

AUSGABE 7-8/2017

S. 356 - 456

12. Jahrgang

Inhalt

SONDERAUSGABE ZUM KOLUMBIANISCHEN FRIEDENSPROZESS

Vorbemerkungen und Einführung zur aktuellen Ausgabe

- Vorwort zur ZIS-Sonderausgabe zum kolumbianischen Friedensprozess**
Von Prof. Dr. Katrin Gierhake, LL.M., Regensburg 356

- Vorwort zum Kolumbianisch-Deutschen Kolloquium vom 21.4.2016 an der Universität Regensburg**
Von Dr. Nathalia Bautista Pizarro, LL.M. (Bonn), Bogotá 357

Grundsatzfragen

- Die Bedeutung der Strafe im Rahmen eines Friedensverfahrens**
Überlegungen am kolumbianischen Beispiel
Von Dr. Nathalia Bautista Pizarro, LL.M. (Bonn), Bogotá 358

- Die Lösung des kolumbianischen bewaffneten Binnenkonflikts**
Eine Herausforderung für die internationale Strafgerichtsbarkeit
Von Prof. Dr. Jorge Fernando Perdomo Torres, LL.M. (Bonn), Bogotá 369

Rechtsphilosophische Grundlegung der Staatlichkeit

- Frieden durch Recht – Grundanliegen rechtlicher Ordnung, Bedeutung des Staates und seiner Souveränität**
Von Prof. Dr. Michael Köhler, Hamburg 375

Übergangsjustiz und Strafe

- Strafrechtliche Grundlagenprobleme der „Übergangsjustiz“**
Von Prof. Dr. Dres. h.c. Ulfrid Neumann, Frankfurt a.M. 382

- Strafe und Amnestie in Zeiten fragiler Staatlichkeit**
Die Bedeutung des freiheitlichen Rechtsbegriffs für die Übergangsjustiz am Beispiel des kolumbianischen Friedensprozesses
Von Prof. Dr. Katrin Gierhake, LL.M., Regensburg 391

Strafrechtliche Zurechnung

- Zurechnung im Völkerstrafrecht**
Von Prof. Dr. Stefanie Bock, Marburg 410

- Über Unterschiede in der Beteiligtenverantwortung im Strafrecht einer Zivilgesellschaft und im Völkerstrafrecht**
Gedanken zum Friedensprozess in Kolumbien
Von Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski, Leipzig 428

Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Martin Böse
Prof. Dr. Janique Brüning
Prof. Dr. Mark Deiters
Prof. Dr. Bernd Hecker
Prof. Dr. Michael Heghmanns
Prof. Dr. Holm Putzke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Arndt Sinn
Prof. Dr. Hans Theile
Prof. Dr. Bettina Weißer
Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Richter am Kosovo Sondertribunal
International Advisory Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiterin Diana Karakaplan

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Wiss. Mitarbeiterin Natalia Dobrosz
Noelia Nuñez
Eneas Romero
Jaime Winter Etcheberry

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

AUSGABE 7-8/2017

S. 356 - 456

12. Jahrgang

Inhalt (Forts.)

7-8/2017

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Strafrecht

LG Berlin, Urt. v. 27.2.2017 – 535 Ks 8/17
(Mordurteile gegen Berliner Raser)
(Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn)

439

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

Greco, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, 2015
(Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg, LL.M., Bonn)

445

Herausgeber

Prof. Dr. Roland
Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dr. h.c. mult.
Bernd Schünemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Martin Böse

Prof. Dr. Janique Brüning

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Bernd Hecker

Prof. Dr. Michael
Hegmanns

Prof. Dr. Holm Putzke

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Hans Theile

Prof. Dr. Bettina Weißer

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai
Ambos, Richter am
Kosovo Sondertribunal

International Advisory
Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiterin Diana
Karakaplan

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Wiss. Mitarbeiterin
Natalia Dobrosz

Noelia Nuñez

Eneas Romero

Jaime Winter Etcheberry

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Vorwort zur ZIS-Sonderausgabe zum kolumbianischen Friedensprozess

Von Prof. Dr. **Katrin Gierhake**, LL.M., Regensburg*

Der Friedensprozess in Kolumbien, innerhalb dessen um eine Einigung zwischen der kolumbianischen Regierung und der jahrzehntelang tätigen Guerilla gerungen wurde, wirft grundlegende rechtliche Fragen auf. Im Rahmen des von den Kolumbianern geschaffenen Übergangssystems müssen nicht nur straf-, verfassungs- und völkerstrafrechtliche Belange geklärt werden. Aufgrund der komplexen Ausgangslage und dem teilweisen rechtlichen Vakuum treten insbesondere (rechtsphilosophische) Prinzipienfragen auf, ohne deren Klärung eine umfassende rechtliche Lösung nicht denkbar ist.

Es handelt sich in Kolumbien um eine staatliche Ordnung im Umbruch, die terroristische bzw. aufrührerische Gewalt rechtlich und empirisch bewältigen muss. Dabei sind Grundfragen der Zurechnung strafrechtlichen Unrechts in komplexen Systemzusammenhängen zu klären, das Verhältnis von Versöhnung und gerechter Strafe in einer zutiefst verunsicherten Gesellschaft zu bestimmen, und dabei ist stets auch die völkerstrafrechtliche Verantwortlichkeit zu berücksichtigen.

Im April 2016 hat sich ein kolumbianisch-deutsches Kolloquium in Regensburg diesen Fragen gewidmet. In diesem Zusammenhang danke ich insbesondere Frau *Dr. Nathalia Bautista Pizarro*, die als kolumbianische Mitorganisatorin für einen höchst gelungenen Austausch gesorgt hat.

Neben der Vorstellung aktueller Entwicklungen und des politischen Prozesses der Friedensstiftung in Kolumbien ging es vor allem um grundlegende rechtliche, strukturelle und konzeptionelle Probleme eines „Rechts im Umbruch“: einerseits um Fragen, die im Bereich des Völkerstrafrechts üblicherweise unter dem Titel „Übergangsjustiz“ diskutiert werden, aber auch um die vertiefte Klärung und Fortentwicklung der Grundbegriffe „Staat“, „Souveränität“, „Strafe“ und „Zurechnung“.

Die Beiträge dieser und der folgenden Sonderausgabe der ZIS zeichnen ein repräsentatives Bild dieses Gedankenaustauschs. Sie erscheinen zweisprachig, auf Deutsch (ZIS 7-8/2017) und auf Spanisch (ZIS 9/2017). Allen Autoren und Übersetzern möchte für die ausgezeichnete Zusammenarbeit danken.

Im Folgenden sei der Inhalt dieser Sonderausgaben knapp vorgestellt.

1. Friedensprozess und Übergangsjustiz in Kolumbien

Die beiden Beiträge der kolumbianischen Autoren stellen die Aspekte der Übergangsjustiz in Kolumbien vor, die im Friedensvertrag zwischen der „Farc“ und der kolumbianischen Regierung festgelegt wurden. *Jorge Fernando Perdomo Torres* zeichnet ein knappes Bild der Geschichte des Friedensvertrages und stellt Schlüsselaspekte des Systems der Übergangsjustiz vor. *Nathalia Bautista Pizarro* geht intensiv auf das Modell der Übergangsjustiz in Kolumbien ein, stellt

das besondere Strafsystem vor und reflektiert grundlegend die Zwecke der Übergangsjustiz und die Legitimität der Strafjustiz in Zeiten des Umbruchs.

2. Rechtsphilosophische Grundlegung der Staatlichkeit

Der Beitrag *Michael Köhlers* ist als Grundlegung staatlicher Ordnung überhaupt zu verstehen; die Bedeutsamkeit staatlicher Souveränität wird rechtsphilosophisch hergeleitet und in Bezug zu Umbruchsituationen wie denen in Kolumbien gesetzt.

3. Übergangsjustiz und Strafe

Katrin Gierhake und *Ulfrid Neumann* beschäftigen sich in ihren Beiträgen mit der Funktion der Strafe im Rahmen der Übergangsjustiz. *Neumann* legt den Schwerpunkt auf die Beschreibung und theoretische Fundierung der Probleme von Systemwechseln und Übergangssituationen nach gewaltsamen Konflikten aus der Perspektive der Beteiligten (Opfer, Gesellschaft, Täter); besonders vertieft wird dabei das regelmäßig auftauchende Problem des Rückwirkungsverbots. *Katrin Gierhake* wirft in ihrem Beitrag die Frage auf, welche Bedeutung die Strafe in Zeiten staatlicher Fragilität überhaupt hat und ob Alternativen zur Strafe, insbesondere Amnestien, mit einer freiheitlichen (Straf-)Rechtsbegründung in Einklang zu bringen sind.

4. Strafrechtliche Zurechnung

Stefanie Bock und *Diethelm Kleszczewski* gehen schließlich auf Fragen strafrechtlicher Zurechnung ein. Der Beitrag von *Bock* stellt die im Völkerstrafrecht diskutierten Zurechnungsmodelle für Taten dar, die sich in einen kollektiven Gesamtzusammenhang einordnen. *Kleszczewski* beleuchtet zunächst die Grundzüge der Beteiligtenverantwortlichkeit in der deutschen Strafrechtsdogmatik, die auf einen staatlichen Systemzusammenhang angewiesen sind; diese Erkenntnisse werden dann in einem zweiten Schritt auf „Zivilgesellschaften in der Krise“ und ihre friedliche Bewältigung übertragen, sowie für die Problematik eines völkerstrafrechtlichen Konzepts der Beteiligtenverantwortlichkeit fruchtbar gemacht.

* Inhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Regensburg.

Vorwort zum Kolumbianisch-Deutschen Kolloquium vom 21.4.2016 an der Universität Regensburg

Von Dr. **Nathalia Bautista Pizarro**, LL.M. (Bonn), Bogotá*

Im April 2016 hatte ich die Gelegenheit, zusammen mit anerkannten deutschen Strafrechtswissenschaftlern in Regensburg über das kolumbianische Friedensverfahren zu debattieren. Die Diskussion teilte sich einerseits in die Frage nach der Legitimation von Alternativen zur Verhängung der Strafe und andererseits in die Frage der Zurechnung der im bewaffneten Konflikt begangenen Straftaten. Im Zentrum der Debatte stand der bereits damals unterzeichnete fünfte Teil der kolumbianischen Friedensabkommen, das sog. Abkommen über die Opfer des Konfliktes. Dabei wurde ein Übergangsjustizmodell zur Beendigung des bewaffneten Konfliktes im Inland gebildet, der bereits über fünf Jahrzehnte zwischen dem Staat und der Rebellengruppe „Las FARC-EP“ andauerte. Das Ziel des Systems besteht in der Erreichung eines „dauerhaften und stabilen Friedens“. So sieht der fünfte Teil der Friedensabkommen den Einsatz unterschiedlicher Maßnahmen vor, die ihrerseits die „Wahrheit“, die „Gerechtigkeit“, die „Entschädigung der Opfer“ und die „Nicht-Wiederholung“ der verbrecherischen Taten bezwecken. Demnach sollen sich „all die am bewaffneten Konflikt direkt und indirekt Beteiligten“ für Verbrechen, die schwerwiegende Verletzungen der Menschenrechte und des Internationalen Humanitären Rechts implizieren, verantworten. Rebellen, Staatsbeamte sowie weitere Beteiligte können gemäß diesem System beurteilt werden. Die Verantwortlichen müssen die Entschädigung der Opfer garantieren und auch zur Aufklärung der Wahrheit beitragen. Erst dadurch können sie die Vorteile des dabei vorgesehenen Sanktions-, Amnestie- und Begnadigungssystems genießen. Voraussetzung dieses Übergangsjustizmodells ist die Abgabe der Waffen und die Beendigung der Feindseligkeiten.

Die Reichweite all dieser Maßnahmen beschäftigt seit Jahren die Diskussion vieler Juristen in Kolumbien. So ist es für das Strafrecht von besonderer Bedeutung, die Kriterien für die Zurechnung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit aller am Konflikt Beteiligten genauer zu bestimmen. Der Strafrechtler wird mit einem Konflikt zwischen einer hierarchisch organisierten Rebellengruppe und den polizeilichen und militärischen Kräften des Staates konfrontiert. Eine der entscheidenden Fragen lautet: Wie soll hierbei die Verantwortung der Vorgesetzten für die von den Untergeordneten begangenen Straftaten definiert werden? Die Antwort kann sowohl aus der Sicht der Verbrechenslehre wie auch aus der Sicht des Völkerstrafrechts erläutert werden. Auch die Legitimation eines Amnestie- und Begnadigungssystems sowie einer Sonderstrafbehandlung wirft erhebliche rechtstheoretische Fragen auf. Inwieweit der Staat auf die Verhängung der Strafe zugunsten des Rechts auf Frieden verzichten kann, wird bisher in Kolumbien noch stark diskutiert. Das Verständnis der Funktion des Rechts in Zeiten des Umbruchs ist

daher eine neue Aufgabe für kolumbianische Juristen. Die traditionellen Institutionen der individuellen Verantwortung und der Justiz werden im Kontext des Krieges an ihre Grenzen gebracht.

Durch die Unterzeichnung aller Teile der Friedensabkommen und die öffentliche Erklärung der Beendigung der Feindseligkeiten, die einige Monate nach unserem wissenschaftlichen Treffen in Regensburg geschahen, wurde gezeigt, dass die Rebellen den Willen zur Erreichung eines friedlichen Zustands haben. Diese Entscheidung wurde nicht vom Volk direkt, wohl aber vom Parlament unterstützt. Der Inhalt der Friedensabkommen wird in der Gegenwart durch die Gesetzgebung umgesetzt. Die Debatte um die Einzelheiten der Abkommen ist allerdings noch sehr lebendig. Für die Wissenschaftler und hierbei insbesondere für die Rechtstheoretiker weltweit ist bereits der Hinweis auf die kolumbianischen Friedensabkommen ein bedeutendes Beispiel zur Diskussion der „Übergangsjustiz“.

Ich möchte mich bei Frau Prof. *Dr. Gierhake* für die Organisation des Kolumbianisch-Deutschen Kolloquiums in Regensburg und insbesondere auch für ihr Interesse an dem kolumbianischen Übergangsjustizmodell ganz herzlich bedanken. Meine Dankesworte richten sich auch an all die deutschen Strafrechtswissenschaftler, die an dieser Tagung teilgenommen haben und wichtige Argumente für das Verständnis dieser schwierigen rechtstheoretischen Fragen beigetragen haben.

* Koordinatorin, Dozentin und wissenschaftliche Mitarbeiterin des Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universität Externado de Colombia, Bogotá, Kolumbien.

Die Bedeutung der Strafe im Rahmen eines Friedensverfahrens

Überlegungen am kolumbianischen Beispiel*

Von Dr. Nathalia Bautista Pizarro, LL.M. (Bonn), Bogotá**

Der kolumbianische Staat hat nach vier Jahren Verhandlung am 26.9.2016¹² das Friedensabkommen „Acuerdos de la Habana“ mit der Rebellengruppe „Las FARC-EP“³ in der Stadt Cartagena de Indias (Kolumbien) unterzeichnet. Gegenstand dieser Verhandlungen war die Bildung einer Strategie zur Beendigung des bewaffneten Konfliktes im Inland, der zwischen dem Staat und dieser Rebellengruppe bis zum 28.8.2016 bereits über fünf Jahrzehnte andauerte. Im fünften Teil des Friedensabkommens – im sog. Abkommen über die Opfer des Konflikts („Acuerdo sobre las víctimas del conflicto“) – wird eine besondere Gerichtsbarkeit gegründet, die „Sondergerichtsbarkeit für den Frieden“ („Jurisdicción Especial para la Paz“) genannt worden ist. Diese Sondergerichtsbarkeit wird in einem komplexen Übergangsjustizsystem operieren. Die individuelle Verantwortung „all der am bewaffneten Konflikt direkt und indirekt Beteiligten“ soll demnach in Anbetracht der Schwere der Straftaten, der individuellen und kollektiven Entschädigung der Opfer, der Rekonstruktion der Wahrheit des Geschehenen und der Garantie der Nicht-Wiederholung der stattgefundenen Verbrechen bestimmt werden.

Nach diesem Modell ist die Verhängung der Strafe allerdings nicht die zentrale Frage. Das Ziel des Systems besteht vielmehr in der Lösung des bewaffneten Konflikts, d.h. in der Erreichung eines – gemäß dem Wortlaut des Abkommens – „dauerhaften und stabilen Friedens“. Die strafrechtliche Frage findet sich beim System der Amnestie und der Begnadigung politischer Verbrechen und der damit verbundenen Straftaten sowie bei der Frage der Sanktion schwerwiegender Verletzungen des Internationalen Rechts, der Menschenrechte und des Internationalen Humanitären Rechts.⁴ Die Strafe gewinnt dabei eine besondere Bedeutung. Ihr Maß und ihre

Funktion hängen von der Kooperation des Täters mit diesem komplexen Übergangsjustizsystem ab. So wird von einer „retributiven“ und „restaurativen“ Funktion der Strafe gesprochen.

Die hier angestellten Überlegungen konzentrieren sich auf das Verständnis der Bedeutung der Institution der Strafe im besonderen Kontext eines Friedensverfahrens. Es geht um die Klärung der Frage, warum die Strafe einen bewaffneten Konflikt in seiner Komplexität nicht alleine lösen kann. Dabei wird auch die Frage berücksichtigt, ob die Umformulierung des Maßes und der Funktion der Strafe im Rahmen der Übergangsjustiz legitim ist.

I. Das System der kolumbianischen Abkommen und die Frage der individuellen Verantwortung

Im Laufe des Friedensverfahrens hat die kolumbianische Regierung zusammen mit den Vertretern der Rebellengruppe von Las FARC-EP die Mechanismen zur Lösung des bewaffneten Konflikts und der Etablierung eines dauerhaften und stabilen Friedens in mehreren Verhandlungspunkten bzw. Abkommen festgelegt. Für die Verhandlungsparteien war es zunächst wichtig anzuerkennen, dass der Konflikt ursprünglich aufgrund der sozialen und wirtschaftlichen Ungleichheit sowie der Vernachlässigung der wirtschaftlichen Entwicklung im Land entstanden ist. Aus diesem Grund wurde im Hinblick auf die Agrarpolitik im ersten Punkt des Abkommens festgelegt, dass die vollkommene wirtschaftliche Entwicklung des Landes, z.B. durch den Kampf gegen die Armut, die Befriedigung sozialer Bedürfnisse – wie Ausbildung, Zugang zum Gesundheitswesen, Bereitstellung von Wohnungen usw. – und die Unterstützung der Landwirtschaft gefördert werden sollen.⁵ Man hat im zweiten Punkt der Verhandlungen Richtlinien zur Gewährleistung einer gerechten Teilnahme an der Politik für die kolumbianische Bevölkerung bestimmt. Hierbei handelt es sich um ein Programm zur Stärkung demokratischer Strukturen. Im dritten Teil des Abkommens kann man die Bedingungen zur Beendigung des Konflikts finden. Dieser Teil regelt insbesondere die Maßnahmen zur Erreichung des definitiven Waffenstillstands und der Einstellung der Feindseligkeiten sowie den Prozess der Entwaffnung und die Wiedereingliederung der Rebellen in das bürgerliche Leben und deren Schutz vor Verfolgung. Dem vierten Teil des Abkommens zufolge muss auch eine effektive Politik gegen den Drogenhandel umgesetzt werden – etwa durch Programme gegen illegale Plantagen bei gleichzeitiger Unterstützung anderer Bepflanzungen. Die Frage der Übergangsjustiz wird im fünften Teil des Abkommens behandelt. Zum Schluss sind im sechsten Teil des Abkommens die Mechanismen zur Legitimation der Verhandlungen durch das Volk sowie deren Inkrafttreten und Sicherung vorgesehen.

⁵ Siehe dazu Punkt Nr. 1 (Política de desarrollo agrario integral).

* Ich möchte Herrn *Johannes Freise* für seine Hilfe bei der Sprachkorrektur dieses Aufsatzes danken.

** Koordinatorin, Dozentin und wissenschaftliche Mitarbeiterin des Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universität Externado de Colombia, Bogotá, Kolumbien.

¹ Durch den Gesetzesvorschlag zur Restitution von Grundstücken („Proyecto de Ley de Restitución de Tierras“) des Parlaments vom 7.9.2010.

² Dieses Datum wird als offizieller Tag der Unterzeichnung der Abkommen gekennzeichnet. Nach diesem Tag und insbesondere nach der Volksabstimmung vom 2.10.2016 wurde ein abgeändertes Abkommen am 26.11.2016 in Bogotá unterzeichnet.

³ Auf Spanisch: „Fuerzas Armadas y Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo“, auf Deutsch: „Revolutionäre Streitkräfte Kolumbiens – Volksarmee“.

⁴ Und dies nach den Punkten Nr. 5.1.2. Abs. 1, Nr. 2, 12 und Abs. 2, Nr. 19; siehe auch die Verfassungsänderung 01 – 2012 (Acto Legislativo 01 de 2012) und das Gesetz Nr. 1820 v. 30.12.2016 Art.10, Art. 23.a, Art. 30.1 und Art. 46.

Viele der in dem Abkommen vorgesehenen Maßnahmen sind bereits in Kraft getreten. So hat man zuerst den gegenseitigen Waffenstillstand und die Einstellung der Feindseligkeiten am 28.8.2016 erklärt. Danach wurden die Abkommen am 23.9.2016 offiziell unterzeichnet. Am 2.10.2016 hat das kolumbianische Volk mit knapper Mehrheit (50,21 % gegen 49,78 %) allerdings gegen die Inkraftsetzung der Abkommen gestimmt. Dies führte zu einer neuen Verhandlung einiger Aspekte mit der Opposition. Dem abgeänderten Friedensabkommen hat das kolumbianische Parlament („Congreso de la República“) letztlich am 1.12.2016 zugestimmt. In der Folge begann der Weg zur Einsetzung der unterschiedlichen Verhandlungspunkte durch ein Sonderverfahren der Gesetzgebung – sog. fast track –, nach dem die Regelungen in einem sehr kurzen Legislaturzyklus erlassen werden müssen. Ein Ergebnis dieses Sonderverfahrens der Gesetzgebung war das Gesetz Nr. 1820 vom 30.12.2016, das zur Regelung eines Systems von Amnestie und Begnadigung der Mitglieder der Rebellenarmee und eines Systems der Sonderbehandlung der Staatsbeamten erlassen wurde. Daneben hat auch der Prozess der Entwaffnung der Mitglieder von Las FARC-EP vor einigen Monaten begonnen. Die Rebellen werden an bestimmten Orten der verschiedenen Regionen konzentriert und durch internationale Organisationen beobachtet.

Aus dieser kurzen Beschreibung der Systematik der Friedensabkommen kann man bereits ersehen, dass die Frage der individuellen Verantwortung und damit die Frage der Verhängung der Strafe weitreichende Aspekte implizieren, die die Beendigung des Konflikts, die Lösung seiner Ursachen und die Etablierung eines dauerhaften und stabilen Friedens bezwecken. Mit anderen Worten: Wenn man sich der Frage der Bedeutung der Institutionen der Übergangsgerechtigkeit und damit der Frage nach der Behandlung der individuellen Verantwortung am Beispiel der Abkommen mit der Rebellenarmee von Las FARC-EP zuwenden will, muss man unbedingt auf all diese politischen Maßnahmen achten, welche die Erreichung des Friedens zum Zweck haben. Der bewaffnete Konflikt Kolumbiens lässt sich also nicht auf die Frage der individuellen (zivilen und strafrechtlichen) Verantwortung der Täter reduzieren. Und dies ist der Hauptgrund, weswegen die klassischen Institutionen der individuellen Verantwortung in diesem besonderen Kontext anders, nämlich transitorisch, konzipiert werden. Der Jurist wird dann mit einem alternativen System der Konfliktlösung konfrontiert, das besonders für Zeiten des Umbruchs, nicht aber für einen Zustand der „Normalität“ erdacht worden ist. Darauf werden sich die hier angestellten Überlegungen im Folgenden beziehen.

II. Das Modell der Übergangsgerechtigkeit Kolumbiens

1. Leitprinzipien der Übergangsgerechtigkeit

Das Modell der Übergangsgerechtigkeit wurde am 15.12.2015 vereinbart und als „Vollständiges System der Wahrheit, Gerechtigkeit, Wiedergutmachung und Nicht-Wiederholung“⁶ konzipiert. Die Richtlinien des Systems beziehen sich auf die

Anerkennung der Opfer, die Rekonstruktion der Wahrheit, die Erklärung der Verantwortung für die Rechtsverletzungen mit Blick auf die Opfer und die Garantie der Nicht-Wiederholung der im bewaffneten Konflikt begangenen Verbrechen. Dieser Teil des Abkommens erkennt als leitendes Prinzip auch die Ermöglichung der Versöhnung in der Gesellschaft und den effektiven Schutz der Menschenrechte an. Der zentrale Punkt des Systems liegt insbesondere in der Anerkennung der Rechte der Opfer.⁷ Das Element der „Justiz“ wird mit weiteren Mechanismen ergänzt, so dass die Rechte der Opfer im Ergebnis effektiv geschützt werden.⁸ Dies ist nach dem Geist der Abkommen die Basis der Gerechtigkeit.⁹ Um den Schutz der Opferrechte effektiv zu gewährleisten, muss der Staat auch Gewalttaten verhüten und den Frieden realisieren.¹⁰ Die Gerechtigkeit soll deshalb als etwas Zukunftsorientiertes begriffen werden und die Institutionen der Übergangsgerechtigkeit sollen sich dementsprechend auf die zukünftigen Generationen beziehen.¹¹

Die Entschädigung der Opfer soll individuell und kollektiv gewährleistet werden.¹² Hierbei gewinnen die Institutionen des Zivilrechts eine besondere Bedeutung. Man spricht nicht nur von „Entschädigung“ bzw. vom „Schadensersatz“ im klassischen Sinne. Das Abkommen und die Studien des kolumbianischen Rechts beziehen sich hier auf weitere Formen der Wiedergutmachung, welche sich auf einer kollektiven Ebene bewegen und welche die komplexen Versöhnungsprozesse in der Gesellschaft fördern sollen.¹³

Die Anerkennung der individuellen Verantwortung für die Rechtsverletzungen ist ein weiteres Prinzip dieses Übergangsgerechtigkeitsmodells. Die Verantwortung für „alle am bewaffneten Konflikt direkt und indirekt Beteiligten“ muss danach bestimmt werden. Und das soll insbesondere in den Fällen schwerwiegender Verletzungen der Menschenrechte und des Internationalen Humanitären Rechts gewährleistet werden.¹⁴

Ein anderes entscheidendes Prinzip des hier dargestellten Übergangsgerechtigkeitsmodells ist die Rekonstruktion der Wahrheit.¹⁵ Dieses folgt dem Interesse der Opfer und der Allgemeinheit. Demnach besteht das Bedürfnis zu wissen, „was passiert ist und was nie wieder geschehen darf“¹⁶. Durch die

⁷ Siehe insbesondere Punkt Nr. 5, Prinzipien, Nr. 1, 3, 4, 6, 7 und 10; Punkt Nr. 5.1. Zwecke („Objetivos“), Abs. 1, 4, 6, 7 und Elemente („Componentes“) Abs. 1, 2, 4.

⁸ Siehe Punkt Nr. 5.1.

⁹ Siehe etwa Punkt Nr. 5.1., Abs. 1 und 5.1.2, Nr. 6, 7, 8.

¹⁰ Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 1.

¹¹ Siehe Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 3.

¹² Siehe besonders Punkt Nr. 5.1. Elemente („Componentes“) Abs. 4; siehe auch Punkt Nr. 5.1.2. I, 6 auch Nr. 5.1.2. Nr. 60 und 5.1.2. Sanktionsliste Abs. 2, Nr. 4, Abs. 3, Nr. 1. und I, Abs. 4.

¹³ Es geht genauer um die symbolische Wiedergutmachung, die besonders durch die Kunst und ästhetische Äußerungen der Zivilbevölkerung konzipiert wird. Siehe dazu *Sierra*, *Derecho del Estado* 32 (2014), 77.

¹⁴ Siehe Punkt Nr. 5.1. Abs. 2.

¹⁵ Siehe Punkt Nr. 5.1.1.1.

¹⁶ Siehe Punkt Nr. 5.1.1.1., Abs. 1.

⁶ Auf Spanisch: „Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición“.

Rekonstruktion der Wahrheit sollen alle Opfer des Konflikts anerkannt werden, aber auch der Versöhnungsprozess in der Gesellschaft, sowie der Wiederaufbau einer „Zukunft mit Würde und Wohlstand für die Allgemeinheit“ garantiert werden.¹⁷ Nach dem Abkommen sollen dadurch auch die Gewaltzyklen endgültig unterbrochen werden.¹⁸ Bezweckt wird, neben dem Wiederaufbau, insbesondere das Andenken an die Opfer aufrechtzuerhalten, und zwar auf Basis einer umfangreichen Kenntnis all der Aspekte des bewaffneten Konflikts.¹⁹

Zum Schluss findet man als leitendes Prinzip dieses Modells das Gebot, die Gefahr der Wiederholung des Krieges zu vermeiden.²⁰ Die Mechanismen der Übergangsjustiz und auch des Prozesses der Entwaffnung und der Wiedereingliederung der Rebellen in das bürgerliche Leben, die im dritten Teil des Abkommens vorgesehen werden, sollen auch das Nicht-Wiederholungsgebot sichern.

2. Organe der Übergangsjustiz

Dem fünften Teil des Abkommens zufolge ist die Erstellung einer Sondergerichtsbarkeit im Rahmen eines Übergangsjustizverfahrens Sache des souveränen Staates.²¹ Der Staat ist demnach dazu befugt, die Schwere und Komplexität des bewaffneten Konflikts im Inland zu bewerten und auf dieser Grundlage die geeigneten Mechanismen der Justiz auszubilden, um den Frieden zu verwirklichen. Das vollständige System besteht aus 1. der „Kommission für die Klärung der Wahrheit, das Zusammenleben und die Nicht-Wiederholung“²², 2. der „Sondereinrichtung zur Suche der im Kontext und aufgrund des Konflikts verschwundenen Personen“²³ und 3. der „Sondergerichtsbarkeit für den Frieden“²⁴.

Die Wahrheitskommission ist ein nicht-gerichtliches Organ.²⁵ Ihre Funktion besteht in der Aufklärung der Komplexität des Konflikts.²⁶ Die Wahrheit soll kollektiv durch die Teilnahme der Opfer, der Zivilbevölkerung und der am be-

waffneten Konflikt Beteiligten in öffentlichen Verhandlungen rekonstruiert werden.²⁷ Dadurch soll auch die Anerkennung der Opfer und die Verantwortung der am Konflikt direkt und indirekt Beteiligten gefördert werden.²⁸ Ziel der Wahrheitskommission ist es auch, das Zusammenleben im Land zu unterstützen.²⁹

Die Sonderkommission zur Suche der im Kontext und im Lauf des Konflikts verschwundenen Personen ist ebenfalls ein nicht-gerichtliches Organ, welches die Aufgabe hat, die Informationen zur Suche der verschwundenen Personen zusammenzustellen.³⁰ Dabei sind auch u.a. Prozesse zur Identifizierung und Übergabe der gefundenen sterblichen Überreste an die Angehörigen vorgesehen.³¹

Die Sondergerichtsbarkeit für den Frieden ist ihrerseits das richterliche Organ des Übergangsjustizsystems, das die Funktion der Ausübung der Gerechtigkeitsfrage innehat.³² Seine Aufgaben sind es, die Verantwortung all der am bewaffneten Konflikt direkt und indirekt Beteiligten festzustellen und, im Fall politischer Delikte sowie der damit verbundenen Straftaten, den Verzicht auf Strafe zu bestimmen; überdies im Falle schwerwiegender Verletzungen der Menschenrechte und des Internationalen Humanitären Rechts die entsprechenden Sanktionen zu verhängen sowie eine effektive Entschädigung der Opfer zu sichern. Sie besteht aus den folgenden Organen:³³

- Abteilung für die Aufklärung der Wahrheit, Verantwortung und Feststellung der Taten und Tathergänge³⁴
- Abteilung für die Amnestie und Begnadigung³⁵
- Gericht für den Frieden (zur Ermittlung, Verfolgung und Sanktionierung der schweren Menschenrechtsverletzungen und schweren Verletzungen des Internationalen Humanitären Rechts³⁶)
- Abteilung für die Festlegung von Rechtssituationen³⁷
- Einrichtung für die Ermittlung und Anklage³⁸

¹⁷ Siehe Punkt Nr. 5.1.1.1., Abs. 1.

¹⁸ Siehe Punkt Nr. 5.1.1.1., Abs. 1.

¹⁹ Siehe Punkt Nr. 5.1.1.1., Abs. 2.

²⁰ Siehe Punkt Nr. 5.1., Zwecke („Objetivos“) Abs. 3 und Elemente („Componentes“) Abs. 5.

²¹ Siehe dazu Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 4.

²² Auf Spanisch: „Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición“. Siehe dazu Punkt Nr. 5.1.1.1.

²³ Auf Spanisch: „Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto“. Siehe dazu Punkt Nr. 5.1.1.2.

²⁴ Siehe Punkt Nr. 5.1.2.

²⁵ Punkt Nr. 5.1.1.1.1. Orientierungskriterien („Criterios orientadores“), Abs. 13.

²⁶ Berichtet werden muss nach dem Punkt Nr. 5.1.1.1.2. insbesondere: die schwerwiegenden Verletzungen der Menschenrechte und des Internationalen Humanitären Rechts, die Verantwortung des Staates, Farc-EP und weiterer paramilitärischer Gruppen, die Wirkungen des bewaffneten Konflikts auf die Gesellschaft, Politik und Beteiligten und auch der historische Kontext und Ursachen des Konflikts.

²⁷ Siehe Punkt Nr. 5.1.1.1.4.

²⁸ Punkt Nr. 5.1.1.1. Abs. 6 und 7.

²⁹ Punkt Nr. 5.1.1.1. Abs. 8 und 10.

³⁰ Punkt Nr. 5.1.1.2.

³¹ Punkt Nr. 5.1.1.2.

³² Punkt Nr. 5.1.2.

³³ Punkt Nr. 5.1.2. III, Nr. 46.

³⁴ Auf Spanisch: „Sala de reconocimiento de verdad, responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas“. Siehe dazu Punkt Nr. 5.1.2. III, Nr. 47 und 48.

³⁵ Auf Spanisch: „Sala de Amnistía o indulto“. Siehe Punkt Nr. 5.1.2. III, Nr. 49.

³⁶ Auf Spanisch: „Tribunal para la Paz“. Siehe dazu Punkt Nr. 5.1.2. III, Nr. 52.

³⁷ Auf Spanisch: „Sala de definición de situaciones jurídicas para los casos diferentes a los literales anteriores o en otros supuestos no previstos.“ Diese Abteilung soll für die Fälle zuständig sein, die nicht zu den bisher erwähnten Abteilungen und dem Friedensgericht gehören oder die nicht vorgesehen wurden. Siehe dazu Punkt Nr. 5.1.2. III, Nr. 50.

³⁸ Auf Spanisch: „Unidad de investigación y acusación“. Siehe Punkt Nr. 5.1.2. III, Nr. 51.

3. Die strafrechtliche Frage

Das kolumbianische Modell der Übergangsjustiz sieht auch ein System zur Behandlung der strafrechtlichen Frage vor. Die Entwicklung dieses Systems begann mit der Verfassungsänderung Nr. 01-2012.³⁹ Demnach soll das kommende Übergangsjustizmodell zur Beendigung des bewaffneten Konflikts den Schutz der Menschenrechte und das Internationale Humanitäre Recht respektieren. Die schwerwiegenden Verletzungen dieser zwei Rechtssysteme müssen mit anderen Worten bestraft werden. In dieser Verfassungsänderung lag auch eine Betonung der Bestrafung hinsichtlich der Hauptverantwortlichen für die schwerwiegenden Verletzungen der Menschenrechte und des Internationalen Humanitären Rechts. Das Übergangsjustizmodell der Abkommen hat jedoch das System auf die Bestrafung „all der am bewaffneten Konflikt direkt und indirekt Beteiligten“ erweitert. Die Behandlung der strafrechtlichen Frage findet letztlich ihren Niederschlag im Gesetz Nr. 1820 vom 30.12.2016. Dabei werden die Amnestie und Begnadigung der Rebellen sowie die differenzierte Behandlung der Strafe bei den Staatsbeamten geregelt. Im Folgenden soll dieses Strafsystems kurz vorgestellt werden.

a) Verzicht auf Strafe

aa) Amnestie- und Begnadigungssystem für die Rebellen

Bezüglich der Straftaten der Rebellen wird zuerst der Verzicht auf die Strafe bei politischen Delikten und den damit verbundenen Verhaltensweisen vorgesehen.⁴⁰ Was genauer Gegenstand der Amnestie oder der Begnadigung sein kann, ist vom Gesetzgeber im Gesetz Nr. 1820 vom 30.12.2016 bestimmt worden. Hintergrund dieser neuen Gesetzgebung ist die im kolumbianischen Strafgesetzbuch normierte Gruppe von Straftaten, die als „politische Delikte“ bezeichnet werden. Dort befinden sich u.a. die Delikte „Rebellion“, „Aufbruch“, „Aufstand“ und „Verschwörung“.⁴¹ Diese Verhaltensweisen werden im Amnestiegesetz als politische Delikte anerkannt und die damit verbundenen Verhaltensweisen sind demnach diejenigen, die „die Entwicklung der Rebellion“ „ermöglichen, unterstützen, finanzieren oder verheimlichen“.⁴² Mit den politischen Delikten sind weitere Verhaltensweisen verbunden, die im Verlauf von „Störungen der öffentlichen Ordnung“ oder der „Ausübung des Demonstrationsrechts“ begangen werden – etwa „leichte Körperverletzungen“, „Sachbeschädigung“, „Störung des öffentlichen, kollektiven und offiziellen Verkehrs“, „Verstopfung öffentlicher Straßen“, „Gewalt gegen Staatsbeamte“ usw.⁴³ Nach dem Gesetz sollen ferner all diese Verhaltensweisen – d.h. die politischen Delikte und die damit verbundenen Straftaten –

direkt oder indirekt auf den bewaffneten Konflikt bezogen werden.⁴⁴ Es handelt sich genauer gesagt um Straftaten, die durch den Konflikt „verursacht“ oder „aus Anlass“ des Konflikts oder „im direkten oder indirekten Bezug“ zu dem Konflikt begangen worden sind.⁴⁵ Der Begriff des politischen Delikts und die damit verbundenen Straftaten umfassen jedoch nicht solche Verhaltensweisen, die zum „eigenen Nutzen“ oder zum „Nutzen eines Dritten“ begangen werden.⁴⁶ Wesentlich bei all diesen Straftaten mit politischem Charakter ist es auch, dass der Staat das Angriffsziel des Verhaltens bildet (Staat als „passives Subjekt“).⁴⁷

Wie oben erklärt, ist die Amnestie und Begnadigung bei Verbrechen ausgeschlossen, die als schwerwiegende Verletzungen der Menschenrechte und des Internationalen Humanitären Rechts interpretiert werden können.⁴⁸ In diesem Sinne werden im fünften Teil des Friedensabkommens die folgenden Verhaltensweisen erwähnt: Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Völkermord, schwere Kriegsverbrechen, Geiselnahme und andere schwere Fälle von Freiheitsberaubung, Folter, außergerichtliche Hinrichtungen, erzwungenes Verschwinden, Vergewaltigung und andere sexuelle Gewaltformen, Kindesentführung, Vertreibung und Rekrutierung von Kindern i.S.d. Romstatuts.⁴⁹ Die Schwere dieser Art von Verhaltensweisen wird ebenso im Gesetz durch die Merkmale „Grausamkeit, Barbarei oder Äquivalent“ festgehalten.⁵⁰ Man kann im Gesetz auch Präzisierungen zum Begriff der „schwerwiegenden Kriegsverbrechen“ finden. Demnach liegt die Schwere in der „systematischen Ausführung“ der verbrecherischen Verhaltensweisen.⁵¹

Das Amnestie- und Begnadigungssystem enthält ebenfalls ein Vorteilsprinzip: Im Falle von Zweifeln muss die Amnestie oder die Begnadigung möglichst anerkannt werden und dies insbesondere, wenn für entsprechende Vergehen kein Verbot vorgesehen ist.⁵²

Im Abkommen und im Gesetz werden letztlich einige Voraussetzungen zur Gewährung einer Amnestie oder Begnadigung vorgeschrieben. Die erste Bedingung besteht in dem Waffenstillstand und der Einstellung der Feindseligkeiten.⁵³ Dies ist eine Bedingung, die bereits durch die Rebellengruppe erfüllt worden ist. Zweitens müssen die durch Amnestie oder Begnadigung Begünstigten ihre Pflichten zur

³⁹ Acto Legislativo 01 de 2012 („Marco jurídico para la paz“).

⁴⁰ Punkt Nr. 5.1.2, Nr. 40.

⁴¹ Siehe dazu Kol. StGB Art. 467, Art. 468, Art. 469, Art. 471.

⁴² Gesetz Nr. 1820 v. 30.12.2016, Art. 16 und 23 lit. c.

⁴³ Gesetz Nr. 1820 v. 30.12.2016, Art. 24 (bei Begnadigung), Art. 29 Abs. 1 Nr. 2, Art. 37 Abs. 4.

⁴⁴ Gesetz Nr. 1820 v. 30.12.2016, Art. 2 und 23 Abs. 1 lit. a.

⁴⁵ Gesetz Nr. 1820 v. 30.12.2016, Art. 3.

⁴⁶ Gesetz Nr. 1820 v. 30.12.2016, Art. 23 Abs. 1 lit. b; Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 39 Abs. 1.

⁴⁷ Gesetz Nr. 1820 v. 30.12.2016, Art. 23 Abs. 1 lit. b.

⁴⁸ Gesetz Nr. 1820 v. 30.12.2016, Art. 10, Art. 23 Abs. 1 lit. a „schwerer Kriegsverbrechen“ („grave crimen de guerra“), Art. 30 Abs. 1, Art. 46.

⁴⁹ Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 40; Gesetz Nr. 1820 v. 30.12.2016, Art. 23 Abs. 1 lit. a.

⁵⁰ Gesetz Nr. 1820 v. 30.12.2016, Art. 23 Abs. 1 lit. a.

⁵¹ Gesetz Nr. 1820 v. 30.12.2016, Art. 23 Abs. 5.

⁵² Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 37, im Anschluss an Art. 6 Abs. 5, Protokoll II, Genfer Abkommen.

⁵³ Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 37, im Anschluss an Art. 6 Abs. 5, Protokoll II, Genfer Abkommen.

Klärung der Wahrheit und effektiven Entschädigung der Opfer erfüllen.⁵⁴ Die Erteilung der Amnestie oder Begnadigung führt auch dazu, das Versprechen der Nicht-Wiederholung der Straftaten einzuhalten.⁵⁵

bb) Differenzierte Strafbehandlung bei Staatsbeamten

Um die Gleichheit zwischen den Konfliktparteien zu gewährleisten, wird in den Abkommen und in deren Entwicklung im Amnestiegesetz Nr. 1820 eine Sonderstrafbehandlung der Verbrechen von Staatsbeamten berücksichtigt. Nach dem Wortlaut des Amnestiegesetzes ist der Verzicht auf Strafverfolgung gegen Staatsbeamte vorgesehen, sofern die Straftaten nicht als „Delikte gegen die Menschlichkeit, Völkermord, schwerwiegende Kriegsverbrechen, Geiselnahme oder andere schwerwiegende Freiheitsberaubungen, Folter, extralegale Hinrichtungen, erzwungenes Verschwinden, Vergewaltigung und andere Formen sexueller Gewalt, Entführung von Minderjährigen, erzwungene Vertreibung oder Kinderrekrutierung in dem Sinne des Romstatuts“ zu qualifizieren sind.⁵⁶ Nach dem Gesetz ist diese Sonderstrafbehandlung auch bei Delikten gegen „den Dienst“ oder „die Disziplin“, „die Interessen der öffentlichen Gewalt“, „die Ehre und Sicherheit der öffentlichen Gewalt“ nach dem Militärischen Strafgesetzbuch unzulässig.⁵⁷ Nur solche Straftaten, die durch den Konflikt „verursacht“ oder „im Anlass“ des Konflikts oder „im direkten oder indirekten Bezug“ zu dem Konflikt begangen worden sind, können also Gegenstand dieser differenzierten Strafbehandlung sein.⁵⁸

b) Strafsystem

aa) Allgemeines

Die Verbrechen, die nach diesem Sanktionsmodell bestraft werden können, sind im Prinzip solche, die kein Gegenstand der Amnestie, Begnadigung oder der differenzierten Strafbehandlung bei Staatsbeamten sein können.⁵⁹ Nach dem fünften Teil des Friedensabkommens sind solche Straftaten zu bestrafen, die als „schwerwiegende Verletzungen des Internationalen Humanitären Rechts“ und als „schwerwiegende Verletzungen der Menschenrechte“ bezeichnet werden können.⁶⁰

Dieses Strafsystem gilt bei „allen direkten und indirekten Beteiligten“ des bewaffneten Konflikts.⁶¹ Nur die Rebellen, die die Waffen abgegeben haben, fallen unter dieses Strafsystem.⁶² Auch Personen, welche andere paramilitärische

Gruppen finanziert haben,⁶³ und Staatsbeamte können nach den Regeln dieses Sanktionssystems beurteilt werden.⁶⁴ Diejenigen Personen, die an der Durchführung der Straftaten maßgeblich teilgenommen haben oder sich regelmäßig daran beteiligt haben, können ebenso von der Sondergerichtsbarkeit für den Frieden erfasst werden.⁶⁵

bb) Sanktionsformen

Das Sanktionssystem operiert grundsätzlich mithilfe der Kooperation der Strafverantwortlichen bei der Klärung der Eigenverantwortung und der Wahrheit.⁶⁶ Nach dem fünften Teil des Abkommens sollen die Sanktionen auch der Wiedergutmachung der hervorgerufenen Schäden dienen.⁶⁷ Es sind unterschiedliche Sanktionsformen vorgesehen:

(1) Die zugehörigen Sanktionen der Sondergerichtsbarkeit für den Frieden

Die „zugehörigen Sanktionen der Sondergerichtsbarkeit für den Frieden“ sind effektive Einschränkungen der Freiheit.⁶⁸ Sie können erst verhängt werden, wenn die Wahrheit und die Eigenverantwortung vor der Abteilung für die Aufklärung der Wahrheit, Verantwortung und Feststellung der Taten und der Tathergänge freiwillig anerkannt worden ist.⁶⁹ Sie sollen ferner nach dem Wortlaut der Abkommen einer „restaurativen Funktion“ dienen.⁷⁰ Hierbei geht es um eine effektive Einschränkung der Bewegungs- und Niederlassungsfreiheit von fünf bis acht Jahren, die jedoch nicht als Aufenthalt im Gefängnis verstanden wird.⁷¹

Eine „Liste von Sanktionen“ dieser Natur wurde vorgesehen. Deren Inhalt wird nach den folgenden Kriterien konzipiert:⁷² 1. dem Grad der vom Täter anerkannten Wahrheit; 2. der Schwere des sanktionierten Verhaltens; 3. dem Grad der Beteiligung und übernommener Verantwortung sowie den schärfenden oder mildernden Umständen der Strafzumessung und 4. den Beiträgen zur Entschädigung der Opfer und der Nicht-Wiederholungsgarantie. Als Beispiele dieser Sonderformen der Sanktionen kann man etwa den Wiederaufbau der Infrastruktur, den Einsatz von Maßnahmen für den Umweltschutz oder die Beseitigung illegaler Plantagen erwähnen.⁷³

(2) Die alternativen Sanktionen

Wird im Gegensatz dazu die Wahrheit und die Verantwortung spätestens beim Gericht für den Frieden – genauer: vor

⁵⁴ Gesetz Nr. 1820 v. 30.12.2016, Art. 6, Art. 14, Art. 18, Art. 25 Abs. 2, Art. 33, Art. 52 Abs. 1 Nr. 4, Art. 57 Abs. 1 Nr. 4.

⁵⁵ Gesetz Nr. 1820 v. 30.12.2016, Art. 6 und Art. 14.

⁵⁶ Gesetz Nr. 1820 v. 30.12.2016, Art. 46 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2. und Art. 47.

⁵⁷ Gesetz Nr. 1820 v. 30.12.2016, Art. 46 Abs. 2 Nr. 3.

⁵⁸ Gesetz Nr. 1820 v. 30.12.2016, Art. 2 und 3.

⁵⁹ Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 40 und 60.

⁶⁰ Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 2.

⁶¹ Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 2.

⁶² Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 32.

⁶³ Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 32.

⁶⁴ Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 44.

⁶⁵ Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 32.

⁶⁶ Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 60 Abs. 1.

⁶⁷ Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 60 Abs. 1.

⁶⁸ Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 60 Abs. 2, 3 und 4, auf Spanisch: „Sanciones propias de la Jurisdicción Especial para la Paz“.

⁶⁹ Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 60 Abs. 2.

⁷⁰ Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 60 Abs. 2.

⁷¹ Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 60 Abs. 2, 3 und 4.

⁷² Punkt Nr. 5.1.2., Listado de sanciones.

⁷³ Punkt Nr. 5.1.2., Listado de sanciones, I. A. 4. und C.

der Abteilung für die Beurteilung⁷⁴ – vor der Entscheidung vom Täter anerkannt, so soll eine sog. alternative Sanktion verhängt werden.⁷⁵ Diese entspricht einer Freiheitsstrafe von fünf bis acht Jahren, die im Gefängnis oder gegebenenfalls in Untersuchungshaft vollgestreckt werden muss. Nach dem Wortlaut des Abkommens soll in diesem Fall die Sanktion grundsätzlich eine „retributive“ Funktion erfüllen.⁷⁶

(3) Reduzierte Strafe

Vorgesehen wird auch eine Minderung der Strafe in den zwei bereits genannten Fällen, wenn die Verantwortlichen eine nicht so entscheidende Rolle bei der Durchführung der Straftat gespielt haben. Die Sanktion liegt dabei zwischen zwei und fünf Jahren.⁷⁷

(4) Die regulären Sanktionen

Die reguläre Sanktion wird verhängt, wenn die Wahrheit und die Verantwortung vom Täter vor der Abteilung für die Aufklärung der Wahrheit, Verantwortung und Feststellung der Taten und den Tathergängen oder später beim Gericht für den Frieden nicht anerkannt werden.⁷⁸ Die Funktion der Sanktion entspricht in diesem Fall der Funktion der Strafe i.S.d. kolumbianischen Strafgesetzbuches.⁷⁹ Die Strafe ist eine Freiheitsstrafe zwischen fünfzehn und zwanzig Jahren.⁸⁰ Diese kann weiter vermindert werden, wenn der Verurteilte zu seiner eigenen Resozialisierung durch Arbeit oder Ausbildung beiträgt.⁸¹

III. Zur Deutung der strafrechtlichen Frage im Übergangsjustizmodell Kolumbiens

Die Schaffung des bereits dargestellten Übergangsjustizmodells in Kolumbien folgt unterschiedlichen Interessen und hier insbesondere der Beendigung des bewaffneten Konflikts und der Erreichung des Friedens. Die Behandlung der individuellen Verantwortung gewinnt also eine andere Konnotation. Man kann dies bei der Behandlung der strafrechtlichen Verantwortung sehen. Zwar ist es wichtig, die strafrechtliche Verantwortung durch ein gerichtliches Verfahren anzuerkennen und zumindest die schwerwiegenden Verletzungen der Menschenrechte und des Internationalen Humanitären Rechts zu sanktionieren. Noch wichtiger ist es aber, die Wahrheit, die Opferentschädigung, die Nicht-Wiederholung der verbrecherischen Taten und die Eingliederung der Rebellen in die Gesellschaft zu sichern sowie die Ursachen des Konflikts zu bekämpfen. Die Reduzierung des Strafmaßes sowie die Möglichkeit, die Sanktion nicht im Gefängnis zu vollstrecken, führen zu dieser Schlussfolgerung. Im kolumbianischen

Strafgesetzbuch werden die Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder die Kriegsverbrechen mit deutlich höheren Strafen sanktioniert. So wird zum Beispiel beim „Völkermord“ (Art. 101 kol. StGB) oder beim „Totschlag einer geschützten Person“ (Art. 135 kol. StGB) eine Freiheitsstrafe von dreißig bis vierzig Jahren vorgesehen. Wie sich diese Sonderbehandlung der strafrechtlichen Frage rechtfertigen lässt, muss noch genauer geklärt werden.

1. Zwecke der Übergangsjustiz

Man kann zunächst das Strafmodell der Friedensabkommen Kolumbiens aus der Sicht der Zwecke der Übergangsjustiz rechtfertigen. Die Übergangsjustiz wird als Sammlung von gerichtlichen und nicht-gerichtlichen Mechanismen begriffen, welche die Überwindung der in Zeiten des Umbruchs verursachten Schäden zum Zweck haben.⁸² Diese Schäden können aufgrund der Errichtung eines autoritären Regimes oder eines bewaffneten Konflikts entstanden sein. Die unterschiedlichen Maßnahmen, die typischerweise dem Phänomen dieser Sonderart von Justiz entsprechen, sind transitorisch. So zählen hierzu etwa sowohl die Errichtung von Sonderstrafgerichten und Wahrheitskommissionen, als auch alle Maßnahmen zur Rekonstruktion des kollektiven historischen Gedächtnisses, die Schaffung von Systemen der individuellen und kollektiven Entschädigungen der Opfer sowie der Versöhnung in der Gesellschaft und die Erlassung von Amnestiegesetzen.⁸³ Der Fokus richtet sich im Grunde auf die Wiederherstellung der demokratischen Ordnung durch die Aufarbeitung bzw. Bewältigung der Vergangenheit.⁸⁴ Es wird eine Antwort darauf gesucht, was genau passiert ist, wer schuld daran war und ob die Gesellschaft den Verantwortlichen eine Möglichkeit zur Reintegration durch Aussöhnung gibt. Im Hinblick darauf kann man am kolumbianischen Modell gewisse Legitimationsgründe für die Sonderstrafbehandlung der am bewaffneten Konflikt Beteiligten finden.

a) Das Recht auf Frieden als notwendige Bedingung für die effektive Umsetzung der Menschenrechte

Das Recht auf Frieden ist der erste Legitimationsgrund des kolumbianischen Übergangsjustizmodells.⁸⁵ Ohne Frieden gibt es keine Möglichkeit, die Menschenrechte effektiv um-

⁷⁴ Auf Spanisch: „Sección de enjuiciamiento“.

⁷⁵ Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 60 Abs. 6.

⁷⁶ Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 60 Abs. 6.

⁷⁷ Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 60 Abs. 5.

⁷⁸ Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 60 Abs. 8, auf Spanisch „Sanciones ordinarias“.

⁷⁹ Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 60 Abs. 7.

⁸⁰ Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 60 Abs. 8.

⁸¹ Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 60 Abs. 8.

⁸² Siehe dazu Teitel, *Transitional Justice*, 2000, S. 3 ff.; Buckley-Zistel/Beck/Braun/Mieth, in: Buckley-Zistel/Beck/Braun/Mieth (Hrsg.), *Transitional Justice Theories*, 2014, S. 1 ff.; Schuller, *Versöhnung durch strafrechtliche Aufarbeitung? Die Verfolgung von Kriegsverbrechen in Bosnien und Herzegowina*, 2010, S. 13.

⁸³ Siehe dazu Teitel (Fn. 82), S. 27 ff., 69 ff., 119 ff.; dies., in: Teitel (Hrsg.), *Globalizing Transitional Justice*, Contemporary essays, S. 1 (3 ff.); Schuller (Fn. 82), S. 17 ff.; Lambourne, in: Buckley-Zistel/Beck/Braun/Mieth (Fn. 82), S. 19 ff.

⁸⁴ Siehe dazu Teitel (Fn. 82), S. 3 ff.; Neumann, in: Neumann/Prittitz/Abrao (Hrsg.), *Transitional Justice*, 2013, S. 39.

⁸⁵ Siehe dazu Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 1.

zusetzen. Denn in einem Zustand des Krieges können sie systematisch verletzt werden. Es ist dann die Pflicht des Staates, die effektive Umsetzung der Menschenrechte nach den Regeln des Internationalen Humanitären Rechts und des Internationalen Rechts der Menschenrechte zu gewährleisten.⁸⁶ In diesem Sinne wird die Annahme einer Sonderbehandlung bei der Verhängung der Strafe vom kolumbianischen Verfassungsgericht gerechtfertigt.⁸⁷ Soweit die schwerwiegenden Verletzungen der Menschenrechte nach den Regeln des internationalen Rechts sanktioniert werden und die strafrechtliche Frage neben den Mechanismen der Übergangsgerechtigkeit zu Gunsten des Friedens behandelt wird, ist eine Sonderbehandlung der im bewaffneten Konflikt begangenen Straftaten verfassungsmäßig.

Dem Interesse an der Erhaltung eines Friedenszustandes wird auch in der Literatur zur Politikwissenschaft und zum Völkerstrafrecht Rechnung getragen.⁸⁸ Die Mechanismen der Übergangsgerechtigkeit dienen aus der politikwissenschaftlichen Sicht dem Schutz der „menschlichen Sicherheit“⁸⁹. Um die Schäden der begangenen verbrecherischen Taten zu überwinden und dadurch den Frieden zu erreichen, soll die Gesellschaft unterschiedliche Maßnahmen treffen, die sich nicht auf die Retribution beschränken.⁹⁰ Auch in der Literatur zum Völkerstrafrecht kann man Hinweise auf die Geltung eines internationalen Anspruchs auf Frieden finden. Der Frieden wird in diesem Zusammenhang als Hauptgrund der Legitimation dieses internationalen Strafrechtssystems begriffen. Demnach dient die Strafverfolgung dem Schutz des weltweiten Friedens.⁹¹ Die völkerstrafrechtlichen Verbrechen gefährden also die Geltung eines internationalen Rechts, das „die Bedingungen der Möglichkeit des Rechtsfriedens auf der Welt“ zu erhalten bezweckt.⁹² Aus internationaler Sicht gibt es also heutzutage einen Anspruch auf Errichtung und Erhaltung von demokratischen Rechtsordnungen und auf weltweiten Frieden, was auch als Garantie der menschlichen Sicherheit verstanden wird.

⁸⁶ Punkt Nr. 5.1.2., Nr.12.

⁸⁷ Kol. VerfG, Urt. v. 28.8.2013 – C-579/2013, Consideración jurídica 8.3.1.

⁸⁸ Teitel (Fn. 83), S. 5; Werle, ZStW (1997), 807 (814 f.).

⁸⁹ Teitel (Fn. 83), S. 6: „[...] transitional justice is no longer primarily considered to be about the normative questions regarding a state's dealing with its troubled past. Instead, the relevant questions are now considered to be part of a broader international commitment to human security“.

⁹⁰ Teitel (Fn. 83), S. 7: „Justice is no longer primarily about retribution, or even deterrence. Rather, these aspirations may actually give way to the demand for a kind of accountability that is suited of fostering peace and security on the ground“.

⁹¹ Dies insbesondere als Frage der Grundlegung des Völkerstrafrechts, besonders nach dem zweiten Weltkrieg. Werle, ZStW (1997), 807 (814 f.): „Systematische und schwere Menschenrechtsverletzungen, insbesondere Völkermord, sind Weltfriedensstörungen.“

⁹² Gierhake, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, 2005, S. 266.

Das kolumbianische Übergangsgerechtigkeitsmodell kann sich dabei auf diesen Legitimationsgrund stützen. Denn es geht nicht nur darum, dass ein Staat seine Vergangenheit durch den Einsatz der Justiz bewältigt. Die internationalen Staatspflichten führen vielmehr dazu, die Bedingungen zur effektiven Umsetzung der Menschenrechte zu gewährleisten, also die Institutionen der Demokratie und den Frieden zu schützen. Soweit die Staaten Maßnahmen zu diesem Zweck verwirklichen, ist es legitim, dabei Alternativen zur Strafverfolgung einzuführen. Das kolumbianische Übergangsgerechtigkeitsmodell ergänzt deswegen die gerichtliche Beurteilung der individuellen Strafverantwortung durch die Einsetzung unterschiedlicher Mechanismen, welche die Erreichung des Friedens bezwecken, wie etwa die Abgabe der Waffen und die Beendigung der Feindseligkeiten vonseiten der Rebellen, das Versprechen der Nicht-Wiederholung der verbrecherischen Taten, die effektive Entschädigung der Opfer, die effektive Kooperation bei der Wahrheitsfindung usw.

b) Das Recht auf Wahrheit, effektive Entschädigung der Opfer und Garantie der Nicht-Wiederholung als unverzichtbare Prinzipien

Im kolumbianischen Übergangsgerechtigkeitsmodell kann man auch das Recht auf Wahrheit, das Recht der Opfer auf eine effektive Entschädigung und die Nicht-Wiederholungsgarantie als weitere Legitimationsgründe für die Sonderbehandlung der Strafe ansehen. Der Staat muss nach dem Sinn des fünften Teils der Friedensabkommen die effektive Entschädigung der Opfer insbesondere im Fall der schwerwiegenden Verletzungen der Menschenrechte und des Internationalen Humanitären Rechts gewährleisten.⁹³ Die am stärksten gefährdeten Bevölkerungsgruppen – wie etwa Frauen und Kinder – sollen ebenso einem besonderen Schutz unterliegen. Die Menschenrechtsverletzungen sind in diesem Fall besonders schwerwiegend.⁹⁴ Wer die Vorteile der Sondergerichtsbarkeit für den Frieden genießen will, muss auch bei der Wahrheitsfindung, der Opferentschädigung und der Nicht-Wiederholungsgarantie kooperieren.⁹⁵ Die Amnestie und die Begnadigung sowie das differenzierte Strafsystem für die Staatsbeamten können ebenfalls erst anerkannt werden, wenn die Täter die Ansprüche dieser unverzichtbaren Prinzipien der Übergangsgerechtigkeit befriedigen.⁹⁶ So bleiben sie trotz Verzichtes der Strafverfolgung und Vollstreckung dazu verpflichtet, zur Wahrheitsfindung und Opferentschädigung beizutragen.⁹⁷ Auch die von der Sondergerichtsbarkeit für den Frieden vorgesehenen „zugehörigen Sanktionen“ sollen der Entschädigung der Opfer in einem individuellen und kollektiven Sinne dienen.⁹⁸

Die Sonderbehandlung der strafrechtlichen Frage findet dann ihre Legitimation durch die Respektierung dieser drei

⁹³ Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 6.

⁹⁴ Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 7 und 8.

⁹⁵ Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 13.

⁹⁶ Gesetz Nr. 1820 v. 30.12.2016, Art. 6.

⁹⁷ Gesetz Nr. 1820 v. 30.12.2016, Art. 14, Art. 18, Art. 25 Abs. 2, Art. 33, Art. 52 Abs. 1 Nr. 4, Art. 57 Abs. 1 Nr. 4.

⁹⁸ Siehe dazu Punkt Nr. 5.1.2., Nr. 60, und die Sanktionsliste (Listado de sanciones).

Prinzipien. In der kolumbianischen strafrechtlichen Literatur wird sogar argumentiert, dass nur der alternative Weg der Übergangsgerechtiz die Rechte der Opfer effektiv schützen könne.⁹⁹ Bei einem bewaffneten Konflikt verliert der Staat Effektivität und die vorliegenden Mechanismen der Strafjustiz können per se das Recht nicht widerherstellen. Ohne Friedensverfahren mit der Rebellengruppe von Las FARC-EP und den dabei vorgesehenen Übergangsgerechtigkeitsmechanismen würden die Opferrechte nicht zu gewährleisten sein. So findet man hierbei ein weiteres Argument für die Sonderbehandlung der strafrechtlichen Frage am kolumbianischen Beispiel: Der Verzicht auf die Strafe, die erhebliche Minderung des Grades der Strafe und der Einsatz von Sanktionen mit restaurativen Funktionen ergeben sich aufgrund des Vorrangs der „materiellen Gerechtigkeit gegenüber den Opfern“ vor Interessen der „retributiven Gerechtigkeit“.

c) Unverzichtbare Strafverfolgung bei schwerwiegenden Verletzungen der Menschenrechte und des Internationalen Humanitären Rechts

Das Amnestie- und Begnadigungssystem, die differenzierte Strafbehandlung von Staatsbeamten und das Sanktionssystem des Übergangsgerechtigkeitsmodells Kolumbiens wurden im Anschluss an die internationalen Strafverfolgungspflichten konzipiert. Demnach muss der Staat den elementaren Schutz der schwerwiegenden Verletzungen der Menschenrechte und des Internationalen Humanitären Rechts respektieren. Dies wurde bereits durch das kolumbianische Verfassungsgericht anerkannt.¹⁰⁰ Aus anderer Sicht ist also der Staat souverän gegenüber der Einsetzung der Kriminalpolitik. Dies bedeutet, dass der Verzicht auf die Strafe bei schwerwiegenden Vergehen, die im internationalen System der Menschenrechte und des Internationalen Humanitären Rechts geschützt werden, seine Begrenzung findet. In diesem Sinne zentrieren sich die Amnestie und die Begnadigung des kolumbianischen Übergangsgerechtigkeitsmodells auf das politische Delikt und die damit verbundenen Straftaten, d.h. auf die strafrechtlichen Verhaltensweisen, die typischerweise im Laufe einer Rebellion begangen werden können und die keine schwerwiegenden Verletzungen der Rechte der Person – und hier auch: der Menschenrechte und des Internationalen Humanitären Rechts – bedeuten. Die differenzierte Strafbehandlung der Staatsbeamten konzentriert sich ihrerseits auf solche Verhaltensweisen, die einen direkten oder indirekten Bezug zu dem bewaffneten Konflikt haben können, jedoch nicht als schwerwiegende Verletzungen der Menschenrechte und des Internationalen Humanitären Rechts anzusehen sind. Aus der Sicht der Souveränität des Staates, den Inhalt der inneren Kriminalpolitik selbst zu bestimmen, kann man auch die Sonderstrafbehandlung der kolumbianischen Friedensabkommen legitimieren. Und diese Entscheidung findet einen weiteren Legitimations-

grund, wenn solche Maßnahmen zur Erreichung des Friedens getroffen werden.

2. Skizze eines Legitimationsmodells aus rechtsphilosophischer Sicht

Die Frage der Legitimation des Amnestie-, Begnadigungs- und Sanktionssystems des kolumbianischen Übergangsgerechtigkeitsmodells kann auch aus rechtsphilosophischer Sicht beleuchtet werden. Dadurch können die bereits dargestellten Legitimationsgründe ihre besondere Bedeutung finden.

a) Strafjustiz in Zeiten der „Normalität“ und „Krise“

Abgesehen von der strikt theoretischen Frage nach der Funktion und Legitimation der Strafe, ist zu berücksichtigen, dass sie als Teil eines idealen Rechtssystems konzipiert wurde. Dieses Konzept entstand aus der Tradition der Rechtsphilosophie der Moderne. In diesem Zusammenhang wird die Strafe mit dem Gedanken der Vergeltung begründet, nämlich der Verhängung einer Sanktion aufgrund der Verletzung des Rechts. So wird die Strafe etwa bei Kant als Ausübung des Gewaltmonopols des Staates zur Vergeltung von Freiheitsverletzungen der Bürger verstanden.¹⁰¹ Und bei Hegel wird sie als die „Negation der Negation“ des „Rechts als Recht“¹⁰², d.h. als „Aufheben des Verbrechens“¹⁰³, die „Wiederherstellung des Rechts“¹⁰⁴ begriffen.

In der Gegenwart wird sie weiter als Antwort auf das Verbrechen jedoch nach anderen Gründen konzipiert.¹⁰⁵ Die Geltung eines Strafgesetzbuches und die Durchführung eines Strafverfahrens setzen also den „normalen“ Charakter des Verbrechens, d.h. ein Verbrechen innerhalb einer funktionierenden staatlichen Ordnung, voraus. Die Strafjustiz richtet sich dann nach dem Ideal, wonach die im Gesetz vorgesehenen Verbrechen effektiv bestraft werden können. Der Normwiderspruch soll daher durch einen Richter in einem Verfahren geklärt und die vorgesehene Strafe vollstreckt werden.¹⁰⁶

Dies ist jedoch nur der „normale“ Zustand des Funktionierens einer Rechtsordnung, die eben in Zeiten des Friedens operiert. Anders ist es, wenn sich die Strafjustiz in der Realität mit schwerwiegenden Verletzungen der Menschenrechte konfrontiert sieht. Wenn sich eine Rechtsordnung nur durch die Einsetzung ihres stärksten Gewaltmittels durchsetzen lässt, kann man bereits von einem Krisenzustand sprechen.

¹⁰¹ Kant, *Metaphysik der Sitten*, 1777 (1797), Zweiter Teil, 1. Abschnitt, § 49, Allgemeine Anmerkungen von den rechtlichen Wirkungen aus der Natur des bürgerlichen Vereins, E.; siehe dazu Zaczek, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, 1993, S. 24 ff.

¹⁰² Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1986 (1821), § 97, Zusatz.

¹⁰³ Hegel (Fn. 102), § 99.

¹⁰⁴ Hegel (Fn. 102), § 99.

¹⁰⁵ Jakobs, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, S. 13 ff.

¹⁰⁶ Jakobs, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, S. 26 ff.; ders., *Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2008, S. 113 ff.

⁹⁹ Reyes Alvarado, in: Gil Gil/Maculan (Hrsg.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, 2017, S. 202, insbesondere zur Legitimation der Übergangsgerechtiz zum Schutz der Opferrechte und ebenso auch zur Funktion der Strafe als Versöhnungsmechanismus.

¹⁰⁰ Kol. VerfG, Urt. v. 28.8.2013 – C-579/2013.

Wie kann ein Staat seine Strafjustiz durchsetzen, wenn die Straftäter sich für einen Krieg vorbereitet haben? Das ist der Fall des kolumbianischen Staats. Die Strafjustiz hat über Jahrzehnte versucht, alle der im bewaffneten Konflikt verursachten schwerwiegenden Verletzungen der Menschenrechte mithilfe des Militärs zu bekämpfen. Der bewaffnete Konflikt Kolumbiens hat also gezeigt, dass der Staat alleine angesichts dieser Komplexität des Konflikts kaum Effektivität aufweisen kann. Und dieser Zustand kann die Stabilität der Rechtsordnung als Ganze in Gefahr bringen. *Kelsen* hat bereits in diesem Sinne behauptet, dass eine geltende Rechtsordnung auch „im Großen und Ganzen“ Effektivität aufweisen muss.¹⁰⁷ Ein bewaffneter Konflikt kann also zu einem Effektivitätsdefizit der ganzen Rechtsordnung führen. Dadurch können weder die Strafnormen noch die individuelle Freiheit effektiv gesichert werden.

Will man also die Institution der Strafe zur Sicherung der Freiheit pflegen, so muss man einen friedlichen Zustand erhalten. Die Suche nach Frieden ist also ein Gebot der freiheitlichen Rechtsordnung. Bereits *Hobbes* hat gezeigt, dass man erst durch die Schaffung eines friedlichen Zustands die individuelle Freiheit aller Bürger sichern kann.¹⁰⁸ Denn vor der Entstehung des Staates besteht ein „Krieg aller gegen alle“, ein Misstrauenszustand, in dem jeder ständig mit der Ausübung oder Drohung der Ausübung der Gewalt durch andere rechnen muss.¹⁰⁹ Die Suche nach Frieden führt zur Geburt des modernen Staates,¹¹⁰ der gleichzeitig als Symbol der Stabilität dargestellt wird. Aus der Tradition der Moderne lässt sich dann folgern, dass die Institutionen des Rechts zunächst zur Sicherung der individuellen Freiheit der Bürger konzipiert worden sind.¹¹¹

b) Wiederherstellung der „Normalität“ durch die Übergangsjustiz

aa) Wiederum: Normalität in der freiheitlichen Rechtsordnung

In dem besonderen Kontext der systematischen Verletzungen der Menschenrechte kann natürlich der Staat das sich dabei ergebende Effektivitätsdefizit durch die ständige Ausübung von Gewalt kompensieren, d.h.: Krieg gegen die Straftäter führen. Jedoch wird das Recht auf diese Weise nur durch Zwang gesichert. Fraglich ist also, ob eine Rechtsordnung,

die sich nur durch Zwang durchsetzen lässt, im Sinne der Freiheit legitim ist. Diese Frage hat *Pawlik* bereits beantwortet.¹¹² Demnach ist die Stabilität der Rechtsordnung eine Vorbedingung zur Entwicklung der individuellen Freiheit bzw. der „Person“.¹¹³ Diese Stabilität bzw. dieser Zustand der „Normalität“¹¹⁴ kann durch Rechtsverbindlichkeit geschaffen werden.¹¹⁵ In einer freiheitlichen Rechtsordnung ergibt sich diese Rechtsverbindlichkeit aus der Motivation der Normadressaten.¹¹⁶ Die Bürger sollen also die Gelegenheit haben, sich selbst in der Rechtsordnung bzw. in dem Staat wiedererkennen zu können.¹¹⁷ Die Normbefolgung ist daher eine spontane Reaktion der Normadressaten.¹¹⁸ Die Gewaltanwendung kann also per se keine legitime Rechtsverbindlichkeit und daher auch keine Stabilität für die Rechtsordnung garantieren.¹¹⁹

Aus *Pawliks* Überlegungen zur Schaffung von Rechtsverbindlichkeit in der freiheitlichen Rechtsordnung kann man bereits Legitimationsgründe für die Favorisierung des alternativen Wegs der Übergangsjustiz finden. In einem Übergangsjustizverfahren wird versucht, die Effektivität der Rechtsordnung durch die Überwindung der Schäden des Krieges in der Gesellschaft zu garantieren. Es geht dann genauer darum, die kognitive Basis der Rechtsordnung als Ganze zu sichern, so dass die Normativität wieder ihre Aufgabe der Sicherung der Normgeltung erfüllen kann.¹²⁰ Der Fokus richtet sich also nicht bloß auf die Verhängung der Strafe, sondern auf die Wiederherstellung der Bedingungen für die Existenz eines normalen Zustands für das Funktionieren der ganzen Rechtsordnung. Mit anderen Worten: Das Ziel besteht in der Schaffung eines friedlichen Zustands, damit die Umsetzung der Menschenrechte effektiv gewährleistet wird. Aus dieser Sicht lassen sich die oben dargestellten Legitimationsgründe besser explizieren: Ohne Frieden kann ein demokratischer Staat keine Effektivität aufweisen und der Weg der Übergangsjustiz im Rahmen eines Friedensverfahrens kann besser den Schutz der Menschenrechte garantieren,¹²¹ als dies

¹⁰⁷ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 35.

¹⁰⁸ *Hobbes*, Leviathan, 1996 (1651), Kap. XIII und XVII.

¹⁰⁹ *Hobbes* (Fn. 108), Kap. XIII.

¹¹⁰ *Hobbes* (Fn. 108), Kap. XIV, S. 108: „es [ist] eine Vorschrift der Vernunft oder allgemeine Regel der Vernunft, daß jedermann nach Frieden streben sollte, soweit er Hoffnung hat, ihn zu erlangen, und daß er, wenn er ihn nicht erlangen kann, alle Hilfen und Vorteile des Krieges suchen und von ihnen Gebrauch machen darf“, vgl. auch Kap. XVII.

¹¹¹ Und hier insbesondere aus kantischer Sicht: *Kant* (Fn. 101), Erster Teil, Einleitung in die Rechtslehre § C; siehe auch dazu insbesondere aus der Sicht des „Grundrechts auf Sicherheit“ *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 3 ff.; siehe dazu *Seelmann*, Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 2010, § 3 Rn. 18.

¹¹² *Pawlik*, in: Byrd/Hruschka/Joerden (Hrsg.), Jahrbuch für Recht und Ethik, Bd. 19, 2011, S. 269; *ders.*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 99 ff., insbesondere 104 f.

¹¹³ *Pawlik* (Fn. 112 – Unrecht), S. 104.

¹¹⁴ *Pawlik* (Fn. 112 – Unrecht), S. 104 f.

¹¹⁵ *Pawlik* (Fn. 112 – Recht und Ethik), S. 287 ff.

¹¹⁶ *Pawlik* (Fn. 112 – Recht und Ethik), S. 287 ff., insbesondere 290.

¹¹⁷ *Pawlik* (Fn. 112 – Recht und Ethik), S. 287 ff., insbesondere 289; *Böckenförde*, in: Kohlhammer (Hrsg.), Säkularisation und Utopie, Festschrift für Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, 1967, S. 92 ff.

¹¹⁸ *Pawlik* (Fn. 112 – Recht und Ethik), S. 288 f.

¹¹⁹ *Pawlik* (Fn. 112 – Recht und Ethik), S. 287 ff.; in ähnlicher Sicht auch *Jakobs*, in: Höver (Hrsg.), Verbindlichkeit unter den Bedingungen der Pluralität, 1999, S. 5 ff., insbesondere 36 ff.

¹²⁰ *Jakobs* (Fn. 106 – Staatliche Strafe), S. 26 ff.; *ders.* (Fn. 106 – Norm), S. 113 ff.

¹²¹ Hier in Anschluss an *Reyes Alvarado* (Fn. 99), S. 197 ff., 202 ff.

im Kriegszustand möglich wäre. Genauer formuliert: Wenn sich die Rechtsordnung durch die Motivation der Normadressaten und eben nicht bloß durch Zwang durchsetzt, reduzieren sich deutlich die Risiken der Verletzung der Menschenrechte dank der Schaffung von Frieden bzw. der Akzeptanz der Norm in der Gesellschaft.¹²²

Der Verzicht, die Reduzierung und die Umformulierung des Inhalts der Strafe im kolumbianischen Übergangsjustizmodell lassen sich auf diese Weise rechtfertigen. Dies ist der Weg zur Beendigung des bewaffneten Konflikts, also der entscheidenden Ursache des Effektivitätsdefizits der kolumbianischen Rechtsordnung. Und diese Entscheidung ist ihrerseits legitim, indem der kolumbianische Staat auch eigene Verantwortung in der Verursachung des Konflikts – konkret: die soziale Ungleichheit – anerkennt. Die Rebellen können also nicht als gewöhnliche Täter angesehen werden. Sie gewinnen eine zweite Chance, sich in die Gesellschaft einzugliedern und sich vor den Opfern zu rehabilitieren.

bb) Bedeutung der Strafe für die Übergangsjustiz

Zwar spielt die Verhängung der Strafe eine nicht so entscheidende Rolle im Kontext der Übergangsjustiz. Man kann jedoch gewisse Funktionen erkennen. Wenn man das kolumbianische Strafmodell betrachtet, erkennt man die Respektierung eines Kernschutzes des internationalen Systems der Menschenrechte sowie des Internationalen Humanitären Rechts. Die Sanktionierung solcher Verhaltensweisen entspricht ihrer Bedeutung für die weltweite Friedensordnung. So lässt sich aus dieser völkerrechtlichen Sicht folgern, dass ein Minimum an Bestrafung auch zur Schaffung des weltweiten Friedens erwünscht ist. Das kolumbianische Modell versucht sich dem Geist der internationalen Gemeinschaft anzupassen und verzichtet nur auf die Strafe bei solchen Verhaltensweisen, die als Teil der Durchführung der Rebellion angesehen werden oder die sich lediglich im normalen Verlauf des bewaffneten Konflikts im Falle der Staatsbeamten ergeben haben können. Die Verhängung der Strafe bezweckt zusammenfassend die Aufrechterhaltung einer weltfriedlichen Rechtsordnung.

Des Weiteren könnte man auch denken, dass die Strafe hierbei auch ein Minimum der Orientierungskraft der unverzichtbaren Strafnormen – genauer: den Kernschutz des internationalen Systems der Menschenrechte und des Internationalen Humanitären Rechts – sichern kann. Auch die nicht unverzichtbaren Strafnormen brauchen also eine „kognitive Untermauerung“, wollen sie ihre „Wirklichkeit“ nicht einbüßen.¹²³ Hierbei lassen sich die Reduzierung der Strafe und die Ersetzung der Freiheitsstrafe im Gefängnis durch andere Einschränkungformen der Bewegungs- und Niederlassungs-

freiheit noch legitimieren. Die Reduzierung und Ersetzung der Strafe wird durch die Abgabe der Waffen und Beendigung der Feindseligkeiten sowie die Kooperation des Verantwortlichen bei der Wahrheitsfindung, effektive Opferentschädigung und Nicht-Wiederholung der Straftaten kompensiert. So wird die Strafnorm durch die Wiederherstellung der kognitiven Basis der ganzen Rechtsordnung – also indirekt – kognitiv untermauert. Und dies folgt – wiederum – dem Problem des Effektivitätsdefizits der Rechtsordnung bei einem bewaffneten Konflikt. Aus der strikten Sicht der Verhängung der Strafe kann sich die erhebliche Reduzierung ihres Maßes nochmals dadurch erklären, dass der Rebell nicht als gewöhnlicher Straftäter behandelt wird. Die kognitive Untermauerung operiert dann in einem Krisenzustand anders als bei einem friedlichen Zustand.

In einem Übergangsjustizverfahren soll die Institution der Strafe ebenso die Bedeutung erlangen, den Normwiderspruch des Rechts auf Seite des Verantwortlichen negieren zu können. In diesem Kontext hat die Strafe dennoch eine besondere Konnotation. Die Aufgabe der Strafe in der Übergangsjustiz besteht in den Worten *Neumanns* genauer in der „Destruktion von Ideologien“, unter denen man die systematischen Rechtsverletzungen rechtfertigen will.¹²⁴ Demnach sei die Strafe das „schärfst[e] Instrument des gesellschaftlichen Tadels“ und kann deswegen die Zulässigkeit der Rechtfertigung solcher Rechtsverletzungen aufheben.¹²⁵ In diesem Sinne bezweckt es die Verhängung der Strafe – hier am kolumbianischen Beispiel – aufzuzeigen, dass die Entstehung einer Rebellion und die Durchführung eines Krieges auf gar keinen Fall die schwerwiegenden Verletzungen der Menschenrechte rechtfertigen können.

IV. Zusammenfassung

1. Das kolumbianische Übergangsjustizmodell ist ein alternatives Konfliktlösungssystem, das besonders für Zeiten des Umbruchs erdacht worden ist.

2. Das Recht auf Frieden ist der wichtigste Legitimationsgrund des kolumbianischen Übergangsjustizmodells. Ohne Frieden gibt es keine Möglichkeit, den Schutz der Menschenrechte effektiv zu garantieren. Aus rechtsphilosophischer Sicht ist die Erreichung des Friedenszustands die Vorbedingung der Entfaltung der Persönlichkeit.

3. Die Annahme eines besonderen Sanktionssystems sowie des Amnestie- und Begnadigungssystems und einer differenzierten Strafbehandlung für die Staatsbeamten entspricht dem Sinne der Souveränität des Staates. Der Staat darf demnach die innere Kriminalpolitik bestimmen, muss jedoch den Kernschutz der schwerwiegenden Verletzungen der Menschenrechte und des Internationalen Humanitären Rechts respektieren. So bezweckt die Verhängung der Strafe die Aufrechterhaltung einer weltweiten friedlichen Rechtsordnung.

4. Die Strafe ist als Bestandteil eines idealen Rechtssystems konzipiert worden. Nach diesem Ideal ist der Staat dazu in der Lage, die Verletzungen der Strafnormen selbst durch

¹²² *Jakobs* (Fn. 106 – Norm), S. 55 f., die Rechtsordnung ist dadurch „wirklich“; die Rechtsnormen ergeben sich also durch einen gesellschaftlichen Prozess. Siehe dazu *Müssig*, in: *Pawlik/Zaczyk* (Hrsg.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag* am 26. Juli 2007, 2007, S. 405 (insbesondere S. 408 ff., 423 ff.); siehe auch *Durkheim*, *Physik der Sitten und des Rechts*, 1999, S. 264.

¹²³ *Jakobs* (Fn. 106 – Norm), S. 52.

¹²⁴ *Neumann* (Fn. 84), S. 42 ff.

¹²⁵ *Neumann* (Fn. 84), S. 42 ff.

Gewalt zu bekämpfen. In einem Kontext systematischer Menschenrechtsverletzungen verliert jedoch die Rechtsordnung an Effektivität.

5. Die Übergangsjustiz ist mit dem Grundgedanken der freiheitlichen Rechtsordnung kompatibel. Nach dem Sinn der freiheitlichen Rechtsordnung sollen die Normen Rechtsverbindlichkeit durch die Motivation der Normadressaten gewinnen. Die freiheitliche Rechtsordnung lässt sich also nicht durch Zwang legitimieren.

6. Die Strafnorm wird am kolumbianischen Übergangsjustizmodell durch die Sicherung der Existenz der ganzen Rechtsordnung kognitiv untermauert. Die kognitive Untermauerung operiert in einem Krisenzustand also anders als bei einem friedlichen Zustand.

7. Die Verhängung der Strafe am kolumbianischen Übergangsjustizmodell soll ebenso zeigen, dass die Entstehung einer Rebellion und die Durchführung eines Krieges die schwerwiegenden Verletzungen der Menschenrechte nicht rechtfertigen können.

