Weg zu einer Weltgewaltordnung«. Weltgewaltordnung, nicht Weltrechtsordnung, stand da. Und: »Ohne eine Hegemonialmacht kann es keinen Weltfrieden geben«.² Frieden und Friedenssicherung also durch Gewalt, nicht durch Recht? Ich verstärkte meine Beobachtungen und konnte bald feststellen, dass das uralte Thema des Verhältnisses von Recht und Gewalt auf ganz verschiedenen Feldern eine neue Bedeutung gewonnen hat. Über diese Beobachtungen möchte ich berichten, um den hier behaupteten Wandel im Verhältnis von Recht und Gewalt deutlich zu machen. Dieser Wandel könnte für die Zukunft des Rechtsstaats in Deutschland bedeutsam werden. Dabei bitte ich um Nachsicht, wenn ich versuche, scheinbar weit auseinander liegende Aspekte des Völkerrechts und des Staatsrechts, des Strafrechts, des Strafprozessrechts, des Polizeirechts, der Rechts- und Moralphilosophie und der Sozialethik mit einander in Beziehung zu setzen.

¹ Überarbeitete Fassung eines Vortrages, der am 6. Juni 2005 auf dem Königsteiner Forum gehalten wurde.

² Karl Otto Hondrich, Auf dem Weg zu einer Weltgewaltordnung, Neue Zürcher Zeitung, v. 22./ 23.3.2003, Nr. 68, S. 50.

Das erste Beispiel entstammt dem *Völkerrecht*, das seit der Kosovo-Intervention, dem Afghanistan-Einsatz und dem Irak-Krieg eine Fülle höchst streitiger Probleme präsentiert. Schon im April 1999, also lange vor dem 11. September 2001, verkündeten die Staats- und Regierungschefs der NATO-Staaten ein »Neues Strategisches Konzept«, dessen hervorstechendes Merkmal die Entschlossenheit zur frühzeitigen, *präventiven* Krisenbewältigung war.

Der ursprüngliche NATO-Vertrag vom 4. April 1949 war als klassisches *Verteidigungsbündnis* konzipiert: Ein »bewaffneter Angriff« auf einen oder mehrere Mitgliedstaaten löste die Bündnisverpflichtung aus, Art. 5. Die Maßnahmen wurden ausdrücklich in den Rahmen des von der UN-Charta, Art. 51, garantierten »Rechtes zur individuellen oder kollektiven Selbstverteidigung« gestellt. Dem Sicherheitsrat war Mitteilung zu machen; sobald dieser die notwendigen Schritte zur Wiederherstellung des internationalen Friedens und der Sicherheit unternommen hätte, wären die NATO-Maßnahmen einzustellen. Auch in räumlicher Hinsicht gab es eine leidlich scharfe Begrenzung (Art. 6): Der bewaffnete Angriff musste auf das Gebiet eines Mitgliedstaates in Europa oder Nordamerika erfolgen; Inseln, Schiffe und Flugzeuge im nordatlantischen Raum »nördlich des Wendekreises des Krebses« wurden ausdrücklich einbezogen.

In der Washingtoner Erklärung von 1999 liest sich das alles anders. Jetzt soll nicht ein »bewaffneter Angriff« abgewartet, sondern eine möglichst frühzeitige »Krisenbewältigung« erreicht werden. Zwar ist von *Krisen-Reaktion* die Rede, aber die ein Eingreifen möglicherweise auslösenden Krisen und Risiken sind außerordentlich weit umschrieben. »Ungewissheit und Instabilität im und um den euroatlantischen Raum sowie die mögliche Entstehung regionaler Krisen an der Peripherie des Bündnisses« fallen darunter. Die Sicherheitsinteressen der NATO werden nicht mehr nur durch militärische, bewaffnete Konflikte berührt, vielmehr auch von »anderen Risiken umfassenderer Natur« einschließlich Terrorakten, Sabotagehandlungen, organisiertem Verbrechen oder der Unterbrechung der Zufuhr lebenswichtiger Ressourcen (Nr. 24) (Pipelines!).

Vergleicht man die alte, sozusagen noch »westfälische«, mit der neuen »nachwestfälischen« Bündniskonzeption, so kann man Folgendes festhalten:

Zunächst sei ein Wort zur merkwürdig anmutenden (aber mittlerweile international gebräuchlichen) Terminologie³ erlaubt: Sie knüpft an den *territorialstaatlich* geprägten Souveränitätsbegriff an, wie er seit dem Westfälischen Frieden 1648 für drei Jahrhunderte die internationalen Beziehungen und das Völkerrechtsdenken beherrscht hat. Höhe- und Kulminationspunkt dieser Epoche des internationalen Rechts ist die Charta der Vereinten Nationen mit ihren Grundsätzen

- der *souveränen Gleichheit* aller Mitglieder, wobei die Völkerrechtssubjektivität im Wesentlichen nur Staaten zukommt;
- des *Gewaltverbotes* (mit Ausnahme eben des Rechts zur Selbstverteidigung);
- sowie des *Interventionsverbotes* (Gebotes der Nichteinmischung in innere Angelegenheiten).

Das Völkerrecht dieser Epoche ist *universalistisch*, heute sagt man auch: *multilateralistisch*, es ist *konsensorientiert* und vor allem *kommunikativ*: Es verpflichtet die Parteien einer internationalen Streitigkeit, sich »zunächst um eine Beilegung durch Verhandlung, Untersuchung, Vermittlung, Vergleich, Schiedspruch, gerichtliche Entscheidung, Inanspruchnahme regionaler Einrichtungen

³ Nachweise bei Erhard Denninger, *Recht in globaler Unordnung*, Berlin 2005, S. 497, 504, Anm. 34.

oder Abmachungen oder durch andere friedliche Mittel eigener Wahl« zu bemühen, Art. 33 Abs. 1 UN-Charta. Das internationale Recht kann so und soll seine Rolle als »Gentle Civilizer of Nations« (als freundlich-sanfter Zivilisierer der Nationen) wahrnehmen, die *Martti Koskenniemi*⁴ so eindrucksvoll beschrieben hat.

Auch das Grundgesetz spiegelt diesen Entwicklungsstand des Völkerrechts wider, wenn es einerseits den »Angriffskrieg« verbietet und seine Pönalisierung fordert (Art. 26 Abs. 1 GG), und andererseits den »Verteidigungsfall« (in Art. 115a) als Angriff auf das Bundesgebiet mit Waffengewalt definiert.

1. In der »nachwestfälischen« Perspektive des internationalen Rechts, die spätestens seit dem Kosovokonflikt auch das europäische Bewusstsein erreicht hat, erleiden diese tragenden Grundsätze des »klassischen« Völkerrechts folgenreiche Relativierungen. Das »Interventionsverbot« musste einer Rechtfertigung aus Gründen »*humanitärer Intervention*« weichen, einer *menschenrechtlich* begründeten »Nothilfeaktion«, weshalb man vielfach gar nicht von einem regulären »Krieg«, sondern nur von »Luftschlägen« im Rahmen einer »Militäraktion« sprechen wollte. Und das Gewaltverbot, verstanden als Beschränkung der Zulässigkeit der Verteidigung auf Abwehr von Angriffen auf das *eigene* Territorium, wurde gegenüber der Bekämpfung eines drohenden und schon in Ausführung begriffenen Verbrechens des *Völkermords* zurückgesetzt. [Vernichtung und Vertreibung der Kosovo-Albaner].

2. Was in dem »Neuen Strategischen Konzept« der NATO mit der praktisch weltweit einsetzbaren Krisenreaktionsstrategie vorgezeichnet wird, nämlich die *Entterritorialisierung* und zugleich *begrifflich-tatbestandliche Entgrenzung* der Zulässigkeit der Anwendung von Waffengewalt in internationalen Konflikten, kommt in der nach den Terrorakten vom 11. September 2001 und schon im Hinblick auf den geplanten Irak-Krieg mit dem Dokument vom 17. September 2002 verkündeten »*National Security Strategy*« der USA voll zur Entfaltung.⁵

Diese neue Sicherheitsstrategie ist durch die folgenden Momente gekennzeichnet:

(1) Nur eine permanente, unanfechtbare militärische Überlegenheit der Vereinigten Staaten von Amerika kann den Weltfrieden dauerhaft sichern. (2) Der Einsatz bewaffneter Gewalt muss zeitlich und räumlich unbegrenzt möglich, aber auch legitimierbar sein. (3) Er sei insbesondere legitimierbar als Gewalt gegen so genannte »Schurkenstaaten«, »rogue states«, welche zusammen die »Achse des Bösen« bilden (Irak, Iran, Nordkorea werden hierzu gezählt). Schon die bloße Vermutung, dass ein solcher Staat im Besitz von atomaren, biologischen oder chemischen *Massenvernichtungswaffen* sein könnte oder an ihrer Herstellung arbeitet, soll einen *präventiven Erstschlag*, einen Angriff mit Waffengewalt rechtfertigen. Dabei ist in den Verlautbarungen der so genannten *Bush-Doktrin* von der »preemptive self defense« die Rede, wodurch der Eindruck erweckt wird, es handele sich um die »zuvorkommende« Abwehr unmittelbar bevorstehender feindlicher Angriffe. Solche »preemptive measures« sollen nach Auffassung einiger Völkerrechtler sogar mit dem in Art. 51 UN-Charta garantierten, »naturgegebenen« Recht der Selbstverteidigung noch in Einklang stehen. Angesichts der gegenwärtigen Entwicklung der Waffentechnik, auch der so genannten konven-

⁴ *Martti Koskenniemi*, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870 – 1960*, Cambridge University Press 2002.

⁵ *The National Security Strategy*, 17. Sept. 2002, Teil III = HRLJ 2003, S. 135, 137 f.; vgl. *Bardo Fassbender*, Die Gegenwartskrise des völkerrechtlichen Gewaltverbotes vor dem Hintergrund der geschichtlichen Entwicklung, EuGRZ 31. Jg. (2004), 241 ff., 249, Fn. 92 m. weit. Nachw.

tionellen Waffen, so wird gesagt, sei es unrealistisch und keinem Staat zuzumuten, dass er die Zerstörungen durch einen feindlichen Erstschlag hinnehmen müsse, bevor er sich seinerseits mit Waffengewalt zur Wehr setzen dürfe.⁶ Es liegt auf der Hand, dass sich bei hochgerüsteten oder im Rüstungswettkampf gegeneinander stehenden Staaten kaum eine begriffliche Grenze darüber ausmachen lässt, wo die noch zulässige »preemptive« Selbstverteidigung verläuft und wo der völkerrechtswidrige »bewaffnete Angriff« beginnt. Tatsächlich folgt die offizielle amerikanische Sicherheitspolitik, worauf mehrfach, u.a. auch von *Jimmy Carter* aufmerksam gemacht wurde, auch gar nicht dem engeren Konzept der »Präemption«, sondern dem viel weiteren, noch weniger bestimmten und begrenzbareren der »Prävention«,⁷ wie es auch in der neuen Aufgabenbeschreibung der NATO als frühzeitige Krisenreaktion zum Ausdruck kommt.