Die Lösung des kolumbianischen bewaffneten Binnenkonflikts

Eine Herausforderung für die internationale Strafgerichtsbarkeit

Von Prof. Dr. Jorge Fernando Perdomo Torres, LL.M. (Bonn), Bogotá

I. Einführung

Über mehr als fünf Jahrzehnte erlebte Kolumbien einen bewaffneten Konflikt. Dieser hat nicht nur die einem Krieg eigenen Schrecken mit fast acht Millionen Opfern hinterlassen, sondern auch eine umfassende soziale und juristische Erfahrung: Die Kolumbianer haben im Laufe der Zeit die verschiedenen Mechanismen der Übergangsgerechtigkeit in ihr juristisches Bewusstsein eingebunden, sie verstanden und akzeptiert, in der Erkenntnis, dass der Wunsch nach Frieden stets eine Konstante des kolumbianischen Volkes gewesen ist. Diese juristische Evolution hat seit jeher den Entwicklungen des internationalen Rechts und der Rechtsprechung der internationalen Gerichtshöfe Rechnung getragen. Die Friedensprozesse Kolumbiens in den letzten Jahrzehnten (es hat ja nicht nur den erfolgreichen Verhandlungsprozess mit der Guerilla der FARC gegeben) sind stets nach Maßgabe der vom Staat gegenüber der internationalen Rechtsordnung erworbenen Pflichten erfolgt.

Vor mehr als zehn Jahren nahm Kolumbien einen Prozess der Unterwerfung der so genannten Paramilitärs (AUC, Vereinigte Selbstverteidigungsgruppen Kolumbiens) auf. Dabei handelte es sich um Gruppen, die als private Sicherheitstruppen zum Schutz von Landbesitzern vor der Verfolgung der Guerilla-Gruppen entstanden waren, sich aber bald in gewalttätige bewaffnete Organisationen verwandelten, die territorial, wirtschaftlich und sogar politisch ausgedehnte Regionen des Landes beherrschten. Dieser Befriedigungsprozess war nach der Annahme des Römischen Statuts der erste seiner Art, der in Kolumbien versucht wurde, und zwar auf der Grundlage des Gesetzes für Gerechtigkeit und Frieden (Gesetz 975 aus dem Jahre 2005). Mit diesem Gesetz wurde ein System der gerichtlichen Verfolgung für diejenigen entworfen, die sich diesem Gesetz unterwarfen und es war geprägt durch das, was man strafrechtlichen „Maximalismus“ nennen könnte. Das heißt, es wurde darin festgeschrieben, dass gegen alle Mitglieder dieser paramilitärischen Organisationen – an die 5.000 – im Rahmen eines speziellen Prozesses und auf der Grundlage ihres Geständnisses ermittelt wird und dass sie strafrechtlich verfolgt werden; es sah eine Freiheitsstrafe von bis zu acht Jahren im ordentlichen Gefängnis vor. Es war außerdem vorgesehen, dass die hierfür speziell geschaffene Gerichtsbarkeit für die Entscheidung über die Gesamtheit der begangenen Straftaten zuständig war.

Trotz der guten Absicht, internationale Standards zu erfüllen, war dieser Prozess u.a. von der Langsamkeit der Justiz geprägt, bis zu dem Punkt, dass bis zum heutigen Tag noch nicht alle Urteile ergangen sind, nicht einmal gegenüber den Hauptverantwortlichen, die, trotz noch anhängiger Verfahren, schon begonnen haben, ihre Freiheit wiederzuerlangen, da das Höchstmaß der auferlegbaren Freiheitsstrafe in der Zwischenzeit verbüßt wurde. Ferner beweist allein schon der Zeitverzug der gerichtlichen Verfahren, dass die Rechte der Opfer auf Wahrheit, Gerechtigkeit, Wiedergutmachung und Nichtwiederholung nicht vollständig gewährleistet worden

sind. Dennoch versucht Kolumbien bis auf den heutigen Tag unter großen Anstrengungen, diesen Prozess der Übergangsgerechtigkeit voranzubringen.

Zu der Vielzahl von Lehren, die die Kolumbianer aus dem Prozess mit den Paramilitärs gezogen haben, zählt die Notwendigkeit der Formulierung von Modellen der Übergangsgerechtigkeit, die die internationalen Pflichten des Staates achten, aber gleichzeitig zur endgültigen Beilegung des bewaffneten Konflikts mit den Guerillagruppen (FARC und ELN) führen, um auf diese Weise bei der Befriedung des Landes voranzukommen. Man beschloss, in die Verfassung Kolumbiens den sogenannten „juristischen Rahmen für den Frieden“ einzubringen, der ein Übergangsartikel ist und der allgemein, aber ausreichend, die Grundlagen einer die verfassungsrechtlichen Werte respektierenden Übergangsgerechtigkeit formuliert, die gleichzeitig einem verhandelten Ausweg aus dem bewaffneten Konflikt dient und stets die Rechte der Opfer garantiert.

Das in der Verfassung Verankerte diente als Grundlage für die Führung der Friedensverhandlungen mit der Guerilla der FARC in Havanna und für das in Cartagena de Indias unterzeichnete Friedensabkommen zur Beendigung des Konflikts (Abkommen von Cartagena). Nachdem Letzteres einige Monate später in Bogotá geändert wurde, entwickelte es in einem Abschnitt das System der Übergangsgerechtigkeit zur Demobilisierung dieser Guerilla, dessen Eigenheiten sich nach dem in der Verfassung verankerten „juristischen Rahmen für den Frieden“ ausrichten.

Der folgende Beitrag dient der allgemeinen Darstellung dessen, was man als Sondergerichtsbarkeit für den Frieden kennt, und wird in diesem Rahmen insbesondere zwei Themen hervorheben: Die Konzepte der Selektivität und Priorisierung bei der Urteilsfindung für die am bewaffneten Konflikt Beteiligten und das System der Alternativstrafen.

II. Allgemeine Charakteristika des ausgearbeiteten Systems der Übergangsgerechtigkeit

Punkt 5 der Verhandlungen sieht ein Makroabkommen über die „Opfer des Konflikts“ und ein komplettes, integrales Schutzsystem für die fast acht Millionen Opfer der Zwangsvertreibung und des gewaltsamen Verschwindenlassens, der Morde, Landenteignung, Massaker, außergerichtlichen Hinrichtungen, Folter, des sexuellen Missbrauchs usw. vor. Es wurde vereinbart, dass ihre Wiedergutmachung Mittelpunkt jedes Friedensabkommens sein sollte und dass man von wesentlichen Grundsätzen ausgehen sollte, wie die ihrer offiziellen Anerkennung als Opfer, der Anerkennung der Verantwortung durch die Täter, die Befriedigung ihrer Rechte auf Wahrheit, Gerechtigkeit, Wiedergutmachung und Nichtwiederholung, die Teilnahme der Opfer aus vielen Bereichen an den Debatten etc.

Es wurde ein integrales Justiz- und Wiedergutmachungssystem konzipiert, bestehend aus gerichtlichen und außergerichtlichen Mechanismen, die koordiniert eingesetzt werden

müssen, um die größtmögliche Befriedigung der Rechte der Opfer zu erreichen (man könnte dieses System als einzigartig in der Welt bezeichnen, da es nicht um vereinzelte Mechanismen geht, sondern um Mechanismen, die eng miteinander verbunden sind). Dieses System besteht aus einer „Sucheinheit für Zwangsverschwundene“ (man schätzt an die 40.000 Opfer), einer Kommission für Wahrheitsfindung, Zusammenleben und Nichtwiederholung, für Maßnahmen der integralen Wiedergutmachung und aus einer Sondergerichtsbarkeit für den Frieden, die die justizielle Komponente des vereinbarten Systems ausmacht.

In diesem Kontext soll hervorgehoben werden, dass die Sondergerichtsbarkeit für den Frieden in erster Linie bestrebt ist, die Rechte der Opfer auf Gerechtigkeit geltend zu machen, sowie zu vermeiden, dass die schweren Menschenrechtsverletzungen ungestraft bleiben, um auf diese Weise der Pflicht des kolumbianischen Staates nachzukommen, diese Tatbestände zu ermitteln, strafrechtlich zu verfolgen und zu bestrafen. Teilnehmen können in erster Linie die demobilisierten Guerilleros, die die Waffen niedergelegt haben und sich in den geplanten „Zonas de concentración y agrupamiento“ (Zonen der Konzentration und Zusammenlegung) befinden; an zweiter Stelle, die staatlichen Akteure, die Straftaten im Kontext und aufgrund des bewaffneten Konflikts begangen haben (es sind nicht wenige Fälle, in denen z.B. Mitglieder des kolumbianischen Heeres schwere Verbrechen begangen haben); an dritter Stelle die Zivilpersonen, die indirekt am Konflikt beteiligt waren und irgendeine Art von Verantwortung tragen, wie z.B. durch Finanzierung oder jegliche Art von Zusammenarbeit mit den illegal bewaffneten Gruppen.

Nun unterscheidet das vereinbarte Modell zwischen denjenigen, die mutmaßliche Täter sind oder einer maßgeblichen Mitwirkung bei der Begehung der am schwersten wiegenden und repräsentativsten Verbrechen, wie Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Völkermord, Kriegsverbrechen usw. beschuldigt werden und denjenigen, denen Straftaten vorgeworfen werden, die im Rahmen der kolumbianischen juristischen Tradition als „politisch“¹ gelten können und deshalb Gegenstand einer Amnestie, Begnadigung² oder einer anderen Sonderbehandlung sein können. Im Falle der Ersteren wird ebenfalls ein Unterschied hinsichtlich des Verfahrens und des Strafmaßes gemacht, wenn die Verantwortlichkeit von Anfang an zugegeben wird bzw. wenn dies nicht der Fall ist. Der große Unterschied zeigt sich in der Art der zu verhängenden

Strafe: Im ersten Fall geht es um eine opferorientierte Sanktion, die – ohne Freiheitsstrafe zu sein – die Freiheit von fünf bis zu acht Jahren einschränkt und die in der Ableistung von Arbeiten besteht, die der Wiedergutmachung eines verursachten Schadens dienen sollen; im zweiten Fall werden dagegen effektive Freiheitsstrafen bis zu 20 Jahren verhängt, die unter normalen Haftbedingungen abgesessen werden müssen.

III. Selektivität und Priorisierung als immanente Kriterien der Instrumente der Übergangsjustiz in Kolumbien

Die Schwierigkeit der maximalen gerichtlichen Verfolgung der Hauptverantwortlichen, die während des Prozesses der Unterwerfung der Paramilitärs in Kolumbien deutlich wurde, nämlich, dass es bewiesenermaßen unmöglich und auch unangebracht war, alle Konfliktbeteiligten für die Gesamtheit der begangenen Taten zu verurteilen,³ hatte zur Folge, dass dieses neue in Havanna vereinbarte System der Übergangsjustiz nunmehr Kriterien der Selektivität und der Priorisierung von Fällen und Situationen sowie von Hauptverantwortlichen vorsieht.

In Bezug auf die Definition des Begriffs des Hauptverantwortlichen wurde auf der Grundlage eines vom Generalstaatsanwalt der Nation Kolumbiens im Jahr 2012 erlassenen Beschlusses festgelegt, dass diese Figur nicht nur diejenigen betrifft, die die führenden und kontrollausübenden Positionen innerhalb der kriminellen Organisation eingenommen hatten, sondern auch diejenigen, die besonders offenkundige Verbrechen begangen haben, ungeachtet ihrer hierarchischen Stellung in der Organisation. So wie es z.B. mit dem Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien,⁴ aber auch bei anderen Ad-hoc-Gerichten⁵ der Fall war, sind die Hauptverantwortlichen an erster Stelle die oberen Führungs-

³ Das Verfassungsgericht Kolumbiens hat diese Prinzipien analysiert und ihre Legitimität angesichts des überaus hohen Ausmaßes der in Kolumbien begangenen Taten und der vielen Beteiligten bekundet; die Leistungsfähigkeit des kolumbianischen Staates sähe sich weit übertroffen. Kol. VerfG, Urt. v. 28.8.2013 – C-579/2013.

⁴ Sicherheitsrat der Vereinten Nationen, Resolution 1503, 2003, auf der 4.817. Sitzung am 28.8.2003 beschlossen: Es wird empfohlen, dass der ICTY sich auf: „[...] die Strafverfolgung und die Gerichtsverfahren gegen die höchstrangigen Führungspersonen konzentriert, bei denen der Verdacht besteht, dass sie die größte Verantwortung für Verbrechen tragen, die seiner Gerichtsbarkeit unterliegen [...]“.

⁵ Im Fall der Sondergerichte von Kambodscha beschloss die Generalversammlung der Vereinten Nationen, dass die Rechtsprechung sich konzentrieren sollte auf: „[...] die hochrangigen Führungskräfte des Demokratischen Kampuchea und auf die Hauptverantwortlichen für das Begehen der Verbrechen [...]“. Und genau das scheint die Position des Büros des Anklägers des IStGH zu sein, wie aus der Verfolgungsstrategie des Gerichtshofs von 2009 hervorgeht: „Die Ermittlungen müssen sich auf diejenigen Personen konzentrieren, die sich auf der höchsten Ebene der Verantwortung befanden.“, International Criminal Court, The Office of the Prosecutor, Prosecutorial Strategy 2009-2012 v. 1.2.2010.

¹ Über das politische Verbrechen und dessen Tradition *Aponte Cardona*, in: Ambos/Malarino/Steiner (Hrsg.), *Terrorismo y derecho penal*, Jahr, S. 113.

² In Anerkennung des Artikels 6.5 des II. Protokolls des Genfer Abkommens, das Folgendes vorsieht: „Bei der Einstellung der Feindseligkeiten bemühen sich die Behörden, die an der Macht sind, den an dem bewaffneten Konflikt beteiligten Personen, oder denjenigen, die aus Gründen des bewaffneten Konflikts inhaftiert oder festgenommen sind, eine möglichst weitreichende Amnestie zuteil werden zu lassen.“ Siehe hierzu *Perdomo Torres*, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2017, 159.

kräfte mit einem höheren Grad der Verantwortung, aber natürlich kann es auch federführende Mitglieder geben, die trotz ihrer Position nicht zu den Hauptverantwortlichen gehören, wie auch umgekehrt jemand als solcher erachtet werden kann, auch wenn er nicht unbedingt eine hohe Position innerhalb der kriminellen Vereinigung innehatte.

Das in Kolumbien konzipierte System bietet also die Möglichkeit, Selektivitäts- und Priorisierungskriterien einzuführen, um gegen die Hauptverantwortlichen zu ermitteln und sie zu richten: Es wird der Sondergerichtsbarkeit für den Frieden obliegen, in Anwendung der für diesen Zweck zu verabschiedenden Gesetze die Reichweite des Konzepts des Hauptverantwortlichen zu definieren und in diesem Sinne die Gesamtheit der Mechanismen zur gerichtlichen Verfolgung von Gräueltaten einzusetzen. Andererseits können diejenigen, die nicht zu den Hauptverantwortlichen gehören und keine schweren Verbrechen, sondern sogenannte „politische Straftaten“ begangen haben, im Sinne des Gesetzes 1820 vom 30.12.2016, durch welches das Friedensabkommen umgesetzt wird, amnestiert oder begnadigt werden.

Eine weitere Bekundung der Selektivitäts- und Priorisierungsprinzipien ist ersichtlich, wenn wir uns fragen, welche Handlungen bestraft werden sollen; in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht ermöglichen es die Instrumente der Übergangsjustiz in Kolumbien, diejenigen Handlungen zur Ermittlung und Verfolgung auszuwählen, die als die am schwersten wiegenden Straftaten gelten. Das heißt, eine Tat muss – wie in der internationalen Strafgerichtsbarkeit – den Filter der vorgeschriebenen Schwere passieren, um ausgewählt zu werden, damit auf diese Weise alle schweren Verbrechen strafrechtlich verfolgt und hiermit die Pflichten des kolumbianischen Staates erfüllt werden. Wichtig ist hierbei, dass bei diesen Ermittlungen die Kontextmethode zum Einsatz kommt, dass also die wirtschaftlichen, politischen, sozialen Gegebenheiten, innerhalb derer die strafbaren Handlungen begangen wurden, gewürdigt werden, denn nur auf diese Weise können systematische Verbrechen, wie sie während des bewaffneten Konflikts in Kolumbien begangen wurden, korrekt untersucht werden.⁶ Es ist nun aber möglich, dass eine minderschwere Straftat (oder besser gesagt, eine nicht schwere Straftat) nicht im Lichte des Strafrechts ermittelt wird und auch nicht Gegenstand einer Amnestie sein kann, weil sie keine politische oder damit zusammenhängende Straftat ist, was aber nicht bedeutet, dass eine solche Tat z.B. nicht auch aus der Warte der Kommission für Wahrheit oder anderer außergerichtlichen Instrumente, die ausdrücklich zur sozialen Aussöhnung geschaffen wurden, beleuchtet werden kann.

Dies alles entspricht der Priorisierungs- und Selektivitätspolitik des Internationalen Strafgerichtshofes. Im September

2016⁷ wurde vom Büro des Chefanklägers dieses Gerichts ein Dokument mit folgendem Inhalt verfasst:

„[...] es gehört nicht zu den Funktionen der Behörde, alle mutmaßlichen Verbrechen, die in einer gewissen Situation begangen wurden, zu untersuchen oder gegen jede Person, die mutmaßlich verantwortlich für diese Verbrechen ist, zu ermitteln und [sie] strafrechtlich zu verfolgen. Das wäre praktisch nicht umsetzbar. [...] Die Behörde unterstützt uneingeschränkt die Rolle, die die Mechanismen zur Wahrheitsfindung, die Programme zur Wiedergutmachung übernehmen können [...]“.⁸

Hierbei muss erwähnt werden, dass das Interamerikanische Menschenrechtssystem (sowohl der Gerichtshof als auch die Interamerikanische Kommission) den amerikanischen Staaten eine Reihe von Vorgaben für den Fall einer Formulierung von Instrumenten der Übergangsjustiz gemacht hat. Konkret bedeutet dies, dass die Gewährung von Amnestie oder Begnadigung als einziger Mechanismus zur Erreichung des Friedens abgelehnt wurde, da ein solcher Prozess nie akzeptiert werden kann, wenn damit völlige Straflosigkeit einhergeht. Dennoch hat der Gerichtshof die Möglichkeit offengehalten, Amnestiegesetze zu erlassen, um die Einstellung der Feindseligkeiten und die Rückkehr zum Frieden zu erreichen. So hat er sich bei Überprüfung des in El Salvador verabschiedeten Allgemeinen Amnestiegesetzes wie folgt geäußert:

„[...] es lässt sich folgern, dass die Logik des politischen Prozesses zwischen den Konfliktparteien, die zur Einstellung der Feindseligkeiten in El Salvador geführt hat, dem Staat die Verpflichtung auferlegte, zumindest in den von der Wahrheitskommission als schwere Menschenrechtsverletzungen eingestuften Verbrechen zu ermitteln und sie beispielhaft von der ordentlichen Justiz bestrafen zu lassen, damit sie nicht straflos bleiben, und um ihre Wiederholung zu vermeiden.“⁹

Also wird diese Art von Gesetzen immer dann akzeptiert, wenn sie die erlaubte juristische Schwelle nicht überschreiten und nicht zur Straflosigkeit führen. Im Falle Maritza Urrutia gegen Guatemala hat der Gerichtshof sich zum Thema Straflosigkeit folgendermaßen geäußert:

„Straflosigkeit ist das Fehlen von Ermittlung, Verfolgung, Verhaftung, gerichtlicher Belangung und Verurteilung als einheitliches Ganzes der Verantwortlichen von Verletzungen

⁶ Über die Notwendigkeit dieser Forschungsmethodik, um internationale Verpflichtungen einzuhalten, *Montealegre Lynett*, in: Palacio Palacio/Escrutaria Mayolo/Ramírez Álvarez (Hrsg.), *Diálogo constitucional para la paz*, 2014, S. 211.

⁷ International Criminal Court, The Office of the Prosecutor, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation v. 15.9.2016: „This policy paper sets out the considerations which guide the exercise of prosecutorial discretion in the selection and prioritisation of cases for investigation and prosecution“.

⁸ Siehe hierzu *Goebertus Estrada*, *Compatibilidad entre las herramientas de justicia transicional en Colombia y el derecho internacional*. Gutachten für den Interamerikanischen Menschengenrichtshof, Fall Vereda La Esperanza v. Kolumbien (im Erscheinen).

⁹ Interamerikanischer Menschengenrichtshof, Urt. v. 25.10.2013, Rn. 286 (*Masacres del Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*).

der Menschenrechte, die von der Konvention geschützt sind [...]“¹⁰.

Im Interamerikanischen System bedeutet Strafflosigkeit also ein umfassendes und völliges Fehlen von Ermittlung, gerichtlicher Belangung und Verurteilung derer, die Menschenrechte verletzt haben.

Und all diese Aspekte sind im System der Übergangsjustiz des Friedensabkommens enthalten. Es wird keine Strafflosigkeit geben, und zwar in dem Maße nicht, als die Hauptverantwortlichen und die am schwersten wiegenden sowie emblematischsten Fälle untersucht und bestraft werden. Amnestie oder Begnadigung sind begrenzt auf politische und damit einhergehende Straftaten, sodass die eingeräumte und international anerkannte juristische Schwelle gewahrt wird. All dies wird von den schon erwähnten restlichen (gerichtlichen und außergerichtlichen) Elementen des Systems der Übergangsjustiz, mit denen die Rechte der Opfer ganz und gar garantiert werden, ergänzt.

IV. Verhängung von Alternativstrafen

Wie schon angesprochen, sieht das Modell der in Havanna vereinbarten Übergangsjustiz die Verhängung alternativer Strafen und besondere Vollstreckungs- und Vollzugsmodalitäten der Strafe vor. In der Tat wird davon ausgegangen, dass die Sanktionen im Wesentlichen der Befriedigung der Rechte der Opfer und der Konsolidierung des Friedens dienen sollen; außerdem – heißt es – sollen diese Sanktionen ein Höchstmaß an Restauration und Wiedergutmachung des verursachten Schadens bezwecken, immer im Verhältnis zum Grad der Anerkennung der Wahrheit und Verantwortung gegenüber der Friedensgerichtsbarkeit. Sie werden aus Einschränkungen von Freiheiten und Rechten wie Wohnrecht und Freizügigkeit in bestimmten Zonen bestehen und werden in völliger Übereinstimmung mit den Verpflichtungen, die sich für die Demobilisierten aus allen Punkten des Friedensvertrags ergeben, stehen. Im Vertrag sind Projekte in ländlichen wie in städtischen Gebieten im Rahmen des Umweltschutzes, der Infrastrukturentwicklung, des Ersatzes von illegalen Anbaukulturen, der Minenräumung, der Suche nach Zwangsverschwundenen, der Räumung von Sprengstoffen auf territorialer Ebene usw. aufgeführt.

Dies ist vielleicht eines der seit Beginn des Friedensprozesses mit der FARC am meisten diskutierten Themen; der strafrechtliche Populismus, zutiefst verwurzelt in der kolumbianischen Gesellschaft, hat das Verständnis für die Übergangsjustiz als solche und für die Billigung von Sanktionsmaßnahmen mehr restaurativer als retributiver Art erschwert.

Diese Debatten werden schon in den kolumbianischen Gerichtshöfen geführt. Das Verfassungsgericht Kolumbiens folgerte, dass diese Maßnahmen im Einklang mit dem Verfassungstext stehen, da es sich um ein Instrument zur Erreichung des Friedens handelt, der als Recht und als Pflicht in Art. 22¹¹ verankert ist; das heißt, dass eine verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung der Erreichung des Frie-

dens in Kolumbien eine besondere Bedeutung und einen gewissen Vorrang beimisst. Das Gericht hat aber deutlich gemacht, dass keine Form von Alternativstrafe den Rechten der Opfer auf Wahrheit, Gerechtigkeit und Wiedergutmachung entgegenstehen darf.

Wenn wir diese Debatte aus der Perspektive des Völkerrechts beleuchten, können wir schließen, dass es keine explizite Verpflichtung gibt, Freiheitsstrafen als einzig mögliche Strafe für im Kontext des bewaffneten Konflikts begangene Straftaten zu verhängen. Zu dieser Schlussfolgerung ist man nach Durchsicht der verschiedenen Regelungen des internationalen Rechts gekommen.

So existiert z.B. im Rahmen der staatlichen Verpflichtungen zur Einhaltung des Humanitären Völkerrechts (IHL) auch die Verpflichtung zur Ermittlung und strafrechtlichen Verfolgung derjenigen, die für Verletzungen der Genfer Konvention verantwortlich sind, doch ist von Bestrafung der Verantwortlichen nicht die Rede, geschweige denn von der Art der Sanktion, die den Verantwortlichen für das Begehen dieser Verbrechen aufzuerlegen ist. Und wenn wir annehmen, dass angesichts des Wesens dieser Instrumente und des Rechtsempfindens (oder aufgrund einer gewohnheitsrechtlichen Pflicht) die Verpflichtung besteht, gegen die Verantwortlichen¹² zu ermitteln, sie strafrechtlich zu verfolgen und zu bestrafen, besteht weiterhin das gleiche Vakuum: Es wird nicht angegeben, wie oder mit der Verhängung welcher Maßnahmen diese bestraft werden sollen.

Im Rahmen des internationalen Rechts der Menschenrechte scheint die Situation zunächst eine andere zu sein angesichts der Tatsache, dass mehrere Instrumente der Menschenrechte explizit die Verpflichtung zur Bestrafung von Menschenrechtsverbrechen vorsehen (die Konvention über Sklaverei, über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes u.a.). Aber die Sachlage ist die gleiche wie im Humanitären Völkerrecht, denn diese Verträge weisen die von den Staaten zu verhängenden Strafen nicht aus. Dennoch gehen einige dieser Instrumente etwas weiter, indem sie festlegen, dass die Strafe effizient und der Schwere des Verbrechens angemessen sein muss, wie im Falle des Pakts über bürgerliche und politische Rechte.

Im Unterschied zu den oben genannten Systemen hat das Interamerikanische Menschenrechtssystem die Pflicht zur Bestrafung und Sanktion nach Maßgabe der Schwere der begangenen Verletzungen deutlich hervorgehoben, aber die Möglichkeit zur Untersuchung aller Verpflichtungen der Amerikanischen Konvention im Lichte der Friedensbestrebungen der Staaten eingeräumt, um Brennpunkten allgemeiner Gewalt ein Ende zu setzen. Bei seinem Sondervotum im Falle „Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador“ (Massaker von El Mozote und den umliegenden Dörfern v. El Salvador) hat der Richter Diego García-Sayán ausgeführt:

„In diesem Kontext kann man spezifische Richtlinien für die Behandlung der für die am schwersten wiegenden Verbrechen Verantwortlichen aufstellen und damit den Weg

¹⁰ Interamerikanischer Menschengerichtshof, Urt. v. 27.11.2003, Rn. 126 (Maritza Urrutia v. Guatemala).

¹¹ Kol. VerfG, Urt. v. 28.8.2013 – C-579/2013.

¹² Henckaerts/Doswald-Beck, Customary International Law, Volume I: Rules, 2009, S. 574 ff.

bereiten, um [z.B.] die am schwersten wiegenden Fälle als Richtlinie für eine Problematik zu priorisieren, für die es theoretisch abertausende von Angeklagten gibt, während man die weniger schwerwiegenden Fälle mit anderen Mechanismen bearbeitet. [...] Die Strafminderung, die Verhängung von Alternativstrafen, die direkte Wiedergutmachung des Täters für das Opfer, die öffentliche Anerkennung der Verantwortung sind weitere Möglichkeiten, die in Betracht gezogen werden können.“¹³

Bei diesem Sondervotum führte der Richter vor Augen, welche Anstrengungen unternommen werden müssen, wenn ein von einem bewaffneten Konflikt abgeleiteter Friedensprozess entwickelt werden soll. Es stimmt zwar, dass die internationale Rechtsprechung gewisse Grenzen gesetzt hat, doch müssen beide Parteien notwendigerweise Konzessionen machen, um den Frieden herbeiführen zu können.

Was den Internationalen Strafgerichtshof anbelangt, so ist es klar, dass die Staaten die Pflicht haben, gegen all diejenigen, die Taten begangen haben, die das Römische Statut verbietet, ermittelt werden muss und dass sie verurteilt und bestraft werden müssen. Allerdings ist es nach allem, was hier bisher ausgeführt wurde, nicht möglich, eine Quelle (eine Norm) zu identifizieren, die Auskunft darüber geben würde, wie oder unter Verhängung welcher Maßnahmen die Verantwortlichen zu bestrafen sind, weshalb wir der Meinung sind, dass bezüglich der Regelungen zu dieser Frage ein weiterer Spielraum besteht. Man darf jedoch nicht verkennen, dass hierzu in den internationalen Ad-hoc-Gerichten und im Internationalen Strafgerichtshof umfassende Debatten geführt wurden. Allgemein kann gesagt werden, dass in den Gerichtshöfen für das ehemalige Jugoslawien und für Ruanda und auch im Text des Römischen Statuts alles auf eine Haftstrafe angelegt ist.

Im Laufe der Verhandlungen über das Römische Statut reichten mehrere Staaten eine ganze Reihe von Vorschlägen für die Aufnahme anderer Strafen als die Gefängnisstrafe ein; einige Delegationen brachten den Wunsch zum Ausdruck, dass das Statut Alternativstrafen, wie z.B. soziale Dienstleistungen für das Gemeinwesen in Erwägung ziehen sollte. Das rief die Opposition derjenigen auf den Plan, die die Meinung vertraten, dass solche Strafformen unangebracht seien, da es sich um schwerwiegende Verbrechen¹⁴ handle. Das Ergebnis dieser Diskussion ist bekannt. Es ist jedoch klar, dass die im Statut enthaltenen Vorschriften für all jene Situationen und Fälle gelten werden, über die der IStGH zu urteilen hat, dass sie jedoch auf keinen Fall die Normen oder Verfahren in den innerstaatlichen Justizsystemen der Mitgliedstaaten ändern werden, ebenso wenig wie sie diesen präzise Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Art und Weise der Ermittlung, Prozessführung oder Bestrafung im Falle völkerrechtlicher Verbrechen auferlegen. Das alles ist zweifelsohne Ausdruck des Komplementaritätsprinzips.

Der Text des Römischen Statuts macht offensichtlich, dass die Staaten auf keinen Fall wollten, dass dieses Instrument ihre Freiheit, in ihren innerstaatlichen juristischen Systemen andere Sanktionen¹⁵ zu verhängen, auf irgendeine Weise beschränken könnte. Dies kommt in der in Artikel 80 des Statuts festgelegten Schutzklausel zum Ausdruck:

„Dieser Teil lässt die Anwendung der in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehenen Strafen durch die Staaten ebenso unberührt wie die Rechtsvorschriften von Staaten, welche die in diesem Teil vorgesehenen Strafen nicht kennen.“

Das bedeutet also, dass die im Strafrecht eines Mitgliedstaates festgesetzten Strafen nicht notwendigerweise denjenigen des Statuts entsprechen müssen. Somit wird ein ganzer Fächer von Möglichkeiten, wie z.B. die Möglichkeit von Alternativstrafen eröffnet, vor allem wenn es sich – wie bei den Übergangsvorschriften in Kolumbien – um die Ausrottung einer Quelle allgemeiner Gewalt handelt, welche, wenn sie weiterhin bestehen würde, noch sehr viel mehr Opfer verursachen würde, weil dadurch der Konflikt zu einem Dauerzustand würde.

So scheint es auch der Internationale Strafgerichtshof zu verstehen, wie erst vor kurzem *James Stewart*, der stellvertretende Chefankläger am IStGH unter Bezugnahme auf den Zweck der Strafen für völkerrechtliche Verbrechen, in Kolumbien ausführte:

„Die Maßnahmen, die in Kolumbien Diskussionsgegenstand waren und im juristischen Rahmen für den Frieden als mögliche Merkmale für die künftige Übergangsgerechtigkeit vorgesehen sind, umfassen die Möglichkeit, die Strafen zu mindern, ihren Vollzug auszusetzen oder alternative Strafen zu verhängen. Wären diese Strafen kompatibel mit den Bestimmungen des Römischen Statuts im Hinblick auf die Komplementarität? Das Römische Statut enthält zwar Bestimmungen im Zusammenhang mit den Strafen in den Prozessen vor dem IStGH, schreibt jedoch weder eine bestimmte Art noch eine spezifische Dauer der Strafen vor, die die Staaten für Verbrechen verhängen sollen. Was die Strafen anbelangt, so haben die Staaten einen weiten Ermessensspielraum. Das innerstaatliche Recht soll lediglich Ermittlungen, Strafverfolgungen durchführen und Strafen verhängen, die den allgemeinen Zweck des internationalen Strafrechtssystems des Römischen Statuts unterstützen, nämlich die Beendigung der Straflosigkeit für massive Gräueltaten. Infolgedessen kann es verschiedene Arten effektiver Strafen geben. Jedoch müssen adäquate Zwecke, die an die Strafe gebunden sind, erfüllt werden, wie [z.B.] die öffentliche Verurteilung der Straftat, die Anerkennung des Leidens der Opfer und die Abschreckung vor weiteren Straftaten. Im Kontext des internationalen

¹³ Interamerikanischer Menschengerichtshof, Urt. v. 25.10.2013, Rn. 29-31 (Masacres del Mozote y lugares aledaños v. El Salvador).

¹⁴ *Schabas*, Punishment & Society 2002, 269.

¹⁵ Über die Notwendigkeit der weitestgehenden Achtung seitens des IStGH der Grundsätze, auf die sich Strafen in den Ländern stützen *Olásolo Alonso*, Ensayos de derecho penal y procesal internacional, 2011, S. 192 ff.

Strafrechts schützen diese Zwecke die Interessen der Opfer, und sie fordern die grundlegenden Menschenrechte ein.¹⁶

Das internationale Strafrecht befindet sich offensichtlich noch immer im Aufbau. Kolumbien mit seiner schon reichen Erfahrung in Sachen Übergangsjustiz und mit dem schon entworfenen Modell in der Vereinbarung von Cartagena de Indias hält seine internationalen Verpflichtungen ein und trägt – wie kein anderes Land – zur Entwicklung, zum korrekten Verständnis und zur Einhaltung der neuen internationalen Strafrechtsordnung bei; ein Friedensprozess, der danach trachtet, die Pflichten aus dem Römischen Statut bestmöglich zu erfüllen, ist als Modell der Unterwerfung unter die Regeln des internationalen Rechts zu erachten.

Der Internationale Strafgerichtshof steht vor der großen Herausforderung, die Zulässigkeitsprüfung nach Artikel 17 des Statuts durchzuführen und zu verstehen, welche die Ursachen für den bewaffneten Konflikt in Kolumbien waren, die Vollständigkeit des festgelegten Opfersystems, sowie eine Wirklichkeit, die auf der Hand liegt: Die Spannungen zwischen dem Friedensprozess und der Erfüllung der von Kolumbien übernommenen völkerrechtlichen Verpflichtungen erfordern eine Abwägung oder Proportionalität, die auch auf internationale freiheitliche Werte anwendbar sein muss, aus der sicher hervorgeht, ob dem internationalen Rechtsempfinden¹⁷ Genüge getan wird (das ist eine Übung, die dem Strafrecht nicht fremd ist, man denke nur an die Figur des Notstands¹⁸). Es darf nicht vergessen werden, dass jeder Binnenkrieg ein Ausnahmezustand ist, eine „Anormalität“, bei der es keine Garantie für individuelle Rechte gibt, und auch keine kognitive Unterstützung für das Funktionieren des „normalen“ Rechts. Deshalb wird die einfach nur vergeltende Strafe niemals ausreichend sein; eine restaurative Strafe, die mehr bedeutet als nur einfach eine Strafe, wie dies im Abkommen vorgesehen ist, wird nicht nur dazu beitragen, die soliden Grundlagen für den Frieden zu schaffen und gewissermaßen die Ursachen des Konflikts zu beheben, sie wird vielmehr auch helfen, das Recht zu institutionalisieren und Gerechtigkeit walten zu lassen.¹⁹

In Übereinstimmung mit Artikel 53 des Statuts kann der Ankläger des IStGH folgern, dass es, obwohl es zwar im

Prinzip und angesichts einiger Besonderheiten des entworfenen Modells Gründe dafür geben kann, an die Aktivierung der Zuständigkeit des IStGH zu denken, doch gleichwohl möglich ist, von der Einleitung von Ermittlungen abzusehen. Und zwar gilt dies, wenn man der Ansicht ist, dass die Voraussetzungen, die im Interesse der Gerechtigkeit²⁰ zu liegen haben, nicht gegeben sind, weil sie nämlich in diesem Modell *sui generis* gewährleistet werden. Die Erreichung des Friedens durch Verhandlungen ist auch ein Gebot der Gerechtigkeit.²¹

V. Schlussfolgerungen

Die Übergangssituation von einem bewaffneten Konflikt zum Frieden erlaubt es den Staaten nicht, ihre internationalen Verpflichtungen zu vernachlässigen: Das Recht auf Frieden eines Volkes hebt die Rechte auf Gerechtigkeit, Wahrheit, Wiedergutmachung und Nicht-Wiederholung der Opfer nicht auf. Aber der Übergangskontext erfordert einen gewissen Einfallsreichtum für den Aufbau eines Rechtsschutzsystems, das diesen Verpflichtungen Rechnung trägt und gleichzeitig den Frieden gewährleistet. Und genau das hat Kolumbien getan. Nachdem das Land das Desaster und den Schrecken eines Binnenkrieges erlebt hat, hat es einen Friedensvertrag unterzeichnet, in dem hinsichtlich der Opfer ein umfassendes Schutzsystem festgeschrieben wurde, das nicht nur deren Rechte im allgemeinen wirksam werden lässt, sondern das außerdem, was die Gerechtigkeit anbelangt, nicht zur Strafflosigkeit führt. Ganz im Gegenteil, alle gerichtlichen Mechanismen, die für die justizielle Lösung des bewaffneten Konflikts vorgesehen sind, erkennen die von Kolumbien übernommenen völkerrechtlichen Verpflichtungen an; sie entwickeln sie und lassen sie wirksam werden. Wie wir gezeigt haben, ist das System der kolumbianischen Übergangsjustiz kompatibel mit der Rechtsprechung und den Praktiken der internationalen Gerichte. Die große Herausforderung für die endgültige Legitimierung dieses Prozesses besteht darin, dass alle Vereinbarungen strikt eingehalten und umgesetzt werden.

¹⁶ Vortrag von *James Stewart*, stellvertretender Chefankläger des IStGH, *La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional*, 13.5.2015, siehe <http://www.eltiempo.com/contenido/politica/justicia/ARCHIVO/ARCHIVO-15749076-0.pdf> (8.7.2017).

¹⁷ Eine aktive Rolle des Völkerrechts gegenüber der Notwendigkeit der Befriedung der im Konflikt befindlichen Gesellschaften, sowohl für die Erlangung des Friedens als auch für den Postkonflikt, fordert *Túregano Mansilla*, in: *Túregano Mansilla* (Hrsg.), *La justicia de transición: concepto, instrumentos y experiencias*, 2012, S. 47.

¹⁸ Zu Details über die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Notstand siehe *Perdomo Torres*, *Die Duldungspflicht im rechtefertigen Notstand*, 2011.

¹⁹ Siehe den Vortrag von *Bautista Pizarro* an der Universität Externado de Colombia v. 10.8.2016, *Justicia penal y restablecimiento del derecho en tiempos de guerra*.

²⁰ Auf der Grundlage von Artikel 53 des Römischen Statuts folgern manche Autoren einen Raum für alternative Mechanismen im Gegensatz zu einer strikten Strafverfolgung *Gil Gil/Maculan*, in: *Túregano Mansilla* (Fn. 17), S. 158.

²¹ In diesem Sinne *Kress*, SZ v. 27.8.2016.

Frieden durch Recht – Grundanliegen rechtlicher Ordnung, Bedeutung des Staates und seiner Souveränität*

Von Prof. Dr. Michael Köhler, Hamburg

I. Einleitung – Methodische Überlegungen, These

Dem Außenstehenden obliegt ohnehin Zurückhaltung, soll er zu inneren Verhältnissen in einem ihm ganz fremden latein-amerikanischen Land Stellung nehmen. Besonders gilt das angesichts tiefer gesellschaftlicher Spaltungen und Bürgerkriegskonstellationen, die ursprünglich im historischen Unrecht gewalttätiger Kolonisation durch europäische „Entdecker“ wurzeln mögen.¹ Daher ist es ratsam, sich der Beurteilung des „Falles“ in all seiner empirischen Komplexität zu enthalten und sich auf rechtsbegriffliche Zusammenhänge aus der eigenen (europäischen) Geistes- und Erfahrungsgeschichte zu beschränken, die zu klären für die Selbstverständigung auch in anderen Ländern hilfreich sein könnte: das Rad braucht nicht zweimal erfunden zu werden.

Über „Frieden durch Recht“ und zwar „im Umbruch“ nachzudenken, setzt einesteils jene zu behebende innere Krise voraus und spricht anderenteils dem Recht dafür eine hervorgehobene Funktion zu. Dies impliziert, den wesentlichen Konfliktgrund in einem schweren Unrecht oder einer Rechtlosigkeit zu sehen, z.B. in religiöser Intoleranz des „theologischen Absolutismus“, wie sie dann ansatzweise durch das Verfassungsrecht des Westfälischen Friedens (1648) in Zentraleuropa behoben wurde, oder in der Gespaltenheit der Besitzverhältnisse, der „sozialen Frage“, die weltweit noch offen ist. In methodischer Hinsicht fungiert der Begriff des Rechts weniger im positivistischen Sinne geltenden Gesetzesrechts (das eben auch Unrecht sein kann), als in seiner vorpositiven, prinzipiengeleiteten Bedeutung, die dann gegebenenfalls auch vorhandene Verhältnisse, Konflikte, Krisen normativ zu beurteilen erlaubt (vorausgesetzt die hinreichende Vertrautheit mit der Empirie). Als Hauptsache wird sich dabei erweisen die produktive Regelung der primären Rechts-/Unrechtsgründe des Grundkonflikts und ihre zuverlässige Durchsetzung durch den Staat, z.B. die Wahrung der Religionsfreiheit, die Rückgabe zu Unrecht weggenommenen Landes. Demgegenüber bleibt zwar die Frage, wie in der Krise, im Bürgerkrieg begangene Verbrechen strafrechtlich „aufzuarbeiten“ sind, nicht belanglos, aber sie relativiert sich;² das

zeigt sich zunächst historisch daran, dass große Friedensschlüsse (wie der Westfälische Frieden) regelmäßig eine weit reichende Amnestie für im Krieg begangene Verbrechen vorsahen. Das Strafrecht ist also nicht die primäre Materie dauerhaften „Umbruchs“.

„Frieden durch Recht“ als Leitfaden der folgenden Überlegungen behauptet für die vorpositive Kategorie des Rechts nicht nur eine fundamentale Leistungsfähigkeit zur Behebung primärer Grundkonflikte, sondern verbindet diese zugleich mit dem Begriff des Staates oder der Staatsbildung (Konstitutionalisierung) – am inhaltlich anspruchsvollsten in der Wortverbindung „Rechtsstaat“ (oder „Republik“). Das ist im Folgenden knapp auseinanderzusetzen insbesondere an den Rechts- und Staatstheorien von *Thomas Hobbes* und *Immanuel Kant*. Die Formel „Frieden durch Recht“ widerspricht deshalb jeder bloß instrumental verkürzten Betrachtungsweise. Es handelt sich nicht um „Systemstabilität“ *coûte que coûte*. Der Frieden wird vielmehr nach und nach rechtsnormativ aufgeladen – man kann den Schritten der Behebung des Unfriedens, des Bürgerkrieges gleichsam zusehen. Die Entwicklung des Begriffs und der historischen Wirklichkeit lässt also hinter sich den negativen Grenzzustand vernichteter Existenz, wie ihn *Hobbes* als Natur- oder Kriegszustand beschreibt, *Kant* als eine Bedeutung des Ausdrucks „Ewiger Frieden“ ironisiert,³ und wie er uns auch heute mit hocheffizienten, skrupellos eingesetzten Waffen, zumal in Bürgerkriegen gegenwärtig ist. Überwunden werden muss aber auch der fragile „Frieden“ eines bloßen Waffenstillstandes in fort-dauernder Kampfbereitschaft, dessen Brechung nach Zweckmäßigkeit und Belieben in der Logik des noch dominanten Kriegszustandes liegt – aufgehoben zuerst durch die Rechtskategorie des unbedingt verbindlichen Vertrages, der sich zunächst der Bedingungen verstetigter Gewaltlosigkeit und in einander übergehend dann der Konfliktursachen, des ursprünglichen Rechtsmangels annimmt. Die wechselseitige Anerkennung der Konfliktparteien in der einvernehmlich-verbindlichen Regelung des Konfliktstoffs (z.B. das Zugeständnis religiöser Toleranz, der Ausgleich von Ansprüchen auf Besitztümer, Land) und das entsprechende Verbot des inneren Vorbehaltes (Mentalreservation), bei Gelegenheit diese Regelung erneut eigenmächtig in Frage zu stellen – diese insofern unbedingte (kategorische) Verbindlichkeit –

* Kolumbianisch-Deutsches Kolloquium zu Grundlagenfragen des Rechts im Umbruch 20.-21.4.2016 in Regensburg.

¹ Nicht ohne moralphilosophisch-juristische Legitimierungsversuche; siehe *Franzisco de Vitoria*, *De indis recenter inventis et de jure belli Hispanorum in barbaros relectiones*, 1539, Vorlesungen über die kürzlich entdeckten Inder und das Recht der Spanier zum Krieg gegen die Barbaren, Siebeck Ausgabe, 1952, der letztlich das Missionsrecht als Hebel der Unterwerfung behauptet; siehe *Köhler*, *Recht und Gerechtigkeit*, 2017, S. 808 f. m.w.N.

² Zur verbrechenssystematischen Einordnung siehe *Köhler*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1997, S. 446 ff., 559 ff.; siehe auch *ders.*, in: Schmidt (Hrsg.), *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*, 1990, S. 57 ff.

³ Vgl. die Schilderung des Natur-/Kriegszustandes von *Thomas Hobbes*, *Leviathan*, stw-Ausgabe, 1984, Kap. 13, S. 96: „das menschliche Leben ist einsam, armselig, ekelhaft, tierisch und kurz“; siehe *Immanuel Kant*, *Zum Ewigen Frieden*, Kants Werke, Werkausgabe stw, Bd. 6, 1964, S. 195: „Überschrift auf dem Schilde jenes holländischen Gastwirts, worauf ein Kirchhof gemalt war“; zum Folgenden der 1. Präliminarartikel zum Ewigen Frieden: „Es soll kein Friedensschluß für einen solchen gelten, der mit dem geheimen Vorbehalt des Stoffs zu einem künftigen Kriege gemacht worden“ (S. 196).

konstituieren den Vertrag und den Anfang des Rechtsfriedens zwischen den Parteien (Personen, Verbänden, Völkern), beginnend mit einzelnen, den Krieg beendenden Friedensverträgen bis hin zu systematisch-verfassungsmäßigen Friedensordnungen.

Abgesehen zunächst von der weiteren Entfaltung inhaltlicher Rechtsfriedensbedingungen – nach der Idee des Menschenrechts, der Grundrechte und -pflichten, des Privatrechts und dessen Erwerbsprinzipien, der Formen der Gerechtigkeit – ist der zweite Hauptschritt der Überwindung des Grundkonfliktes eine unparteilich-objektive Rechtsorganisation, die letztlich auch mit Zwangsgewalt den inhaltlich bestimmten Rechtsfrieden gegen das möglicherweise abweichende Belieben einer Person/Konfliktpartei durchzusetzen vermag. Objektives Recht und Zwangsbefugnis gegen eine ihm widersprechende subjektive Freiheitsäußerung sind konstitutiv miteinander verbunden; daher fordert dauerhafter Frieden durch Recht auch die äußere Rechtsorganisation – zunächst im souveränen Staat. Auf Freiwilligkeit, guten Willen allein zu setzen, genügt keineswegs; ist doch immer mit Auslegungsdifferenzen, interessegeleiteten Intentionen und Neigungen der Konfliktparteien zum Übermacheinsatz zu rechnen. Andererseits reduziert sich die Bedeutung des souveränen Staates als Durchsetzungsinstanz nicht auf eine instrumental-äußerliche Beziehung. Als Rechtsorganisation besteht er stets zugleich oder zuerst in der inhaltlichen Leistung, den Konfliktgrund nach Rechtsprinzipien zu beheben, und darauf ist auf lange Sicht auch seine Durchsetzungsfähigkeit – seine Rechtsmacht – angewiesen. Der Gewaltfriede, den der Fürst *Macchiavellis* zur Überwindung des Bürgerkrieges mit äußerst skrupellosen Mitteln durchsetzt, reicht also für sich genommen nicht zu, den Konfliktzustand dauerhaft zu überwinden. Mit Waffen allein kann man auf Dauer nichts ausrichten, „auf Bajonetten nicht sitzen“, wie ein berühmter europäischer Krieger bemerkte und gelegentlich auch selbst erfahren musste. *Jean-Jacques Rousseau* kritisiert demgemäß zwingend das angebliche „Recht des Stärkeren“.⁴

„Frieden durch Recht“ – so lautet demnach die Generalthese – setzt also auf die von vorpositiven Prinzipien geleitete inhaltliche Regelungskraft der Rechtskategorie und, mit dem äußeren Handlungsbezug notwendig verbunden, ihre widerspruchsfreie Durchsetzung in der Organisation des (souveränen) Staates, weshalb diese nicht bloß als äußerer Zwang fungiert, sondern als legitime und deshalb à la longue wirksame Übermacht. Das ist auseinanderzusetzen.

II. Die Lehre des Thomas Hobbes – das absolute Staatsrecht

Der erste moderne Staatsrechtsdenker, von dem man bleiben- de rechtliche Grundbedingungen der Überwindung verheerender Bürgerkriege lernen kann, ist *Thomas Hobbes* (1588-1679), geboren an dem Tag, an dem die große spanische

Armada zur Invasion Englands an den Unbilden des Wetters und an der Wendigkeit der britischen Flotte scheiterte. Vor dem Hintergrund der Epochenwende der europäischen Neuzeit – dem Aufkommen der empirisch-mathematischen Naturwissenschaft und eines Begriffs empirischer, ganz auf die Immanenz bezogener Subjektivität, dem Wandel der religiösen Weltanschauung (Säkularisierung, konfessionelle Spaltung, Ansatz zur religiösen Toleranz), den europäischen Bürgerkriegen, der Entdeckung und Kolonisierung außereuropäischer Länder – formuliert er gemäß dem empiristischen Methodenideal eine radikal vom empirisch-rationalen Subjekt ausgehende Rechts- und Staatstheorie. Das grundlegende Glücks- und Machtstreben der Subjekte erklärt sowohl ihre Konfliktneigung im Naturzustand als auch die Konstruktion des Rechtsfriedens durch den auf den Willen aller zurückgehenden absoluten souveränen Staat. Vor dem Hintergrund der Erfahrung des Bürgerkriegs trifft seine Analyse illusionslos die menschliche Selbstsucht in ihrem negativen, zerstörerischen Potential, und deshalb auch sehr genau die empirisch-rationalen Elemente (Bedingungen) seiner Eingrenzung. Kritisierte Gegenpol dieser Neukonstruktion sind allenthalben die traditionelle, *Aristoteles* zugeschriebene Lehre vom natürlichen Gemeinschaftsbezug des Menschen und die darauf beruhende teleologisch ausgelegte Ordnung der alten Welt.⁵

Ausgangsbestimmung ist ein subjektives „Recht auf alles“⁶ kraft des radikal selbstsüchtig nach Wohlergehen und Macht strebenden empirischen Subjekts; bei einer Mehrzahl gleicher solcher Subjekte in der einen Welt resultiert folglich ein negativer Naturzustand genuiner Konflikthaftigkeit, des latent oder offen andauernden Krieges „aller gegen alle“ – das „Naturrecht“ einer zerfallenen Gesellschaft, in der jeder, jede Partei Gesetzgeber, Richter, Exekutor in eigener Sache ist. Frieden ist ein defizienter Begriff, definiert durch die zeitweilige Abwesenheit aktueller Konflikte.

Der zweite Schritt der Analyse gilt der systemisch sich aufstufenden Negativität dieses Naturzustandes für alle Beteiligten; als selbstbezogen-rationale Subjekte begreifen sie ihn immer mehr als Widerspruch, genauer: kollektiven Selbstwiderspruch zum eigenen Glückstreben⁷ – und darin besteht eine erste Form handlungsleitender Übereinstimmung. Kraft gemeinsamen Interesses und rationaler Beurteilung gelangen sie zu vertraglich konsentierten, abstrakten Normen der Friedenssuche und -sicherung. *Hobbes* nennt sie mit dem traditionellen Terminus „natürliches Gesetz“ (*lex naturalis*)⁸; systematisch handelt es sich um noch im Naturzustand (2. Stufe) durch die gemeinsame empiriebezogene Rationalität (*recta ratio*) vorgeschriebene, inhaltlich fundamentale Formregeln koexistierender Lebensführung: das wechselseitige Sich-

⁵ Siehe *Hobbes*, *De cive/Vom Bürger*, Felix Meiner Ausgabe, 1959, S. 126 f.; zu *Hobbes'* Methodologie und zum Folgenden eingehend *Köhler* (Fn. 1), S. 72 ff., 701 ff.

⁶ Siehe *Hobbes* (Fn. 5), S. 82 ff.

⁷ Siehe *Hobbes* (Fn. 5), S. 84 f.

⁸ Siehe *Hobbes* (Fn. 5), S. 85 ff.; den folgenden Begriff der „*recta ratio*“ mit „Vernunft“ zu übersetzen, ist irreführend, besser wäre „Verstand“.

⁴ Vgl. *Jean-Jacques Rousseau*, *Du Contrat Social*, I. 3., *Oeuvres Complètes*, Gallimard Ausgabe, Bd. 3, 1964, S. 354: „Der Stärkste ist niemals stark genug, um immerfort der Herr zu sein, wenn er nicht seine Kraft in Recht und den Gehorsam in Pflicht transformiert“ (dt. Übers. von *Verf.*).

begreifen als Grund des negativen Verhältnisses, das Abgehen vom Recht auf alles und die wechselseitige Selbst Einschränkung, vom einander-Zugestehen von Rechten bis hin zu ersten Institutionen (unparteilich-richterliche Streitentscheidung). Grundlegend wird die Vertragsform, freilich noch reduziert auf eine strategisch-rationale Nutzenbegründung, nicht als kategorisch unbedingte Verbindlichkeit (wie dann bei *Kant*).⁹

Schließlich bestimmt die furcht-rationale Reflexion die im Naturzustand noch verbleibende private Rechtsbestimmung, -beurteilung, -durchsetzung als fortdauernden, mit Unsicherheit verbundenen (Selbst-)Widerspruch, wodurch die Verhältnisse immer wieder in den Kriegszustand zurückfallen können. Deshalb fordert die allgemeine ratio einen einheitlichen Willen aller hinsichtlich der „zum Frieden und zur Selbstverteidigung notwendigen Mittel“, folglich einen kollektiven Willensakt (formuliert als Staats- und Unterwerfungsvertrag), in dem alle auf Eigenbestimmung des Rechts und dessen eigenmächtige Durchsetzung verzichten und ein Willenszentrum „Staat“, eine juristische Person, repräsentiert von einem Parlament oder einem Monarchen, ermächtigen, sodass dessen/deren „Wille für den Willen aller einzelnen gilt, soweit er etwas über das zum gemeinsamen Frieden Notwendige bestimmt“. Der Staat ist daher definiert als „eine Person, deren Wille vermöge des Vertrages mehrerer Menschen als ihrer aller Wille gilt, so dass sie die Kräfte und Fähigkeiten der einzelnen für den gemeinsamen Frieden und Schutz verwenden kann“.¹⁰ Hauptsächlich geschieht dies durch öffentliche (bürgerliche) Gesetze, worin die Bedingungen allgemeinen Friedens in Konkretisierung der natürlichen Gesetze verbindlich formuliert werden. Dem Staat, da er in Rechtsmachtverzicht und -übertragung aller Individuen seinen Ursprung hat, kommt gegenüber allen die höchste, absolute und ungeteilte Rechtsmacht (Souveränität) zu.¹¹ Der Begriff der Souveränität ist in seiner ursprünglich römisch-rechtlichen, von *Bodin* dann auf die neuzeitliche Monarchie transponierten Bedeutung aufgenommen, die allgemeine Rechtsfriedensmacht gegenüber partikularer (privater) Rechtsanmaßung zu formulieren. Nicht also Fragen der Binnendifferenzierung (Gewaltenteilung), des Subjekts der Souveränität, ihrer internationalen Abgrenzung kommen hier in Betracht, sondern jene Kernbedeutung der den Naturzustand behebenden Rechtswillens- und Machtkonzentration im Staat. Der Begriff umfasst also vor allem die Hauptfunktionen der objektiven Rechtsbestimmung (Gesetzgebung), Rechtsdurchsetzung im Einzelfall (Exekutive), Rechtsbeurteilung im Streitfall (Judikative) – und zwar letztlich auch mit der Befugnis zu zwingender (gewaltsamer) In-Geltung-Setzung gegen subjektiv abweichendes Unrechtsverhalten.

Was ist an dieser Lehre bleibend insbesondere für die Überwindung bürgerkriegsartiger innerer Krisen – „Frieden durch Recht“?

Hobbes analysiert die empirisch-rationalen Bedingungen der Umkehr aus persistierender Verfallenheit im Naturzustand zur Friedenssuche, die aus demselben, aber durch Selbstreflexion strategisch erweiterten Interessengrund erklärt wird. Selbst wenn die empiristische Anthropologie sich als zu eng erweisen wird, bestimmt die analytisch-konstruktive Methode doch notwendige Elemente der Rechts- und Staatsbildung, die auch berücksichtigt werden müssen, wenn ein zunächst schon vorhandenes Staatswesen aus der Krise des Bürgerkrieges herausgeführt und Rechtsorganisation, sei es auch auf verändertem, reformiertem Niveau, rekonstruiert werden soll.

Gelingen kann das nach *Hobbes*‘ Einsicht nur, wenn letztlich ein Willenszentrum „Staat“ mit Souveränität (absoluter Rechtsmacht) hergestellt oder wiederhergestellt wird. Dies setzt freilich voraus, dass *alle* Subjekte, namentlich auch alle relevanten Parteien des bisherigen Bürgerkrieges, vorbehaltlos auf private Rechtsmacht verzichten – alle und vollständig. Partikuläre Bündnisse genügen durchaus nicht,¹² sie können bestenfalls Übergangskonstellationen noch im Naturzustand sein. Diese Absolutheit ist zum Frieden für alle zwingend notwendig, denn sonst behielte sich eine Partei die Rückkehr zum Naturzustand vor, während andere verzichteten – ein Grundwiderspruch und zudem für die einseitig Verzichtenden ein unzumutbares Risiko, nach machiavellistischer Logik überwältigt, vernichtet zu werden – *Hobbes* würde wohl sogar sagen: eine Dummheit. Von *Hobbes* lernen kann man auch das Erfordernis der empirischen Interessenkonvergenz zum Frieden, zum gemeinsamen Rechtsbestimmungs- und Machtverzicht – korrespondierend letztlich der Kriegsmüdigkeit aller Parteien.

Diese äußere Seite des rational-empirisch motivierten Verzichts zugunsten des souveränen Staates hat freilich inhaltliche Bedingungen, die in der Staatsformel bereits zum Ausdruck kommen und aus der Grundlage zu bestimmen sind. Zusammenfassend: der Staat, seine Gesetze müssen den Schutz von Person und Eigentum, Wohlergehen („Gemeinwohl“) für alle – also Rechtsgleichheit – garantieren; insofern kann man *Hobbes* als Vordenker des Rechtsstaates und des auf allgemeine Wohlfahrt verpflichteten Staates betrachten.¹³

Kritisch bezieht sich das Friedens-Staatsrecht daher nicht nur auf die alt-metaphysischen, vor allem theologischen Identifikationen und den politischen Universalitätsanspruch der Römischen Kirche, der als friedensbedrohliche Anmaßung eines „Staates im Staate“ zurückgewiesen wird und dem staatlichen Religionsregime weichen muss. Der Ansatz impliziert auch durchgreifende Kritik an ständischen Ungleichheiten, gewendet gegen Oligarchien und deren Instrumentalisierung des „Rechts“ und des Staates.¹⁴ Führt doch *Hobbes*‘

¹² Vgl. *Hobbes* (Fn. 5), S. 125 f., 128.

¹³ Das Kapitel XIII von *De cive*, (Fn. 5), S. 204 ff., über die (moralischen) Pflichten des Souveräns wird weithin übersehen; es enthält ausgehend vom „Gemeinwohl“ eine Systematik umfassender rechts- und verwaltungsstaatlicher Sorge für Existenzbedingungen.

¹⁴ Ironisierend dann vor allem die Kritik an Besitzspaltung und deren Gewährleistung durch den Staat, siehe *Rousseau*,

⁹ Vgl. eingehend *Köhler* (Fn. 1), S. 430 ff.

¹⁰ Vgl. *Hobbes* (Fn. 5), S. 124 ff., 128 f. (Staatsdefinition).

¹¹ Dazu *Hobbes* (Fn. 5), S. 129; dazu eingehend *Köhler* (Fn. 1), S. 704 ff., 745 ff.

Ansatz am individuellen, rational nach Selbstverwirklichung strebenden – und insofern grundgleichen – Subjekt mit gewisser Selbstverständlichkeit zur Rechts- und Staatsaufgabe allgemeiner Existenzbedingungen, und zwar auch unter dem Gesichtspunkt nicht allzu großer Ungleichheiten, da diese die Stabilität gefährden könnten.¹⁵ Historisch entspricht diese Lehre der Staatspraxis hervorragender Monarchen des Aufklärungszeitalters, die auf allgemeine Rechtssicherheit umfassenderen Sinnes gerichtet war; als vorausweisendes Beispiel imponiert König Heinrich IV. von Frankreich, der den Adligen bei harter Strafe verbot, willkürlich einfachen Leuten Gewalt anzutun, und dessen Wirtschaftspolitik zumindest bescheidenen allgemeinen Wohlstand förderte.

Hobbes ist wegen seines Absolutismus hart kritisiert worden; in der Tat ist seine Lehre nicht das letzte Wort der Staatstheorie, die schließlich auf das Prinzip allgemeiner, subjektiver Freiheit (Selbstbestimmung) zurückkommen muss. Aber hier interessiert seine bleibende Leistung, insofern sie in weiterführende Lösungen produktiv integriert werden kann. *Hobbes* lehrt weder Tyrannei oder Despotismus, noch die Ontologie eines subjektlosen „Systems“ wie die heutige Systemtheorie. Vielmehr ist das menschliche Subjekt in seinem grundgleichen Streben immanenter Selbstverwirklichung das Prinzip, sind die Bedingungen seiner Verwirklichungsmöglichkeit zumal im intersubjektiven Verhältnis, sind Rechtsregeln und letztlich der souveräne Staat die Kriterien der inneren Stabilität. Allerdings ist *Hobbes*, ähnlich illusionslos wie *Spinoza*¹⁶, der Auffassung, die Menschen „so wie sie sind“ bedürften, um ihre Selbstsucht und Konfliktgeneigtheit zu zügeln, des autoritär-staatlichen Rahmens äußerer Rechtsgesetze. Er folgert, sie könnten in ihrer Interessegeleitetheit nicht zugleich die Gesetze geben, daher müssten sie unwiderruflich ihre Befugnis zu urteilen und ihre Macht auf den Staatsrepräsentanten übertragen. Der absolute, einseitig berechnete (nur moralisch verpflichtete) Staat soll um der allgemeinen Sicherheit willen nach Gutdünken auch zu Eingriffen in die Meinungsäußerungsfreiheit, in die Besitzverhältnisse berechtigt sein, soll vor allem in Religionsfragen entscheiden. Das wird in der Grundlage, aus dem erweiterten Begriff des freien, gesetzeskonstitutiven Subjekts korrigiert werden müssen. Aber gleichwohl bleibt sein reduziertes Menschenbild als Realanalyse nicht nur für seine

Epoche gültig, sondern wird immer wieder aktuell bei Rückfällen in den Naturzustand krisenhaft ungefestigter innerer Verhältnisse, wenn Selbstsucht, Bosheit, Übermachtstreben herrschen. Deshalb akzentuiert er die Machtseite des Rechts und des Staates.

Gültig bleibt jedenfalls die Souveränität des Staates als höchste, absolute Rechtsmacht zur allgemeinen Friedenssicherung – insofern der Privatwille, der Partikularwille von Personen und Personenverbänden (Religionsgruppen, Interessenverbänden etc.) nicht gesetzgebend und machthabend bleiben kann, sondern allgemein und gleichermaßen aufgehoben werden muss. Dieses negative Element ist unbestreitbar; es wird von *Rousseau* und von *Kant* als zwingend übernommen. Mit Recht und Staat als objektiver Rechtsorganisation ist in diesem Sinne Souveränität untrennbar verbunden. Wer das bestreiten will, muss die Vernunftnotwendigkeit des Rechtszwangs gegen Unrecht bestreiten, unterliegt aber Illusionen hinsichtlich einer vom äußeren (Rechts-)Zwang freien, moralisch-ethischen oder pragmatischen Organisierbarkeit von Gesellschaften.¹⁷

Konstruktiv ist also der Übergang zur Rechtsorganisation Staat und dessen Souveränität für die Aufhebung des Naturzustandes konfligierender Partikularwillen notwendig. Ebenso notwendig ist, dass diese Unterwerfung unter staatliche Souveränität in demselben gesellschaftlichen Verhältnis allseitig und gleich erfolgt, sonst dauert der Naturzustand, der Grundwiderspruch fort – mit der Tendenz, sich wiederum negativ zu verallgemeinern: wer nicht so „dumm“ war, einseitig seine Waffen abzuliefern, gräbt sie wieder aus.

Dieses Konzept hat beträchtliche analytische Leistungsfähigkeit. Bei aller Klarheit der prinzipiellen Bedingung dauerhaften inneren Friedens – der souveräne Staat – können in historischen Prozessen die Übergänge sich konkret verschiedenen gestalten. Von den Grenzzuständen des vollkommen

Discours sur l'inégalité/Diskurs über die Ungleichheit, Teil 2, Ausgabe Schöningh UTB, 3. Aufl. 1993, S. 214 f.: „Vereinigen wir uns“, sagen die Besitzenden zu den Besitzlosen; siehe auch kritisch gegenüber dem Großgrundbesitz (aus eigener Anschauung) *Kant*, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, Werke (Fn. 3), S. 151 f. – eine Kritik, die zeitgenössischen Bodenreformbestrebungen im Zuge der Bauernbefreiung entspricht.

¹⁵ Siehe *Hobbes* (Fn. 5), S. 205 f., 210.

¹⁶ Vgl. *Baruch de Spinoza*, Tractatus politicus/Politischer Traktat, Kap. II, §§ 1 ff., 17, übersetzt v. Wolfgang Bartuschat (Hrsg.), 2. Aufl. 2010, S. 13 ff., 29 (radikal das Recht zunächst von der Macht her konstruierend, dazu erhellend kritisch die Einl. von *Bartuschat* XVII ff.).

¹⁷ So das an sich verdienstvolle Buch von *Daniel Loick*, Kritik der Souveränität, 2012, S. 310 ff. („kritische Theorie ohne Souveränität“), der Souveränität auf die staatliche Zwangsgewalt verengt, schließlich mit *Habermas*' Diskurstheorie, aber über diesen hinaus, das Recht vom notwendigen Zwangs-/Gewaltmoment überhaupt lösen will. Das läuft auf eine (mit Verlaub: naive) Beschwörung freiwilliger, aber ungesicherter Befolgung von Diskursresultaten hinaus. Zudem wird die vordiskursive Fundamentalität des Rechts äußerer Freiheit verfehlt. Richtig ist zwar, dass eine entwickelte und kultivierte rechtsstaatliche Ordnung in weiten Bereichen frei von unmittelbarem Zwang aus Rechtschaffenheit, Interessenkonvergenz der meisten Bürger befolgt wird. Aber das schließt selbst im besten Staat die abweichende Willkür bis hin zum verbrecherischen Handeln als mit dem Menschsein verbundene Möglichkeit nicht aus, von der mühsamen Rechtskonstitution aus dem Naturzustand heraus (das hiesige Thema des *Hobbes*) zu schweigen. Zur kategorischen Integration von Recht und Zwangsbefugnis gegen Unrecht aufgrund des spezifisch äußeren Handlungsbezuges siehe *Kant*, Metaphysik der Sitten, Bd. 8, Werkausgabe-stw, 1997, Rechtslehre, Einl. §§ D, E, S. 338 ff.; siehe auch *Köhler* (Fn. 1), S. 108 ff., 158 ff.

souveränen Staates und des chaotischen Naturzustandes gegensätzlicher Partikularwillen unterscheidet sich ein Übergang, in dem sich Souveränität nach vorübergehenden Ungleichheiten Schritt für Schritt herstellt. Zumindest fordert die Rechtsfriedenskonstruktion die Ausrichtung des historischen Prozesses auf allgemeinen, gleichen Rechtsmachtverzicht zugunsten des souveränen Staates und eine fassbare Verwirklichungschance. Zumal in schweren inneren Krisen einer Gesellschaft, in Bürgerkriegen ist die Souveränitätsfrage zunächst offen, z.B. handelte es sich im 30-jährigen Krieg wesentlich auch um die Frage, ob es zu einer (katholischen) Universalmonarchie kommen würde oder zu einem System souveräner Staaten, und wie insbesondere das alte deutsche Reich in Zentraleuropa verfasst sein sollte. In der von der *Hobbesschen* Methodologie nahe gelegten Weise könnte man fortfahren, die empirischen Bestimmungsgründe sich bildender oder aus der Krise sich wiederherstellender Staatssouveränität zu eruieren. Einen Abschluss findet man hier nur in der These, die Souveränität sei ein letztlich existentieller Begriff des machtvoll-faktisch sich durchsetzenden Entscheidens¹⁸ – und auf empirisch-politischer Ebene ist dies gewiss ein wesentliches Element in einem indessen nicht darauf reduzierbaren Begründungszusammenhang.

Aber damit kommt auch der Mangel der empiristischen (oder: dezisionistischen) Methodologie in den Blick. Die Frage nach den rechtsinhaltlichen Bedingungen des allgemeinen Rechtsfriedens, der Rechtsorganisation Staat und seiner Souveränität beantwortet *Hobbes* mit der allgemeinen Formel des Staatsvertrages nicht hinreichend. Jedoch schon für eine treffende Analyse der Chance, den Bürgerkrieg zu befrieden, erweist sich dies als nötig. Waren z.B. die früheren Verhältnisse eines „Staates“ durch eine Oligarchie von Großgrundbesitzern geprägt, die Kleinbauern und abhängig-besitzlose frühere Sklaven/Leibeigene unterdrückten, dann ist ein wirklicher Staat für alle in prinzipiell gleicher Freiheit und privatrechtlicher Selbständigkeit erst noch zu konstituieren; und diese fundamentale (rechtsstaatliche) Bedingung kann durch den bloßen Machtverzicht als negativen Momentes noch nicht gewährleistet sein. Die empiristische Reduktion auf Machtverzicht und -konzentration verfehlt also die rechtskategoriale Basis der Souveränität. Worum willen soll der Partikularwille sich aufheben? Wird diese Frage nicht beantwortet, so hat man auch praktisch keinen guten Grund dies zu tun, und man kann eigentlich außer empirischen Beschreibungen historischer Prozesse keine Richtung und Chancenbeurteilung angeben; z.B. haben die unterdrückten und rebellierenden Kleinbauern keinen Grund, in den nach wie vor oligarchisch verfassten Staat zurückzukehren, oder sie tun dies nur unter Bedingungen unausweichlichen Zwangs bis hin zu brutaler Gewaltanwendung (wie in den europäischen Bauernkriegen), also ohne wirklich dauerhafte Stabilität. Die Frage führt somit über *Hobbes* hinaus zum freiheitsrechtlichen Prinzip des Rechtsstaates und seiner aus inhaltlichen Gründen sich konstituierenden und stabilisierenden Souveränität.

¹⁸ Vgl. extrem verkürzend *Carl Schmitt*, Politische Theologie, 2. Aufl. 1934.

III. Das freiheitliche Rechtsprinzip – der Rechtsstaat und seine Souveränität

Die freiheitsrechtlich-rechtsstaatliche Entfaltung folgt theoriegeschichtlich und praktisch-historisch nach – und zwar verbunden mit einer gültigen *Hobbes*-Kritik, namentlich bei *Spinoza*, *Rousseau*, *Kant*; letzterer bringt die Entwicklung der europäischen Aufklärung zur Zeit der freiheitlichen Revolutionen Ende des 18. Jahrhunderts zum Abschluss. Das Weiterführende und Verbindende in den praktischen Bezügen soll hier herausgestellt werden.

Die in Kritik auch an *Hobbes* entwickelte grundlegende Einsicht lautet: Der empiristische Begriff des nur an sich, seinem immanenten Wohl orientierten Subjekts ist zu eindimensional, um den Menschen hinreichend zu begreifen und in bestimmter Weise auch die Bedingungen der Glückssuche, besonders auch im weltbezogenen Verhältnis zu anderen Subjekten, zu konzipieren. Vielmehr eignet dem Menschen von Grund auf der geistige Bezug auf das Ganze des Daseins, was Rücksicht auf andere Subjektivität und natürliche Bedingungen menschlicher Existenz, unabhängig vom eigenen Interesse, einschließt. *Rousseau* hat dies in seiner Anthropologie kritisch gegenüber *Hobbes* am moralischen Gefühl des Mitleids zur Geltung gebracht,¹⁹ als Vorform von begründeten Pflichten zur Hilfe in fremder Existenznot. *Kant* entfaltet schließlich in den Vernunftkritiken eine Logik praktischer Handlungsgrundsätze und -prinzipien, welche die empiristisch-rationalistische Reduktion aufhebt, die ursprüngliche Bezogenheit auf das Ganze vernunftgemäßen Daseins der Menschheit im kategorischen Imperativ formuliert und damit die Basis bestimmt, aus der sich auch das unbestreitbare Glücksverlangen der Subjekte in Form von Rechtsansprüchen im Verhältnis zu anderen inhaltlich begründet und einschränkt. Diese kritische Erweiterung des Begründungszusammenhangs ist höchst bedeutsam, da sie der bis heute weltmächtigen empiristischen (utilitaristischen) Verkürzung der menschlichen Weltorientierung und der Intersubjektivitätsbeziehungen entgegensteht: das ethisch Gute und das Recht dürfen nicht mit dem Interesse verwechselt werden.

Der vernunftkritische Begründungszusammenhang mit seinen nötigen Erweiterungen kann hier nicht im Einzelnen dargelegt werden.²⁰ Seine Kraft erweist sich an einem von der Ethik des Guten unterschiedenen Begriff des Rechts, der als unbedingtes Vernunftgebot, als kategorischer Rechtsimperativ begründet und plausibel gemacht werden kann. Das Rechtsgesetz setzt voraus, dass die Subjekte in grundgleicher Weise selbstbestimmte (freie) Willenszentren sind, die autonom ihren eigenen Wohlkonzepten, ihren ethischen Selbstentwürfen und Glaubensüberzeugungen folgen dürfen. Da sie aber im äußerlich-weltbezüglichen, interpersonalen Handeln nicht von sich aus übereinstimmen, bedarf es vernunftnot-

¹⁹ Vgl. *Rousseau* (Fn. 14), Teil 1, S. 141 f.: noch ein weiteres (zur Eigenliebe gegenläufiges) Prinzip habe *Hobbes* nicht bemerkt, nämlich „einen angeborenen Widerwillen, seinen Mitmenschen leiden zu sehen,... Mitleid“.

²⁰ Vgl. *Wolff*, in: Hassemer (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 1987, S. 137 ff.; *Zaczek*, Selbstsein und Recht, 2014, S. 27 ff., 62 ff.; *Köhler* (Fn. 1), Kap. 1-5.

wendig einer sie verbindenden objektiven Gesetzmäßigkeit, welche die Räume des äußeren Handelns nach wechselseitig-allgemeinen, gleichen Formen des Freiheitsgebrauchs – und zwar unabhängig von den ethischen und pragmatischen Inhalten – regelt, eröffnet und begrenzt: das Recht.²¹

In dessen systematischer Entfaltung ergibt sich eine Ordnung inhaltlich bestimmter allgemeiner Freiheitsrechte, die zugleich Gleichheitsrechte sind, und denen Grundpflichten (der rechtlichen Selbstbehauptung als Person, der Respektierung anderer Personen, des Übergehens zu verfassungsmäßigen Rechtsorganisationen insbesondere zum Staat) entsprechen. Zu nennen sind das Menschenrecht allgemeiner Handlungsfreiheit nach selbst mitkonstituierten Gesetzen, weiter differenziert nach Selbstbesitz (Leben, Körperintegrität, Handlungsfreiheit) und geistige Äußerungsfreiheiten der Persönlichkeit, sodann das Privatrecht wechselseitig-allgemeiner Formen des Gegenstandsbesitzes und ausgeglichener Weltaneignung (übrigens in durchaus kritischer Wendung gegen das Unrecht einseitiger historischer Akkumulation zum Nachteil Besitzloser). Das kann und braucht hier wiederum nicht ausgeführt zu werden. Im systematischen Vergleich zu *Hobbes* hervorzuheben ist, dass schon das vorstaatliche Verhältnis zwischen Personen und (in) Personenverbänden nach Prinzipien rechtsinhaltlich und zwar im Ansatz allgemein-freiheitsrechtlich strukturiert ist. Der Naturzustand ist daher, anders als bei *Hobbes*, ein Rechtszustand, wenngleich noch unzureichend entwickelten und gesicherten Rechts.

Für den hiesigen Zusammenhang bedeutsam ist, was daraus – in der normativ-kritischen Idee – für den Begriff des Staates als Rechtsorganisation folgt. Er bestimmt sich, sei es auch in noch so defizienten Formen, als Rechtsstaat, als (wie *Kant* definiert) eine „Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen“.²² Gegen *Hobbes* wird damit zur Geltung gebracht, dass subjektive Grundrechte wie die Meinungsäußerungsfreiheit, der Selbstbesitz der Person wechselseitig-allgemein und gleich schon vor dem Staat begründet sind und daher den Staat als Rechtsorganisation verpflichten. Die Leistung des Staates ist also nicht hinreichend bestimmt durch eine generelle „Systemstabilität“, der der Status des Individuums nach Gutdünken („abwägend“) untergeordnet werden könnte. Vielmehr liegt in der Idee des Rechtsstaates, jeden zu seinem Recht kommen zu lassen und niemandem Unrecht zu tun: *Hobbes* habe daher Unrecht, wenn er annimmt, der Staat sei seinen Bürgern nicht aus den natürlichen Freiheitsrechten verpflichtet und könne ihnen daher kein

Unrecht tun (wovon die zusätzliche Frage, ob, in welchem Sinne und unter welchen Voraussetzungen der Person gegen staatliches Unrecht über den Protest hinaus ein gewaltsames Widerstandsrecht zusteht, zu unterscheiden ist).

Die Vertiefung des Begründungszusammenhangs, die prägende Bedeutung des freiheitlichen Rechtsbegriffs für die Rechtsorganisation Staat geht auch in die Formel der Staatsgründung ein. Die Vereinigung unter Rechtsgesetzen ist notwendig, um die Bestimmungsunklarheit und Geltungsunsicherheit des Naturzustandes partikularer Rechtsbestimmungen – den Vernunftwiderspruch mit vielfältig negativen, faktisch-praktischen Auswirkungen – aufzuheben. Formal besteht der Gründungsakt in zwei Elementen – bei *Hobbes*, *Rousseau*, *Kant* zunächst in gleicher Weise. Negativ bedarf es des vollständigen Verzichts auf privat-partikulare Rechtsbestimmung und Macht. Affirmativ entspricht dem aber die Gründung eines Willenszentrums, das anders als bei *Hobbes* nicht ein anderes Subjekt ist und nicht inhaltlich unabhängig vom Rechtswillen der Subjekte/Bürger zu agieren ermächtigt ist. Mit *Rousseau* ist es vielmehr der allgemein-vereinigte Wille aller als Instanz allgemeiner, selbst gegebener und nur deshalb unbedingt verbindlicher Gesetze, der die Aufhebung des Naturzustandes produktiv besiegeln kann.²³ Inhaltlich bleibt der allgemeine Rechtswille (deutlicher als es *Rousseau* lehrt) an die Subjekte als Rechtsinstanzen gemäß deren vorpositiv-freiheitsrechtlichen Bestimmungen insbesondere an das Menschenrecht, die Freiheits- und Gleichheitsgrundrechte gebunden, die deshalb dem gesetzgebenden Allgemeinwillen (in welcher Staats- oder Repräsentationsform auch immer) die Richtung geben: der Staat ist „vereinigter“ Rechtswille Freier.

Der Fortschritt gegenüber *Hobbes* ist beträchtlich. Das Worumwillen der Überwindung des Naturzustandes durch die Rechtsorganisation Staat ist für jedes Subjekt inhaltlich-freiheitsrechtlich beantwortet. Der nötige allgemeine Eigenmachtverzicht gründet im systematischen Zusammenhang mit der allgemeinen Aufgabe privater Rechtsbestimmung, aber in Konstitution eines allgemeinen Verfassungs- und Gesetzeswillens, an dem jeder Teil hat, sowohl in dessen subjektuell-kategorialen Voraussetzungen, als auch im Akt konkretisierender Rechtswillensbildung (Bürgerrecht). Die grundpflichtige Zumutung, den Naturzustand privater (despotischer) Rechtsanmaßung zu verlassen, ist nur durch den qualitativen Zuwachs an allgemeinen, gleichen subjektiven Frei-

²¹ Vgl. die Definition *Kants* (Fn. 17), S. 337: „Das Recht ist [...] der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann“.

²² Siehe *Kant* (Fn. 17), S. 431; zur Idee vollkommener Gesetzesgerechtigkeit siehe S. 432 („schlechterdings niemand Unrecht tun“); zur nachfolgenden *Hobbes*-Kritik siehe erneut ausdrücklich *Kant* (Fn. 14), S. 161 ff.; siehe im Ansatz den Empirismus aufhebend und den Zweck des Staates vom Recht des Individuums als einer Vernunftbestimmung her begreifend, wenn auch nicht widerspruchsfrei, *Spinoza* (Fn. 16), S. 65; dazu *Bartuschat* (Fn. 16), XXIII ff.

²³ Vgl. *Rousseau* (Fn. 4), S. 361: Im Augenblick (à l’instant) des Pacte social tritt an die Stelle der einzelnen Personen eine (juristische) Kollektivkörperschaft bestehend aus den Mitgliedern, die durch den Assoziationsakt seine Einheit, sein gemeinsames Ich, sein Leben, seinen Willen erhält. Siehe sodann *Kant* (Fn. 17) S. 434: der den Staat konstituierende Akt ist der Idee nach der ursprüngliche Kontrakt, „nach welchem alle im Volk ihre äußere Freiheit aufgeben, um sie als Glieder eines gemeinen Wesens, d.i. des Volks als Staat betrachtet sofort wieder aufzunehmen“; an die Stelle naturzuständlich gesetzloser Freiheit tritt (unverminderte) Freiheit nach Gesetzen, die dem eigenen gesetzgebenden Willen entspringen; zur Konsequenz der Volkssouveränität siehe S. 432.

heitsrechten und deren Sicherung begründet und dauerhaft durchsetzbar. Die von *Hobbes* und *Spinoza* leitend herausgestellte Perspektive der Macht und der Machtvereinigung wird durch den subjektrechtlichen Begründungszusammenhang erst schlüssig: der Machtverzicht der Individuen und die unwiderstehliche Übermacht des Staates gründen in dessen Wirklichkeit, jedem seine subjektiven Rechte durch vereinigten Rechtswillen aller einsichtig zu garantieren und deshalb die Macht der Individuen in sich zu versammeln.

Besonders herauszustellen ist in der heutigen Problemlage, dass *Kant* (wie auch auf weniger überzeugender methodischen Grundlage *John Locke*) in diesen Aufhebungs- oder Legitimationsprozess auch die privatrechtlichen Besitzverhältnisse einbezieht, infolge dessen den Großgrundbesitz und den Kolonialismus hart kritisiert;²⁴ die ursprüngliche Weltaneignung ist nicht als historisch schon abgeschlossen zu betrachten, sondern aus der allgemeinen Aneignungsgesetzmäßigkeit nach dem Prinzip des ursprünglichen Gemeinbesitzes der Menschheit an der Weltsubstanz zu korrigieren. Letztlich liegt darin die Idee einer Erwerbsgesetzlichkeit und einer Gerechtigkeitsordnung, in der alle Zugang zur produktiv geformten Substanz erhalten; aus dieser privatrechtlichen und zugleich bürgerlichen Selbständigkeit resultiert erst die vom Willen anderer unabhängige Fähigkeit zur Gesetzgebung – die Möglichkeit der repräsentativ-demokratischen Republik.

IV. Schluss – Was bedeutet „Frieden durch Recht“?

Fragt man nun abschließend noch einmal nach den Bedingungen eines „Friedens durch Recht“ in Überwindung einer schweren inneren Krise, eines Bürgerkrieges, so hat sich durch den rechtsstaatlichen Begründungszusammenhang die Basis erweitert; daher sind auch die Analysegesichtspunkte nicht bloß empirisch-funktional, sondern rechtskategorial untermauert.