Diese Notwendigkeit einer *präventiven*, vorbeugenden Verteidigung aus eigenem Recht, das heißt, auch ohne Auftrag des Sicherheitsrates, bildet den Kern der Begründung für den *Irak-Krieg*, die Präsident *George W. Bush* am Vorabend des Kriegsbeginns im März 2003 verkündete. »The United States of America«, heißt es da, »has the sovereign authority to use force in assuring its own national security.« Der präventive Charakter sofortigen Eingreifens wird mit den größeren Risiken längeren Zuwartens begründet: »In one year, or five years, the power of Iraq to inflict harm on all free nations would be multiplied many times over ... Responding to such enemies only after they have struck first is not self-defense, it is suicide.«⁸ Die maßgebliche Risiko-Prognose kann sich also über ein Jahr, ja über fünf Jahre erstrecken. Für diese US-amerikanische Position kann es also auf die berühmten 45 Minuten bis zum befürchteten, möglichen Schlag mit Massenvernichtungswaffen, auf die *Tony Blair* bei seinem Rechtfertigungsversuch abstellte, überhaupt nicht ankommen.

Das Sicherheitsbedürfnis, die Bedrohungsintensität und die Angriffswahrscheinlichkeit sind nicht die einzigen Faktoren, welche die Verteidigungsstrategie steuern und zugleich rechtfertigen sollen. Hinzu kommt ihre Einbettung in ein *moralisches Programm*, welches den Handelnden innere Festigkeit und nach außen Überzeugungskraft verleihen soll. Man kann sogar die These wagen, dass die moralische Selbstsicherheit um so größer sein muss, je geringer die Bedrohungsgewissheit ist und je schwächer damit die herkömmliche völkerrechtliche Rechtfertigung eines präventiven Waffeneinsatzes ausfallen muss. Oder anders gewendet: Je stärker die eigene *moralische Überlegenheit* über den Gegner, den Feind angesetzt wird, desto geringere Anforderungen werden an die *Rechtsgründe* für die Befreiung vom allgemeinen Gewaltverbot gestellt. Nach dieser Logik dürften »absolute« Schurkenstaaten, die in ihrer bloßen Existenz schlechthin das Böse verkörpern und damit eine Bedrohung für die friedlichen Nachbarn darstellen, eigentlich jederzeit präventiv angegriffen werden. Ein entsprechend weit gefasstes Verständnis von »Prävention«, verbunden mit der militärischen Überlegenheit zu ihrer Durchsetzung und verknüpft mit der moralischen Gewissheit, dass die eigene Sache die Sache des Guten ist, lässt das *rechtliche* Gewaltverbot, lässt überhaupt alle *rechtlichen Regeln* zur Eindämmung internationaler Gewaltanwendung leer laufen.

Ein solcher *moralisch abgestützter machtrealistischer Unilateralismus* tendiert dazu, die ganze Welt moralisch binär zu codieren, und er entwickelt entspre-

6 Kritisch: *Knut Ipsen*, Völkerrecht, 4. Aufl. München 1999, § 59, Rdn. 29.

7 *Volker Krönig*, Prävention oder Präemption, in: Deutsches Rotes Kreuz e.V. (Hrsg.), Humanitäres Völkerrecht, Informationsschriften 2/2003, 82.

8 Zitiert nach *Fassbender* (Fn. 5), EuGRZ 2004, 241, 250. Rede des US-Präsidenten vom 17. März 2003.

chend *missionarische Züge*. Entweder man bekennt sich zur Sache des ›Guten‹ oder man gehört schon zur Seite des ›Bösen‹; es gibt keinen Pluralismus der Gerechtigkeitskonzeptionen, auch keinen »überlappenden Konsens«. *John Rawls*, der die Frage nach den Grenzen der Toleranz gegenüber nichtliberalen Gesellschaften auslotet, meint: »Natürlich können tyrannische und diktatorische Regime nicht als ordentliche Mitglieder einer vernünftigen Völkergemeinschaft anerkannt werden.«⁹

In der Antwort des amerikanischen Präsidenten auf den unvorstellbaren Terrorangriff vom 11. September kommt diese Welt-Einteilung zum Ausdruck. »Jedes Land«, sagt er vor dem Kongress, »in jedem Teil der Erde, muss sich nun entscheiden: Entweder ihr seid für uns, oder ihr seid für die Terroristen.«¹⁰ Diese moralische Inanspruchnahme aller ›Willigen‹, aller Gutgesinnten in der Welt ist in der Situation unmittelbar nach »nine-eleven« widerspruchslos möglich, wenn *Bush* erklärt: »Dies ist nicht nur Amerikas Kampf. Was auf dem Spiel steht, ist nicht allein Amerikas Freiheit. Dies ist der Kampf der gesamten Welt ... der Kampf der Zivilisation. Dies ist der Kampf aller, die an Fortschritt und Pluralismus, Toleranz und Freiheit glauben.« Die Universalisierung der eigenen ›Sache des Guten‹ wird jedoch fragwürdig, wenn sie die Abwehr des Terrorismus weit überschreitet und sich zur globalen demokratischen ›*Freiheitsagenda*‹ ausweitet. Das Ziel aller Maßnahmen, seien sie militärischer, wirtschaftlicher oder kultureller Natur, ist dann das Ende aller Tyranereien in der Welt, wie der designierte Weltbank-Präsident und bisherige Vize von Verteidigungsminister Rumsfeld, *Paul Wolfowitz*, unlängst erklärt hat.¹¹ Nur, dass die einzige Supermacht dann allein entscheidet, wer als »Tyran« zu gelten hat und mit welchen Mitteln (und eben auch »Kollateralschäden«) sein Regime zu beseitigen ist.