Bürgerkriege oder ähnlich schwere innere Krisen haben ihren Grund typischerweise in schweren Grundstrukturdefiziten, die sich als Rechtsmangel, Rechtsgegensatz (insbesondere z.B. Besitzspaltung) definieren lassen; dem korrespondiert eine mangelhafte Funktion der Rechtsorganisation „Staat“, etwa als Despotie, Klassenstaat, Oligarchie. Das zeigt sich im Bürgerkrieg als mehr oder weitgehender Verlust an Souveränität.

Setzt die Wiederherstellung des inneren Rechtsfriedens die Rekonstruktion der staatlichen Souveränität voraus, so bedeutet das zunächst nach der Methodologie vertragstheoretischer Staatsbegründung, dass alle in Betracht kommenden partikularen Rechtsbestimmungen und Machtzentren – Bürgerkriegsparteien – in gleicher Weise Verzicht leisten und sich der staatlichen Gesetzesordnung unterwerfen, oder zumindest, dass der Friedensprozess darauf angelegt ist. Dage-

gen ist die Unterwerfung, Entwaffnung nur einer Partei bei Fortbestand der anderen ein Grundwiderspruch, der den Rückfall in den Kriegszustand nahe legt, jedenfalls wenn diese Asymmetrie nicht nur ein taktischer Zwischenschritt zu allgemeiner Unterordnung ist, sondern fort dauert. Die Staatsrekonstruktion mag sich also je nach den Verhältnissen empirisch unterschiedlich gestalten, anfangs zunächst auch durch die äußere Übermachtseite, durch autoritäre Regime geprägt sein.

Wirklicher „Frieden durch Recht“ setzt jedoch tiefergehend voraus, dass die grundlegenden Defizite rechtsstaatlicher Ordnung, die als die Strukturgründe innerer Spaltung imponieren, behoben werden. Besonders in Betracht kommen gesellschaftlich-ökonomische Grundungleichheiten, Besitzspaltungen mit empörendem Massenelend, besonders auch in früheren Kolonialländern. Ohne die Aufhebung solch überkommener Grundstrukturasymmetrien, z.B. Großgrundbesitz einerseits und massenhafte Besitzlosigkeit andererseits mit entsprechend oligarchischer Staatsform, wird die Rekonstruktion auf Dauer nicht gelingen. Das betreffende Land bleibt, jedenfalls in manchen Regionen, ein Pulverfass alltäglicher Ungerechtigkeit und Gewalttätigkeit, denen die Abwesenheit oder Korruption eines an sich auf Rechtsverwirklichung verpflichteten Staates entspricht.

Die gebotenen inhaltlichen, freiheitlich-rechtsstaatlichen (republikanischen) Elemente der Rechtsordnung, welche die Aufhebung des krisenhaft sich ausprägenden Unrechts in der Tiefendimension befördern, stehen schließlich mit der Machtseite des Staates und seiner Durchsetzungschance in Zusammenhang. Je schlüssiger nämlich diese inhaltliche, kategorial-freiheitliche Seite sich entfaltet, desto größer ist auch die vereinigte Macht kraft Verzichts von Bürgern/Konfliktparteien, die das republikanische Gesetzesrecht als allgemeine Bedingung ihrer je besonderen Freiheitsentfaltung in Sicherheit begreifen. Der abstrakte Appell an die gewiss begründete Pflicht, den Naturzustand zu verlassen, genügt also nicht, zumal dann nicht, wenn er von Akteuren ausgeht, die ihrerseits einer despotischen Staatsvorstellung anhängen.

Die nachhaltige Befriedung eines Bürgerkrieges setzt also voraus den allgemeinen Rechtsmachtverzicht der Parteien zugunsten souveräner Rechtsübermacht des Staates, die aber selbst ihren Wirkgrund in kategorisch-rechtsinhaltlich gesicherten Verhältnissen, also schlüssiger Behebung von ursächlichen Grundstrukturdefiziten hat. Dieser Zirkel von ineinander verschränkten Rechts- und Machtbedingungen macht die reformierende Überwindung des Rechts- oder Gerechtigkeitsmangels bisheriger staatlicher Strukturen und der diese festigenden ideologischen Verblendung der Konfliktparteien besonders schwierig. Die langwierige innere Krise, der Bürgerkrieg ist auch eine kollektive „Höllenfahrt der Selbsterkenntnis“.²⁵ Um Frieden durch Recht zu schaffen, bedarf es auch besonders fähiger Politiker/Staatsgründer, die sich durch konkrete Einsicht in den Zusammenhang auszeichnen, in dem Gerechtigkeit und Machttechnik konvergieren.

²⁴ Zur Kritik siehe *Kant* (Fn. 14) S. 151 f., sowie *ders.* (Fn. 3), S. 214 f., zur Ungerechtigkeit der Kolonisierung fremder Länder durch europäische Staaten: „die Einwohner rechneten sie für nichts“. Zur kantischen Grundlegung des Privatrechts und der Gerechtigkeitstheorie siehe eingehend *Köhler* (Fn. 1), Kap. 5 und 6.

²⁵ Vgl. *Kant* (Fn. 17), § 14 S. 576.

Strafrechtliche Grundlagenprobleme der „Übergangsjustiz“

Von Prof. Dr. Dres. h.c. **Ulfrid Neumann**, Frankfurt a.M.

I. Systemwechsel und „Postkonfliktgesellschaft“

Strafrecht funktioniert im „Regelfall“ innerhalb eines gesellschaftlichen Systems, das durch eine weitgehende Homogenität seiner sozialen Normen gekennzeichnet ist. Der Straftäter verletzt typischer Weise nicht nur geltende rechtliche, sondern auch konsentierende soziale Normen. Daran ändert der Umstand nichts, dass strafrechtliche Normen einerseits, konsentierende soziale Normen andererseits auch in diesem Regelfall nicht vollkommen deckungsgleich sein müssen. Insbesondere kann die Legitimität von Tatbeständen, die außerhalb des Kernbereichs der jeweiligen Strafrechtsordnung liegen, umstritten sein.

Ein solcher Streit kann der Verbote gesetzgeberischer Maßnahmen zur Entkriminalisierung in diesem Bereich sein – ein zeitgeschichtliches Beispiel in Deutschland wäre etwa die Reform des Sexualstrafrechts in den letzten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts, die einer verbreiteten Kritik an einem Sexualstrafrecht Rechnung trug, das an dem „Rechtsgut“ der „Sittlichkeit“ orientiert war.¹ Auch in einem solchen Fall wird die umstrittene strafrechtliche Norm aber, solange sie nicht förmlich außer Kraft gesetzt wurde, als Bestandteil einer legitimen Rechts- und Sozialordnung wahrgenommen und damit als verbindliche Norm anerkannt. Der Straftäter selbst versteht sich nicht als Opfer einer ihm aufoktroierten Rechtsordnung, sondern als jemand, dem Recht geschieht, allenfalls als Unglücksrabe, der das Pech hatte, bei seinen kriminellen Aktivitäten erwischt zu werden. Das Strafrecht beruht, im Regelfall, auf einer stabilen gesellschaftlichen Basis.

Diese stabile gesellschaftliche Basis fehlt dem Strafrecht dort, wo es um die Bestrafung von Personen geht, die innerhalb eines gesellschaftlichen Systems (oder Teilsystems) mit einer abweichenden sozialen, möglicherweise auch einer abweichenden rechtlichen Normenordnung gehandelt haben. Hier stellen sich spezifische Probleme der Legitimität, aber auch der Funktionalität der Bestrafung.

Typologisch ist hier zwischen der Konstellation eines politischen Systemwechsels² einerseits, der Beendigung eines gewaltsam ausgetragenen Konflikts innerhalb desselben politischen Systems andererseits zu unterscheiden. Im letzteren Fall geht es nicht um die Ablösung des politischen Systems, sondern um die Beendigung einer bürgerkriegsähnlichen bewaffneten Auseinandersetzung. Im Schrifttum wird hier der Begriff der „Postkonfliktgesellschaft“ verwendet.³

¹ Grundlegend seinerzeit *Jäger*, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, Eine kriminalsoziologische Untersuchung, 1957; *Hanack*, Empfiehlt es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?, Gutachten für den 47. Deutschen Juristentag, 1968.

² Aus strafrechtstheoretischer Sicht dazu *Neumann*, ZStW 109 (1997), 1.

³ Vgl. etwa *Arnold*, in: Eser/Sieber/Arnold (Hrsg.), Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht, 2012, S. 34, 67; *Kastner*, Transitional Justice in der Weltgesellschaft, 2015, S. 1124.

Fraglich ist allerdings, ob es sich hier um einen Begriff handelt, der sich lediglich auf faktische Besonderheiten bezieht, oder ob sich aus der besonderen faktischen Konstellation auch spezifische Konsequenzen hinsichtlich der rechtlichen Aufarbeitung der Vergangenheit ergeben. Die besseren Argumente dürften für die Ansicht sprechen, dass die Differenzen im Bereich der gesellschaftlichen Faktizität typischerweise auch Folgen für die Möglichkeit der rechtlichen Verarbeitung haben.

Es geht hier einerseits natürlich um handfeste Machtfragen. Ist ein politischer Systemwechsel radikal und uneingeschränkt erfolgreich, so besteht keine Notwendigkeit, auf Repräsentanten des vergangenen Systems aus politisch-taktischen Gründen Rücksicht zu nehmen. Das war die Situation in der Bundesrepublik Deutschland nach dem Untergang der ehemaligen DDR und ihrem Anschluss an die Bundesrepublik. Die völlige Ohnmacht der ehemaligen DDR-Elite machte es möglich, das Instrument des Strafrechts ohne Rücksicht auf mögliche Gegenreaktionen einzusetzen.

Allerdings sah der Einigungsvertrag eine Begrenzung der Strafjustiz durch das materielle Strafrecht der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik (DDR) vor.⁴ Es sollten nur solche Rechtsgutsverletzungen durch Repräsentanten des DDR-Systems bestraft werden dürfen, die schon nach dem seinerzeitigen Recht der DDR strafbar waren. Möglicherweise hätten die Vertreter der DDR einer anderen Regelung auch nicht zugestimmt. Aber die Praxis sah anders aus. Die Strafgesetze sowie andere strafrechtlich relevante Normen der DDR wurden von der Justiz der Bundesrepublik neu interpretiert. So wurden ehemalige DDR-Bürger in der Bundesrepublik für Handlungen bestraft, für die ihnen in der seinerzeitigen DDR Orden und andere Auszeichnungen zuteil geworden waren. Ich werde auf diesen Punkt noch unter anderen Aspekten zurückkommen. Der Protest der Betroffenen beschränkte sich im Wesentlichen auf das Gebiet politischer, teilweise autobiografischer Publikationen.⁵ Zu wirksamen Gegenaktionen fehlte das politische Machtpotential.

Anders liegen die Dinge, wenn es nicht um eine bedingungslose Unterwerfung des alten Systems geht, sondern um einen Übergang auf der Basis einer Vereinbarung, die von beiden Seiten mit Zugeständnissen erkaufte werden muss. Das ist häufig der Fall bei der Ablösung einer Militärdiktatur durch eine Zivilregierung mit Übergang – oder Rückkehr – zu demokratischen Verhältnissen. Hier kann der Preis für den Machtverzicht der Militärs in dem völligen oder partiellen Verzicht auf die Bestrafung von Verbrechen der Militärdiktatur bestehen.

Diese Konstellation einer Begrenzung des Strafrechts durch die Machtverhältnisse ergibt sich auch in „Postkon-

⁴ Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands – Einigungsvertrag v. 18.9.1990, Art. 315.

⁵ Vgl. etwa *Krenz*, Gefängnis-Notizen, 2009, S. 35 ff.; *ders.*, Widerworte, 2. Aufl. 2006, S. 48 ff.

fliktgesellschaften“, sofern der Konflikt nicht durch den vollständigen militärischen Sieg der einen Seite, sondern durch einen Friedensschluss beendet wurde, der beide Seiten zu Kompromissen zwingt. Das Strafrecht muss in diesen Fällen aus Gründen der Systemstabilität Konzessionen machen, die bis zum völligen Verzicht auf Bestrafung und damit zu einer beide Seiten betreffenden Generalamnestie führen kann. Vor der Frage, in welchem Maße das Strafrecht nach dem Ende der jahrzehntelangen bewaffneten Auseinandersetzung zwischen Staat, Rebellen und Paramilitärs eingesetzt werden sollte und eingesetzt werden konnte, stand Kolumbien nach dem Friedensschluss zwischen den Konfliktparteien.⁶

II. Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit

Das Problem der angemessenen strafrechtlichen Reaktion des Staates in der Postkonfliktgesellschaft führt (ebenso wie nach einem Systemwechsel) zu der Frage, bis zu welchem Punkt die Entscheidung über die Bestrafung oder Nichtbestrafung von massiven Rechtsgutsverletzungen dem politischen Kalkül überlassen bleiben kann. Die Antwort hängt natürlich davon ab, ob man die Institution der Strafe eher deontologisch oder eher konsequentialistisch interpretiert.

Folgt man einer konsequentialistischen Sichtweise, dann geht es hier um ein Problem allein der Zweckmäßigkeit. Die Frage heißt dann, ob der bestmögliche gesellschaftliche Zustand eher durch den Rückgriff oder aber den Verzicht auf das strafrechtliche Instrumentarium erreicht wird.

Die Antwort auf diese Frage hängt von einer Vielzahl von Umständen ab, die in den jeweiligen Übergangsgesellschaften höchst unterschiedlich sein können; und sie muss dementsprechend von Fall zu Fall und mit erheblichen Differenzierungen beantwortet werden. Wichtige Faktoren sind hier natürlich die Intensität des Strafverlangens der Opfer einerseits, die Gefahr einer Destabilisierung des Systems durch massive Gegenreaktionen der von Strafe bedrohten Verantwortlichen andererseits. Einzubeziehen sind hier auch die möglichen Alternativen, etwa die Einrichtung von Wahrheitskommissionen, möglicherweise in Verbindung mit einem bedingten Strafverzicht (bei Kooperation mit der Wahrheitskommission) nach dem Vorbild Südafrikas.⁷

⁶ Zur Genese und Struktur des Konflikts in Kolumbien ist unter den deutschsprachigen Publikationen hervorzuheben *Deißler*, Eigendynamische Bürgerkriege, Von der Persistenz und Endlichkeit innerstaatlicher Gewaltkonflikte, 2015, insb. S. 263 ff.

⁷ Zum Modell der Wahrheitskommissionen (auch mit Bezug auf Südafrika) *Cueva*, in: Reátegui Carrillo (Hrsg.), *Transitional Justice, Handbook for Latin America*, 2011, S. 315. Ausführlich zur Funktion der Wahrheitskommissionen im Kontext einer strafrechtlichen Amnestie in Südafrika *du Bois-Pedain*, *Transitional Amnesty in South Africa*, 2007. Zur Frage, inwieweit die Durchführung von Strafprozessen der historischen Wahrheitsfindung dienen kann und ob sie gegebenenfalls durch diese Funktion legitimiert werden kann, vgl. etwa *Schroeder*, in: Nußberger/v. Gall (Hrsg.), *Bewusstes Erinnern und bewusstes Vergessen*, 2011, S. 339 (341 ff.). Zur Frage eines „Menschenrechts auf Wahrheit“ vgl. die

Anders, wenn man einer deontologischen Interpretation der Strafe folgt. In diesem Fall sind bei der Entscheidung über einen Einsatz des Strafrechts Erwägungen über die politischen Folgen zwar nicht auszuschließen. Diese Erwägungen müssen sich dann aber gegenüber Forderungen der Strafgerechtigkeit behaupten. Das gilt vor allem für den Verzicht auf eine Strafe, die nach den allgemeinen Regeln der strafrechtlichen Zurechnungslehre zwingend begründet wäre.

Die komplementäre Frage, ob aus Gründen der Stabilisierung der Gesellschaft auch „ungerechte“ Strafen verhängt werden dürfen, wird demgegenüber kaum diskutiert. Der Grund dürfte darin liegen, dass schon die Fragestellung skandalös erscheint. Ungerechte Strafen sind nach fast allgemeiner Ansicht auch dann nicht gerechtfertigt, wenn sie massive gesellschaftliche Unruhen verhindern könnten. Das Lehrbuchbeispiel ist die bewusste Inhaftierung eines Unschuldigen, um eine Lynchjustiz gegenüber einer Vielzahl von Tatverdächtigen zu verhindern.⁸

Die Frage ist allerdings, ob eine Übergangsjustiz nicht dazu tendieren kann, die Regeln der Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit so zu justieren, dass eine Bestrafung der Repräsentanten des überwundenen Systems ermöglicht oder erleichtert wird. Darauf wird im Zusammenhang mit der Interpretation des Grundsatzes *nulla poena sine lege* noch einzugehen sein.

III. Strafgerechtigkeit gegenüber dem Opfer – Genugtuung und Solidarisierung

Die Frage, ob die Bestrafung begangenen Unrechts als Gebot der Gerechtigkeit anzusehen ist, kann heute nicht mehr unter Rückgriff auf religiöse oder metaphysische Prämissen beantwortet werden. Es geht um ein Problem der praktischen Philosophie, der Moralphilosophie, nicht um eine Frage der Metaphysik oder der Religion. Das bedeutet: Die Gerechtigkeit einer Bestrafung müsste sich als Gebot einer zwischenmenschlichen Gerechtigkeit (und nicht: einer transzendenten Gerechtigkeit) begründen lassen. Das Modell wäre eine immanente Gerechtigkeit nach dem Vorbild einer Verurteilung zum Schadensersatz. Die Gerechtigkeit der Strafe wäre im Sinne einer kompensatorischen Funktion der Strafe zu verstehen. Sie bedeutet: es müsste gezeigt werden, dass dem *Nachteil*, der dem Straftäter zugefügt wird, ein *Vorteil* auf der Seite des Geschädigten entspricht, und dass dieser Vorteil die Zufügung des Nachteils legitimiert.⁹

Diese Begründung ist nicht zu leisten, wenn man allein auf den materiellen Schaden abstellt, der durch die Tat entstanden ist. Denn es geht bei der Strafe, anders als bei der Frage des Schadensersatzes, nicht um die gerechte Verteilung

Beiträge in Brunner/Stahl (Hrsg.), *Recht auf Wahrheit, Zur Genese eines neuen Menschenrechts*, 2016.

⁸ Näher zu dem Problem einer in jeder Hinsicht zweckmäßigen „Bestrafung“ eines Unschuldigen *Neumann*, in: Simester/du Bois-Pedain/Neumann (Hrsg.), *Liberal Criminal Theory, Essays for Andreas von Hirsch*, 2014, S. 67.

⁹ Dazu und zum Folgenden schon *Neumann*, in: Liu/Neumann (Hrsg.), *Gerechtigkeit – Theorie und Praxis*, 2011, S. 117.

vorhandener Lasten. Vielmehr wird dem Täter eine zusätzliche Last aufgebürdet, die bei der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe niemandem zugutekommt. Es geht also nicht um Schadensverteilung, sondern um die willkürliche Herbeiführung eines weiteren Schadens, der gegen den vom Täter verursachten Schaden „aufgerechnet“ werden soll. Wie aber ein Schaden durch die Herbeiführung eines zusätzlichen Schadens kompensiert werden könnte, ist jenseits metaphysischer Prämissen nicht zu sehen. Man kann die Übel dieser Welt nicht dadurch neutralisieren, dass man ihnen weitere Übel hinzufügt.

1. Genugtuung

Die Perspektive ändert sich, wenn man nicht auf einen materiellen, sondern auf einen ideellen Schadensersatz abstellt, den der Täter den Opfern (und möglicherweise der Gesellschaft insgesamt) schuldet. Dieser Gesichtspunkt wird seit langem unter dem Stichwort „Genugtuung für das Opfer“ in der Diskussion mitgeführt. In den letzten Jahren und Jahrzehnten gewinnt er zunehmend an Bedeutung.¹⁰ Man kann ihn ohne weiteres dahingehend formulieren, dass dem Opfer durch die Bestrafung des Täters Gerechtigkeit geschehe und geschehen müsse.¹¹

Diese Vorstellung hat ohne Zweifel tiefe psychologische Wurzeln. Jedenfalls bei schweren, die persönliche Integrität verletzenden Straftaten erleben die Opfer die Bestrafung des Täters als einen Akt der Gerechtigkeit. Das gilt in besonderem Maße im Bereich schweren staatlichen Unrechts, also bei gravierenden Menschenrechtsverletzungen. Natürlich kann man hier von einem bloßen Racheverlangen sprechen. Aber damit würde das Bedürfnis des Opfers nach Minderung des ihm zugefügten Leids mit einer negativen Wertung versehen, die angesichts der offenkundigen Universalität dieses Bedürfnisses¹² schwer zu rechtfertigen sein dürfte. Die Staatengemeinschaft erkennt dieses Bedürfnis als legitimes Interesse an. Die Einrichtung eines Internationalen Strafgerichtshofs (ICC), die Institutionalisierung anderer internationaler Strafgerichte dienen auch dem Ziel, den Opfern und ihren Angehörigen Gehör und Genugtuung zu verschaffen.

2. Bestätigung der Opferrolle

Es geht aber nicht nur um Genugtuung für das Opfer, sondern zugleich um die Bestätigung, dass es tatsächlich „Opfer“, und

das heißt: Opfer einer Rechtsverletzung geworden ist.¹³ Diese Bestätigung ist gerade bei Gewaltakten, die von staatlich verfassten Unrechtssystemen ausgehen, von besonderer Bedeutung. Denn bei systemkonformen Gewalttaten ist die Verteilung von Täter- und Opferrolle keineswegs so unumstritten wie (im Regelfall) bei Rechtsgutsverletzungen, die innerhalb des Systems selbst als kriminelle Handlungen geächtet sind. Und nicht immer vollzieht sich der Wechsel der Perspektive zeitgleich mit dem Wechsel des politischen Systems.

So wurden in der Bundesrepublik Deutschland in den ersten Jahrzehnten nach dem Ende des 2. Weltkriegs Urteile der Militärgerichtsbarkeit des „Dritten Reichs“ als legitim anerkannt – einschließlich von Todesurteilen, die wegen „Wehrkraftzersetzung“ verhängt worden waren.¹⁴ Erst in den Jahren ab 1998 erfolgte Schritt für Schritt eine Rehabilitierung der Opfer der NS-Militärjustiz.¹⁵ Urteile der so genannten „Erbgesundheitsgerichte“ aus der Zeit des Nationalsozialismus, in denen die zwangsweise Sterilisierung des Betroffenen angeordnet wurde, galten in der Bundesrepublik zunächst als rechtsstaatliche Entscheidungen. Erst im Jahre 1988 erklärte der Deutsche Bundestag, dass es sich bei diesen Urteilen um spezifisch nationalsozialistisches Unrecht gehandelt habe.¹⁶ Eine Strafverfolgung der Militär Richter und der Richter an den Erbgesundheitsgerichten fand allerdings nicht statt. Sie hätte der Botschaft, dass den Verurteilten Unrecht geschehen war, ein wesentlich höheres Gewicht gegeben.

IV. Bedeutung für die Gesellschaft

Die Aufgabe des Strafrechts der Übergangsjustiz, dem Opfer staatlichen Unrechts sein Recht zu bestätigen, hat zugleich eine gesamtgesellschaftliche Dimension. Auch unter diesem Gesichtspunkt kommt dem Strafrecht bei der Bewältigung der Systemkriminalität eines vergangenen diktatorischen Regimes eine wichtige Funktion zu. Denn das Strafrecht ist ein bedeutsames Medium der gesellschaftlichen Kommunikation – in der aktuellen straftheoretischen Diskussion gewinnt dieser Aspekt zunehmend an Bedeutung.¹⁷ Strafverfahren transportieren in der Gesellschaft Botschaften über die Bewertung von Verhaltensweisen und leisten damit einen we-

¹⁰ Dazu etwa Hassemer/Reemtsma, Verbrechensopfer. Gesetz und Gerechtigkeit, 2002, insb. S. 112-137; Hörnle, JZ 2006, 950 (955 f.); Roxin, GA 2015, 185 (200); krit. etwa Jahn/Bung, StV 2012, 754 (760 f.).

¹¹ Skeptisch gegenüber einer solchen Funktion einer Übergangsjustiz Palermo, ZStW 125 (2013), 379 (397 f.).

¹² Damit wird nicht behauptet, dass dieses Bedürfnis ausnahmslos jedem individuellen Opfer eigen ist. Zur Möglichkeit, zugefügtes Unrecht durch Vergebung zu verarbeiten, vgl. etwa Kor, Die Macht des Vergebens, 2016; Kodalle, Verzeihen denken, 2013; Flaßpöhler, Verzeihen – Vom Umgang mit Schuld, 2016.

¹³ Zu diesem Gesichtspunkt näher Hörnle, Straftheorien, 2011, S. 37 ff.

¹⁴ Saathoff, in: Perels/Wette (Hrsg.), Mit reinem Gewissen, Wehrmachtsrichter in der Bundesrepublik und ihre Opfer, 2011, S. 297 (303).

¹⁵ Gesetz zur Aufhebung der nationalsozialistischen Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege (NS-AufhG), BGBl. I 1998, S. 2501, sowie die dazu 2002 und 2009 ergangenen Änderungsgesetze (BGBl. I 2002, S. 2714 und BGBl. I 2009, S. 3159). Dazu Saathoff (Fn. 14), S. 311.

¹⁶ Tümmers, Anerkennungskämpfe, Die Nachgeschichte der nationalsozialistischen Zwangssterilisation in der Bundesrepublik, 2011, S. 304.

¹⁷ Zu den „expressiven“ Straftheorien, die die kommunikative Funktion der Strafe betonen, vgl. die Darstellung bei Hörnle (Fn. 13), S. 29 ff.

sentlichen Beitrag zur Etablierung wie auch zur Korrektur gesellschaftlicher Deutungsmuster.¹⁸

Genau darum, nämlich um die Zerstörung eingefahrener Deutungsmuster eines vergangenen Unrechtssystems, geht es aber bei der Bewältigung eines vergangenen diktatorischen Regimes. Eine zentrale gesellschaftliche Aufgabe bei der Aufarbeitung eines Unrechtsregimes ist die Destruktion von Ideologien, mit denen die Rechtsverletzungen des Regimes seinerzeit legitimiert wurden.¹⁹ Das Strafrecht als schärfstes Instrument des gesellschaftlichen Tadels stellt klar, dass diese Ideologien zur Rechtfertigung begangener Rechtsverletzungen nicht taugen.

Zur Verdeutlichung dieser Aufgabe ein Beispiel aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), das in diesem Zusammenhang im Schrifttum mehrfach herangezogen worden ist. Das Gericht hatte im Jahre 2010 über die Beschwerde eines ehemaligen Partisanen zu entscheiden, der im Jahre 1944 in Lettland ein Dorf überfallen und dort mehrere Zivilisten ermordet hatte – teilweise auf äußerst grausame Weise.²⁰ Der Hintergrund: Bewohner dieses Dorfes hatten einige Monate zuvor eine Gruppe von Partisanen an die deutsche Besatzungsmacht verraten; Mitglieder dieser Partisanengruppe waren daraufhin von Soldaten erschossen worden. Nach dem Ende des kommunistischen Systems war der Täter von einem lettischen Gericht zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden.

Der EGMR wies die Beschwerde, die der Verurteilte gegen diese Entscheidung eingelegt hatte, in beiden Instanzen ab. Russische Medien reagierten auf diese Entscheidungen des EGMR teilweise mit heller Empörung. Der Tenor war: „Der EGMR verurteilt die Tat eines Antifaschisten“.²¹ Hier wird das zentrale Deutungsmuster deutlich, um dessen Korrektur (oder Fortbestand) es bei derartigen Strafverfahren geht: Wird das maßgebliche Koordinatensystem durch den Gegensatz „Faschismus – Antifaschismus“ gebildet, dann sind alle Handlungen, die gegen „den Faschismus“ gerichtet sind, tendenziell gerechtfertigt – selbst wenn es sich um die grausame Tötung von Zivilisten handelt.

Man muss nicht betonen, dass sich dieses Koordinatensystem durch zahlreiche andere ersetzen lässt – etwa das von „Kommunismus“ und „Patriotismus“ oder das von „Rechtgläubigkeit“ und „Ketzerie“. Aufgabe des Strafrechts ist es hier, solche Koordinatensysteme und die an ihnen orientierten Deutungsmuster zu durchbrechen. Strafrecht hat also auch die Funktion, Ideologien zu zerstören, die unter dem

früheren Regime zur Legitimation systemkonformer Verbrechen eingesetzt wurden.

Die Aufgabe, die dem Strafrecht von der Theorie der „positiven Generalprävention“ zuerkannt wird, ist hier um einen weiteren Gesichtspunkt zu ergänzen. Nach der Theorie der positiven Generalprävention kommt dem Strafrecht die Aufgabe zu, gesellschaftlich anerkannte Normen zu stabilisieren, wenn diese Normen durch eine Straftat in Frage gestellt wurden.²² Diese Aufgabe erweitert sich hier um die Funktion, Normen zur Anerkennung oder zur Wiederanerkennung zu verhelfen, die von der Ideologie des diktatorischen Systems verdrängt oder überlagert worden waren.

Das Beispiel verdeutlicht aber zugleich auch die Grenzen, die dem Strafrecht bei der Erfüllung dieser Aufgabe gesetzt sind. Denn dort, wo die alten Deutungsmuster in hohem Maße stabil sind, trägt der Einsatz des Strafrechts nicht zu notwendigen gesellschaftlichen Lernprozessen bei, sondern provoziert bei den betroffenen Gruppen Abwehr, möglicherweise Empörung und Widerstand. Dieser Effekt ist insbesondere im Bereich des supranationalen Strafrechts zu beobachten.

In Europa zeigt er sich heute besonders drastisch bei der strafrechtlichen Aufarbeitung des Bürgerkriegs im ehemaligen Jugoslawien. Noch immer werden die unterschiedlichen Reaktionen auf ein Urteil des zuständigen Gerichts weithin durch den Faktor der ethnischen Zugehörigkeit bestimmt. Tendenziell vertieft das Strafrecht hier die Kluft zwischen den beteiligten Gruppierungen, statt sie zu schließen. Unter dem Gesichtspunkt seines Beitrags zur gesellschaftlichen Versöhnung ist das Strafrecht ein zweischneidiges Schwert.

V. Gerechtigkeit gegenüber den Tätern

Das Gleiche gilt unter dem Aspekt der Strafgerechtigkeit. Denn die Gerechtigkeit gegenüber den Opfern droht zur Ungerechtigkeit gegenüber den Tätern werden. Zu widersprechen ist deshalb allen Versuchen, den Tätern, die einer „staatsverstärkten Kriminalität“²³ zugeordnet werden, anerkannte rechtsstaatliche Garantien zu verweigern. Auch gegenüber den Tätern, die in ein etabliertes „Systemunrecht“ verstrickt waren, müssen grundsätzlich alle Prinzipien zur Anwendung kommen, die für das rechtsstaatliche Strafrecht konstitutiv sind.

Im Vordergrund stehen hier das Schuldprinzip, die Unschuldsvermutung und das Recht auf ein faires Verfahren. Bei Strafverfahren, die systemkonforme Taten betreffen, geht es aber vor allem um den rechtsstaatlichen Grundsatz „keine

¹⁸ Dazu und zum Folgenden schon Neumann, in: Neumann/Prittitz/Abrão/Svensson/Torelli (Hrsg.), *Transitional Justice, Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, 2013, S. 39 (42 f.).

¹⁹ Zur Spiegelung dieser Ideologien in den moralischen und rechtlichen Überzeugungen der Täter exemplarisch Fritze, *Täter mit gutem Gewissen, Über menschliches Versagen im diktatorischen Sozialismus*, 1998.

²⁰ EGMR, Urt. v. 17.5.2010 – 36376/04 (Kononov v. Lettland). Dazu ausführlich Schroeder (Fn. 7), S. 339 ff.

²¹ Vgl. Schroeder (Fn. 7) S. 340.

²² Hassemer, in: Schünemann/v. Hirsch/Jareborg (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, 1998, S. 29; Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft – Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 3. Aufl. 2008, S. 111 ff., der jetzt den Begriff der „geltungserhaltenden“ Generalprävention bevorzugt (vgl. ders., *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, S. 15). Zusammenfassend Hörnle (Fn. 13), S. 25 ff.

²³ Begriff bei Naucke, *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, 1996. Vgl. dazu auch Gierhake, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre*, 2005, S. 181 ff.

Strafe ohne Gesetz“ (*nulla poena sine lege*). Auf dieses Problem werden wir uns im Folgenden konzentrieren.

Das Problem stellt sich nicht, wenn die Handlung schon zum Zeitpunkt der Tatbegehung, also auch nach dem im „Unrechtssystem“ geltenden Recht, mit Strafe bedroht war. War die Tat dagegen zum Tatzeitpunkt nach der Gesetzeslage nicht strafbar, dann besteht die Gefahr einer Kollision mit dem rechtsstaatlich elementaren Verbot rückwirkender Schaffung bzw. Anwendung von Strafgesetzen.

In dieser Situation gibt es drei Möglichkeiten. Man kann zum einen, in strikter Beachtung des Rückwirkungsverbots, auf eine Bestrafung der Täter verzichten. Man kann, zum zweiten, dieses Rückwirkungsverbot in Hinblick auf die Monströsität der Taten, um die es geht, im Wege der Gesetzgebung offen durchbrechen. Und man kann, drittens, versuchen, das Problem im Wege einer rechtsphilosophischen Argumentation hinweg zu definieren, indem man bestimmten Gesetzen des vergangenen Rechtssystems die rechtliche Geltung abspricht.

Dieser dritte Weg verspricht, eine „gerechte“ Bestrafung zu ermöglichen, ohne eine Einschränkung des Rückwirkungsverbots in Kauf nehmen zu müssen. Es ist dies der Weg, den die Gerichte in Deutschland sowohl nach dem Ende des NS-Systems als auch nach der Wiedervereinigung der beiden deutschen Staaten beschritten haben.²⁴ Auch in der internationalen Diskussion spielt die Frage heute eine gewisse Rolle. So verzeichnet die breit angelegte Untersuchung des Freiburger Max-Planck-Instituts über „Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht“ in mehreren Landesberichten eine Berufung auf Naturrecht.²⁵ Für Brasilien wird die Frage in einer neueren Arbeit über „Transitional Justice“ ausführlich diskutiert.²⁶

VI. Die „Radbruchsche Formel“ – ein rechtsphilosophischer Weg zur Strafbarkeit?

1. Rechtsmoralismus vs. Rechtspositivismus

Rechtsphilosophisch geht es hier um die Auseinandersetzung zwischen *Rechtspositivismus* und *Rechtsmoralismus*. Eine Kollision mit dem Rückwirkungsverbot liegt nur dann vor, wenn die Handlung nach der zur Tatzeit bestehenden Rechtslage nicht strafbar war. In diesem Punkt besteht Einigkeit. Die Frage, was in einem „Unrechtssystem“ geltendes Recht war oder ist, wird aber bekanntlich von den Rechtspositivisten anders beantwortet als von den Vertretern des Rechtsmoralismus.

Während die Rechtspositivisten die ehemalige Rechtslage mit der ehemaligen Gesetzeslage gleichsetzen, bauen die Rechtsmoralisten zwischen Gesetzeslage und Rechtslage einen Filter ein, der verhindert, dass grob ungerechte Gesetze rechtliche Verbindlichkeit erlangen können und konnten. Die

rechtsmoralistische Korrektur soll also nicht nur für das aktuelle Rechtssystem, sondern auch für vergangene Rechtsordnungen gelten.

Die Konsequenz: Man kann im Wege einer rechtsmoralistischen Argumentation aus der Rechtsordnung des vergangenen „Unrechtssystems“ Normen herausbrechen, aus denen sich eine Rechtfertigung für die Verletzung von Menschenrechten (z.B. Folterungen) ergab. Die Frage ist: Wird das Rückwirkungsproblem damit gelöst, oder wird es in rechtsstaatswidriger Weise umgangen?

Für die klassische Auseinandersetzung zu dieser Frage stehen die Namen „Gustav Radbruch“ und „H. L. A. Hart“.²⁷ Auf Radbruch berufen sich der deutsche Bundesgerichtshof²⁸ und das deutsche Bundesverfassungsgericht²⁹ bei ihren Entscheidungen zum „Systemunrecht“ des NS-Systems und dem – in der Dimension nicht vergleichbaren – „Systemunrecht“ der DDR explizit. Radbruchs Ausgangspunkt: Auch das ungerechte Gesetz ist grundsätzlich als verbindlich zu betrachten; das Prinzip der Rechtssicherheit verbietet es, jedem „ungerechten“ Gesetz die Geltung abzuspochen. Bei einem unerträglichen Verstoß gegen Prinzipien der Gerechtigkeit allerdings soll das Gesetz, als „unrichtiges Recht“, seine Geltung einbüßen – die so genannte „Unerträglichkeitsformel“. Das gleiche soll gelten, wenn mit dem Gesetz Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt werde – die so genannte „Verleugnungsformel“. In diesem zweiten Fall handle es sich nicht einmal um „unrichtiges Recht“, vielmehr fehle dem Gesetz überhaupt die Rechtsnatur.³⁰

Hart erhebt gegen die Position Radbruchs eine Reihe von Einwänden,³¹ die an dieser Stelle nicht im Einzelnen erörtert werden können.³² Das vorliegend relevante Argument betrifft ausdrücklich das Problem des Verhältnisses von Radbruchscher Formel und Rückwirkungsverbot. Das Argument lautet: Spricht man einer strafrechtlichen Rechtfertigungsnorm, die in einer früheren Rechtsordnung erlassen wurde, ex post die Rechtswirkung ab, so verdeckt und umgeht man das Problem der rückwirkenden Anwendung strafbarkeitsbegründender Normen.³³

Hart schließt die rechtsstaatliche Zulässigkeit der Rückwirkung von Strafnormen nicht generell aus, besteht aber darauf, die entsprechenden Fälle demgemäß zu kennzeichnen. Es dürfe ein Fall rückwirkender Bestrafung „nicht wie eine gewöhnliche Bestrafung für eine zur Tatzeit unrechtmä-

²⁴ Näher dazu und zum Folgenden Neumann, in: Neumann (Hrsg.), *Recht als Struktur und Argumentation*, 2008, S. 163.

²⁵ Vgl. Arnold (Fn. 3), S. 63.

²⁶ Swensson, *Vor dem Gesetz, Transitional Justice in Brasilien und die Problematik der strafrechtlichen Verantwortung für Straftaten der Militärdiktatur*, 2015, S. 241 ff.

²⁷ Zu dieser Auseinandersetzung zuletzt Renzikowski, in: Borowski/Paulson (Hrsg.), *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, 2015, S. 75.

²⁸ Exemplarisch in BGHSt 39, 1.

²⁹ Exemplarisch in BVerfGE 95, 96.

³⁰ Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, 1946, in: Kaufmann (Hrsg.), *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, Bd. 3, 1987, S. 87 (89).

³¹ Hart, *Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral*, 1958, in: Hart, *Recht und Moral*, Drei Aufsätze (hrsg. von Hoerster), 1971, S. 14 (39 ff.).

³² Näher dazu Neumann (Fn. 24), S. 205 ff.

³³ Hart (Fn. 31), S. 43 f.

ßige Handlung aussehen“.³⁴ Andere Stimmen in der Diskussion mahnen dazu, man solle sich des „scharfen Schwerts“ der *Radbruchschen* Formel wegen der damit verbundenen Rückwirkungsprobleme nur zurückhaltend bedienen.³⁵ Das provoziert die Frage, ob dieses Schwert in einem rechtsstaatlichen Strafrecht überhaupt einen legitimen Platz hat. Direkt und etwas plakativ gefragt: Verstößt die *Radbruchsche* Formel in der Anwendung auf strafrechtliche Rechtfertigungsgründe gegen das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot?

Es liegt nahe, diese Frage schon aus logischen Gründen zu verneinen. Denn es ist natürlich gerade die Pointe des naturrechtlichen Denkmodells, dass es dem naturrechtswidrigen Gesetz die verbindliche Kraft ab initio versagt. Die naturrechtliche Argumentation, so die naheliegende Schlussfolgerung, macht nur die Rechtslage geltend, die in der Rechtsordnung schon seinerzeit bestand. Mit der Anwendung der *Radbruchschen* Formel würde dann nicht rückwirkend die Rechtslage geändert, sondern nur festgestellt, wie die Rechtslage seinerzeit tatsächlich gewesen ist.³⁶ Aus dieser Sicht erscheint die *Radbruchsche* Formel nicht als Durchbrechung, sondern eher als Garantie des Rückwirkungsverbots.

Es ist nicht zu bezweifeln, dass diese Interpretation den Intentionen *Radbruchs* entspricht. Denn *Radbruch* ging es gerade um die Feststellung, dass, gemessen an diesem Modell, „ganze Partien nationalsozialistischen Rechts niemals zur Würde geltenden Rechts“ gelangt seien.³⁷ Folgt man dieser Sichtweise, dann stellt sich ein Rückwirkungsproblem aus rechtstheoretischer Perspektive nicht. Es ist dann allenfalls zu überlegen, ob man aus rechtsstaatlichen Gründen darauf verzichten soll, die damalige „wirkliche“ Rechtslage rücksichtslos gegen den Täter zu wenden.

Hier bietet sich etwa die Möglichkeit, statt auf die damalige Rechtslage auf die damalige Gesetzeslage³⁸ oder auf die damalige Rechtspraxis abzustellen. Man kann dem Gedanken des Vertrauensschutzes aber auch durch die großzügige Zuerkennung eines unvermeidbaren Verbotsirrtums Rechnung tragen, oder auch durch eine Exkulpation in bestimmten Fällen des Handelns „auf Befehl“. Die praktischen Probleme der Annahme einer Unwirksamkeit grob ungerechter Rechtfertigungsnormen ab initio lassen sich durch flankierende Regelungen bewältigen.

³⁴ Hart, Der Begriff des Rechts, 1973, S. 291 f.

³⁵ Dreier, in: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth (Hrsg.), Strafgerechtigkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1983, S. 57 (69).

³⁶ Prägnant in diesem Sinne Alexy, Mauerschützen, Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit, 1993, S. 33: „Es wird mit der Anwendung der *Radbruchschen* Formel [...] nicht rückwirkend die Rechtslage geändert, sondern nur festgestellt, wie zum Zeitpunkt der Tat die Rechtslage war.“

³⁷ *Radbruch* (Fn. 30), S. 89.

³⁸ Näher dazu Saliger, *Radbruchsche* Formel und Rechtsstaat, 1995, S. 36 ff.

2. Die Problematik eines „rückwirkenden“ Rechtsmoralismus

Das zentrale Problem liegt aber in dem Anspruch der Rechtsphilosophie, festzulegen, was in einer vergangenen Rechtsordnung geltendes Recht gewesen ist. Kann der rechtsphilosophische Standpunkt, kann die Alternative von Rechtspositivismus und Rechtsmoralismus wirklich darüber entscheiden, wie die Rechtsordnung eines vergangenen Staates ausgesehen hat? Ich denke: nein. Denn es geht bei dem Streit zwischen Rechtspositivismus und Rechtsmoralismus in der Sache nicht um die richtige Beschreibung einer bestehenden Rechtslage, sondern um Handlungsanweisungen. Die Debatte gehört zum Bereich nicht der theoretischen, sondern der praktischen Philosophie.

Der Rechtsmoralist fordert Gerichte und Bürger auf, extrem ungerechten Normen des positiven Rechts die Gefolgschaft zu versagen. Die These, solche Normen seien nicht geltendes Recht, formuliert keine Aussage über die Existenz dieser Normen, sondern die Forderung, sie in der Praxis der Gerichte als unverbindlich zu behandeln.

Entsprechendes gilt, mit umgekehrten Vorzeichen, für die Position des Gesetzespositivismus. Beide Positionen leisten damit keine Beschreibung einer bestehenden Rechtsordnung, sondern formulieren Handlungsanweisungen, die sich auf die Beachtung bzw. Nichtbeachtung von Normen des positiven Rechts beziehen. Das bedeutet, dass rechtsmoralistische (naturrechtliche) Positionen bei der Rekonstruktion vergangener Rechtssysteme ausscheiden.

3. Verdeckter Rechtsmoralismus

Das gilt nicht nur für den offenen Rechtsmoralismus, der im Sinne der *Radbruchschen* Formel das bestehende Gesetz naturrechtlich korrigiert und damit das Prinzip „nullum crimen sine lege“ zu dem Grundsatz „nullum crimen sine jure“ abschwächt. Es gilt auch für Versuche, die zum Tatzeitpunkt nicht anerkannte Strafbarkeit systemkonformen Verhaltens positivrechtlich – also nicht: naturrechtlich – zu begründen.

Im Schrifttum wurde für solche Versuche der Begriff des „verdeckten Rechtsmoralismus“ geprägt.³⁹ Die Erscheinungsformen dieses verdeckten Rechtsmoralismus sind vielfältig. So hat der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) versucht, den Gerichten der ehemaligen DDR nachzuweisen, dass sie die Gesetze ihres eigenen Staates fehlerhaft interpretiert hätten. Teilweise wurde aus der DDR-Verfassung abgeleitet, dass die gesetzlichen Bestimmungen, die in bestimmten Fällen tödliche Schüsse an der Grenze erlaubten, schon nach dem positiven Recht der DDR ungültig waren.⁴⁰

³⁹ Swensson (Fn. 26), S. 168 ff.

⁴⁰ Exemplarisch BGHSt 39, 1 (16, 22, mit dem Argument, dass die Garantie der freien Ausreise, die in Art. 12 des „Internationalen Pakts v. 19.12.1966 über bürgerliche und politische Rechte“ gewährleistet ist, trotz fehlender Umsetzung in innerstaatliches Recht gem. Art. 51 DDR-Verfassung Bestandteil der Rechtsordnung der DDR gewesen sei – eine Auffassung, für die es, soweit ersichtlich, in Rechtspraxis und Rechtswissenschaft der DDR keinerlei Belege gibt).

Zur Diskussion in Brasilien findet sich der Hinweis auf Versuche, die Verjährungsfrist für Tötungsdelikte der Militärdiktatur dadurch zu umgehen, dass man in den Fällen eines nicht unzweifelhaft nachgewiesenen Todes von dem Dauerdelikt der Entführung ausgeht – mit der Konsequenz, dass die Verjährungsfrist noch nicht begonnen hätte.⁴¹ Teilweise wird in Brasilien offenbar auch argumentiert, das unter der Diktatur erlassene Amnestiegesetz sei mangels demokratischer Legitimation des damaligen Gesetzgebers nicht rechtsgültig⁴² – was konsequenterweise zur Folge haben müsste, dass alle Gesetzgebungsakte der Diktatur als ungültig angesehen werden müssten.

In diesen Fällen eines „verdeckten“ Rechtsmoralismus geht es um Versuche, den fragwürdigen Einsatz des Naturrechts zur Begründung von Strafbarkeit zu vermeiden und sich allein der Instrumentarien der Dogmatik des positiven Rechts und der juristischen Methodenlehre zu bedienen. Aber derartige Versuche sind dem Einwand ausgesetzt, dass diese Instrumentarien damit überstrapaziert werden. Exemplarisch aufzeigen lässt sich das anhand des Unternehmens, den Gesetzen des vergangenen Systems im Wege der Interpretation einen Inhalt zuzuschreiben, der von den seinerzeit zuständigen Gerichten nicht anerkannt, möglicherweise sogar ausdrücklich verneint wurde.

4. Rückwirkende Interpretation

Dieses Unternehmen verkennt den Unterschied zwischen der produktiven Funktion der Rechtsdogmatik einerseits, der deskriptiven Aufgabe einer Zeitgeschichte des Rechts andererseits. In der Begrifflichkeit *Radbruchs*: Verkannt wird der Unterschied zwischen der Jurisprudenz einerseits, der Sozialtheorie des Rechts andererseits. Während die Jurisprudenz als Dogmatik des geltenden Rechts die Aufgabe hat, dieses geltende Recht durch Auslegung der Gesetze für seine Anwendung aufzubereiten, ist Gegenstand der Sozialtheorie des Rechts das Recht als Faktum, als soziales Phänomen.⁴³

Die Jurisprudenz hat es folglich mit dem Sollen, die Sozialtheorie des Rechts mit dem Sein zu tun. Von einem Sollen aber kann nur in Bezug auf eine gegenwärtige, Verbindlichkeit beanspruchende Rechtsordnung die Rede sein. Sobald ein Gesetz außer Kraft trete, höre es auf, Gegenstand der juristischen Dogmatik zu sein und werde Gegenstand der Sozialwissenschaft. Denn der Zweck der dogmatischen Arbeit sei es, das Recht zur Anwendung fähig zu machen. In der prägnanten Formulierung von *Jellinek*: „Es gibt kein Seinsollendes nach rückwärts“⁴⁴. Die Beschäftigung mit vergangenen Rechtsordnungen gehört, ebenso wie die mit ausländischen Rechtsordnungen, nicht in den Bereich der Rechts-

dogmatik sondern in den der Tatsachenwissenschaft.⁴⁵ Die Gerichte der Bundesrepublik haben also bei der strafrechtlichen Aufarbeitung von DDR-Unrecht genau das getan, was *Radbruch* und *Jellinek* für unmöglich erklären: sie haben beansprucht, die Gesetze der untergegangenen DDR selbst auszulegen und der Rechtspraxis der DDR nachzuweisen, dass diese die Gesetze ihres eigenen Staates fehlerhaft ausgelegt und angewendet habe.⁴⁶

An diesem Punkt ist zu betonen, dass diese Kritik an einem rechtsdogmatischen Übergriff in eine vergangene Rechtsordnung nur dort trägt, wo tatsächlich ein Wechsel der Rechtsordnungen stattgefunden hat. Geht es um Gesetzesänderungen innerhalb derselben Rechtsordnung, so liegen die Dinge wesentlich komplizierter. Wurden dieselben Gesetze derselben Rechtsordnung unter der Herrschaft eines autoritären Regimes schärfer gehandhabt als zu den liberaleren Zeiten der Verabschiedung dieser Gesetze, so kann sich nach einer Rückkehr zu liberalen Verhältnissen durchaus die Frage stellen, ob die „härtere“ Interpretation zutreffend oder jedenfalls vertretbar war.

Unter rechtsstaatlichen Aspekten verbindet sich damit das Problem, ob ein Verhalten, das nach früherer Rechtsprechung straflos war, aufgrund einer geänderten Rechtsprechung bestraft werden kann. Beispiel: Während der autoritären Herrschaft galten bestimmte Eingriffe in Bürgerrechte als rechtmäßig; nach der Rückkehr zu liberalen Verhältnissen beurteilen die Gerichte sie, bei unveränderter Gesetzeslage, als rechtswidrig. Auch dieses Problem scheint sich in der Praxis der brasilianischen Strafjustiz gestellt zu haben.⁴⁷ Für Kolumbien dürfte es allenfalls insoweit eine Rolle spielen, als es um die Strafbarkeit von Handlungen von Militärs oder Paramilitärs geht – diese Frage entzieht sich letztlich aber einer Beurteilung „von außen“.

VII. Alternative: Einschränkung des Rückwirkungsverbots

Das Ergebnis dieser Überlegungen lautet, dass zur Begründung der Strafbarkeit systemkonformer Taten im Rahmen einer Übergangsjustiz weder auf einen offenen noch auf einen verdeckten Rechtsmoralismus zurückgegriffen werden kann. Begründet wurde das vor allem mit rechtstheoretischen Erwägungen. Man kann hier aber auch auf rechtsethische Argumente verweisen. Es wäre schwer erträglich, wenn man die Strafbarkeit von Menschen, die im Einklang mit den Gesetzen und der Rechtspraxis ihrer Zeit gehandelt haben, damit begründen würde, dass die Rechtslage damals „in Wahrheit“ eine ganz andere gewesen sei, als in dem System selbst allgemein angenommen wurde.

⁴⁵ *Radbruch*, Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung, 1906, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), Gustav Radbruch Gesamtausgabe, Bd. 1, S. 409 (420).

⁴⁶ Vgl. etwa BGHSt 40, 241 (249 f., zu den – aus der Sicht des BGH – nach dem Recht der DDR zur Verfügung stehenden Auslegungsmethoden). Krit. zu der Anmaßung, einer vergangenen Rechtsordnung eine eigene „Auslegung“ zu oktroyieren – noch ohne Bezug auf *Radbruch* und *Jellinek* – *Neumann* (Fn. 24), S. 163 ff.

⁴⁷ *Swensson* (Fn. 26), S. 171 f.

⁴¹ *Swensson* (Fn. 26), S. 186 ff.

⁴² *Swensson* (Fn. 26), S. 191 ff.

⁴³ *Radbruch*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), Gustav Radbruch Gesamtausgabe, Bd. 2, 1993, S. 9 (175 ff.).

⁴⁴ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, S. 52 (mit Hinw. auf *Radbruch* und *Kantorowicz*).

Dies würde auf eine schlechte Fiktion hinauslaufen. Die Begründung der Strafbarkeit kann nur lauten, dass diese „systemkonformen“ Handlungen als ein so gravierendes Unrecht zu bewerten sind, dass es gerechtfertigt ist, hier eine Ausnahme von dem rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbot zuzulassen.⁴⁸ Eine solche Argumentation entspricht dem „vorpositiven“ Status der Menschenrechte, um deren Verletzung es bei solchen Taten typischerweise geht.⁴⁹ Sowenig die rechtliche Geltung der Menschenrechte der gesetzlichen Anerkennung bedarf, sowenig bedarf die Bestrafung elementarer Verletzungen dieser Menschenrechte einer zur Tatzeit geltenden Strafnorm. Im Völkerstrafrecht ist das heute weitgehend anerkannt. Hier lässt man unter bestimmten Voraussetzungen eine Strafbarkeit nach Völkergewohnheitsrecht genügen.⁵⁰ Das kodifizierte nationale Strafrecht muss die Strafbarkeit gesetzlich festlegen, ist dabei aber an das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot nicht strikt gebunden.⁵¹

Es bleibt die intrikate Frage, wo genau die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Rückwirkung von Strafgesetzen zu ziehen ist. Hier bleiben als Maßstab nur die Prinzipien, die in der jeweiligen Epoche von den zivilisierten Völkern anerkannt werden. Die Europäische Menschenrechtskonvention stellt dort, wo sie Ausnahmen vom dem strafrechtlichen Rückwirkungsverbot zulässt, ausdrücklich auf diese Rechtsprinzipien ab.⁵² Die historische Relativierung, die damit verbunden ist, ist unvermeidlich. Die Folterung von Gefangenen ist nach diesen Grundsätzen heute eindeutig strafbar, unabhängig von der Gesetzeslage in dem jeweiligen Staat. Bekanntlich war das nicht immer so. Ob es in Zukunft so bleibt, wird auch davon abhängen, ob wir heute das Strafrecht konsequent gegen Folter und andere gravierende Menschenrechtsverletzungen einsetzen.

VIII. Verbotsirrtum

Ein strafrechtsdogmatisches Problem, das sich im Kontext der Übergangsjustiz stellt, ist das des Verbotsirrtums. Neben

Besonderheiten, die aus Unterschieden in den gesetzlichen Regelungen resultieren, gibt es hier auch strukturelle Elemente, die den staatlichen Gesetzen vorausliegen.

Zu diesen Elementen gehört die Unterscheidung zwischen dem Überzeugungstäter einerseits, dem in einem Verbotsirrtum handelnden Täter andererseits. Der Unterschied resultiert aus differenten Bezugspunkten. Bezugspunkt des Verbotsirrtums ist eine Norm des geltenden positiven Rechts.⁵³ Demgegenüber orientiert sich der Überzeugungstäter an den Normen und Zielen einer Moral, die aus seiner Sicht die rechtswidrige Tat legitimiert. Soweit es um Taten im Kampf gegen eine bestehende Ordnung geht, kommt ein Verbotsirrtum deshalb nur als kontingente, zufällige Unkenntnis von Normen der bestehenden Rechtsordnung in Betracht.

Das gilt auch für den Gewissenstäter, der sich zu seinen Taten nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet fühlt. Selbst dann, wenn er der Vorstellung verhaftet ist, dass bestimmte Normen des positiven Rechts durch ein übergeordnetes göttliches Recht außer Kraft gesetzt werden, begründet die Kenntnis dieser Normen das Unrechtsbewusstsein und schließt damit einen Verbotsirrtum aus.⁵⁴

Schwieriger ist die Frage eines Verbotsirrtums von Tätern zu beurteilen, die ihre Taten in organisatorischer Einbindung in das staatliche Unrechtssystem begangen haben. Ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit eines militärischen Befehls oder einer vergleichbaren Anordnung wird typischer Weise milder beurteilt als ein „normaler“ Verbotsirrtum. So verneint das deutsche Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) ein schuldhaftes Handeln bei der Begehung von Kriegsverbrechen schon dann, wenn der Befehlsempfänger die Rechtswidrigkeit des Befehls nicht erkennt und diese Rechtswidrigkeit nicht offensichtlich ist.⁵⁵ Die allgemeine Regelung über den Verbotsirrtum ist demgegenüber deutlich strenger, weil hier die Schuld nur bei „Unvermeidbarkeit“ des Irrtums ausgeschlossen wird.⁵⁶

Für Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit greift die Sonderregelung des § 3 VStGB allerdings nicht. Das entspricht weitgehend den Regeln für das Verfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof (IStGH). Hier kann sich der Täter grundsätzlich nicht mit entschuldigender Wirkung auf einen Verbotsirrtum („mistake of law“) berufen.⁵⁷ Etwas anderes gilt, wenn es infolge des Irrtums an einem erforderlichen subjektiven Merkmal („mental element“) fehlt.⁵⁸ Bei Handeln auf Befehl gilt, übereinstimmend mit der Regelung in § 3 VStGB, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit ausgeschlossen ist, wenn der Täter die Rechtswidrigkeit des Befehls nicht erkannt hat und diese nicht offenkundig war.⁵⁹ Befehle zur Verübung von Völker-

⁴⁸ Anders *Naucke*, der bei der Bestrafung von „Staatskriminalität“, die zur Zeit des Unrechtssystems gesetzlich legalisiert war, lediglich eine scheinbare Rückwirkung annimmt, weil das Rückwirkungsverbot den Freiheitsrechten des Bürgers, nicht aber der Straflosigkeit „staatsverstärkter Kriminalität“ diene. „Der wirkliche Verstoß [gegen das Rückwirkungsverbot] dient der Machtvermehrung, der scheinbare Verstoß dient der Machtverneinung“, *Naucke*, in: Kardas/Sroka/Wróbel (Hrsg.), *Pánstwo prawa i prawo karne*, Festschrift für Andrzej Zoll, 2012, Bd. 2, S. 477 (484). Vgl. auch *ders.* (Fn. 23).

⁴⁹ Ausf. dazu – mit weiterführenden Argumenten für eine partielle Suspendierung des Rückwirkungsverbots bei der Ahndung gravierenden Systemunrechts – *Martins*, in: Neumann/Prittitz/Abrão/Swensson/Torelli (Fn. 18), S. 207 (223 ff.).

⁵⁰ *Ambos*, Internationales Strafrecht, 4. Aufl. 2014, § 5 Rn. 6; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 7. Aufl. 2016, § 12 Rn. 5.

⁵¹ *Ambos* (Fn. 50), § 1 Rn. 12.

⁵² Art. 7 Abs. 2 EMRK.

⁵³ Näher dazu *Neumann*, in: Neumann/Kindhäuser/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5. Aufl. 2017, § 17 Rn. 20 f.

⁵⁴ Näher dazu *Neumann* (Fn. 53), § 17 Rn. 40 ff.

⁵⁵ § 3 VStGB.

⁵⁶ § 17 StGB.

⁵⁷ Art. 32 Abs. 2 S. 1 IStGH-Statut.

⁵⁸ Art. 32 Abs. 2 S. 2 IStGH-Statut.

⁵⁹ Art. 33 Abs. 1 IStGH-Statut.

mord oder von Verbrechen gegen die Menschlichkeit sind im Sinne dieser Bestimmung stets offenkundig rechtswidrig.⁶⁰

Im Bereich der Übergangsgerechtigkeit ist dem Problem des Verbotsirrtums vorgelagert die Frage nach der Geltung formal korrekt gesetzter, aber grob ungerechter Rechtsnormen. Hier geht es um die Entscheidung zwischen einem „positivistischen“ und einem „rechtsmoralistischen“ (naturrechtlichen) Rechtsbegriff in Anwendung auf vergangene Rechtsordnungen, die oben unter dem Gesichtspunkt des Prinzips „nulla poena sine lege“ thematisiert wurde.⁶¹ Die Entscheidung über die Voraussetzungen eines entschuldigenden Verbotsirrtums ist gegenüber dieser vorgelagerten Entscheidung akzessorisch. Sofern es um die Strafbarkeit des Täters nach den Straftatbeständen der positiven Rechtsordnung geht, ist es angemessen, für das Unrechtsbewusstsein die Kenntnis dieser positiv-rechtlichen Verbote zu verlangen. Wird die Strafbarkeit dagegen auf überpositive (naturrechtliche) Normen gestützt, so muss es entscheidend darauf ankommen, ob der Täter die Wertungen nachvollziehen konnte, aus denen sich nach dem naturrechtlichen (rechtsmoralistischen) Modell die Ungültigkeit der fraglichen Normen des positiven Rechts ergibt.

Geht man von der *Radbruch*schen Formel aus, ist also zu fragen, ob dem Täter bewusst war bzw. (im Falle des vermeidbaren Verbotsirrtums) bewusst sein konnte, dass die Normen des positiven Rechts, nach denen sein Verhalten gerechtfertigt war, in gravierender („unerträglicher“) Weise der Gerechtigkeit widersprachen. Dagegen kann es wohl nicht darauf ankommen, ob der Täter im Sinne der *Radbruch*schen Formel den Schluss von der gravierenden Ungerechtigkeit der Norm auf deren Nichtgeltung vollzogen hat. Das Unrechtsbewusstsein ist keine Funktion der rechtsphilosophischen Orientierung des Täters. So wenig der religiöse Fanatiker im Verbotsirrtum handelt, der nach seinem privaten Naturrechtsmodell nur göttliche Gebote als verbindliches Recht anerkennt,⁶² so wenig handelt der Täter in einem Verbotsirrtum, der nach seinem privaten (weil von der maßgeblichen Rechtsordnung nicht geteilten) radikal-positivistischen Rechtsmodell auch (als solche erkannte) unerträglich ungerechte Normen für geltendes Recht erachtet.

Wenn man die Strafbarkeit des Täters und das Unrecht seines Handelns objektiv damit begründet, dass die sein Verhalten rechtfertigende Norm des positiven Rechts wegen unerträglicher Ungerechtigkeit keine Geltung hatte, dann kann man für die Kenntnis des Unrechts nicht mehr verlangen als das Bewusstsein dieser unerträglichen Ungerechtigkeit. Hier auf die Kenntnis des positiven (sei es des gesetzten, sei es des praktizierten) Rechts abzustellen, würde zu der hybriden Konstruktion eines naturrechtlich-positivistischen Zurechnungsmodells führen. In diesem Sinne ist es konsequent, wenn der BGH in den „Mauerschützen-Urteilen“ für das Unrechtsbewusstsein das Bewusstsein „materieller“ Rechtswidrigkeit genügen lässt.⁶³

IX. Rechtsmoralismus ex post und ex ante

Nach der hier vertretenen Auffassung ist es allerdings problematisch, den Gehalt früherer Rechtsordnungen unter Rückgriff auf rechtsmoralistische Kriterien bestimmen zu wollen.⁶⁴ Es sei aber betont, dass die Ablehnung des Verfahrens, eine positive Norm einer früheren Rechtsordnung im Wege einer rechtsmoralistischen Argumentation ex post aus der damaligen Rechtsordnung hinauszukatapultieren, es nicht ausschließt, in Bezug auf die gegenwärtige Rechtsordnung einen rechtsmoralistischen Standpunkt einzunehmen. Die Ablehnung eines naturrechtlichen (rechtsmoralistischen) Deutungsschemas bei der Rekonstruktion einer früheren Rechtsordnung bedeutet nicht, dass auch bei der Interpretation des geltenden Rechts eine naturrechtliche (rechtsmoralistische) Position ausgeschlossen wäre. Es geht hier um eine andere Fragestellung.

Bezogen auf die geltende Rechtsordnung haben die Positionen des Naturrechts wie die des Positivismus präskriptiven Charakter: Sie beziehen sich auf die Frage, ob der Rechtsstab auch grob ungerechte Gesetze von Rechts wegen anwenden soll. Das ist eine sinnvolle und praktisch wichtige normative Frage, zu der man ohne metaphysische Anleihen unterschiedliche Positionen beziehen kann. Für vergangene Rechtsordnungen aber kommt eine präskriptive Stellungnahme naturgemäß nicht in Betracht. Wer das naturrechtliche Deutungsschema auf vergangene Rechtsordnungen anwendet, ist deshalb gezwungen, die Kontroverse zwischen Positivismus und Naturrecht nicht als normativ-praktische, sondern als kognitive Frage zu verstehen. Das heißt: er ist zur Annahme einer idealen Entität „Rechtsgeltung“ genötigt, um deren zutreffende Erkenntnis Naturrecht und Positivismus konkurrieren.

Zu befürchten ist allerdings, dass das Naturrecht wegen dieser Beschränkung seines Anwendungsbereichs auf die gegenwärtige Rechtsordnung in der forensischen Praxis in Hinblick auf die tatsächlichen Machtverhältnisse immer zu spät kommt. Die Vorstellung, die Legalisierung schwerer Rechtsverletzungen in einer Militärdiktatur könne von der Justiz dieses diktatorischen Systems für naturrechtswidrig und damit für nichtig erklärt werden, wäre eine Illusion. Aber der Mechanismus, die Legalisierung dieser Rechtsverletzungen stattdessen nach einem Systemwechsel ex post im Wege einer naturrechtlichen Argumentation für nichtig zu erklären und damit die Strafbarkeit seinerzeit legaler Handlungen zu begründen, kann nicht funktionieren.

Es geht hier nicht um rechtstheoretische Konstruktionen, sondern um rechtsethische Wertungen und rechtspolitische Entscheidungen. Wenn man, wofür es gute Gründe gibt, schwere Menschenrechtsverletzungen bestrafen will, die eine jetzt überwundene Diktatur legalisiert hatte, dann muss (und kann!) man sich offen über das Verbot rückwirkender Begründung von Strafbarkeiten hinwegsetzen. Dieses Verbot ist kein Dogma, sondern ein Rechtsprinzip, das, wie alle Rechtsprinzipien, mit anderen Rechtsprinzipien abgewogen werden muss. In diesem Fall mit dem Prinzip der Strafgerechtigkeit, das nicht einer metaphysischen Vorstellung von Schuldausgleich, sondern den legitimen Bedürfnissen von Opfern schwerer und schwerster Rechtsverletzungen verpflichtet ist.

⁶⁰ Art. 33 Abs. 2 IStGH-Statut.

⁶¹ Oben unter V.

⁶² Neumann (Fn. 53), § 17 Rn. 40.

⁶³ BGHSt 39, 1 (15 ff.); 39, 168 (183 ff.); 40, 241 (244).

⁶⁴ Dazu oben.

Strafe und Amnestie in Zeiten fragiler Staatlichkeit

Die Bedeutung des freiheitlichen Rechtsbegriffs für die Übergangsgerechtigkeit am Beispiel des kolumbianischen Friedensprozesses

Von Prof. Dr. Katrin Gierhake, LL.M., Regensburg

I. Fokus der folgenden Überlegungen

Das positive Recht Kolumbiens – wie vermutlich auch das aller anderen Staaten der Welt – ist und war auf die fundamentale Aufgabe der Unrechtsbewältigung nach einem jahrzehntelangen Bürgerkrieg nicht ausgerichtet.¹ Der Friedensvertrag² zwischen der FARC und der kolumbianischen Regierung sieht für die Aufklärung und Bewältigung von Verbrechen, die während des bewaffneten Konflikts – von beiden Seiten – begangen wurden, eine Reihe von Besonderheiten vor, die von der regulären Strafjustiz zum Teil erheblich abweichen:³

Für politische Straftaten (und solche, die damit „verbunden“ sind) soll es eine weitreichende Amnestie geben, während für die völkerstrafrechtlich relevanten Delikte sowie für Individualunrechtsakte wie gewaltsame Vertreibung, das Verschwindenlassen von Menschen, Folter und sexuelle Gewalt keine Amnestie vorgesehen ist.⁴

¹ Zur politisch-empirischen Lage Kolumbiens siehe zunächst *Ambos*, Guest Post: „Colombia – How much Justice can Peace take?“, abrufbar unter:

<http://opiniojuris.org/2015/10/08/guest-post-colombia-how-much-justice-can-the-peace-take/> (29.6.2017); *ders./Zuluaga*, Entwicklung und Zusammenarbeit (E+Z), 2015, S. 34 f. abrufbar unter:

http://www.academia.edu/13585062/Zusammen_mit_Kai_Ambos_Kolumbiens_Krieg_Verstehen_Understanding_Colombia_s_war_in_Entwicklung_und_Zusammenarbeit_E_Z_2015_07_S.3435_Development_and_Cooperation_D_C_2015_7_p.34-35 (29.6.2017); *Schreiber*, Amnesty Journal v. 3.6.2014, abrufbar unter:

<https://www.amnesty.de/journal/2014/juni/kein-frieden-ohne-wahrheit-und-gerechtigkeit> (29.6.2017).

² Neuer Friedensvertrag abrufbar unter:

<http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf> (29.6.2017). Informationen zum ursprünglichen Friedensvertrag:

http://www.eafit.edu.co/escuelas/humanidades/departamento_gobiernocienciaspoliticas/publicaciones/SiteAssets/Paginas/libros/Cuadernos%20de%20Trabajo%20EAFIT%20-%20204.pdf (29.6.2017; beides in spanischer Sprache).

³ Vgl. dazu insbesondere den 5. Teil des Neuen Friedensvertrages vom 24.11.2016 (Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto: Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición – SIVJRNR).

⁴ Vgl. 5.1.2. Rn. 25, 38, 39, 40, 41 des Neuen Friedensvertrages vom 24.11.2016; siehe zudem Ley de Amnistía, Indulto y Tratamientos Penales Especiales (im Anhang des Friedensvertrages).

Ferner soll eine besondere „Friedens-Gerichtsbarkeit“ geschaffen werden, die den Konflikt aufarbeitet.⁵ Flankierend zu dieser Sondergerichtsbarkeit wird eine (von der justiziellen Aufarbeitung unabhängige) Wahrheitskommission errichtet.⁶

Drei Formen von Sanktionen sind im Friedensvertrag vorgesehen: Sog. „sanciones propias del sistema“ (eigene Sanktionen des Systems), „sanciones alternativas“ (alternative Sanktionen) und „sanciones ordinarias“ (reguläre Sanktionen).⁷

Erstere richten sich an Beschuldigte, denen gewichtige Kriminalunrechtstaten vorgeworfen werden, die aber von Beginn an „Wahrheit und Verantwortlichkeit anerkennen“ und mit dem für die Ermittlung der Wahrheit zuständigen Zweig der Friedensgerichtsbarkeit⁸ in einer Weise zusammenarbeiten, dass sie ausführlich, detailliert und vollständig berichten, was sie wissen. Die sog. alternativen Sanktionen sind vorgesehen für solche Beschuldigten, die erst in einem späteren Verlauf des Verfahrens (vor der „Sección de enjuiciamiento“) mit der Justiz zusammenarbeiten. Bei diesen beiden Sanktionsarten ist die freiwillige Zusammenarbeit und Hilfe bei der Wahrheitsfindung der Grund für eine Strafmilderung: Die Beschuldigten dürfen mit einem im Vergleich zur regulären Bestrafung deutlich gemilderten Strafrahmen von bis zu acht Jahren rechnen;⁹ zudem ist die Sanktion im Falle der „sanciones propias“ nicht als normale Haftstrafe ausgestaltet, sondern gesondert in gemeinnütziger Arbeit im Zusammenhang mit den Frieden stabilisierenden Projekten abzuleisten.

Wer die Anerkennung von „Wahrheit und Verantwortlichkeit“ dagegen ablehnt und nicht mit der Friedensjustiz zusammenarbeitet, muss im Falle der Verurteilung wegen erheblicher Straftaten mit 15 bis 20 Jahren Haft rechnen.¹⁰

⁵ Vgl. 5.1., insbesondere 5.1.2. des Neuen Friedensvertrages vom 24.11.2016.

⁶ Siehe 5.1. lit. b (Componentes) und 5.1.1. (S. 130 ff.) des Neuen Friedensvertrages vom 24.11.2016.

⁷ Siehe 5.1.2. Rn. 60 des Neuen Friedensvertrages vom 24.11.2016.

⁸ Vgl. 5.1.2. Rn. 48 des Neuen Friedensvertrages vom 24.11.2016.

⁹ Einem Gespräch mit Herrn *Hernán Darío Orozco López* verdanke ich den Hinweis, dass diese gestaffelten Strafhöhen für den Fall der Mitwirkung an der Aufklärung im Prozess (etwa durch Geständnisse) durch den Beschuldigten dem kolumbianischen Strafprozessrecht auch im Übrigen nicht fremd sind.

¹⁰ Dieses Strafmaß ist im Vergleich zum regulären Strafrecht in Kolumbien, das Freiheitsstrafen bis zu 60 Jahren vorsieht, relativ mild. Problematisch ist im Zusammenhang mit der Friedensgerichtsbarkeit die tatsächliche Vollstreckung der Strafen. Die FARC-Führung hat im Verlauf der Verhandlungen

In der Umsetzung des Friedensvertrags müssen nun neues Recht und neue Institutionen geschaffen werden, die Justiz muss in quantitativer und qualitativer Hinsicht Außerordentliches leisten und die Strafverbüßung wird teilweise neu zu organisieren sein (insbesondere bei den „sanciones propias“ ist keine Haft, sondern nur eine „sonstige Freiheitsbeschränkung“ vorgesehen).

Das bestehende Gesetzes- und Rechtsprechungsvakuum in dieser komplexen empirischen Lage und in dem rechtlich unübersichtlichen Zustand lässt Prinzipienfragen wieder unmittelbar sichtbar und für die Konfliktbewältigung entscheidend werden. Es ist fraglich, welche Rolle die strafrechtliche Verfolgung, aber auch der teilweise Verzicht auf Strafverfolgung im Rahmen der Amnestie sowie die besonderen Strafen innerhalb der Friedensgerichtsbarkeit für eine legitime Unrechtsbewältigung spielen können. Das Problem massenhafter Gewalt in einem bürgerkriegsartigen Zustand, in dem sich politische und andere Straftaten vermengen und weite Teile der Bevölkerung in den Konflikt einbezogen sind, ist gewiss ein Sonderfall der Strafrechtsjustiz.

Um einer solchen besonderen Konstellation gedanklich gerecht zu werden, ist es notwendig,

1. zunächst die Prinzipien zu erinnern, die Strafe als Rechtsinstitution überhaupt ausweisen. Wie die Verfolgung und Bestrafung von Kriminalunrecht zur Wiederherstellung oder gar Schaffung rechtsfriedlicher Verhältnisse beitragen kann, ist auch innerhalb einer ansonsten rechtsförmig organisierten Gemeinschaft begründungsbedürftig – und zwar im Ausgang von einem überpositiven Rechtsbegriff, der in der Freiheit des Subjekts seinen Grund hat (dazu II.).
2. Zweitens ist die Frage nach der Funktion der Strafe in einer rechtlich verfassten Gemeinschaft, die zutiefst verunsichert, gespalten und verletzt ist, ebenfalls nur im Rekurs auf ein vorpositives, freiheitlich fundiertes Rechtsverständnis gültig zu beantworten. Es müssen dann besondere Umstände in den gedanklichen Zusammenhang integriert werden, wie etwa das Phänomen der massenhaften und habituellen Kriminalität, der Unrechtssysteme und das Problem der faktischen Staatsferne (unter III.).

gen mehrfach betont, dass eine normale Haftstrafe in den normalen Strafjustizanstalten für sie nicht in Frage kommt. Inzwischen hat sich folgende Lösung herauskristallisiert: Diejenigen, die ihre Taten zugeben, werden die mildere („alternative“) Strafe in Höhe von 5 bis 8 Jahren erhalten, wobei die Strafvollstreckung davon abhängen soll, ob die Taten sofort oder erst „später“ eingestanden werden (vgl. oben im Text). Im ersten Fall soll die Strafvollstreckung unter „besonderen Bedingungen“ stattfinden, im zweiten Fall unter „normalen Bedingungen“. Unter letzteren werden auch diejenigen inhaftiert, die es ablehnen zu kooperieren und deswegen mit einer Strafe von bis zu 20 Jahren rechnen müssen. Vgl. auch insgesamt Rn. 28 des neuen Friedensvertrages, in dem die Form der Behandlung durch die Justiz von dem Grad der Mitarbeit an der Wahrheitsfindung abhängig gemacht wird.

3. Drittens sind in diesem Zusammenhang Überlegungen zur Legitimität „alternativer“ Formen der Unrechtsbewältigung, insbesondere der Amnestie oder besonderer Formen von Sanktionen und „Versöhnungsinstitutionen“ notwendig. Ob diese in den Strafbegründungszusammenhang integriert werden können und es somit gelingt, sie als legitime Unrechtsbewältigungsmodelle auszuweisen, ist wie bei der Strafe selbst nicht schon durch zweckpragmatische Argumentation gültig zu klären. Das wirft dann die Frage auf, ob die konkreten Formen von Teilamnestie, Besonderheiten bei der Strafverbüßung und „Lockmittel“ wie Vergünstigungen für Geständnisse und Kooperationsbereitschaft vor dem Hintergrund der Strafbegründung als legitim auszuweisen sind (IV.).

II. Strafe als Rechtsinstitution

1. Anspruch an die Begründungsleistung

Staatliche Strafe ist, wenn sie nicht als bloßer Gewaltakt einer dem Bestraften äußerlich übermächtigen Instanz bestimmt werden soll, als Rechtsinstitut zu begründen. In der Strafe liegt eine individuelle Freiheitsstatus-Minderung, die in einer Gemeinschaft freier und gleicher Staatsbürger den Einzelnen nicht um der Interessen und Bedürfnisse anderer willen treffen darf.¹¹ – „Der Nutz vieler giebt ihnen kein Recht gegen einen.“ – wie *Kant* gültig gesagt hat.¹² Der Einzelne muss die Strafe vielmehr als auch gerade ihm gegenüber freiheitsgesetzlich begründet einsehen können.¹³

Damit scheiden Begründungsansätze aus, die den Einzelnen bloß funktional in die Bestandssicherung oder Neuentwicklung einer bestimmten Gesellschaft einordnen. Das gilt uneingeschränkt, auch wenn die empirischen Verhältnisse zunächst nach Ordnung verlangen mögen. Der *Hobbes'sche* Ansatz hat dies im Grundsatz verfehlt: Eine bloß nach Klugheitsregeln verfahrenende Gewalt, die die Menschen in Ordnung hält, mag der Verzweiflung geschuldet sein,¹⁴ kann aber nicht von Bestand sein – schon weil ihr kein Prinzip inneohnt, das verhinderte, dass sich eine Gegengewalt als ebenso klug erweise und die Macht, dann ebenfalls scheinbar

¹¹ Diese Aussage gilt für Rechtsfragen generell und auch für die später im Text thematisierten „alternativen“ Unrechtsbewältigungsmethoden.

¹² *Kant*, Reflexion zur Moralphilosophie, Nr. 6586, Akademieausgabe, Bd. XIX, Handschriftlicher Nachlass, S. 97.

¹³ „Jener Legitimitätsanspruch zeichnet eine Gemeinschaft aus, die in einer Ordnung der Gerechtigkeit, nicht in einem bloßen Zwangsgewaltverhältnis organisiert ist.“ (Fn. weglassen, *Köhler*, Bewußte Fahrlässigkeit, 1982, S. 134). Siehe zum Begründungsanspruch auch *ders.*, Der Begriff der Strafe, 1986, S. 16 f.; ferner *Dierksmeier*, in: Ottmann (Hrsg.), Kants Lehre von Staat und Frieden, 2009, S. 42 (48) und *Zaczyk*, Das Strafrecht in der Rechtslehre Fichtes, 1981, S. 14 ff.

¹⁴ Vgl. *Kant*, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, 1793, A 269, 270, der von einem „Verzweiflungssprung (salto mortale)“ spricht.

gerechtfertigt, übernehme.¹⁵ Ist also eine Rechtsbegründung gefragt, so hilft funktionales Gedankengut nicht weiter.¹⁶

2. Erinnerung des Begründungsgangs¹⁷

Der Ursprung des Begründungsgangs ist das freie Subjekt, das kraft seiner Vernunftbegabung die Notwendigkeit erkennt, das Zusammenleben mit anderen rechtlich zu gestalten, d.h. sich selbst immer schon eingeordnet in Rechtsverhältnisse mit anderen, gleichgearteten Subjekten begreift.¹⁸ Dass die prinzipielle Gleichordnung der Vernunft Einsicht zugänglich und mit der angeborenen Freiheit gleichursprünglich gesetzt ist und sich daraus die apriorische Forderung zum gemeinsamen Eintritt in einen Rechtszustand ergibt, hat *Kant* allgemeingültig entwickelt.¹⁹ Eine verfasste Rechtsgemeinschaft ist deshalb im Grundsatz nur als selbstbegründete Einheit²⁰ der einzelnen Rechtssubjekte richtig begriffen: die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen, die sich durch den allgemein vereinigten Willen in ihren äußeren Verhältnissen selbst zu bestimmen vermag.²¹

Rechtsgesetze sind dabei solche, die das Zusammenleben gemäß dem Prinzip der Freiheit ermöglichen und verwirkli-

chen.²² Die Rechtsverhältnisse werden in ihnen konkretisiert und geformt, beruhen aber weiterhin auf der basalen Vernunftanerkennungsleistung der einzelnen Subjekte, die durch gesetzmäßiges Handeln im Regelfall die Gesetzesgeltung und damit die Geltung des Freiheitsprinzips immer wieder bestätigen;²³ die freien Subjekte bleiben damit gewissermaßen „bei sich selbst“, handeln sie doch im Einklang mit eigener und allgemein gesetzter Vernunft.

Dieses „im Reinen Sein“ mit sich selbst findet aber ein Ende, wenn sich das Subjekt durch den Übergang zum Unrecht in einen Widerspruch setzt zu dem von ihm selbst mitgetragenen, von ihm selbst mitbegründeten Recht, gerade auch in der Form des konkreten Rechtszustands. Dies kann unterschiedliche Ursachen haben: Selbstkorruption, Schwäche gegenüber den eigenen Neigungen, aber auch äußere Umstände, die übermächtig zu werden scheinen und denen sich das Subjekt hilflos ausgesetzt sieht. Jedenfalls ist aber der eigene Entschluss zur Rechtsverletzung ein Wendepunkt im Selbstverhältnis des Subjekts und zugleich in seinem Verhältnis zu anderen: Es tritt durch sein Handeln scheinbar aus der Gemeinschaft der Vernünftigen aus, negiert die Basis des Rechts, das Prinzip der Freiheit. Unrechthandeln ist insofern ein äußerer Rechtsbruch und zugleich eine Verkehrung im Subjekt, die bewirkt, dass sein Verhältnis zu anderen als Rechtsverhältnis gebrochen, in Fällen des Kriminalunrechts in seiner Basis verletzt wird.²⁴

Das Spezifikum strafrechtlich relevanten Unrechts ist es, dass die Selbstverkehrung des handelnden Subjekts das Interpersonalverhältnis zu anderen so verletzt, dass die Gleichbedeutsamkeit des anderen und mit ihr die Geltung des allgemeinen Rechtsprinzips der Freiheit für alle in Frage gestellt wird – und zwar von einem prinzipiell einsichtsfähigen und mündigen Co-Subjekt. Über die äußere Freiheitsverletzung macht das Subjekt eine unvernünftige Handlungsmaxime geltend, behauptet also Unvernunft als Vernunft. Das geltende Recht wird durch eine solche Tat in zweierlei Weise angegriffen: Erstens als Recht des Einzelnen auf Anerkennung seines Freiheitsstatus, zweitens als Recht aller, die den Anerkennungsgedanken verallgemeinert haben und auf dieser Basis eine Rechtsordnung errichtet, durchformt und abgesichert haben.²⁵

¹⁵ Hier liegt auch die Schwäche des Grundansatzes von *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft, 3. Aufl. 2008, S. 23 ff. Zur Auseinandersetzung mit *Hobbes* vgl. *Gierhake*, Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht, 2013, S. 56-71.

¹⁶ Siehe auch *Murmann*, in: Koriath/Krack/Radtke/Jehle (Hrsg.), Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung, 2010, S. 189 ff. und *Gierhake*, in: Brunhöber (Hrsg.), Strafrecht im Präventionsstaat, 2014, S. 131 ff.; auf Spanisch: „Crítica al derecho penal funcional-preventivo. A su vez un aporte a la prevención del terrorismo en un Estado de Derecho“ in: Falcone/Polaino-Orts/Eckstein/Cancho Espinal/Saad-Diniz (Hrsg.), Autores detrás del autor, Homenaje a Friedrich-Christian Schroeder en su 80 años, 2017 (im Druck).

¹⁷ Die nun folgende Herleitung (bis einschließlich III. 2.) ist in wesentlichen Teilen auch abgedruckt in *Gierhake*, ZRPh 2017 (im Erscheinen).