Wenn hierzulande die Diskussion über die bei der Ordnung der internationalen Beziehungen einzuschlagende Strategie im Zeichen der Entgegensetzung von »Multilateralismus« oder »Unilateralismus« geführt wird, kann man den Eindruck gewinnen, es handle sich dabei um fast beliebig austauschbare, je nach der Situation vorzugswürdige Optionen. Tatsächlich verbergen sich dahinter grundlegend unterschiedliche Auffassungen von der Rolle des *Rechts* und seinem Verhältnis zur Macht. Es ist, als ob der alte Grundsatzstreit ›*Kant gegen Hobbes*‹, der an der Wiege des modernen Verfassungsstaats stand, heute auf internationaler Bühne erneut ausgetragen werden müsste, nun nicht nur vor der Erfahrung konfessionellen Bürgerkriegs, sondern auf dem Hintergrund *globaler* Terrorismusbedrohung und religiös-fundamentalistischer Gegensätze. Niemand hat dies, wenngleich teilweise in polemischer Zuspitzung, deutlicher gemacht als der amerikanische Friedensforscher und Publizist *Robert Kagan* in seinem Buch ›*Of Paradise and Power*‹ (deutsch: ›*Macht und Ohnmacht*‹). Die Europäer hätten sich, aus militärischer Schwäche, gleichsam aus der Geschichte verabschiedet. Sie seien eingetreten in eine »in sich geschlossene Welt von Gesetzen und Regeln, transnationalen Verhandlungen und internationaler Kooperation, ein posthistorisches Paradies von Frieden und relativem Wohlstand, das der Verwirklichung von Kants ›*Ewigem Frieden*‹ gleichkommt.«¹² Die Vereinigten Staaten hingegen blieben der Geschichte verhaftet, sie hätten zwar Europa zu

9 *John Rawls*, Das Völkerrecht, in: S. Shute/S. Hurley (Hrsg.), *Die Idee der Menschenrechte*, Frankfurt a. M. 1996, S. 53, 91.

10 *George W. Bush*, Rede vor dem amerikanischen Kongress, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 22. 9. 2001, Nr. 221, S. 8.

11 *Paul Wolfowitz*, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 10. 4. 2005, Nr. 90, S. 2.

12 *Robert Kagan*, *Macht und Ohnmacht. Amerika und Europa in der neuen Weltordnung*, Berlin 2003, S. 7.

diesem Paradies verholphen, könnten aber selbst nicht dort eintreten, sondern müssten »sich mit den Saddams und Ayatollahs, den Kim Jong Ils und Jiang Zemins herumschlagen und den grössten Teil des Nutzens anderen überlassen.« (S. 88). So seien die Vereinigten Staaten gezwungen, ihre Macht »in einer anarchischen Hobbes'schen Welt« auszuüben, »in der auf internationale Regelungen und Völkerrecht kein Verlass ist und in der wahre Sicherheit sowie die Verteidigung und Förderung einer freiheitlichen Ordnung nach wie vor von Besitz und Einsatz militärischer Mächte abhängen.« (S. 7). Man kann diese Thesen keineswegs einfach als einseitige Übertreibungen eines europakritischen Machtrealismus abtun, denn sie fügen sich ein in eine offenbar an Boden gewinnende allgemein völkerrechtskritische Tendenz. Erst jüngst haben die Völkerrechtler *Jack Goldsmith* und *Eric Posner*, immerhin Professoren der Harvard- bzw. der Chicago-Universität, in einem Buch über »The Limits of International Law« die friedenssichernde Leistungsfähigkeit völkerrechtlicher Verträge und internationaler Institutionen deutlich in Frage und eine an den Machtverhältnissen orientierte nationale Interessenpolitik in den Mittelpunkt gestellt.¹³

Die Vorstellung von den Vereinigten Staaten als dem »guten«, mindestens aber »wohlmeinenden Hegemon« (*Jürgen Habermas*),¹⁴ dem wir Europäer, zumal wir Deutsche, für den gewährten Schutz zu Dank verpflichtet seien, anstatt die amerikanische Völkerrechtsskepsis zu kritisieren, findet in Deutschland – wie könnte es anders sein – *philosophisch* zubereiteten, fruchtbaren Boden. Man beruft sich auf die Kritik des jungen *Hegel* an der Verfassung des Deutschen Reiches aus dem Jahre 1802, nach der Deutschland mangels einer wirklichen *Staatsgewalt* kein realer Staat, vielmehr nur (noch) ein »Gedankenstaat« sei.¹⁵ Und man beruft sich auf die Zivilisationstheorie von *Norbert Elias*,¹⁶ die die befriedende, zivilisatorische Wirkung des jahrhundertelangen Prozesses der innerstaatlichen Gewaltmonopolisierung beschreibt. Auf allen Stufen und immer bedeutete die Monopolisierung der Gewalt ein Risiko. Eben deshalb sei ihr Gelingen, meint *Sibylle Tönnies*,¹⁷ »so ein verehrungswürdiger Akt der Vernunft«. Heute müsse man in *globaler* Sicht die »Durchsetzung des Vernünftigen« an die Zentralisierung der Gewalt gekoppelt sehen, die alternativlos sich nur in der Hegemonie der ja demokratisch strukturierten Vereinigten Staaten vollziehen könne. Die Vereinten Nationen, die ja eigentlich schon als eine legitimierte Weltzentrale existierten, kämen als ernst zu nehmende Alternative hier nicht in Betracht, seien sie doch nicht mehr als ein bloßer »Gedankenstaat«, so wie vor zweihundert Jahren das »Heilige Römische Reich Deutscher Nation«. Zu dem gleichen Ergebnis: nämlich der Notwendigkeit einer hegemonialen Ordnungsgewalt und der Unfähigkeit der Vereinten Nationen, diese Rolle zu übernehmen, kommt in zahlreichen Veröffentlichungen der Frankfurter Soziologe *Karl Otto Hondrich*, der das eingangs zitierte Stich- und Reizwort von der »Weltgewaltordnung« in die Arena geworfen hat. Seine Begründung lässt sich kaum einer einzigen Disziplin oder Methode zuordnen; weder ist sie nur normativ oder moraltheoretisch noch ist sie empirisch soziologisch oder gar

13 S. den Bericht von *Katja Gelinsky*, Ein ständiger Machtkampf, Frankfurter Allgemeine Zeitung, v. 11. 4. 2005, Nr. 83, S. 10

14 *Jürgen Habermas*, Der gespaltene Westen, Frankfurt a.M. 2004, S. 183.

15 *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Die Verfassung des Deutschen Reiches, hrsg. v. Georg Mollat, Stuttgart 1935, S. 47.

16 *Norbert Elias*, Über den Prozeß der Zivilisation, 1936, 6. Aufl. 1978. Auf Elias nehmen Bezug *Sibylle Tönnies* (s.u.) und *Karl Otto Hondrich*, Freie und gebundene Gewalt, in: H. Vorländer (Hrsg.), Gewalt und die Suche nach weltpolitischer Ordnung, Baden-Baden 2004, S. 14 ff., 19, 23.

17 *Sibylle Tönnies*, The Powers That Be, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 24. 2. 2005, Nr. 46, S. 13.

geschichtsphilosophisch. *Hondrich* beschreibt die Entstehung und Wirkweise von Gewalt in den fünf elementaren Prozessen allen sozialen Lebens, die er einmal als »Urkräfte der Sozialität«¹⁸ oder auch als »sozio-anthropologische Grundtatbestände«,¹⁹ dann aber auch, in scheinbar (?) normativer Wendung als »sozio-moralische Grundgesetze« oder eben solche »Prinzipien« bezeichnet, »nach denen sich soziale Ordnung immer schon selbst erschafft, bevor Ethiker, Politiker und Militärs mit ihren Ordnungsplänen auf den Plan treten.«²⁰ Als diese sozioanthropologischen Elementarprozesse macht er das *Erwidern*, das *Werten*, das *Teilen*, das *Mitteilen* und das *Bestimmen* aus. Ihre Gewaltgeprägtheit begründet zum Beispiel nach dem Prinzip der Reziprozität die »Spirale der Gewalt«, nach dem Prinzip des Wertens, also des Vorziehens und Abwertens, die Einteilung der Welt in Gut und Böse und die Präferenz des Eigenen; der Prozess des Teilens schafft kollektive Identitäten in der Konfrontation des »Wir« gegen »die Anderen.« Usw. Entscheidend ist in dieser Sichtweise, dass alle sozialen Vorgänge primär von *Gewalt* begleitet und geleitet werden und nicht etwa von Rechtsregeln. »Nicht Rechts-, sondern Gewaltordnung ist die Grundlage von Gesellschaft«, sagt *Hondrich*.²¹ Ganz konsequent versucht er auch gar nicht etwa, eine internationale Ordnung als eine auf ein irgendwie zu »zählendes«, so genanntes »Recht des Stärkeren« zu gründende und zu legitimierende *rechtliche Ordnung* zu konstruieren, vielmehr verbleibt es schlicht bei der Gewalt und der ihr abzufordernden Ordnungsleistung. Das Problem dieses Ansatzes ist dann freilich nicht die Auflösung der Spannung zwischen demokratisch-*rechtlicher* Gleichverteilung der Macht/Gewalt gemäß dem völkerrechtlichen Souveränitätsdogma und der faktischen Ungleichverteilung der Macht in der Welt. Dies ist der Kern der Schwierigkeiten einer Reform der Vereinten Nationen, der Zusammensetzung des Sicherheitsrates und anderer rechtlich gebundener Institutionen. Sondern »[d]as Problem ist die Vielfalt und Streuung der Gewalt, weltweit.« (S. 58). Aber *Hondrichs* Antwort: Monopolisierung und Zentralisierung möglichst aller Macht/Gewalt bei einem weltbeherrschenden Hegemon – derzeit den USA – erweist sich als Scheinlösung. Auch die militärisch stärkste Macht der Welt kann diese ihre Position nicht weltweit überall und vor allen Dingen nicht dauerhaft aufrechterhalten. Dies ist nicht nur eine vielfältig erwiesene Tatsache geschichtlicher Erfahrung, sondern auch die logische Konsequenz des *Hondrich'schen* Ansatzes selbst, der sich damit selbst aufhebt. Denn wenn es zutrifft, dass in den elementaren sozialen Prozessen Gewalt fortwährend neu erzeugt und gelebt wird,²² dann kann ein Welt-Gewaltmonopol nur durch ebenso permanente Unterdrückung jeder schwächeren Gewaltregung aufrechterhalten werden. Damit wäre jedoch genau jener Zustand erreicht, den schon *Kant* (1795) als negativen Gegenentwurf zu seiner Idee des »Ewigen Friedens« verworfen hat, nämlich der »Frieden« »auf dem Kirchhofe der Freiheit«, welchen der »seelelose Despotismus« einer Universalmonarchie, wie er sagt, hervorbringt.²³ Das hegemoniale Machtordnungsdenken ist für die realen Grenzen der Macht- bzw. Gewaltausübung nicht blind. »Auch der scheinbar weltweit agierende Hege-

18 *Karl Otto Hondrich*, *Homo sociologicus – heute*, in: N.Elsner/H.-L. Schreiber, *Was ist der Mensch?* Wallstein Verlag 2002, S. 185 ff., 190.

19 *Derselbe*, *Freie und gebundene Gewalt* (Fn. 16), S. 15.

20 *Ders.*, *Wie sich Gesellschaft schafft*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 23. 6. 2003, Nr. 142, S. 7; *ders.*, *Homo sociologicus – heute* (Fn. 18), S. 191.

21 *Hondrich*, *Die ordnende Gewalt*, *DER SPIEGEL* Nr. 25 / 2003, S. 58.

22 *Ders.*, *Freie und gebundene Gewalt* (Fn. 16), S. 17.