¹⁸ Vgl. dazu *Zaczyk*, in: Gitter/Söllner/Waltermann/Giesen/Ricken (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, 2005, S. 1111 (1113 ff.); *ders.*, in: Hoffmann (Hrsg.), Das Recht als Form der „Gemeinschaft freier Wesen als solcher“, Fichtes Rechtsphilosophie in ihren aktuellen Bezügen, 2014, S. 25 ff. Grundlegend *Fichte*, in: Medicus (Hrsg.), Ausgewählte Werke in sechs Bänden, Bd. 2, 1796: Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre, §§ 3 und 4, S. 34 ff. *Hoffmann* hat das Recht in diesem Kontext treffend als „vernunftgemäße Koexistenzordnung endlicher Vernunftwesen“ bezeichnet (in: Hoffmann [a.a.O.], S. 13).

¹⁹ Vgl. *Kant*, Metaphysik der Sitten, 1. Aufl. 1797, 2. Aufl. 1798, Werkausgabe stw, Bd. 8, Einteilung der Rechtslehre (AB 45) und §§ 41 ff. (A 154 ff., B 154 ff.).

²⁰ Vgl. *Kant* (Fn. 19), § 47 A 169, B 199.

²¹ Vgl. *Kant* (Fn. 19), §§ 45-49 A 164 ff., B 194 ff.

²² Vgl. *Wolff*, in: Hassemer (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 1987, S. 137 (199 f.).

²³ Vgl. *Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, S. 165.

²⁴ Vgl. zu Herleitung, Begründung und weiteren Nachweisen *Gierhake*, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, 2005, S. 108 ff., zusammenfassend S. 121-123. Grundlegend *Wolff* (Fn. 22), S. 211 ff.

²⁵ Siehe zu diesem – im Kern *hegelschen* Ansatz – schon *Köhler*, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 11 (17 ff.). Siehe insgesamt zu *Hegels* Strafrechtsphilosophie *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, 1821, Werkausgabe stw, Bd. 7, §§ 90 ff., 218 und 220. Dazu *Gierhake* (Fn. 24), S. 110-123 u. 135-141; *Herzog*, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, 1987, S. 57 ff.;

Kriminalunrecht ist deshalb weder richtig begriffen als reine Rechtsgutsverletzung,²⁶ noch als bloße Normdesavouierung,²⁷ noch als Verletzung einer Mitwirkungspflicht an einem Zustand der Freiheitlichkeit per se.²⁸ Die Rechtsgutsverletzung ist zwar die äußerlich erkennbare Form der Anerkennungsverletzung; und dadurch, dass die Handlung von einem Vernünftigen stammt, liegt in ihr tatsächlich auch ein Angriff auf die (allgemeine) Rechtsgeltung. Es ist ferner auch die äußerlich verfestigte Form freiheitlicher Rechtlichkeit, der Rechtszustand – als institutionalisierte Daseinsform von Freiheit – selbst, der durch das Kriminalunrecht verletzt wird. Aber warum in äußerlich verletzendem Verhalten gleichzeitig

auch eine Normgeltungsverletzung liegt, lässt sich nur erklären, wenn die innere Entscheidung zum Unrecht als Entscheidung über die Herabsetzung anderer und damit als (Selbst-)Widerspruch gegen freiheitliche Verhältnisse mitbegriffen wird.²⁹

Das freiheitsverletzende Verhalten im Verhältnis Täter-Opfer ist deshalb von Allgemeinbedeutung, weil das ursprünglich unversehrte Rechtsverhältnis der beiden Vernunftsubjekte den Nukleus des gemeinsamen Rechtsraums bildet und das Prinzip seiner Unversehrtheit, also das allgemein gesetzte Anerkennen fremder Freiheit, den Geltungsgrund des Rechts ausmacht.³⁰ Wer also konkrete Elemente der Freiheit³¹ eines anderen angreift, etwa durch Körperverletzung, Tötung, Nötigung, Freiheitsberaubung, Diebstahl etc. verkehrt den Rechtsnukleus in einen Unrechtsnukleus und richtet sich damit, verallgemeinert man den Gedanken, auch gegen das den ganzen Zusammenhang tragende Rechtsprinzip (bei *Hegel*: „Rechtsfähigkeit“) überhaupt.³² Die (rechtliche) Selbstbestimmung des Subjekts scheitert damit grundlegend – auf der Ebene des Selbstverhältnisses (im „Ich“ des Täters – immer schon gedacht als eingeordnet ins Allgemeine) ebenso wie im Verhältnis unmittelbarer Interpersonalität (zwischen Täter und Opfer) sowie auf der Ebene verfasster, institutionalisierter Rechtsverhältnisse überhaupt (Rechtsallgemeinheit, Staat).

Die Strafe reagiert ausgleichend auf diese Rechtsverletzung und erhält aus diesem Ausgleichsgedanken ihre Legitimation. Sie wirkt im Interpersonalverhältnis zwischen Täter und Opfer sowie im Allgemeinheitsbezug rechtsgeltungsrestituierend.³³ Die Fehlleistung des Subjekts, seine Herabsetzung des Anderen und seine zu verantwortende, weil seinem Willen entspringende Rechtsnegation,³⁴ können als wirklich gewordene Unvernunft keinen Bestand haben, keine Geltung für sich in Anspruch nehmen. Sie heben sich also ihrem Sinn nach selbst auf; die Strafe macht diese Selbstaufhebung „wirklich“.

III. Strafe im Zustand verunsicherten Rechts

Die bisherigen Überlegungen haben das Problem ausgeklammert, welche Bedeutung konkret-verfasste Rechtsstruk-

Kluszczewski, Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft, 1991; *Köhler* (a.a.O.), S. 11 ff.; *Luf*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Strafe – Warum?, Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie, 2011, S. 111 ff.; *Mayer*, in: Bockelmann/Kaufmann/Klug (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S. 54 ff.; *Ramb*, Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer, 2005, S. 16 ff.; *Schild*, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht 29 (1978), 5; *ders.*, in: Heintel (Hrsg.), Philosophische Elemente der Tradition des politischen Denkens, 1979, S. 199 ff.; *ders.*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (a.a.O.), S. 97 ff.; *Seelmann*, JuS 1979, 687; *ders.*, ARSP 79 (1993), 228; *Stübinger*, Das „idealisierte“ Strafrecht, 2008, S. 288 ff.; *Zabel*, Schuldtypisierung als Begriffsanalyse, 2007, S. 117 ff.
²⁶ So vor allem Vertreter der „Rechtsgutslehre“, siehe z.B. *Hassemer/Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, Vor § 1 Rn. 108 ff.; *Rudolphi/Jäger*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, 8. Aufl. 144. Lieferung, Stand: August 2014, Vor § 1 Rn. 1-12; *Naucke*, Strafrecht, Eine Einführung, 10. Aufl. 2002, § 6 Rn. 63; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 2-96; *Marx*, Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“, 1972. Darstellung mit weiteren Nachweisen bei *Gierhake*, (Fn. 15), S. 216 ff. und *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24. Vgl. zu den Wurzeln des Rechtsgutsbegriffs in der Rechtsverletzungstheorie *Feuerbachs* und zur historischen Entwicklung des Begriffs (angefangen mit *Birnbaum* [1834]) *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 28 ff. Siehe auch die kritische Auseinandersetzung mit dem Rechtsgutsbegriff *Bindings* bei *Wolff* (Fn. 22), S. 145-149.

²⁷ Zu letzterem siehe *Jakobs*, in: Yu-hsiu Hsu (Hrsg.), Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure, An Anthology in Memory of Professor Fu-Tseng Hung, 2003, S. 41 (42); schon mit Blick auf das hiesige Thema *ders.*, in: Isensee (Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht, Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem, 1992, S. 37. Genauer zu *Jakobs* Ansatz sogleich im Text.

²⁸ So *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 90 ff. (siehe dazu aber noch unten im Text). In eine ähnliche Richtung schon *Schild*, in: *Zaczyk/Köhler/Kahlo* (Hrsg.), Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1.10.1998, 1998, S. 429.

²⁹ Genauer zu diesem Unrechtsverständnis *Gierhake* (Fn. 15), S. 247-256.

³⁰ Vgl. dazu auch *Zaczyk* (Fn. 18), S. 36 ff.

³¹ *Zaczyk* (Fn. 23), S. 165 ff., hat sie treffend „Daseinselemente der Freiheit“ genannt.

³² Vgl. *Hegel* (Fn. 25), § 95, S. 181. Dazu *Köhler* (Fn. 25), S. 17-20.

³³ Vgl. zu dieser Strafbegründung nochmals die Angaben in Fn. 25.

³⁴ Hier liegt der Kern des Schuldbegriffs als „freie(r) (selbstbestimmte[r]) Entschluss (Entscheidungsprozess) zur Unrechtsmaxime, d.h. zur Verletzung des Rechts „als Recht“ in bestimmt tatbestandsmäßiger Weise (Willensschuld)“, *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 348. Siehe auch *Zaczyk*, in: *Dannecker/Langer/Ranft* (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 191 (195 ff.).

turen, also die Staatlichkeit, für die Strafbegründung haben. Zwar wurde auch die Ebene der Verletzung konkreter Rechtlichkeit im Staat schon angedeutet, die das Verbrechen mit sich bringt; um aber die Schwierigkeiten zu adressieren, die sich für die Strafbegründung ergeben, wenn staatliche Verhältnisse in die Krise geraten, die Rechtswirklichkeit fundamental verunsichert ist, sich gefestigte Rechtsfriedensverhältnisse flächendeckend brüchig zeigen und ein Leben im Unrecht zur Regel zu werden scheint, muss diese Ebene nun präzise in den Begründungsgang integriert werden.

Das Augenmerk richtet sich nun also auf staatliche Umbruchsituationen.³⁵ Etwa im Zustand des Bürgerkriegs³⁶ oder bei sonstigem Zerfall der Staatsstrukturen ist es gerade keine verfasste Rechtlichkeit, sondern naturzustandsähnliche Unsi-

³⁵ Staatliche „Umbruchsituationen“ gibt es mannigfacher Art; hier sollen vor dem Hintergrund des kolumbianischen Friedensprozesses solche Situationen im Vordergrund stehen, in denen es jahrelange, bürgerkriegsartige, innerstaatliche Konflikte gegeben hat. Nicht im Fokus der folgenden Ausführung – wenngleich in einem gedanklichen Zusammenhang – stehen typische Regimewechsel (vom „Systemunrecht zum Rechtsstaat“) und zwischenstaatliche Konflikte. Zu Begriff und typischen Formen von „Transitional Justice“ siehe zunächst *Form*, in: Kuretsidis-Haider/Garscha (Hrsg.), *Gerechtigkeit nach Diktatur und Krieg*, 2010, S. 15 ff.; Palmer/Clark/Granville (Hrsg.), *Critical Perspectives in Transitional Justice*, 2012; *Werle*, in: Muñoz Conde/Vormbaum (Hrsg.), *Transformation von Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung der Vergangenheit*, 2008, S. 15 ff.

³⁶ „Bürgerkrieg“ ist kein fest definierter Rechtsbegriff. Im geltenden Völkerrecht wird stattdessen von „nicht-internationalen bewaffneten Konflikten“ gesprochen, bei denen aber ebenfalls Schwierigkeiten mit einer einheitlichen Definition existieren (siehe z.B. *Sager*, Voraussetzungen der Strafbarkeit von Kriegsverbrechen in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten, 2011, S. 38 ff. m.w.N., ferner *Zischg*, Nicht-internationaler bewaffneter Konflikt und Völkerrecht, 1996, S. 26 ff.); durchzusetzen scheinen sich folgende wesentliche Definitionselemente: Es muss sich um „protracted armed violence“ („verbreitete Waffengewalt“) zwischen „governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State“ handeln – die Konfliktparteien müssen also einen gewissen Grad interner Organisation aufweisen (siehe auch dazu *Sager* [a.a.O.], mit Hinweis auf die Begriffsentwicklung durch die Ad-hoc Tribunale und durch das ICC-Statut sowie auf die Arbeit von *Cullen*, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Criminal Law*, 2010; vgl. zu verschiedenen Ausprägungen und Erscheinungsformen des „Bürgerkriegs“ zunächst *Lombardi*, *Bürgerkrieg und Völkerrecht, Die Anwendbarkeit völkerrechtlicher Normen in nicht-zwischenstaatlichen bewaffneten Konflikten*, 1976, §§ 1 und 2; zur Geschichte der völkerrechtlichen Normsetzung bis zum Gemeinsamen Artikel 3 der Genfer Konventionen von 1949 siehe *Moir*, *The Law of Internal Armed Conflict*, 2002, S. 1-29).

cherheit,³⁷ die das tatsächliche Bild der Rechtsgemeinschaft prägt: ein Volk, das innerlich entzweit ist,³⁸ ein Staat, dessen Institutionen machtlos zu werden drohen, Gesetze, die wirkungslos sind, ganze Landstriche, die der staatlichen Herrschaft nicht mehr unterliegen. Hinzu kommen konfliktträchtige gesellschaftliche Verhältnisse wie weitreichende Armut, mangelnde Bildungschancen und alltägliche Gewalt.

Solche Umstände haben sowohl für den erreichten konkret-verfassten Rechtszustand als auch für das Selbstverständnis und die Innerlichkeit der in ihnen lebenden Subjekte eine wesentliche Bedeutung; zwei wesentliche Elemente der Rechtsverwirklichung (Staatsverfassung und subjektive Rechtsbegründung) und der damit verbundenen Strafgerechtigkeit sind dadurch also betroffen.

Dass es sich um einen aus Vernunftgründen zu überwindenden Zustand handelt, ist gewiss: Rechtsungewissheit ist mit der Koexistenz freier Wesen nicht vereinbar; sie müssen kraft ihrer Vernunft Einsicht notwendig in Verhältnisse streben, in denen sie ihres Rechts teilhaftig werden können. Ihr Leben ist darauf angewiesen, dass sie Bedingungen für einen freien Lebensvollzug schaffen und garantieren, also einen rechtlichen Zustand herstellen, in dem dann auch die Strafgerechtigkeit ihren Platz hat.

Klärungsbedürftig ist aber, ob aus der Verunsicherung und teilweisen faktischen Aufhebung des Rechtszustands folgt, dass freiheitslimitierende, „strafende“ Reaktionen auf schwerstes interpersonales Unrecht (etwa Tötungen, Körperverletzungen oder Vergewaltigungen)³⁹ außerhalb eines bestimmaren Rechtszusammenhangs stehen, damit ihrerseits ihre Legitimation einbüßen und zu bloßer Gewalt oder Rache entarten. Zu klären ist zudem, welche Bedeutung die subjektive Verunsicherung der Rechtssubjekte durch krisenhafte Umstände für die Strafgerechtigkeit hat.

Es gibt mehrere argumentative Zugänge zu diesen Problemen, die vermuten lassen, dass legitime Strafe an staatliche Verfasstheit bzw. „wirkliche“ Normbefolgung bzw. -geltung gebunden ist, so dass konsequenterweise eine Strafberechtigung in Umbruchsituationen der genannten Art jedenfalls dann verneint werden müsste, wenn von Rechtsverfassung und Rechtsgeltung überhaupt nicht mehr gesprochen werden kann, wenn also die Gesellschaft – staats-theoretisch gesprochen – in den Naturzustand zurückgefallen ist.

³⁷ Schon hier sei darauf hingewiesen, dass mit „Naturzustand“ nicht im Sinne *Hobbes* ein Zustand ohne Recht überhaupt, sondern ein Zustand ungesicherten Rechts im Sinne *Kants* gemeint ist. Vgl. dazu zunächst *Kant* (Fn. 19), §§ 41 und 42 A 154 ff., B 154 ff. Vgl. zudem die Nachweise in Fn. 46.

³⁸ *Kant* umschreibt das bildlich als ein „mit seiner inneren Krankheit ringendes Volk“ (*Kant*, *Zum Ewigen Frieden*, 1796, Werkausgabe stw, Bd. 11, 5. Präliminarartikel, BA 12).

³⁹ Ein zusätzliches Problem ergibt sich, wenn die Unrechtstaten als „politische Straftaten“ eine andere Qualität dadurch erlangen, dass sie sich gerade gegen die etablierte Staatsgewalt richten. Dies muss insbesondere bei der Frage nach der Legitimität von Amnestien gründlich bedacht werden.

1. Staatsverfassung als Bedingung der Strafe: Naturzustand und Rechtszustand bei Immanuel Kant – Bedeutung für die Strafe

Der erste argumentative Zugang könnte darin gesehen werden, dass für die Strafe als Rechtsinstitution ein existierender Rechtszustand, ein verfasster Staat vorausgesetzt wird.⁴⁰

a) Der Rechtszustand

In der Rechtslehre *Immanuel Kants* wird das Strafrecht erst angesprochen, nachdem die gesamte Struktur des rechtlichen Staatszustandes eingeführt wurde. *Kant* definiert das Strafrecht als „Recht des Befehlshabers gegen den Unterwürfigen, ihn wegen eines Verbrechens mit einem Schmerz zu belegen.“⁴¹

Das setzt in der *Kantischen* Rechtslehre eine Rechtsstruktur voraus, in der der allgemeine Wille durch eine Verfassung Form angenommen hat und in der die Selbstbestimmung des so verfassten Volkes durch die drei Staatsgewalten (Gesetzgebung, vollziehende Gewalt, Rechtsprechung) ausgeübt wird.⁴² Ein solcher Zustand ist nach *Kant* der „rechtliche Zustand“ bzw. der „Zustand des öffentlichen Rechts“.⁴³

Dagegen fehlt es im (nicht verfassten) „Privatrechts- oder Naturzustand“ an dieser Struktur der öffentlichen Gerechtigkeit; jede Rechtserwerbung ist hier nur zufällig und provisorisch; rechtlich-peremptorisch wird sie erst, wenn statt des subjektiv-partikularen der vernünftige Allgemeinwille herrscht.⁴⁴ Die Einzelnen im Volk sind erst mit Übergang in den Rechtszustand als Bürger einem öffentlich-gesetzlichen äußeren Zwang Untertan – also insofern „unterwürfig“ – und haben damit den Zustand der Gesetzlosigkeit, den Zustand ständiger Bedrohung verlassen.⁴⁵

Fehlen staatliche Strukturen, so liegt zwar nicht per se ein Zustand der Ungerechtigkeit, wohl aber einer der Rechtlosigkeit in dem Sinne vor, dass mangels einer öffentlichen Gewalt keine gesetzliche Zuordnung von Freiheitssphären, keine

dem Allgemeinwillen entsprechende Rechtsausübung und vor allem mangels Judikative niemals letztgültige Verbindlichkeit innerhalb der Rechtsverhältnisse hergestellt werden kann.⁴⁶ Der Begriff des Rechts selbst ist es also, der seine eigene Verwirklichung durch die Einrichtung von Rechtsstrukturen und -institutionen vorantreibt. Das meint *Kant*, wenn er davon spricht, dass aus dem Privatrecht im natürlichen Zustand das Postulat des öffentlichen Rechts hervorgeht.⁴⁷

b) Strafgerechtigkeit

Dieses Zusammenwirken von Gesetzgebung, ausführender Gewalt und Rechtsprechung als Form der Selbstbestimmung eines Volkes ist nun auch für die Bestimmung, Durch- und Verbindlichsetzung der Strafgesetze notwendig, um sagen zu können, dass das Recht sowohl des Volkes, als auch des Bürgers, der die Straftat begeht, wirklich wird. Im Staat besteht ein Legitimationszusammenhang zwischen dem Bürger, der straffällig wird, dem Recht, das er bricht, der Exekutive, die ihm gegenüber das Recht ausübt und dem Richter, der das Urteil spricht.

Handelt es sich dagegen um einen „Naturzustand“, kann Strafe insofern schon deswegen keine Rechtswirklichkeit haben, weil gar nicht ausgemacht ist, welches Recht (legitimierte positive Gesetze gibt es dann nicht) Anwendung finden soll und wer legitimerweise Richter sein kann. Beides kann auch nicht etwa von „außen“ an die Rechtsgemeinschaft heran getragen werden, sondern muss als Teil der Gewaltenteilungsstruktur mit dem Willen des sich selbst konstituierenden Volkes verbunden sein.⁴⁸ Eine „Stellvertretung“ in der Gesetzgebung sowie in der Ausübung der rechtsprechenden Gewalt ist unmöglich: Es muss sich auch um das Recht desjenigen Bürgers handeln, der es bricht, und die Judikative ist an das (dem Allgemeinwillen entspringende) Rechtsgesetz gebunden.

Das Strafrecht setzt vor diesem Hintergrund also nicht nur überhaupt voraus, dass Recht im Interpersonalverhältnis gebrochen wurde – dies wäre denkbar auch schon im Naturzustand –, sondern dass durch den allgemeinen Volkswillen gesetztes Recht verletzt wird; zudem gibt es nur im Staat die notwendigen und vom Volk legitimierten Strafverfolgungs-

⁴⁰ So u.a. *Zaczyk* (Fn. 23), S. 187, 188, 196, 200, 201; *Schild* (Fn. 28), S. 431: „So kann es also nur ein Strafrecht im Staatsverband geben, [...]“; *ders.*, ARSP (70) 1984, 71 (79 f.): „Strafrecht gibt es nur im bürgerlichen Zustand, im Staat [...], und nur als öffentliches Recht, d.h. als Summe von Gesetzen, die einer allgemeinen Bekanntmachung bedürfen, um einen rechtlichen Zustand hervorzubringen.“ (vgl. auch S. 81 f.); *ders.*, in: *Heinze/Schmitt* (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Gitter zum 65. Geburtstag am 30. Mai 1995, 1995, S. 831 (836 f.). *Oberer*, in: *Brandt* (Hrsg.), Rechtsphilosophie der Aufklärung, 1982, S. 399 (407 f.).

⁴¹ *Kant* (Fn. 19), Rechtslehre, Allgemeine Anmerkung E (A 195, B 196).

⁴² Vgl. dazu *Kant* (Fn. 19), Rechtslehre, § 43-49 A 161-172, B 191-202.

⁴³ *Kant* (Fn. 19), Rechtslehre, § 41 A 154 ff., B 154 ff.

⁴⁴ Vgl. *Jacob*, Das Individuum im Spannungsverhältnis von staatlicher Souveränität und Internationalisierung, 2010, S. 62.

⁴⁵ Vgl. zu dieser Formulierung *Kant* (Fn. 38), Zweiter Abschnitt, *-Anm., BA 19.

⁴⁶ Siehe *Kant* (Fn. 19), Rechtslehre, § 44 A 163 f., B 193 f. Siehe insgesamt zum Übergang vom Privatrecht ins öffentliche Recht bei *Kant*: *Bartuschat*, Philosophisches Jahrbuch 94 (1987), 24 (33 ff.); *Fulda*, Jahrbuch für Recht und Ethik 5 (1997), 267; *Herb/Ludwig*, Kant-Studien 84 (1993), 283; *Jacob* (Fn. 44), S. 42-45 und 53-64; *Kersting*, Wohlgeordnete Freiheit, 1993, S. 325 ff.; *Niebling*, Das Staatsrecht in der Rechtslehre Kants, 2005, S. 62-94; *Unruh*, Die Herrschaft der Vernunft, 1993, S. 85-106; *Wawrzinek*, Die „wahre Republik“ und das „Bündel von Kompromissen“: Die Staatsphilosophie Immanuel Kants im Vergleich mit der Theorie des amerikanischen Federalist, 2009, S. 87 ff.

⁴⁷ *Kant* (Fn. 19), Rechtslehre, § 42 A 157, B 156.

⁴⁸ *Kant* (Fn. 19), Rechtslehre, § 45 A 165, B 195. Vgl. dazu auch *Köhler*, in: *Dreckrath/Willoweit/Biskup* (Hrsg.), Rechtsprechung und Justizhoheit, Festschrift für Götz Landwehr zum 80. Geburtstag, 2015, S. 393.

und Strafdurchsetzungsstrukturen, also eine Exekutive und vor allem eine Rechtsprechung, die gültig Urteile fällen kann.⁴⁹

c) *Zwischenergebnis*

Befindet sich ein staatlich verfasstes Volk in einem Zustand der Zerrüttung, löst sich die Verfassungsstruktur auf und fällt die Rechtsgemeinschaft damit in einen Zustand der Staatslosigkeit, so bedarf es zunächst der Neukonstitution des Volkes, der Schaffung einer öffentlichen Gerechtigkeit. Das Strafrecht kann dann als Teil des verfassten Allgemeinwillens (wieder) real werden. Strafe ist danach also nicht etwa ein Mittel der Neukonstitution, sondern ist durch diese bedingt. Solange aber eine Staatsverfassung existiert, ein Staat also wirklich ist, kann und muss grundsätzlich auch das Strafrecht in seiner Funktion als Teil der Freiheitsrealisation Wirklichkeit haben.

Um also auch in „Umbruchsituationen“ noch ein staatliches Strafrecht begründen zu können, muss der Staat selbst zumindest noch existent sein. Ob dies der Fall ist, ist im Wesentlichen ein Akt der Einschätzung der empirischen Situation und ein Akt der Subsumtion unter den Grundbegriff des Staates. In einem Zustand der „Staatslosigkeit“ fehlen nicht nur ganz praktisch die Akteure der Strafverfolgung (Polizei, Staatsanwaltschaft, Richter etc.), sondern auch der Legitimationszusammenhang, der sich durch die Verfassung herstellt. Strafe kann an diesen Zusammenhang nicht von außen „herangetragen“ werden.

⁴⁹ Das „Strafrecht als Recht“ fordere „eine Basis von konstituierter Gemeinschaftlichkeit [...], die erst Selbständigkeit begründet und auf der dann das Strafrecht sowohl von seiner Voraussetzung (dem Unrecht) als auch von seiner Rechtsfolge (der Strafe) her gesehen aufruft. Das Strafrecht setzt eine bereits bestehende positive staatliche Gemeinschaft mit dem „Täter“ als Bürger voraus, die erst durch die Tat (und d.h. auf nachrangiger Stufe seines Daseins als Freier) zerstört und dann durch die Strafe wiederhergestellt wird.“ (Zaczyk [Fn. 23], S. 187 f.). Ferner: Die Verletzung habe „eine zusätzliche Qualität dadurch, daß die Rechtsgüter von der Rechtsgemeinschaft anerkannt sind und diese Gemeinschaft (der Staat) ihren Erhalt auch garantiert. [...] [D]as Unrecht [hat] deshalb immer auch eine allgemeine Bedeutung: das Vertrauen des Einzelnen auf ein Dasein in Freiheit richtet sich in einem staatlich verfaßten Gemeinwesen nicht nur auf den und die jeweils begegnenden Anderen, sondern auch auf die Gemeinschaft im ganzen. Wenn auch die Verletzung unmittelbar durch einen Einzelnen geschieht, so ist doch durch jene allgemeine Seite die Wiederherstellung des Rechtszustandes eine Aufgabe, die nur unter Mitwirkung des Staates geschehen kann.“ (Zaczyk [Fn. 23], S. 200 f.). Zu diesem Gedanken im Kontext der Hegelschen Rechtsphilosophie Zabel (Fn. 25), S. 119.

2. *Strafe in den verschiedenen Stufen der Rechtsverwirklichung bei Hegel*

In dem oben (unter II. 2.) erinnerten Strafbegründungsgang sind die drei Elemente der *Hegelschen* Strafbegründung schon eingeführt worden: Erstens die abstrakt-vernunftrechtliche Begründung (begrifflicher Zusammenhang von Recht-Unrecht-Verbrechen-Strafe), zweitens die Seite der Innerlichkeit des Täters („Verschulden“) und drittens die Verbindung mit dem je konkreten (staatlichen) Rechtsfriedenzustand.⁵⁰ Erst die Einheit aller Momente macht nach *Hegel* die Wirklichkeit der Strafgerechtigkeit aus, in seinen Worten: Die „wahrhafte Versöhnung des Rechts mit sich selbst.“⁵¹

An dieser Stelle sollen zwei Aspekte des Gedankengangs näher gesichtet werden, die in den bisherigen Überlegungen nur angedeutet wurden, die aber für die Frage der Strafbegründung in krisenhaften Gesellschaftsverhältnissen entscheidend sind:

Erstens die Art der Fehlleistung im Subjekt (subjektive Seite des Verbrechens, sogleich unter a) und zweitens die Bedeutung einer konkret verfassten staatlichen Gemeinschaft (objektive Seite des Verbrechens siehe b) für den Begründungsgang.

Hegel schreibt zunächst, dass das Recht, dessen Verletzung das Verbrechen ist, als „das Allgemeine“ weitere Gestaltungen annimmt,⁵² die er in den Stufen der Moralität und Sittlichkeit ausarbeitet.⁵³ Das Recht, das Verbrechen und auch die Strafe haben also eine gültige begrifflich-abstrakte Bestimmung (im „abstrakten Recht“), die aber noch nicht alle Seiten des Rechtsbegriffs in sich aufnimmt, wenn nicht Moralität und Sittlichkeit mitberücksichtigt werden.⁵⁴

a) *Die subjektive Seite des Verbrechens*

In der Moralität⁵⁵ zeigt sich die subjektive Seite des Willens- und Verschuldensprozesses des einzelnen Subjekts.⁵⁶ Der Wille des Verbrechens richtet sich darauf, „die *eigene Besonderheit* über das Allgemeine zum Prinzip zu machen und sie durch Handeln zu realisieren.“⁵⁷ Die Innerlichkeit des Subjekts richtet sich also gegen die (Vernunft-)Allgemeinheit, die ihm selbst nicht fremd – entgegengesetzt – ist, sondern sich wesentlich auch ihm als Vernünftigen verdankt. Das Subjekt verbrämt mit seinem Willensakt die eigene Besonderheit als Allgemeinheit. Es setzt etwas als Gesolltes, obwohl es auch ihm selbst als „Nicht-Gesolltes“ bewusst ist.

⁵⁰ *Kluszczewski* (Fn. 25), S. 285 formuliert: „Grundprinzip und Erscheinungsformen der Strafe. Siehe dazu auch *Zabel* (Fn. 25), S. 106.

⁵¹ *Hegel* (Fn. 25), § 220.

⁵² *Hegel* (Fn. 25), § 95, Anm.

⁵³ Vgl. dazu den Überblick in § 33 seiner Grundlinien.

⁵⁴ Vgl. in diesem Sinne schon *Schild* (Fn. 25 – Tradition), S. 208 f. Überblick bei *Luf* (Fn. 25), S. 111 ff.

⁵⁵ *Hegel* (Fn. 25), §§ 105-141.

⁵⁶ Dazu *Köhler* (Fn. 25), S. 20-25, grundlegend *ders.* (Fn. 13), S. 206 ff.; *Kluszczewski* (Fn. 25), S. 78-137.

⁵⁷ *Hegel* (Fn. 25), § 139 (*Hervorhebungen* im Original).

Die „In-sich-Nichtigkeit (Selbstnegation) des Verbrechens gründet im subjektiven Rechts-, Richtigkeitsgewissen des Täters selbst.“⁵⁸

Die Aufhebung dieser Verkehrung im Willenssubjekt ist die moralische Seite der Strafe; die Notwendigkeit des Festhaltens am wahrhaft Allgemeinen ist auch dem handelnden Subjekt selbst einsichtig; und der benannte Widerspruch kann keinen Bestand haben, da sich das Subjekt seine Vernunft nicht auf Dauer verstellen kann. Im Entschluss zum Verbrechen ist der Auflösungsgrund des Widerspruchs also schon mitgesetzt: Kein Vernunftwesen kann die Spannung auf Dauer aushalten, die dadurch entsteht, ein Leben gegen die Stimme des eigenen Gewissens zu führen. Diese Selbstentgegensetzung ist das Wesen der Strafe in der Moralität, der Kern des subjektiven Verschuldens- und Strafaufhebungsprozesses.⁵⁹

Die Allgemeinheit, die durch die Besonderheit des verbrecherischen Willens „ersetzt“ wird, ist im Zustand verfasseter rechtlicher Strukturen eine durch Institutionen der Freiheitsverwirklichung verfestigte: Die bürgerliche Gesellschaft hat eine geordnete freiheitliche Struktur,⁶⁰ der Staat ist gedacht als das „Ideale“, als Wirklichkeit des substantiellen Willens, als die Verwirklichung von Freiheit in einem absoluten Sinne.⁶¹

Dass Freiheit Wirklichkeit hat, dass Strukturen der Freiheits-sicherung existieren und dass diese Strukturen im Freiheitsbewusstsein auch des Einzelnen verankert sind, hat Bedeutung auch für die Innerlichkeit des Subjekts: Es ist nicht darauf verwiesen, bei jeder Alltagshandlung die ihm mögliche Reflexion auf das rechtlich Richtige gleichsam auf sich allein gestellt zu vollziehen, sondern findet sich umgeben von alltäglichem Rechthandeln; es wird gestützt durch ein allgemeines Rechtsgeltungsbewusstsein, in das sich das Subjekt einordnen kann.

Umgekehrt lässt sich nun zeigen, dass ein krisenhafter Zerfall solcher Strukturen auf Dauer auch auf das Subjekt wirkt.⁶² Zwar ist seine freiheitliche Identität unabhängig von äußeren Umständen; es bleibt ein freies Wesen mit der Kapazität der Vernunft-einsicht und insofern auch Zurechnungs-subjekt. Aber für den Verschuldensprozess ist es durchaus von Relevanz, dass die Rechtswelt um das Subjekt herum zu zerbrechen droht, dass es in Verhältnissen lebt, in denen es sich auf die „Wirklichkeit von Freiheit“ nicht mehr verlassen kann oder dass es u.U. solche Verhältnisse nie kennengelernt hat.

Mit der Notwendigkeit wirklicher Rechtsgeltung hängt nämlich zusammen, dass die Entwicklung einer rechtlichen „Haltung“ auch durch tatsächliche Umstände gestützt werden muss. Die Subjekte müssen in einer freiheitlich-rechtlichen Umgebung die Chance haben, eine entsprechende Haltung zu

entwickeln⁶³ und im Alltag ihr Vertrauen auf die Geltung des Rechts bestätigt zu sehen. Zerfällt ein solcher Zusammenhang oder wachsen ganze Generationen rechtlich haltlos auf,⁶⁴ so kann sich das Subjekt gar nicht zu seiner Vollform entfalten. Das zeigt, dass auch die Bildung zur Freiheit im Kontext des Alltagslebens eine entscheidende Rolle für die Verwirklichung von freiheitlichen Verhältnissen spielt.⁶⁵ Das Kind muss also zunächst einmal in die Lage versetzt werden, ein Rechtsbewusstsein zu entwickeln, und das freie Subjekt muss sich bei seinem alltäglichen Lebensvollzug in seinem Bewusstsein gestärkt und bestätigt sehen.

Fehlen die entsprechenden Bedingungen, so kann es zu einer eigentümlichen Entzweiung im Subjekt kommen:

Die Fähigkeit zur vernünftigen Selbstsetzung und die damit verbundene Einsicht in die Notwendigkeit rechtlicher Verhältnisse sind unabhängig von äußeren, empirischen Widrigkeiten: Der freie Wille wird auch durch desolaten Existenzbedingungen nicht ausgeschlossen: Der geschilderte abstrakt-rechtliche und moralische Verschuldensprozess bleibt also bestehen; das Gewissen ist als Instanz der Freiheit im Subjekt von der Empirie unabhängig.⁶⁶

Andererseits wirkt die „Regression der Vernunftrealität“⁶⁷ durch den Zerfall einer Gesellschaft und den Stabilitätsverlust in den Rechtsverhältnissen so, dass die Orientierung am Rechtlich-Richtigen erschwert wird. Das Subjekt muss eine gewisse innere Stärke aufweisen, um sich auf seine eigene Vernunft auch entgegen der um ihn herum herrschenden Vernunftschwäche zu besinnen. Die in rechtlich verfassten Verhältnissen gegebene Selbstverständlichkeit des vernünftigen Umgangs miteinander kann im Extremfall vom unrechten Schein der Gewalt und Willkür überdeckt sein (also einem „allgemeinen Schein von Rechtsgeltung“), so dass sich das Subjekt mit einem Rechtsbruch in einen solchen Schein geltenden Rechts einzuordnen glaubt. Das bewirkt, dass der Widerspruch, der im Verbrechen liegt, zwar erkennbar ist, dass sich aber das Unrecht in den Zusammenhang des falschen Scheins einordnen lässt und damit nicht mehr ganz so offenkundig ist. Subjektiv bedeutet das für den Verbrecher, dass die in jedem Verbrechen liegende Selbst-Korruption („Ich setze mich ausnahmsweise über das Allgemeine hinweg, weil [...]“) erleichtert wird („Ich mache doch nur, was alle machen.“).⁶⁸ Das muss im Rahmen der Schuld- und Strafbemessung mildernd berücksichtigt werden.

b) Die objektive Seite des Verbrechens

In der Sittlichkeit – darunter fasst *Hegel* u.a. die bürgerliche Gesellschaft und den Staat – findet sich die Vermittlung

⁵⁸ So *Köhler* (Fn. 25), S. 20.

⁵⁹ Vgl. dazu auch *Köhler* (Fn. 13 – Strafe), S. 63 f.

⁶⁰ *Hegel* (Fn. 25), § 188, S. 346.

⁶¹ *Hegel* (Fn. 25), § 258, S. 399 und Zusatz zu § 258, S. 403.

⁶² Siehe dazu auch die gründliche Analyse der „Folgen der gesellschaftlichen Krise“ für das Verbrechen in der bürgerlichen Gesellschaft bei *Kleszczewski* (Fn. 25), S. 219 ff.

⁶³ Richtig gesehen bei *Jakobs* (Fn. 27 – Vergangenheitsbewältigung), S. 39.

⁶⁴ Gründlich zum Problem habituelier Haltlosigkeit *Kleszczewski* (Fn. 25), S. 105-137, 186 ff.

⁶⁵ Vgl. dazu auch *Zabel* (Fn. 25), S. 110.

⁶⁶ So auch *Köhler* (Fn. 34), S. 361 f.

⁶⁷ Formulierung von *Kleszczewski* (Fn. 25), S. 226.

⁶⁸ Ähnlich für das nationalsozialistische Unrechtssystem *Jakobs* (Fn. 27 – Vergangenheitsbewältigung), S. 41.

subjektiver und objektiver Komponenten im konkreten gesellschaftlichen Zusammenhang.

Was letzteren angeht, so erhält das Verbrechen in einer Gesellschaft, in der die Freiheitspositionen gesetzliche Anerkennung und Gültigkeit haben, die Bedeutung, die nun in konkrete Rechtsformen gebrachte „allgemeine Sache“ zu verletzen, also die gefestigte und starke Rechtseinheit.⁶⁹ Hier zeigt sich, dass Verbrechen und Strafe nicht in völliger Abstraktheit, sondern immer im Zusammenhang mit dem in einer Rechtsgemeinschaft geltenden, schon positivierten Recht und den konkreten Strukturen ihrer Verfasstheit begriffen werden müssen.⁷⁰ Die vernünftigen Strukturen der Gesellschaft, die einerseits im vernünftigen Subjekt ihren Grund haben, werden andererseits im Alltag und im Rechtsbewusstsein des Einzelnen mit jedem zwischenmenschlichen Kontakt bestätigt.⁷¹ Gewusste Freiheit wird dadurch wirklich.⁷²

Es ist deshalb kein Widerspruch, wenn man für eine auf Freiheit basierende Strafbegründung einerseits auf den abstrakten Gedanken der selbstwidersprüchlichen Rechtsverkehrung und deren Aufhebung rekurriert und andererseits zugleich die in einer Gesellschaft konkret gefundene Rechtsordnung als durch das Kriminalunrecht verletzt und die Strafe als Mittel der Geltungsrestitution gerade dieses konkreten Rechtszustands begreift. Die Begründungsebenen verweisen aufeinander.

⁶⁹ Vgl. *Hegel* (Fn. 25), § 218. Diese Einheit zeichnet sich aus durch positivierte Gesetzlichkeit, Tätigkeit von Gerichten sowie der Einrichtung der Polizei als „sichernde Macht des Allgemeinen“. Siehe dazu die §§ 215 ff., 219 ff., 230 ff. der Grundlinien. Vgl. auch *Zaczyk*, in: Landwehr (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit, Selbständigkeit, Zur Aktualität der Rechtsphilosophie Kants für die Gerechtigkeit in der modernen Gesellschaft, Referate gehalten auf der Tagung der Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften Hamburg am 6. und 7. März 1998, 1999, S. 73 (81), der denselben Gedanken schon bei *Kant* fundiert sieht. Siehe auch *ders.*, in: Kugelstadt (Hrsg.), Kant-Lektionen, Zur Philosophie Kants und zu Aspekten seiner Wirkungsgeschichte, 2008, S. 241 (249 ff.).

⁷⁰ Das bedeutet nicht, dass nun ein Perspektivwechsel zwischen begründendem und beschreibendem Vorgehen eingeführt wird. Die konkreten Strukturen sind als Rechtsstrukturen immer schon an die Vernunft gebunden, können aber zugleich durch die Mannigfaltigkeit der Empirie unterschiedlich ausgestaltet sein. Gibt es verfasste Strukturen, so sind sie einerseits Produkt historischer Genese, andererseits aber als Menschenwerk immer schon der Vernunft zugänglich. Dies übersieht, wer *Hegel* an dieser Stelle primär „rechtssoziologisch“ liest. In diese Richtung *Jakobs*, in: Karras/Courakis/Mylonopoulos/Kotsalis/Giannidis (Hrsg.), Festschrift für Nikolaos K. Androulakis, 2003, S. 252 (262 ff.); vgl. auch *ders.*, ARSP Beiheft 74 (2000), 57 (dort nicht explizit auf *Hegel* verweisend). Zutreffend dagegen *Zabel* (Fn. 25), S. 107. Zum Hegelverständnis im Anschluss an *Jakobs* vgl. zudem (kritisch) *Stübinger* (Fn. 25), S. 175 ff.

⁷¹ Vgl. dazu schon *Gierhake* (Fn. 24), S. 123 ff.

⁷² Vgl. *Hegel* (Fn. 25), § 210.

Dieses Verständnis findet eine Stütze in der Anmerkung zu § 218 der *Hegelschen* Rechtsphilosophie: Der Blick auf die konkrete, wirkliche Gesellschaft verändere die Natur des Verbrechens nicht nach seinem Begriff, sondern nach der Seite der äußeren Existenz: Es werde nicht nur das Dasein des unmittelbar Verletzten, sondern auch „die Vorstellung und das Bewusstsein der bürgerlichen Gesellschaft“ verletzt – Vorstellung und Bewusstsein jetzt bezogen auf die Geltung der Gesetze.⁷³ Die Gefahr für die Geltung der Gesetze ist eine der qualitativen Bestimmungen des Verbrechensbegriffs und bestimmt seine Wichtigkeit für die betroffene Gesellschaft mit; insofern ist die Qualität und Schwere des Verbrechens, und davon abhängig auch die der Strafe, vom jeweiligen Zustand der Gesellschaft abhängig.⁷⁴

Hegel hat gezeigt, dass dort, wo die Struktur der Gesellschaft als Rechtsstruktur gesichert ist, das Recht eine Festigkeit erreicht hat, die so leicht nicht durch eine einzelne Tat erschüttert werden kann. Insofern vermindert sich die Bedeutung der Straftat, je fester der rechtliche Zusammenhalt der betroffenen Gemeinschaft ist.

Das bedeutet umgekehrt, dass in verunsicherten Rechtsstrukturen jede Kriminalunrechtstat zur weiteren Destruktion konkreter Freiheit führt oder jedenfalls führen kann, also den Unrechtszustand vertieft und es erschwert, aus ihm heraus wieder einen Rechtszustand zu stiften.⁷⁵ In der Folge wird das Verbrechen gewichtiger – nicht wegen seiner Bedeutung als partieller Rechtsbruch im primären Anerkennungsverhältnis, sondern wegen seiner ruinösen Wirkung für den Gesamtzustand der freiheitlichen Gemeinschaft.

Dass das einzelne Delikt sich in einen Zusammenhang einfügt, in dem sich der Schein von Rechtlichkeit auszubreiten droht und wahrhaft rechtliche Verfasstheit immer brüchiger wird, führt dazu, dass die Gesellschaft mit jedem unwidersprochenen Verbrechen weiter in Richtung eines vernunftwidrigen Naturzustands abzugleiten droht. Das ist dann die „Gefährlichkeit“ des Verbrechens für die bürgerliche Gesellschaft, die wie *Hegel* schreibt, eine Bestimmung der Größe des Verbrechens bzw. eine seiner qualitativen Bestimmungen darstellt.⁷⁶ Je brüchiger der Rechtszustand, desto

⁷³ Vgl. *Hegel* (Fn. 25), § 210, 211.

⁷⁴ Dieser Gedanke wird verabsolutiert, wenn man allein die Gesellschaft und die Form, die sie in der Empirie hat, als Schutzgegenstand des Strafrechts begreift, also den Zweck der Strafe in der „Garantie der normativen Identität“ der Gesellschaft sieht. So *Jakobs*, ZStW 107 (1995), 843 und *ders.*, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 452/453 (1976), S. 3. Deutlich formuliert: „Die Strafbarkeit ist ein Kind des positiven Rechts und damit auch der jeweils gelebten Verfassung und Praxis eines Staates.“ (*ders.* [Fn. 27 – Vergangenheitsbewältigung], S. 45). Zum „Gestaltwandel des Verbrechens“ in der bürgerlichen Gesellschaft bei *Hegel*: *Kleszczewski* (Fn. 25), S. 166 ff. (zusammenfassend S. 175). Siehe zudem *Zabel* (Fn. 25), S. 119 ff., der den Gedanken auf das öffentliche Strafverfahren ausweitet.

⁷⁵ Vgl. dazu auch den Zusatz zu § 218 (*Hegel* [Fn. 25], S. 373).

⁷⁶ *Hegel* (Fn. 25), Anm. zu § 218, S. 372.

„gefährlicher“ ist also das Verbrechen, desto schwerer wiegt es.

c) Zwischenergebnis

Die genauere Untersuchung der *Hegelschen* Stufungen der Freiheitsrealisation mit ihrer jeweiligen Bedeutung für die Strafe hat Folgendes gezeigt:

Unsichere, d.h. krisenhafte Verhältnisse innerhalb der bürgerlichen Gesellschaft können einerseits den subjektiven Verschuldensgrad bei einem Verbrechen vermindern, das sich in die Krise einordnet. Eine komplette „Entschuldigung“ ist aber nicht begründet, denn das Freiheitsbewusstsein und damit das Unrechtsbewusstsein bleibt im Grundsatz intakt. Strafe ist also als Reaktion auf dieses Verschulden legitim, muss aber in ihrem Maß Rücksicht nehmen auf die dem Subjekt im konkreten Fall ein „Rechthandeln“ erschwerenden Umstände.

Andererseits erhöhen krisenhafte Gesamtumstände das objektive Unrecht der Tat. Soweit diese Umstände vom einzelnen Subjekt eingesehen, also von seinem Willen umfasst sind (es erkennt die durch seine Handlungen immer weiter verunsicherten Strukturen), muss auch dies in der Strafe – als gerechter Unrechts- und Schuld Ausgleich (hier dann: strafehöhend) berücksichtigt werden.

Zusammengenommen ergibt sich dann ein Strafmaß, das sich am Unrechts- und Schuldgrad zu bemessen hat.⁷⁷ Dabei sind alle drei Unrechtsebenen zu berücksichtigen: Erstens das primäre Unrecht im Interpersonalverhältnis (die Rechtsverhältnisverletzung z.B. durch Tötung, Körperverletzung, Vergewaltigung, Sachbeschädigung etc.), zweitens seine Bedeutung für die Rechtsverfassung der Gesellschaft (der Grad der mit der Tat bewirkten Rechtsverunsicherung), drittens das Maß der inneren Selbstwidersprüchlichkeit.

3. Flächendeckende, tatsächliche Normbefolgung als Voraussetzung der Strafe?

a) Günther Jakobs

Ein Ansatz, der auf die Normwirklichkeit im Sinne einer tatsächlichen Normbefolgingsrealität abstellt, wird im hier interessierenden Zusammenhang (der Übergangsjustiz) von *Günther Jakobs* vertreten. Bei ihm wird als Maßstab für die Beurteilung der Frage, ob durch die Tat „geltendes“ Recht gebrochen wird, auf die „wirkliche Ordnung“⁷⁸, auf die „faktisch gelebte Verfassung“⁷⁹ abgestellt. Eine solche „wirkliche Ordnung“ kann vom Wortlaut des Gesetzes abweichen, sie muss nur das realisierte, im Großen und Ganzen Maßgebliche für die Orientierung der Gesellschaftsmitglieder im Alltag darstellen.⁸⁰

An einer Stelle, die für diese Aussage zentral ist,⁸¹ verweist *Jakobs* auf den Zusammenhang von „Geltung und Wirksamkeit“, wie ihn *Hans Kelsen* in seiner Reinen Rechtslehre entwickelt hat. Dort heißt es: „Sobald die Verfassung, und das heißt die auf ihrer Grundlage gesetzte Rechtsordnung als Ganzes ihre Wirksamkeit verliert, verlieren die Rechtsordnung und damit jede einzelne ihrer Normen ihre Geltung. [...] Eine Rechtsordnung wird als gültig angesehen, wenn ihre Normen *im großen und ganzen* wirksam sind, das heißt tatsächlich befolgt und angewendet werden. [...] Und in der Tat kann eine Rechtsnorm dadurch, dass sie dauernd unangewendet oder unbefolgt bleibt, das heißt durch sogenannte *desuetudo*, ihre Gültigkeit verlieren. *Desuetudo* ist eine gleichsam negative Gewohnheit, deren wesentliche Funktion darin besteht, die Geltung einer bestehenden Norm aufzuheben. Ist Gewohnheit überhaupt ein rechtserzeugender Tatbestand, dann kann auch gesetztem Recht durch Gewohnheit derogiert werden.“⁸²

Es ist danach ein gesellschaftlicher Zustand denkbar, der zwar von einer positiv-rechtlichen Verfassung noch zusammengehalten wird, bei dem aber das gesetzte Recht für die gelebte Wirklichkeit der Gesellschaftsmitglieder kaum oder gar keine Bedeutung hat, da es im großen Umfang missachtet, ignoriert oder durch andere Normen „ersetzt“ wird. *Jakobs* (im Anschluss an *Kelsen*) schließt nun daraus, dass in einem solchen Zustand das gesetzte Recht nicht (mehr) „gilt“, weil es mangels Lebenswirklichkeit „unwirksam“ ist; es „gilt“ dagegen das, was faktisch handlungsorientierend wirkt.

Das Moment der Rechtsgeltung (in dem zuvor vorgestellten Sinne) hat nun für *Jakobs* eine wesentliche Bedeutung auch im Rahmen seiner Straftheorie: In seinen eigenen Worten kurz zusammengefasst hat sie folgenden wesentlichen Inhalt:

„[Strafe] ist Antwort auf die Tat, die ihrerseits als ein *Protest gegen die Normgeltung*, also als *Protest gegen die Gestalt der Gesellschaft*, zu verstehen ist. Die Antwort bezweckt nicht etwa eine mittelbare Bestätigung der gesellschaftlichen Gestalt, sondern ist diese Bestätigung bereits unvermittelt selbst. Wenn die Gesellschaft straft, so weigert sie sich, eine Änderung ihrer Gestalt, nämlich die Straftat, als evolutionären Akt, als Teil ihrer Möglichkeit zu begreifen,

⁷⁷ Dies ist im Übrigen keine Besonderheit eines „verunsicherten“ Rechtszustands.

⁷⁸ *Jakobs*, GA 1994, 1 (5).

⁷⁹ *Jakobs* (Fn. 27 – Vergangenheitsbewältigung), S. 44.

⁸⁰ Vgl. nochmals *Jakobs*, GA 1994, 1 (5) und *ders.* (Fn. 27 – Vergangenheitsbewältigung), S. 44.

⁸¹ *Jakobs* (Fn. 27 – Vergangenheitsbewältigung), S. 44: „Das heißt mit anderen Worten, hält man es nicht mit einem vom realen Leben abgekoppelten Normativismus, sondern geht man – beispielsweise mit dem des vorschnellen Soziologismus gewiss unverdächtigen Hans Kelsen – davon aus, dass nur Staat sein kann, was auch im großen und ganzen wirksam ist, also praktiziert wird, so kann man die Frage der Rechtswirksamkeit des Führerbefehls nur nach der zur Zeit des Nationalsozialismus geltenden, also faktisch gelebten Verfassung entscheiden; und bei dieser Sicht sollte nicht zweifelhaft sein, dass nach dieser faktisch gelebten Verfassung der Führerbefehl das Recht aufheben und neues Recht schaffen konnte.“ (Verweis auf *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 215 ff.).

⁸² *Kelsen* (Fn. 80), S. 219 f. (*Hervorhebungen im Original*).

beharrt vielmehr entgegen dem Änderungsvorschlag beim status quo.⁸³

Verbindet man nun die Aussagen zur Rechtsgeltung und zur Straftheorie mit den Besonderheiten eines „Rechts im Umbruch“, so müsste *Jakobs* Gedankengang folgendermaßen zu skizzieren sein: keine „[tatsächliche] Normgeltung“ – kein Normbruch (Normdesavouierung) durch eine Straftat – keine Strafe (als Maßnahme der Normstabilisierung).

Ganz konsequent richtet sich *Jakobs* in seiner Auseinandersetzung mit der deutschen Vergangenheit gegen die Bestrafung der „Täter“ des nationalsozialistischen bzw. des DDR-Regimes: Strafe sei nicht notwendig, um „Normgeltung“ wiederherzustellen, die es, so ließe sich ergänzen, in der wiederherzustellenden Form zum Zeitpunkt der Tat nicht gegeben hat.⁸⁴

In einem Zustand des Bürgerkriegs bzw. manifesten „Staatsschwäche“ jedenfalls in nicht unerheblichen Teilen des Landes, ließe sich mit *Jakobs* argumentieren, dass die Rechtsgeltungsschwäche schon für sich genommen eine „Desavouierung“ der Normordnung mit sich bringt, diese also durch ein konkretes Verbrechen gar nicht mehr „desavouiert“ werden kann.⁸⁵ Sollten Umstände herrschen, bei

denen beispielsweise terroristische Gruppierungen bzw. „Widerstandskräfte“, „Rebellen“ u.ä. die tatsächliche Macht übernommen haben, also staatliche Strukturen durch solche Akteure verdrängt werden, staatliches Recht nicht angewendet wird, insbesondere Straftaten nicht verfolgt, sondern durch die Organisation sogar angeordnet und teilweise erzwungen werden, dann liegt in der Einzeltat gerade kein Widerspruch zur Normgeltung im Sinne *Jakobs*‘ mehr, sondern vielmehr eine Bestätigung der „geltenden“ Ordnung. Wo Gewalt „herrscht“, so könnte man verkürzt sagen, ist Gewalt keine Besonderheit gegen das (verkürzt – positivistisch – verstandene) Allgemeine, sondern seine „normale“ Äußerungsform.

Strafe wäre dann in ihrer Bedeutung als Widerspruch zum Widerspruch gegen identitätsbestimmende Normen der Gesellschaft nicht zu erklären.

Auf den ersten Blick scheint dies die konsequente Umkehrung des erörterten *Hegelschen* Gedankengangs. Denn: Wo kein Recht „gilt“, kann sich das Subjekt auch nicht in Widerspruch zum Recht setzen und dementsprechend besteht keine Rechtsnegation, die durch Strafe aufgehoben werden müsste. Sind die Verhältnisse faktisch so, dass Staatsstrukturen mit entsprechenden freiheitsverwirklichenden Institutionen nicht oder nur sehr eingeschränkt existieren, dass die tatsächliche Geltung der staatlichen Gesetze zumindest in Teilen des Landes außer Kraft gesetzt und durch eigene Regeln „privater“ Clanstrukturen ersetzt ist, dass das Phänomen massenhaften Kriminalunrechts zur „Regel“ wird,⁸⁶ dann liegt es nahe zu sagen, dass es kein geltendes Recht gibt,⁸⁷ das durch die Tat verletzt werden könnte, also auch keinen Normgeltungswiderspruch und damit keinen Grund für Strafe.

Richtig erfasst ist dabei zunächst, dass das Recht angewiesen ist auf prinzipielle Anerkennung durch seine Subjekte. Freiheit muss gewusst und in Geltung gesetzt werden, die Wirklichkeit des Rechts entsteht eben dadurch, dass es als „allgemein Anerkanntes, Gewusstes und Gewolltes“ Dasein hat.⁸⁸ Wo es daran dauerhaft mangelt, ist genau das Vertrauen auf den freiheitlichen Umgang miteinander in Gefahr, welches durch die Stiftung einer verfassten freiheitlichen Gemeinschaft allererst geschaffen und garantiert werden soll. Eine singuläre Kriminalunrechtstat hat dann zwar – wie gezeigt – das Vermögen, das allgemeine Misstrauen noch zu verstärken, stellt sich aber nicht mehr als einzelner Wider-

⁸³ *Jakobs*, ARSP Beiheft 74 (2000), 57 (59, *Hervorhebung durch Verf.*). Vgl. zudem *ders.*, ZStW 107 (1995), 843 (844): „Die Leistung des Strafrechts besteht darin, dem Widerspruch gegen identitätsbestimmende Normen der Gesellschaft seinerseits zu widersprechen. Das Strafrecht bestätigt also gesellschaftliche Identität.“ *Jakobs* beruft sich dabei auf ein bestimmtes – vom oben skizzierten in einem wesentlichen Punkt abweichendes – Verständnis der *Hegelschen* Straftheorie. Vgl. dazu *Jakobs*, Staatliche Strafe, Bedeutung und Zweck, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge, G 390, 2004, S. 5 (24 ff.); zusammenfassend auch *ders.*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 13-15. Zu der Auseinandersetzung im Hinblick auf die Hegelinterpretation siehe *Stübinger* (Fn. 25), S. 175.

⁸⁴ Vgl. *Jakobs* (Fn. 27 – Vergangenheitsbewältigung), S. 58 f. Da bei *Jakobs* das „gilt“, was die Gesellschaftsmitglieder tatsächlich leitet, wären Handlungen wie die NS-Unrechtstaten oder Mauerschüsse an der deutsch-deutschen Grenze gerade Geltungsbestätigungen der entsprechenden Ordnung, keine Geltungswidersprüche, denen durch Strafe widersprochen werden müsste.

⁸⁵ *Jakobs* selbst hat die Beurteilung dieser Konstellation offen gelassen: „Anders verhält es sich, wenn ein solches Instrumentarium [das im Großen und Ganzen wirksam ist, staatlicher Ordnung gegenläufige Übungen als unmaßgeblich darzustellen, Anm. d. Verf.] fehlt; der Staat umfasst dann Bereiche der Subkultur nicht (oder nicht mehr), [...]; es kann in solchen Fällen um eine bloße Bereichsbeschränkung des identischen Staats gehen [...]. [Ein solcher] Fall, [...], findet sich bei einem mafiosen Zustand der Gesellschaft oder auch beim Bürgerkrieg, dies jedenfalls so lange, wie sich Abweichler und Staatslenkung nicht verquicken: Es gelingt in einem solchen Fall dem Staat nicht, sich gegen Kräfte zu behaupten, die jedenfalls nicht seine eigenen sind. Wie lange dann noch von gegebener Strafbarkeit der Abweichungen

geredet werden kann, mag dahin stehen; [...].“ (*Jakobs*, GA 1994, 1 [6]).

⁸⁶ Selbstverständlich müssen die konkreten empirischen Verhältnisse viel genauer erfasst werden, als es hier getan wird. Die Lage in Kolumbien ist so komplex, dass mit den folgenden Ausführungen nur eine Annäherung an die Problematik geleistet werden kann und zwar nur den Prinzipien nach, nicht als konkrete Lösungsvorschläge.

⁸⁷ „Es ist also, um staatliche Untaten wie auch irgendein anderes Verhalten als Unrecht behandeln zu können, ein positives Gesetz oder sonst eine etablierte Regel notwendig.“ (*Jakobs*, GA 1994, 1 [2 f.]).

⁸⁸ *Hegel* (Fn. 25), § 209.

spruch zum ansonsten wie selbstverständlich geltenden Recht dar, sondern fügt sich ein in einen Gesamtunsicherheitszustand.

Allerdings ist das, was *Hegel* mit der „Wirklichkeit des Rechts“ meint, nur unzureichend erfasst, wenn allein auf die faktische Geltung einer konkreten, also historisch vorfindlichen Rechtsordnung abgestellt wird. *Hegel* denkt Vernunftrecht und Vernunftwirklichkeit zusammen, für ihn gibt sich die Vernunft im Recht Dasein;⁸⁹ ein „Recht“ ohne Vernunft hat mit dem Begriff des Rechts nichts zu tun; es ist, als würde man den Begriff „Ballon“ ohne Luft zu denken versuchen.

Es ist deshalb in Rechtsordnungen manifester Unvernunft nur der Schein des Rechts, der sich zeigt, seine äußere Hülle, eine entkernte Struktur. Sie für das Ganze zu nehmen, hieße, Leere allgemein zu setzen – etwas, das mit dem Begriff des Allgemeinen gerade nicht zusammen stimmt. Da das so ist, wird es in einem solchen System niemals zu der Übereinstimmung von „Besonderem“ und „Allgemeinem“ kommen, die *Hegel* im Rahmen seines Staates als Wirklichkeit der konkreten Freiheit vorstellt.⁹⁰ Dementsprechend ist die Anwendung „seiner“ Straftheorie auf einen solchen vernunftentkernten Rechtsschein seinerseits nur ein Trugbild der Rechtsbegründung.

Die Kongruenz zwischen Besonderem und Allgemeinem (in der Sittlichkeit des Staates) ist nur durch den Vernunftbegriff zu erreichen, der beide Seiten miteinander verbindet. Die prinzipielle Anerkennung der staatlichen Struktur, ihrer Gesetzgebung und ihrer Institutionen durch die Subjekte ist eine vernunftnotwendige; das ist gemeint, wenn *Hegel* davon spricht, dass es die „objektive Wirklichkeit des Rechts“ ist, die teils „überhaupt gewusst“ werden muss, teils „die Macht der Wirklichkeit zu haben und zu gelten [hat] und damit auch als *allgemein Gültiges gewusst* [...] werden“ muss.⁹¹ Nur wenn das Recht so verstanden wird, lässt sich erklären, dass in seiner bewussten Verkehrung und Negation Unrecht liegt, welches durch die Strafe aufgehoben werden muss.

Welche Bedeutung die Verunsicherung des Rechts für das Verbrechen haben kann – im Hinblick auf das Subjekt und den Gesamtzustand konkreter Freiheit – ist oben bereits entwickelt worden: Sie hat Bedeutung für den Grad des Unrechts und der Schuld und damit auch für das Maß der Strafe. Dass man aber sagt, dass Handlungen wie Tötungen, Körperverletzungen, Vergewaltigungen etc., die im Alltag einer verunsicherten Rechtsordnung das tatsächliche Bild prägen mögen, allein deswegen keinen Rechtsgeltungswiderspruch (also Unrecht) enthalten, weil sie sich in den „realen Geltungszustand“ gerade bruchlos einordnen lassen, zeigt eine verblüffende Geringschätzung der allgemeinen Menschenvernunft, die das Basisrechtsverhältnis zwischen Vernunftsubjekten immer schon als erhaltenswert begreift.⁹²

⁸⁹ Vgl. dazu *Hoffmann*, *Hegel*, 2. Aufl. 2012, S. 427 f.

⁹⁰ Vgl. § 260 der Grundlinien der Philosophie des Rechts.

⁹¹ *Hegel* (Fn. 25), § 210, S. 361 (*Hervorhebungen* im Original). Vgl. dazu auch schon *Gierhake* (Fn. 15), S. 128–131.

⁹² Vgl. dazu auch *Köhler* (Fn. 34), S. 429. Allerdings ist bei *Jakobs* aus hiesiger Perspektive richtig erfasst, dass die Strafe nicht in einen Zustand „zurückreichen“ kann, in dem von

b) Michael Pawlik

Michael Pawlik versteht das Verbrechen als Verletzung eines Zustands konkret-realer Freiheitlichkeit, der nur im Staat erreicht werden könne: Der einzelne Bürger habe die Pflicht, diesen Zustand aufrecht zu erhalten; verletzt er diese Pflicht, so sei Strafe die legitime Antwort auf diese Pflichtverletzung.⁹³

Pawlik ergänzt und verstärkt seinen Ansatz mit der Überlegung, dass die Aufgabe der Freiheitssicherung nur erfüllt werden kann, wenn die Rechtsordnung „wirklichkeitsgestaltende Kraft“ (Formulierung von *Welzel*)⁹⁴ besitze; dies setze voraus, dass die Erwartungen der Bürger an die Stabilität der Ordnung und das Verhalten der Mitbürger kognitiv untermauert werden: „Ein Zustand rechtlicher Normalität erfordert somit mehr als das Vorhandensein einer abstrakten Normenordnung: Der einzelne Bürger muss in ihm ‚seines Rechts teilhaftig werden‘ [Zitat von *Kant*, Hervorhebung im Original], sich also der Achtung seiner Rechtsstellung durch seine Mitbürger weitgehend sicher sein können; die Rechtsnormen bedürfen der kognitiven Untermauerung [mit Verweis auf *Jakobs*, Anm. d. Verf.].“⁹⁵

Bei *Pawlik* wird damit ein (durchaus im Ausgang von *Kant* verstandenes)⁹⁶ freiheitsrealisierendes Staatsverständnis unmittelbar mit einem geltungstheoretischen, rechtssoziologischen Ansatz verbunden – eine Kombination also aus rechtsbegründender und gesellschaftstheoretischer Argumentation.

Pawlik sieht im Rechtsentwurf *Kants* den Mangel, dass er die „nicht-erzwingbare, aber dennoch unentbehrliche Stabilitätsvoraussetzung des Rechts“, nämlich eine „nicht-instrumentell geprägte Gesinnung der Rechtlichkeit“ der Bürger, nicht berücksichtige.⁹⁷ *Hegel* habe diesen Mangel mit seinem Konzept der Sittlichkeit überwunden, indem er die Wechselbezüglichkeit zwischen einem wohlgegründeten freiheitlichen Gemeinwesen und der Loyalität seiner Bürger gesehen habe. *Kant* hingegen habe „[i]nfolge seiner Fokussierung auf das Phänomen des Rechtszwangs“ dem Umstand keine Rechnung getragen, dass „eine wirklichkeitsmächtige Rechtsordnung nicht nur eine Ordnung von – erzwingbaren – Normen, sondern eine soziale Lebensordnung ist“; er kenne keine „Kategorie nach Art der politischen Sittlichkeit *Hegels*“.⁹⁸

Pawlik meint nun, diesen „Mangel“ bei *Kant* durch einen „Wirklichkeitsbezug“ ausgleichen zu müssen: Durch die Tat werde ein Rechtszustand angegriffen, der sich nicht nur als

verfasster Rechtlichkeit nicht mehr gesprochen werden kann. Ein zusätzlicher Gesichtspunkt ist zudem das Rückwirkungsverbot, das Teil einer auch formalen Strafgerechtigkeit ist.

⁹³ Vgl. *Pawlik* (Fn. 28), S. 106 f.

⁹⁴ Zitiert bei *Pawlik* (Fn. 28), S. 104.

⁹⁵ *Pawlik* (Fn. 28), S. 105.

⁹⁶ Jedenfalls wird dieser Bezug von *Pawlik* selbst hergestellt (siehe z.B. *Pawlik*, Jahrbuch für Recht und Ethik 14 [2006], 269; in der Interpretation der *Kantischen* Primärquellen gibt es aber gewichtige Unterschiede zu der hier vertretenen Auffassung).

⁹⁷ *Pawlik* (Fn. 95), 272.

⁹⁸ *Pawlik* (Fn. 95), 288 f.

konstitutionalisierter Rechts- und Freiheitszustand begreifen lasse, sondern gleichzeitig als gelebte, tatsächlich in Geltung befindliche Gesellschaftsidentität. Die Pflichtverletzung des Bürgers bestehe bei der Straftat dann darin, dass die Pflicht zur Mitwirkung an der Aufrechterhaltung des (so verstandenen) bestehenden Rechtszustands nicht erfüllt wird, dass sich also der Bürger nicht der Verhaltenserwartung der Gesellschaft anpasst, „illegal“ handelt und damit die Geltungsproduktion der Gesetze durch eigenes Handeln gerade boykottiert. Das Verbrechen stellte dann ein Unrecht gegenüber der Rechtsgemeinschaft als Ganzer dar.⁹⁹

Als einen geistigen Gewährsmann für diese Position nennt Pawlik den Späthegeleaner *Hugo Hälschner*, der folgendes geschrieben hat: „Nur in seinem endlichen, concreten Dasein, in den von ihm geordneten Zuständen des socialen Lebens ist das Recht dem Verbrechen überhaupt zugänglich, und es ist Rechtsverletzung indem es sich gegen eine concrete Berechtigung, ein concretes rechtliches Gut als sein Object wendet.“¹⁰⁰

Der Grundaussage Pawliks, dass es ein Zustand konkreter Freiheitlichkeit ist, der durch die Straftat gebrochen wird, ist auch vor dem Hintergrund der oben vorgestellten Hegelinterpretation zuzustimmen, die sich aber nicht als Abkehr von *Kant*, sondern als dessen gedankliche Nachfolge begreift. Der „Mangel“, den Pawlik bei *Kant* auszumachen und der bei *Hegel* durch das Konzept einer „politischen Sittlichkeit“ überwunden scheint, ist jedoch nur bei einem missverstandenen *Kant* wirklich vorhanden. Missverstanden insofern, als dass es gerade bei *Kant* die Einsicht in das Allgemeine ist, die den Menschen als autonomes Rechtssubjekt auszeichnet; nur dasjenige Wesen, welches die Beziehung zwischen sich und dem Allgemeinen durch praktische Vernunft immer schon herstellt, ist in der Lage, ein dem Allgemeinen entsprechendes Gemeinwesen zu schaffen. Insofern hat *Hegel* mit seiner Formulierung, dass sich der freie Wille im Recht Dasein gibt, den wesentlichen Gedanken *Kants* aufgenommen und ihn in seinem System der Sittlichkeit ausgearbeitet.

Die „nicht-erzwingbare, aber dennoch unentbehrliche Stabilitätsvoraussetzung des Rechts“, nämlich eine „nicht-instrumentell geprägte Gesinnung der Rechtlichkeit“ der Bürger, die Pawlik ganz zu Recht für einen freiheitlichen Staat voraussetzt, ist ohne *Kant* gar nicht denkbar. Es ist nur nicht die stets konkretisierte, gleichsam unfehlbar immer schon (vor-)gegebene Handlungsmotivation eines jeden Einzelnen im Staat, die hier gedacht ist – das wäre dann der illusorische Staat von Engeln,¹⁰¹ den *Kant* gerade nicht meint. Dass die Einzelnen anfällig sind für selbstsüchtige Neigungen und dies auch erkennen, ist gerade das Argument für die Notwendigkeit, einen Staat zu gründen: Diese Einsicht und die gute Organisation des Staates liegen aber durchaus im Vermögen der Menschen; das Problem ist also lösbar, wenn nur die Vernunfteinsicht zur Geltung kommt, dass die Einzelnen ein Allgemeines schaffen müssen, in dem sie friedlich

koexistieren können. Sie müssen es im Übrigen selbst tun, als Akt ihrer eigenen praktisch werdenden Vernunft.

Hier wird deutlich, dass es einen Perspektivwechsel darstellt, wenn man „das Problem der Staatserrichtung“¹⁰² gewissermaßen von außen als theoretisches Problem zu erfassen sucht: dann wird es von einem praktischen Vernunft- zu einem Verstandesproblem. Der Betrachter, der sich nicht selbst als Wirkender, sondern als Beobachtender begreift, versucht nach einer Lösung, nach einer Strategie zu suchen, die Wesen so zueinander in eine Ordnung zu setzen, dass sie trotz ihrer möglicherweise widerstreitenden Privatinteressen rein äußerlich so koordiniert werden, dass ihr öffentliches Verhalten innerhalb der gesetzten Ordnung verbleibt.¹⁰³ So betrachtet ist es ein reines Verstandesproblem, dessen Lösung auch Wesen ohne praktische Vernunft, verständigen Teufeln zuzutrauen wäre.

Es ist diese Stelle, die das Einfallstor für eine bloß theoretische Sicht äußerlicher Beschreibung von „Geltung“ bzw. „Rechtswirklichkeit“ bildet; die Verbindung der Normordnung mit der Wirklichkeit muss dann als ein theoretischer Überschritt zwischen gedachter Normordnung und sozialem Leben künstlich hergestellt werden. Das Ganze erinnert an ein Spiel, bei dem zunächst kluge Spielregeln erdacht und dann in einer Spielrealität umgesetzt werden. Es bedarf dann tatsächlich kognitiver Untermauerung der Regeln, etwa durch Strafen, damit sich alle an die Spielregeln halten, denn den Spielern ist das Regelwerk äußerlich vorgegeben, es ist ihnen fremd und schon aus diesem Grund auf Bestätigung angewiesen. Immerhin bleibt dem Spieler immer die Möglichkeit aufzuhören.

In einem Rechts- und Staatskonzept der Freiheit ist es aber nicht das „Spiel des Lebens“, sondern das Leben selbst, das geregelt werden muss. Ansatzpunkt ist die reale menschliche Praxis, nicht eine Rolle in einem erdachten Stück. Sowohl bei *Kant* als auch bei *Hegel* finden Vernunft und Wirklichkeit im vernünftig-endlichen Subjekt durch sein praktisches Handeln eine Einheit. Während ein bloß instrumentelles Rechtsverständnis die Geltungswirklichkeit als zusätzliches Element begreift, ist praktisch-rechtliche Vernunft gerade die, die sich in der Praxis selbst erweist. Deshalb ist die von Pawlik gesuchte „nicht-instrumentelle Bürgergesinnung“ im praktischen Selbstbewusstsein des Einzelnen immer schon vorhanden. Die „Stabilitätsvoraussetzung“ ist der Mensch als praktisches Vernunftwesen selbst, jedenfalls solange, wie er sich im Allgemeinen wiederfinden kann, d.h. solange, wie die konkrete Verfassungsstruktur des Staates (die „Grundsäulen der öffentlichen Freiheit“) die realisierte Form allgemeiner Freiheit ist.¹⁰⁴

¹⁰² Vgl. *Kant* (Fn. 38), B 61, A 60.

¹⁰³ Frappierend die Nähe zu *Jakobs* (Fn. 15), S. 31.

¹⁰⁴ *Hegel* (Fn. 25), § 265, S. 412. Vgl. auch § 268, S. 413: Die „politische Gesinnung, [...] als die in Wahrheit stehende Gewissheit [...] und das zur Gewohnheit gewordene Wollen ist [...] Resultat der im Staate bestehenden Institutionen, als in welchem die Vernünftigkeit wirklich vorhanden ist, so wie sie durch das ihnen gemäße Handeln ihre Betätigung erhält.“ (*Hervorhebungen im Original*).

⁹⁹ Vgl. Pawlik (Fn. 28), S. 107.

¹⁰⁰ Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. 1, 1881, S. 561.

¹⁰¹ *Kant* (Fn. 38), B 60, A 59.

Begreift man den konstitutionalisierten Rechts- und Freiheitszustand so, dann ist er „gelebte, tatsächlich in Geltung befindliche Gesellschaftsidentität“ und es lässt sich zu Recht mit Pawlik sagen, dass es (auch) eine Verletzung der Pflicht zur Mitwirkung an der Aufrechterhaltung eines solchen Rechtszustands darstellt, wenn der Bürger mit seiner Tat ein konkretes Teilstück dieses Daseins von Freiheit verletzt. So liest sich dann auch Hälschners Definition des Verbrechens als Verletzung einer konkreten Freiheitsposition und dadurch gleichzeitig als Verletzung des Allgemeinen.

4. Zwischenergebnis

Wirkliche Straferechtigkeit ist an die Existenz eines verfassten Rechtszustands gebunden, d.h. umgekehrt: Im Naturzustand kann es kein Strafrecht geben.¹⁰⁵

Haben bürgerkriegsartige innerstaatliche Auseinandersetzungen zur Folge, dass der Staat zerfällt, ist zunächst eine Neukonstitution des entsprechenden Volkes notwendig, in der sich dann Verfassungsstrukturen und geltendes Recht als selbständige Leistung der Betroffenen entwickeln müssen. Eine rückwirkende strafrechtliche Bewältigung geschehener Gewalt für die Zeit vor der Verfassung ist dann aber nicht denkbar; insofern ist der Neuanfang der Rechtsgemeinschaft auch mit einem Neuanfang der Straferechtigkeit verbunden. Diese Absenz strafrechtlicher Bewältigung mag vorläufig mit dem Begriff „Amnestie“ bezeichnet werden.¹⁰⁶

Solange aber von einem kontinuierlichen staatlichen Zustand überhaupt gesprochen werden kann, die Umstände der Verunsicherung also nur Teile der Staatlichkeit betreffen („Staat in der Krise“), ist das staatliche Strafrecht als wiederherstellende Reaktion auf Kriminalunrecht begründet. Die Umstände, die den verfassten Zustand verunsichern, können

¹⁰⁵ Wirft man an dieser Stelle einen kurzen Blick auf das Völkerstrafrecht, so wird deutlich, dass ein Begründungsproblem besteht: Denn eine verfasste, gewaltenteilige, Allgemeinheit des Willens auf Weltebene herstellende Rechtsstruktur liegt nicht vor und kann prinzipiell nicht vorliegen, denn eine der Staatsform „ähnliche“ Form der Verfassung auf Weltebene kann nur der Völkerbund sein. Jede Strafmaßnahme, die von einem internationalen Tribunal verhängt wird, durchbricht deshalb gewissermaßen von außen die Staatsstruktur. Einen genuine Legitimationszusammenhang kann man auf Weltebene allenfalls in Bezug auf das materielle Recht bzw. Unrecht herstellen, nicht aber in Bezug auf die auch formell-rechtliche Umsetzung. Damit fehlt es der Verwirklichung von Recht an einem wesentlichen Teilelement, das durch das allenfalls mögliche Surrogat eines Völkerbundes nicht hergestellt werden kann (Vgl. dazu noch optimistischer Gierhake [Fn. 24], mit der zutreffenden Kritik Pawliks, ZIS 2006, 49 [50], der diesen Punkt schon in seiner Rezension dieser Arbeit bemerkt hat).

¹⁰⁶ Zum Problem der Amnestie aber sogleich im Text genauer. Vor diesem Hintergrund wird die im Zusammenhang mit dem Völkerrecht von Kant getroffene Aussage verständlich, „[d]ass mit dem Friedensschlusse auch die Amnestie verbunden sei, liegt schon im Begriff desselben.“ (Kant [Fn. 19], Rechtslehre, § 58 [am Ende] A 225, B 255).

dann Einfluss haben auf den objektiven und subjektiven Grad des durch die Tat verwirklichten Unrechts und die Schuld. Die Strafe muss diese krisenbedingten Besonderheiten als Teil der konkreten Straferechtigkeit berücksichtigen. Inwiefern innerhalb einer solchen staatlichen Straferechtigkeit das Institut der Amnestie legitimiert werden kann, bedarf aber weiterer Klärung.¹⁰⁷

IV. Besondere Formen der Unrechtsbewältigung, insbesondere das Institut der Amnestie

Vor dem Hintergrund der erinnerten Strafbegründung sind nun alternative bzw. kumulative Formen der „Unrechtsbewältigung“ zu sichten und in den Begründungszusammenhang zu integrieren. Bedacht werden sollen hier insbesondere die Amnestien.¹⁰⁸

Wie das Beispiel Kolumbien zeigt, werden in staatlichen Umbruchsituationen Formen der sog. „transitional justice“ miteinander kombiniert, so dass komplexe Systeme aus Strafverfolgung und -verbüßung, Amnestien und Wahrheits-

¹⁰⁷ An dieser Stelle des Gedankengangs scheint ein tieferliegendes Problem des kolumbianischen „Friedensvertrags“ auf: Ein konzeptioneller Grundwiderspruch liegt im Abschluss eines – Gleichordnung voraussetzenden – „Vertrages“ zwischen dem kolumbianischen Staat und der Organisation der FARC. Die beiden Vertragspartner können nicht gleichzeitig „Kriegsparteien“ einer naturzuständlichen bewaffneten Auseinandersetzung gewesen sein und doch im Verhältnis „strafender Staat zur kriminellen/terroristischen Organisation“ stehen. Kolumbien kann also nicht gleichzeitig Schauplatz eines Bürgerkriegs (i.e.S.) und ein den Terror bekämpfender Staat sein. Die konkreten Verhältnisse in Kolumbien müssen deswegen daraufhin überprüft werden, ob man sagen kann, dass formal verfasste Strukturen landesweit auch während der Jahre des „Bürgerkriegs“ etabliert waren, ob also Gesetzgebung, Exekutive und Judikative im Grundsatz noch bestanden oder durch den „Bürgerkrieg“ bereits zerstört waren. Unterstanden die Bürger des Staates Kolumbien auch in den Regionen, die durch den durch die gewalttätige Auseinandersetzung erschüttert wurden, noch staatlichem Recht, das sie selbst legitimatorisch mittragen konnten? Geht man vom Fortbestand der staatlichen Einheit aus, so handelte es sich nicht um einen Bürgerkrieg zwischen zwei gleichgeordneten Parteien, sondern um den internen Kampf eines Staates gegen rebellische Staatsbürger. Das bedeutet, dass die staatliche Ordnung fortbestanden hat, Unrechtstaten als Kriminalakte zu qualifizieren sind und dafür nun die besonderen Umstände auf Unrechts- und Schuldebene Berücksichtigung finden müssen.

¹⁰⁸ Zur Bewältigung von Systemunrecht vgl. zunächst Eser/Sieber/Arnold (Hrsg.), Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht, Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse, Bd. 14, Transitionsstrafrecht und Vergangenheitspolitik, 2012; Neumann/Prittwitz/Abrão/Svensson Jr./Torelly (Hrsg.), Transitional Justice, Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung, 2013. Zu Amnestien „in Zeiten des Umbruchs“ siehe auch Merten, Rechtsstaatlichkeit und Gnade, 1978, S. 16 ff.

bzw. Versöhnungskommissionen entstehen. Für die Beurteilung der Legitimität solcher Kombinationen genügt es nicht, deren politisch-zweckpragmatische „Eignung“ zur Friedenschaffung zu untersuchen; es ist vielmehr notwendig, die Vereinbarkeit solcher Formen der „Unrechtsbewältigung“ mit dem freiheitlichen Rechtsbegriff und der ihm entsprechenden Strafbegründung schlüssig aufzuweisen – oder zu zeigen, dass eben dies nicht möglich ist.

Das setzt zunächst voraus, die genannten Mechanismen begrifflich zu erfassen; sie sind sodann in den Gang der Strafbegründung einzuordnen und auf ihre Legitimation zu untersuchen. Hier soll dies für das Institut der Amnestie in Grundzügen¹⁰⁹ geleistet werden.

1. Begriffsbestimmung und Legitimationsansatz der Amnestie im Fall der Übergangsjustiz

a) Zum Begriff der Amnestie

Während sich das Gnadenrecht dadurch auszeichnet, dass ein rechtsgültiger Strafausspruch im Einzelfall aufgehoben wird, wird die Amnestie nach einer gängigen Definition als eine (gesetzliche) Maßnahme bezeichnet, bei der grundsätzlich strafbares Verhalten für eine abstrakt bestimmte Anzahl von Fällen von Strafe freigestellt wird.¹¹⁰ Amnestien haben weltweit besondere Beachtung gefunden, wenn es um die Bewältigung von Unrechtssystemen bzw. innerstaatlichen Konflikten ging;¹¹¹ in Deutschland wurde eine Amnestie in jüngerer Zeit auch im Zusammenhang mit der Bewältigung des DDR-Unrechts erwogen.¹¹²

¹⁰⁹ Im Rahmen der vorliegenden Publikation sind zunächst nur erste grundlegende Einsichten vorzustellen. Systematisierende und vertiefende Überlegungen zu Gnade und Amnestie überhaupt müssen einer späteren Publikation vorbehalten sein.

¹¹⁰ Vgl. schon *Schmidt*, in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 1932, § 100, S. 563; ferner *Mickisch*, Die Gnade im Rechtsstaat, 1996, S. 21; *Birkhoff/Müller-Jacobsen*, in: Widmaier (Begr.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 2006, Teil D § 23, Rn. 3, Abgrenzung der Gnade zu Amnestie und Niederschlagung, Rn. 9; *Schätzler*, Handbuch des Gnadenrechts, 2. Aufl. 1992, S. 208; *Köhler*, in: Schmidt (Hrsg.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, 1990, S. 59. Vgl. zur Schwierigkeit einer allgemeingültigen Definition von „Amnestie“ jedoch auch *Süß*, Studien zur Amnestiegesetzgebung, 2001, S. 74 ff.

¹¹¹ Vgl. z.B. die Fallstudien von *Frei* (Amnestiepolitik in den Anfangsjahren der Bundesrepublik), *Roniger/Sznajder* (Menschenrechtsverletzungen in Argentinien) und *Thomas* (Südafrika), in: Smith/Margalit (Hrsg.), Amnestie oder Die Politik der Erinnerung in der Demokratie, 1997; siehe ferner *O'Shea*, Amnesty for Crime in International Law and Practice, 2002. Zur deutschen Geschichte siehe *Christoph*, Die politischen Reichsamnestien 1918-1933, 1988; *Schätzler* (Fn. 109), S. 219 ff. (zu Amnestien im Deutschen Reich).