23 *Immanuel Kant*, *Zum ewigen Frieden*. Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik, hrsg. von K. Vorländer, Hamburg 1959, S. 147/ 48.

mon kontrolliert nicht die Welt. In der Ferne macht er vor dem Einflussgebiet anderer Großmächte Halt.«²⁴ Aber: Nähere Bestimmungen über die mögliche friedliche oder nichtfriedliche Koexistenz mehrerer »Großmächte« vermag der Gewaltordnungs-Denkansatz nicht zu treffen. Gewalt trägt ihr Maß jeweils in sich. Und die Maßstäbe für die Inhalte der Ordnung müssen zufällig bleiben. Meine Kritik der Theorie einer »Weltgewaltordnung« muss hier abbrechen, allerdings nicht ohne einen abschließenden Hinweis auf die fatale Ähnlichkeit, welche dieser Ansatz – nicht zufällig, sondern notwendiger Weise – mit dem von *Carl Schmitt* im Mai 1939 (!) entwickelten Gedanken einer völkerrechtlichen »Großraumordnung« aufweist. Immerhin sieht *Schmitt* diesen Begriff als Prinzip einer (neuen) internationalen *Rechtsordnung*. Er postuliert »den Grundsatz der Nichtintervention raumfremder Mächte« gegen eine »universalistische Ideologie, die die ganze Erde in das Schlachtfeld ihrer Interventionen verwandelt und sich jedem natürlichen Wachstum lebendiger Völker in den Weg stellt.«²⁵ (1939!). Wozu die Gedanken der »Großraumordnung« und des »Wachstums lebendiger Völker« dienen konnten, hat die nationalsozialistische Aggressionspolitik 1938–1945 gezeigt. Heute korrespondiert das machtbasierende Raumordnungsdenken, wie *Jürgen Habermas* betont hat, »mit einer weit verbreiteten Skepsis gegenüber der Möglichkeit einer interkulturellen Verständigung über allgemein zustimmungsfähige Interpretationen von Menschenrechten und Demokratie.«²⁶ Und schon werden Stimmen laut, welche das *Carl Schmitt*'sche Großraum-Denken auf die Möglichkeit eines »Großraumes Europa« projizieren, der, von einem französisch-deutsch angeleiteten Kerneuropa ausgehend, helfen könnte, »dem imperialen Universalismus der Vereinigten Staaten auf kluge Weise zu entkommen« – so *Carlo Masala*.²⁷

III.

Szenenwechsel: Die folgenden Beobachtungen, über die ich berichten will – und nicht mehr zu tun, ist meine Absicht –, entstammen der *innerstaatlichen* Rechtslandschaft, wengleich die Phänomene keineswegs auf Deutschland beschränkt sind. An drei Beispielen, aus dem Strafrecht, aus dem Polizeirecht und aus dem Strafverfahrensrecht möchte ich die Hypothese vom Wandel im Verhältnis von *Recht zu Gewalt* erläutern. Meine leitenden Stichwörter dabei sind:

- vom Bürgerstrafrecht zum »Feindstrafrecht« (1),
- die so genannte »Rettungsfolter« als Relativierung des Folterverbots (2), und
- der »große Lauschangriff« trotz Anerkennung eines »absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung« – siehe das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004.²⁸ (3).

(1) Nicht erst seit dem 11. September 2001, nicht erst seit dem Dictum des Verteidigungsministers *Peter Struck*²⁹, dass die Sicherheit der Bundesrepublik auch am Hindukusch verteidigt werde, und nicht erst seit dem *Luftsicherheitsgesetz* vom 11. Januar 2005, das die Luftwaffe zum Abschuss eines zivilen Passagierflugzeuges im Inland ermächtigt, wenn dieses »gegen das Leben von Menschen ein-

²⁴ *Hondrich*, Die ordnende Gewalt (Fn. 21), S. 60.

²⁵ *Carl Schmitt*, Großraum gegen Universalismus (1939), in: Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles 1923 – 1939, Berlin 1988, S. 295 ff., 302.

²⁶ *Jürgen Habermas*, Der gespaltene Westen (Fn. 14), S. 192.

²⁷ *Carlo Masala*, Europa sollte ein Reich werden, Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung vom 10.10.2004, S. 14.

²⁸ BVerfGE 109, 279 ff.

²⁹ *Peter Struck*, Frankfurter Rundschau vom 6.12.2002, S. 1.

gesetzt werden soll,«³⁰ sind die Grenzen zwischen Krieg und Verbrechen, zwischen Militär und Polizei, innerer und äußerer Sicherheit unscharf geworden. Seit Jahrzehnten schon beobachtet man im materiellen Strafrecht eine Entwicklung zur »Bekämpfungsgesetzgebung«: Gesetze zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität 1976 und 1986, Verbrechenbekämpfungsgesetz 1994, Gesetze zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten, 1998, des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität, 1999, Terrorismusbekämpfungsgesetze 1986 und 2002.³¹ Das Gesetz von 1998 (26. 1.) hob u. a. die bis dahin geltende Höchstdauer von zehn Jahren für die erste Unterbringung in der *Sicherungsverwahrung* auf und eröffnete die Möglichkeit einer Verwahrung von unbestimmter Dauer, wenn die Gefahr der Begehung weiterer erheblicher Straftaten besteht, »durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden.« (§ 67d Abs. 3 StGB). Erst kürzlich hat das Bundesverfassungsgericht die Verschärfung gebilligt und einen Verstoß gegen die Garantie der Menschenwürde durch eine Sicherungsverwahrung ohne gesetzlich bestimmte zeitliche Obergrenze verneint.³² *Günther Jakobs* hat solche und ähnliche, an der *Gefährlichkeit* des Täters und damit an der *Prävention*, nicht an der Wiederherstellung der Normgeltung orientierte Tendenzen mit der Gegenüberstellung von »Bürgerstrafrecht« und »Feindstrafrecht« auf den Begriff zu bringen versucht.³³ Jenes nimmt den Täter als »Person« ernst, dieses erkennt nur das »gefährliche Individuum«; an die Stelle der Kommunikation tritt Gefahrbekämpfung (S. 42). Es ergibt sich eine Skala wachsender Gefährlichkeit, der eine »Entpersönlichung« der strafrechtlichen Reaktion entspricht, vom »alltäglichen Delinquenten« über den »Hangtäter« und den Täter in »Organisierter Kriminalität« bis hin zum »Terroristen«, der als derjenige definiert wird (S. 52), »der die Legitimität der Rechtsordnung prinzipiell leugnet und deshalb darauf aus ist, diese Ordnung zu zerstören.« Auf der völkerrechtlichen Ebene entspricht der »Schurkenstaat« dieser Figur. Natürlich, so meint *Jakobs*, könne der Staat auch einen Terroristen als gewöhnlichen Verbrecher und damit als Person behandeln und bestrafen. Es sei aber doch sehr wohl zu fragen, »ob nicht durch die strikte Fixierung allein auf die Kategorie des Verbrechens dem Staat eine Bindung auferlegt wird – eben die Notwendigkeit, den Täter als Person zu respektieren –, die gegenüber einem Terroristen, der die Erwartung generell personalen Verhaltens gerade nicht rechtfertigt, schlechthin unangemessen ist.« (S. 52). Als Alternative bleibt das »Feindstrafrecht«, der »gebändigte Krieg«, letztlich die Tötung des Verbrechers als Feind. Man wird hier an den Rigorismus eines *Johann Gottlieb Fichte* erinnert – auch *Jakobs* nennt ihn –, der die Folge des Ausschlusses des Mörders aus der Bürgergesellschaft, aus dem Staat, als die Folge der »Erklärung der Rechtlosigkeit« erörtert, nämlich: »Die völlig willkürliche Behandlung des Verurteilten: nicht, dass man ein Recht dazu habe, sondern, dass auch kein Recht dagegen ist; also der Verurteilte wird erklärt für eine Sache, für ein Stück Vieh.« »Es ist hier überhaupt vom Rechte gar nicht die Frage, sondern vom physischen Vermögen.«³⁴ Mit der Zerreißung des »Bürgervertrags« ist der Verbrecher schon bürgerlich tot, und wenn der Staat ihn tötet, »so tut er das nicht

³⁰ Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben vom 11. Januar 2005, BGBl. I, S. 78.

³¹ *Günter Frankenberg* hat auf dem 14. Deutschen Verwaltungsrichtertag 2004 eine durchdringende rechtstheoretische und verfassungstheoretische »Kritik des Bekämpfungsrechts« geleistet, abgedruckt in diesem Heft S. 370 ff.

³² BVerfGE 109, 133, 149, Urteil vom 5. Februar 2004.

³³ *Günther Jakobs*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: Yu-hsiu Hsu (Hrsg.), *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure*, 2003, S. 41 ff.

³⁴ *Johann Gottlieb Fichte*, *Grundlage des Naturrechts*. II. Teil, Jena und Leipzig 1797, S. 122.

als Staat, sondern als stärkere physische Macht, als bloße Naturgewalt.« (S. 123, Hervorh. i. O.) Der Tod des Hinzurichtenden »ist gar nicht Strafe, sondern nur Sicherungsmittel.« (S. 124). Deutlicher als in *Fichte's* Straftheorie von 1797 kann das feindstrafrechtliche Konzept der Entpersönlichung der Sanktion, ihr kommunikationszerstörender Charakter und damit das Auseinandertreten von Recht und Gewalt nicht Ausdruck finden.

(2) Der Täter wird zur »Sache«, »für ein Stück Vieh« erklärt und entsprechend behandelt: Die Formulierung kehrt in modernerer Sprache wieder als so genannte *Dürig'sche Objektformel* bei dem Versuch des Bundesverfassungsgerichts, den Tatbestand einer Verletzung der Menschenwürde im Sinne des Art. 1 Abs. 1 GG zu umschreiben.³⁵ Alle Richter des Zweiten Senats waren sich in ihrem Grundsatzurteil von 1970 darin einig, dass die Menschenwürdegarantie eine Behandlung verbietet, welche die »Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt«. Folter, Schandpfahl und »Methoden des Dritten Reichs« (S. 39) sollten jedenfalls ausgeschlossen sein. Doch schon hinsichtlich der Einbeziehung und Bewertung der konkreten Fallumstände und insbesondere der Intentionalität oder Finalität der Verletzungshandlung fanden die Richter keinen Konsens. Während die einen eine Würdeverletzung nur bejahen wollten, wenn die Handlung zugleich Ausdruck der Verachtung des Person-Wertes des Menschen, in diesem Sinne also eine »verächtliche Behandlung« sei, hielten die anderen eine die Würde antastende Behandlung des Menschen »wie einen Gegenstand« auch dann für möglich, wenn dies »in guter Absicht« geschehe (S. 40). Wie wenig das grundsätzliche Problem geklärt ist, zeigt sich heute, 35 Jahre später, in der heftigen Diskussion um die rechtliche, oder vielleicht nur moralische, Zulässigkeit von *präventiver Folter*, manche sprechen auch von »Rettungsfolter«. Zur Rettung des Lebens des entführten Kindes dürfe der Entführer, zur Rettung der von einer Zeitzünder-Atombombe bedrohten Großstadt dürfe der nicht aussagewillige gefangene Terrorist gefoltert werden – Folter also »in guter Absicht«?³⁶ Wenn Folter, und das ist wohl unbestreitbar, auf die Brechung des Willens, auf die Vernichtung der Autonomie und der freien Kommunikation des Gefolterten gerichtet ist, wenn sie in diesem Sinne das Personsein antastet, dann kann es weder eine rechtsstaatliche Rechtfertigung der Folter durch richterliche Genehmigungsvorbehalte, ärztliche Begleitung oder die Anwendung von Maßstäben der Verhältnismäßigkeit geben – alles Elemente, die in Israel oder in den USA diskutiert werden – noch kann die »gute Absicht«, die moralisch hochstehende Motivation dazu ermächtigen, die Basis des Rechtsstaats, die Anerkennung des Einzelnen in seiner »Subjektqualität« zu negieren. *Jan Philipp Reemtsma*, selbst Opfer einer erpresserischen Entführung und wochenlangen Freiheitsberaubung, bringt dies auf den Punkt: »die Idee des rechtsfähigen Subjekts... ist die selbstgemachte Voraussetzung des Rechtsstaats selber.«³⁷ Und: «Die Folter ist mit dem Rechtsstaat nicht vereinbar, weil durch sie das Individuum in seiner Fähigkeit, ein Rechtssubjekt zu sein, angegriffen, ja im Extremfall als autonomes Individuum zerbrochen und zerstört wird.«³⁸