¹¹² Vgl. *Schätzler* (Fn. 109), S. 253 ff.; *Zielcke*, KJ 1990, 460; *Jäger*, KJ 1990, 467.

Gemeinsam ist den Instituten der Gnade und der Amnestie, dass sie jeweils zu „einem ‚außerordentlichen‘, durch die bestehenden Strafgesetze nicht vorgesehenen Straferlass“ führen und dass der Bürger keinen rechtlichen Anspruch auf diese Straffreiheitsregelungen hat.¹¹³

Für beide Institute gleichermaßen stellt sich die Frage nach der Legitimation solcher Strafaufhebungen bzw. Straffreiheitsregelungen, die sich in besonders gelagerten Konstellationen gegen die allgemeingesetzliche Strafanordnung durchsetzen. Zwar wirken sich Begnadigung und Amnestie stets zugunsten der Betroffenen aus („Gnade als Wohltat“), so dass ein Legitimationsbedürfnis auf den ersten Blick gar nicht zu entstehen scheint. Immerhin wird durch sie aber eine Durchbrechung gleicher Gesetzlichkeit bewirkt – und darin liegt ersichtlich ein Gerechtigkeitsproblem.¹¹⁴

Hinzu kommt aber auch noch ein weiterer Grund für die besondere Begründungsbedürftigkeit der Amnestie: Durch sie wird strafwürdiges Unrecht für eine abstrakt bestimmte Anzahl von Fällen von Strafe freigestellt. Versteht man, in der erinnerten straftheoretischen Tradition *Hegels* stehend, die Abfolge von Kriminalunrecht und der Rechtsfolge Strafe als denknotwendig im Verbrechensbegriff angelegt, die Strafe also als Negation des Verbrechens und damit als Institut der Wiederherstellung des Rechts, so wird deutlich, dass die strafrechtliche Verfolgung von Kriminalunrecht nicht beliebig ausgesetzt werden kann, ohne das „Recht als Recht“ zu gefährden.¹¹⁵ Die Amnestie stellt so gesehen eine Zumutung für die gleich- und regelmäßige Rechtsgeltung im Staat dar, ein „In-der-Welt-lassen“ von Unrecht dadurch, dass ihm nicht oder nur eingeschränkt tätig widersprochen wird. Eine Rechtsgemeinschaft verzichtet damit auf die heilende Wirkung der Strafe, sowohl im verletzten Rechtsverhältnis zwischen Täter und Opfer als auch auf der allgemeinen Ebene der Rechtsgeltung. Inwieweit dies vom Legitimationszusammenhang noch getragen sein kann, ist näher zu untersuchen.

Die Amnestie wirkt so, dass durch sie der Zusammenhang von Recht-Unrecht-Schuld-Strafe nicht grundsätzlich geleugnet, sondern nur ausnahmsweise in der Umsetzung suspendiert wird. Das heißt: Es wird weder das Unrecht noch seine Strafwürdigkeit im Prinzip negiert, aber wegen „besonderer Umstände“ nicht strikt allgemeingesetzlich durch Verfolgung und Ahndung aufgehoben. Zu sichten ist deswegen, welche

¹¹³ So *Süß* (Fn. 109), S. 121.

¹¹⁴ Vgl. dazu *Engisch*, in: Freudenfeld (Hrsg.), Schuld und Sühne, 1960, S. 107 (113) und *Merten* (Fn. 107), S. 21-26. Siehe zur Begründungsbedürftigkeit auch *Marxen*, Rechtliche Grenzen der Amnestie, 1984, S. 4-7 und *Köhler* (Fn. 110), S. 60.

¹¹⁵ Es ist deshalb nicht selbstverständlich und begründungsbedürftig, wenn *Hegel* (Fn. 25), § 282, das Begnadigungsrecht aus der Souveränität des Monarchen ableitet (vgl. dort den Hinweis auf die Sphäre der Religion). *Kant* nennt das „Begnadigungsrecht (ius aggratiandi) [das] wohl unter allen Rechten des Souveräns [...] schlüpfrigste, um den Glanz seiner Hoheit zu beweisen, und dadurch doch im hohen Grade unrecht zu tun.“ ([Fn. 19], Allgemeine Anmerkung E, II, A 206, B 236).

„besonderen Umstände“ in Betracht kommen und ob sie tauglich sind, diese Durchbrechung der an sich geforderten Allgemeingesetzlichkeit zu begründen. Im Rahmen dieser Untersuchung kann dies aber nicht für alle in Frage kommenden Amnestieformen untersucht werden.¹¹⁶

b) *Legitimationsansatz im Fall „interner Friedensamnestien“*

Vor dem Hintergrund des hier interessierenden kolumbianischen Friedensprozesses sollen nur diejenigen Formen der Amnestie in den Blick genommen werden, die im Rahmen staatlicher Übergangsjustiz verhängt werden, insbesondere die von Frank Süß so genannten „internen Friedensamnestien“¹¹⁷, die zur Gruppe der (innerstaatlichen) „Befriedungsamnestien“ zählen.¹¹⁸ Sie zeichnen sich dadurch aus, dass sie anlässlich von Friedensverhandlungen bzw. eines Friedensschlusses, die einen bewaffneten, nicht-internationalen Konflikt beenden, erlassen werden.¹¹⁹ Die begangenen Straftaten sind dann typischerweise solche, die anlässlich gegenseitiger (staatsinterner) „Kriegs“-Handlungen begangen wurden.¹²⁰ Für die internen Friedensamnestien ist zudem typisch, dass sie auf „politische Delikte“ beschränkt werden¹²¹ – wie es jetzt auch in Kolumbien vorgesehen ist.¹²²

An die Besonderheit staatlicher Krisen- bzw. Umbruchsituationen wurde im vorherigen Abschnitt erinnert: Verunsicherung des Rechtszustands ist ihr wesentliches Kennzeichen. Mit dem Friedensschluss der Konfliktparteien oder dem Zusammenbruch des herrschenden Regimes wird der Weg

frei, Staatlichkeit als Rechtsstaatlichkeit erneut bzw. überhaupt zu schaffen, also einen Rechtsfriedenzustand aus dem Zusammenbruch heraus zu stiften. Der Übergang von zerfallenden in stabile Staatsstrukturen ist für sich betrachtet eine rechtliche Notwendigkeit.¹²³ Dass solche Krisenzeiten auch für die Straftaten bedeutsam sind, die in ihnen begangen werden, ist schon demonstriert worden, soll hier aber für den Zusammenhang der „Befriedungsamnestie“ nochmals deutlich gemacht werden:

In bürgerkriegsartigen Situationen sind auch die Delikte, die in diesem „Ausnahmestand“ begangen werden, Unrecht. Das Interpersonalverhältnis zu den Opfern und das allgemeine Rechtsprinzip der Freiheit werden fundamental verletzt. Das Unrecht wird dadurch sogar objektiv erhöht, dass der Unsicherheitszustand durch die fortdauernde Kriminalität und Gewalt vertieft, das Erhalten eines rechtlichen Friedenszustands erschwert wird.¹²⁴ Ist allerdings der Zustand der Rechtsungewissheit so fundamental, dass er sich auf die Möglichkeit der freiheitlichen Haltungsbildung auswirkt, so kann eine Schuldminde rung in Betracht kommen.¹²⁵ Im Chaos ist das Fehlverhalten nicht in derselben Weise „vorwerfbar“, da das Vertrauen in die Rechtlichkeit allgemein erschüttert ist. Das Bewusstsein der Geltung freiheitlicher Gesetze ist gestört, der Einzelne ordnet sich durch seine Straftat gewissermaßen in diesen gestörten Zustand ein und begibt sich damit in einen deutlich geringeren Selbstwiderspruch als in ruhigen Zeiten allgemeinen Rechtsfriedens.

Bei den sog. politischen Delikten, die regelmäßig und auch jetzt in Kolumbien Gegenstand interner Friedensamnestien sind, kommen noch folgende Besonderheiten hinzu:¹²⁶ Sie zeichnen sich dadurch aus, dass sie mit einer bestimmten politischen Grundhaltung¹²⁷ begangen werden: Aus Sicht der Täter sollen „gute“ politische Ziele gegen etablierte Staatsstrukturen durchgesetzt werden. Das eigentliche Angriffsziel ist also regelmäßig der vorhandene Staat selbst, seine Institutionen und verfassten Strukturen. Politische Delikte werden typischerweise im Personenverband begangen, etwa durch terroristische oder ähnliche (aufständische) Gruppen. Die politische Motivation selbst kann das Unrecht der Taten und die Schuld der Täter nicht mindern – zu evident ist der Vernunft-Widerspruch der Gewalttat; ein politischer Zusammenhang kann allerdings – wie oben beschrieben – das Rechtsbewusstsein des einzelnen Subjekts massiv beeinflussen und Umstände schaffen, in denen die Schuld ihrem Grad nach relativiert wird.

¹¹⁶ Süß hat die Amnestien in einer gründlichen Zusammenstellung ([Fn. 109], S. 186-259, jeweils mit Fallbeispielen) folgendermaßen kategorisiert: 1. Zwischenstaatliche Friedens-Amnestien, 2. Innerstaatliche „Befriedungsamnestien“, 3. „Ressourcen-Amnestien“, 4. „Privilegierungs-Amnestien“ und 5. „Korrektur-Amnestien“.

¹¹⁷ Süß (Fn. 109), S. 210 ff. Siehe in Abgrenzung dazu die sog. „Umbruchamnestien“, S. 224 ff. Letztere werden anlässlich der Beendigung einer internen Auseinandersetzung erlassen, die insbesondere durch begangenes staatliches Systemunrecht, also regelmäßig durch Missbrauch staatlicher Macht gekennzeichnet ist. Vgl. dazu zunächst Naucke, Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, 1996.

¹¹⁸ Vgl. dazu auch Merten (Fn. 107), S. 16 f. m.w.N.

¹¹⁹ Süß (Fn. 109), S. 210 f. – so auch jetzt in Kolumbien.

¹²⁰ Zu unterscheiden ist diese Form der Amnestie von zwischenstaatlichen Friedens-Amnestien, die das Ende internationaler bewaffneter Konflikte begleiten, vgl. erneut Süß (Fn. 109), S. 190 ff.

¹²¹ Süß (Fn. 109), S. 218 f.

¹²² Vgl. dazu die Quellen in Fn. 4. Explizit genannt werden dort u.a.: „Rebelión, sedición, la asonada, el porte ilegal de armas, las muertes en combate compatibles con el Derecho Internacional Humanitario“. Vgl. auch Artículo 7 de la Ley de amnistía, indulto y tratamientos penales especiales (Art. 7 des Amnestiegesetzes, Anhang Friedensvertrag): „Serán considerados delitos políticos aquellos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta ilícita es el estado y su régimen constitucional vigente, cuando sean ejecutados sin ánimo de lucro personal.“

¹²³ Vgl. dazu grundlegend nochmals Kant (Fn. 19) und Köhler, Recht und Gerechtigkeit, 2017, Kap. 7, insbesondere S. 677-743.

¹²⁴ Vgl. dazu oben III. 2. b).

¹²⁵ Dazu schon oben unter III. 2. a). Vgl. auch Köhler (Fn. 34), S. 365.

¹²⁶ Die folgenden Überlegungen, insbesondere im Hinblick auf das Widerstandsrecht, erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit, sondern sollen nur die Richtung aufzeigen, in die gedacht werden muss, um das Problem der „politischen Delikte“ in den Begründungsgang zu integrieren.

¹²⁷ Siehe auch dazu Köhler (Fn. 34), S. 426 ff.

Durch die „politische“ Komponente erhalten die Delikte jedenfalls eine Sonderstellung insofern, als dass sich mit ihnen der innerstaatliche „Kampf“ manifestiert, der den Grund für den Unsicherheitszustand der Gesellschaft bildet und der durch den anstehenden „Friedensschluss“ behoben werden soll. Die politischen Delikte, die unter die Amnestie fallen sollen, stellen also typischerweise gleichzeitig die „Kampfhandlungen“ der Gruppierung dar, die sich im innerstaatlichen Konflikt gegen die staatliche Einheit wendet.

An dieser Stelle des Gedankengangs sind nun zwei Begründungsstränge der „Friedens-Amnestie“ erkennbar, die sich aber bei näherem Hinsehen nur als alternative, nicht als kumulative Unrechtsbewältigungswege begreifen lassen:

aa) Staatliche Strafgerechtigkeit

Einerseits könnte die „Amnestie“ (hier bewusst in Anführungszeichen gesetzt) als Teil der Strafgerechtigkeit begriffen werden, wenn sie durch ein entsprechendes Strafmaß gerade den Teil des Unrechts und der Schuld gerecht zu erfassen sucht, der in den genannten Situationen ein im Verhältnis zu „gesunden“ Rechtsfriedenssituationen besonderes Maß hat. Dann handelt es sich aber nicht im engeren Sinne um eine Amnestie, sondern um eine gerechte Strafjustiz, die besondere Umstände auf der Ebene des Unrechts und der Schuld berücksichtigt. Voraussetzung für die Ausübung der Strafjustiz ist das Fortbestehen einer rechtlich verfassten Einheit – dem Staat. Es handelt sich dann also um eine im und durch den Staat betriebene strafrechtliche Aufarbeitung von Kriminalunrecht, die krisenhafte Umstände auf der Ebene des Unrechts und der Schuld ernst nimmt.

Die Besonderheit „politischer Delikte“ könnte zunächst darin liegen, dass sie Ausdruck eines im Staat anerkannten, beispielsweise als Rechtfertigungsgrund ausgestalteten Widerstandsrechts sind.¹²⁸ Die politische Dimension hätte dann

unter bestimmten, sehr engen Voraussetzungen unrechtaufhebende¹²⁹ oder auf der subjektiven Ebene („Gewissenstat“) jedenfalls schuld mindernde Wirkung. Eine „Amnestie“ im begrifflich eigentlichen Sinn wäre das nicht, die Wirkung kann im Extremfall aber ebenfalls Straffreiheit sein.

Geht es um die Legitimation einer „echten“ innerstaatlichen Amnestie für „politische Delikte“, also eines allgemeingesetzlichen Verzichts auf Strafe für eine besondere Kategorie an sich strafwürdigen Verhaltens (z.B. Tötungen mit der politischen Motivation eines Staatsumsturzes), so müssen die Überlegungen an dem erinnerten dreistufigen Unrechts- und Strafbegründungsgang ansetzen: Der Begriff des Kriminalunrechts als Widerspruch gegen die Rechtsgeltung auf den drei Ebenen des interpersonalen Rechtsverhältnisses, des allgemeinen, auch staatlich verfassten Rechts und des Selbstverhältnisses des Täters trägt die Notwendigkeit seiner Aufhebung durch Strafe in sich.

Dies gilt im Grundsatz auch für solche Delikte, die sich durch die Verwirklichung interpersonalen Unrechts gegen die staatliche Struktur als Ganze richten. Dass die besondere Motivation auf der Ebene des Selbstverhältnisses des Täters („Schuld“) Berücksichtigung finden kann und dass in Extremfällen ein Unrechtsausschluss („Rechtfertigung“) durch ein vorpositives Widerstandsrecht in Betracht kommt, ist bereits entwickelt worden. Da aber ansonsten das Unrecht im Interpersonalverhältnis zwischen Täter und Opfer (etwa im Fall der Tötung durch totale Negation der Vernunftsubjektivität eines anderen) und die Negation allgemein verfassten Rechts (nämlich der Allgemeingesetzlichkeit des Tötungsverbots) als Strafgrund bestehen bleibt, ist eine allgemeingesetzliche Regelung,¹³⁰ die dieses Unrecht trotz seiner Existenz in seiner manifesten Unvernunft bestehen lässt, in sich widersprüchlich.¹³¹

¹²⁸ Über die Frage von Rechtfertigungs- und Entschuldigungsmöglichkeiten auf Grund eines Widerstandsrechts ist dann im strafrechtlichen Zusammenhang näher zu befinden. Erste Überlegungen zum Rechtfertigungsgrund des Widerstandsrechts gem. Art. 20 Abs. 4 GG bei *Kühl*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 9 Rn. 93 ff. m.w.N. Näher zur Begründung *Köhler* (Fn. 34), S. 427 f., der sich dann für eine Unrechtsaufhebung ausspricht, wenn sich die betreffende Handlung einem „evidenten ‚staatlichen‘ Grundsatzunrecht [...] entgegensetzt“, welches er dann bejaht, wenn das Gesetz „mit dem Rechtsvernunftschluss aller inhaltlich [nicht, Anm. d. Verf.] so übereinstimmt, dass sie seine Regeln als eine der menschenrechtlichen Autonomie noch gemäße Auseinandersetzung äußerer Freiheitsverhältnisse anerkennen können.“ (m.w.N. in Fn. 233). *Köhler* beschreibt diese Situation näher als „gesetzliche“ Normanmaßung, welche grundsätzlich die menschenrechtliche Würde anderer negiert.“ (a.a.O. auch mit konkreten Beispielen; siehe zudem S. 320) Zur Begründung verweist *Köhler* auf ein vorpositives Recht des Bürgers, im Falle der systematisch angelegten Zerstörung der freiheitlichen Rechtsverfassung überhaupt ein Zwangsrecht zur Wahrung und Wiederherstellung der Rechtsverfassung. Zur Problematik der Begründbarkeit eines Wider-

standsrechts überhaupt siehe aber zunächst *Kant* (Fn. 19), *Rechtslehre*, § 49, Allgemeine Anmerkung A, A 173 ff., B 203 ff. und *ders.*, Über den Gemeinspruch, Werkausgabe stw, Bd. 11, 1977, A 249 ff. Dazu *Jacob* (Fn. 44), S. 91 ff., *Spaemann*, in: *Spaemann* (Hrsg.), *Philosophische Essays*, 1983, S. 151 (159-169) und *Wawrzinek* (Fn. 46), S. 241 ff. Siehe aber auch *Köhler* (Fn. 122), S. 298 (mit Fn. 218) und 692, der in seiner Anerkennung eines (vorpositiven) Widerstandsrechts keinen Widerspruch zu *Kants* Kritik „eines [gesetzlichen, Anm. d. Verf.] Widerstandsrechts gegenüber dem Staat seinem Begriffe“ nach sieht.

¹²⁹ Es muss sich um den Widerstand gegen eine fundamentalfreiheitswidrige staatliche Maßnahme handeln, die das Prinzip des Menschenrechts selbst negiert. Vgl. nochmals *Köhler* (Fn. 34), S. 427 f.

¹³⁰ Hier liegt ein bedeutsamer Unterschied zu einzelnen Begnadigungsakten, die ihrem Anspruch gerade keine Allgemeingesetzlichkeit behaupten.

¹³¹ Das trifft beispielsweise die im kolumbianischen Friedensvertrag und Amnestiegesetz genannten „muertes en combate compatibles con el Derecho Internacional Humanitario“, also solche Tötungshandlungen, die als Teil der Kampfhandlungen begangen wurden. Solche Delikte, auch

Da die Besonderheit der politischen Delikte gerade in ihrer Angriffsrichtung auf den Staat als Ganzem liegt,¹³² wäre allenfalls darüber nachzudenken, ob der Staat unter dem Gesichtspunkt der ausschließlich eigenen Betroffenheit jedenfalls dann von Bestrafung absehen könnte, wenn das Delikt allein die Staatsstruktur, nicht aber andere Opfer „trifft“. Es bedarf dann aber gründlicher Untersuchung, worin genau der Unrechtsgehalt des betreffenden Verhaltens liegt und warum es dem allgemeingesetzlichen Grundsatz notwendiger Aufhebung durch Strafe nicht unterfallen soll. Was kennzeichnet begrifflich ein „politisches Delikt“? Sichtet man die Aufzählung „politischer Delikte“ im Fall Kolumbiens (Rebelión = Rebellion, sedición = Aufwiegelung, asonada = Zusammenrottung, el porte ilegal de armas = illegales Tragen von Waffen u.a.)¹³³ so zeigt sich, dass die zugrundeliegenden Verhaltensweisen im Zusammenhang mit einem politischen Macht- und Richtungskampf stehen, der im Zeitpunkt der Beurteilung gerade (friedlich) beigelegt werden soll. Dieser Zusammenhang kann das Unrecht der Taten – deren Kriminalunrechtsgehalt im Einzelnen jedoch zunächst gültig bestimmt werden muss¹³⁴ – nicht aufheben. Es bleibt jedenfalls im Fall von Gewalttätigkeit bei dem Grundsatzunrecht gegen die Staatsstruktur als äußerer Form verfasster Freiheit. Immerhin wird aber anzuerkennen sein, dass die Täter sich mit ihrer Rebellion etc. nicht „grundlos“ ins Unrecht setzen, sondern sich mit der Behauptung notwendiger Reformen und Neuordnung ihrerseits auf Rechtsgründe berufen. Setzt sich die souveräne staatliche Rechtsmacht im Laufe der Konfliktbewältigung mit diesen Gründen auseinander, erkennt ihre Richtigkeit partiell an oder macht sie sich für eine grundlegende Reform sogar zu eigen (Beispiel: la Reforma rural integral = Landreform in Kolumbien),¹³⁵ so lässt sich sagen, dass eine Anerkennung der Rechtsmotivation der „Rebellen“ stattfindet, u.U. sogar eine (partielle) Übernahme der Forderungen und damit verbunden eine Aufnahme der politischen Ziele in den verfassten Allgemeinwillen des Staates. Der Schuldvorwurf reduziert sich damit auf die gewalttätige und damit freiheitswidrige Durchsetzung an sich berechtigter Anliegen der Staatsreform. Das kann eine Strafmilderung oder sogar -freistellung tragen – eine „Amnestie“ i.e.S. stellt das aber nicht dar.

Daran ändert sich auch dadurch nichts, dass sich im historischen Augenblick einer „Friedensgerichtsbarkeit“ funktional eine Amnestie als „Anreiz“ für die Verhandlungsbereit-

wenn sie mit politischer Motivation begangen wurden, sind also legitimerweise nicht amnestiefähig.

¹³² Vgl. zum „politischen Strafrecht“ die Nachweise bei *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2016, Vor § 80 Rn. 3; vgl. zu den Staatsschutzdelikten insgesamt *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, Vor §§ 80 bis 101a.

¹³³ Vgl. dazu Fn. 122.

¹³⁴ Diese Bestimmung kann an dieser Stelle nicht mehr geleistet werden.

¹³⁵ Vgl. den 1. Teil des Neuen Friedensvertrages vom 24.11.2016.

schaft, die Waffenniederlegung, allgemein: die Rückkehr zur Anerkennung des allgemeinen Gesetzes, anbieten mag.

Im Falle Kolumbiens könnten die besonderen Sanktionen der Friedensgerichtsbarkeit als Umsetzung einer solchen besonderen Strafjustiz verstanden werden; – wenn auch die Betitelung als „Sanktionen“ und besonders ihr Maß weitere Überlegungen notwendig machen: Das Strafmaß von 5 bis 8 Jahren, das unabhängig von der Qualität der Delikte, also u.U. auch für schwerstes Unrecht (Tötungen, Vergewaltigungen, Verschleppungen) vorgesehen ist, ist als gerechte Wiederherstellung des Rechts („Wiedervergeltung“ im Sinne *Hegels*),¹³⁶ unzureichend (weil unrechtsinadäquat) selbst dann, wenn die Schuldminderungsmöglichkeit berücksichtigt wird; im Übrigen ist letztere eine Frage des Einzelfalls und kann nicht allgemeingesetzlich festgelegt werden.

Auch die Bedingung für die Anwendung des besonderen Sanktionsregimes, nämlich die Mitwirkung an der Aufklärung der Geschehnisse insbesondere in Form eines Geständnisses, ist Zweifeln im Hinblick auf ihre Legitimität ausgesetzt: Mit ihr ist eine unzulässige Verknüpfung funktionaler Erwägungen mit dem Gerechtigkeitsgedanken verbunden. Ferner mag die Ungleichbehandlung von Kooperationswilligen und solchen Personen, die nicht kooperieren wollen, kurz: die „Lockmittelfunktion“ der milderen Strafe für die Aufklärung der Delikte zweckpragmatisch sinnvoll sein, mit Strafgerechtigkeit hat sie aber nichts zu tun.

Bei der „Amnestie“ für politische Delikte, die im kolumbianischen Friedensvertrag vorgesehen ist, ist zu differenzieren: Handelt es sich um zwar politisch motiviertes, aber manifestes Kriminalunrecht im Interpersonalverhältnis, so ist eine Amnestie nicht gerechtfertigt. Handelt es sich um sonstige politische Delikte, die begriffen werden können als fehlerhafte Form des Meinungskampfes, so muss zunächst ihr Kriminalunrechtsgehalt überhaupt bestimmt werden. Lässt sich das Verhalten als Kriminalunrecht begreifen, so ist eine anerkennungswürdige Motivation Grund einer Schuld- und Strafminderung bis hin zur Straffreistellung wegen Geringfügigkeit. Eine Amnestie im engeren Sinne ist aber auch das nicht.

bb) Interne Friedensamnestie im engeren Sinne

Andererseits ist die Amnestie unter Umständen als rechtsfriedensbildende Maßnahme selbst zu begreifen, wenn mit ihr die vergangenen Kampfhandlungen „abgeschlossen“ werden.¹³⁷ Der Friedensschluss setzt voraus, dass die gegenseitige Gewalt beendet wird und dass das zerstörte Grundvertrauen Stück für Stück wiederhergestellt wird, die Gesellschaft als Rechtsgemeinschaft erneut zueinander findet, sich verfasst und unter ein gemeinsames Recht stellt. Dabei kann „das Vergangene“ unter Umständen (beispielweise in Fällen des Bürgerkrieges, nicht aber bei einseitiger Gewalt durch

¹³⁶ *Hegel* (Fn. 25), § 101.

¹³⁷ Dass mit dem Friedens„schluss“ in diesem Sinne auch die Amnestie verbunden ist, läge dann tatsächlich schon in seinem Begriff, wie *Kant* es für das „Recht nach dem Kriege“ auf der völkerrechtlichen Ebene ohne weitere Begründung behauptet hat. *Kant* (Fn. 19), Rechtslehre, § 58 A 223, B 253.

den Missbrauch von Staatsmacht gegenüber Bürgern) als unendlicher Progress von Gewalt und Gegengewalt begriffen werden, der sich in naturzustandsähnlichen Verhältnissen abgespielt hat und sich beim Übergang in rechtsfriedliche Verhältnisse als endgültig abgeschlossen erweisen muss, um ursprüngliche „Feinde“ wieder in ein Verhältnis gegenseitiger Anerkennung bringen zu können.¹³⁸ Die Amnestie hat dann die Bedeutung, „negative Bedingung“ des Friedens zu sein.

Dieses Verständnis von Amnestie nach einem Bürgerkrieg engeren Sinnes setzt aber voraus, dass sich tatsächlich zwei „Kriegsparteien“ gegenüberstehen (ein innerlich entzweites Volk) – prinzipiell unterschieden von einem Staat, der zwar gegen Rebellion kämpft, aber als Einheit (noch) besteht. Innerhalb einer staatlichen Einheit sind Akte gewalttätigen Widerstands nichts anderes als besonders motivierte Unrechtsakte, die als solche unter die Strafjustiz fallen.¹³⁹ Eine dem Staat gleichgeordnete Position können Aufständische erst dann erlangen, wenn die staatliche Einheit zerbricht und die sich absetzende Gruppierung einen selbständigen Status gegenüber dem ursprünglichen Staat erlangt.¹⁴⁰ Dann kann ein Friedensvertrag (die Begrifflichkeit „Vertrag“ weist auf die Gleichordnung der „Parteien“ hin, die es im Verhältnis von Staat und terroristischer Gruppierung nicht geben kann) den Abschluss der Kampfhandlungen, eine Konsolidierung des gegenseitigen Rechtsverhältnisses und schließlich eine Neukonstitution staatlicher Einheit begründen.

In einer solchen Konstellation kann das gegenseitige „Vergeben und Vergessen“ nicht nur der Grundstein für das im Staat notwendige Basisvertrauen in die Vernünftigkeit der Co-Subjekte sein; es ist dann sogar das einzige Mittel der „Unrechtsbewältigung“, denn eine legitime strafende Instanz wird erst mit der Neuverfassung des nun geeinten Volkes geschaffen.

„Politische Delikte“ engeren Sinnes kann es nur im Staat geben; zwar haben die Kampfhandlungen im „Bürgerkrieg“ unter Umständen eine ähnliche Phänomenologie (Tötungen im Gefecht, umstürzlerische Gewaltakte aller Art, „Zusammenrottung“), sie sind aber ihrer Qualität nach gewalttätige Auseinandersetzungsakte ähnlich den Kriegshandlungen im internationalen Kontext.

2. Folgerungen für Kolumbien

Im kolumbianischen „Friedensvertrag“ sind Amnestien für politische Delikte vorgesehen; diese sollen von vornherein

nicht unter die besondere Friedensgerichtsbarkeit fallen, sondern per se straflos gestellt werden. Diese Amnestieregelungen treten also neben die besonderen (strafjustiziellen) Regelungen über Sanktionen für Straftaten, die im Kontext mit dem innerstaatlichen bewaffneten Konflikt der letzten Jahrzehnte begangen wurden.

Diese Lösung ist konzeptionell widersprüchlich. Die beiden Formen der Unrechtsbewältigung (Strafgerechtigkeit und „echte“ Friedensamnestie) sind nur alternativ, nicht kumulativ stringent zu begreifen; in ein und demselben System der Unrechtsbewältigung können sie nicht konsequent zusammenstimmen. Die strafrechtliche Bewältigung im Staat und die durch den „Friedensvertrag“ intendierte Behebung des naturzuständlichen Konfliktzustands zweier – gleichberechtigter – „Parteien“ schließen sich begrifflich aus: Entweder befindet sich die Gesellschaft in einem unverfassten Kriegszustand zweier „Parteien“ oder in der Einheit eines verfassten Staatszustands.

¹³⁸ Ähnliche Überlegungen auch bei Köhler (Fn. 110), S. 73.

¹³⁹ Dazu soeben unter IV. 1. b) aa).

¹⁴⁰ Das Völkerrecht kennt dieses Phänomen unter dem Aspekt der „Anerkennung als kriegsführende Partei“; diese Anerkennung war ursprünglich Voraussetzung dafür, dass kriegsrechtliche Regeln auf den Konflikt anwendbar sind. Ein im Völkerrecht weitgehend anerkanntes Beispiel für einen solchen Fall ist der Amerikanische Bürgerkrieg (1861-1865). Vgl. insgesamt Bothe, in: Graf Vitzthum/Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 6. Aufl. 2013, 8. Abschnitt Rn. 121. Siehe ferner Wienrich, Das Selbstbestimmungsrecht im Bürgerkrieg, 1995, S. 28 m.w.N.

Zurechnung im Völkerstrafrecht

Von Prof. Dr. Stefanie Bock, Marburg*

Völkerrechtliche Verbrechen sind durch die Einbindung der Einzeltat in einen übergeordneten Begehungszusammenhang gekennzeichnet. Die nationalen und internationalen Gerichte stehen im Völkerstrafrecht daher vor der Herausforderung, individuelle Verantwortungsbeiträge in kollektiven Prozessen zu identifizieren und zu bewerten. Die zu ihrer Bewältigung entwickelten Lösungsansätze – von der Pönalisierung der bloßen Gruppenzugehörigkeit über die Joint Criminal Enterprise-Doktrin und die Organisationsherrschaftslehre bis hin zu einem extensivierten Beihilfeverständnis – sind vielgestaltig. Ihnen ist jedoch im Kern gemein, dass sie die traditionelle Zurechnungslehre um ein systemisches Moment ergänzen und die Beziehung zwischen Handlung und Erfolg über ein Kollektiv vermitteln. Eine solchermaßen erweiterte Zurechnung dürfte – trotz der damit verbundenen Lösung von einem strikt verstandenen Individualparadigma – notwendig und geboten sein, um dem Kollektivbezug der individuellen Handlung gerecht zu werden. Dieser macht es zudem erforderlich, bei der Bewertung der einzelnen Tatbeiträge auch normativwertende Kriterien zu berücksichtigen. Relevant sind insbesondere die hierarchische Stellung des Systembeteiligten im Zurechnungsverband und die hiermit verbundenen Einflussmöglichkeiten. Grundvoraussetzung eines systemischen Zurechnungsmodells ist zudem eine strikte Trennung zwischen völkerstrafrechtlichen und rein nationalen Straftaten. Dies verlangt nach einer restriktiven Auslegung des Kontexterfordernisses.

I. Einleitung: Individuelle Verantwortlichkeit bei kollektiven Deliktzusammenhängen

Eine der zentralen Errungenschaften des von den Alliierten nach Ende des Zweiten Weltkriegs eingesetzten Internationalen Militärgerichtshofs (IMG)¹ ist die vorbehaltlose Anerkennung der völkerstrafrechtlichen Verantwortlichkeit natürlicher Personen. „Verbrechen gegen das Völkerrecht werden von Personen begangen, nicht von abstrakten Einheiten, und nur durch Bestrafung von Einzelpersonen kann internationales Recht durchgesetzt werden“² lautet eine berühmte Passage des Nürnberger Urteils, die von der 1947 gegründeten Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen³ aufgenommen und 1950 in abgewandelter Form zum ersten Nürnberger

Prinzip erklärt wurde: „Jede Person, welche ein völkerrechtliches Verbrechen begeht, ist hierfür strafrechtlich verantwortlich.“⁴ Dass damit der Fokus auf den einzelnen Täter und seinen Tatbeitrag gelegt wird, ist insoweit bemerkenswert, als das Völkerrecht – das Rechtsgebiet, aus dem die verletzte Primärnorm stammt⁵ – sich traditionell nur an Staaten wendet.⁶ Die Begründung individueller Verantwortlichkeit bei Völkerrechtsverletzungen setzt damit voraus, dass diese klassische, staatszentristische Sichtweise überwunden und der einzelne Mensch als Völkerrechtssubjekt (und damit als potentieller Normadressat) wahrgenommen wird.⁷ Mittlerweile finden sich entsprechende Vorschriften in allen Statuten internationaler und internationalisierter Tribunale.⁸ Aber obwohl der Grundsatz der individuellen Verantwortlichkeit als solcher nunmehr zum unbestrittenen völkerstrafrechtlichen Grundkanon gehört, stellt seine Konkretisierung Wissenschaft und Praxis nach wie vor erhebliche Herausforderungen.

Dies hängt mit der besonderen Struktur völkerrechtlicher Verbrechen zusammen.⁹ Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen¹⁰ sind (in der Regel)¹¹

⁴ United Nations (Hrsg.), Yearbook of the International Law Commission (YBILC), Bd. 2, 1950, S. 374 ff.

⁵ Zum Völkerstrafrecht als Kombination aus strafrechtlichen und völkerrechtlichen Grundsätzen *Ambos*, Internationales Strafrecht, 4. Aufl. 2014, § 5 Rn. 1; allgemein zum Strafrecht als sekundäre Normordnung *Freund*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2009, § 1 Rn. 12 ff.

⁶ Siehe z.B. *Herdegen*, Völkerrecht, 15. Aufl. 2016, § 7 Rn. 3; *Epping*, in: Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, § 5 Vor Rn. 1.

⁷ *Werle/Jeffberger*, Völkerstrafrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 2; auch *Ambos*, Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part, 2013, S. 83; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 7. Aufl. 2016, § 12 Rn. 10 f.

⁸ Vgl. Art. 25 Rome Statute of the International Criminal Court, A/CONF.183/9 v. 17.7.1998, ergänzt auf der Review Conference of the Rome Statute of the International Criminal Court, Kampala, 3.5.-11.6.2010, C.N.651.2010.TREATIES-8 (IStGH-Statut); Art. 7 Abs. 1 Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, S/RES/827 v. 25.5.1993 (ICTY-Statut); Art. 6 Abs. 1 Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, S/RES/955 v. 8.11.1994 (ICTR-Statut); Art. 6 Abs. 1 Statute of the Special Court for Sierra Leone, SCSL-Agreement v. 16.1.2002 (SCSL-Statut); Art. 29 Abs. 1 Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea, ECCC-Agreement v. 6.6.2003 (ECCC-Statut).

⁹ Siehe *Ambos* (Fn. 7), S. 84.

¹⁰ Zu den völkerrechtlichen Kernverbrechen zählt zudem das Verbrechen der Aggression, Art. 8bis IStGH-Statut. Dies ist allerdings als „leader-ship crime“ ausgestaltet, das nur durch

* Die Verf. ist Professorin für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Philipps-Universität Marburg und Geschäftsführende Direktorin des Forschungs- und Dokumentationszentrums für Kriegsverbrecherprozesse.

¹ Statut für den Internationalen Militärgerichtshof v. 8.8.1945 (IMT-Statut), abgedruckt in: Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg (Hrsg.), Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof Nürnberg, 14.11.1945-1.10.1946, Bd. 1, 1947, S. 10 ff.

² IMG, Urt. v. 30.9.1946 u. 1.10.1946 (Prosecutor v. Goering u.a.), in: Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg (Fn. 1), S. 249.

³ GA Res. 174 (III) v. 21.11.1947.

Resultat bzw. Bestandteil kollektiver Prozesse.¹² Anders als bei den meisten alltäglichen, rein nationalen Straftaten stehen sich nicht ein Täter und ein Opfer gegenüber. Die einzelne Verletzungshandlung ist kein isoliertes Ereignis, sondern Teil eines übergeordneten Unrechtskontextes, der zumeist Ausdruck eines gesamtgesellschaftlichen Konflikts ist.¹³ Exemplarisch sei auf den ruandischen Völkermord aus dem Jahr 1994 verwiesen, im Zuge dessen zwischen 500.000 und 1.000.000 Menschen getötet wurden.¹⁴ Dabei haben die Taten zumeist eine politische Dimension und sind phänotypisch durch die direkte oder indirekte Involvierung einer staatlichen oder staatsähnlichen Organisation gekennzeichnet, die den Konflikt initiiert, verstärkt oder zumindest duldet.¹⁵ Völkerrechtliche Verbrechen werden daher der Makrokriminalität zugeordnet. Es handelt sich im Sinne *Jägers* um systemkonforme Verhaltensweisen innerhalb eines kollektiven Aktionszusammenhangs, der wiederum eine nicht wegzudenkende Rahmenbedingung der individuellen Handlung darstellt.¹⁶

eine Person begangen werden kann, „die tatsächlich in der Lage ist, das politische oder militärische Handeln eines Staates zu kontrollieren oder zu lenken“. Gleiches gilt für Teilnehmer (Art. 25 Abs. 3bis IStGH-Statut). Da der Kreis potentiell Verantwortlicher daher von vornherein stark begrenzt ist, ist das Problem der Individualisierung von Verantwortungsbeiträgen hier – zumindest auf Ebene der Rechtsanwendung – nicht so virulent, wie bei Delikten, die von jedermann begangen werden können. Die folgenden Ausführungen beschränken sich daher auf Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen.

¹¹ Ein gewisser Vorbehalt muss für den Tatbestand des Völkermordes gemacht werden, der theoretisch auch von einem Einzeltäter verwirklicht werden kann, *Ambos*, Treatise on International Criminal Law, Volume II: The Crimes and Sentencing, 2014, S. 17; *Werle/Jeffberger* (Fn. 7), Rn. 860; *Kreß*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 2. Aufl. 2013, § 6 VStGB Rn. 13; auch ICTR, Ur. v. 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (Prosecutor v. Kayishema/Ruzindana), Rn. 94. Rechtsstatsächlich wird die einzelne Völkermordhandlung aber zumeist in einen kollektiven Kontext eingebunden sein, hierzu *Bock*, Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof, 2010, S. 124 ff. m.w.N. Zum Ansatz des IStGH unten Fn. 21.

¹² Vgl. *Seelmann*, Kollektive Verantwortung im Strafrecht, 2002, S. 8.

¹³ *Jäger*, Makrokriminalität, Studien zur Kriminologie von Gewalt, 1989, S. 12; *Bock* (Fn. 11), S. 166; auch *Möller*, Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof, Kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte, 2003, S. 240.

¹⁴ Siehe zu den kursierenden Zahlen *Hankel*, Ruanda – Leben und Neuaufbau nach dem Völkermord, 2016, S. 16.

¹⁵ Siehe nur *Jäger*, in: Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse, Bd. 3, 1998, S. 121; *Möller* (Fn. 13), S. 243; *Kelmann*, in: Nollkaemper/van der Wilt (Hrsg.), System Criminality in International Law, 2009, S. 29; *Ambos* (Fn. 7), S. 84.

¹⁶ *Jäger* (Fn. 13), S. 12; *ders.* (Fn. 15), S. 134.

Ein dem Schuldprinzip verpflichtetes Völkerstrafrecht¹⁷ muss daher einen Weg finden, individuelle Verantwortlichkeitsanteile in kollektiven Begehungsprozessen zu identifizieren und zu bewerten.¹⁸ Es geht um die grundlegende und für den völkerstrafrechtlichen Diskurs zentrale Frage, unter welchen Voraussetzungen ein in einem systemischen Unrechtszusammenhang herbeigeführter strafrechtlich relevanter Erfolg einer bestimmten Person zugeordnet werden kann. Der folgende Beitrag kann hierauf keine abschließende Antwort geben. Es soll aber versucht werden, verschiedene Ebenen der Zurechnungsproblematik aufzuzeigen, und Möglichkeiten zu eruieren, wie diesen – ggf. durch Entwicklung spezifisch völkerstrafrechtlicher Zurechnungsmodelle – Rechnung getragen werden kann.

II. Ebene 1: Das Kontexterfordernis

Das kollektive Element völkerrechtlicher Verbrechen, aus dem sich ihr spezifischer Unrechtsgehalt ergibt, liegt in der Verbindung zwischen Einzeltat und Gesamtakt.¹⁹ Es hat seinen rechtlichen Niederschlag im Kontexterfordernis gefunden, das der Abgrenzung völkerrechtlicher Verbrechen von rein nach nationalem Recht zu beurteilenden Normverletzungen dient.²⁰ So verfolgt der Internationale Strafge-

¹⁷ Anerkannt schon in IMG, Ur. v. 30.9.1946 u. 1.10.1946 (Prosecutor v. Goering u.a.), in: Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg (Fn. 1), S. 287 („Einer der wichtigsten Rechtsgrundsätze besteht darin, daß eine strafrechtliche Schuld eine persönliche ist, und daß Massenbestrafungen vermieden werden sollen.“); ICTY, Ur. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), Rn. 186 („The basic assumption must be that in international law as much as in national systems, the foundation of criminal responsibility is the principle of personal culpability: nobody may be held criminally responsible for acts or transactions in which he has not personally engaged or in some other way participated [...]“); vgl. auch *Bock*, Utrecht Law Review 9 (2013), 184 (185 f.).

¹⁸ Vgl. auch *Seelmann* (Fn. 12), S. 8; ähnlich *Fletcher/Ohlin*, JICJ 3 (2005), 539 (543); *Gustafson*, JICJ 5 (2007), 134 (136); *Ohlin*, JICJ 5 (2007), 69 (70, 73).

¹⁹ *Bock* (Fn. 10), S. 80 ff. (119) m.w.N. In diesem Sinne begründete die Bundesregierung den Erlass des Völkerstrafgesetzbuchs (VStGB), BGBl. I 2002, S. 2254, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des VStGB, BGBl. I 2016, S. 3150, u.a. damit, dem spezifischen Unrechtsgehalt internationaler Verbrechen, der in ihrer kollektiven Natur und damit in dem funktionalen Zusammenhang zwischen Einzeltat und Gesamtakt liegt, Rechnung tragen zu wollen. Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches (Bundesratsvorlage v. 18.1.2002), in: Lüder/Vormbaum (Hrsg.), Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch, Dokumentation des Gesetzgebungsverfahrens, 2003, S. 23; siehe auch ICTY, Ur. v. 12.6.2002 – IT-96-23, IT-96-23/1-A (Prosecutor v. Kunarac/Kovac/Vukovic), Rn. 58.

²⁰ Vgl. nur *Cassese*, JICJ 10 (2012), 1395; *van der Wilt*, JICJ 10 (2012), 1113 (1116); *Werle/Jeffberger* (Fn. 7), Rn. 110 ff.; *Cottier*, in: Ambos/Triffterer (Hrsg.), The Rome Statute of the International Criminal Court, 3. Aufl. 2016, Art. 8 Rn. 37,

richtshof Handlungen, die den Tatbestand des Völkermordes erfüllen nur dann, wenn sie „im Zusammenhang mit einem offensichtlichen Muster ähnlicher Verhaltensweisen stehen“.²¹ Verbrechen gegen die Menschlichkeit sind dadurch gekennzeichnet, dass die Einzelakte – beispielsweise die vorsätzliche Tötung eines anderen Menschen oder eine Vergewaltigung – im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung begangen werden.²² Ebenso muss bei Kriegsverbrechen ein Zusammenhang zwischen der einzelnen Verletzungshandlung (dem Einzelakt) und dem bewaffneten Konflikt als Ganzes bestehen.²³

Die internationalen Tribunale legen das Kontexterfordernis teilweise sehr großzügig aus.²⁴ So soll es bei Kriegsverbrechen nach Ansicht der Katanga-Hauptverfahrenskammer, die damit die ständige Rechtsprechung der ad-hoc-Tribunale fortführt, zwar grundsätzlich erforderlich sein, dass die tatbestandliche Handlung in enger Beziehung zu den Feindseligkeiten steht. Der bewaffnete Konflikt müsse aber nicht „die Wurzel“ („the root“) der Tat sein und diese müsse auch nicht inmitten der Kampfhandlungen stattgefunden haben. Ausreichend sei, dass der bewaffnete Konflikt für die Entscheidung des Täters zur Tat, seine Fähigkeit, die Tat zu begehen, oder die Art und Weise der Tatausführung von wesentlicher Be-

deutung war.²⁵ Bei der Bestimmung des Zurechnungszusammenhangs will die Rechtsmittelkammer des ICTY u.a. folgende Umstände berücksichtigen: „die Tatsache, dass der Täter ein Kombattant ist; dass das Opfer kein Kombattant ist; dass das Opfer ein Mitglied der gegnerischen Partei ist; dass die Handlung dem Endziel einer militärischen Kampagne dienen soll oder dass das Verbrechen als Teil von oder im Zusammenhang mit den dienstlichen Aufgaben des Täters begangen wird.“²⁶

Diese weite Auslegung droht die Abgrenzungsfunktion des Kontexterfordernisses zu verwässern.²⁷ Schon die mit einem (Bürger-)Krieg typischerweise einhergehende Omnipräsenz von Gewalt, die erhöhte Verfügbarkeit von Waffen und die Schwächung staatlicher Kontrollsysteme²⁸ schaffen in besonderem Maße Tatgelegenheiten²⁹ und erleichtern Übergriffe in die Rechtssphären Dritter. Daher wird man regelmäßig zu dem Schluss kommen können, dass der bewaffnete Konflikt und die hierdurch geschaffenen besonderen Umstände die Tatbegehung entscheidend beeinflusst haben.³⁰

sowie ICTY, Urt. v. 12.6.2002 – IT-96-23, IT-96-23/1-A (Prosecutor v. Kunarac/Kovac/Vukovic), Rn. 58.

²¹ Art. 6 (a) Nr. 4, 6 (b) Nr. 4, 6 (c) Nr. 5, 6 (c) Nr. 5, 6 (e) Nr. 7 Elements of Crimes, Official Records of the Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, First session, New York, 3-10.9.2002, ICC-ASP/1/3, ergänzt auf der Review Conference of the Rome Statute of the International Criminal Court, Kampala, 3.5.-11.6.2010, durch Resolution RC/Res.6, Annex II. Zur Vereinbarkeit dieser Beschränkung, die eine Tatbegehung durch einen Einzeltäter faktisch ausschließen dürfte (siehe hierzu auch Fn. 11), mit dem IStGH-Statut ICC, Entsch. v. 4.3.2009 – ICC-02/05-01/09-2 (Prosecutor v. Al Bashir), Rn. 125 ff.; *Ambos* (Fn. 11), S. 18 m.w.N.

²² Siehe z.B. Art. 7 Abs. 1 IStGH-Statut; § 7 Abs. 1 VStGB.

²³ Ständige Rechtsprechung der Internationalen Tribunale, vgl. nur ICC, Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 1357; ICC, Urt. v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436 (Prosecutor v. Katanga), Rn. 1176; ICTY, Urt. v. 12.6.2002 – IT-96-23, IT-96-23/1-A (Prosecutor v. Kunarac/Kovac/Vukovic), Rn. 58; ICTY, Urt. v. 8.4.2015 – IT-05-88/2-A (Prosecutor v. Tolimir), Rn. 616; ICTY, Urt. v. 7.5.1997 – IT-94-1-T (Prosecutor v. Tadic), Rn. 573; ICTY, Urt. v. 29.5.2013 – IT-04-74-T (Prosecutor v. Prlić u.a.), Rn. 109; ICTY, Urt. v. 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić), Rn. 442; ICTR, Urt. v. 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (Prosecutor v. Kayishema/Ruzindana), Rn. 185 ff.; ICTR, Urt. v. 25.2.2004 – ICTR-99-46-T (Prosecutor v. Ntagerura u.a.), Rn. 766; SLSGH, Urt. v. 18.5.2012 – SCSL-03-01-T (Prosecutor v. Taylor), Rn. 566; ECCC, Urt. v. 26.7.2010 – 001-18-07-2007/ECCC/TC (Prosecutor v. Kaing Guek Eav alias Duch), Rn. 416.

²⁴ Vgl. auch *van der Wilt*, JICJ 10 (2012), 1113 (1125); *Ambos* (Fn. 11), S. 141.

²⁵ ICC, Urt. v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436 (Prosecutor v. Katanga), Rn. 1176. Wörtlich heißt es in dem Urteil: „In this connection the Chamber is of the view that the perpetrator’s conduct must have been closely linked to the hostilities taking place in any part of the territories controlled by the parties to the conflict. The armed conflict alone need not be considered to be the root of the conduct of the perpetrator and the conduct need not have taken place in the midst of the battle. Nonetheless, the armed conflict must play a major part in the perpetrator’s decision, in his or her ability to commit the crime or the manner in which the crime was ultimately committed.“; bestätigt in ICC, Urt. v. 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08-3343 (Prosecutor v. Bemba Gombo), Rn. 142; vgl. auch ICC, Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 287; ICTY, Urt. v. 12.6.2002 – IT-96-23, IT-96-23/1-A (Prosecutor v. Kunarac/Kovac/Vukovic), Rn. 58; ICTY, Urt. v. 7.5.1997 – IT-94-1-T (Prosecutor v. Tadic), Rn. 573; ICTY, Urt. v. 1.9.2004 – IT-99-36-T (Prosecutor v. Brdanin), Rn. 123; ICTY, Urt. v. 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić), Rn. 442; ICTR, Urt. v. 15.5.2003 – ICTR-97-20-T (Prosecutor v. Semanza), Rn. 517.

²⁶ ICTY, Urt. v. 12.6.2002 – IT-96-23, IT-96-23/1-A (Prosecutor v. Kunarac/Kovac/Vukovic), Rn. 59. Übersetzung nach *Ambos*, in: Joecks/Miebach (Fn. 11), Vor 8 ff. VStGB Rn. 35; siehe auch ICC, Urt. v. 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08-3343 (Prosecutor v. Bemba Gombo), Rn. 143.

²⁷ Ebenso *van der Wilt*, JICJ 10 (2012), 1113 (1125).

²⁸ Vgl. *Bock* (Fn. 11), S. 167, 289.

²⁹ In diesem Sinne ICTR, Urt. v. 15.5.2003 – ICTR-97-20-T (Prosecutor v. Semanza), Rn. 518, wo die Trial Chamber darauf abstellt, dass „the ongoing armed conflict [...] both created the situation and provided a pretext for the extensive killings“ (*Hervorhebung durch Verf.*); vgl. auch *Zimmermann/Geiß*, in: Joecks/Miebach (Fn. 11), § 8 VStGB Rn. 121; *Cottier* (Fn. 20), Art. 8 Rn. 43.

³⁰ Siehe auch *van der Wilt*, JICJ 10 (2012), 1113 (1125). *Cassese*, JICJ 10 (2012), 1395 (1397) hält es im Ergebnis

Soll zudem bereits der humanitär-völkerrechtliche Status des Täters für sich genommen den Zurechnungszusammenhang begründen können, droht der Unterschied zwischen völkerrechtlichen und nationalen Straftaten gänzlich zu verwischen.³¹ Ein Soldat, der in Kriegszeiten den Liebhaber seiner Frau tötet, der zufällig Zivilist ist, würde dann nicht nur einen Totschlag bzw. Mord, sondern auch ein Kriegsverbrechen begehen – und das, obwohl die Tat in keiner inneren Beziehung zum kollektiven Aktionszusammenhang steht.³²

Eine restriktivere Auslegung des Kontexterfordernisses ist daher bereits deswegen angezeigt, um das spezifische Unrecht völkerrechtlicher Verbrechen, das gerade in ihrer kollektiven Dimension liegt, rechtlich abzubilden.³³ Sie ist zudem notwendige Grundlage einer völkerstrafrechtlichen Zurechnungslehre.³⁴ Bevor man beginnt, individuelle Verantwortlichkeit in kollektiven Begehungszusammenhängen zu bestimmen, muss zunächst die konkrete Verletzungshandlung dem Gesamtunrechtsgeschehen zugeordnet werden (können). Dies ist ein notwendiger erster Schritt zur Begrenzung von Strafbarkeiten. So macht es für die Verantwortlichkeit des militärischen Vorgesetzten durchaus einen Unterschied, ob einer seiner Untergebenen einen Kriegsgefangenen foltert, um taktisch relevante Informationen zu erhalten, oder ob dieser – wie im oben gebildeten Beispiel – den Liebhaber seiner Frau erschießt. Im ersten Fall ist die Tat Teil eines vom Vorgesetzten mitgestalteten, übergeordneten Handlungskomplexes, im zweiten Teil liegt ein rein interpersoneller Konflikt zwischen Täter und Opfer vor.³⁵

Die Frage, ob und inwieweit die Mitwirkung am kollektiven Aktionszusammenhang strafrechtliche Verantwortung begründet, stellt sich nur für solche Taten, die in den kollektiven Aktionszusammenhang eingebettet sind. Auch mit Blick auf die Zurechnungslehre muss das Kontexterfordernis daher in seiner Abgrenzungsfunktion ernst genommen

ebenfalls nicht für ausreichend, wenn lediglich die kriegsspezifische Tatgelegenheitsstruktur ausgenutzt wird.

³¹ Kritisch insoweit auch *Zimmermann/Geiß* (Fn. 29), § 8 VStGB Rn. 120.

³² Weitere Beispiele bei *Ambos* (Fn. 11), S. 142. Der Fall mag anders liegen, wenn der Liebhaber der Frau in Kriegsgefangenschaft geraten ist, da sich hier die Gefährdungssituation des Opfers durch ein Spezifikum der Kriegssituation (Kriegsgefangenschaft) signifikant erhöht hat, *Safferling*, Internationales Strafrecht, 2011, § 6 Rn. 143; *Werle/Jeßberger* (Fn. 7), Rn. 1169.

³³ Im Ergebnis ebenso mit Blick auf die hierdurch erreichbare Rechtssicherheit *van der Wilt*, JICJ 10 (2012), 1113 (1124 ff.).

³⁴ Vgl. auch das von *Marxen* entwickelte Zurechnungsmodell, *Marxen*, in: Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse, Bd. 3, 1998, S. 220 (231); sowie *Vest*, Völkerrechtsverbrecher verfolgen, Ein abgestuftes Mehrebenenmodell systemischer Tatherrschaft, 2011, S. 414 ff.

³⁵ Vgl. *Bothe*, in: Cassese/Gaeta/Jones (Hrsg.), The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary, Bd. 1, 2002, S. 379 (388).

werden. Völkerstrafrechtliche Verbrechen sind strikt von Taten zu unterscheiden, die lediglich anlässlich oder bei Gelegenheit eines Gesamtunrechtsgeschehens begangen werden. Erforderlich ist eine enge funktionale Verbindung zwischen Einzelakt und Gesamttat. Bei Kriegsverbrechen ist insoweit zu verlangen, dass die fragliche Handlung einen Bezug zur militärischen Kampagne aufweist,³⁶ dass der Täter Mitglied einer der militärisch-organisierten Konfliktparteien ist oder ihr zumindest nahesteht,³⁷ und ihm die für einen bewaffneten Konflikt typischen Kampfmittel und -methoden zur Verfügung stehen.³⁸

III. Ebene 2: Ansätze zur Begründung individueller Verantwortlichkeit in kollektiven Begehungszusammenhängen

Mit der Zuordnung der Einzelakte zum kollektiven Aktionszusammenhang entsteht ein Gesamtunrechtsverband, innerhalb dessen in einem zweiten Schritt individuelle Verantwortungsbeiträge identifiziert werden müssen. Dabei ist die

³⁶ Vgl. *Cassese*, JICJ 10 (2012), 1395 (1397); in diesem Sinne auch *IMG*, Urt. v. 30.9.1946 u. 1.10.1946 (*Prosecutor v. Goering u.a.*), in: Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg (Fn. 1), S. 265, („[...] waren diese Verbrechen Teil eines Planes, der darauf abzielte, die ganze einheimische Bevölkerung durch Austreibung und Vernichtung zu beseitigen.“); *US Military Tribunal*, Urt. v. 19.7.1947, Case No. 1 (*United States of America v. Karl Brandt u.a.*), in: Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg (Hrsg.), *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, October 1946-April 1949, Bd. 2, 1997, S. 181 („These experiments were not [...] isolated and casual acts [...], but were the product of coordinated policy-making and planning at high governmental, military and Nazi Party levels, conducted as an integral part of the total war effort“); insoweit a.A. wohl *van der Wilt*, JICJ 10 (2012), 1113 (1128).

³⁷ In diesem Sinne auch *ICTR*, Urt. v. 2.9.1998 – *ICTR-96-4-T* (*Prosecutor v. Akayesu*), Rn. 630 („The category of persons to be held accountable [for war crimes] then, would in most cases be limited to commanders, combatants and other members of the armed forces.“); ähnlich *ICTY*, Urt. v. 29.11.2002 – *IT-98-32-T* (*Prosecutor v. Vasiljevic*), Rn. 57; einschränkend *ICTR*, Urt. v. 1.6.2001 – *ICTR-96-4-A* (*Prosecutor v. Akayesu*), Rn. 444 („This nexus between violations and the armed conflict implies that, in most cases, the perpetrator of the crime will probably have a special relationship with one party to the conflict. However, such a special relationship is not a condition precedent [...]“); zurückhaltender *Cassese*, JICJ 10 (2012), 1395 (1404), der lediglich davon ausgeht, dass das Kontexterfordernis einfacher nachzuweisen ist, wenn der Täter einer der Konfliktparteien nahesteht. Noch restriktiver *Zimmermann*, GA 2010, 507 (520), der die Kriegsverbrechertatbestände als Sonderstrafrecht der im bewaffneten Konflikt Schädigungsberechtigten ansieht, so dass diese grundsätzlich nicht von Zivilisten verwirklicht werden können.

³⁸ So überzeugend *van der Wilt*, JICJ 10 (2012), 1113 (1127); zustimmend *Ambos* (Fn. 11), S. 143.

Straftatandhung bei völkerrechtlichen Verbrechen angesichts der großen Anzahl an Tatbeteiligten und den begrenzten Ressourcen der Justiz notwendig selektiv.³⁹ Zumindest die Anklagebehörden Internationaler Tribunale konzentrieren sich daher vorrangig auf die Verfolgung der Hauptverantwortlichen, der „persons most responsible“.⁴⁰ Hierzu zählen insbesondere die ranghöchsten militärischen und politischen Führer,⁴¹ die als Entscheidungsträger, Planer und Initiatoren das Gesamtgeschehen maßgeblich beeinflussen, bei der eigentlichen Tatbegehung aber häufig im Hintergrund bleiben. Es gilt daher, bei der Individualisierung von Verantwortungsbeiträgen auch hierarchischen Strukturen und den hieraus resultierenden Befehls- bzw. Verantwortungsketten Rechnung zu tragen.⁴² Im Folgenden soll der Blick auf ausgewählte Zurechnungsmodelle gelenkt werden, die im besonderen Maße auf die Erfassung kollektiver Wirkzusammenhänge ausgerichtet sind.

1. Pönalisierung der Gruppenzugehörigkeit

Ein denkbar weiter Ansatz zur Begründung von Verantwortlichkeit ist es, bereits die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe für sich genommen und ungeachtet etwaiger individueller Tatbeiträge unter Strafe zu stellen. Ein entsprechender Ansatz findet sich bereits in Art. 9 IMG-Statut, der den Gerichtshof ermächtigte, Gruppen oder Organisationen, denen die Verurteilten angehörten, als verbrecherisch einzustufen. Hierdurch wurde keine strafrechtliche Verantwortlichkeit der

Organisation selbst begründet; vielmehr sollten Nachfolgeprozesse gegen natürliche Person vereinfacht werden.⁴³ Dementsprechend gewährte Art. 10 IMG-Statut allen Signataren des Londoner Abkommens das Recht, Personen wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer verbrecherischen Organisation den Prozess zu machen. Dabei galt der verbrecherische Charakter als durch das Urteil des Militärgerichtshofs als bewiesen und durfte nicht mehr in Frage gestellt werden. Eine entsprechende Regelung findet sich beispielsweise in Art. II Abs. 1 lit. d des Kontrollratsgesetzes Nr. 10.⁴⁴

Das hiermit etablierte Organisationsdelikt⁴⁵ führt im Ergebnis zu einer erweiterten Individualhaftung.⁴⁶ Das zurechnungsbegründende Moment liegt in der Einbindung in eine Organisation. Eine darüber hinaus gehende Verbindung zwischen dem Mitglied und der im Rahmen des Organisationszwecks begangenen oder geplanten Straftaten ist nicht erforderlich. *Jung* spricht daher von einer partizipatorischen Zurechnung.⁴⁷ Dass diese zu Spannungen mit einem auf individuelle Verantwortungsbeiträge ausgerichteten Schuldprinzip führen muss,⁴⁸ hat auch der IMG anerkannt und in seinem Urteil hervorgehoben, dass es zu den wichtigsten anerkannten Rechtsprinzipien gehöre, dass strafrechtliche Schuld eine persönliche ist und dass Massenbestrafungen zu vermeiden sind. Daher habe er „die Erklärung einer Organisation als verbrecherisch soweit wie möglich in einer Weise [zu] treffen, die Gewähr dafür leistet, dass unschuldige Personen nicht bestraft werden.“⁴⁹ Zugleich schränkte er die Strafbar-

³⁹ Hierzu *Ambos*, Treatise on International Criminal Law, Vol. III: International Criminal Procedure, 2016, S. 376 ff. m.w.N.; kritisch vor dem Hintergrund der Kantischen Straftheorie *Hall*, in: Bergsmo (Hrsg.), Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes, 2010, S. 171 ff.

⁴⁰ Vgl. Situation in the Republic of Kenya, ICC, Entsch. v. 31.3.2010 – ICC-01/09-19 (Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya), Rn. 188; Art. 1 Abs. 1 SCSL-Statut („prosecute persons, who bear the greatest responsibility“); International Criminal Court, The Office of the Prosecutor, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation v. 15.9.2016, Rn. 42 ff., wobei aber zugleich im Sinne eines „bottom-building-up-approaches“ aufgezeigt wird, dass die Verfolgung der Hauptverantwortlichen ggf. voraussetzt, dass zunächst die hierfür notwendige Beweisgrundlage durch Verfahren gegen niederrangige Täter geschaffen wird; Art. 1 ECCC-Statut („bring to trial senior leaders [...] and those who were most responsible for the crimes“); ebenso bereits Art. 1 IMT-Statut („trial and punishment of the major war criminals“); siehe auch die Überblicksdarstellung bei *de Vlamming*, in: Reydam/Wouters/Ryngaert (Hrsg.), International Prosecutors, 2012, S. 542.

⁴¹ ICC, Entsch. v. 9.3.2006 – ICC-01/04-01/06-8 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 63; auch International Criminal Court, The Office of the Prosecutor, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation v. 15.9.2016, Rn. 43.

⁴² Vgl. auch *Vogel*, ZStW 114 (2002), 403 (407); *Gustafson*, JICJ 5 (2007), 134 (135); *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91; sowie BGHSt 40, 218 (237).

⁴³ Siehe auch *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (94).

⁴⁴ Amtsblatt des Kontrollrates in Deutschland Nr. 1 v. 29.10.1945. Art. 10 lautet: „Jeder der folgenden Tatbestände stellt ein Verbrechen dar: [...] Zugehörigkeit zu gewissen Kategorien von Verbrechervereinigungen oder Organisationen, deren verbrecherischer Charakter vom Internationalen Militärgerichtshof festgestellt worden ist“.

⁴⁵ So zu den strukturell vergleichbaren §§ 129, 129a, 129b StGB; *Krauß*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 5, 12. Aufl. 2009, § 129 Rn. 5; *Ostendorf*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2013, § 129 Rn. 10; *Schäfer*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 129 StGB Rn. 16 ff.

⁴⁶ *Vest* (Fn. 34), S. 281.

⁴⁷ *Jung*, in: Eser (Hrsg.) Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht, 1998, S. 175 (184).

⁴⁸ *Ohlin*, JICJ 5 (2007), 69 (81): „Individuals must be prosecuted for their actions, nor for their associations; to do otherwise is to engage in guilt by association.“; auch *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (94 f.). Mit Blick auf die deutschen §§ 129, 129a, 129 b StGB siehe *Cobler*, KJ 1984, 407 (411: verfassungsrechtlich unzulässiger „Verzicht auf einen individuellen Schuld nachweis zugunsten einer kollektiven Haftung“); *Günther/Prittwitz*, in: Herzog/Neumann (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 331 (349: „verdünnt[e] individuelle Verantwortlichkeit“).

⁴⁹ IMG, Urt. v. 30.9.1946 u. 1.10.1946 (Prosecutor v. Goering u.a.), in: Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg

keit der Mitgliedschaft über den Wortlaut des Art. 10 IMT-Statut hinaus ein.⁵⁰ Wörtlich heißt es im Urteil:

„Da [...] die Erklärung bezüglich der Organisationen und Gruppen den verbrecherischen Charakter ihrer Mitglieder bestimmen wird, so sollte diese Erklärung diejenigen ausschließen, die keine Kenntnis der verbrecherischen Zwecke oder Handlungen der Organisationen hatten, sowie diejenigen, die durch den Staat zur Mitgliedschaft eingezogen worden sind, es sei denn, daß sie sich persönlich an Taten beteiligt haben, die durch den Artikel 6 des Statuts für verbrecherisch erklärt worden sind. Die bloße Mitgliedschaft reicht nicht aus, um von solchen Erklärungen betroffen zu werden.“

Einen ähnlichen Ansatz verfolgt das deutsche Strafgesetzbuch, wenn es in den §§ 129a, 129b StGB u.a. die mitgliedschaftliche Beteiligung an einer (auch ausländischen) terroristischen Vereinigung, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet ist, völkerrechtliche Verbrechen⁵¹ zu begehen, unter Strafe stellt. Dabei setzt ein „Sich-Beteiligen als Mitglied“ eine aktive Teilnahme am Verbandsleben voraus. Eine passive, für das Wirken der Vereinigung bedeutungslose Mitgliedschaft ist nicht ausreichend.⁵² Dies heißt allerdings nicht, dass sich das Mitglied an den im Rahmen des Verbandszwecks begangenen Straftaten als Täter oder Teilnehmer beteiligen muss.⁵³ Tatbestandlich ist vielmehr „jede[r] irgendwie geartete Tätigkeit [...], die den Zwecken der Vereinigung dienlich ist“.⁵⁴

Ihre tatbestandliche Weite⁵⁵ machen die §§ 129a, 129b StGB zu rechtspraktisch äußerst bedeutsamen Auffangtatbeständen in Fällen, in denen dem Beschuldigten nicht nachgewiesen werden kann, dass er zusätzlich andere Strafvorschriften verletzt hat. Dies zeigte sich bereits im Stuttgarter Ver-

fahren gegen Führungsfunktionäre der insbesondere in der Demokratischen Republik Kongo agierenden, paramilitärischen „Forces Démocratiques de Libération du Rwanda“. Ihrem Präsidenten, Ignace Murwanashyaka, und seinem Stellvertreter, Straton Musoni, wurde zur Last gelegt, als militärische Vorgesetzte (§ 4 VStGB) für zahlreiche von ihren Untergebenen begangenen Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit – u.a. Mord, Vergewaltigung und Menschenhandel – verantwortlich zu sein.⁵⁶ Nachgewiesen werden konnte Murwanashyaka nur Beihilfe zu vier Kriegsverbrechen und Rädelsführerschaft in einer terroristischen Vereinigung. Musoni wurde ausschließlich nach den §§ 129a, 129b StGB zur Verantwortung gezogen.⁵⁷ In den aktuellen Verfahren gegen mutmaßliche IS-Kämpfer, die sich am Bürgerkrieg in Syrien beteiligt haben sollen, kommt den Terrorismustatbeständen ebenfalls entscheidende Bedeutung zu.⁵⁸ Auch wenn sich diese im Ergebnis wohl durch die besondere Gefährlichkeit krimineller und terroristischer Vereinigungen und der für sie typischen, nicht gänzlich beherrschbaren Eigendynamik rechtfertigen lassen,⁵⁹ bleiben sie mit dem Hautgout belastet, dass ihr primärer Zweck in der Überwindung von Beweisschwierigkeiten besteht, die bei der Bestimmung individueller Zurechnung entstehen (können).⁶⁰

⁵⁶ Siehe hierzu (aus Sicht der Verteidigung) *Groß-Bölting*, in: 36. Strafverteidigertag, Alternativen zur Freiheitsstrafe, 2013, S. 143 (144); (aus Sicht des GBA) *Ritscher*, in: Safferling/Kirsch (Hrsg.), Völkerstrafrechtspolitik, 2014, S. 223 (231 ff.).

⁵⁷ <http://www.olgstuttgart.de/pb/Lde/Startseite/Medien/OLG+Stuttgart+verurteilt+Funktionaere+der+FDLR+/?LISTPAGE=3789218> (8.7.2017).

⁵⁸ Siehe allgemein

<https://www.generalbundesanwalt.de/de/insich.php> (8.7.2017); siehe zudem u.a. auch die jüngsten Verfahren gegen Anil O., abrufbar unter

<https://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?them-enid=19&newsid=684> (8.7.2017), gegen Mukhamadsaid S., abrufbar unter

<https://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?them-enid=19&newsid=682> (8.7.2017), gegen Tarik A., abrufbar unter

<https://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?them-enid=19&newsid=681> (8.7.2017); gegen Abdulrahman A. A. und Abdalfatah H. A., abrufbar unter

<https://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?them-enid=19&newsid=680> und gegen Nasser A., abrufbar unter <https://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?them-enid=19&newsid=679> (8.7.2017).

⁵⁹ In diesem Sinne BGHSt 31, 202 (207); 41, 47 (51); *Patzak/Lohse* (Fn. 52), § 129 Rn. 32; *Krauß* (Fn. 45), § 129 Rn. 1; *Ostendorf* (Fn. 45), § 129 Rn. 13; *Schäfer* (Fn. 45), § 129 Rn. 4; anders hingegen *Cobler*, KJ 1984, 407 (411 ff.), der die §§ 129 ff. StGB für verfassungswidrig hält.

⁶⁰ Sehr kritisch daher *Cobler*, KJ 1984, 407 (411); siehe auch *Jung* (Fn. 47), S. 185. Ebenso mit Blick auf die Nürnberger Prozesse *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (94); kritisch auch

(Fn. 1), S. 287. Diese selbst auferlegte Zurückhaltung spiegelt sich im Urteilsausspruch wider. Der Gerichtshof erklärte lediglich das Führerkorps der NSDAP, die Gestapo, die SS und ihren Sicherheitsdienst für verbrecherisch, nicht aber – wie von der Anklage gefordert – die Reichsregierung und das Oberkommando der Wehrmacht, IMG, Urt. v. 30.9.1946 u. 1.10.1946 (Prosecutor v. Goering u.a.), in: Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg (Fn. 1), S. 310 f.

⁵⁰ *Ambos* (Fn. 7), S. 111; hierzu auch *Danner/Martinez*, California Law Review 93 (2005), 75 (114).

⁵¹ Katalogtaten im Sinne des § 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB sind nur Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen, nicht hingegen das Verbrechen der Aggression.

⁵² BGHSt 29, 288 (294); 46, 349 (356); *Patzak/Lohse*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2017, § 129 Rn. 32; *Krauß* (Fn. 45), § 129 Rn. 107; *Ostendorf* (Fn. 45), § 129 Rn. 18; *Schäfer* (Fn. 45), § 129 Rn. 85.

⁵³ *Patzak/Lohse* (Fn. 52), § 129 Rn. 32; *Krauß* (Fn. 45), § 129 Rn. 108; *Ostendorf* (Fn. 45), § 129 Rn. 18; *Schäfer* (Fn. 45), § 129 Rn. 86; auch BVerfGE 56, 22 (33); BGHSt 29, 288 (291).

⁵⁴ BVerfGE 56, 22 (33); auch BGHSt 29, 288 (294); 31, 16 (17).

⁵⁵ Auch BGHSt 31, 16 (17); *Ostendorf*, JA 1980, 499 (503).

2. Joint Criminal Enterprise: ein systemisches Zurechnungsmodell

Die Rechtstexte der Internationalen Tribunale der Neuzeit stellen nicht mehr – zumindest nicht explizit⁶¹ – auf die Mitgliedschaft in einer Vereinigung ab. Gem. Art. 7 Abs. 1 ICTY-Statut, Art. 6 Abs. 1 ICTR-Statut ist individuell verantwortlich, (nur) derjenige, der „ein im Statut genanntes Verbrechen geplant, angeordnet, begangen oder dazu angestiftet hat oder auf andere Weise zur Planung, Vorbereitung oder Ausführung des Verbrechens Beihilfe geleistet hat“. Die Ausgestaltung und Konkretisierung dieser eher schlagwortartig aufgelisteten Beteiligungsformen wurde der Rechtsprechung überantwortet.⁶² Zentrale Bedeutung kommt dabei der von der ICTY-Rechtsmittelkammer im Tadic-Verfahren⁶³ entwickelten Figur der Beteiligung an einem joint criminal enterprise (JCE) zu,⁶⁴ die als besondere Form der Tatbegehung (der „commission“) eingeordnet wird.⁶⁵ In objektiver Hinsicht wird dabei dreierlei vorausgesetzt:⁶⁶

- eine Mehrzahl von Personen, die weder in einer militärischen, administrativen oder politischen Struktur bzw. Organisation eingebunden noch im Einzelnen mit Namen identifiziert⁶⁷ sein müssen;
- ein (nicht notwendigerweise vor der Tatbegehung vereinbarter) Zweck bzw. Plan, der sich ggf. auch erst während der Tatbegehung aus der konkreten Situation ergeben kann;

Ostendorf, JA 1980, 499 (503), der auf die Gefahr eines Gesinnungsstrafrechts verweist.

⁶¹ Siehe aber auch zur strukturellen Ähnlichkeit zwischen der JCE-Doktrin und Organisationsdelikten unten Fn. 82 und dazugehörigen Text.

⁶² Auch *Ambos/Bock*, in: de Brouwer/Smeulers (Hrsg.), *The Elgar Companion to the International Criminal Tribunal for Rwanda*, 2016, S. 202.

⁶³ ICTY, Ur. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), Rn. 224 ff.

⁶⁴ Siehe aber auch zur zunächst zögerlichen Haltung des ICTR *Ambos/Bock* (Fn. 62), S. 205 f.

⁶⁵ Siehe z.B. ICTY, Ur. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), Rn. 188; ICTY, Entsch. v. 21.5.2003 – IT-99-37-AR72 (Prosecutor v. Milutinovic/Sainovic/Ojdanic); ICTY, Ur. v. 30.6.2016 – IT-08-91-A (Prosecutor v. Stanisic/Zupljanin), Rn. 109; ICTY, Ur. v. 2.8.2001 – IT-98-33-T (Prosecutor v. Krstic), Rn. 601; ICTR, Ur. v. 16.12.2013 – ICTR-01-68-A (Ndahimana v. Prosecutor), Rn. 201; ICTR, Ur. v. 17.5.2011 – ICTR-00-56-T (Prosecutor v. Ndindiliyimana u.a.), Rn. 1912.

⁶⁶ Grundlegend ICTY, Ur. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), Rn. 227; jüngst bestätigt in ICTY, Ur. v. 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadzic), Rn. 560 ff.; weitere Rechtsprechungsnachweise bei *Ambos* (Fn. 7), S. 124 f.; speziell zur Rechtsprechung des ICTY *Haan*, ICLR 5 (2005), 167 (170 ff.); zu der des ICTR *Ambos/Bock* (Fn. 62), S. 207.

⁶⁷ ICTY, Ur. v. 3.4.2007 – IT-99-36-A (Prosecutor v. Brdanin), Rn. 430.

- sowie eine Beteiligung am gemeinsamen Zweck.

Aus der zuletzt genannten Voraussetzung ergibt sich, dass auch⁶⁸ bei einem JCE die bloße Mitgliedschaft in einem kriminellen Zweckverbund keine Strafbarkeit begründet.⁶⁹ Welche konkreten Anforderungen an das Beteiligungserfordernis zu stellen sind, ist allerdings unklar und umstritten. Während einige Kammern jeden auch noch so geringfügigen Förderungsakt ausreichen lassen wollen,⁷⁰ verlangen andere eine signifikante (aber keine wesentliche, notwendige oder unverzichtbare) Mitwirkung.⁷¹ Eine direkte und unmittelbare Beteiligung an den Verbrechen selbst wird jedenfalls nicht gefordert.⁷² Nach Ansicht der Brdanin-Berufungskammer muss der unmittelbare Täter zudem nicht zwingend dem JCE angehören. Vielmehr soll es grundsätzlich auch möglich sein, dass sich ein oder mehrere JCE-Mitglieder bei der Tatausführung einer externen Person bedienen.⁷³ Damit wird im Ergebnis eine Art mittelbare Mittäterschaft anerkannt.⁷⁴

Auf subjektiver Ebene wird zwischen drei verschiedenen Formen des JCE unterschieden.⁷⁵ In der Grundform (JCE I) wirken die Beteiligten auf Grundlage eines gemeinsamen Plans und mit gemeinsamen Vorsatz zusammen. Die zweite Form (JCE II) ist auf Taten zugeschnitten, die in Konzentrationslagern oder ähnlichen Systemzusammenhängen begangen werden. Im Unterschied zur JCE I muss dem Beschuldigten kein Vorsatz bezüglich konkreter Tathandlungen nach-

⁶⁸ Zur Mitgliedschaft in einer Organisation oben II. 1.

⁶⁹ ICTY, Ur. v. 1.9.2004 – IT-99-36-T (Prosecutor v. Brdanin), Rn. 263; ICTR, Ur. v. 2.2.2012 – ICTR-98-44-T (Prosecutor v. Karemera/Ngirumpatse), Rn. 1437.

⁷⁰ Sehr weitgehend ICTR, Ur. v. 11.9.2006 – ICTR-01-65-T (Prosecutor v. Mpambara), Rn. 13 („there is no minimum threshold of significance or importance and the act need not independently be a crime“) unter Verweis auf ICTY, Ur. v. 28.2.2005 – IT-98-30/1-A (Prosecutor v. Kvocka u.a.), Rn. 97 („there is no specific legal requirement that the accused make a substantial contribution to the joint criminal enterprise“); sehr weit auch ICTY, Ur. v. 25.2.2004 – IT-98-32-A (Prosecutor v. Vasiljevic), Rn. 100 („participation [...] may take the form of assistance in, or contribution to, the execution of the common purpose.“).

⁷¹ ICTY, Ur. v. 3.4.2007 – IT-99-36-A (Prosecutor v. Brdanin), Rn. 430; ICTY, Ur. v. 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadzic), Rn. 564; ICTR, Ur. v. 30.9.2011 – ICTR-99-50-T (Prosecutor v. Bizimungu u.a.), Rn. 1907.

⁷² ICTY, Ur. v. 25.2.2004 – IT-98-32-A (Prosecutor v. Vasiljevic), Rn. 100; ICTR, Ur. v. 30.9.2011 – ICTR-99-50-T (Prosecutor v. Bizimungu u.a.), Rn. 1907.

⁷³ ICTY, Ur. v. 3.4.2007 – IT-99-36-A (Prosecutor v. Brdanin), Rn. 410 ff.; auch ICTY, Ur. v. 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadzic), Rn. 567.

⁷⁴ *Ambos* (Fn. 7), S. 125; *Ambos/Bock* (Fn. 62), S. 208 f.

⁷⁵ Grundlegend ICTY, Ur. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), Rn. 220; weitere Rechtsprechungsnachweise bei *Ambos* (Fn. 7), S. 125 ff.; speziell zur Rechtsprechung des ICTY *Haan*, ICLR 5 (2005), 167 (170 ff.); zu der des ICTR *Ambos/Bock* (Fn. 62), S. 209.

gewiesen werden. Es genügt, wenn er das System der Mithandlung kennt und insoweit mit Förderungsvorsatz gehandelt hat. Dieser kann ggf. allein aus der hierarchischen Stellung des Beteiligten abgeleitet werden. In der dritten Form ermöglicht die JCE-Doktrin die Zurechnung von Exzesstaten, die nicht vom gemeinsamen Plan bzw. dem gemeinsamen Vorsatz umfasst sind. Voraussetzung hierfür ist, dass 1. der Beschuldigte den Vorsatz hatte, sich an dem JCE zu beteiligen und dessen kriminellen Zweck zu fördern und 2., dass die Begehung der möglichen Exzesstaten vorhersehbar war. Insoweit wird verlangt, dass sich der Beschuldigte bewusst war, dass das JCE höchstwahrscheinlich einen bestimmten Erfolg herbeiführen werde und er dieses Risiko in Kauf nahm.

Der offenkundige Vorteil der JCE-Doktrin liegt darin, dass sie bei Kollektivtaten eine beweistechnisch einfache Möglichkeit bietet, die bei der Tatbegehung nicht anwesenden Hintermänner zur Verantwortung zu ziehen.⁷⁶ Insbesondere muss die Anklage nicht nachweisen, dass zwischen der Handlung des Beschuldigten und der konkreten Tat eine direkte Verbindung oder ein unmittelbarer Zusammenhang besteht.⁷⁷ Dogmatisch handelt es sich nach der zutreffenden Charakterisierung *Vogels* um ein „systemisches Modell“, bei dem „individuelle Verantwortlichkeit nach der Funktion des Beteiligten und seines Beitrags im kriminellen Systemzusammenhang zugeschrieben wird.“⁷⁸ Den kollektiven Tatstrukturen wird dadurch Rechnung getragen, dass die strafrechtliche Haftung maßgeblich an „die Beteiligung an einem kriminellen Zweckverband“⁷⁹ anknüpft,⁸⁰ im Rahmen dessen es zur Begehung (völkerrechtlicher) Straftaten kommt.⁸¹ Vor allem die dritte Kategorie, die sich mit der Vorhersehbarkeit der (Exzess-)Tat begnügt und im Übrigen allein auf die Mitwirkung an dem „criminal enterprise“ abstellt, ähnelt der Pönalisierung der aktiven Gruppenmitgliedschaft.⁸² Ein entscheidender Unterschied besteht allerdings darin, dass über das JCE nicht nur die Beteiligung an dem Zweckverband als solche strafrechtlich erfasst, sondern eine (sogar täterschaftliche)⁸³ Mitverantwortung für die im Rah-

men des Zweckverbands begangenen Taten begründet werden soll.⁸⁴

Die hierin zum Ausdruck kommende Fokussierung auf systemisch-kollektive Wirkzusammenhänge führt nahezu zwangsläufig zu Spannungen mit dem Schuldprinzip.⁸⁵ Wenn im Rahmen des JCE II aus der hierarchischen Stellung des Beschuldigten automatisch auf seinen Förderungsvorsatz geschlossen wird, so wird damit faktisch auf den förmlichen Nachweis personalen Fehlverhaltens verzichtet.⁸⁶ Die dritte Variante beinhaltet eine jedenfalls nicht unbedenkliche Absenkung der sonst geltenden subjektiven Tatvoraussetzungen, zumal dem Vorsehbarkeitskriterium in der Praxis kaum strafbarkeitsbegrenzende Wirkung zukommt.⁸⁷ Sie wird daher von Teilen der Literatur mit gewichtigen Argumenten als eine Art objektive Erfolgschaftung angesehen, die mit dem Schuldprinzip nicht zu vereinbaren ist.⁸⁸

3. Kollektive Begehungsstrukturen und Tatherrschaftslehre

Obwohl die JCE-Doktrin vor allem aus Sicht der Anklagebehörde ein attraktives Zurechnungsmodell ist, hat der IStGH bislang nicht auf sie zurückgegriffen. Stattdessen stützen sich die Kammern bei der Auslegung des Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut⁸⁹ auf die maßgeblich von *Claus Roxin*⁹⁰ geprägte Tatherrschaftslehre.⁹¹

⁸⁴ Vgl. ICTY, Entsch. v. 21.5.2003 – IT-99-37-AR72 (Prosecutor v. Milutinovic u.a.), Rn. 26: „Criminal liability pursuant to joint criminal enterprise is not a liability for mere membership or for conspiring to commit crimes, but a form of liability concerned with the participation in the commission of a crime as part of a joint criminal enterprise.“; auch *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (101).

⁸⁵ Ausführlich zu der gegen die JCE-Doktrin vorgebrachte Kritik, sie begründe eine unzulässige Kollektivschuld *Vest* (Fn. 34), S. 332 ff.; siehe auch die Kritik bei *Fletcher/Ohlin*, JICJ 3 (2005), 539 (550).

⁸⁶ *van Sliedregt*, JICJ 5 (2007), 184 (188); auch *Haan*, ICLR 5 (2005), 167 (199); *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (101).

⁸⁷ Siehe *Fletcher/Ohlin*, JICJ 3 (2005), 539 (550) sowie den Rechtsprechungsüberblick bei *Ambos* (Fn. 7), S. 126 f.

⁸⁸ *Fletcher/Ohlin*, JICJ 3 (2005), 539 (550: „strict liability for criminal acts that were not part of a common plan“); *Ambos* (Fn. 7), S. 174 ff.; kritisch auch *Haan*, ICLR 5 (2005), 167 (200 f.).

⁸⁹ Relevant ist insoweit insbesondere Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut, dem zufolge sich strafbar macht, wer ein im Statut genanntes Verbrechen „selbst, gemeinschaftlich mit einem anderen oder durch einen anderen begeht, gleichviel ob der andere strafrechtlich verantwortlich ist“.

⁹⁰ Grundlegend *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl. 2015, S. 60 ff.

⁹¹ Grundlegend ICC, Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 323 ff.; folgend ICC, Urt. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 469; ICC, Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 994; ICC, Urt. v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436 (Prosecutor v. Katanga), Rn. 1389 ff.; ICC, Urt. v. 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-

⁷⁶ *Gustafson*, JICJ 5 (2007), 134 (137, 145); auch *van Sliedregt*, JICJ 5 (2007), 184 (187); *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (98).

⁷⁷ *Ambos* (Fn. 7), S. 175; auch *van Sliedregt*, JICJ 5 (2007), 184 (187); *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (101).

⁷⁸ *Vogel*, ZStW 114 (2002), 403 (420).

⁷⁹ *Vogel*, ZStW 114 (2002), 403 (421); zust. *Ambos* (Fn. 7), S. 161; *ders.* (Fn. 5), § 7 Rn. 30.

⁸⁰ Siehe auch ICTY, Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), Rn. 191; *Gustafson*, JICJ 5 (2007), 134 (139).

⁸¹ Vgl. ICTY, Urt. v. 3.4.2007 – IT-99-36-A (Prosecutor v. Brdanin), Rn. 430.

⁸² Auch *Danner/Martinez*, California Law Review 93 (2005), 75 (117 ff.); *Ohlin*, JICJ 5 (2007), 69 (81); *Ambos* (Fn. 7), S. 173; ebenso für JCE II *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (97).

⁸³ Siehe *Vest* (Fn. 34), S. 289; ausführlich *Ambos* (Fn. 7), S. 161 f. m.w.N.

a) *Mittäterschaft*

Mittäterschaft wird dementsprechend als funktional-arbeits-
teiliges Zusammenwirken mehrerer Personen charakteri-
siert.⁹² Kernelement ist die wechselseitige Zurechnung der
jeweils geleisteten Tatbeiträge.⁹³ Damit weist auch die Mittä-
terschaft ein systemisches Moment auf, wird doch der einzel-
ne für einen Erfolg verantwortlich gemacht, den er nicht
allein, sondern nur im Zusammenwirken mit anderen – also
im Kollektiv – herbeigeführt hat.⁹⁴ In objektiver Hinsicht
verlangen die Kammern das Vorliegen eines gemeinsamen
Tatplans und die Leistung eines essentiellen Tatbeitrags („es-
sential contribution“).⁹⁵ Subjektiv wird (grundsätzlich)⁹⁶
Vorsatz im Sinne des Art. 30 IStGH-Statut vorausgesetzt.⁹⁷

1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo u.a.), Rn. 62; ICC,
Entsch. v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Prosecutor v.
Katanga/Ngudjolo Chui), Rn. 480 ff.; ICC, Entsch. v.
15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-424 (Prosecutor v. Bemba
Gombo), Rn. 348; ICC, Entsch. v. 29.1.2012 – ICC-01/09-
02/11-382 (Prosecutor v. Muthaura/Kenyatta/Hussein Ali),
Rn. 296; ICC, Entsch. v. 5.2.2012 – ICC-01/09-01/11-373
(Prosecutor v. Ruto, Kosgey/Sang), Rn. 291; ICC, Entsch. v.
24.3.2016 – ICC-01/12-01/15-84 (Prosecutor v. Al Mahdi),
Rn. 24; auch ICC, Entsch. v. 14.6.2014 – ICC-01/04-02/06-
309 (Prosecutor v. Ntaganda), Rn. 104.

⁹² ICC, Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prose-
cutor v. Lubanga), Rn. 342: „The concept of co-perpetration
based on joint control over the crimes is rooted in the princi-
ple of the division of essential tasks for the purpose of com-
mitting a crime between two or more persons acting in a
concerted manner“; siehe auch ICC, Urt. v. 19.10.2016 –
ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo u.a.),
Rn. 62; ICC, Entsch. v. 24.3.2016 – ICC-01/12-01/15-84
(Prosecutor v. Al Mahdi), Rn. 24.

⁹³ Explizit ICC, Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842
(Prosecutor v. Lubanga), Rn. 994; siehe auch ICC, Urt. v.
1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga),
Rn. 445; ICC, Urt. v. 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989
(Prosecutor v. Bemba Gombo u.a.), Rn. 65; ICC, Entsch. v.
24.3.2016 – ICC-01/12-01/15-84 (Prosecutor v. Al Mahdi),
Rn. 24; ICC, Entsch. v. 11.12.2014 – ICC-02/11-02/11-186
(Prosecutor v. Blé Goudé), Rn. 134.

⁹⁴ Siehe *Seelmann* (Fn. 12), S. 8; vgl. auch *Eidam*, Der Orga-
nisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 144 f.

⁹⁵ ICC, Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Prosecut-
or v. Lubanga), Rn. 980, 989; ICC, Entsch. v. 29.1.2007 –
ICC-01/04-01/06-803 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 343, 346;
ICC, Urt. v. 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor
v. Bemba Gombo u.a.), Rn. 64; ICC, Entsch. v. 15.6.2009 –
ICC-01/05-01/08-424 (Prosecutor v. Bemba Gombo),
Rn. 350; ICC, Entsch. v. 29.1.2012 – ICC-01/09-02/11-382
(Prosecutor v. Muthaura/Kenyatta/Hussein Ali), Rn. 297;
ICC, Entsch. v. 5.2.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Prosecutor
v. Ruto, Kosgey/Sang), Rn. 292; ICC, Entsch. v. 24.3.2016 –
ICC-01/12-01/15-84 (Prosecutor v. Al Mahdi), Rn. 24; auch
ICC, Entsch. v. 14.6.2014 – ICC-01/04-02/06-309 (Prosecut-
or v. Ntaganda), Rn. 104.

Unabhängig von den noch umstrittenen Details,⁹⁸ zeichnet
sich bereits jetzt ab, dass die Rechtsprechung einen recht
weiten Anwendungsbereich für mittäterschaftliche Zurech-
nungen sieht. So soll es nicht erforderlich sein, dass der Tat-
plan speziell auf die Begehung eines Verbrechens gerichtet
ist, es genüge, wenn er ein „element of criminality“ enthalte.
Dies sei gegeben, wenn a) die Mittäter bereit sind, zur Errei-
chung ihres nicht-kriminellen Ziels unter bestimmten Vo-
raussetzungen ein Verbrechen zu begehen oder sie sich b) des
Risikos bewusst sind, das die Umsetzung ihres Plans zu der
Begehung von Verbrechen führt und sie diese Folge akzeptie-
ren.⁹⁹ Welche konkreten Fallkonstellationen den Kammern
hier vor Augen standen, ist unklar. Denkbar wäre es, das
„element of criminality“ beispielsweise dann zu bejahen,
wenn mehrere Milizenführer zur Stärkung ihrer Einheiten
(ein nicht kriminelles Ziel) eine für sich genommen nicht
kriminelle, aber rigorose Rekrutierungsstrategie entwickeln,
die jedoch bei konsequenter Umsetzung zur Zwangsver-
pflichtung von Kindern – ein Kriegsverbrechen im Sinne des
Art. 8 Abs. 2 lit. e Nr. vii IStGH-Statut – führen kann. Lässt
man es nun für den gemeinsamen Tatplan ausreichen, dass
die Milizführer dieses Risiko erkannt und seine Realisierung
akzeptiert haben, wäre hiermit wohl eine partielle Absenkung

⁹⁶ Siehe aber zur möglichen Relativierung im Rahmen des
gemeinsamen Tatplans sogleich Fn. 99 und dazugehörigen
Text.

⁹⁷ ICC, Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prose-
cutor v. Lubanga), Rn. 349; ICC, Urt. v. 19.10.2016 – ICC-
01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo u.a.),
Rn. 70; ICC, Entsch. v. 29.1.2012 – ICC-01/09-02/11-382
(Prosecutor v. Muthaura/Kenyatta/Hussein Ali), Rn. 297;
auch ICC, Entsch. v. 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-424 (Pro-
secutor v. Bemba Gombo), Rn. 351, wo aber strikere Anfor-
derungen an das Vorsatzerfordernis gestellt werden.

⁹⁸ So wird in ICC, Entsch. v. 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-
424 (Prosecutor v. Bemba Gombo), Rn. 351, ergänzend zum
Vorsatz verlangt, dass der Mittäter die tatsächlichen Umstän-
de kennt, die es ihm ermöglichen, die Tat gemeinsam mit den
anderen Mittätern zu kontrollieren, kritisch hierzu *Ambos*
(Fn. 7), S. 154. Richter Fulford steht der Anwendung der
Tatherrschaftslehre generell kritisch gegenüber und will für
eine Mittäterschaft grundsätzlich jeden Tatbeitrag (und nicht
nur wesentliche) ausreichen lassen, ICC, Urt. v. 14.3.2012 –
ICC-01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), Separate
Opinion of Judge Adrian Fulford, Rn. 12, 15; ebenso ICC,
Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v.
Ngudjolo Chui), Concurring Opinion of Judge Christine van
den Wyngaert, Rn. 6, 41. Richterin *van den Wyngaert* ver-
steht das Tatplanerfordernis zudem als rein subjektive Vo-
raussetzung im Sinne eines gemeinsamen Vorsatzes, Rn. 32.

⁹⁹ ICC, Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prose-
cutor v. Lubanga), Rn. 344; auch ICC, Entsch. v. 29.1.2012 –
ICC-01/09-02/11-382 (Prosecutor v. Muthaura/Kenyatta/
Hussein Ali), Rn. 399; kritisch hierzu *Ambos* (Fn. 7), S. 152;
abweichende Formulierung in ICC, Urt. v. 19.10.2016 – ICC-
01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo u.a.), Rn.
67.

der allgemeinen subjektiven Zurechnungsvoraussetzungen verbunden, da ein bloßer dolus eventualis die Voraussetzungen des Art. 30 IStGH-Statut nach h.A. nicht erfüllt.¹⁰⁰ Die Mittäterschaft nähert sich dadurch der JCE an, da der Schwerpunkt des Vorwurfs auf die Beteiligung an einer anerkannten gefährlichen Unternehmung gelegt zu werden scheint. Dessen ungeachtet halten die IStGH-Kammern aber hinsichtlich der eigentlichen Tat uneingeschränkt am subjektiven Maßstab des Art. 30 IStGH-Statut fest,¹⁰¹ wobei unklar bleibt, wie dies mit einem risikobasierten Verständnis vom gemeinsamen Tatplan vereinbar ist.¹⁰²

Durch das Erfordernis eines essentiellen Tatbeitrags („essential contribution“) soll die Mittäterschaft von der Teilnahme¹⁰³ abgegrenzt werden.¹⁰⁴ Damit werden höhere Anforderungen an das Gewicht des Tatbeitrags gestellt als bei dem JCE,¹⁰⁵ zumal hier die Existenz einer de-minimis-Schwelle nicht einhellig anerkannt ist.¹⁰⁶ Bei der Würdigung des Tatbeitrags verfolgen die Kammern jedoch einen flexiblen, einzelfallbezogenen Ansatz, der ihnen erhebliche Bewertungsspielräume eröffnet.¹⁰⁷ Jedenfalls soll eine direkte und unmittelbare Beteiligung an der Tat nicht erforderlich sein.¹⁰⁸ Auch

die Anwesenheit des Beschuldigten am Tatort sei nicht zwingend, wenn die notwendige Kontrolle über die Tat anderweitig ausgeübt werde.¹⁰⁹ Beispielhaft verweist die Lubanga-Hauptverfahrenskammer auf Personen, die den Tatplan ausarbeiten und dadurch die Handlungen der unmittelbar Tatausführenden vorzeichnen.¹¹⁰ Damit geht sie – im Einklang mit der gemäßigten Tatherrschaftslehre¹¹¹ – davon aus, dass Tatbeiträge im Vorbereitungsstadium für eine mittäterschaftliche Tatbegehung ausreichend sein können. Im Ergebnis können damit auch tatferne und indirekte Tatbeiträge eine mittäterschaftliche Haftung begründen, wenn sie denn nach den Umständen des Einzelfalls hinreichend gewichtig sind.¹¹² Nennenswerte Unterschiede zum JCE I und II dürften sich – abgesehen von der Vorsatzvermutung – daher kaum ergeben.

b) Organisationsherrschaft

In mehreren Entscheidungen hat der IStGH zudem die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft anerkannt.¹¹³ Im Einklang mit dem Ansatz *Roxins*¹¹⁴ soll derjenige, der einen hierarchisch aufgebauten Machtapparat¹¹⁵ so

¹⁰⁰ ICC, Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 1011; ICC, Entsch. v. 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-424 (Prosecutor v. Bemba Gombo), Rn. 360 ff.; *Ambos* (Fn. 5), § 7 Rn. 64; *Satzger* (Fn. 7) § 15 Rn. 25; auch ICC, Urt. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 449; offengelassen bei *Safferling* (Fn. 32), § 5 Rn. 28.

¹⁰¹ Deutlich ICC, Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 349.

¹⁰² Siehe ICC, Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), Rn. 38. Kritisch auch die Berufungskammer, ICC, Urt. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 449, die den Ansatz der Hauptverfahrenskammer im Ergebnis aber aufrechterhält, da diese – trotz der unglücklichen Wortwahl – lediglich zum Ausdruck gebracht habe, dass der Plan über einen längeren Zeitraum umgesetzt werden sollte und die Mittäter daher notwendig zukünftige Ereignisse hätten antizipieren müssen (Rn. 450).

¹⁰³ Dazu unten III. 4. c).

¹⁰⁴ ICC, Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 998; auch ICC, Urt. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 468 f.; kritisch hierzu ICC, Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), Rn. 22.

¹⁰⁵ Vgl. ICC, Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 987-989.

¹⁰⁶ Dazu oben Fn. 70 und dazugehöriger Text.

¹⁰⁷ ICC, Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 1001.

¹⁰⁸ ICC, Urt. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 458; ICC, Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 1003; ICC, Urt. v. 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo u.a.), Rn. 69; a.A. ICC, Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), Rn. 44.

¹⁰⁹ ICC, Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 1005; auch ICC, Urt. v. 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo u.a.), Rn. 69.

¹¹⁰ ICC, Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 1004; bestätigt in ICC, Urt. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 469; auch ICC, Urt. v. 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo u.a.), Rn. 69.

¹¹¹ Hierzu *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2016, Rn. 1226 ff.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 198 ff. (der eine Mitwirkung im Ausführungsstadium für notwendig hält); speziell mit Blick auf Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut *Vest* (Fn. 34), S. 181.

¹¹² So ausdrücklich ICC, Entsch. v. 11.12.2014 – ICC-02/11-02/11-186 (Prosecutor v. Blé Goudé), Rn. 134.

¹¹³ Rechtsgrundlage ist Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut, dem zufolge eine Tatbegehung durch einen anderen unabhängig davon möglich ist, ob der andere strafrechtlich verantwortlich ist. Dies wird dahingehend verstanden, dass mittelbare Täterschaft nicht zwingend voraussetzt, dass das „Werkzeug“ einen Strafbarkeitsdefekt hat, mithin auch die unter dem Schlagwort „Täter hinter dem Täter“ diskutierten Fallkonstellationen erfasst werden, ICC, Entsch. v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui), Rn. 496, 499. Kritisch hingegen *van den Wyngaert*, die in Art. 25 IStGH-Statut keine hinreichende Rechtsgrundlage für die Organisationsherrschaftslehre sieht, ICC, Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), Rn. 52.

¹¹⁴ *Roxin* (Fn. 90), S. 248.

¹¹⁵ Hierzu ICC, Entsch. v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui), Rn. 511; auch ICC, Entsch. v. 29.1.2012 – ICC-01/09-02/11-382 (Prosecutor v. Muthaura/Kenyatta/Hussein Ali), Rn. 297; ICC, Entsch. v. 5.2.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Prosecutor v. Ruto/

beherrscht, dass er den ihm untergeordneten Personen Befehle erteilen kann,¹¹⁶ mittelbarer Täter sein, wenn er seine Befugnisse zur Durchführung strafbarer Handlungen einsetzt. Dabei wird die Tatherrschaft aus der durch die organisatorischen Strukturen gewährleisteten Steuerungsautomatik und der Fungibilität des Ausführenden abgeleitet. Der Machtapparat muss so strukturiert sein, dass die Untergebenen trotz ihrer Handlungsherrschaft aus Sicht des Vorgesetzten austauschbare Rädchen sind. Sollte einer die Ausführung eines Befehls verweigern, wird er sofort durch einen anderen ersetzt.¹¹⁷

Die gegen die Organisationsherrschaftslehre vorgebrachte Kritik soll hier nicht wiederholt werden.¹¹⁸ Hervorgehoben sei lediglich, dass sie vom Grundansatz her speziell darauf ausgerichtet ist, individuelle Verantwortlichkeit in vertikal-hierarchischen Aktionszusammenhängen zu erfassen.¹¹⁹ Über den Gedanken der Steuerungsautomatik ermöglicht sie es, Hintermänner als Täter¹²⁰ zur Verantwortung zu ziehen, deren faktische Einflussmöglichkeit auf die einzelne Tat aufgrund der Entfernung zur Ausführungsebene zwar möglicherweise begrenzt ist,¹²¹ die aber normativ betrachtet zu den „persons most responsible“¹²² gehören.¹²³

Kosgey/Sang), Rn. 292; ICC, Entsch. v. 14.6.2014 – ICC-01/04-02/06-309 (Prosecutor v. Ntaganda), Rn. 104.

¹¹⁶ Zur Befehlsmacht auch ICC, Entsch. v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui), Rn. 513.

¹¹⁷ ICC, Entsch. v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui), Rn. 515 ff. unter Berufung auf *Roxin* (Fn. 90), S. 245; auch ICC, Entsch. v. 29.1.2012 – ICC-01/09-02/11-382 (Prosecutor v. Muthaura/Kenyatta/Hussein Ali), Rn. 297; ICC, Entsch. v. 5.2.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Prosecutor v. Ruto/Kosgey/Sang), Rn. 292; ICC, Entsch. v. 14.6.2014 – ICC-01/04-02/06-309 (Prosecutor v. Ntaganda), Rn. 104.

¹¹⁸ Vgl. aus deutscher Sicht nur *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1996, S. 510; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 21. Abschn. Rn. 103; vor dem Hintergrund des IStGH-Statuts ICC, Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert, Rn. 52; vgl. auch *Weigend*, JICJ 9 (2011), 91 (99 ff.); sowie die Auseinandersetzung mit den gegen die Organisationsherrschaftslehre vorgebrachten Einwänden bei *Roxin* (Fn. 111), § 25 Rn. 113 ff.

¹¹⁹ Vgl. ICC, Entsch. v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui), Rn. 501; auch *Roxin* (Fn. 90), S. 243.

¹²⁰ Mitttäterschaft wird häufig daran scheitern, dass es zwischen Führungsfiguren und den ausführenden Tätern keinen gemeinsamen Tatplan gibt, *Roxin* (Fn. 111), § 25 Rn. 121; a.A. *Jakobs* (Fn. 118), 21. Abschn. Rn. 103.

¹²¹ Kritisch daher ICC, Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert, Rn. 53; auch *Weigend*, JICJ 9 (2011), 91 (100).

¹²² Siehe auch oben Fn. 40 und dazugehörigen Text.

In einigen Entscheidungen wurden mittelbare Täterschaft und Mitttäterschaft miteinander kombiniert.¹²⁴ Bei der mittelbaren Mitttäterschaft wirken Personen, die unterschiedliche Machtapparate beherrschen, zusammen und benutzen auf Basis eines gemeinsamen Tatplans ihre jeweilige Befehlsmacht zur Durchführung strafbarer Handlungen;¹²⁵ bei der Mitttäterschaft in mittelbarer Täterschaft wird hingegen ein- und dieselbe Organisation durch mehrere, mit einem gemeinsamen Tatplan handelnde Personen beherrscht.¹²⁶ Durch diesen Ansatz lässt sich der Tatsache Rechnung tragen, dass die an völkerstrafrechtlichen Verbrechen Beteiligten häufig sowohl in horizontale (Mitttäterschaft), als auch in vertikale (mittelbare Täterschaft) Organisationsstrukturen eingebunden sind.¹²⁷

4. Beihilfe und Beiträge zu Gruppentaten

Die bisher behandelten Zurechnungsmodelle sind auf die Begründung täterschaftlicher Verantwortlichkeit ausgerichtet. Sind ihre Voraussetzungen nicht erfüllt, so lässt sich die Mitwirkung an der Kollektivtat möglicherweise als strafbare Beihilfe (aiding and abetting)¹²⁸ einstufen.

a) Deutsche Rechtsprechung: Das (gelockerte) Erfordernis eines konkreten Einzeltatnachweises

Der BGH versteht unter Hilfeleistung im Sinne des § 27 StGB grundsätzlich jede Handlung, die die Herbeiführung des Taterfolges durch den Haupttäter objektiv fördert oder erleichtert. Kausalität im Sinne einer *conditio sine qua non*

¹²³ *Ambos* (Fn. 5), § 7 Rn. 28; siehe auch ICC, Urt. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 465; BGHSt 40, 218 (237) sowie *Eidam* (Fn. 94), S. 157.

¹²⁴ Ausführlich *Ambos*, in: Triffterer/Ambos (Hrsg.), Commentary on the Rome Statute, 3. Aufl. 2016, Art. 25 Rn. 14; auch *Vest* (Fn. 34), S. 433 f.; kritisch ICC, Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert, Rn. 61 („radical expansion of Article 25 (3) (a) of the Statute“).

¹²⁵ Siehe insbesondere ICC, Entsch. v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui), Rn. 548 ff.; auch ICC, Entsch. v. 14.6.2014 – ICC-01/04-02/06-309 (Prosecutor v. Ntaganda), Rn. 104; ICC, Entsch. v. 5.2.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Prosecutor v. Ruto/Kosgey/Sang), Rn. 292.

¹²⁶ Vgl. ICC, Entsch. v. 11.12.2014 – ICC-02/11-02/11-186 (Prosecutor v. Blé Goudé), Rn. 136 ff.

¹²⁷ Zum vergleichbaren Ansatz des ICTY oben Fn. 74 und dazugehörigen Text.

¹²⁸ Art. 7 Abs. 1 ICTY-Statut, Art. 6 Abs. 1 ICTY, Art. 25 Abs. 1 lit. c IStGH-Statut. Die völkerstrafrechtliche Rechtsprechung unterscheidet grundsätzlich nicht zwischen aiding und abetting, sondern geht von einem einheitlichen Beihilfegriff aus, vgl. bereits ICTY, Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-I-A (Prosecutor v. Tadic), Rn. 229; auch ICC, Urt. v. 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo u.a.), Rn. 87; differenzierend hingegen ICTR, Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Akayesu), Rn. 484.

wird nicht verlangt; vielmehr wird grundsätzlich jede Förderung der Haupttat erfasst.¹²⁹ Gerade bei völkerstrafrechtlichen Verbrechen, bei denen eine Vielzahl von Personen auf verschiedenen Hierarchieebenen und in unterschiedlicher Nähe zur tatbestandlichen Ausführungshandlung zusammenwirkt, wird jedoch die Frage virulent, wie die Hilfeleistung qualitativ beschaffen sein muss, um eine Strafbarkeit begründen zu können.

Der BGH hat in seinem ersten Auschwitzurteil aus dem Jahr 1969 zunächst einen restriktiven Ansatz vertreten. Nicht „jeder der in das Vernichtungsprogramm des Konzentrationslagers Auschwitz eingegliedert war und dort irgendwie anlässlich dieses Programms tätig wurde, [habe] sich objektiv an den Morden beteiligt.“ Eine Strafbarkeit wegen Beihilfe setze eine konkrete Förderung der Haupttat voraus.¹³⁰ Beispielhaft nennt der BGH die Vornahme von Selektionen an der Rampe und die Überwachung der Einleitung von Giftgas in die Gaskammer. Da solche Handlungen dem angeklagten SS-Lagerarzt nicht nachzuweisen seien, sei dieser vom Vorwurf der Beihilfe freizusprechen. Allein seine Zugehörigkeit zum Lagerpersonal und die Kenntnis vom Vernichtungszweck des Lagers genügen nicht, ihm die dort begangenen Tötungen zuzurechnen.¹³¹ Zur Begründung führte der BGH aus, dass die maßgeblich von *Fritz Bauer* begründete Gegenansicht¹³² bedeuten würde, dass auch ein Handeln, das die Haupttat in keiner Weise konkret fördert, bestraft werden müsste. Folgerichtig wäre auch der Arzt, der zur Betreuung der Wachmannschaft bestellt war und sich streng auf diese Aufgabe beschränkt hat, der Beihilfe zum Mord schuldig. Dasselbe gälte sogar für den Arzt, der im Lager Häftlingskranke behandelt und sie gerettet hat. Nicht einmal wer an seiner Stelle dem Mordprogramm kleine Hindernisse, wenn auch in untergeordneter Weise und ohne Erfolg, bereitet hätte, wäre straf-frei. Dies sei nicht angängig.¹³³

Diese Entscheidung führte in den nachfolgenden Jahren dazu, dass zahlreiche Verfahren gegen ehemalige KZ-Angehörige mit dem Hinweis eingestellt wurden, ihnen könne keine Beteiligung an konkreten Tötungshandlungen nachgewiesen werden.¹³⁴ Im März 2011 verurteilte dann aber das LG München den ehemaligen KZ-Aufseher John Demjanjuk wegen Beihilfe zum Mord in 28.060¹³⁵ Fällen. In der Urteils-

begründung stellten die Richter darauf ab, dass der Hauptzweck des Vernichtungslagers, die massenhafte Ermordung der jüdischen Bevölkerung Europas, auch durch die Wahrnehmung allgemeiner Dienst- und Wachaufgaben gefördert worden sei, und der Angeklagte durch seine Tätigkeit im KZ zum reibungslosen Betrieb der Tötungsmaschinerie beigetragen habe.¹³⁶ Demjanjuk verstarb, bevor der BGH über die von Verteidigung und Staatsanwaltschaft eingelegte Revision entscheiden konnte. Vier Jahre später wurde der Ansatz des LG München jedoch im Verfahren gegen Oskar Gröning, den sog. Buchhalter von Auschwitz, bestätigt und weitergeführt. Das LG Lüneburg verurteilte ihn wegen Beihilfe zum Mord in 300.000 Fällen, da er durch die Übernahme von Wachdiensten und verwaltenden Tätigkeiten zur Verwertung von Wertgegenständen der Deportierten das insgesamt auf die Tötung von Menschen ausgerichtete System des Vernichtungslagers unterstützt habe.¹³⁷ Dass die Handlungen des Angeklagten nicht auf die Förderung bestimmter einzelner Taten gerichtet waren, sei lediglich konkurrenzrechtlich relevant und begründe die Annahme von Tateinheit.¹³⁸

Der BGH hat die Entscheidung des LG Lüneburg mittlerweile bestätigt. Dabei bekräftigte er zunächst, dass dem Mitglied einer Bande oder kriminellen Vereinigung (gedacht ist wohl an die Zugehörigkeit zum KZ-Personal) nicht automatisch alle aus diesem Personenverband heraus begangenen Taten zugerechnet werden können. Vielmehr müsse hinsichtlich jeder Tat nach allgemeinen Kriterien geprüft werden, ob und wie das jeweilige Mitglied sich hieran beteiligt habe.¹³⁹ Dies gelte grundsätzlich auch bei Handlungen, „die im Rahmen von oder im Zusammenhang mit staatlich organisierten Massenverbrechen vorgenommen werden.“ Dabei „dürften jedoch die Besonderheiten nicht außer Betracht bleiben, die sich bei derartigen Delikten in tatsächlicher Hinsicht ergeben.“¹⁴⁰ Gemeint sind die Einbindung der Einzeltaten in einen kollektiven Aktionszusammenhang und die systematische Begehungsweise. Vor diesem Hintergrund sieht der BGH eine hinreichende Beihilfehandlung nicht nur im „Rampendienst“, sondern (auch) darin, dass der Angeklagte durch seine allgemeine Dienstaussübung im KZ Anteil an der strukturierten und organisierten industriellen NS-Tötungsmaschinerie hatte, die den SS-Funktionären die Anordnung und rasche Durchführung der Mordtaten ermöglichten.¹⁴¹

Der BGH argumentiert hier auf dem Boden der Organisationsherrschaftslehre.¹⁴² Die NS-Tötungsmaschinerie wird als

¹²⁹ Die Rechtsprechung wurde jüngst zusammengefasst in BGH NStZ 2017, 158 (159) mit zahlreichen Nachweisen; zum Streit um das Kausalitätserfordernis siehe nur *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafrecht*, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 27 Rn. 24 ff.

¹³⁰ BGH NJW 1969, 2056. *Hervorhebung durch Verf.*

¹³¹ BGH NJW 1969, 2056 (2057).

¹³² *Bauer*, JZ 1967, 625 (628).

¹³³ BGH NJW 1969, 2056 (2057); kritisch hierzu *Safferling*, JZ 2017, 258 (260), da der BGH mit einem Ausnahmefall eine allgemeine Zurechnungsregel begründe und somit die „juristische Dogmatik auf den Kopf“ stelle.

¹³⁴ Instruktiver Überblick bei *Kurz*, ZIS 2013, 122 (125); siehe auch *Rommel*, NJW 2017, 161 (162).

¹³⁵ Das Landgericht hat die Beihilfe zur Ermordung der Juden eines Transports zu einer einheitlichen Tat zusammengefasst,

LG München, Justiz und NS-Verbrechen (JuNSV), Bd. 49, 227 (367 f.); zu konkurrenzrechtlichen Fragen auch *Kurz*, ZIS 2013, 122 (127).

¹³⁶ LG München, JuNSV, Bd. 49, 227 (362).

¹³⁷ LG Lüneburg, Urt. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13 (9/14), Rn. 56.

¹³⁸ LG Lüneburg, Urt. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13 (9/14), Rn. 58.

¹³⁹ BGH NStZ 2017, 158.

¹⁴⁰ BGH NStZ 2017, 158 (160).

¹⁴¹ BGH NStZ 2017, 158 (160); zu dieser Differenzierung auch *Rommel*, NJW 2017, 161.

¹⁴² Siehe oben Fn. 113 und dazugehörigen Text.

organisatorischer Machtapparat angesehen, der den Hintermännern mittelbare Tatherrschaft verleiht. Indem der Beschuldigte als fungibles Werkzeug zu dessen Funktionieren beiträgt, leistet er Beihilfe zu den von den Hintermännern in mittelbarer Täterschaft begangenen Morden.¹⁴³ Auch wenn der BGH bemüht ist, diesen Ansatz mit seiner ersten Auschwitzentscheidung in Einklang zu bringen,¹⁴⁴ wird man zumindest feststellen müssen, dass das Erfordernis des konkreten Einzeltatnachweises erheblich gelockert wurde. Lässt man die argumentative Bezugnahme auf die Organisationsherrschaftslehre außer Acht, offenbaren sich deutliche Parallelen zur JCE-Doktrin: Gröning werden die im KZ Auschwitz begangenen Mordtaten¹⁴⁵ zugerechnet, weil er durch seine allgemeine Diensttätigkeit einen Beitrag zum Betrieb des KZs (eines joint criminal enterprise) geleistet hat und wusste, dass er dadurch im Zusammenwirken mit anderen die Voraussetzungen für die Durchführung der Vernichtungsaktion schuf (Förderungsvorsatz).¹⁴⁶ Dies entspricht – abgesehen von der Vorsatzvermutung – dem JCE II.¹⁴⁷

Betroffen von der neuen Rechtsprechung waren bislang nur Angehörige des KZ-Wachpersonals.¹⁴⁸ Ihre Grundsätze sind aber auf Mitarbeiter der Lagerverwaltung und andere Personen, die den Lagerbetrieb unterstützen, ohne direkt mit den Tötungshandlungen in Verbindung zu stehen, übertragbar.¹⁴⁹ Auch sie haben zum reibungslosen Betrieb der Tötungsmaschinerie beigetragen und dadurch die Durchführung der Mordtaten unterstützt. Die (vermeintliche)¹⁵⁰ Neutralität

der Tätigkeit steht einer Bestrafung nach gefestigter Rechtsprechung des BGH nicht entgegen, wenn das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf abzielt, eine strafbare Handlung zu begehen und der Hilfeleistende dies weiß, da sein Tun durch die Solidarisierung mit dem Haupttäter seinen Alltagscharakter verliert.¹⁵¹ Dies wird zumindest bei Handlungen im Kontext reiner Vernichtungslager, deren einziger Zweck in der massenhaften Tötung von Menschen besteht, regelmäßig der Fall sein. Hält der Hilfeleistende es hingegen nur für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so wäre nach dem BGH eine strafbare Beihilfe dann zu bejahen, wenn das „von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten [...] derart hoch war, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ“. ¹⁵² Ärzte, die – entsprechend des in der Auschwitzentscheidung bemühten Vergleichsfalls – Häftlingskranke behandeln und retten, sowie Personen, die versuchen, das System von innen heraus zu bekämpfen und seine Härten abzumildern, ließen sich ggf. über den Gedanken der Risikominimierung¹⁵³ von der Strafbarkeit ausnehmen.

b) Ad-hoc-Tribunale: Wesentliche und zielgerichtete Unterstützung?

Die ad-hoc Tribunale greifen auf „aiding und abetting“ vor allem dann zurück, wenn es an dem für ein JCE notwendigen gemeinsamen Zweck oder Plan fehlt.¹⁵⁴ Ihr Ausgangspunkt ähnelt zunächst dem der deutschen Rechtsprechung. Erfasst wird jede Form physischer oder psychischer Hilfeleistung zur Haupttat.¹⁵⁵ Sie muss keine *conditio-sina-qua-non* sein,¹⁵⁶

¹⁴³ Safferling, JZ 2017, 258 (261); auch Rommel, NJW 2017, 161 (162). Nach Roxin (Fn. 90), S. 249, kann jede Tätigkeit, die den Apparat nicht selbstständig weiterbewegt, teilnahmebegründend wirken.

¹⁴⁴ BGH NStZ 2017, 158 (161).

¹⁴⁵ Sachlich beschränkt sich das Urteil auf den Vorwurf der Beihilfe zu den im Rahmen der sog. „Ungarn-Aktion“ (Vernichtung der in Ungarn lebenden jüdischen Bevölkerung) begangenen Morde, BGH NStZ 2017, 158.

¹⁴⁶ Zur subjektiven Seite BGH NStZ 2017, 158 (160).

¹⁴⁷ Siehe oben Fn. 75 und dazugehörigen Text; ebenso Ambos, *Prosecution of Former Nazi Camp Guards: About Restoring Society's Trust in Law and Participation in a Criminal Enterprise*, EJIL: Talk! v. 20.5.2013, <https://www.ejiltalk.org/prosecution-of-former-nazi-camp-guards-about-restoring-societys-trust-in-law-and-participation-in-a-criminal-enterprise/> (8.7.2017).

¹⁴⁸ Dies gilt auch für den Fall Gröning, der in Auschwitz nicht nur als Vermögensverwalter tätig war, sondern auch zur SS-Wachmannschaft gehörte, siehe auch Safferling, JZ 2017, 258 (261).

¹⁴⁹ Ebenso Kurz, ZIS 2013, 122 (127); siehe auch Ambos, EJIL: Talk! v. 20.5.2013 (Fn. 147).

¹⁵⁰ Es erscheint aber durchaus diskutabel, ob es in einem reinen Vernichtungslager, dessen einziger Zweck in der massenhaften Tötung von Menschen besteht, „normale“, „alltägliche“ oder „professionell adäquate“ (so die Definition der neutralen Handlung bei Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg [Hrsg.], Beck'scher Online Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch, Stand: 1.12.2016, § 27 Rn. 10) Handlungen geben kann.

¹⁵¹ Grundlegend BGHSt 46, 107 (112); ausführlich hierzu und der darauf aufbauenden Rechtsprechung Rackow, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, 2007, S. 306 ff.

¹⁵² BGHSt 46, 107 (112).

¹⁵³ Eine Zurechnung des strafrechtlich relevanten Erfolges muss aus normativen Erwägungen heraus ausscheiden, wenn der Handelnde eine für das Opfer bereits bestehende Gefahr verringert und damit dessen Situation verbessert hat, vgl. nur Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 53; Heinrich (Fn. 111), Rn. 247; Joecks (Fn. 129), § 27 Rn. 47; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, *Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar*, 29. Aufl. 2014, § 27 Rn. 8; sowie OLG Stuttgart NJW 1979, 2573. Die Gegenansicht will solche Fälle erst auf Ebene der Rechtfertigung (Einwilligung/Notstand) lösen, Köhler (Fn. 118), S. 147 f.

¹⁵⁴ Zu diesem Unterscheidungsmerkmal ICTY, Urte. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), Rn. 229; auch ICTY, Urte. v. 25.2.2004 – IT-98-32-A (Prosecutor v. Vasiljevic), Rn. 102.

¹⁵⁵ ICTY, Urte. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), Rn. 229; ICTY, Urte. v. 25.2.2004 – IT-98-32-A (Prosecutor v. Vasiljevic), Rn. 102; ICTY, Urte. v. 10.12.1998 – IT-95-12/1-T (Prosecutor v. Furundžija), Rn. 234; ICTY, Urte. v. 6.9.2011 – IT-04-81-T (Prosecutor v. Perišić), Rn. 1; ICTY, Urte. v. 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić), Rn. 575; ICTR, Urte. v. 7.6.2001 – ICTR-95-1A-T (Prosecutor v. Bagilishema), Rn. 33; ICTR, Urte. v. 21.5.1999 – ICTR-95-

wohl aber – und hier liegt ein erster Unterschied zur deutschen Rechtsprechung – *wesentlich* zur Begehung einer Straftat durch eine andere Person beitragen („substantial effect“).¹⁵⁷ Dies wird verneint, wenn der Beschuldigte lediglich eine Position ohne Einflussmöglichkeiten inne hat („a role in the system without influence“).¹⁵⁸ Dementsprechend soll der angestellte Gastechner, der an Gaslieferungen nach Auschwitz beteiligt war, nicht wegen Beihilfe zum Mord strafbar sein.¹⁵⁹ Unter Zugrundelegung der aktuellen BGH-Rechtsprechung würde man wohl zu einem anderen Ergebnis kommen.¹⁶⁰

Darüber hinaus verlangen einige Kammern, dass die Beihilfehandlung speziell darauf gerichtet sein muss, eine bestimmte Tat zu fördern („specifically directed to assist, encourage or lend support to the perpetration of a crime“).¹⁶¹ Anders als bei einem JCE wird es bei der Beihilfe nicht als ausreichend erachtet, dass der Beschuldigte in irgendeiner

Form zu einem Gesamtunternehmen beiträgt;¹⁶² vielmehr wird eine unmittelbare Schuldbeziehung („culpable link“) zwischen der Unterstützungshandlung und der Haupttat verlangt.¹⁶³ Ob es sich hierbei um ein objektives oder subjektives Merkmal handelt, ist nicht eindeutig;¹⁶⁴ seine Funktion besteht jedenfalls in der Begrenzung der Beihilfestrafbarkeit,¹⁶⁵ die insbesondere für die Einordnung neutraler Handlung relevant ist,¹⁶⁶ sowie dann, wenn der Hilfeleistende nicht bei der eigentlichen Tatausführung anwesend ist.¹⁶⁷

Selbst innerhalb der ad-hoc Tribunale ist das Erfordernis der specifically-directed-assistance nicht unumstritten.¹⁶⁸ Soweit es anerkannt wird, kommt in ihm ein klassisch-individualistisches Verständnis der Beihilfe zum Ausdruck, das der Strafbarkeit des Gehilfen engere Grenzen setzt, als die aktuelle deutsche Rechtsprechung. Hintergrund dürfte allerdings weniger eine grundsätzliche Skepsis gegenüber systemischen Zurechnungsmodellen sein, als vielmehr die Tatsache, dass die JCE-Doktrin weitreichende Möglichkeiten bietet, auch indirekte und tatferne Beiträge zu kriminellen Zweckverbänden strafrechtlich zu erfassen.

c) IStGH: Subjektiv beschränkte Beihilfe und sonstige Beiträge zu Gruppentaten

Bei der Bestimmung des objektiven Beihilfetatbestandes orientieren sich die Kammern des IStGH grundsätzlich an der Rechtsprechung der ad-hoc-Tribunale,¹⁶⁹ lehnen aber überwiegend eine Beschränkung auf wesentliche Unterstützungshandlungen ab.¹⁷⁰ In jedem Fall begrenzt Art. 25 Abs. 3 lit. c

1-T (Prosecutor v. Kayishema/Ruzindana), Rn. 199 f.; ICTR, Ur. v. 15.5.2003 – ICTR-97-20-T (Prosecutor v. Semanza), Rn. 385; ICTR, Ur. v. 30.12.2011 – ICTR-01-68-T (Prosecutor v. Ndahimana), Rn. 723; ICTR, Ur. v. 20.12.2012 – ICTR-99-54-T (Prosecutor v. Ngirabatware), Rn. 1295.

¹⁵⁶ ICTY, Ur. v. 10.12.1998 – IT-95-12/1-T (Prosecutor v. Furundžija), Rn. 233; ICTR, Ur. v. 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (Prosecutor v. Kayishema/Ruzindana), Rn. 201; ICTR, Ur. v. 7.6.2001 – ICTR-95-1A-T (Prosecutor v. Bagilishema), Rn. 33; auch ICTY, Ur. v. 6.9.2011 – IT-04-81-T (Prosecutor v. Perišić), Rn. 126; ICTR, Ur. v. 30.12.2011 – ICTR-01-68-T (Prosecutor v. Ndahimana), Rn. 723; SLSGH, Ur. v. 18.5.2012 – SCSL-03-01-T (Prosecutor v. Taylor), Rn. 482.

¹⁵⁷ ICTY, Ur. v. 25.2.2004 – IT-98-32-A (Prosecutor v. Vasiljevic), Rn. 102; ICTY, Ur. v. 10.12.1998 – IT-95-12/1-T (Prosecutor v. Furundžija), Rn. 233; ICTY, Ur. v. 6.9.2011 – IT-04-81-T (Prosecutor v. Perišić), Rn. 126; ICTY, Ur. v. 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić), Rn. 575; ICTR, Ur. v. 7.6.2001 – ICTR-95-1A-T (Prosecutor v. Bagilishema), Rn. 33; ICTR, Ur. v. 20.12.2012 – ICTR-99-54-T (Prosecutor v. Ngirabatware), Rn. 1294; ICTR, Ur. v. 30.12.2011 – ICTR-01-68-T (Prosecutor v. Ndahimana), Rn. 723.

¹⁵⁸ ICTY, Ur. v. 10.12.1998 – IT-95-12/1-T (Prosecutor v. Furundžija), Rn. 233; siehe auch ICTY, Ur. v. 23.1.2014 – IT-05-87-A (Prosecutor v. Šainović u.a.), Rn. 1637.

¹⁵⁹ ICTY, Ur. v. 10.12.1998 – IT-95-12/1-T (Prosecutor v. Furundžija), Rn. 233 i.V.m. Rn. 223. Kritisch zum Begrenzungspotential des Wesentlichkeitskriteriums Rackow (Fn. 151), S. 502.

¹⁶⁰ Oben Fn. 148 und dazugehöriger Text.

¹⁶¹ So bereits ICTY, Ur. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadić), Rn. 229; siehe u.a. auch ICTY, Ur. v. 25.2.2004 – IT-98-32-A (Prosecutor v. Vasiljevic), Rn. 102; ICTY, Ur. v. 28.2.2013 – IT-04-81-A (Prosecutor v. Perišić), Rn. 37; ICTY, Ur. v. 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić), Rn. 575; ICTR, Ur. v. 14.12.2011 – ICTR-05-82-A (Prosecutor v. Ntawukulilyayo) Rn. 214; ICTR, Ur. v. 30.12.2011 – ICTR-01-68-T (Prosecutor v. Ndahimana), Rn. 723.

¹⁶² ICTY, Ur. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadić), Rn. 229; ICTY, Ur. v. 28.2.2013 – IT-04-81-A (Prosecutor v. Perišić), Rn. 27.

¹⁶³ ICTY, Ur. v. 28.2.2013 – IT-04-81-A (Prosecutor v. Perišić), Rn. 37; auch *Ambos* (Fn. 124), Art. 25 Rn. 23.

¹⁶⁴ Ausführlich zur nicht einheitlichen Rechtsprechung *Ambos/Njikam*, JICJ 11 (2013), 789 (804 ff.).

¹⁶⁵ *Ambos/Njikam*, JICJ 11 (2013), 789 (807); *Ambos* (Fn. 124), Art. 25 Rn. 23.

¹⁶⁶ Vgl. ICTY, Ur. v. 28.2.2013 – IT-04-81-A (Prosecutor v. Perišić), Rn. 44 („the provision of general assistance which could be used for both lawful and unlawful activities will not be sufficient, alone, to prove that this aid was specifically directed to crimes of principal perpetrators“); auch *Ambos* (Fn. 5), § 7 Rn. 42; *ders.* (Fn. 124), Art. 25 Rn. 24.

¹⁶⁷ Vgl. ICTY, Ur. v. 28.2.2013 – IT-04-81-A (Prosecutor v. Perišić), Rn. 42.

¹⁶⁸ Siehe insbesondere ICTY, Ur. v. 23.1.2014 – IT-05-87-A (Prosecutor v. Šainović u.a.), Rn. 1617 ff.; auch ICTY, Ur. v. 6.9.2011 – IT-04-81-T (Prosecutor v. Perišić), Rn. 126 m.w.N.; SLSGH, Ur. v. 26.9.2013 – SCSL-03-01-A (Prosecutor v. Taylor), Rn. 471 ff.; SLSGH, Ur. v. 18.5.2012 – SCSL-03-01-T (Prosecutor v. Taylor), Rn. 484.

¹⁶⁹ ICC, Ur. v. 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo u.a.), Rn. 87 ff.

¹⁷⁰ ICC, Ur. v. 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo u.a.), Rn. 93; ICC, Entsch. v. 11.12.2014 – ICC-02/11-02/11-186 (Prosecutor v. Blé Goudé), Rn. 167; ICC, Entsch. v. 24.3.2016 – ICC-01/12-01/15-

IStGH-Statut die Beihilfestrafbarkeit auf subjektiver Ebene, indem er verlangt, dass der Gehilfe „zur Erleichterung“ der Haupttat („for the purpose of facilitating“) handelt. Im Gegensatz zur Rechtsprechung der ad-hoc Tribunale¹⁷¹ ist einfacher Vorsatz damit nicht mehr ausreichend. Es genügt nicht, dass der Gehilfe weiß, dass er zur Begehung der Haupttat beiträgt; die Hilfe muss vielmehr mit dem Ziel geleistet werden, die Haupttat zu erleichtern bzw. zu fördern.¹⁷² Bei KZ-Mitarbeitern – dies gilt ggf. auch für Angehörige des Wachpersonals –, die nicht unmittelbar in die eigentlichen Tötungshandlungen involviert sind, dürfte der Nachweis einer solchen Erleichterungs- oder Förderungsabsicht¹⁷³ nur selten gelingen.¹⁷⁴

Das IStGH-Statut ergänzt allerdings die klassische Beihilfestrafbarkeit durch die Pönalisierung sonstiger Beiträge zu Gruppentaten. Gem. Art. 25 Abs. 3 lit. d IStGH-Statut macht sich strafbar, wer auf sonstige Weise zu der Begehung oder versuchten Begehung eines völkerrechtlichen Verbrechens durch eine mit einem gemeinsamen Ziel handelnde Gruppe von Personen beiträgt. Der Beitrag muss mit dem Ziel geleistet werden, die kriminelle Tätigkeit oder die strafbare Absicht der Gruppe zu fördern oder in Kenntnis des Vorsatzes der Gruppe, das Verbrechen zu begehen, geleistet werden. Im Unterschied¹⁷⁵ zur Beihilfe wird damit in der zweiten Varian-

te auf eine über den Vorsatz hinausgehende Erleichterungs- oder Förderungsabsicht verzichtet. Zudem ist der Bezugspunkt des Vorsatzes ein anderer. Während der Gehilfe Vorsatz bezüglich der Haupttat haben muss (und er daher ihre wesentlichen Merkmale erfassen muss), verlangt Art. 25 Abs. 3 lit. d IStGH-Statut Kenntnis von der kriminellen Absicht der Gruppe. Dies dürfte geringere Anforderungen an die Vorsatzkonkretisierung stellen.¹⁷⁶

Aufgrund seines Gruppenbezugs¹⁷⁷ und den im Vergleich zur Beihilfe herabgesetzten subjektiven Voraussetzungen lässt sich Art. 25 Abs. 3 lit. d IStGH-Statut als erweiterte Form der Individualhaftung ansehen, über die sich auch indirektere Unterstützungshandlungen – wie die allgemeine Dienstaussübung in Konzentrationslagern – erfassen lassen. Insoweit besteht auch eine strukturelle Ähnlichkeit zur JCE-Doktrin,¹⁷⁸ wobei Art. 25 Abs. 3 lit. d IStGH-Statut allerdings keine täterschaftliche Verantwortlichkeit begründet.¹⁷⁹ Zudem genügt die bloße Vorhersehbarkeit der Tat – anders als bei dem JCE III – nicht.¹⁸⁰ Dessen ungeachtet ist beiden Zurechnungsformen gemein, dass sie die subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen absenken und so die die Anklage treffende Beweislast reduzieren.¹⁸¹

IV. Vergleichende Betrachtung: Grundelemente einer völkerstrafrechtlichen Zurechnungslehre

Die unter II. beschriebenen Zurechnungslösungen eint das Bestreben, den strafrechtlichen Grundsatz der individuellen Verantwortlichkeit mit der kollektiven Natur völkerrechtlicher Verbrechen zu vereinbaren. Trotz unterschiedlicher (dogmatischer) Ausgangspunkte ist ihnen im Kern gemein, dass die Beziehung zwischen Handlung und Erfolg über ein Kollektiv vermittelt wird. Die Tat selbst wird tendenziell einem Unrechtsverband – der Organisation, der Gruppe, dem

84 (Prosecutor v. Al Mahdi), Rn. 26; a.A. ICC, Urt. v. 14.3.2012 – ICC/01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 997; wohl auch ICC, Entsch. v. 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465 (Prosecutor v. Mbarushimana), Rn. 280; offengelassen in ICC, Entsch. v. 5.2.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Prosecutor v. Ruto/Kosgey/Sang), Rn. 354.

¹⁷¹ Vgl. bereits ICTY, Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), Rn. 229 („the requisite mental element is knowledge“); auch *Ambos* (Fn. 124), Art. 25 Rn. 27.

¹⁷² ICC, Urt. v. 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo u.a.), Rn. 97.

¹⁷³ *Ambos* (Fn. 5), § 7 Rn. 43.

¹⁷⁴ Vgl. auch *Rackow* (Fn. 151), S. 505.

¹⁷⁵ Zur Frage, ob mit Art. 25 Abs. 3 lit. d IStGH-Statut eine Akzessorietätslockerung verbunden ist *Park*, Rechtsnatur, konkrete Voraussetzungen und Legitimität der Beteiligungsform gem. Art. 25 Abs. 3 lit. d IStGH-Statut, 2016, S. 150 ff. Zudem verlangen einige Kammern bei Art. 25 Abs. 3 lit. d IStGH-Statut einen „signifikanten Beitrag“ („significant contribution“), ICC, Urt. v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3426 (Prosecutor v. Katanga), Rn. 1632; ICC, Entsch. v. 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465 (Prosecutor v. Mbarushimana), Rn. 283. Dies soll geringere Anforderungen an den Tatbeitrag stellen als das Wesentlichkeitserfordernis bei der Beihilfe („substantial contribution“), siehe insbesondere ICC, Entsch. v. 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465 (Prosecutor v. Mbarushimana), Rn. 260. Wie die Abgrenzung zwischen „significant“ and „substantial“ im Einzelnen erfolgen soll, bleibt allerdings unklar, *Ambos* (Fn. 5), § 7 Rn. 43; vertiefend *Park*, a.a.O., S. 170 ff. Gegen eine Beschränkung auf „significant contributions“ ICC, Entsch. v. 5.2.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Prosecutor v. Ruto/Kosgey/Sang), Rn. 354; ICC, Entsch. v. 24.3.2016 – ICC-01/12-01/15-84 (Prosecutor

v. Al Mahdi), Rn. 27; wohl auch ICC, Entsch. v. 14.6.2014 – ICC-01/04-02/06-309 (Prosecutor v. Ntaganda), Rn. 158; zum Meinungsstand *Ambos* (Fn. 124), Art. 25 Rn. 29.

¹⁷⁶ *Park* (Fn. 175), S. 188 ff.

¹⁷⁷ Der Beitrag des Beschuldigten muss allerdings stets mit einer Straftat in Verbindung stehen; eine Förderung der allgemeinen Gruppenaktivitäten genügt nicht, ICC, Urt. v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436 (Prosecutor v. Katanga), Rn. 1632; auch ICC, Entsch. v. 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465 (Prosecutor v. Mbarushimana), Rn. 282.

¹⁷⁸ Siehe auch ICC, Entsch. v. 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465 (Prosecutor v. Mbarushimana), Rn. 282; *Ambos* (Fn. 124), Art. 25 Rn. 29 sowie die Argumentation in ICC, Urt. v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436 (Prosecutor v. Katanga), Rn. 1625.

¹⁷⁹ Siehe auch ICC, Entsch. v. 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465 (Prosecutor v. Mbarushimana), Rn. 282; die Unterschiede zur JCE-Doktrin betont auch ICC, Urt. v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436 (Prosecutor v. Katanga), Rn. 1619.

¹⁸⁰ Siehe auch ICC, Entsch. v. 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465 (Prosecutor v. Mbarushimana), Rn. 282; *Ambos* (Fn. 124), Art. 25 Rn. 32.

¹⁸¹ *Park* (Fn. 175), S. 193.

JCE – zugeschrieben¹⁸² und der Einzelne für seine Mitwirkung an dem Unrechtsverband zur Verantwortung gezogen, wenn und weil er hierdurch die Tatbegehung zumindest mittelbar gefördert hat.¹⁸³ Geradezu paradigmatisch ist die Argumentation des BGH in der aktuellen Auschwitz-Entscheidung, die maßgeblich darauf abstellt, dass der Angeklagte durch seine allgemeine Diensttätigkeit die von „führenden SS-Funktionären“ betriebene „industrielle Tötungsmaschinerie“ unterstützte.¹⁸⁴

Dies entspricht im Wesentlichen der bereits 1998 von Marxen entwickelten „völkerstrafrechtlichen Straftatlehre“, die auf einem aus drei Elementen und zwei Verbindungsgliedern bestehenden Zurechnungszusammenhang basiert. Das erste Element ist das konkrete Verhalten der angeklagten Einzelperson, das zweite der überindividuelle Verbrechenszusammenhang und das dritte der Verbrechenserfolg. Die diese Elemente verbindenden Momente sind 1. die Beteiligung des Individuums an dem Gesamtvorhaben und 2. die Herbeiführung des Verbrechenserfolgs durch das Gesamtvorhaben.¹⁸⁵

Man mag diese Ergänzung der tradierten Zurechnungsregeln um ein systemisches Moment¹⁸⁶ als Abkehr vom Individualparadigma kritisieren,¹⁸⁷ sie scheint aber für eine angemessene strafrechtliche Würdigung völkerrechtlicher Verbrechen unumgänglich. Liegt ihr unrechtskonstituierendes Moment in der Verbindung zwischen Einzelakt und Gesamttat, so muss die Zurechnungslehre dem gerecht werden, indem sie die individuelle Handlung in ihrem Kollektivbezug sieht und bewertet. Dass der BGH dies in seiner aktuellen Entscheidung zur Beihilfestrafbarkeit von Angehörigen des KZ-Wachpersonals anerkannt und die nationale Rechtsprechung an die der internationalen Tribunale angepasst hat,¹⁸⁸ ist daher zu begrüßen.

¹⁸² Vgl. auch Eidam (Fn. 94), S. 294.

¹⁸³ Selbst für die „klassische“ Mittäterschaft ließe sich argumentieren, dass die Tat von einem überindividuellen Täterkollektiv begangen wird, zu dem jeder Mittäter einen Beitrag geleistet hat, vgl. Vest (Fn. 34), S. 414; ausführlich (und kritisch) Eidam (Fn. 94), S. 145 ff. m.w.N.

¹⁸⁴ BGH NStZ 2017, 158 (160).

¹⁸⁵ Marxen (Fn. 34), S. 231 f. Einen ähnlichen Ansatz verfolgt Vest, der die Gesamttat als „Leit- und Zuordnungsprinzip“ einer völkerstrafrechtlichen Zurechnungslehre versteht, die dem Einzelnen seinen vorsätzlich erbrachten „Anteil am jeweiligen ‚kollektiven Werk‘ der ihm zurechenbaren Teil- oder Gesamttat zur Last legt“, Vest (Fn. 34), S. 415. Ausgehend von der Organisationsherrschaftslehre entwickelt Vest ein abgestuftes Mehrebenenmodell systemischer Tatherrschaft, das zwischen drei Hierarchieebenen (1. Führung, 2. Planung und Organisation, 3. Ausführung) unterscheidet.

¹⁸⁶ Vest (Fn. 34), S. 416; Ambos (Fn. 5), § 7 Rn. 11; ders. (Fn. 7), S. 86.

¹⁸⁷ So Eidam (Fn. 94), S. 332. Allgemein kritisch zur Anpassung traditioneller Zurechnungsregeln an die kollektive Natur völkerrechtlicher Verbrechen Ohlin, JICJ 5 (2007), 69 (74).

¹⁸⁸ Dazu oben Fn. 147 und dazugehöriger Text.

Dabei darf allerdings nicht verkannt werden, dass durch die Zwischenschaltung eines Kollektivelements die objektiven Zurechnungsvoraussetzungen nicht unerheblich gelockert werden. Um bedenklichen und ggf. unvorhersehbaren Strafbarkeitserweiterungen vorzubeugen, muss auf subjektiver Ebene strikt am Vorsatzerfordernis festgehalten werden. Jede Herabsetzung subjektiver Zurechnungsvoraussetzungen wie sie insbesondere bei dem JCE II und III¹⁸⁹ erfolgt, sich aber möglicherweise auch in der Rechtsprechung des IStGH zum Tatplanerfordernis bei der Mittäterschaft¹⁹⁰ andeutet, ist daher abzulehnen.

Das Bedürfnis, auch in einem systemischen Zurechnungsmodell individuelle Verantwortlichkeiten nicht ausufern zu lassen, führt zu der Frage, welche Anforderungen an den individuellen Tatbeitrag zu stellen sind. Die internationale Rechtsprechung ist insoweit nicht einheitlich; die dort teilweise vorzufindende Differenzierung zwischen signifikanten, wesentlichen und essentiellen Tatbeiträgen ist dogmatisch nicht fundiert, wenig trennscharf und in der Praxis kaum durchführbar. Dies gilt umso mehr, als bei hochgradig kollektiven Tatstrukturen (nahezu) jeder Beteiligte ersetzbar ist. Verweigert er seine Mitwirkung, so übernimmt ein anderer seinen Part, sodass die Tat dennoch – und ggf. sogar ohne zeitliche Verzögerung – ausgeführt werden kann.¹⁹¹ In diesem Sinne verwies die Verteidigung im Lubanga-Verfahren darauf, dass die betroffenen Kinder in jedem Fall und unabhängig vom Verhalten Lubangas rekrutiert worden wären,¹⁹² sodass sein Tatbeitrag nicht als wesentlich oder gar essentiell betrachtet werden könne.

Die herrschende deutsche Auffassung würde diesem Vorbringen wohl die Unbeachtlichkeit hypothetischer Reserveursachen entgegengehalten.¹⁹³ Entscheidend ist hiernach allein, dass der Beschuldigte tatsächlich fremde Rechtsgüter beeinträchtigt hat. Ob eine ähnliche Verletzung „real möglich, mehr oder weniger wahrscheinlich oder gewiß in nächster Zukunft auch geschehen wäre“, ist irrelevant.¹⁹⁴ Bei nationalen Straftaten wird dieser Ansatz regelmäßig zu angemessen-

¹⁸⁹ Dazu oben Fn. 75 und dazugehöriger Text.

¹⁹⁰ Dazu oben Fn. 99 und dazugehöriger Text.

¹⁹¹ Stewart, JICJ 10 (2012), 1189 spricht daher von „overdetermined atrocities“.

¹⁹² Defence Closing Statements (Open Session), Transkript ICC-01/04-01/06-357 v. 26.8.2010, S. 30: „it is possible to fully realise that Thomas Lubanga played no role in the recruitment and use of FPLC soldiers [...], for the simple reason that the soldiers who appointed him as leader did not need him.“; zum vergleichbaren Vorbringen im Demjanjuk-Verfahren LG München, JuNSV, Bd. 49, 227 (363).

¹⁹³ Siehe speziell im Zusammenhang mit NS-Unrecht BGHSt 2, 20 (24); LG München, JuNSV, Bd. 49, 227 (363); auch Murmann, JICJ 12 (2014), 283 (289); allgemein Köhler (Fn. 153), S. 146; Freund (Fn. 5), § 2 Rn. 66; Heinrich (Fn. 111), Rn. 85. Je nach konkreter Fallgestaltung kann auch eine alternative Kausalität vorliegen, vgl. Murmann, JICJ 12 (2014), 283 (290).

¹⁹⁴ Köhler (Fn. 153), S. 146; auch Murmann, JICJ 12 (2014), 283 (289).

nen Ergebnissen führen. Sind die kollektiven Tatstrukturen aber so stark ausgeprägt, dass der Einzelne zum austauschbaren Rädchen wird, erscheint es auf den ersten Blick fraglich, ob die pauschale Ausblendung hypothetischer Ersatzursachen den tatsächlichen Gegebenheiten gerecht wird. Im Kausalitätserfordernis soll die objektive Handlungsmacht des Täters hinsichtlich des konkreten Verletzungsgeschehens zum Ausdruck kommen.¹⁹⁵ Ist diese wirklich gegeben, wenn der Handelnde den Erfolgseintritt faktisch nicht beeinflussen konnte, da das betroffene Rechtsgut auch dann (und in vergleichbarer Weise) beeinträchtigt worden wäre, wenn er jedwede Mitwirkung verweigert hätte, sodass sein individueller Handlungsbeitrag im Ergebnis keinen Unterschied gemacht hat?¹⁹⁶

Verneint man dies, drohen empfindliche Strafbarkeitslücken. Die Einbindung der Einzeltat in einen systemischen Gesamtkontext würde schlussendlich auch den die Tat unmittelbar Ausführenden entlasten, solange er nur darlegen kann, dass genügend andere Personen bereitstanden, seinen Platz einzunehmen.¹⁹⁷ Eine solche Lösung verkennt, dass sich der Handelnde bewusst in einen systemischen Deliktzusammenhang eingefügt und im kollektiven Zusammenwirken mit anderen den Taterfolg herbeigeführt hat.¹⁹⁸ Knüpft der strafrechtliche Vorwurf (zumindest auch) an die Beteiligung an einem Unrechtsverband an, dessen prägendes Merkmal und Funktionsvoraussetzung¹⁹⁹ die hohe Zahl an – ggf. zeitgleich und parallel agierenden – Mitwirkenden ist, so kann die hieraus zwangsläufig resultierende Fungibilität des Einzelnen nicht entlastend wirken.²⁰⁰ Kein Systembeteiligter kann und darf sich darauf berufen, dass andere Systembeteiligte seinen Mitwirkungsbeitrag ersetzt hätten.²⁰¹ Vor diesem Hintergrund ist es auch verfehlt, wenn das ICTY die Wesentlichkeit des Gehilfenbeitrags bei fehlender Einflussmöglichkeit („a role in the system without influence“)²⁰² verneinen will. Dass der Einzelne isoliert betrachtet nicht die Macht hat, die Tatabläufe nennenswert zu modifizieren oder gar den Erfolgseintritt zu verhindern, ist für systemische Kollektivtaten typisch und ändert nichts daran, dass er Anteil am Gesamtgeschehen hatte.

¹⁹⁵ Siehe Köhler (Fn. 118), S. 146; vgl. auch Murmann, JICJ 12 (2014), 283 (289: „because what matters is that the specific offender was able to prevent the result“).

¹⁹⁶ Stewart, JICJ 10 (2012), 1189.

¹⁹⁷ Siehe die Beispiele bei Stewart, JICJ 10 (2012), 1189 (1190 ff.).

¹⁹⁸ Vgl. auch Stewart, JICJ 10 (2012), 1189 (1216).

¹⁹⁹ Siehe hierzu BGH NStZ 2017, 158 (160): „Nur weil ihnen eine derart strukturierte und organisierte ‚industrielle Tötungsmaschinerie‘ mit willigen und gehorsamen Untergebenen zur Verfügung stand, waren die national-sozialistischen Machthaber und die führenden SS-Funktionäre überhaupt in der Lage, die ‚Ungarn-Aktion‘ anzuordnen und in der geschehenen Form auch durchführen zu lassen“.

²⁰⁰ Vgl. Vogel, ZStW 114 (2002), 403 (410), der darauf hinweist, dass in jedem systemischen Zurechnungsmodell der Grundsatz gelten muss, dass Fungibilitäten unbeachtlich sind.

²⁰¹ Siehe auch BGHSt 2, 20 (25).

²⁰² Dazu oben Fn. 158.

Generell dürfte einiges dafür sprechen, bei der Beihilfe auf ein Schwellenerfordernis zu verzichten. Völkerstrafrechtliche Verbrechen sind regelmäßig das Resultat einer Vielzahl individueller Handlungen, die für sich genommen (fast) bedeutungslos, im Zusammenwirken aber gravierend sind. Dass die Internationalen Tribunale insoweit teilweise strikter sind, wird man auch vor dem Hintergrund sehen müssen, dass ihr Fokus auf der Verfolgung der hauptverantwortlichen Täter liegt.²⁰³ Eventuell drohenden Überpönalsierungen lässt sich entgegentreten, wenn man im Einklang mit der Lehre von der objektiven Zurechnung verlangt, dass der Gehilfe durch sein Verhalten das Risiko einer Rechtsgutsverletzung geschaffen oder erhöht hat²⁰⁴ (wobei hypothetische Ersatzursachen nach dem eben Gesagten unberücksichtigt bleiben). Für neutrale Handlungen bietet der subjektive Ansatz des BGH²⁰⁵ eine durchaus gangbare Lösung. Alternativ ließe sich darauf abstellen, ob die Handlung „sowohl substantiell als auch in Machart oder Verwendungszweck auf die Haupttat abgestimmt ist“.²⁰⁶

Die sich aufdrängende Folgefrage, die hier aber nur kurz angeschnitten sei, betrifft die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme,²⁰⁷ die eine wie auch immer geartete Bewertung der Tatbeiträge erforderlich macht. Auch insoweit muss den strukturellen Besonderheiten völkerrechtlicher Verbrechen Rechnung getragen werden. Bedenklich ist es daher, wenn die Lubanga-Vorverfahrenskammer für eine mittäterschaftliche Tatbegehung verlangt, dass jeder der Mitwirkenden die Tat hätte verhindern können, indem er seinen Tatbeitrag verweigert.²⁰⁸ Da die meisten Beiträge zu völkerrechtlichen Verbrechen – wie gesehen – ohne weiteres ersetzbar sind, fehlt es den Systembeteiligten regelmäßig an einer effektiven Verhinderungsmacht, ohne dass sich hieraus jedoch zwingende Rückschlüsse auf die Bedeutung ihrer Mitwirkungshandlung für das Gesamtgeschehen ergeben.²⁰⁹ Neben den faktischen Eingriffs- und Steuerungsmöglichkeiten wird man daher immer auch berücksichtigen müssen, ob sich der Betroffene nach normativ-wertenden Kriterien als „Zentralgestalt“²¹⁰ erweist. Im Einklang mit der Organisationsherrschaftslehre²¹¹ ist dabei seiner hierarchischen Stellung im Zurechnungsverband und der damit

²⁰³ Dazu oben Fn. 40 und dazugehöriger Text.

²⁰⁴ Ambos (Fn. 7), S. 165; allgemein Roxin (Fn. 111), § 26 Rn. 218 ff.

²⁰⁵ Dazu oben Fn. 151.

²⁰⁶ So Vest (Fn. 34), S. 209.

²⁰⁷ Siehe zur diesbezüglichen Kritik an der JCE-Doktrin, die die Tat allen Mitgliedern des JCE ohne Rücksicht auf individuelle Verantwortungsanteile zu gleichen Teilen zurechnet, Vest (Fn. 34), S. 337; Fletcher/Ohlin, JICJ 3 (2005), 539 (550).

²⁰⁸ ICC, Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 342.

²⁰⁹ Kritisch auch Ambos (Fn. 124), Art. 25 Rn. 10 mit Fn. 53.

²¹⁰ Zum Täter als „Zentralgestalt“ Roxin (Fn. 111), § 25 Rn. 10.

²¹¹ Siehe oben Fn. 123 und dazugehörigen Text.

einhergehenden Machtposition besondere Bedeutung beizumessen.²¹²

V. Zusammenfassung

Die kollektive Natur völkerrechtlicher Verbrechen und die Einbindung des Einzelnen in einen übergeordneten Aktionszusammenhang erschwert die Identifizierung individueller Verantwortungsbeiträge. Den hierzu in der deutschen und internationalen Rechtsprechung entwickelten Lösungsansätzen ist – trotz unterschiedlicher dogmatischer Ausgangspunkte – im Kern gemein, dass sie die traditionelle Zurechnungslehre um ein systemisches Moment ergänzen. Dabei wird die Beziehung zwischen Handlung und Erfolg über ein Kollektiv vermittelt. Die Tat selbst wird tendenziell einem Unrechtsverband zugeschrieben und der Einzelne für seine Mitwirkung an dem Unrechtsverband zur Verantwortung gezogen, wenn und weil er hierdurch die Tatbegehung zumindest mittelbar gefördert hat.

Eine solchermaßen erweiterte Zurechnung dürfte – trotz der damit verbundenen Lösung von einem strikt verstandenen Individualparadigma – notwendig und geboten sein, um dem Kollektivbezug der individuellen Handlung gerecht zu werden. Grundvoraussetzung eines systemischen Zurechnungsmodells ist jedoch eine strikte Trennung zwischen völkerstrafrechtlichen und rein nationalen Straftaten. Dies verlangt nach einer restriktiven Auslegung des Kontexterfordernisses. Bei der – notwendig normativ geprägten – Bewertung der einzelnen Tatbeiträge ist zu berücksichtigen, dass in hochgradig kollektiven Begehungszusammenhängen die einzelnen Mitwirkungsakte regelmäßig ersetzbar sind. Auch wenn die Gestaltungs- und Verhinderungsmacht des jeweiligen Systembeteiligten daher begrenzt erscheint, lässt dies keinen zwingenden Rückschluss auf die Bedeutung seiner Handlung für das Gesamtgeschehen zu. Relevant sind insoweit vielmehr auch seine hierarchische Stellung im Zurechnungsverband und die hiermit verbundenen Einflussmöglichkeiten.

²¹² Siehe auch das hierarchische Zurechnungsmodell von *Vest* (Fn. 34), S. 415 ff., sowie *Ambos* (Fn. 7), S. 86 f.

Über Unterschiede in der Beteiligtenverantwortung im Strafrecht einer Zivilgesellschaft und im Völkerstrafrecht*

Gedanken zum Friedensprozess in Kolumbien

Von Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski, Leipzig

Das Strafrecht ist primär eine staatliche Einrichtung, die primär auf Verletzungen einer Person durch eine andere in einzelnen Rechtsverhältnissen (im Folgenden: „Mikrokriminalität“¹) innerhalb einer im Großen und Ganzen intakten Zivilgesellschaft reagiert. Friedensprozesse wie derjenige in Kolumbien haben demgegenüber einen anderen Ausgangspunkt: Sie gehen von einem (Bürger-)Kriegszustand aus und suchen ihn zu überwinden. Welche Rolle das Strafrecht in einem Friedensprozess als Bestandteil einer Übergangsjustiz spielen kann, die typischerweise auf kollektive Gewalttaten (im Folgenden: „Makrokriminalität“²) reagiert, ist eine vielschichtige Frage, die insbesondere auch die Beteiligungslehre betrifft. Um eine Antwort zu versuchen, müssen mehrere Schritte vollzogen werden. Als erstes möchte ich herausarbeiten, wie das „Mikrostrafrecht“ und seine Beteiligungslehre in einem in sich gefestigten zivilgesellschaftlichen Gemeinwesen verfasst sind (I.). Sodann wende ich mich systemischen Bestimmungsgründen zu, derentwegen eine solche Gesellschaft in eine Krise zu geraten vermag, die in bürgerkriegsähnliche Zustände ausarten kann (II.). Schließlich gehe ich auf den Beitrag ein, den das Völkerstrafrecht hier zur Befriedung leisten könnte und ziehe aus seiner völkerrechtlichen Natur Folgerungen für die Beteiligungslehre (III.).

I. Das Strafrecht eines stabilen zivilgesellschaftlichen Gemeinwesens

Verbrechen und Strafe haben in der Geschichte einen großen Wandel durchgemacht. Auch heute noch bietet die Unzahl der Strafrechtskodifikationen ein vielfarbiges Bild. Für die Gegenwart lassen sich aber aus den verfassungs- und völkerrechtlichen Grundlagen verallgemeinerungsfähige Grundbestimmungen für die Sinngebung von Verbrechen und Strafe ableiten (1. a.), deren konsequente Beachtung auch der Beteiligungslehre mehr Konturen verleihen kann (1. b.). Daneben lässt sich das Bilden krimineller Vereinigungen eigenständig als Unrecht erfassen (1. c.).

* Vortrag, gehalten auf dem Kolumbianisch-Deutschen Kolloquium zu Grundlagenfragen des Rechts im Umbruch am 21.4.2016 an der Universität Regensburg.

¹ Der Begriff „Mikrokriminalität“ ist noch nicht hinreichend geklärt. Näher dazu: Kunz, *Kriminologie*, 6. Aufl. 2011, § 8 Rn. 29; Krämer, *Individuelle und kollektive Zurechnung im Strafrecht*, 2015, S. 90 m.w.N. Ich verstehe ihn in dem oben genannten Sinne als eine Tat, die von einem Individuum begangen wird, das in einem Rechtsverhältnis zu einer anderen Person steht und eine es deswegen treffende Pflicht übertritt.

² Grundlegend: Jäger, *Makrokriminalität*, 1989, S. 11 ff.; vgl. weiter Krämer (Fn. 1), S. 135 ff. m.w.N.

1. „Mikrostrafrecht“ und Beteiligendogmatik

a) Genau wie das Grundgesetz zählt die Verfassung Kolumbiens von 1991 in ihrem Art. 1 die Menschenwürde zu ihren Höchstwerten. Wie viele Menschenrechtspakte garantiert sie jedem Menschen auch die Anerkennung seiner Rechtspersönlichkeit, vgl. Art. 14. Darin kommt zum Ausdruck, dass sich eine solche Rechtsordnung nicht in einer Ansammlung von Rechten und Gütern erschöpft.³ Sie enthält vielmehr auch den Geltungsanspruch des jeweiligen Inhabers dieser Rechte und Güter, dass deren Fortbestand gesichert sein soll.⁴ Diese Rechtsordnung wird nun nicht beiläufig, sondern schlechthin getroffen, wo der eine dem anderen durch einen willentlichen Angriff auf dessen Rechtsgüter seinen Willen aufzwingt. Hierdurch ist auch ein auf die Menschenwürde verpflichtetes Gemeinwesen aufgerufen, sich schützend vor das Opfer zu stellen. Die Verurteilung zu Schadensersatz reicht dabei nicht aus, um den Konflikt zu bereinigen.⁵ Zu diesem gehört auch die mit dem willentlichen, d.h. schuldhaften, Angriff verbundene Anmaßung des Täters, verletzen zu dürfen.⁶ Ihr gilt es ebenfalls zu widersprechen, um das Rechtsverhältnis ungestört wiederherzustellen.⁷ Aus der Schutzpflicht des Staates folgt daher auch, dass er derart elementare Rechtsbrüche in aller Regel unter Strafe zu stellen und, soweit die Schuld erwiesen ist, auch zu ahnden hat.

Wie man den Naturzustandstheoremen der Neuzeit entnehmen kann, hat Recht seine unmittelbare Wirklichkeit im Verhalten der Personen zueinander.⁸ Ein Rechtsbruch lässt sich daher auch außerhalb eines Gemeinwesens und dessen positiver Rechtssetzung identifizieren. Eine bloß privatautonom gestaltete Rechtssetzung, Rechtsanwendung und Unrechtsreaktion ist jedoch labil, da im Streitfalle jeder das Recht aus eigener Perspektive beurteilt.⁹ Zwar kann eine lebensweltliche Einbettung des Rechtsverhältnisses, in dem der eine den anderen verletzt hat, eine einvernehmliche Streitschlichtung nahelegen. Darüber hinaus konstituieren

³ Vgl. Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 2/23.

⁴ Kleszczewski, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 2016, § 1 Rn. 12.

⁵ Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts, Theorie Werkausgabe*, Moldenhauer/Mickel (Hrsg.), Bd. 7, 1975, §§ 98 f., S. 185 ff. Zu Hegels Grundlegung einer Verbrechens- und Straftheorie: Kleszczewski, *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft*, 1991, S. 78 ff., 232 ff.

⁶ Hegel (Fn. 5), § 99, S. 186.

⁷ Wolff, *ZStW* 97 (1985), 786 (818 ff.).

⁸ Locke, *Two Treatises of Government*, II §§ 6 f.; Kant, *Metaphysik der Sitten, Anfangsgründe der Rechtslehre*, Reclam Ausgabe, § 41, Bd. 8, 1983, S. 423 f.; Hobbes, *De Cive*, 2. Kap., 2. Abschnitt.

⁹ Kant (Fn. 8), § 44, S. 430 f.; Locke (Fn. 8), II §§ 87, 125.

Menschen ihre Gesellschaft als Rechtsgemeinschaft, indem sie zum gegenseitigen Eigennutz dauerhaft miteinander kooperieren. Denn der Austausch von Leistungen ist in der Grundlage nicht bloß ein ökonomischer Sachverhalt.¹⁰ In der alltäglichen Arbeit füreinander habitualisieren die Menschen vielmehr auch ihre gegenseitige Anerkennung füreinander und bilden so eine gemeinsame Identität aus, als Bürger in gleicher Weise frei zu sein.¹¹ Auch wenn dies der privatautonomen Rechtsgestaltung und Rechtsrestitution eine gewisse Stabilität verleiht, so birgt sie doch weiterhin Konfliktpotenzial. Tiefgehende Auseinandersetzungen lassen sich daher von Grund auf nur in einem Gemeinwesen beheben, in dem niemand sie in eigener Sache entscheidet.¹² Auf der Ebene der Gesetzgebung liegt darin, wie *Rousseau* gezeigt hat, der eigentliche Sinn des Prinzips der Volkssouveränität: Wo nicht einer den anderen aus seiner Sicht die Regeln diktiert, sondern alle Staatsbürger daran mitwirken, einander ohne Ansehen eines besonderen Einzelfalles abstrakt-allgemeine Vorschriften zu geben,¹³ dort ist die Chance am größten, dass die Sache mit einem Höchstmaß an Objektivität allgemein geregelt wird.

Zu den integralen Bestandteilen eines rechtsstaatlichen Strafrechts gehört es daher, dass es das strafrechtliche Unrecht gesetzlich umschreibt. Nach den Traditionen der verschiedenen Rechtskreise bestehen zwar Unterschiede, in welcher Weise der Tatbestand abstrakt-allgemein definiert wird.¹⁴ Für die Rechtsordnungen, die dem kontinentaleuropäischen Rechtskreis zugehören oder sich an ihn anlehnen, gilt freilich, dass ein Parlamentsgesetz die Strafbarkeit zu bestimmen hat.¹⁵ Nun herrscht freilich keine Einigkeit darüber, wie dicht ein Gesetzgeber das zu pönalisierende Verhalten zu umschreiben hat, um dem Bestimmtheitsgrundsatz zu genügen.¹⁶ Macht man sich aber klar, dass der Sinn des Bestimmtheitsgrundsatzes gerade darin besteht, die „Strafbarkeit“ zu benennen, dann muss schon der gesetzliche Tatbestand diejenigen Aspekte, die ein Verhalten im Einzelnen „strafbar“ machen, nämlich ein je spezifischer willentlicher Angriff zu sein, selbst umreißen.¹⁷ Im Großen und Ganzen

genügen die einzelnen Tatbestände, die man in den Strafkodifikationen moderner Rechtsstaaten findet, diesem Anspruch. Für das Thema meines Beitrages ist es wichtig, diesen Aspekt auch für die Beteiligungslehre fruchtbar zu machen.

b) Strafe zieht den Menschen höchstpersönlich zur Verantwortung. Dementsprechend stellen die Tatbestände im Besonderen Teil der Strafgesetzbücher auch nur Handlungen Einzelner unter Strafe. Sie gehen so, ob ausdrücklich oder nicht, immer vom unmittelbaren Täter aus, der, wie es § 25 Abs. 1 des deutschen StGB (im Folgenden dStGB) formuliert, „die Straftat selbst [...] begeht“. Neben dem unmittelbaren Täter kennt natürlich jedes moderne Strafgesetzbuch immer auch noch andere Formen der Beteiligung. Die Rechtsvergleichung lehrt, dass hier Einheitstäterlösungen mit Teilnahmesystemen konkurrieren.¹⁸ Ich beschränke mich im Folgenden auf Letztere. Denn eine genaue Analyse von Einheitstätermodellen zeigt, dass sie ohne akzessorische Regelungen nicht auskommen und daher letztlich verkappte Teilnahmesysteme sind.¹⁹ Nicht nur bei den Sonderdelikten bzw. den eigenhändigen Delikten, auch bei den reinen Erfolgsdelikten herrscht innerhalb der Einheitstätersysteme jedenfalls minimale Akzessorietät. Ferner lässt sich bei ihnen die Verselbständigung des Versuchsbeginns für jeden Mitwirkenden weder ohne Widerspruch zur straflosen Vorbereitung konsequent durchführen, noch harmonisiert sie mit der auf einen gegenwärtigen Angriff eingeschränkten Notwehr. Trotz der höheren Elastizität bei der Straffrahmenwahl, die für Einheitstätersysteme kennzeichnend ist, lassen sich bei strafscharfenden Merkmalen auch hier akzessorische Bezüge ausmachen.

aa) Für die meisten Teilnahmesysteme ist nun kennzeichnend, dass sie neben dem unmittelbaren Täter mit Anstiftung und Beihilfe nicht nur Teilnahmefiguren in das Gesetz aufnehmen, sondern darüber hinaus auch weitere Formen der Täterschaft, namentlich die mittelbare Täterschaft und die Mittäterschaft, kennen. Folglich müssen dogmatische Kriterien entwickelt werden, mit denen der Täter vom Teilnehmer unterschieden werden kann.

bb) In Deutschland hat sich dabei im Schrifttum überwiegend die Tatherrschaftslehre in der von *Roxin* entwickelten Gestalt durchgesetzt.²⁰ Sie hat zudem auch Einfluss auf die Rechtsprechung gewonnen.²¹ Diese Lehre ist weiterhin im spanischsprachigen Rechtsraum in beachtlichem Ausmaße und teilweise auch im Völkerstrafrecht rezipiert worden.²²

¹⁰ So aber der Tendenz nach: *Marx*, in: *Marx/Engels* (Hrsg.), *Werke*, Bd. 13, 14. Aufl. 1983, S. 616. Eingehenden Überblick zur Entstehung und zum Bedeutungswandel des Begriffes der bürgerlichen Gesellschaft bzw. der Zivilgesellschaft bieten die Beiträge in: *Schmidt* (Hrsg.), *Zivilgesellschaft*, 2007.