³⁵ Vgl. v. *Münch/Kunig*, Grundgesetz-Kommentar, Art. 1, Rdn. 22 f.; BVerfGE 30, 1, 25 f., gegen 39 f.

³⁶ Zur Kritik und zum Problemstand vgl. *Matthias Jahn*, Gute Folter – schlechte Folter?, KritV 87. Jg. (1/ 2004), 24 ff. m. zahlr. Nachw.

³⁷ *Jan Philipp Reemtsma*, Folter im Rechtsstaat?, Hamburg 2005, S. 125.

³⁸ *Ders.*, ebenda. Im Original hervorgehoben.

Dass dies heute, auch von Juristen, zum Teil anders gesehen wird, ist ein Indiz für das gewandelte Verhältnis von Recht und Gewalt.³⁹

(3) Werfen wir zum Schluss einen Blick auf das Problem der »akustischen Wohnraumüberwachung«, vulgo des »großen Lauschangriffs«. Die Frage liegt nahe, was eine jedenfalls physisch schmerzlose Maßnahme, von der der Betroffene in aller Regel nicht einmal etwas erfährt – und wenn, dann höchstens viel später –, was eine solche Maßnahme in einer Reihe mit Eingriffen wie Sicherungsverwahrung, Freiheitsstrafe oder gar Folterung zu suchen habe.

Die Klammer ist der Angriff auf die *Autonomie der Person*, welche die »Unverletzlichkeit« der Privatwohnung als »letztes Refugium«⁴⁰ zur unbeobachteten und ungestörten »höchstpersönlichen Lebensgestaltung« erfordert. Es gilt den Schutz vor der schleichenden, allmählichen Realisierung der *George Orwell*'schen Vision »1984«. Das Bundesverfassungsgericht erkennt deshalb den *absoluten Schutz* eines Kernbereichs privater Lebensgestaltung an, der auch nicht durch Abwägung mit den Strafverfolgungsinteressen des Staates nach Verhältnismäßigkeitsgrundsätzen relativiert werden dürfe, auch nicht gegenüber »Formen von besonders gravierender Kriminalität und entsprechende[n] Verdachtsituationen.«⁴¹ Dies scheint zunächst ganz auf der Linie des absoluten Folterverbotes zu liegen, auf der Linie des *Rechts*, das dem unbeschränkten Zugriff der Staatsgewalt an einer äußersten Grenze absoluten Einhalt gebietet. Die genauere Betrachtung der praktischen Umsetzung des Schutzgedankens zeigt jedoch auch hier seine Relativierung im Rahmen eines *instrumentellen* Rechtsnormverständnisses. Denn nicht der Wohnraum als solcher soll absoluten Schutz genießen, sondern nur ein bestimmtes Verhalten der Menschen in jenem. Also soll man aus Gründen der »Verbrechensbekämpfung«, repressiv oder präventiv, akustisch (oder videoelektronisch) in die Wohnung doch eindringen dürfen, so lange man dort nicht auf Verhaltensweisen stößt, die dem absolut geschützten Kernbereich zuzurechnen sind. Diese Einschränkung trägt aber nicht dazu bei, dass der Einzelne sich in seinem »letzten Refugium« wirklich »sicher« fühlen kann.

IV.

Ich schließe meinen Bericht. Sie sehen, dass es mir schwer fällt, die Grenzen des bloßen Berichterstatters nicht zu überschreiten. Das alte Problem des Verhältnisses von Recht und Gewalt, und sei diese noch so eng mit einer Moral im Bunde, lässt uns auch heute nicht in Ruhe. Gegenüber allen einseitigen, reduktionistischen Tendenzen will mir scheinen, dass auch heute noch und wieder gilt, was *Blaise Pascal* (1623 – 1662), der Zeitgenosse des 30jährigen Krieges, schon vor ca. 350 Jahren festgestellt hat und was wir heute als eine fortdauernde Aufgabe verstehen müssen: »Da man es nicht geschafft hat, die Gerechtigkeit stark zu machen, hat man die Gewalt (la force) gerechtfertigt, auf dass Gerechtigkeit und Gewalt *zusammen seien*, und auf dass es Frieden gebe, der das höchste Gut ist.«⁴²

39 Zur Kritik am »Tabu der Folter« zuletzt: *Harro Otto*, Diskurs über Gerechtigkeit, Menschenwürde und Menschenrechte, JZ 60. Jg. (10/ 2005), 473 ff., 480 f.

40 BVerfGE 109, 279, 314, 383.

41 BVerfGE 109, 279, 314.

42 *Blaise Pascal*, Pensées Nr. 238, L'Œuvre de Pascal, Paris 1950, S. 889. »Justice« und »force« sollen *beisammen sein* (être ensemble), aber nicht in eins fallen. Es sollte keiner Betonung bedürfen, dass Pascal Recht (Gerechtigkeit) und Gewalt nicht etwa miteinander identifiziert.