¹¹ So *Hegel* (Fn. 5), § 209, S. 360 f.

¹² Vgl. *Hobbes* (Fn. 8), 3. Kap., 21. Abschnitt.

¹³ *Rousseau*, *Contrat Social*, Bd. 2, S. 68 f.; vgl. *Kant*, *Streit der Fakultäten*, Weischedel-Werkausgabe, Bd. 11, 1983, S. 364; ähnlich: *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 1992, S. 138, 140, 209 f.

¹⁴ *Jescheck/Weigend*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, § 15 I.

¹⁵ *Dannecker*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 1 Rn. 42 ff.

¹⁶ Überblick bei *Klaczewski* (Fn. 4), § 1 Rn. 20 ff.

¹⁷ *Klaczewski* (Fn. 4), § 1 Rn. 22, 30.

¹⁸ *Klaczewski*, in: *Paeffgen* (Hrsg.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 613 (616 ff.).

¹⁹ *Klaczewski* (Fn. 18), S. 618 f.

²⁰ *Roxin*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9. Aufl. 2015, S. 142 ff.

²¹ Etwa in BGHSt 35, 347 (351); 40, 218 (236 f.); 49, 147 (163 f.). Rechtsprechungsanalyse bei *Schlösser*, GA 2007, 161 (164 ff.).

²² Zu Ersterem: *Vasques*, in: *Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Haffke/Schünemann/Wolter* (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, *Strafrecht als Scientia Universalis*, 2011, S. 819 (826 ff.); zu

Aufgrund des hohen Stellenwerts dieser Doktrin möchte ich mich im Folgenden auf die Auseinandersetzung mit der Tatherrschaftslehre konzentrieren. Sie geht von folgender allgemeinen Definition aus: „Tatherrschaft ist das vom Vorsatz umfaßte In-den-Händen-Halten des tatbestandsmäßigen Geschehensablaufes, die dem Handelnden bewußte Möglichkeit finaler tatbestandsgestaltender Steuerung. Tatherrschaft hat jeder Mitwirkende, der in der tatsächlich ihm bewußten Lage ist, die Tatbestandsverwirklichung je nach seinem Willen ablaufen zu lassen, zu hemmen oder abbrechen zu können.“²³

Mittelbare Täterschaft begründet sich dabei durch Willensherrschaft, Mittäterschaft durch funktionelle Tatherrschaft kraft arbeitsteiliger Tatausführung.²⁴ Weder der Mittäter noch der mittelbare Täter muss dabei das Opfer selbst angreifen. Vielmehr genügt es bei der Mittäterschaft, wenn einer der Komplizen lediglich einen wesentlichen Beitrag in der Ausführungsphase leistet²⁵ (wenn nicht sogar auch ein ebensolcher Beitrag in der Vorbereitungsphase als ausreichend angesehen wird).²⁶ Schmierestehen²⁷ oder Deliktsplanungen²⁸ werden so schnell als Mittäterschaft eingeschätzt. Bei der mittelbaren Täterschaft ist die Entfernung zu dem vom Tatmittler ins Werk gesetzten Angriff meist noch größer. Als ausschlaggebend wird hier der steuernde Wille des Hintermannes angesehen. Dieser wird dabei nicht nur dann bejaht, wenn man den Zustand der Schuldlosigkeit des Vordermannes dazu ausnutzt, ihn zur Tat zu bewegen.²⁹ Vielmehr lässt man es darüber hinaus (jedenfalls bei bestimmten Fallgruppen) auch genügen, wenn dem Hintermann aufgrund der verminderten Schuld des Vordermannes ein entsprechend gesteigerter Einfluss zuwächst.³⁰ Auf dieser Grundlage hat *Roxin* auch die Figur der mittelbaren Täterschaft aufgrund der Ausnutzung eines organisierten Machtapparates entwi-

ckelt,³¹ die nicht nur in der Rechtsprechung des BGH, sondern nicht zuletzt auch in der Judikatur der völkerstrafrechtlichen Tribunale weithin Anklang gefunden hat.³² Mit dieser Doktrin lassen sich die Befehle, die die Mitglieder des Estadio Mayor Central der FARC bzw. dessen Sekretariat an ihre Untergebenen gegeben haben, damit diese Straftaten begehen, unschwer als ein Handeln in mittelbare Täterschaft ansehen.

cc) Die Tatherrschaftslehre stützt sich einestheils maßgeblich auf den finalistischen Handlungsbegriff. Danach steht dem zweckhaften Einsatz von Naturkräften das Dirigieren von Menschen gleich.³³ Anderenteils hänge es von Wertvorstellungen des Gesetzgebers ab, welche der zahlreichen sachlogisch vorgegebenen Differenzierungen er zur Grundlage seiner Regelung machen wolle.³⁴ Eine Teilnahmelehre müsse darauf differenzierend eingehen.

Gegen die Tatherrschaftslehre wird zum einen vorgebracht, dass das Merkmal der finalen Steuerung es nicht erlaubt, zwischen Täterschaft und Teilnahme zu unterscheiden.³⁵ Denn auch der Anstifter bzw. der Gehilfe handelt vorsätzlich, wirkt also final mit. Zweitens wird beanstandet, dass sich der Begriff der Tatherrschaft bzw. der finalen Steuerung an dem Modell der sehenden Überdetermination eines blinden Kausalverlaufs orientiert,³⁶ ein Modell, das sich ohne weiteres allenfalls auf den Einsatz eines unvorsätzlich agierenden Werkzeuges übertragen lässt. Im Übrigen wird aber die Handlungsmacht und Verantwortung des Vordermannes unterschätzt. Ein dritter Kritikpunkt ist, dass sich die Tatbestandsverwirklichung bei Delikten mit besonderen subjektiven Unrechtsmerkmalen nicht allein durch finale Steuerung erklären lässt. Beispiel: Zur Vergewaltigung (z.B. § 177 Abs. 6 S. 1 Nr. 1 dStGB, vgl. weiterhin 7 Abs. 1 lit. g, Art. 8 Abs. 2 lit. e Nr. vi IStGH-Statut nebst den dazugehörigen Verbrechenselementen) gehört es, dass der Täter mit dem gezwungenen Opfer den Beischlaf vollzieht. In diesem Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung liegt gewiss die Zufügung eines großen körperlichen und seelischen Schadens. Gleichzeitig vollzieht der Täter jedoch eine sexuelle Handlung, es geht ihm um die Befriedigung seines Geschlechts-

Letzterem *Ambos*, Internationales Strafrecht, 4. Aufl. 2014, § 7 Rn. 12, 23, 25 ff., 35, 45, 56.

²³ *Maurach*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1970, S. 627.

²⁴ *Roxin* (Fn. 20), S. 142 ff., 527 f.

²⁵ *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 15), § 25 Rn. 182 m.w.N.; *Roxin*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 11. Aufl. 2003, § 25 Rn. 154.

²⁶ *Joecks*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 25 Rn. 175 f.

²⁷ *Roxin* (Fn. 25), § 25 Rn. 154.

²⁸ *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, Lehr und Praxiskommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2016, Vor § 25-31 Rn. 36 ff.; a.A. *Schünemann* (Fn. 25), § 25 Rn. 182.

²⁹ Auf diese Fälle beschränkt die mittelbare Täterschaft im Wesentlichen: *Gallas*, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S. 78 ff.; *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 76.

³⁰ Allgemein: *Schroeder*, Täter hinter dem Täter, S. 120 ff.; *Joecks* (Fn. 26), § 25 Rn. 93. Bezogen auf alle Fälle der Willensherrschaft, die nicht Nötigungsherrschaft sind, ebenso: *Schünemann* (Fn. 25), § 25 Rn. 62 ff. m.w.N.

³¹ *Roxin* (Fn. 25), § 25 Rn. 128 ff.; ablehnend *Schünemann* (Fn. 25), § 25 Rn. 122 ff.

³² BGHSt 40, 218 (236 f.); 45, 270 (296 ff.); 48, 77 (91 f.); 48, 331 (344 ff.); 49, 147 (163 f.); BGH JR 2004, 245 (246); dazu *Schlösser*, GA 2007, 161 (164 ff.); zur völkerstrafrechtlichen Judikatur: *Ambos* (Fn. 22), § 7 Rn. 25 ff. m.w.N.

³³ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, § 15 I. b), § 15 II. vor 1.; *Gallas* (Fn. 26), S. 89 ff., bemüht sich darum, den Begriff der Tatherrschaft durch wertende Elemente zu ergänzen, kommt aber über *Welzels* Lehre nicht wesentlich hinaus. Zur Kritik: *Noltenius*, Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft, 2003, S. 68 ff., 88 ff.; *Kleszczewski*, Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung an einer Straftat, 1998, S. 112 ff.

³⁴ *Roxin* (Fn. 20), S. 20.

³⁵ *Jescheck*, SchwZStr 71 (1956), 225 (234); *Roxin* (Fn. 20), S. 18.

³⁶ *Noltenius* (Fn. 33), S. 88 ff.

triebes. Gerade hierdurch degradiert er das Opfer besonders, indem er es zu seinem Sexobjekt macht. Dieses handlungsmächtige, besondere Tatinteresse behält auch der Vergewaltiger, der durch Vorgesetzte zu seiner Tat animiert wurde. Wer andere aus kriegertischem oder terroristischem Kalkül anweist oder darin fördert, Vergewaltigungen gegen Frauen aus der Zivilbevölkerung zu begehen, etwas, was der Leitungsebene der FARC vorgeworfen wird, der will zwar den Opfern schaden und darüber seine politischen Ziele erreichen. Im Unterschied zum unmittelbar Handelnden geht es ihm aber nicht um die Befriedigung der eigenen Wollust. Da nun diese innere Konstitution die Vergewaltigung erst zu dem macht, was sie schrecklicher ist, kann der Hintermann, selbst wenn er noch so große Macht über den Vordermann hat, nicht als Vergewaltiger angesehen werden.³⁷

Schließlich ist zu rügen, dass die Annahme von Täterschaft wegen Tatherrschaft jedenfalls für diejenigen Mitwirkenden, die das Opfer nicht selbst angreifen, in ein ähnliches Dilemma führt, das bereits als ein Grundmangel der Einheitstätersysteme beobachtet wurde (s.o. b):³⁸ Soweit man nämlich das Tun des Hintermannes erst dann als strafbar ansieht, wenn sein Tatmittler mit der Ausführung der Tat beginnt, dann begreift man seine Strafbarkeit als akzessorisch zu dem Unrecht von diesem, sieht es der Sache nach also als Teilnahme an. Will man dagegen das Handeln des Hintermannes schon für sich betrachtet als Versuch in mittelbaren Täterschaft ansehen, gerät man in einen Wertungswiderspruch: Dann müsste man die These aufstellen, dass das Opfer gegen das Handeln des mittelbaren Täters Notwehr zu einer Phase üben dürfte, in der es gegen den unmittelbaren Täter mangels gefährlicher Tätigkeit noch nicht zur Notwehr berechtigt wäre. Dies ist offensichtlich unhaltbar. Gleiche Probleme ergeben sich bei der Mittäterschaft.³⁹

dd) Trotz dieser Mängel enthält der Ansatz *Roxins*⁴⁰ einen weiterführenden Aspekt. Er beschränkt die Tatherrschaft als täterschaftsbegründendes Element auf Herrschaftsdelikte, während er für Sonderpflichtdelikte und eigenhändigen Delikte andere Täterschaftskriterien entwickelt. Bei Letzteren liegt diese in der Handlungsherrschaft des unmittelbaren Täters. Hierdurch lässt sich die eben geschilderte, bei der Vergewaltigung auftretende Problematik lösen: Täter ist nur der, der (auch) den vom Opfer ungewollten Beischlaf vollzieht, alle übrigen Mitwirkenden können nur Teilnehmer sein. Bei Ersteren wirkt der Verstoß gegen eine Sonderpflicht täterschaftsbegründend. Dies führt dazu, dass Extranei selbst dann keine Täter sein können, wenn sie mit Tatherrschaft an der Tat mitwirken. Umgekehrt sind alle mitwirkenden Intranei auch ohne Tatherrschaft Täter. Die Pflichtdeliktslehre enthält damit, wie noch zu zeigen ist, ein Element, mit dem sich die Problematik der Täterschaft von Befehlsgebern im Rahmen des Völkerstrafrechts auf neue dogmatische Füße stellen lässt (s.u. III.).

Gleichwohl lässt *Roxin* eine bündige Ableitung aus einem einheitsstiftenden Prinzip vermissen. Auch der Leitbegriff des Täters als der Zentralgestalt des Tatgeschehens leistet dies nicht. Denn, wie *Roxin* selbst einräumt, ist er ein „offener Begriff“⁴¹, so leer wie der Begriff des Nichts in *Hegels* Logik.⁴² Unterhalb dieser Leerformel zerfällt die Beteiligungslehre in drei verschiedene Begriffe der Täterschaft und der Teilnahme, je nachdem, ob es sich um Herrschaftsdelikte, Pflichtdelikte oder eigenhändige Delikte handelt.⁴³ Die einheitliche Dogmatik zerfällt und weist auf der Ebene der Prinzipien Züge der normativen Kombinationstheorie des BGH auf.

c) Sowohl bei den Einheitstätersystemen als auch im Rahmen der Tatherrschaftslehre ergab sich das Dilemma, entweder den Versuchsbeginn des Hintermannes vorverlagern zu müssen, oder aber dessen Haftung akzessorisch zum Handeln des Vordermannes konstruieren zu müssen. Will man sich aus dieser Klemme befreien, bleibt nur eine Alternative: Man muss alle Formen der Täterschaft als Angriffe auf ein Rechtsgut konzipieren.⁴⁴ Ist jede Tatbestandsverwirklichung durch einen Angriff geprägt, dann macht sich derjenige dem Opfer höchstpersönlich verantwortlich, wer es selbst angreift. Das trifft natürlich auf den unmittelbaren Täter zu, der den Tatbestand dadurch erfüllt, dass er das Opfer selbst angreift. Auch der Mittäterschaft lässt sich damit eine klare Kontur geben: Mittäter kann dann nur sein, wessen Angriff auf die Opfersphäre dazu beiträgt, dass ein Straftatbestand zusammen mit dem Angriff eines anderen verwirklicht wird, indem etwa der eine Komplize das Opfer von hinten an den Armen hält, damit der andere es erstechen kann. Für die mittelbare Täterschaft folgt daraus, dass sie sich auf die Fallgruppen des Einsatzes eines qualifikationslosen, absichtslosen, unvorsätzlich oder gerechtfertigt handelnden Werkzeugs beschränkt. Wie an anderer Stelle ausführlich dargelegt,⁴⁵ hat das Handeln des Hintermannes nur in diesen Fällen bereits für sich genommen die Eigenschaft ein Angriff zu sein, weil er mit dem Schaffen der rechtfertigenden Lage, dem Opfer eine Duldungspflicht auferlegt, durch den Tatirrtum erst die Gefahr für das Rechtsgut schafft, auf die Wegnahme die Zueignung folgen lässt oder aber das Rechtsgut obhutspflichtwidrig nicht gegen die Gefahren, die vom Tatmittler ausgehen, schützt.

Wer hingegen das Opfer selbst nicht angreift, wie es häufig bei Befehlsgebern der Fall sein wird, der kann in einem „Mikrostrafrecht“, das von den einzelnen Verhältnissen der Menschen zueinander ausgeht, nicht Täter, sondern „allenfalls“ Teilnehmer sein. Denn sein Verhalten ist aus sich heraus nicht strafbar, sondern kann dieses Prädikat „nur“ durch seinen akzessorischen Bezug auf den vorsätzlichen rechtswidrigen Angriff eines anderen bekommen.

³⁷ Näher: *Kluszczewski* (Fn. 33), S. 83 f.

³⁸ *Kluszczewski* (Fn. 18), S. 616 ff.

³⁹ *Kluszczewski* (Fn. 33), S. 83 f.

⁴⁰ *Roxin* (Fn. 20), S. 524 ff.

⁴¹ *Roxin* (Fn. 20), S. 122.

⁴² *Roxin* (Fn. 20), S. 122 ff., 529.

⁴³ Eingehende Kritik: *Kluszczewski* (Fn. 33), S. 127 ff.

⁴⁴ Ausführlicher: *Kluszczewski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2012, Rn. 538 ff.

⁴⁵ *Kluszczewski* (Fn. 33), S. 102 ff., 148 ff., 251 ff.

Gegen diesen Ansatz spricht auf den ersten Blick, dass er mächtige Hintermänner „nur“ als Teilnehmer erfassen kann. Die Mitglieder des Estadio Mayor Central der FARC bzw. seines Sekretariats sind beispielsweise nach diesem Ansatz „nur“ Anstifter. Zwei Dinge sind dabei jedoch auseinanderzuhalten: die folgerichtige Bestimmung des Tatbestandes und der Täterschaft nach dem Kriterium des Angriffs auf der einen Seite, und die Frage der Gewichtung der unterschiedlichen Tatbeiträge von Tätern und Teilnehmern auf der anderen Seite. Die Anstiftung wird in vielen modernen Kodifikationen mit der gleichen Rechtsfolge bedroht, die auch auf die Täterschaft steht. Hier ist es zudem auch gang und gäbe, den Vordermann, der seine Tat nur aufgrund von massivem Druck begeht, im Einzelfall milder zu ahnden als den Anstifter. Um dem Vorurteil zu begegnen, der Schuldspruch der Anstiftung oder der Beihilfe falle irreführend zu milde aus, lässt sich auch daran denken, qualifizierte Formen der Teilnahme prägnanter im Gesetz zu bezeichnen (z.B. Rädelsführer, Hintermann wie z.B. in § 129 Abs. 4 Hs. 1 dStGB). Alles dies ändert aber nichts daran, dass eine rechtsstaatlich konsistente Beteiligendogmatik in einem Mikrostrafrecht nur durchführbar ist, wenn man die Täterschaft durch das Element des Angriffs bestimmt und alle sonstige Mitwirkung „allenfalls“ als Teilnahme erfasst.

Auf der Ebene der Strafraumenwahl lassen sich freilich zwei unterschiedliche Grade der Anstiftung qualitativ unterscheiden.⁴⁶ Wer einen schuldlos handelnden Haupttäter zur Tat bestimmt, dessen Mitwirkung steht in der Unrechtschwere einem Täter gleich. Infolgedessen ist es angemessen, diejenigen Befehlsgeber der FARC, die Kindersoldaten den Befehl gegeben haben, eine mit Strafe bedrohte Handlung zu begehen, zwar im Schuldspruch „nur“ als Anstifter, in der Rechtsfolge aber durchaus gleich einem Täter zu bestrafen. Gleiches gilt für alle Befehle, die an Untergebene mit dem Hinweis darauf gegeben werden, dass ein Ungehorsam zu Schäden an Leben, Leib oder Freiheit führen würde. Denn in diesem Falle agiert der Haupttäter in der Situation eines entschuldigenden Notstandes. Auf der Seite der Rechtsfolge kommt daher die hier vertretene Ansicht in diesen Fällen sehr nahe an *Roxins* Figur der mittelbaren Täterschaft aufgrund organisierten Machtapparates heran, ohne die einheitliche Begriffsbildung von Täterschaft und Teilnahme auf der Tatbestandsseite zu unterlaufen.

2. Zum Strafgrund des Bildens einer kriminellen Vereinigung

Neben der Strafbarkeit wegen der Beteiligung an einer Tat lässt sich das Bilden einer kriminellen Vereinigung als eigenständiges Delikt ausweisen.

a) Zwar erhalten derartige Zusammenschlüsse ihren Namen dadurch, dass ihre Mitglieder andere Straftaten, die Bezugstatsen, planen und ausführen. Doch folgt daraus nicht, dass die Rechtsgüter, gegen die sich dieses Organisationsdelikt wendet, mit den Rechtsgütern der Bezugstatsen identisch sind. Es folgt daraus auch nicht, dass das Bilden einer solchen Vereinigung sich nur als besondere Vorform der Betei-

ligung an diesen Bezugstatsen konstruieren lässt.⁴⁷ Würde man die Strafbarkeit des Organisationsdelikts allein aus der Strafbarkeit der Bezugstatsen ableiten, müsste man das Strafunrecht allein auf den Planzusammenhang stützen.⁴⁸ Das widerspricht fundamental dem Tatprinzip, nach dem strafwürdiges Verhalten selbst einen Angriff darstellen muss. *Gierhake* sieht auf dieser Grundlage für eine Strafbarkeit des Bildens einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung nur wenig Raum. Die Existenz der Gruppe als solche muss bereits einen Angriff auf das Gemeinwesen darstellen, der das rechtlich konstituierte Basisvertrauen in Frage stellt, und das Handeln des einzelnen Täters muss Bestand und Tätigkeit der Vereinigung wesentlich mitprägen.⁴⁹

b) Rückt man mehr die Wirkungen in den Mittelpunkt, die das Faktum der Bildung einer verschworenen Gruppe auf die Verhaltensorientierung Außenstehender hat, lässt sich meines Erachtens die Strafbarkeit selbstständig begründen.⁵⁰ Gesellschaftliche Anerkennung als Person vermittelt sich, wie oben (1. a) dargelegt, namentlich über den gegenseitigen Austausch unter den Menschen. Dieses setzt voraus, das Miteinander einvernehmlich, das heißt vor allem ohne Gewalt, zu regeln. Die Zivilität einer Gesellschaft gründet sich daher vor allem auf eingeübte Selbstbeherrschung und damit auf die Friedlichkeit in der Lösung etwaig auftretender Konflikte. Dabei ist es ein Spezifikum von Zivilgesellschaften, dass jedes Mitglied sein Schicksal grundsätzlich auf sich selbst gestellt meistern muss.⁵¹ Aufgrund dessen kann die Vereinigung anderer zu dem Hauptzweck, Straftaten zu begehen, eine Kräfteballung schaffen, deren Entfesselung gegenüber die auf sich gestellten Mitbürger sich als ohnmächtig empfinden.

Das Phänomen ist aus dem Alltag bekannt: Tritt innerhalb einer bisher losen Zusammenkunft ein Teil der Versammelten mit einem Mal koordiniert auf, so verändert allein dieser Umstand schon das Verhalten aller Übrigen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Gruppenmitglieder durch ihre Kooperation ihre Chancen signifikant erhöhen, Vorteile zu realisieren. Sie erzwingen damit in jedem Fall, dass die Außenstehenden ihr Verhalten nun in herausgehobener Weise am Handeln der Gruppe ausrichten. Eine Zuspitzung erfahren nun aber diese externen Effekte einer Gruppenbildung, wenn deren Tätigkeit hauptsächlich darauf gerichtet ist, Straftaten zu begehen. Hier bringt schon die Gründung einer solchen Vereinigung zum Ausdruck, Außenstehende als potenzielle Opfer zu definieren. Nun liegt der Unwert einer Straftat, wie wir gesehen haben, ja gerade darin, die Rechtsfähigkeit des Opfers anzugreifen. Ist dem so, dann enthält bereits die Fest-

⁴⁷ So aber *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2017, § 129 Rn. 2 m.w.N.

⁴⁸ *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (771 ff.); vgl. weiter *Kleszczewski* (Fn. 4), § 18 Rn. 4, 98.

⁴⁹ *Gierhake*, Der Zusammenhang zwischen Freiheit, Sicherheit und Recht, 2013, S. 275 ff.

⁵⁰ Ich übernehme hier und im Folgenden Gedanken aus *Kleszczewski* (Fn. 4), § 18 Rn. 2 ff., 105 ff.

⁵¹ *Beck*, Risikogesellschaft, 1986, S. 121 ff., insbesondere S. 199 f.

⁴⁶ Näher *Kleszczewski* (Fn. 44), Rn. 691 f.

legung des gemeinsamen Zwecks, bestimmte Straftaten begehen zu wollen, die Aussage, Außenstehenden die Rechtsfähigkeit abzusprechen, und provoziert entsprechende Selbstschutzvorkehrungen.

Zwar ist das Bilden einer Vereinigung, um Bezugstaten zu begehen, nicht gleichbedeutend mit deren Ausführung. Der Zusammenschluss Mehrerer vereinigt aber auch ihre Kräfte und schafft so gegenüber dem in einer modernen Zivilgesellschaft typischerweise auf sich selbst gestellten Einzelnen eine strukturelle Überlegenheit. Wirkt der gemeinsam gesetzte Zweck für die Mitglieder handlungsleitend, hat sich für den Außenstehenden als potenziellem Opfer die Lage erkennbar verschlechtert, da er nun mit dem Angriff einer Übermacht rechnen muss. Handlungsleitend wird eine gemeinsame kriminelle Zwecksetzung nicht ohne Weiteres, sondern erst, wenn die Mitglieder einen Hang zu Straftaten haben oder wenn Sanktionsmechanismen in der Gruppe etabliert sind, die das Mitmachen erzwingen. Haben sich die innerlich so verfassten Mitglieder einer Gruppe erst einmal derart organisiert, dann ist die Dominanz perfekt, so dass die potenziellen Opfer die geplanten Straftaten ohnmächtig über sich ergehen lassen müssen. Es ist ein Zustand der Dauergefahr geschaffen. Darin liegt das Strafunrecht.

c) Da Las FARC eine Organisation ist, die darauf gerichtet ist, Attentate gegen die Zivilbevölkerung, Entführungen zur Finanzbeschaffung u.ä. zu begehen, und die den Wunsch, ausscheiden zu wollen, mit schweren Sanktionen belegt, handelt es sich bei ihr um eine kriminelle, wenn nicht gar terroristische Vereinigung in dem eben genannten Sinne. Die Mitgliedschaft i.S.d. Sich-Beteiligens lässt sich daher als Kriminalunrecht verstehen, die Ausübung von Führungsrollen als Rädelsführerschaft.

3. Zwischenergebnis

Rechtsstaatliches Strafrecht ist zunächst Mikrostrafrecht und geht von den Beziehungen aus, die Menschen unmittelbar miteinander eingehen. Es definiert Straftaten als Angriffe auf bestimmte Rechtsgüter. Folglich lässt sich hier nur derjenige als Täter kennzeichnen, der die Opfersphäre selbst angreift und dadurch allein, zusammen oder durch einen anderen den Tatbestand verwirklicht. Alle übrigen Mitwirkenden sind allenfalls Teilnehmer. Daneben ist freilich eine eigenständige Strafbarkeit des Bildens einer kriminellen Vereinigung wohlbegründet.

II. Das Strafrecht einer Zivilgesellschaft in der Krise

Moderne Zivilgesellschaften bleiben jedoch nicht aus sich heraus stabil.⁵² So wie es in der Wirtschaft Konjunkturen gibt, so lässt sich auch im Ausmaß der gesellschaftlich geübten gegenseitigen Anerkennung ein Auf und Ab beobachten. Gerät eine Zivilgesellschaft in eine dauerhafte Krise, bleibt auch ihr Strafrecht davon nicht unberührt. Das hat auch Konsequenzen für die Teilnahmelehre.

Wie dargestellt beruht die Festigkeit einer Zivilgesellschaft primär darauf, dass sich im wechselseitigen Austausch Anerkennungsleistungen habitualisieren (s.o. 1. a). Die Gewährleistung von Menschenrechten durch den Staat kann auf dieser Basis nur aufbauen, sie aber keinesfalls vollständig ersetzen. Menschen konkurrieren nun aber mit ihren Angeboten miteinander. Und dieser Wettbewerb führt dazu, dass manche Marktanteile gewinnen, andere hingegen scheitern. Eine Vielzahl von Faktoren trägt hier dazu bei, dass die Gesellschaft sich über kurz oder lang in Arm und Reich spaltet und das Gemeinwesen einer Krise ausgesetzt.⁵³

Dies zeitigt Wirkungen auf das Rechtsbewusstsein und damit auf die Kriminalitätsentwicklung. Denn die Habitualisierung von Anerkennungsleistungen sattelt auf dem handfesten Austausch auf. Müssen die Menschen nun um ihre Absatzchancen konkurrieren, dann differenziert sich die Wertschätzung, die ihnen entgegengebracht wird, ebenfalls nach dem Nutzen aus, den sie für andere bedeuten. Am unteren Ende der sozialen Leiter empfinden die Menschen ihr Ausscheiden aus dem Erwerbsleben als Unrecht. Nicht wenige von ihnen werden daher nach illegalen Wegen suchen, am allgemein verheißenen Wohlstand teilzuhaben, und darüber dann kriminell werden. Am oberen Ende neigen demgegenüber viele Menschen dazu, ihren Selbstwert allein über den geschäftlichen Erfolg zu definieren und nicht wenige werden hier ebenfalls nach illegalen Wegen sinnen, ihre Gewinne zu maximieren. Ein derart verfasstes Gemeinwesen tendiert dazu, seine Mitglieder aus von Liebe und Zuwendung getragenen Beziehungen zu entfremden.⁵⁴ An die Stelle tritt ein selbstbezogenes Streben nach Glück, das sich in beachtlichem Umfang auch auf illegale Dienstleistungen, Drogen, Prostitution, Glücksspiel erstreckt. Dadurch entsteht geradezu ein Markt, auf dem Kriminalität nachgefragt und mehr und mehr auch organisiert angeboten wird.⁵⁵ Schließlich lehrt die Erfahrung, dass, wenn sich derartige Situationen historisch zuspitzen, auch die Gemeinsamkeiten in der politischen Willensbildung aufgebraucht werden. Die Folge ist nicht selten, dass Gemeinwesen in einer derartigen Verfassung mehr oder weniger schwerwiegende bürgerkriegsähnliche Zustände zu durchleben haben.

Aus einer solchen sozialen Situation entspringt jetzt vielfach Kriminalität als ein Versuch, die genannten Widersprüche für sich individuell zu lösen. Dadurch wird Kriminalität zu einer dauerhaften Massenerscheinung. Folge ist, dass das Verbrechen mehr und mehr als eine wirkliche Existenzbedrohung wahrgenommen wird. Gesetzgebung und Strafjustiz pflegen auf diese Situation mit einer signifikanten Verschärfung der Strafen zu reagieren.⁵⁶ Gleichzeitig sind sie geneigt,

⁵³ Hegel (Fn. 5), §§ 243-245, S. 389 ff.

⁵⁴ Hegel (Fn. 5), § 238, S. 386; zum Folgenden: *Kleszczewski* (Fn. 5), S. 207 ff.; *Habermas*, Theorie kommunikativen Handelns, Bd. 2, 1981, S. 480, 522, reflektiert diese Entwicklung unter dem Stichwort der Kolonialisierung der Lebenswelt.

⁵⁵ Vgl. *Kerner*, in: *Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss* (Hrsg.), Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3. Aufl. 1993, Art. Organisiertes Verbrechen, S. 377 (379).

⁵⁶ *Kleszczewski* (Fn. 5), S. 331 ff.

⁵² Hierzu und zum Folgenden näher *Kleszczewski*, ARSP Beiheft 71 (1997), 140 (149 ff.); ausführlich *ders.* (Fn. 5), S. 207 ff.

auf der Seite der Straftatvoraussetzungen statt der Schuld mehr und mehr den Aspekt der Tätergefährlichkeit zu betonen. Dies zeitigt auch Auswirkungen auf die Beteiligungsdogmatik:

Zum einen tendiert die Gesetzgebung dahin, die Zone der Strafbarkeit vorzuverlagern. Dies führt namentlich dazu, die versuchte Anstiftung und die bloße Verabredung zur gemeinschaftlichen Tat als solches bereits unter Strafe zu stellen. Ein Beispiel: In Deutschland wurde sowohl die Strafbarkeit der versuchten Anstiftung (§ 49a RStGB) als auch die des Mordkomplotts (§ 49b RStGB) infolge der Aufdeckung des Vorhabens von politischen Attentaten eingeführt.⁵⁷

Die eben genannten Vorverlagerungen haben dann auch Rückwirkungen auf die Dogmatik der Beteiligung an der vollendeten Tat: Gilt schon der Versuch des Bestimmens zur Tat oder die Verabredung dazu als strafwürdig, dann liegt der Schluss nahe, jeden solchen Tatbeitrag, wenn er sogar in der Vollendung fortwirkt, als tätergleiche Begehung zu ahnden. Meines Erachtens ist auch die Figur der mittelbaren Täterschaft durch Einsatz eines organisierten Machtapparates eine Erscheinungsform solchen krisenhaften Präventionsdenkens. *Roxin* hat diese Figur ja bekanntlich ursprünglich entwickelt, um die Hintermänner im NS-Regime als „Schreibtischtäter“ zu erfassen.⁵⁸ Er hatte daher eine Mitwirkung an Straftaten in einer Gesellschaft vor Augen, in der aufgrund totalitärer Herrschaft die Menschen verroht waren oder häufig aus Angst vor Repressalien die an sich als unmenschlich erkannten Befehle ausführten.

Die Verschärfung von Strafen in krisenhaften Situationen ist zu einem Teil jedenfalls systemimmanent legitim: In der Krise wird der Angriff auf Rechtsgüter mit gewissem Recht als existenzielle Gefahr wahrgenommen.⁵⁹ Das steigert die Allgemeinbedeutung der einzelnen Tat, erhöht ihr Unrecht und begründet höhere Strafe.⁶⁰ Zu einem anderen Teil ist sie letztlich illegitim, nämlich immer dann, wenn die Strafe nach Grund oder Maß durch präventive Hinsichten, Abschreckung oder Unschädlichmachung, dominiert wird.⁶¹ Das Strafrecht mutiert so allgemein zu einem Kampfmittel des Staates gegen den Verbrecher. In einer bürgerkriegsähnlich zugespitzten Situation wird es so auch zum Kampfmittel gegen die Opposition. Strafe verliert damit ihre Funktion, als Mittel der Versöhnung zu dienen.

III. Das „Makrostrafrecht“ des Völkerstrafrechts und die Folgen für die Beteiligungslehre

Soll nun ein Bürgerkrieg durch Friedensschluss überwunden werden, kann dies nicht gelingen, wenn eine Seite über die andere zu Gericht sitzt. Es bedarf der gegenseitigen Einsicht, dass das Unrecht der einen Seite durch das Unrecht der anderen mitbedingt ist. Friedensschlüsse benötigen daher zu ei-

nem nicht geringen Teil auch Amnestieregelungen.⁶² Doch auch in dieser Perspektive bleiben strafwürdige Verbrechen bestehen. Freilich lassen diese sich nicht mit der Rechtsordnung einer der beiden Seiten (allein) begründen. Denn dieses Recht steht ja gerade im Streit. Zur Strafbarkeit muss man sich beziehen auf eine Rechtsschicht, die beide Seiten anerkennen müssen. Das ist hier das Völkerrecht.

2. Überblick zu den Tatbeständen des Völkerstrafrechts

Das positive Völkerstrafrecht als Teil des Völkerrechts ist eine recht neue Materie. Die Begründung seiner Legitimation ist im Kernbereich heute allgemein geteilt, in manchen seiner weit ausgreifenden Tatbestände freilich noch ungeklärt. Aus Platzgründen erlaube ich mir, auf die grundlegenden Arbeiten zu verweisen, von denen ich ausgehe.⁶³

Die Völkerstraftat wird durch die Präambel des IStGH-Statuts zutreffend als eine Tat definiert, die sich gegen die Völkergemeinschaft als ganze richtet. Deren tragende Rechtsprinzipien sind die gegenseitige Anerkennung der Selbstbestimmung der Völker und das Gewaltverbot, Art. 2 Nr. 1, Nr. 4 UN-Charta. Aus diesem Grunde lassen sich die Aggression (Art. 8^{bis} IStGH-Statut) und der Völkermord (Art. 6 IStGH-Statut) unschwer als Völkerrechtsverbrechen identifizieren. Eine aus dem Gewaltverbot abgeleitete Pflicht ist es, Kriege und andere internationale bewaffnete Konflikte nicht so zu führen, dass man einen späteren Friedensschluss unmöglich macht.⁶⁴ Daraus lassen sich eine Vielzahl der Tatbestände der Kriegsverbrechen innerhalb von internationalen bewaffneten Konflikten (vgl. Art. 8 Abs. 2 lit. a und b IStGH-Statut) als legitimes Völkerstrafrechts ausweisen. Als Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 7 IStGH-Statut) lassen sich Taten als Völkerstraftaten legitimieren, bei denen der Angriff auf die Rechtsfähigkeit des einzelnen Opfers zugleich auch eine Rechtlosstellung eines Teils der Zivilbevölkerung bedeutet.⁶⁵ Schwierigkeiten bereitet es hingegen, Verletzungen innerhalb innerstaatlicher bewaffneter Konflikte als Völkerstraftat zu erfassen (vgl. Art. 8 Abs. 2 lit. c bis f IStGH-Statut).⁶⁶ Der Straftatbestand bezieht sich freilich auf Verletzungsakte innerhalb eines bewaffneten Konflikts. Um ein solchen handelt es sich im Sinne des humanitären Völkerrechts typischerweise nur, wenn die miteinander kämpfenden Parteien entweder Staaten oder Organisationen sind, die wegen der von ihnen ausgeübten Gebietskontrolle (namentlich Aufständische, Sezessionisten, Befreiungsbewegungen) staa-

⁵⁷ *Frank*, Das Strafgesetzbuch des deutschen Reiches, 18. Aufl. 1931, § 49a Anm. 1, § 49b Fn.*.

⁵⁸ *Roxin* (Fn. 20), S. 242 ff.

⁵⁹ *Kleszczewski* (Fn. 5), S. 219 ff., 333 ff.

⁶⁰ *Köhler*, Über den Zusammenhang von Strafbegründung und Strafzumessung, 1983, S. 47 ff.

⁶¹ *Kleszczewski* (Fn. 5), S. 341 ff.

⁶² Vgl. *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 693.

⁶³ Zur Grundlegung des Völkerstrafrechts gehe ich aus von *Gierhake*, Begründung des Völkerstrafrechts auf Grundlage der Kantischen Rechtslehre, 2005, S. 169 ff.; *Köhler*, Recht und Gerechtigkeit, 2017, S. 840 ff.; *Manske*, Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit, 2003, S. 332 ff. Vgl. weiter *Kleszczewski*, in: *Kleszczewski/Müller-Mezger/Neuhaus* (Hrsg.), Kants Lehre vom richtigen Recht, 2005, S. 143.

⁶⁴ *Kant* (Fn. 8), § 57, S. 470.

⁶⁵ *Manske* (Fn. 63), S. 365 ff.

⁶⁶ Kritisch *Köhler* (Fn. 63), S. 842 f.

tenähnlich sind.⁶⁷ Damit geht es um einen Konflikt zwischen Herrschaftsformen, die nach positivem Völkerrecht Völkerrechtssubjektivität besitzen.⁶⁸ Hierdurch nähert sich der innerstaatliche bewaffnete Konflikt einem zwischenstaatlichen Kriegszustand an, sodass dessen möglichst zügige friedliche Beilegung ebenfalls zu einem Interesse der Völkergemeinschaft wird. Aufgrund dessen kann die Völkergemeinschaft durch Taten, die im Rahmen eines so verstandenen, innerstaatlichen bewaffneten Konflikts, vulgo innerhalb eines Bürgerkriegs, geschehen, durchaus mitbetroffen sein, wenn sie ähnlich wie die klassischen Kriegsverbrechen die Gefahr in sich tragen, einen künftigen Friedensschluss unmöglich zu machen.

In der Dogmatik des Völkerstrafrechts wird dieser Bezug der Einzeltat zur Materie des Völkerrechts einestheils als „Gesamtat“ angesprochen.⁶⁹ Das scheint mir unpassend. Die dogmatische Figur der Gesamtat will namentlich Kausalitätszuordnungen lösen, die bei kollektivem Handeln auftreten.⁷⁰ In der Tat kann es die Situation geben, in der unklar ist, ob jeder einzelne selbst eine gesetzmäßige Bedingung für den Erfolg gesetzt hat. Hier kann man (zumindest in gewissen Grenzen) die Kausalitätszurechnung darauf gründen, dass alle Tatgenossen jedenfalls jeder für sich eine gesetzmäßige Bedingung zum initiierenden Konstitutionsakt leisten (Es schließen sich drei zusammen, ein Opfer zu fusilieren. Dieses stirbt lediglich an einer Kugel).⁷¹ Weil und soweit Völkerstrafataten häufig kollektiv ins Werk gesetzt werden, kann es durchaus darauf ankommen, diese Deliktsfigur hier auch zur Geltung zu bringen, um eine Einzeltat, die durch mehrere Bedingungsstränge verwirklicht wird, jedem Beteiligten im Ganzen als seine Tat zuzurechnen. Das bewegt sich aber in den allgemein anerkannten Bahnen der Kausalität (gesetzmäßige Bedingung) und der Beteiligungsdogmatik (z.B. hier: gemeinsamer Tatentschluss, Angriff als eigener Tatbeitrag), die wir aus dem „Mikrostrafrecht“ kennen. Damit allein ist einzig dargetan, dass Mehrere als Beteiligte der Einzeltat haften. Der völkerrechtliche Bezug folgt daraus nicht ohne Weiteres.

Wenig überzeugend erscheint es mir auch, wenn anderentheils der völkerstrafrechtliche Bezug lediglich als besonderer „Kontext“ oder „Begehungszusammenhang“ der Einzeltat aufgefasst wird.⁷² Zwar spielt der Kontext eines Verletzungs- oder Gefährdungsgeschehens auch im Rahmen des „Mikrostrafrechts“ nicht selten eine ausschlaggebende Rolle, um den strafwürdigen Charakter eines Verhaltens zu betonen. So ist gem. § 316 StGB die Trunkenheitsfahrt eben nur „im öffentlichen Verkehr“, also innerhalb eines Interaktionszusammenhangs strafbar, in dem jeder Verkehrsteilnehmer darauf angewiesen ist, dass alle anderen ihr Fahrzeug sicher führen

können.⁷³ Doch ist damit der Bezug zum Völkerrecht ebenfalls noch nicht hergestellt. Das beruht auf einem markanten Unterschied zum innerstaatlichen Recht, den ich im Folgenden herausarbeiten möchte.

2. Das Handeln für ein Völkerrechtssubjekt als originär täterschaftsbegründendes Element

a) Das positive Völkerrecht bezieht sich nicht, jedenfalls nicht unmittelbar, auf die Beziehungen einzelner Menschen zueinander. Es lässt sich definieren als die Gesamtheit der öffentlich-rechtlichen Regeln über die Beziehungen von Staaten und anderer Völkerrechtssubjekte zueinander.⁷⁴ Den Kern des Völkerrechts bildet auch heute noch das Verhältnis der Staaten.⁷⁵ Sie gelten als originäre Rechtssubjekte, die einzig umfassende Rechtspersönlichkeit besitzen. Daneben haben Herrschaftsformen mit stabilisierter effektiver Gebietshoheit (Aufständische, Sezessionisten, Befreiungsbewegungen) den Status einer (beschränkten) Völkerrechtssubjektivität erlangt.⁷⁶ Neben den atypischen Völkerrechtssubjekten (Heiliger Stuhl, Malteser Orden, internationales Komitee des Roten Kreuzes)⁷⁷ und den internationalen Organisationen⁷⁸, die wir beide als Völkerrechtssubjekte in dem hier thematischen Zusammenhang vernachlässigen können, hat die Entwicklung nach dem zweiten Weltkrieg dazu geführt, auch den Menschen als Individuum Völkerrechtssubjektivität mit beschränkter Rechtspersönlichkeit anzuerkennen.⁷⁹ Im Unterschied zu Staaten hängt ihr Status als Völkerrechtssubjekt nach positivem Völkerrecht freilich davon ab, dass ihre Eigenschaft, Träger gerade von völkerrechtlichen Rechten und Pflichten zu sein, durch Verträge oder die universelle Staatenpraxis anerkannt worden ist.⁸⁰ Insofern ist ihre Rechtssubjektivität gleichsam derivativ.

Ist dem so, dann richten sich völkerrechtliche Pflichten primär gegen Staaten und ihnen gleichgestellte Herrschaftsformen. Die Verbote des *ius cogens* (namentlich das Verbot des Angriffskrieges, des Völkermordes, der Folter, der Sklaverei und der Rassendiskriminierung⁸¹) richten sich daher primär an diese beiden Arten von Völkerrechtssubjekten. Dementsprechend erfüllt ein Verhalten nur dann den Tatbestand eines völkerrechtlichen Delikts, wenn es einem Staat zurechenbar ist.⁸² Nun handelt der Staat nicht selbst, sondern

⁷³ Näher Kleszczewski (Fn. 4), § 15 Rn. 15 ff.

⁷⁴ Herdegen (Fn. 68), § 1 Rn. 4; Ipsen, Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, § 1 Rn. 1.

⁷⁵ Herdegen (Fn. 68), § 7 Rn. 3; Ipsen (Fn. 74), § 5 vor Rn. 1.

⁷⁶ Herdegen (Fn. 68), § 11 Rn. 1 ff.; Ipsen (Fn. 74), § 9 Rn. 13 ff.

⁷⁷ Ipsen (Fn. 74), § 9 Rn. 1 ff.; Herdegen (Fn. 68), § 9 Rn. 1 ff.

⁷⁸ Ipsen (Fn. 74), § 6; Herdegen (Fn. 68), § 10.

⁷⁹ Ipsen (Fn. 74), § 7 Rn. 9 ff.; Ambos (Fn. 22), § 7 Rn. 10; Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 2 ff.

⁸⁰ Ipsen (Fn. 74), § 7 Rn. 6; Herdegen (Fn. 68), § 13 Rn. 2.

⁸¹ Vgl. Herdegen (Fn. 68), § 16 Rn. 14; Ipsen (Fn. 74), § 16 Rn. 37 ff.

⁸² Herdegen (Fn. 68), § 58 Rn. 1, 5 f.; Ipsen (Fn. 74), § 29 Rn. 2; Werle/Jeßberger (Fn. 79), Rn. 142.

⁶⁷ Vgl. Ambos (Fn. 22), § 7 Rn. 237.

⁶⁸ Herdegen, Völkerrecht, 16. Aufl. 2016, § 11 Rn. 1 ff.

⁶⁹ Ambos (Fn. 22), § 7 Rn. 11 ff., 20, 29, 33, 36, 65.

⁷⁰ Grundlegend Dencker, Kausalität und Gesamtat, 1995, S. 47 ff., 120 ff.

⁷¹ Näher Kleszczewski (Fn. 44), Rn. 624 ff.

⁷² Vgl. Ambos (Fn. 22), § 7 Rn. 11 ff., 20, 29, 33, 36, 65.

durch Menschen, die ihn repräsentieren oder von einem seiner zuständigen Organe beauftragt worden ist. Das Handeln eines Menschen als Privatperson ist demgegenüber einem Staat grundsätzlich nicht zurechenbar.⁸³ Das hat zur Konsequenz, dass es als solches keinen Bruch des Völkerrechts darstellt. Etwas anderes gilt nur, wenn er durch den Staat ausdrücklich beauftragt wurde oder der Duldung seines Verhaltens durch staatliche Stellen der Sinn eines stillschweigenden Einvernehmens (also einer Art quasi-Beauftragung) zukommt.⁸⁴

b) Das Völkerstrafrecht beansprucht nun, gerade Individuen für ihr Tun zur Verantwortung zu ziehen. Dazu müssen die einzelnen Tatbestände des Völkerstrafrechts Elemente aufweisen, die den Bezug der Einzeltat zum Völkerrecht herstellt. Wie dargelegt (1. a), umschreibt die Lehre diesen Bezug eher objektivistisch als „kollektiven Gesamtzusammenhang“, „Gesamtat“, „Begehungszusammenhang“ bzw. als „Kontexterfordernis“. Dadurch wird verfehlt, das Handeln als Handeln eines Subjekts auszuweisen, das überhaupt fähig ist, völkerrechtliche Pflichten zu brechen. Freilich lässt sich in den Umschreibungen der unterschiedlichen Elemente der Völkerstraftaten, die den Bezug zum Völkerrecht herstellen sollen, diese Ausrichtung auf das Handeln eines originären Völkerrechtssubjekts aufweisen:

Beim Verbrechen der Aggression gem. Art. 8^{bis} Abs. 1 IStGH-Statut liegt es in dem Umstand, dass Täter nur jemand sein kann, der tatsächlich in der Lage ist, das politische oder militärische Handeln eines Staates zu kontrollieren oder zu lenken. Beim Verbrechen gegen die Menschlichkeit findet es sich in dem Umstand eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs auf die Zivilbevölkerung, also einer Verhaltensweise, die in Ausführung der Politik eines Staates oder einer Organisation geschieht, Art. 7 Abs. 1, Abs. 2 lit. a IStGH-Statut.⁸⁵ Bei den Kriegsverbrechen wird es angesprochen zum einen durch den Umstand des bewaffneten Konflikts, zum Zweiten durch Bezug auf die Genfer Konventionen, also völkerrechtlichen Verträge, in denen sich gerade Staaten verpflichtet haben, und zum Dritten in dem erläuternden Zusatz, dass der Verletzungsakt namentlich dann ein Kriegsverbrechen darstellt, wenn er als Teil einer Politik, eines Planes oder massenhafter Begehung geschieht. Schließlich lässt sich dieses Element auch beim Völkermord ausmachen. Zwar bezieht sein Tatbestand ausdrücklich auch ein Handeln einer Privatperson mit ein, Art. IV Völkermordkonvention. Doch verlangt er zugleich auch die Absicht, eine der dort genannten Gruppe zumindest teilweise zu zerstören, Art. 6 IStGH-Statut. Hierzu geben die Verbrechenselemente die Erläuterung, dass die Einzeltat im Zusammenhang mit einem offensichtlichen Muster ähnlicher Verhaltensweisen geschehen sein muss, damit man von der entsprechenden Absicht

sprechen kann. Das OLG Düsseldorf hat dies so ausgelegt, dass der Völkermord als Gesamtgeschehen eine strukturell organisierte Lenkung erfordert.⁸⁶ Der IStGH hat in einer Entscheidung im Verfahren gegen Al Bashir zum Beweis der Absicht des Beschuldigten viel Mühe darauf verwandt darzutun, dass er allein oder zusammen mit Gleichgesinnten gerade als Mitglied der Regierung des Sudans gehandelt hat. Da die Vernichtung einer Gruppe sich praktisch nur als organisiertes Zusammenwirken mehrerer Menschen umsetzen lässt und man von einer solchen Zerstörungsabsicht sinnvoll nur sprechen kann, wenn sie realistisch ist, ist diese Interpretation auch durch eine teleologische Auslegung gedeckt.⁸⁷

Einzelheiten in der Auslegung der verschiedenen Tatbestände des positiven Völkerrechts sind gewiss noch nicht abschließend geklärt.⁸⁸ Gleichwohl lässt sich Folgendes als einheitliches Strukturelement der Kollektivtat jedenfalls als Regelform festhalten: Sie erschöpft sich nicht in einem objektiven Geschehen, wie es die Bezeichnungen „Kontexterfordernis“ oder „Gesamtzusammenhang“ nahelegen scheinen. Charakteristisch ist, dass das Gesamtgeschehen sich einem Staat oder einer ihm gleichgestellten Herrschaftsform zurechnen lassen muss. Eindeutig ist dies für die Aggression. Ähnlich liegt es beim Verbrechen gegen die Menschlichkeit, jedenfalls was die Variante angeht, die einen Angriff gegen die Zivilbevölkerung als Element der Politik eines Staates verlangt. Doch gilt dies auch für die zweite Variante, des Angriffs als Ausdruck der Politik einer Organisation. Zwar ist der Begriff der Organisation i.S.d. Art. 7 Abs. 1, Abs. 2 lit. a IStGH-Statut noch nicht endgültig geklärt.⁸⁹ Jedenfalls in Teilen der Rechtsprechung ist anerkannt, dass damit nur Herrschaftsformen gemeint sind, die über eine gewisse Gebietskontrolle verfügen.⁹⁰ Versteht man dies so, tritt hier neben die Zurechnung zu einem Staat die Zurechnung zu einer staatsähnlichen Herrschaftsform (Aufständische, Sezessionisten, Befreiungsbewegungen), die ihrerseits unmittelbar Träger von völkerrechtlichen Rechten und Pflichten ist. Das Zurechnungserfordernis findet sich auch im Kollektivtatelement der Kriegsverbrechen wieder. Um einen bewaffneten Konflikt im Sinne des humanitären Völkerrechts handelt es sich nur, wenn die miteinander kämpfenden Parteien Staaten oder eben Organisationen mit Gebietskontrolle sind.⁹¹ Schließlich tendiert auch die Auslegung der Gruppenvernichtungsabsicht beim Völkermord durch die Judikatur dahin, einen Bezug zur Regierungsspitze oder eine sonstige zentrale Lenkung in den Fokus zu rücken.

⁸⁶ OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.9.1997 – IV 26/96; genauso BVerfG NJW 2001, 1850. Die Judikatur des IGH, ICTY, ICTR hebt darauf nicht stets ab.

⁸⁷ Ambos (Fn. 22), § 7 Rn. 140; Kreß, in: Joecks/Miebach (Fn. 85), § 6 VStGB Rn. 22.

⁸⁸ Ambos (Fn. 22), § 7 Rn. 122, 177 ff., 229; Werle/Jeßberger (Fn. 79), Rn. 814, 1082, 1504.

⁸⁹ Ambos (Fn. 22), § 7 Rn. 188; Werle/Jeßberger (Fn. 79), Rn. 951 ff.

⁹⁰ Vgl. Ambos (Fn. 22), § 7 Rn. 188 m.w.N., der selbst freilich auf die Gebietskontrolle verzichten will.

⁹¹ Ambos (Fn. 22), § 7 Rn. 237.

⁸³ Herdegen (Fn. 68), § 58 Rn. 6; Ipsen (Fn. 74), § 29 Rn. 29 ff.; Werle/Jeßberger (Fn. 79), Rn. 143.

⁸⁴ Herdegen (Fn. 68), § 58 Rn. 5 f.; Ipsen (Fn. 74), § 29 Rn. 29 ff.

⁸⁵ Näher dazu Werle/Burchards, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafrecht, Bd. 8, 2. Aufl. 2013, § 7 VStGB Rn. 14 ff.

Zuspitzend lässt sich daher Folgendes plausibel machen: Die Völkerstrafat als Einzeltat ist bezogen auf eine Kollektivität. Diese ist nicht einfach ein objektives Geschehen, sondern ein Unrechtstatbestand, der sich einem Staat oder einer ihm gleichgestellten Herrschaftsform zurechnen lässt, ein völkerrechtliches Delikt („Makrokriminalität“). Nur weil ein solches Völkerrechtssubjekt ein derartiges völkerstrafrechtliches Delikt begeht, lässt sich die Einzeltat, die ein Mensch als Individuum als Teil der Kollektivität schuldhaft begeht, ihm gerade (auch) als Völkerstrafat vorwerfen. Das zeitigt m.E. Konsequenzen für die Beteiligungslehre im Völkerstrafrecht.

c) Leitet sich die Pflicht des Einzelnen, ein bestimmtes Verletzungshandeln zu unterlassen, von der Pflicht eines Staates oder eines ihm gleichgestellten Völkerrechtssubjekts ab, das Völkerrecht nicht zu brechen, dann ist die Pflichtenstellung des Einzelnen im Ursprung eine Sonderpflicht. Gegen sie verstößt ein Individuum nur, wenn es diese Pflicht übernommen hat. Es findet sich hier eine ähnliche Struktur wie bei § 14 dStGB.⁹² Dort wird der Verstoß gegen eine Sonderpflicht, die nach Zivilrecht oder öffentlichem Recht unmittelbar einen Verband trifft, einem Menschen nur angelastet, wenn dieser gesamtvertretendes Organ des Verbandes oder ein Teil eines solchen Organs ist oder er von einem solchen Organ beauftragt worden ist, einen Teilbereich des Verbandes in Gesamtverantwortung zu leiten. Nimmt man dieses Modell der Pflichtenübertragung zum Muster für die Deutung des Kollektivtatelements der Völkerstrafat, so folgt daraus: Primär ist nur derjenige Täter einer Völkerstrafat, der selbst in diesem Sinne als Gesamtvertreter oder Gesamtbeauftragter eines Staates oder einer gleichgestellten Herrschaftsform einen Tatbestand einer Völkerstrafat verwirklicht. Dieser Zusammenhang tritt bei dem Verbrechen der Aggression i.S.d. Art. 8^{bis} Abs. 1 IStGH-Statut ganz deutlich hervor. § 13 Abs. 4 des deutschen VStGB (im Folgenden (dVStGB) spitzt dies sogar noch weiter dahingehend zu, dass auch Teilnehmer am Verbrechen des Angriffskrieges nur sein kann, wer politische oder militärische Macht innehat.

Wegen der Strukturähnlichkeit des Kollektivtatelements bei den anderen Völkerstrafaten ist die Täterschaft (im primären Sinne) hier nun ganz genauso zu konstruieren. In dem genannten ursprünglichen Sinne ist daher Täter eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit nur, wer als Gesamtvertreter oder -beauftragter des Staates oder einer gleichgestellten Herrschaftsform allein oder zusammen mit anderen, einen bewaffneten Angriff gegen die Zivilbevölkerung führt oder dazu anderen den Befehl gibt. Ferner ist in diesem Sinne nur Täter eines Kriegsverbrechens, wer in dieser Rolle Gesamtvertreter oder -beauftragter einer Konfliktpartei ist, die eine Angriffs- oder Verteidigungsaktion vollzieht, in deren Verlauf es zur (planmäßigen oder mehrfachen) Verwirklichung einer der Tatbestände eines Kriegsverbrechens kommt. Schließlich ist in diesem ursprünglichen Sinne Täter des Völkermords nur, wer in der Absicht handelt, gerade als

Gesamtvertreter oder -beauftragter eines Staates oder einer gleichgestellten Herrschaftsform allein durch Anweisung anderer oder zusammen mit anderen eine Gruppe zu vernichten.

Erst sekundär können demgegenüber diejenigen als Täter erfasst werden, die nicht selbst Gesamtvertreter oder -beauftragte eines Staates oder einer gleichgestellten Herrschaftsform sind. Sie können als Täter nur erfasst werden, wenn irgendein anderer als Gesamtvertreter oder -beauftragter an der Kollektivität mitwirkt und sie dann selbst, durch einen anderen oder gemeinschaftlich mit einem anderen den Tatbestand der Einzeltat verwirklichen. Es findet an dieser Stelle eine Doppelung im Begriff des Täters statt, die auch aus Einheitstätersystemen her bekannt ist. So sieht § 14 Abs. 1 S. 2 des deutschen OWiG⁹³ auch denjenigen als Täter (dort Beteiligter genannt) an, der zwar ein besonderes persönliches Merkmal wie etwa eine Sonderpflichtigkeit selbst nicht erfüllt, wohl aber bewusst mit einem anderen zusammenwirkt, der dieses besondere persönliche Merkmal aufweist. Das bedeutet nun nicht, dass man immer auch einen bestimmten originären Täter überführt haben muss, damit man einen sekundären Täter aburteilen kann. Vielmehr kann es für dessen Strafbarkeit nach Völkerstrafrecht durchaus offenbleiben, wer genau als Gesamtvertreter oder -beauftragter mitgewirkt hat, solange nur überhaupt eine solche Mitwirkung in der Leitungsebene dargetan ist.

Dieser Stufung im Begriff der Täterschaft, die gewisse Ähnlichkeit mit bestimmten Strukturen aufweist, die innerhalb von Strafrechtssystemen mit (funktionalem) Einheitstäter zu finden sind,⁹⁴ führt nun freilich auch zu einer unterschiedlichen Gewichtung der täterschaftlich erbrachten Tatbeiträge. Wer originärer Täter ist, den trifft die nach positivem Völkerstrafrecht vorgesehene Regelstrafe, während für denjenigen, der nur sekundär Täter ist, der in § 28 Abs. 1 dStGB niedergelegte Rechtsgedanke streitet: Da er nicht als Gesamtvertreter oder -beauftragter die Sonderpflicht übernommen hat, erfüllt er selbst nicht dieses strafbegründende besondere persönliche Merkmal. Folglich ist sein Unrecht geringer, sodass eine Strafmilderung angezeigt ist, wie sie nach § 28 Abs. 1 dStGB gem. § 49 Abs. 1 dStGB vorzunehmen ist. Wer die Einzeltat schließlich selbst nicht begeht, sondern ohne Sonderpflichtiger zu sein, an ihr nur teilnimmt, bei dem ist dann eine weitere Strafmilderung angezeigt.

Innerhalb des „makrostrafrechtlich“ geprägten Völkerstrafrechts lässt sich auf diese Weise der Gedanke der Taherrschaft kraft organisierten Machtapparates neu aufgreifen und umformulieren: Es ist nicht allein die Macht über andere Menschen, die hier dazu führt, den Hintermann als Zentralgestalt des Tatgeschehens auszumachen. Es ist die in der Gesamtvertretung oder -beauftragung begründete Übernahme einer Sonderpflicht, diese Macht nicht zu missbrauchen, die dem Befehlsgeber originär zum Täter macht.

d) Für die im Rahmen des Friedensprozesses nach Völkerstrafrecht zu beurteilenden Taten, folgt daraus im Umriss:

⁹² Zur Dogmatik des Handelns für andere am Beispiel des nahezu inhaltsgleichen § 9 des deutschen OWiG *Kleszczewski*, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2. Aufl. 2016, Rn. 529 ff.

⁹³ Zur Dogmatik dieser Beteiligtennorm *Kleszczewski* (Fn. 92), Rn. 486 ff.

⁹⁴ Näher dazu *Kleszczewski* (Fn. 33), S. 26 ff.

Weil und soweit Las FARC aufgrund Gebietskontrolle als staatenähnliche Herrschaftsform Völkerrechtssubjekt ist, treten jedenfalls die Mitglieder des Estadio Mayor Central der FARC bzw. dessen Sekretariat als Gesamtvertreter in die völkerrechtliche Pflichtenstellung ein. Soweit sie an einer völkerstrafrechtlichen Einzeltat mitwirken, sind sie daher grundsätzlich im originären Sinne als Täter anzusehen, wenn sie nach Völkerstrafrecht verurteilt werden sollen. Gleiches gilt für diejenigen, die von ihnen beauftragt waren, Teileinheiten der FARC als Anführer zu leiten. Alle übrigen sind nur im sekundären Sinne Täter, wenn sie den Tatbestand einer völkerstrafrechtlichen Einzeltat allein oder im geplanten Zusammenwirken mit anderen erfüllen. Mangels Sonderpflichtübernahme ist ihnen eine Strafmilderung zuzubilligen. Noch mildere Strafe ist schließlich bei Teilnehmern angezeigt.

IV. Schluss

Das Strafrecht einer Zivilgesellschaft ist „Mikrostrafrecht“. Es geht von dem Handeln einzelner Menschen in ihrem unmittelbaren Verhältnis zueinander aus. Straftaten sind hier Angriffe auf bestimmte Rechtsgüter, Täter ist also derjenige, der allein oder zusammen mit anderen das Opfer angreift, Teilnehmer derjenige, der dabei in anderer Weise mitwirkt. Völkerstrafrecht ist hingegen „Makrostrafrecht“. Als Bestandteil des Völkerrechts setzt es Rechtsverhältnisse unter Staaten bzw. ihnen gleich gestellten Herrschaftsformen voraus. Das völkerrechtliche Delikt besteht in der Übertretung einer dergestalt begründeten Pflicht. Es liegt nur vor, wenn ein Rechtsbruch einem der eben genannten Völkerrechtssubjekte zugerechnet werden kann. Das Völkerstrafrecht zieht zwar Menschen zur Verantwortung. Diesen kann man aber einen völkerrechtlichen Pflichtverstoß unmittelbar nur zurechnen, wenn sie als Gesamtvertreter oder -beauftragter für einen Staat oder eine ihm gleichgestellte Herrschaftsform handeln. Darin besteht der eigentliche Sinn des Kollektivtatelementes der Völkerstraftat, die sich damit als eine besondere Form eines Sonderpflichtdelikts erweist. Wer weder ein solcher Gesamtvertreter noch ein solcher Gesamtbeauftragter ist, der kann nur in einem sekundären Sinne Täter sein. Das erlaubt es, schon auf der Ebene der Bestrafung der Täter, Strafrahmendifferenzierungen vorzunehmen.

Entscheidungsanmerkung

Tödliches Autorennen auf dem Kurfürstendamm – Mordurteile gegen Berliner Raser

**Ein Kraftfahrer, der bei einem illegalen Autorennen in der Innenstadt mit 160 km/h unter Missachtung der Vorfahrt eine Straße kreuzt und dabei mit einem vorfahrtberechtigten Fahrzeug kollidiert, dessen Fahrer tödlich verletzt wird, kann sich wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts strafbar machen.
(Leitsatz der Verf.)**

StGB §§ 15, 211, 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5, 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a und d, 25 Abs. 2, 52, 69 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1, 69a Abs. 1 S. 2

LG Berlin, Urt. v. 27.2.2017 – 535 Ks 8/17

I. Sachverhalt und gerichtliche Entscheidungen

Am Adenauerplatz näherte der Angeklagte H sich von hinten auf der linken der beiden Fahrspuren dem Fahrzeug des Angeklagten N und hielt an der roten Ampel mit heruntergelassener Beifahrerscheibe direkt neben diesem an.

Der Angeklagte H machte nun mit lauten Motorengeräuschen im Leerlauf seines Fahrzeugs auf sich aufmerksam und signalisierte zugleich, dass er zu einer Wettfahrt (einem sogenannten Stechen) bereit sei. Als sich beide Angeklagte durch die geöffneten Seitenfenster sahen, stellten sie fest, dass sie sich aus dem „D“ als Mitglieder der sogenannten Raserszene seit einiger Zeit kannten. Auch bemerkte der Angeklagte H, dass neben dem Angeklagten N eine Beifahrerin im Fahrzeug saß. Beide Angeklagte fuhren beim Umschalten der Lichtzeichenanlage auf Grün schnell los und überquerten die Kreuzung Adenauerplatz, um abrupt in Höhe der hinter der Kreuzung liegenden Bushaltestelle der Linie M19 nebeneinander anzuhalten. Hier erfolgte ein kurzes Gespräch zwischen den Angeklagten durch die geöffneten Seitenscheiben ihrer Fahrzeuge, in dessen Verlauf es durch Gesten und Spiel mit dem Gaspedal zur Verabredung eines Stechens, also eines illegalen Straßenrennens, den Kurfürstendamm und die Tauentzienstraße entlang, kam, obwohl zu dieser Zeit (gegen 1 Uhr nachts) ein zwar den nächtlichen Gegebenheiten entsprechendes, jedoch nicht unerhebliches Verkehrsaufkommen herrschte.

Der Verabredung entsprechend raste der Angeklagte H im unmittelbaren Anschluss an das Gespräch – und nachdem beide Angeklagte von einem anderen Fahrzeug durch Hupen zum Weiterfahren gedrängt wurden – unter Überfahren von roten Ampeln mit stark überhöhter Geschwindigkeit in Richtung Kaiser-Wilhelm-Gedächtniskirche los. Der Angeklagte H hatte bereits jetzt den Entschluss gefasst, möglichst schnell und vor dem Angeklagten N das Ziel am Kaufhaus „P.“ zu erreichen und dabei alle Verkehrsregeln außer Acht zu lassen.

Der Angeklagte N nahm, nachdem er zunächst noch an zwei roten Ampeln angehalten hatte, in dem Bereich zwischen Olivaer Platz und Uhlandstraße unter deutlicher Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit und unter

Überfahren von roten Ampeln die Verfolgung des Angeklagten H auf. Er entschloss sich, möglichst schnell den Angeklagten H einzuholen und vor diesem das Ziel am Kaufhaus „P.“ zu erreichen und dabei ebenfalls alle Verkehrsregeln außer Acht zu lassen. Der Angeklagte beschleunigte seinen mit 280 kW und Allradantrieb ausgestatteten Mercedes so stark, dass er den Angeklagten H spätestens in Höhe der U-Bahnstation Uhlandstraße eingeholt hatte.

Der Angeklagte H fuhr zu dieser Zeit leicht versetzt vor dem Angeklagten N.

Gemeinsam rasten die Angeklagten von hier aus nebeneinander bzw. leicht versetzt voneinander mit Geschwindigkeiten von deutlich über 100 km/h in Richtung Kaiser-Wilhelm-Gedächtniskirche und Wittenbergplatz, wobei jeder Angeklagte versuchte, sich entscheidend von dem anderen abzusetzen, um das Rennen für sich zu entscheiden.

Mit einem noch leichten Vorsprung von wenigen Metern und einer Geschwindigkeit von 139 bis 149 km/h fuhr der Angeklagte N bei Rot in den Kreuzungsbereich Tauentzienstraße/Nürnberger Straße ein. Auch der Angeklagte H fuhr bei Rot in den Kreuzungsbereich ein, wobei dieser aufgrund des vollständig durchgetretenen Gaspedals zwischenzeitlich eine Geschwindigkeit von mindestens 160 bis 170 km/h erreicht hatte.

Spätestens jetzt war beiden Angeklagten bewusst, dass ein die Nürnberger Straße befahrender, bei grüner Ampelphase berechtigt in die Kreuzung einfahrender Fahrzeugführer und etwaige Mitinsassen bei einer Kollision mit den von ihnen gelenkten Pkw nicht nur verletzt, sondern aufgrund der von ihnen im Rahmen des vereinbarten Rennens gefahrenen sehr hohen Geschwindigkeiten mit großer Wahrscheinlichkeit zu Tode kommen würden.

Aufgrund der erreichten Geschwindigkeit, des Befahrens des Kreuzungsbereichs bei Rot und der aufgrund baulicher Gegebenheiten (Litfaßsäule, rechtwinklige Hausbebauung bis dicht an die Fahrbahn) nicht bestehenden Möglichkeit der Einsicht nach rechts in die kreuzende Nürnberger Straße kollidierte der Angeklagte H – absolut unfähig noch zu reagieren – im Scheitelpunkt der Kreuzung mit dem Fahrzeug des Geschädigten W, der aus der Nürnberger Straße kommend regelkonform bei Grün in den Kreuzungsbereich Tauentzienstraße/Nürnberger Straße eingefahren war.

Durch den Aufprall wurde der Jeep Wrangler des Geschädigten W von dem Audi des Angeklagten H auf der Fahrerseite quasi durchstoßen. Durch die sehr hohe Aufprallenergie wurde das Fahrzeug um die eigene Längs-, Hoch- und Querachse gedreht und mit einer Geschwindigkeit von etwa 60 km/h rund 70 m durch die Luft in Richtung Wittenbergplatz geschleudert, so dass es auf der Fahrerseite liegend zum Stillstand kam.

Der Geschädigte W, der aufgrund des sehr schnellen Geschehensablaufs nicht ansatzweise eine Ausweichmöglichkeit hatte, erlag noch am Unfallort in seinem Fahrzeug den bei dem Aufprall erlittenen multiplen Verletzungen, was die Angeklagten als möglich erkannt hatten, sich hiermit um des erstrebten Zieles willen – nämlich dem Gewinn des Straßenrennens und der damit verbundenen und angestrebten Selbstbestätigung – jedoch abgefunden hatten. Im Einzelnen erlitt

der Geschädigte Schädel- und Hirnverletzungen im linken Scheitel- und Schläfenbereich, eine linksseitige Rippenseri-enfraktur, Brüche des linken Schulterblattes, des linken Schlüsselbeines, des linken Oberschenkels, des linken Oberarmes und der Elle sowie der ersten Rippe und des rechten Wadenbeins. Weiterhin wurden die linke Lunge, das Herz, die Leber, die Milz und die Darmwurzel mit Einblutungen in die Körperhöhlen verletzt.

Die von den Angeklagten gefahrene Wegstrecke betrug vom „D“ bis zum Kollisionsort 3,4 Kilometer. Auf dieser Strecke wurden insgesamt 20 Kreuzungen oder Einmündungen passiert, von denen zur Tatzeit 13 durch Ampelanlagen geregelt waren. Bei Einhaltung aller Verkehrsregeln werden für das Durchfahren dieser Strecke mindestens acht Minuten benötigt. Ab dem Adenauerplatz unterlagen 11 Kreuzungen der Regelung durch Lichtzeichenanlagen.

Nach dem festgestellten Sachverhalt haben die Angeklagten gemäß § 25 Abs. 2 StGB mittäterschaftlich und bedingt vorsätzlich handelnd mit gemeingefährlichen Mitteln einen Mord zum Nachteil des Geschädigten W gemäß § 211 StGB in Tateinheit (§ 52 StGB) mit einer gefährlichen Körperverletzung zum Nachteil der Zeugin und Nebenklägerin K gemäß den §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5 StGB und vorsätzlicher Gefährdung des Straßenverkehrs gemäß § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a und d StGB begangen.

Die Angeklagten haben sich am Tattag auf die Durchführung eines spontanen Autorennens geeinigt. Nachdem der Angeklagte H durch schnelles An- und Vorfahren seinen Kontrahenten zweimal herausgefordert und der Angeklagte N noch gezögert und an zwei roten Ampeln gehalten hatte, gab Letzterer seine Zurückhaltung schließlich auf, ließ sich auf das Rennen ein, überholte den Angeklagten H und übernahm zeitweise die Führung. Dabei benutzten die Angeklagten beide Fahrstreifen des Kurfürstendamms und im weiteren Verlauf der Tauentzienstraße, fuhren nebeneinander bzw. abwechselnd voreinander versetzt und bildeten mit ihrer kW-starken Fahrerphalanx aufgrund der hohen Geschwindigkeit eine gemeinsame Gefahr für das dortige Verkehrsgeschehen.

Bei der von der Kammer vorgenommenen Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände war auch das voluntative Element des bedingten Tötungsvorsatzes zu bejahen. Die Angeklagten haben sich mit der tödlichen Tatbestandsverwirklichung abgefunden, wissentlich eine große, anschauliche und konkrete Lebensgefahr geschaffen, sich gegenüber der erkannten Möglichkeit des Erfolgsintritts gleichgültig verhalten, waren aufgrund ihrer Motivation bereit, schwerste Folgen in Kauf zu nehmen, wobei sie den Tötungserfolg nicht wünschten und auch kein Tötungsmotiv hatten, sondern dem oben aufgezeigten Handlungsantrieb nachgingen. Hinzu kommt, dass, wie vorstehend ausgeführt, die von ihnen eingehaltene Unfallgeschwindigkeit ein nur fahrlässiges Verhalten geradezu ausschließt und ihr Handeln auch vom Wortgehalt und auf einer möglichen Skala von fahrlässig falschem Verkehrsverhalten nicht mehr erfasst wird. Die Angeklagten konnten im Tatzeitpunkt gerade nicht mehr ernsthaft darauf vertrauen, dass alles gut gehen werde, sondern sie überließen es bei Einfahrt in den Kreuzungsbe-reich Tauentzienstraße/Nürnberger Straße dem Zufall, ob ein

bevorrechtigtes Fahrzeug kreuzen werde und die Insassen den unausweichlichen Zusammenstoß überleben würden. Diese Konsequenzen waren ihnen in diesem Moment egal und gleichgültig; denn jeder von ihnen wollte aus dem Rennen als Sieger hervorgehen. Sie ließen es darauf ankommen und konnten nicht mehr ernstlich darauf vertrauen, ein Unfallgeschehen durch ihre Fahrgeschicklichkeit zu vermeiden, was insbesondere dadurch belegt wird, dass ein Vermeidungsverhalten – ein Lenk- oder Bremsmanöver – nicht mehr vorgenommen wurde und auch objektiv nicht mehr möglich war.

Keinen Zweifel hatte die Kammer auch hinsichtlich der Bejahung des Willenselementes bei dem Angeklagten N. Das Aufschließen zu dem führenden Fahrzeug des Angeklagten H und die zeitweilige Übernahme der Führung belegen die konkrete Gefährlichkeit seines Fahrstils und die Gleichgültigkeit gegenüber dem Wohlergehen seiner Beifahrerin und der Gesundheit und dem Leben anderer Verkehrsteilnehmer. Die Gesamtwürdigung aller tatbezogenen, persönlichkeits-immanenten und handlungsleitenden Motive lässt wie im Falle des Angeklagten H angesichts der auch von ihm an der Tatörtlichkeit gefahrenen Geschwindigkeit auf die Bereitschaft zur Inkaufnahme schwerster Folgen schließen. Auch der Angeklagte N hat eine hoch intensive Gefahrenlage (mit)geschaffen, sich in der konkreten Situation jeglicher Handlungsmacht begeben, keinerlei Wahrnehmungsmöglichkeit nach rechts gehabt und dem Geschädigten W keinerlei Reaktions- und Abwehrchancen belassen. Dies rechtfertigt bei der vorzunehmenden Gesamtwürdigung, zumal auch er sich in einer psychisch unproblematischen Verfassung befand, die Bejahung des voluntativen Elements im Rahmen des bedingten Tötungsvorsatzes.

Nach alledem haben sich die Angeklagten vor dem Hintergrund ihrer Persönlichkeiten und frei von jeglicher psychischen Beeinträchtigung am Tattag auf ein Autorennen eingelassen, das in der konkreten Begehungsweise zu den tödlichen Verletzungen des Geschädigten W geführt hat. Diesen „Erfolg“ haben sie bedingt vorsätzlich in Kauf genommen; denn sie handelten in Kenntnis der objektiven Gefährlichkeit ihres Verhaltens und konnten nicht mehr darauf vertrauen, dass alles gut ausgehen werde. Den möglichen Tod eines querenden Fahrzeugführers wünschten sie nicht, nahmen ihn aber angesichts ihres Gewinnstrebens gleichgültig hin. Ihre extreme Geschwindigkeit, Vollgas, die Missachtung roten Ampellichts, ihre „Blindfahrt“ und die Tatörtlichkeit als innerstädtischer Großstadtbereich beließen dem Geschädigten keine Überlebenschance, zumal auch die Angeklagten selbst keine Möglichkeit mehr hatten, das Unfallgeschehen durch ein Brems- oder Lenkmanöver zu vermeiden.

Das Mordmerkmal der Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln ist erfüllt, wenn der Täter ein Mittel zur Tötung einsetzt, das in der konkreten Tatsituation eine Mehrzahl von Menschen an Leib und Leben gefährden kann, weil er die Ausdehnung der Gefahr nicht in seiner Gewalt hat.

So ist es zum Beispiel unerheblich, dass in dem Zimmer, in welches ein Molotow-Cocktail geschleudert wird, zufällig niemand außer seinem Bewohner ist; es genügt, dass sich dort auch andere Personen befinden konnten.

Bei dieser Sachlage, insbesondere der bei Einfahrt in den Kreuzungsbereich innegehabten Geschwindigkeit im Bereich des Dreifachzulässigen, und der Unfähigkeit der Angeklagten das Geschehen noch irgendwie zu beherrschen, bestand für einen von ihnen nicht eingrenzbarer größerer Personenkreis eine konkrete Lebens- und Todesgefahr, die sich für den Geschädigten W – und für die Zeugin K als Beifahrerin des Angeklagten N – in tragischer Weise realisiert hat. In dieser Situation schufen die Angeklagten mit besonderer Rücksichtslosigkeit und in nicht mehr zu kontrollierender Art und Weise eine konkrete Gefahrenlage, in der sie es nicht mehr in der Hand hatten, wie viele Menschen als Repräsentanten der Allgemeinheit es treffen würde.

Im hiesigen Fall war unmittelbar nur ein Fahrzeug betroffen, das jedoch zwanglos mit mehreren Insassen hätte besetzt sein können.

II. Anmerkung

Fest steht, dass beide Angeklagten bei ihrem wilden Rennen keinen Unfall verursachen wollten. Mehr noch, sie wollten dezidiert, dass es nicht zu einem Unfall kommt. Denn ein Unfall war mit dem von ihnen verfolgten Handlungsziel, einen Sieger des Rennens zu ermitteln, schlechthin unvereinbar. Es ist nun die Frage, ob ihre für andere Verkehrsteilnehmer offensichtlich lebensgefährliche Fahrweise deshalb eine mildere Beurteilung verdient, als wenn sie einen solchen Grund, einen Unfall nicht zu wollen, nicht gehabt hätten. Denn dieser Grund hat nichts mit Rücksicht auf die potentiellen Unfallopfer zu tun, sondern allein mit ihren eigenen Handlungsinteressen, und dieses Interesse ist neben der Gesundheit und dem Leben potenzieller Unfallopfer eine Lappalie. Auch ist ihr Wille, dass es nicht zu einem Unfall kommen möge, zwar eindeutig vorhanden, aber schwach. Sie wollen zwar, dass es nicht zu einem tödlichen Unfall kommt, aber das ist ihnen nicht wichtig genug, um sie daran zu hindern, ein hohes derartiges Risiko einzugehen.

Es handelt sich um eine Neuauflage des *Lacmannschen* Schießbudenfalles, mit dem dieser gegen eine Version des sog. Willenselementes des Vorsatzes argumentiert hat, wonach der Täter nicht mit Vorsatz handelt, sofern er nicht gehandelt hätte, wenn er sich des Eintritts des Erfolges sicher gewesen wäre.¹ Zwei junge Männer schließen an einer Schießbude auf dem Jahrmarkt eine Wette ab, dass der eine von ihnen dem Mädchen, das dort die Kunden bedient, eine Glaskugel aus der Hand schießen kann. Gelingt ihm dies, so soll er von dem anderen 20 Mark bekommen. Aber der Schütze ist bei weitem nicht so zielsicher, wie er vorgibt, fürchtet also, dass er mit großer Wahrscheinlichkeit statt der Kugel die Hand oder den Arm des Mädchens treffen wird. Für diesen Fall beschließt er schon ehe er anlegt das Gewehr fallen zu lassen und in der Menge zu verschwinden. Der junge Mann hätte gewiss den Schuss nicht getan, wenn er sicher gewusst hätte, dass er das Mädchen treffen wird, denn dann hat der Schuss für ihn keinen Sinn, weil er die 20 Mark

nicht bekommt. *Lacmann* fragt nun, ob das ein Grund ist, ihn nur wegen Fahrlässigkeit und nicht wegen Vorsatzes zu verurteilen, falls er das Mädchen trifft.² Unsere Amateurrennfahrer sind in genau der gleichen Situation. Hätten sie mit Sicherheit gewusst, dass das Rennen mit einem Unfall enden wird, so hätten sie es gar nicht angefangen, schon weil sie dann keinen Sieger hätten ermitteln können. Die lebensgefährliche Handlung hätte dann für sie keinen Sinn.

Aber die kritische Potenz des *Lacmannschen* Schießbudenfalles, also auch die unseres Rennfahrerfalles, beschränkt sich nicht auf die Widerlegung dieser sog. ersten *Frankschen* Formel, sie betrifft alle Versuche in Rechtsprechung und Wissenschaft, das sog. Willenselement des Vorsatzes als eine faktische innere Einstellung des Täters zum Eintritt des Erfolges zu bestimmen.³ Eine dieser Bestimmungen, die heute noch verwendet wird, lautet: Der Täter will den Erfolg dann, wenn der Eintritt des Erfolges ihm lieber ist als der Verzicht auf sein Handlungsziel,⁴ oder der Täter finde sich, sofern er anders sein Ziel nicht erreichen kann, auch mit dem Eintritt des Erfolges ab.⁵ Weiß der Täter, dass er sein Handlungsziel verfehlen wird, sofern der Erfolg eintritt, so steht er gar nicht vor dieser Alternative. Aber auch von einem billigenden in Kauf nehmen oder sich Abfinden mit dem Erfolg kann in einem solchen Falle nicht die Rede sein. Wenn der Täter ein Ziel anstrebt, dessen Erreichen mit dem Eintritt des Erfolges schlechterdings unvereinbar ist, so findet er sich mit dem Eintritt des Erfolges nicht ab und nimmt ihn in keinem Sinne des Wortes in Kauf. Was er in Kauf nimmt und womit er sich abfindet, das ist lediglich die Gefahr des Erfolgseintritts, die er um der Chance willen, dass er sein Ziel erreicht, für den Fall akzeptiert, dass er es nicht erreicht. In Kauf nimmt er also allenfalls die Gefahr, nicht aber den Erfolg. Doch nach der Willentheorie ist Gegenstand des Willens oder derjenigen inneren Einstellung, die als Willenssurrogat beim dolus eventualis an dessen Stelle treten soll, der Erfolg und nicht die Gefahr. Die Gefahr nimmt jeder Täter in Kauf, der bewusst fahrlässig handelt.

Es hat sich also gezeigt, dass die Vorstellung des Täters, dass der Eintritt des Erfolges mit der Erreichung seiner Ziele unvereinbar ist, jedes positive psychische Verhältnis zur Wirklichkeit des Erfolges, das als Willenssurrogat an die Stelle des Willens zum Erfolg treten könnte, ausschließt. Es erübrigen sich also bei wilden Rennen jegliche Spekulationen zu der Frage, ob die Rennfahrer einen möglichen Unfall auch deshalb nicht billigend in Kauf genommen haben, weil dabei auch ihr kostbares Auto, die geliebte Beifahrerin oder gar sie selbst zu Schaden hätten kommen können.⁶ Aber, wie das *Lacmannsche* Beispiel und auch unser Rennfahrerfall de-

¹ So *Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931, § 59 Anm. V (S. 190); v. *Hippel*, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1903, S. 135 ff.

² *Lacmann*, GA 58 (1911), 109 (119); *ders.*, ZStW 31 (1911), 142 (159 f.).

³ *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 15 Rn. 40.

⁴ *Bung*, Wissen und Wollen im Strafrecht, 2009, S. 184.

⁵ BGHSt 7, 363 (369).

⁶ Vgl. *Fischer*, Zeit Online v. 7.3.2017, S. 6, abrufbar unter <http://www.zeit.de/gesellschaft/2017-03/sicherheit-raser-moerder-kommissare-fischer-im-recht/seite-6> (8.7.2017).

monstrieren, ist es nicht sinnvoll, dem Täter wegen eines solchen dezidierten Willens, dass der Erfolg nicht eintritt, den Vorwurf zu ersparen, dass er ihn vorsätzlich herbeigeführt hat.⁷ Denn dieser Wille ist zwar da, aber er ist schwach. Er hindert den Täter nicht daran, bewusst ein hohes Risiko einzugehen, dass der Erfolg doch eintritt. Wenn also beim Vorsatz von einem Willenselement gesprochen werden kann, dann nur in einem normativ zuschreibenden, nicht in einem faktisch psychologischen Sinne.⁸ Unsere Amateurrennfahrer

⁷ *Lacmann*, GA 58 (1911), 109 (119); *ders.*, ZStW 31 (1911), 142 (160); *Puppe* (Fn. 3), § 15 Rn. 40.

⁸ Der BGH nimmt eine widersprüchliche Stellung dazu ein, indem er einerseits betont, dass die Feststellung des *dolus eventualis* eine reine Tatfrage ist, andererseits bei den einzelnen Indizien für oder gegen *dolus eventualis* es für entscheidend erklärt, wie der Richter diese „im Einzelfall bewertet“, BGH NStZ 2017, 342 (344); BGH NStZ 2013, 581 (582); BGH NStZ-RR 2013, 75 (77); BGH NStZ-RR 2013, 89 (90); BGH, Urt. v. 4.4.2013 – 3 StR 37/13 = BeckRS 2013, 07323; BGH NStZ-RR 2013, 343, vgl. dazu meinen Disput mit *Fischer: Puppe*, ZIS 2014, 66; *Fischer*, ZIS 2014, 97, und die Stellungnahme von *Leitmeier*, HRRS 2016, 243. Aber jede Wertung muss mit Tatsachen begründet werden. Im Recht kann das aber nicht nach dem Belieben und den Wertmaßstäben des jeweils entscheidenden Richters geschehen, sondern nur nach allgemeinen Regeln, *Bung* (Fn. 4), S. 266 f.; *Frisch*, GA 1989, 338 (344); *Neumann*, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie der Gegenwart, 9. Aufl., 2016, S. 304 ff.; *ders.*, in: Gabriel/Gröschner (Hrsg.), Subsumtion, 2012, S. 311 (315 ff.); *Puppe*, NStZ 2012, 409 (414); *dies.*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 3. Aufl. 2013, S. 52 f. Es ist also nicht damit getan, sich auf eine Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalles zu berufen, wie es immer wieder der BGH getan hat (BGHSt 36, 1 [10]; BGH NStZ 2000, 583 [584]; BGH NStZ 2003, 431 [432]; BGH NJW 1999, 2533 [2534 f.]; vgl. auch BGH NStZ-RR 1998, 101) und die Literatur auch vielfach befürwortet (*Hassemer*, in: Dornseifer/Horn/Schilling/Schöne/Struensee/Zielinski [Hrsg.], Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 289 [306 f.]; *Volk*, in: Canaris/Heldrich/Hopt/Roxin/Widmaier [Hrsg.], 50 Jahre Bundesgerichtshof, Bd. 4, Strafrecht, Strafprozeßrecht, 2000, S. 739 [746]; *Vogel*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann [Hrsg.], Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 15 Rn. 126; *Gaede*, in: Matt/Renzikowski [Hrsg.], Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 15 Rn. 23 f.; *Roxin*, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter [Hrsg.], Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 243 [247 ff.], und auch *Leitmeier*, HRRS 2016, 243 [246 f.]). Das Ergebnis einer solchen Methode der Rechtsfindung ist, dass je nach dem Wertempfinden des einzelnen Richters bald der eine, bald der andere Gesichtspunkt die Entscheidung bestimmt oder auch vernachlässigt wird, *Puppe*, NStZ 2012, 409 (414) mit Beispielen aus der Rechtsprechung des BGH; *dies.*, GA 2006, 65 (77 ff.). Im Text werden allgemeine Regeln dazu vorgeschlagen, unter welchen Bedingungen dem Täter von Rechts wegen zugeschrieben werden soll, dass er

handeln krass unvernünftig, indem sie die hohe Unfallgefahr verursachen, obwohl sie wollen, dass es nicht zu einem Unfall kommt. Diese krasse Unvernünftigkeit ist dem Täter nicht von Rechts wegen zugute zu halten. Er ist vielmehr nach den Maßstäben vernünftigen Handelns zu messen.⁹ Ist eine Gefährdung anderer so groß, anschaulich und unbeherrschbar, dass ein vernünftiger Mensch sie nicht eingehen könnte, wenn er den Erfolg nicht will, so muss sich der Täter, der die Gefahr gleichwohl eingeht, so behandeln lassen, als hätte er den Erfolg gewollt, „denn ein jeder wird als konsequent und nach rechter Vernunft handelnd angesehen“.¹⁰

Genauso ist das Gericht im vorliegenden Fall auch verfahren, indem es nicht danach gefragt hat, ob die Angeklagten tatsächlich auf einen guten Ausgang des Rennens vertraut haben, sondern angesichts der großen, anschaulichen und für die Täter unbeherrschbaren Unfallgefahr zu der Wertung gelangt ist, dass sie „nicht darauf vertrauen konnten“. Das Gericht versteht also das Urteil, dass den Angeklagten der Eintritt des Erfolges gleichgültig war, nicht im Sinne der faktischen Feststellung eines Gemütszustandes der Täter, sondern in einem zuschreibenden Sinne. Es geht nicht um die gefühlte Gleichgültigkeit der Täter als tatbegleitender Gemütszustand, sondern um die praktizierte Gleichgültigkeit, die in der Tat selbst ihren Ausdruck findet. Hätte das Gericht den bedingten Vorsatz als rein faktische Feststellung eines Gemütszustandes der Täter aufgefasst, so hätte es die Täter schlicht fragen müssen, habt ihr denn den Eintritt des Erfolges in Kauf genommen, war er euch gleichgültig, oder habt ihr, und sei es auch noch so unvernünftig, auf das Ausbleiben eines Unfalls vertraut? Die Angeklagten hätten diese Frage mit Gewissheit im letzteren Sinne beantwortet und das sogar glaubwürdig. Aber das Gericht ist eben nicht bereit, den Tätern diese krasse Unvernunft zugute zu halten, weil sie, wie das Gericht ausführt, gerade jene Gleichgültigkeit gegenüber Leben und Gesundheit anderer Verkehrsteilnehmer ist, die den Tätern als Vorsatz zum Vorwurf zu machen ist. Darin ist dem Gericht Recht zu geben.

Nach den Maßstäben „rechter Vernunft“ hat also das Landgericht unsere Amateurrennfahrer zu Recht wegen vorsätzlicher Tötung verurteilt. Die Verurteilung wegen Mordes erscheint allerdings zu hart, sie war aber bei Zugrundelegung der herrschenden Lehre zum Mordmerkmal der gemeingefährlichen Mittel nicht zu vermeiden, denn die ganz herrschende Lehre interpretiert dieses Merkmal als sogenannte abstrakt-konkrete Gefahr, ähnlich wie den Einsatz eines gefährlichen Werkzeugs in § 224 StGB. Danach ist ein Tötungsmittel dann gemeingefährlich, wenn es gemäß der Art

den Erfolg in Kauf genommen, sich damit abgefunden oder sich dafür entschieden hat.

⁹ *Puppe*, ZStW 103 (1991), 1 (14 ff.); *dies.* (Fn. 3), § 15 Rn. 68.

¹⁰ *Böhmer*, Observationes selectae ad Benedictus, Carpozovi JC. Practicam novam rerum criminalium imperialem Saxonicum, 1759, pars I, abs. II, qu 1, Nr. 62 (S. 2), eigene Übersetzung, lateinisch: „[...] secundum rectam rationem agere censeatur“; ausführlicheres Zitat bei *Puppe*, ZStW 103 (1991), 1 (27).

seines Einsatzes im konkreten Fall geeignet ist, weitere Menschen zu gefährden, falls diese sich im Einwirkungsbereich des Mittels befinden. Dagegen ist nach herrschender Lehre und Rechtsprechung nicht erforderlich, dass sich tatsächlich weitere Personen im Einwirkungsbereich des Tatmittels befinden.¹¹ Man kann aber durchaus bezweifeln, ob mit einer solchen letztlich abstrakten Gefahr für andere Menschenleben schon eine derartige Steigerung des Unrechts verbunden ist, dass sie den Schritt vom Totschlag zum Mord rechtfertigt. Man könnte das Merkmal auch enger auslegen, nämlich im Sinne einer konkreten Gefahr. Die würde, um die Formulierung der herrschenden Lehre zu benutzen, dann vorliegen, wenn es im konkreten Fall „nur noch vom Zufall abhängt“, ob weitere Menschen zu Tode kommen oder nicht. So verstanden, käme das Merkmal dem Unrechtsgehalt der, mindestens versuchten, Tötung mehrerer Menschen nahe. Dass auch dem entscheidenden Gericht bei der Verurteilung wegen Mordes nicht wohl war, wird daraus deutlich, dass es das weitere Mordmerkmale niedrige Beweggründe deshalb abgelehnt hat, weil Täter und Opfer sich nicht kannten. Dabei kann man das Motiv der Täter, ein wildes Rennen im Straßenverkehr auszutragen und möglichst zu gewinnen, im Verhältnis zur Tötung eines Menschen durchaus als ein nichtiges und deshalb als niedrig bewerten. Aber all dies ist eine Frage der richtigen Bestimmung der Mordmerkmale.

Nicht jedes wilde Rennen auf öffentlichen Straßen begründet eine derart hochgradige und unbeherrschbare Gefahr für andere Verkehrsteilnehmer, dass, um es mit den Worten des Gerichts zu sagen, die Rennteilnehmer nicht mehr darauf vertrauen können, dass kein schwerer Unfall geschehen wird. Man denke an ein Rennen auf kaum befahrener Landstraße spät in der Nacht oder am frühen Morgen. Das Problem dürfte demnächst durch ein neues Gesetz entschärft werden. Der Bundestag hat dazu die folgende Gesetzesfassung beschlossen:

„§ 315d StGB

Verbotene Kraftfahrzeugrennen

(1) Wer im Straßenverkehr

1. ein nicht erlaubtes Kraftfahrzeugrennen ausrichtet oder durchführt,
2. als Kraftfahrzeugführer an einem nicht erlaubten Kraftfahrzeugrennen teilnimmt oder
3. sich als Kraftfahrzeugführer mit nicht angepasster Geschwindigkeit und grob verkehrswidrig und rücksichtslos fortbewegt, um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen,

¹¹ BGHSt 38, 353 (354 f.); *Zieschang*, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 1301 (1312 f.); *Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 3), § 211 Rn. 87; *Jähnke*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 5, 11. Aufl. 2005, § 211 Rn. 57; *Eschelbach*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2015, § 211 Rn. 67.

wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Wer unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 Nummer 2 oder 3 handelt und dadurch Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(3) Der Versuch ist in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 1 strafbar.

(4) Wer in den Fällen des Absatzes 2 die Gefahr fahrlässig verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(5) Verursacht der Täter in den Fällen des Absatzes 2 durch die Tat den Tod oder eine schwere Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen oder eine Gesundheitsschädigung einer großen Zahl von Menschen, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.“

Die praktische Bedeutung dieses Entwurfs besteht zunächst einmal in der Einfügung der Erfolgsqualifikation des § 315d Abs. 5 StGB-E. Man könnte eine solche Erfolgsqualifikation auch in den § 315c StGB einfügen.¹² Das würde auch genügen, um denjenigen Rennteilnehmer, der unmittelbar in einen Unfall verwickelt ist, in verstärktem Maße für die schweren Unfallfolgen verantwortlich zu machen, denn man kann schwerlich ein wildes Rennen im Straßenverkehr austragen, ohne mehrfach eine der sieben Todsünden des § 315c Abs. 2 StGB zu begehen. Auch die seltsam formulierte Alternative Abs. 1 Ziffer 3 gegen den Alleinraser wäre dann überflüssig. Wenn man das für zu weitgehend hält, so fragt sich, ob der „Alleinraser“ unbedingt strenger zu behandeln ist als etwa der rücksichtslose Überholer oder Vorfahrtsverächter. Die praktische Bedeutung des neuen § 315d Abs. 5 StGB-E würde dann noch darin bestehen, auch den anderen Rennteilnehmer, der durch sein eigenes verkehrswidriges Fahren weder eine Gefahr für andere Verkehrsteilnehmer noch gar einen qualifizierenden Erfolg verursacht hat, für die Gefährdungen und Verletzungen mitverantwortlich zu machen, die der erstere verursacht hat. Denn für diese war er durch die Teilnahme an dem Rennen kausal. Zu einem Rennen gehören mindestens zwei. Da die Erfolgsqualifikation nach § 315d Abs. 5 StGB-E aber nur für die vorsätzliche Verursachung einer konkreten Gefahr gilt, müsste dem nicht in den Unfall verwickelten Rennteilnehmer Vorsatz in Bezug auf die Gefährverursachung durch den Anderen nachgewiesen werden.

Durch ein solches Gesetz wäre aber endgültig geklärt, dass der nicht in den Unfall verwickelte Rennteilnehmer sich nicht auf einen sog. Grundsatz der Selbstverantwortung berufen kann, wonach ein Täter nur für die unmittelbaren Folgen seines eigenen Handelns strafrechtlich verantwortlich gemacht werden kann, aber nicht dafür, dass er das Fehlverhalten eines Anderen veranlasst oder ermöglicht, weil ausschließlich dieser für sein Fehlverhalten und dessen Folgen

¹² Das wird denn auch vorgeschlagen von *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 3), § 18 Rn. 138.

verantwortlich ist.¹³ Mit dieser Begründung hatte das OLG Stuttgart einen Rennteilnehmer von dem Vorwurf freigesprochen, eben durch diese Rennteilnahme den für einen Unbeteiligten tödlichen Unfall seines Konkurrenten mitverschuldet zu haben.¹⁴ Dem hat das OLG Celle zu Recht eine klare Absage erteilt.¹⁵ Das Verbot wilder Rennen hat keinen anderen Sinn als den, dem anderen Rennteilnehmer keine Veranlassung zu geben, Verkehrsregeln zu verletzen. Für den unmittelbaren Unfallverursacher genügen die von ihm verletzten Verkehrsregeln, um seine Verantwortung für die Unfallfolgen zu begründen.¹⁶ Sollte der neue § 315d StGB-E oder eine ähnliche Vorschrift Gesetz werden, so würde damit auch der Streit um das Selbstverantwortungsprinzip erledigt.

Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn

¹³ Das Selbstverantwortungsprinzip besagt, dass „jeder sein Verhalten grundsätzlich nur darauf einzurichten hat, dass er selbst Rechtsgüter nicht gefährdet, nicht aber darauf, dass andere dies nicht tun“, denn dies falle ausschließlich in deren eigene Zuständigkeit. Es wurde erstmalig von *Lenckner*, in: Bockelmann/Kaufmann/Klug (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S. 490 (505 ff.), formuliert und von anderen Autoren aufgegriffen, *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, Vor § 13 Rn. 101, 101a m.w.N.; *Heribert Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 42 ff.; *Diel*, Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht, S. 315 ff.; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 199 ff.; mit „zahlreichen Ausnahmen“ *Walter*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/ Tiedemann (Fn. 8), Vor § 13 Rn. 103 ff.; *Eisele*, in: Heger/Kelker/Schramm (Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, 2014, S. 159 (165 ff.); für den Fall, dass der als letzter Handelnde Inhaber des verletzten Rechtsguts ist, auch *Walther*, Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung, 1991, S. 81 ff.; kritisch dazu *Schmoller*, in: Schmoller (Hrsg.), Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, 1996, S. 223 (244). Vereinzelt wurde dieses Selbstverantwortungsprinzip auch in der Rechtsprechung unvermittelt angewandt, OLG Rostock NStZ 2001, 199.

¹⁴ OLG Stuttgart JR 2012, 163 (164) mit abl. Anm. *Puppe*; kritisch auch *dies.* (Fn. 3), Vor § 13 Rn. 178 ff.

¹⁵ OLG Celle NZV 2012, 345 (347).

¹⁶ *Puppe*, JR 2012, 164 (166); *dies.* (Fn. 3), Vor § 13 Rn. 179; *Jansen*, NZV 2017, 214 (219); *Schneider*, ZJS 2013, 362 (371); *Mitsch*, JuS 2013, 20 (23).

Buchrezension

Luís Greco, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft. Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 2015, 1.154 S., € 159,90.

Diese Münchener Habilitationsschrift setzt sich ehrgeizige Ziele, nämlich die Grundlegung einer universell gültigen, vorpositiven allgemeinen Strafprozesstheorie und deren Exemplifizierung durch Formulierung einer vorpositiven Lehre der materiellen Rechtskraft. „Theorie“ wird hier nicht bloß als Deutungsmuster verstanden, sondern „normativ“ (S. 142 f.): Es geht um die richtige, „quasi-vernunftrechtliche“ (S. 181) Begründung des Strafprozessrechts und Ausgestaltung der Rechtskraft. Da sich Theorie in der Praxis bewähren müsse, soll zudem die gesamte deutsche Rechtssprechungskasuistik verarbeitet und einer theoriegeleiteten Lösung zugeführt werden (S. 35). Behandelt wird nur die negative Wirkung der Rechtskraft, d.h. die Sperrwirkung, wohingegen die Frage einer Bindungswirkung ebenso ausgespart wird (S. 37 f.) wie die transnationale Dimension (S. 35).

I. Die Arbeit zerfällt in zwei Teile. Der erste Teil (S. 41-327) gilt der Strafprozesstheorie und der zweiten der materiellen Rechtskraft (S. 328-1.007). Ein Schlussteil (S. 1.008-1.017) fasst die Ergebnisse zusammen und kommentiert noch einmal die methodische Vorgehensweise.

1. a) Der erste Teil enthält wiederum zwei Kapitel. Das erste (S. 41-116) ist Vorüberlegungen zur Methode einer universellen (Strafprozess-)Rechtswissenschaft gewidmet. Verf. tritt an, um das „nationalbezogene Paradigma“ (S. 45) durch eine universelle Rechtswissenschaft abzulösen, weil nur diese dem Wesen des Rechts entspreche. Recht fange erst dort an, wo nicht nur eine autoritative Entscheidung etwa eines Gesetzgebers vorliege, sondern wo Gründe zu deren Rechtfertigung gegeben werden (S. 44 ff., 116). Gründe seien Erwägungen, die für oder gegen etwas sprechen (*Raz*). Autorität ohne Gründe sei willkürliche Macht. Gründe aber hätten stets einen Universalitätsanspruch (S. 46 ff. mit Verweis auf *Alexy*, *Neumann* und *Habermas*). Verf. bekennt sich damit zu einer Art vorpositivem Vernunftrecht (S. 59, 1.017), das später auch als Rechtsethik, Rechtsmoral (S. 320 f.) oder „strenges“ Recht (S. 686) angesprochen wird. Das heiße aber nicht, dass rechtliche Regeln überall durch dieselben Gründe determiniert und somit gleich seien; Unterschiede ergäben sich (S. 48 ff.) aus verschiedenen empirischen Umständen, epistemischen und sonstigen Begrenzungen sowie schließlich wegen Billigkeit und Willkür: Für manche Regelungen gebe es schlechthin keine guten Gründe wie z.B. für das Geschworenengericht (S. 52 ff.), das lediglich „kulturell verwurzelt“ sei, nicht anders als die weibliche Genitalverstümmelung in Afrika (S. 54). Welche Gründe in welchem Umfang zum Tragen kommen, hänge vom normativen Kontext ab (S. 57 ff.).

Dem möglichen Einwand, bei seiner Position handle es sich um eine längst überwundene Mischung aus Vernunftrecht und Begriffsjurisprudenz, wird entgegengehalten, weder im Alltag noch im Recht genüge ein bloßer Verweis auf ei-

nen Willensakt als Begründung (S. 59 ff.). Diese Replik erscheint freilich untauglich, denn zum einen ist es ja gerade die Frage, ob es für die Rechtsgeltung auf überzeugende Gründe ankommt, zum anderen werden im Recht Entscheidungen in der Regel durch Verweis auf geltende Vorschriften und nicht deren (moralische, sozialtechnische oder welche?) Richtigkeit begründet. Eingehend wird die „kulturrelativistische Herausforderung“ (S. 61 ff.), es gebe national verschiedene Vorschriften, Traditionen und Argumentationsstile, behandelt. Verf. diagnostiziert zu Recht, dass sich hier eine Reihe ebenso zweifelhafter wie zählbarer Vorurteile und Klischees findet und dass trotz mancher vordergründigen Unterschiede oftmals doch dieselben Sachfragen bzw. Gründe in Rede stehen. Verf. redet von den „Verbrechen des Relativismus“ sowie der Gefahr des „kulturellen Chauvinismus“ und erteilt jedem Anflug von Kulturrelativismus eine klare Absage: „Herkunft ist kein Grund“ (alle Zitate S. 66). Scharf zurückgewiesen wird auch die „demokratische Herausforderung“ (S. 68 f.), denn der Wille der Mehrheit sei kein Grund gegen die Minderheit. Nur der Zwang zur inhaltlichen Legitimation trenne Demokratie von der Tyrannei der Mehrheit, womit freilich der Begriff der Demokratie, deren zentraler Gedanke der Relativismus ist,¹ verfehlt wird. Gründe zu erkennen sei nicht leicht und setze „eine aufwändige Ausbildung voraus, die sich nur ganz wenige leisten können“ (S. 68) – den von ihm zitierten Vorwurf des „Herrschaftsanspruchs einer Gerechtigkeitsexpertokratie“² verdient sich Verf. damit selbst. Zuletzt wird die „prozessstrukturelle Herausforderung“ der vermeintlich grundlegenden Verschiedenheit von akkusatorischem und inquisitorischem Prozessmodell abgewendet (S. 69-85). Etwas langatmig und anhand diverser Beispiele plausibilisiert Verf., dass dem bisweilen bis zur Karikatur übertriebenen Systemunterschied zwischen Common Law und Civil Law in einzelnen Sachfragen vielfach wenig oder keine Relevanz zukommt, dass aber natürlich Einzelfragen nicht aus dem Zusammenhang gerissen werden dürfen. Das „Sosein eines Systems“ habe indes keine normative Kraft (S. 83): wenn sich etwa Beweismanipulation durch Vorbereitung von Zeugen in ein System einfüge, dann führe das vielmehr zur „Verdammung des Systems“ (S. 84). In der Tat fragt man sich, ob es der langen Ausführungen bedurft hätte, denn vom Standpunkt des Verf. müsste die Verschiedenheit positiven Rechts normativ bedeutungslos sein, wenn seine Leitdifferenz gut begründet/schlecht begründet bzw. richtig/falsch oder legitim/illegitim lautet.

Anschließend mustert Verf. „alternative Konzepte“ einer universellen (Strafprozess-)Rechtswissenschaft durch (S. 86-101), beginnend mit dem Konzept einer „formellen Rahmenwissenschaft“, das er *Hruschka* und *mir* zuschreibt. Das Universelle sei aber nicht auf formelle Strukturen beschränkt, sondern habe auch an der „Dimension des Inhaltlichen“ teil (S. 87 f.), was weder *Hruschka*, der neben Normstrukturen auch die Rechtsethik für universell hält,³ noch *ich*⁴ irgendwo

¹ *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. 1929, S. 101.

² *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), 331 (337).

³ *Hruschka*, GA 1981, 237.

bestritten haben.⁵ Nicht gefolgt wird der Annahme sachlogischer Strukturen (S. 88-93), die zudem unzureichend sei, wenn man das Verfahren einbeziehen wolle. Zurückgewiesen wird auch ein „universelles Problemendenken“ (S. 83 f.) in Anlehnung an *Hruschka*, weil es um Gründe, also auch Lösungen, nicht nur um Probleme gehe. Die Rechtsvergleichung nimmt *Verf.* als einen Ausgangspunkt, über den hinauszugehen sei (S. 94 ff.). Denn die „rationalistisch begründete“ universelle Rechtswissenschaft interessiere sich für „hochwertige wissenschaftliche Leistungen und gut fundierte gerichtliche Entscheidungen“ (S. 98) auf einem Niveau, das etwa Frankreich nicht erreiche, und blende kulturelle, geschichtliche und politische Faktoren aus.

Verf. legt anschließend seine Vorgehensweise dar (S. 101 ff.), zu der die umfassende Berücksichtigung ausländischer Literatur und Rechtsprechung gehört und die dann die Ausarbeitung einer vorpositiven Theorie erfordert. Unterschieden werden die aufs positive Recht beschränkte „Gesetzeskunde“ und die philosophische Stufe der Rechtswissenschaft (S. 104). Anders als im klassischen Vernunftrecht könne eine Theorie nicht mehr mehr *geometrico* deduziert werden. Vielmehr will *Verf.* sich einiger Prinzipien, die selbst keiner weiteren „fundamentalistischen“ (?) Begründung mehr zugänglich seien, wie dem Verbot der Instrumentalisierung und dem *nemo iudex in causa sua*-Grundsatz, bedienen sowie „konkrete[r] Intuitionen zur richtigen Lösung bestimmter klarer Einzelfälle“ (S. 104). Anschließend sei die vorpositive Theorie in das positive Recht zu übersetzen, um es kritisieren zu können. Geboten sei auch eine Berücksichtigung der Geschichte der Strafprozessrechtswissenschaft (S. 112), wohingegen eine geschichtliche Fundierung der einzelnen Rechtsinstitute nutzlos sei (S. 33 Fn. 11).

b) Dieses erste Kapitel lässt den Leser etwas ratlos zurück, weil unklar bleibt, auf welchem Fundament *Verf.* seine immerhin mit universellem Richtigkeitsanspruch versehene Theorie bauen will: Die Unterscheidung zwischen Recht und Macht – beide Begriffe werden nicht definiert – nach Maßgabe der (Un-)Begründetheit eines Sollenssatzes erscheint viel zu dürftig, um darauf eine Theorie des Rechts (und erst recht des Staates) zu bauen. Fragen der Geltung und der Überzeugungskraft rechtlicher Regeln werden nicht geschieden: Wenn Wohlbegründetheit zum Begriff des Rechts gehören soll, was folgt daraus? Ist eine nicht oder schlecht begründete Regelung kein Recht? Gilt sie dann auch nicht? Wenn jede Rechtsordnung mit dem Anspruch der Richtigkeit auftritt (S. 85), was leistet die Differenzierung dann? Wer entschei-

det verbindlich über die Wohlbegründetheit? Anscheinend die Rechtswissenschaft, die als „vierte Gewalt“ im *Schönmanschen* Sinn darüber wachen soll, dass „Macht nicht im Gewande des Rechts auftritt“ (S. 116, 382, 1017), und dem positiven Recht mit „achselzuckender Gelassenheit“ oder „dezidiertem Stolz“ begegnet (S. 181). Woher beziehen Gründe ihr „normatives Gewicht“ (S. 45 f.) und was bedeutet das? Positives Recht kommt *als Recht* in der Konzeption des *Verf.* nicht vor, Recht ist für ihn offenbar kein soziales Phänomen, sondern ort- und zeitlos. Politische Prozesse haben folglich keinen Eigenwert (S. 67). Eine solche Position ist voraussetzungsfull, wozu sich aber kein Wort findet.

Offen bleibt auch, welchen deontischen Status die avisier- te vorpositive Theorie hat, die öfters als „Vernunftrecht“ angesprochen wird. Ist sie bloß ein Regelungsvorschlag oder gilt sie? Der Vorwurf an die italienische Rechtsprechung, sie habe eine „verarmte Rechtsauffassung, die versucht, ohne vorpositive Gründe auszukommen“ (S. 110), zeigt, dass *Verf.* offenbar von der Bindung der Gerichte an das positive Gesetz wenig hält. Das ist umso bedenklicher, weil *Verf.* für die angekündigte Lehre vom richtigen Strafprozessrecht keine theoretische Verankerung anbietet, sondern nur ein paar vorgeblich nicht mehr begründbare unscharfe Prinzipien nebst Einzelfallintuitionen. Es verblüfft, wie wenig Sorgfalt auf die Grundlegung der nächsten 900 Seiten der Untersuchung aufgewendet wird, und der Rekurs auf Intuitionen lässt Schlimmstes befürchten. Die axiomatischen Prinzipien werden lediglich postuliert und auch später (zuletzt S. 1.014, 1.017) nicht ausgearbeitet, sondern nur wiederholt. Intuitionen sind schiere Fakten, unreflektierte Zustände eines individuellen Gemüts, bloße Meinungen ohne jegliche Richtigkeitsgewähr, mithin keine Gründe⁶ und das Gegenteil von Theorie.

2. a) Das zweite Kapitel unternimmt die „strafprozess- theoretische Grundlegung“ (S. 117-327). Die Frage, um die es *Verf.* nun geht, ist, warum es Strafverfolgung überhaupt geben, warum sie überhaupt anfangen darf (S. 118). Dass es über 200 Seiten bis zur Antwort auf diese nicht gerade neue Frage – für die schon *Beling* eine an Klarheit kaum zu überbietende Antwort gefunden hatte (S. 150) – braucht, liegt daran, dass dieses Kapitel keine stringente Exposition, sondern die Dokumentation der allmählichen Verfertigung der Überlegungen, die zur Antwort führen, und damit mancherlei Überflüssiges und Redundantes enthält. *Verf.* kann der Versuchung nur selten widerstehen, zu interessanten Themen, die neben dem Weg liegen, abzuschweifen, was oft geistvoll, gerne provokant, aber dem Gedankengang nicht immer förderlich ist.

Strafverfolgung wird zunächst kurzerhand definiert als die Gesamtheit der Aktivitäten, die auf die Vollstreckung einer Strafe gerichtet sind, ohne die Vollstreckung selbst

⁴ Stuckenberg, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht, 2007, S. 35 Fn. 163 a.E.

⁵ Man ist geneigt, der Geringschätzung des Formellen einen Satz des Neukantianers *Hermann Cohen* entgegenzuhalten: „Nur das Formale ist sachlich, je formaler eine Methodik ist, desto sachlicher kann sie werden. Und je sachlicher in der ganzen Tiefe der Sache ein Problem formuliert wird, desto formaler muß es fundamenti-ert sein.“, *Cohen*, Logik der reinen Erkenntnis, 2. Aufl. 1914, S. 587; auch zitiert jeweils auf dem Titelblatt von *Felix Kaufmann*, Logik und Rechtswissenschaft, 1922, und *ders.*, Die Kriterien des Rechts, 1924.

⁶ Was *Verf.* früher (*Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 2009, S. 119 Fn. 60) anerkannt hatte; auch im hiesigen Buch kommen sie ihm mitunter „etwas suspekt“ (S. 429) und als bloße *petitiones principii* (S. 558) vor; der (häufige) Gebrauch von Intuitionen wird somit nicht konsistent gehandhabt.

(S. 119 f.). Das ist implausibel, weil das Strafverfahren in einem ersten Schritt, der nicht ohne Grund „Erkenntnisverfahren“ heißt, der Klärung dient, ob die Voraussetzungen für Strafverhängung überhaupt vorliegen.

Das Strafverfahren sei in doppelter Hinsicht ein Übel und somit rechtfertigungsbedürftig: Einmal als latente Bedrohung für alle Bürger, darin verwickelt zu werden (S. 120-122), zum anderen als individuelle Verdächtigung des Betroffenen, die ihm zutraut, eine Straftat begangen zu haben (S. 122-133).

Verf. wendet sich sodann der Frage der Rechtfertigung zu, wieso der Staat einem möglicherweise Unschuldigen die Pflicht auferlegen darf, das Verfahren zu dulden (S. 133 ff.) und erörtert zuerst einige Theorieansätze, die gar nicht dazu gedacht waren, eine Antwort auf diese Frage zu geben, unter der Überschrift „Drei Beispiele für die Verkennung der Fundamentalfrage“ (S. 135 ff.). Dass dies unredlich erscheint, ist *Verf.* bewusst (S. 134), seine Gründe, dies dennoch zu tun, erschließen sich nicht. Dargestellt und verworfen werden unter dem Etikett „begriffs-konstruktivistischer Ansatz“ die Lehren vom Prozess als Rechtsverhältnis und als Rechtslage, ebenso ältere⁷ Ansätze zu allgemeinen Prozesslehren, denen kaum Erkenntniswert zukomme. Als zu Unrecht vergessenes „Juwel“ dieses Ansatzes wird aber die Lehre vom Strafklage-recht angesehen (S. 148 ff.). Weder die Systemtheorie (Legitimation durch Verfahren) noch der „prozessuale Macchiavellismus“ lieferten eine normative oder „rechtsethische“ (S. 154) Rechtfertigung.

Sodann wird auf der „ersten Rechtfertigungsstufe“ (S. 157-197) nach Gründen gesucht, die die Einleitung des Strafverfahrens im Interesse der Gesellschaft („gesellschafts-bezogene Konsequentialismen“) rechtfertigen könnten und gemeinhin als „Prozesszwecke“ firmieren wie Generalprävention, Wahrheitsfindung oder Rechtsfrieden. Der Zweck der Strafe, der in der negativen Generalprävention liege, könne das Verfahren, das selbst keine Strafe sei, nicht rechtfertigen (S. 167 f.). Beim möglichen Verfahrensziel der materiellen Wahrheit diskutiert *Verf.* die bekannten Einwände gegen die Korrespondenztheorie, deren Kritiker er zur unbeachtlichen Mindermeinung erklärt (*Peirce, Dewey, James, Rorty, Habermas, Apel* u.a. darf man also getrost ignorieren?) und ohne inhaltliche Diskussion des „philosophischen Dilettantismus“ verdächtigt (S. 172); das Recht müsse vom Alltagsverständnis ausgehen, was nicht näher begründet wird, aber im Ergebnis zutrifft. Obschon die Wahrheitssuche nie uneingeschränkt stattfindet, will *Verf.* nicht von einer prozessualen o.ä. Wahrheit sprechen, weil solche hegelianische „gegensatzaufhebende Begriffsbildung“ (S. 179 f.) von Übel sei – das erkennt, dass es nicht um „verbale Kunstgriffe“ zur Verschleierung der Sachlage, sondern umgekehrt um deren möglichst zutreffende Beschreibung geht, weil die Aussage, die Findung der materiellen Wahrheit sei der „spezifische Zweck“ des Strafverfahrens (S. 187), nun einmal nicht zutrifft: Es geht nicht um Erkenntnis der Wirklichkeit tout court (unterstellt, sie sei möglich), denn dann dürfte es keine Beweisverbote geben, sondern darum, ob eine wahrheitsdefinite

Aussage über eine Straftatbegehung mit den Mitteln des Strafprozesses hergestellt werden kann.⁸ Nun endlich geht *Verf.* darauf ein (S. 181 ff.), dass das Strafverfahren regelmäßig ein Erkenntnisproblem lösen soll. An den neuralgischen Stellen bleibt *Verf.* aber enttäuschend kurz: Aus dem Schuldprinzip ergebe sich nur das Gebot hinreichend zuverlässiger Ermittlungen (S. 184),⁹ bei summarischen Verfahren bestätige der Konsens die Wahrheit (S. 185) – was an der Rechtswirklichkeit bekanntlich krass vorbeigeht. Die materielle Wahrheit könne aber nicht erklären, warum ein Verfahren auch dann durchgeführt werde, „wenn man von der Schuld des Betroffenen bereits weiß“ (S. 187). Rechtsfriede als Verfahrensziel sei empirisch kontingent und normativ tautologisch (S. 187-190).

Im Zuge einer externen Kritik (S. 191-197) meint *Verf.*, das gesellschaftliche Interesse könne die Inanspruchnahme des Einzelnen nicht rechtfertigen, denn dies sei eine unzulässige Benutzung zum Wohle anderer und somit eine „offene Instrumentalisierung“ (S. 192 f.). Mit einem Kant-Zitat scheint alle Analyse geleistet, obschon *Verf.* im Übrigen keineswegs Kantianer ist, da er etwa Autonomie nicht nur dem Vernunftsubjekt zuspricht, sondern mit der natürlichen Willkürfreiheit gleichsetzt (S. 213 ff., 299). An dieser Stelle jedenfalls, wo es auf Ausarbeitung des Arguments ankäme, wird nicht weitergedacht, sondern ersichtlich weit über das Ziel hinausgeschossen: Die bekannten Probleme des „in hohem Maße interpretationsbedürftig[en]“¹⁰ und „vielfach missverstandenen“¹¹ Verbots der Instrumentalisierung zu fremden Zwecken bzw. der Objektformel – in jeder Behandlung eines anderen liegt unweigerlich eine Vergegenständlichung,¹² ob im Gebot des Polizisten, den Weg für einen Rettungswagen frei zu machen, in der Steuer- oder Wehrpflicht usw. – werden ignoriert. Wie soll man ein Gemeinwesen organisieren ohne eine Rechtfertigung aus dem Prinzip des überwiegenden Interesses? Das zweite Problem sieht *Verf.* in den Einzelfällen, in denen das gesamte subsumtionsrelevante Material bereits bekannt sei – dazu s.u. b).

Ab S. 197 ff. wird untersucht, ob das Strafverfahren damit gerechtfertigt werden könne, dass es im Interesse des Beschuldigten liege, wozu spezialpräventive Ansätze verschiedenen Datums zurückgewiesen werden, weil sie die Schuld-feststellung vorwegnehmen. *Verf.* verwirft auch die Vorstellung (S. 203 ff.), das Strafverfahren diene dem Schutz des Beschuldigten, als zu einseitig.

Auch die Möglichkeiten eines Interessenausgleichs per Abwägung (S. 217 ff.) werden zurückgewiesen, wobei *Verf.*

⁷ Den neuen Beitrag von *Reimer*, Verfahrenstheorie, 2015, konnte *Verf.* noch nicht kennen.

⁸ Siehe nur *Stuckenberg*, in: *Schroeder/Kudratov* (Hrsg.), Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell, 2014, S. 39 (43 ff. m.w.N.).

⁹ Vgl. dazu *Stuckenberg*, GA 2016, 625 (628 ff.).

¹⁰ *Schaber*, Instrumentalisierung und Würde, 2010, S. 18.

¹¹ *Birnbacher*, in: *Kaiser* (Hrsg.), Jahrbuch der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf 2001, 2001, S. 243 (247).

¹² Eingehend *Schaber* (Fn. 10), S. 12 ff., 17-39; *Birnbacher* (Fn. 11), S. 247 f.; schon *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 3. Aufl. 1986, S. 59 Fn. 18 (auf S. 60), siehe auch S. 74 Fn. 56.

in eine allgemeine Diskussion über Abwägungen im Recht eintritt, die er für willkürliche Stellungnahmen hält (S. 221) und die zur Instrumentalisierung des einzelnen führten (S. 225). Anzuerkennen sei nur ein selbstkritisch-bescheidener Abwägungsansatz, der einen unantastbaren „heiligen Bereich“ wahre (S. 227). Verworfen werden die Konzepte der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege und des fairen Verfahrens; letzteres könne alles und nichts begründen (S. 228 f.). Abgelehnt wird schließlich eine Mitwirkungspflicht des Beschuldigten (S. 230 ff.).

Die Antwort wird endlich auf einer dritten Rechtfertigungsebene gefunden, die Interessen hinter sich lasse und stattdessen die „Sprache der Achtung und des Respekts spreche“. Das respektbezogene Zusatzelement suche nach dem Schuldanalogon, mit dem der Eigenwert des Betroffenen anerkannt werde (S. 234 f.). Der Schuldige schulde nicht nur das Dulden der Strafe, sondern auch des Verfahrens; Schuld sei auch „Verfahrenserduldungsschuld“, die zu Beginn indes nicht weiterhelfe (S. 240 ff.). *Verf.* sucht daher nach einer spezifischen Verfahrensgerechtigkeit (S. 243 ff.) und verwirft dabei u.a. das Wettkampfmodell („sporting theory of justice“). Der Gedanke der Ergebnisoffenheit des Verfahrens sei nur bei einer Fuchsjagd eine normative Größe und mache aus dem Verfahren „etwas Schlimmeres als einen Wettkampf, nämlich ein Glücksspiel“ (S. 249 f.) – womit jedenfalls *mein* Konzept¹³ aus dem Kontext gerissen und gründlich verkannt wird. Schließlich wird auch *Paulus'* Konzept einer „rechtlichen Verfahrensgerechtigkeit“ abgelehnt, weil ein Prozessergebnis auch dann richtig sein könne, wenn die Regeln nicht eingehalten worden seien (S. 252); die Verfahrensregeln seien vielmehr rechtsmoralisch geboten, weil das Verfahren ein Gewaltakt wäre, wenn es nicht Kommunikation verkörpere; Menschen hätten ein Recht darauf, dass man mit ihnen kommuniziere. Verfahren sei apriorisch notwendig (S. 258), weil Strafverhängung sonst ein bloßer Gewaltakt sei. Selbst wenn es ausnahmsweise kein Erkenntnisproblem gebe, müsse man den Schuldigen noch hören (S. 255) – aber wozu? Das bringt *Verf.* nicht auf den Punkt. So wird zwar die Subjektstellung des Beschuldigten eingeführt, aber noch nicht, warum auch derjenige mit einem Verfahren überzogen werden dürfe, der nicht kommunizieren wolle (S. 259).

Verf. fragt sich sodann, ob der Konsens zum Angelpunkt einer Verfahrenstheorie taue. Das erstaunt, denn soweit ersichtlich hat noch niemand die *Einleitung* eines Strafverfahrens, die hier in Frage steht, vom Konsens des Beschuldigten abhängig machen wollen. Das hält *Verf.* nicht davon ab, die konsensuale Verfahrensbeendigung in Gestalt von „guilty

pleas“ und Absprachen nebst der strafmildernden Wirkung des Geständnisses einer eingehenden Diskussion zu unterziehen (S. 262-282), die zwar inhaltlich sympathisch, aber gänzlich überflüssig ist.

Einschlägig hingegen ist das *Krauße*sche Störermodell, das *Verf.* zu Recht ablehnt (S. 282-291). Eine allgemeine Justizpflicht, wie *Köhler* sie formuliert hat,¹⁴ wird teils als „formell“ diskreditiert, jedoch der Sonderopfergedanke anerkannt. *Verf.* macht es sich hier zu leicht, denn von *Köhler* stammt der seinerzeit¹⁵ einzige ausgearbeitete Theorieansatz zu einer Justizpflicht, der schon deshalb eine ernsthafte Diskussion verdient hätte. Verworfen werden auch die Ansätze von *Kahlo*, *Zaczyk* und *Gaede* (S. 297 ff.). *Verf.* dringt nun endlich zum Wesentlichen vor, das er die „Beling'sche Herausforderung“ nennt (S. 303 ff.), welche auf der temporalen (und regelmäßig auch epistemischen) Relativität der Beurteilungsgrundlage beruht, was freilich mit den Szenarien asymmetrischer Rechtfertigung bei *Jakobs* (S. 305) wenig zu tun hat. Ab S. 306 ff. wird der Aufopferungsgedanke ventiliert, der aber den Eingriff selbst nicht rechtfertigen könne.

Verf. kommt nun zu seiner eigenen Lösung (S. 310 ff.), die in der Feststellung besteht, dass ein Strafverfahren nur dann legitim sei, wenn dem Beschuldigten „nichts weggenommen“ werde, weil dann keine Instrumentalisierung stattfinde. Die Rechtssphäre des Beschuldigten müsse „während des ganzen Verfahrens unvermindert fortbestehen“. Das ist freilich nicht wörtlich gemeint, denn natürlich dürfe die Rechtssphäre vermindert werden, wenn es dafür eine Kompensation durch „Gewährung besonderer Rechte“ gebe, also eine Art Saldotheorie der Rechtssphäre des Individuums. Die Vernehmung von Belastungszeugen müsse durch ein Konfrontationsrecht, alle Zwangsmaßnahmen ohne vorherige Anhörung durch einen Richtervorbehalt ausgeglichen werden. *Verf.* ist hier so großzügig, dass Justizpraktiker in Freudentränen ausbrechen dürften: Untersuchungshaft werde durch Kontrollrechte, etwa ein Rechtsmittel zu einem höheren Gericht kompensiert (S. 312)! Wer also fünf Jahre in U-Haft sitzt, dessen Rechtssphäre bleibt dennoch „unvermindert bestehen“, weil er besondere Haftprüfung durch das OLG verlangen kann?¹⁶ Das kann nicht ernst gemeint sein, doch auch an dieser wichtigen Stelle fehlt die nähere Ausarbeitung. Zudem müsse das Verfahren stets die Möglichkeit vorsehen, den Verdacht zu tilgen – das hatte ich mit „Ergebnisoffenheit“ gemeint, die die Reversibilität der Eingriffe und möglichst vollständige Rehabilitierung, d.h. Tilgung des Makels

¹³ *Stuckenberg*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1997, S. 531 ff. Verfahren wird dort begriffen als Entscheidungsfindungsprozess, für den begrifflich konstitutiv ist, dass zu Beginn prinzipiell noch offen ist, welche Entscheidung ergehen wird. Steht dies am Anfang schon fest, geht es nur noch um Darstellung einer bereits getroffenen Entscheidung, um Schauprozess oder Aburteilungsritual. Anders *Greco*, S. 250: „Ein Verfahren kann auch dann gut sein, wenn man von vornherein weiß, was für ein Ergebnis es haben sollte.“, in der Sache aber ähnlich S. 254 f.

¹⁴ *Köhler*, ZStW 107 (1995), 10 (12, 19 ff.).

¹⁵ Danach *Stuckenberg*, in: *Stuckenberg/Gärditz* (Hrsg.), Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat, Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015, 2015, S. 483 (485 ff.).

¹⁶ Man ist versucht zu fragen, ob dann nicht einmal ein Grundrechtseingriff vorläge, wenn für den *Verf.* die Verfassung nicht irrelevantes positives Recht wäre, mit dem sich Rechtswissenschaftler nicht abgeben, sondern nur Juristen bzw. Gesetzeskundler.

des Verdachts bedingt¹⁷ – neben dem Verbot, je wieder zu verdächtigen. *Verf.* sieht, dass eine Rehabilitierung des Unschuldigen kaum je vollständig gelingen mag, weshalb „jedes Strafverfahren gegen einen Unschuldigen einen unüberwindbaren Rest an Ungerechtigkeit“ (S. 314) verkörpere, was aber als Folge der menschlichen Unvollkommenheit noch erträglich sei – ein etwas billiger Trost und eine unschöne begriffliche Unschärfe: Ist das Strafverfahren nun rechtmäßig, aber ungerecht? Ex ante rechtmäßig, ex post rechtswidrig? Was folgt rechtlich daraus? Und gibt es – das ist ja ein klassisches, aus der Unschuldsvermutung abgeleitetes Postulat – ein Recht auf vollständige Rehabilitierung, etwa auf Durchermittlung bis zum Freispruch? *Verf.* hält diese Diskussion für „deplatziert“ (S. 317), was darauf beruht, dass er ungenau die Rehabilitierung mit Verdachtstilgung identifiziert (S. 313) und sodann mit Nichtbestätigung des Verdachts (S. 317) in eins setzt; wenn aber das für Anklage oder Verurteilung jeweils nötige Beweismaß verfehlt wird, kann (und wird oft) ein minderer Verdacht bestehen bleiben – Tilgung und Nichtbestätigung des Verdachts sind nicht dasselbe. Einstellung und Freispruch verkörpern eben oftmals keinen „actus contrarius zur Verdächtigung“ (S. 315). Rechtskraft mit Rehabilitierung gleichzusetzen und rechtliche von „soziologisch-faktischer“ Rehabilitierung zu trennen (S. 781 f.), kehrt das Problem bloß unter den Teppich. Immerhin verwirft *Verf.* Freisprüche zweiter Klasse und dergleichen (S. 317 f.).

Verf. geht noch einmal auf die Rechtsstellung des Schuldigen (S. 315 f.) ein, dessen Tat ihn schon zur Duldung des Verfahrens verpflichtet, doch dürfe man sich nicht auf die Verfahrensduldungsschuld berufen, weil man vor verfahrensgemäßer Schuldfeststellung (!) bei der Rechtsposition des Beschuldigten nicht zwischen Schuldigen und Unschuldigen unterscheiden dürfe – was zutrifft, hier fehlen nur die Belege der zahlreichen Gerichte und Autoren, die dies seit langem aussprechen. Am Ende ist also alles ganz konventionell. Dieses banale Ergebnis – Strafverfahren sind gerechtfertigt, wenn sie die Subjektstellung des Beschuldigten wahren und ergebnisoffen sind – hält *Verf.* indes für „komplex“ (S. 320). Es wird noch einmal das Verhältnis von konsequentialistischen und deontologischen Begründungen erörtert und konstatiert, dass deren Verhältnis auf Intuitionen darüber beruhe, was einen Staat von einer Räuberbande unterscheide (S. 321 ff., 324), also letztlich eine Art Gefühlstheorie des Rechtsstaats.

b) Die ganze Rechtfertigungsdiskussion des *Verf.* leidet darunter, dass er keine Sorgfalt auf die präzise Erfassung der prozessualen Situation und damit auf die Formulierung der anfänglichen Problemstellung verwendet und folglich eine Reihe sinnloser Fragen stellt. Durchgehend wird die Perspektive ex ante, also die der Strafverfolgungsorgane bei Einleitung eines Ermittlungsverfahrens, mit der allwissenden göttlichen vermengt, die als einzige die Wirklichkeit kennt. So ist die Frage, ob man ein Strafverfahren gegen einen Unschuldi-

gen einleiten darf (S. 195, 212), ohne Klärung der epistemischen Umstände nicht beantwortbar, also sinnlos, ebenso wie die Feststellungen, dass man einen Unschuldigen nicht bestrafen dürfe (S. 301), oder dass ein Freispruch nur dann „etwas Gutes“ sei, wenn der Angeklagte „wirklich unschuldig ist“ (S. 249, 638), sinnlos sind: Die Strafverfolgung und Bestrafung von jemandem, der von zuständiger Stelle für unschuldig gehalten wird, ist im deutschen Recht ein Verbrechen (§ 344 StGB); die Verfolgung von jemandem, der möglicherweise unschuldig ist, ist hingegen geboten, ebenso seine Bestrafung, wenn das Gericht von seiner Schuld überzeugt ist. Ob dieser jemand „wirklich“ unschuldig ist, ist nur aus göttlicher Perspektive feststellbar, aus epistemisch beschränkter menschlicher, also auch rechtlicher Perspektive aber jeweils belanglos – denn die Information, was „wirklich“ ist, steht einfach nicht zur Verfügung. Die Frage, ob man ein Strafverfahren gegen einen Unschuldigen einleiten darf, kann man also allenfalls ex post stellen – wenn sie sich nicht mehr stellt, sondern nur noch Entschädigung oder Wiederaufnahme thematisch ist. Wenn man Strafverfahren gegen möglicherweise Unschuldige nicht führen dürfte, wäre Strafjustiz in toto unzulässig. Weil jedes Verfahren ohne Schuldfeststellung enden kann, darf Schuld nicht zu seiner Rechtfertigung herangezogen werden.

Verf. verkürzt die prozessuale Perspektive auf das Erkenntnisproblem, ob der Beschuldigte „der Richtige“ ist (S. 192), und übersieht, dass ein Strafverfahren immer auch eine Kompetenzordnung enthält, wer auf welche Weise rechtsverbindlich feststellt, ob jemand der Richtige ist. Solange diese Feststellung nicht getroffen ist, ist es völlig irrelevant, wer wirklich schuldig ist oder nicht und ob alle dies glauben oder nicht. Es hätte sich daher angeboten, auf *Packers* Konzept von „legal guilt“ näher einzugehen, dem *Paulus'* Position nahesteht.

Deshalb ist die bis zuletzt (S. 634 f., 980 f.) unablässig wiederkehrende Rede von der „Verfahrensduldungspflicht“ des „wirklich Schuldigen“ nicht stringent gedacht und verstrickt sich in Widersprüche: Es gebe sie, aber man dürfe sich nicht auf sie berufen, weil man alle Beschuldigten gleich behandeln müsse? Dann ist diese ominöse Pflicht auch rechtlich inexistent und *Ockhams* Rasiermesser hätte sie nach einmaliger Erwähnung ausschneiden müssen. Gleiches gilt für die hässliche Rede vom Schuldigen als „Trittbrettfahrer“, der Rechte genieße, die an sich nur dem Unschuldigen zukämen (S. 242 f., richtig 316, aber wieder 637).

II. 1. Im zweiten Teil beginnt das erste Kapitel (S. 328–377) mit Reflexionen über den Begriff der Rechtskraft, wobei „begriffs-konstruktivistische“ von „normativen Rechtskraftlehren“ unterschieden werden. *Verf.* schließt sich der prozessrechtlichen Rechtskraftlehre an (S. 337). Ab S. 338 ff. werden die vorgefundenen Begründungen für das Institut der materiellen Rechtskraft diskutiert und allesamt verworfen, so bedeute der Vorrang der Rechtssicherheit über die materielle Gerechtigkeit eine Instrumentalisierung des Einzelnen (S. 347), verfehlt sei der Aspekt des Schutzes des Angeklagten gegen den übermächtigen Staat (S. 354 ff.) oder des Sanktionscharakters der Rechtskraft (S. 358 ff.). Der eigene Ansatz wird knapp als „drei-säulige Rechtskraftlehre“

¹⁷ Stuckenberg (Fn. 13), S. 530 ff., 541; ders., ZStW 111 (1999), 422 (454 ff.); ders., in: Wolter/Schenke/Rieß/Zöllner (Hrsg.), Datenübermittlungen und Vorermittlungen, Festgabe für Hans Hilger, 2003, S. 25 (49).

(S. 371-373) vorgestellt, die auf der Verfahrensduldungspflicht des Schuldigen, dem Rehabilitationsanspruch des Freigesprochenen und der Verfahrensgerechtigkeit ruhe. Das ist überraschend dürftig, denn die Wirkungen der Rechtskraft auch des materiell falschen Urteils sowie der unzureichenden Verurteilung werden damit offensichtlich nicht erklärt – eine nähere Entfaltung erfolgt erst 255 Seiten später, bis dahin wundert der Leser sich.

2. Das zweite Kapitel (S. 378-634) gilt der Bestimmung des Umfangs der Sperrwirkung, also dem Begriff der prozessualen Tat. Den Prozessgegenstand versteht *Verf.* mit *Bertel* als Thema, über das im Verfahren eine Entscheidung ergehen soll (S. 379 f.). Da es in einem Strafverfahren um den Verdacht von Straftaten gehe, müsse auch die Sperrwirkung diese Straftaten zum Bezugspunkt haben. Nur hinsichtlich dieser Straftat sei auch die Prozessduldungspflicht erfüllt bzw. trete Schuldtilgung ein. Mit diesem schlichten Argument hat sich *Verf.* auf ein Verständnis der prozessualen Tat als idem crimen festgelegt. Mehr als eine *petitio principii* liegt darin freilich nicht.

Ab S. 383 wird das Anklageprinzip begründet: Dass der Richter, der gleichzeitig Ankläger ist, Schwierigkeiten habe, sich von seiner Anklage zu distanzieren, wird für „intuitiv einleuchtend“ erklärt und mit Alltagsbeispielen illustriert (S. 386). In einer wissenschaftlichen Arbeit hätte man sich Verweise auf Erkenntnisse der empirischen Psychologie zu „confirmation bias“, Perseveranz-/Inertia-Effekten zur Vermeidung kognitiver Dissonanz usw. gewünscht. Mit Empirie begnügt sich *Verf.* ohnehin nicht, vielmehr sei die *Maxime* „*nemo iudex in causa sua*“ ein apriorisches Prinzip der Verfahrensgerechtigkeit (S. 390 ff.). Dies ergebe sich aus dem Gedankenexperiment, dass auch der perfekte Ankläger, das vernünftige Subjekt, der *homo noumenon*, rationalerweise wollen müsse, dass der Verdächtige sich als schuldig erweist, weil dieser sonst ungerecht behandelt worden wäre. Anders gewendet: Der vernünftige Ankläger müsse seinen „confirmation bias“ wollen. Dieses Gedankenexperiment, auf dessen Ergebnis die gesamte weitere Arbeit ruht, erscheint zutiefst implausibel: Wenn das vom *Verf.* in jeder Verdächtigung erblickte Restunrecht der Unvollkommenheit allen menschlichen Tuns geschuldet ist, warum sollte der vernünftige Strafverfolger eben deswegen darüber nicht achselzuckend hinweggehen? Selbst wenn nicht: Der mitleidsvolle Vernünftige mag hoffen, dass der Verdächtige sich als schuldig erweisen wird, muss aber zugleich wollen, dass aufgrund etwaiger Voreingenommenheit seinerseits kein Unschuldiger verurteilt wird, was das größere Übel wäre; kurzum: der *homo noumenon* will schon deshalb nicht befangen sein, weil er nicht Quelle eines Fehlurteils sein will. Der ideale Ankläger will genauso wie der ideale Richter objektiv sein. Der „confirmation bias“ ist also keine apriorische Gefahr. Das Gedankenexperiment ist zudem schon deshalb falsch, weil Befangenheit dem Willen nicht zugänglich ist, sondern ein Resultat des *modus operandi* des menschlichen Verstandes ist, was wiederum auf empirischer Einsicht beruht. Befangenheit ist nicht vernünftig, aber unausweichlich.

Das Anklageprinzip gelte aber nur im Strafrecht, nicht für Ordnungswidrigkeiten oder Disziplinarsachen, bei denen es

keine qualifizierte Verdächtigung gebe (S. 392 f.), so dass der Verdächtige nicht notwendigerweise wolle, dass der Verdächtige auch schuldig sei – ein seltsames Amalgam aus Küchenpsychologie und Wertung.

Aus diesem „apriorischen und vorpositiven“ Anklageprinzip, das nicht zur Disposition des Gesetzgebers stehe (S. 398), wird nun abgeleitet, dass die umfassende rechtliche Würdigung, die das deutsche Recht vom Gericht verlangt, nicht richtig sei (S. 396 f.). Diverse Intuitionen legen aber nahe, dass das Gericht auch nicht strikt an den ausdrücklichen Inhalt der Verdächtigung gebunden sein könne (S. 398). Der Tatbegriff (S. 403 ff.) wird nun verstanden als „prozessdogmatische Operationalisierung der auf dem Anklageprinzip beruhenden Arbeitsteilung zwischen Ankläger und Richter“ (S. 405); dort, wo das Anklageprinzip nicht gelte, brauche man auch keinen Tatbegriff – das erkennt, dass auch OWi- und Disziplinarverfahren in Rechtskraft erwachsen können, deren Umfang bestimmt werden muss. Es folgt eine lange Liste „unwesentlicher Gesichtspunkte“ (S. 408 ff.) wie die Lehre von der dreifachen Identität (*eadem persona, eadem res, eadem causa petendi*), die ihren Ursprung im französischen Code civil haben soll (S. 409 f.) – was nicht stimmt, sie kommt vielmehr direkt aus dem römischen Recht¹⁸ – und nicht nur höchst oberflächlich abgehandelt, sondern auch gründlich missverstanden wird, da sie auf den Zivilprozess mit seiner viel komplizierteren Rechtskraftproblematik gemünzt ist. Verteidigungsrechte des Beschuldigten seien hier irrelevant, sein Interesse, mit Strafverfahren nicht belästigt zu werden, sei „rechtlich unbeachtlich“ (S. 414). Weil sowohl ein enger wie ein weiter Tatbegriff ambivalente Folgen haben, schüttet *Verf.* das Kind mit dem Bade aus und erklärt den Schutz des Beschuldigten bei der Bestimmung des Umfangs der prozessualen Tat für „völlig irrelevant“ (S. 413) – schlüssig erscheint das freilich nicht. Irrelevant sind auch Erwägungen der Prozessökonomie, der Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen, und natürlich sind verfassungs- und europarechtliche Aspekte (S. 421 ff.) für eine vorpositive Lehre bedeutungslos. Falsch ist hier das Argument, die aus den Verhandlungsniederschriften ersichtliche Tatsache, dass der Verfassungsgeber mit Art. 103 Abs. 3 GG nicht vorhatte, etwas am bisherigen einfachrechtlichen Zustand zu verändern, bedeute „noch lange nicht das Gleiche wie die positive Tatsache, dass er alles unverändert lassen wollte“ (S. 422). *Verf.* hält dies für „eine logisch und empirisch fehlerhafte Gleichsetzung“ und irrt damit selbst doppelt, denn der semantische Gehalt ist hier bei interner und externer Verneinung derselbe („ich will, dass x nicht geändert wird“ = „ich will nicht, dass x geändert wird“ ergibt immer: „x ist nicht zu ändern“).

Bei der Konkretisierung des Tatbegriffs (S. 427 ff.) wird zu Recht die Abhängigkeit vom normativen Zusammenhang erkannt. Die Personenidentität wird als Kriterium der Tatidentität für unproblematisch gehalten (S. 430), aber die nicht ganz trivialen Fragen, die bei Personenverwechslung entste-

¹⁸ Siehe nur D. 44, 2, 14 pr. (Paul. 70 ad ed.); 44, 2, 27 (Nerat. 7 membr.).

hen,¹⁹ werden leider nicht angesprochen. *Verf.* setzt sich dann mit dem weiten Tatbegriff des deutschen Rechts auseinander (S. 431 ff.), der mit dem Anklageprinzip unvereinbar sei; dass dies heute kaum noch erkannt werde, sei ein Armutszeugnis (S. 436). Wenn der Richter eine in der Anklage nicht erwähnte rechtliche Würdigung vornehme, liege darin eine qualifizierte Verdächtigung, über die er sodann selbst entscheide, was das Anklageprinzip gerade verhindern solle (S. 438). Dieses für den weiteren Gang der Arbeit zentrale Argument, das eher beiläufig daherkommt, leuchtet nicht ein: Kommt es zur Umgestaltung der Strafklage nach § 264 Abs. 2 StPO, wird dies am Auftauchen neuer Fakten in der Hauptverhandlung liegen, die das Gericht ohnehin würdigen muss, ist also gerichtliche Reaktion, sodass hier von „gefährlicher richterlicher Initiative“ (vgl. S. 514), eigener Anklage durch den Richter (vgl. S. 541) o.ä. nicht gesprochen werden kann und für einen Perseveranz-Effekt kein Raum ist (was sich empirisch klären ließe; „apriorisch“ ist hier, wie vorhin gezeigt, nichts). Das ließe sich allenfalls bei der abweichenden Würdigung im Eröffnungsbeschluss (§ 207 StPO) erwägen, auf die *Verf.* aber nicht eingeht. Es ist auch nicht einsichtig, wie das praktisch aussehen sollte: Wenn der wegen Diebstahls Angeklagte in der Hauptverhandlung gesteht, er habe mit einer Spielzeugpistole gedroht, soll das Gericht dann stillschweigend hoffen, dass der Staatsanwalt Nachtragsanklage erhebt? Darf es das anregen? Was wäre damit gewonnen?

Alle weiteren Vorschläge aus dem Schrifttum, auch zum amerikanischen Recht, werden verworfen (S. 438-467), soweit sie mit der Ansicht des *Verf.* nicht übereinstimmen, darunter auch die Anbindung an materiell-rechtliche Einheiten wie die Idealkonkurrenz, deren Ergebnisse in etlichen Fällen intuitiv nicht einleuchteten (S. 447 ff.) und die eine bloße Verlegenheitslösung sei. Dem Einwand, dass das, worüber nur eine einheitliche Strafe ergehen könne, auch in einem Verfahren abgeurteilt werden müsse, wird entgegengehalten, man könne ja § 55 StGB analog anwenden (S. 451), was nicht genügt (s.u. zu S. 584).

Der eigene Lösungsansatz (S. 468 ff.) hält das Anklageprinzip nur im Kern für apriorisch, so dass es verschiedene Ausgestaltungen, verschiedene Tatbegriffe geben könne. Zu Recht wird angenommen, dass die Reichweite der Rechtskraft mit der der Kognitionsbefugnis übereinstimme (S. 470 f.), was etwa der EuGH übersehe (S. 505). Ausgiebig widerlegt werden dann „Vier Beispiele für das Verkennen der Zusammenhänge“ (S. 477 ff.), deren Relevanz, etwa des italienischen Rechts (S. 493 ff.), nicht stets klar ist.

Verf. versteht den Anklagegrundsatz nicht so streng, dass das Gericht die einzelnen Anklagepunkte nur bejahen oder verneinen könne; es sei nicht jede Umgestaltung verboten, die Unbeachtlichkeit von Variationen nebensächlicher Details, die erst später definiert werden, sogar geboten (S. 513). Die weitere Konturierung des Tatbegriffs wird überwiegend mit Intuitionen begründet: Rechtliche Abweichungen sind zulässig in Gestalt der „lesser included offenses“ (S. 514 ff.); auch mildernd wirkende Fakten sind von der Anklage impli-

zit umfasst, wobei es auf einen engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhang und die Ähnlichkeit des äußeren Erscheinungsbildes ankomme (S. 519), was sehr an den abgelehnten herrschenden Tatbegriff erinnert. Zum Gegenstand der Anklage gehöre alles, was „vernünftigerweise nicht erst nicht [sic] hintereinander, sondern vor allem nicht gleichzeitig verfolgt werden dürfte“ (S. 519) – das erinnert an die englische „abuse of process“-Doktrin, ist aber nicht kriterial: Zur Tat gehört, was vernünftigerweise zu ihr gehört. Wer wollte dem widersprechen?

Die Umgestaltung der Strafklage nach §§ 155 Abs. 2, 264 Abs. 2 StPO müsse eingeschränkt werden (S. 520 ff.), um das Anklageprinzip zu wahren. *Verf.* formuliert aber einige zulässige „Umgestaltungsregeln“: Gesetzeskonkurrierende Tatbestände seien von der Anklage immer mit abgedeckt sowie alles, was im Sinne der Wahlfeststellung rechtsethisch und psychologisch vergleichbar sei (unabhängig davon, ob eine Rechtsordnung die Wahlfeststellung kenne, S. 524), ohne deren Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip, die jüngst wieder bezweifelt wird,²⁰ überhaupt zu thematisieren. Auch unrechtsvertiefende Merkmale wie Qualifikationen und Regelbeispiele trügen keinen „eigenen Vorwurf“, anders erst, wenn neuartiges Unrecht vorliege wie beim § 177 StGB im Verhältnis zu § 240 StGB (S. 527). Auch offensichtliche Subsumtionsfehler des Anklägers dürfe das Gericht korrigieren (S. 530). In welcher Ableitungsbeziehung diese an Unrechtsklassifikationen angebotenen Regeln mit dem Anliegen des Anklageprinzips, der Vermeidung eines „confirmation bias“, stehen, erschließt sich allerdings nicht. Idealkonkurrenz sei hingegen ein Indiz für Tatverschiedenheit (S. 531). Auch sei der Gleichlauf von materieller und prozessualer Tateinheit nicht etwa in den Willen des deutschen Verfassungsgebers aufgenommen worden, weil das Reichsgericht auch die Verfolgung von Teilen einer „einheitlichen Handlung im natürlichen Sinne“ anerkannt habe, wenn etwa bei einem tateinheitlichen Delikt der Strafantrag fehlte (S. 532). Dieses Argument, auf das *Verf.* mehrfach zurückkommen wird, ist doppelt fehlerhaft: Erstens, weil von der Existenz einer Ausnahme nicht auf das Fehlen einer Regel geschlossen werden kann, zweitens, weil sowohl das RG²¹ und später auch der BGH²² bei fehlender Verfolgbarkeit eines Tatbestandes schon die materielle Tateinheit verneint hatten, so dass tatsächlich Gleichlauf vorlag.

Schließlich will *Verf.* an die Regeln der objektiven Zurechnung des materiellen Strafrechts anknüpfen (S. 534 ff.), so dass zur prozessualen Tat noch alle die Vorgänge gehörten, die „nach allgemeiner Lebenserfahrung auf die Bekanntmachung der verdachtstragenden Tatsachen durch den Ankläger zurückführbar sind“, also als Realisierung des durch die Verdächtigung geschaffenen Entdeckungsrisikos

¹⁹ Dazu Meyer-Goßner, ZIS 2009, 519.

²⁰ Zuletzt BGH, Beschl. v. 2.11.2016 – 2 StR 495/12, Rn. 30, 36 f., 78 ff. m.w.N.

²¹ Z.B. RGSt 46, 45 (47): Keine Tateinheit mit mangels Strafantrag nicht verfolgbaren Vergehen.

²² BGHSt 17, 157 (158): In den Fortsetzungszusammenhang werden nur Einzelhandlungen einbezogen, die auch verfolgbar sind.

angesehen werden könnten (S. 537 f.). Atypische Verläufe oder Glücksfunde gehörten nicht mehr zu derselben Tat. Das erstaunt aus mehreren Gründen: *Verf.* parallelisiert die objektive Zurechnung ohne Rücksicht auf deren Sinn. Zweitens verwendet *Verf.* mit der „allgemeinen Lebenserfahrung“ (Wieso hat der Durchschnittsbürger Erfahrung in der Beurteilung von Verdachtslagen?) und den Intuitionen des Jedermann („Keiner fände es überraschend [...]“, S. 537) oder des „externen Beobachters“ (S. 538) Kriterien, die ebenso unscharf sind wie die „natürliche Lebensauffassung“ der kritisierten herrschenden Meinung, der sich *Verf.* damit drittens auch im Ergebnis wieder eng annähert.

Im nächsten Schritt erfolgt die „positivrechtliche Übersetzung“ in das deutsche Recht (S. 545 ff.). *Verf.* stellt erfreut fest, dass seine Ansicht sich im deutschen Recht weitgehend wiederfinde, zumal § 264 Abs. 2 StPO bisher immer falsch i.S.d. unbeschränkten Zulässigkeit der rechtlichen Umgestaltung der Strafklage verstanden worden sei. Die Motive enthielten aber eine Absage an einen derart weiten Tatbegriff in folgender Passage: „Hat Jemand ein Verbrechen schwererer Art begangen, so wird dadurch, daß die Anklage irrtümlich nur auf eine geringere Verbrechenart gerichtet worden ist, seine *größere* Strafbarkeit nicht aufgehoben.“²³ *Verf.* erliegt offenbar einem Missverständnis, denn die Passage besagt genau das Gegenteil – dass nämlich die Nichterwähnung einer schwereren Straftat in der Anklageschrift ihre Aburteilung nicht hindert –, wie der Kontext bestätigt: Eine Straftat werde nicht durch die Anklage konsumiert (das meint das „aufgehoben“), sondern erst durch das Urteil, heißt es im Satz davor; der übernächste Absatz führt dies näher aus. Würde man es anders sehen, sagen die Motive, würde dies zu umfangreichen Vorverfahren führen und die Hauptverhandlung zur bloßen Schlussverhandlung herabdrücken.²⁴ Dass sich die Motive zu den später diskutierten Extremfällen (Schießen an bewohnten Orten) nicht äußern, ist kein Argument.

Drei Grundsätze bedürften im deutschen Recht der Revision (S. 548 ff.): Der Grundsatz der allseitigen Kognition, der Grundsatz der Unteilbarkeit der prozessualen Tat und das unausgesprochene „Prinzip der korrelativen Identität prozessualer Taten“. Mit letzterem (S. 550) meint *Verf.*, dass es bei identischen Taten an deren Identität nichts ändere, in welcher Reihenfolge sie verfolgt würden – das ist richtig, aber eine merkwürdige Überlegung. Ungenau gedacht und formuliert sind die folgenden Erwägungen, dass dies anders sein könne, wenn man die Tat nicht mehr als „monadische Größe“ ansehe, so dass ein Verfahrensgegenstand von anderen ganz erfasst sein könne, ohne dass sich dies umkehren lasse. Dass zwei nicht-identische Dinge nicht identisch sind, ist trivial und besagt nichts über identische Dinge. Gemeint ist wohl, dass (nur) bei einem idem crimen-Ansatz prozessuale Taten im Verhältnis von Teilmenge zur Gesamtmenge stehen können.

Bei der „fallgruppenspezifischen Konkretisierung“ (S. 551 ff.) zeigen sich Unterschiede zum geltenden deutschen Recht vor allem beim Wechsel des Strafgesetzes (S. 556 ff.), doch soll im Übergang vom Körperverletzungs- zum Tötungsdelikt nur eine quantitative Steigerung liegen, die die Tatidentität unberührt lässt, anders als bei Diebstahl/Raub und Körperverletzung/Vergewaltigung. Diebstahl und Betrug seien in bestimmten Fallgruppen (Trickdiebstahl/Sachbetrug) vergleichbar. Anders gewendet: Wer etwa wegen einer gefährlichen Körperverletzung angeklagt ist, wäre implizit auch immer wegen Mordes angeklagt; wiederum ist nicht ersichtlich, wie sich dies mit dem *nemo iudex in causa sua*-Ansatz verträgt.

Fehlt bzgl. einer Straftat eine Prozessvoraussetzung, so ist nach *Verf.* insoweit gar keine Anklage erhoben worden (S. 561) – eine problematische Ansicht, wie sich an behebbaren Prozesshindernissen zeigt: Wird der nötige Strafantrag in der Hauptverhandlung noch gestellt, liegt dann darin auch eine Anklage? Dazu wird nichts gesagt.

Nach dem Verfahren eintretende Umstände wie das Versterben des Tatopfers gehörten nicht mehr zur Tat (S. 572 ff.). Die Klammerwirkung wird ausgeklammert (Fn. 2294 auf S. 582), Tateinheit ist wie schon zuvor ausgeführt bedeutungslos, so dass im Schulbeispiel nach einer Verurteilung wegen Schießens an bewohnten Orten ohne weiteres noch eine neue Anklage wegen Mordes erhoben werden dürfe, wobei durch die Mehrzahl an Urteilen dem Angeklagten kein Nachteil erwachsen dürfe, was durch analoge Anwendung des § 55 StGB sichergestellt werden könne (S. 584 f.). Hier macht *Verf.* es sich viel zu einfach: Analog § 55 StGB könnte man allenfalls per Saldo ein adäquates Strafzumessungsergebnis herstellen, aber nicht die von § 52 StGB geforderte einheitliche Strafe, wofür man im zweiten Verfahren den bereits abgeurteilten idealkonkurrierenden Tatbestand mit würdigen müsste. Sinn und Zweck der Konkurrenzlehre werden großzügig ignoriert.

Bei Realkonkurrenz könne prozessuale Tateinheit vorliegen, wenn die vorgenannten Umwandlungsregeln eingriffen (S. 585 ff.). Ausführlich wird die fortgesetzte Handlung erörtert, als ob es sie noch gäbe (S. 591 ff.); bemerkenswert ist die Ansicht des *Verf.*, wenn schon so viele gleichartige Tatbestandsverwirklichungen angeklagt seien, dass weitere Einzelakte strafzumessungsrechtlich unerheblich wären, dann seien auch diese vom Strafklageverbrauch erfasst (S. 596 ff.) – unklar bleibt, ob es dann nur eine Tat oder viele Taten sind und zu welcher die zusätzlichen dann gehören. Beim Zusammentreffen von Dauer- oder Organisationsdelikten mit Zustandsdelikten wird regelmäßig keine prozessuale Tateinheit anerkannt (S. 599 ff., 607 ff.); die Fallgruppe der Alternativität wird für unbedeutend erklärt (S. 611 ff., 615), Opferidentität ist hingegen ein Kriterium für Tatidentität (S. 620 f.).

3. Das dritte Kapitel mit dem Titel „Die erste Strafe“ (S. 634-702) behandelt den sachlichen Anwendungsbereich, d.h. in welchen Verfahrenstypen materielle Rechtskraft eintritt. Zunächst befasst sich *Verf.* erneut mit der Prozessduldungspflicht des wirklich Schuldigen (S. 636 ff.), die dazu führen könnte, dass er so viele Prozesse dulden müsste, bis

²³ Hahn/Stegemann (Hrsg.), Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 3: Materialien zur Strafprozeßordnung, 2. Aufl. 1885, S. 206. (*Hervorhebung im Original*)

²⁴ Fn. 23.

seine Schuld getilgt ist. Hier wird nun eine „schuldtilgende Dimension der Prozessduldung“ – sachlich ein Unding, wenn der Prozess keine Strafe ist – anerkannt, d.h. der wirklich Schuldige, dessen Schuld nicht vollständig erkannt und abgeurteilt wurde, dürfe nicht erneut verfolgt werden, weil etwa 50fache erneute Verfolgung ein Mittel sei, ihn zur aktiven Mitwirkung zu nötigen, die aber stets verboten sei (S. 637 f.), woraus sich ein Nachschlagsverbot ergebe. Wieder enttäuscht die Arbeit an kritischer Stelle mit flüchtiger Begründung: Es gibt keine innere Verbindung zwischen erneuter Strafverfolgung und Untergraben des Schweigerechts, geschweige denn eine notwendige. Ob eine erneute Verfolgung den Beschuldigten zum Geständnis animiert, ist völlig kontingent. Die lebensfremde Hypothese von 50 Nachfolgeprozessen mag ihn in der Tat entnerven, aber was spricht gegen ein, zwei oder fünf Nachschlagsverfahren? Jedenfalls revoziert *Verf.* an dieser Stelle sein „drei-säuliges“ Modell der Rechtskraft, dessen eine Säule (Prozessduldungspflicht des Schuldigen) sich endgültig als untauglich erwiesen hat, setzt sich aber sogleich in Widerspruch zur eigenen besseren Erkenntnis, indem er bis zum Ende der Arbeit gleichwohl immer wieder die Schuldtilgung anführen wird (S. 703). Gewichtiger ist allerdings, dass *Verf.* sich auch zu seinem Ausgangspunkt in Widerspruch setzt: Ein Nachschlagsverbot verlangt nach einem faktischen Tatbegriff oder einem vom Tatbegriff unabhängigen Kriterium wie „abuse of process“, während ein idem crimen-Tatbegriff gerade den Nachschlag – in Gestalt der Anklage eines anderen Tatbestands – zulässt und *Verf.* ebenso eine Anklage wegen Tötung nach einer rechtskräftigen Verurteilung wegen Wilderei oder Schießens an bewohnten Orten erlauben will (S. 583) – ist das kein Nachschlag?

Hier wird nun endlich auch die Frage der Rechtskraft von Fehlurteilen, wenn auch knapp (S. 637, 639), thematisiert. Zunächst wird auch dem zu Unrecht freigesprochenen Schuldigen ein Recht auf Rehabilitierung zuerkannt, aber nur als „Trittbrettfahrer“ des wirklich Unschuldigen. Dann heißt es, beim ganz oder teilweise zu Unrecht Bestraften ergebe sich die Sperrwirkung aus der Rehabilitierung (?): Wer gar nicht in Anspruch genommen werden dürfe, dürfe dies erst nicht ein zweites Mal (?). Für die Rechtskraft komme es daher nicht darauf an, ob die Entscheidung „legitim oder illegitim“ sei. Das ist zwar im Ergebnis richtig, überzeugt aber in der Begründung nicht, denn worauf die Sperrwirkung im Einzelfall letztlich beruht, weiß nach diesem Ansatz, der sich nicht von der unerkennbaren Wirklichkeit lösen mag, nur Gott.

Ab S. 640 ff. unternimmt *Verf.* die Bestimmung des Begriffs der Strafe, aber nicht funktional nach ihrem Zweck (vgl. S. 680), als ob der Neukantianismus am Strafrecht spurlos vorübergegangen wäre,²⁵ sondern mit dem Ziel, ihre be-

sondere Rechtfertigungsbedürftigkeit zu erfassen (S. 647), womit das eigene Anliegen, Begriff und Rechtfertigungsvoraussetzungen der Strafe strikt zu trennen (S. 643), verraten wird. Damit wird ein bestimmter Begriff der Strafe bereits vorausgesetzt, der nun nur noch präzisiert wird; dass schließlich der Strafe eine Sonderrolle zuerkannt wird, die zu leugnen ein Armutszeugnis sei (S. 659), überrascht nicht. Dabei wird eine Reihe phänomenologischer Ansätze wie der des EGMR oder des US Supreme Court durchkämmt und am Ende Strafe „als Entzug eines angeborenen Rechts, der vom Staat [...] als objektive Reaktion auf angenommenes Fehlverhalten verhängt wird“, definiert (S. 659). Die angeborenen Rechte seien Leben, Freiheit und Ehre (S. 655 mit Zitat von *Zachariä*) sowie „freie Lebensführung“ (S. 692). Diese ad hoc-Definition ist völlig willkürlich, weil der Griff ins Magazin der Ideengeschichte nicht einmal ansatzweise begründet wird; überdies haben manche Naturrechtler wie *Grotius*, den *Verf.* zitiert (Fn. 2597), die Unterscheidung von angeborenen und sonstigen Rechten im Staat für belanglos erklärt, für andere wie *Locke*, *Paine* oder die Menschenrechtserklärung von 1789 gehört das Eigentum mit dazu usw. Dieser Begriff wird sodann zur Strafe „im ontologischen Sinn“ geadelt (S. 660), ist aber offensichtlich verfehlt, weil er die heute häufigste Strafart, die Geldstrafe, nicht zu erfassen vermag, weshalb ihm sogleich zwei weitere Strafarten an die Seite gestellt werden, nämlich die „Strafe im abgeleiteten Sinn“, die zur ontologischen führen kann (wie die Geldstrafe durch die Ersatzfreiheitsstrafe) und die „Strafe im künstlichen oder konventionellen Sinn“, die der Gesetzgeber nach Belieben schafft. Dies ist geradezu ein Lehrbuchbeispiel für missratene Begriffsbildung. Anspruch und Aufwand einerseits und Begründungstiefe sowie Leistungsfähigkeit andererseits stehen in keinem Verhältnis. *Verf.* ahnt, dass die „künstliche Strafe“ unterbestimmt ist – wie unterscheidet man den zivilrechtlichen Schadensersatz, der auch „objektive Reaktion auf angenommenes Fehlverhalten“ ist, von ihr? – und verweist auf den Willen des Gesetzgebers (S. 661): Strafe ist also, was der Gesetzgeber dafür hält – eine theoretische Bankrotterklärung. Die vorpositive Theorie hat sich vor Ratlosigkeit in die Arme des Positivismus geworfen.

Anschließend mustert *Verf.* die repressiven Reaktionsformen durch, zu denen er auch tatbezogene Untersuchungshaft zählt (S. 664), die Strafe im ontologischen Sinne sei. Geldbußen sind ungeachtet ihrer Höhe keine Strafen, so dass ne bis in idem nicht gelte und auch keine Anrechnung erforderlich sei (S. 666 ff.), gleiches gilt für Disziplinarmaßnahmen, sofern sie keine angeborenen Rechte verkürzen (S. 673 ff., 679). Das herkömmliche Abstellen auf unterschiedliche Zwecke des Strafrechts und des Disziplinarrechts sei falsch, denn Strafzwecke ließen sich nicht nur durch Strafen verfolgen, und das Besondere der Strafe liege nicht in den mit ihr verfolgten Zwecken (S. 680), worin freilich ein Widerspruch zur eigenen Definition liegt, die den Zweck der „objektiven Reaktion auf angenommenes Fehlverhalten“ enthält. Der Schuldspruch wird zu Recht nicht als Strafe angesehen (S. 689 ff.), die Maßregeln der Sicherung und Besserung dann nicht, wenn sie das Abstandsgebot einhielten (S. 691 f.) – warum sie keine „Reaktion auf angenommenes Fehlverhalten“

²⁵ Zum Einfluss des Neukantianismus *Schünemann*, in: *Schünemann* (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, S. 1 (24 ff.). Gegen eine strikte Trennung von Begriff und Rechtfertigung von normativen Instituten etwa *Gardner*, *Law & Philosophy* 30 (2011), 1 (2 f.); ebenso *Nozick*, *Philosophical Explanations*, 1981, S. 365; *Grosse-Wilde*, *Erfolgsszurechnung in der Strafzumessung*, 2017, S. 27 f.

ten“ darstellen, da sie nur anlässlich eines solchen verhängt werden, bleibt unerörtert; unklar sind die kursorischen Bemerkungen zur Führungsaufsicht (S. 692 f. *Hervorhebung* im Original). Auflagen nach § 153a StPO sind keine Strafen (S. 693 ff.), weil der Gesetzgeber sie nicht als solche ansah.

4. Im vierten Kapitel (S. 702-837) geht es um „die erste Verfolgung“, d.h. darum, welche Arten von Verfahrensbeendigung die Sperrwirkung auslösen sollen. *Verf.* diskutiert das von ihm so genannte „klassische Modell“, wonach nur eine aufgrund Hauptverhandlung ergangene Sachentscheidung die volle Rechtskraftwirkung habe, und lehnt es ab, weil es nur mit Interessen der Gesellschaft gerechtfertigt werden könne. In allen Prozessentscheidungen und allen Einstellungen läge vielmehr ein Fortleben der überwunden geglaubten absolutio ab instantia, weil der ungetilgte Verdacht fortbestehe, was in Anbetracht des Rehabilitierungsinteresses des Verdächtigen nicht hinnehmbar sei (S. 716 ff.) – wenn der Staat ihm schon das Sachurteil verweigere, solle man ihn danach wenigstens „ewig in Ruhe lassen“ (S. 720). Das Überwiegen des subjektiven Interesses wird indes nur mithilfe eines Beispiels erläutert, in dem nach achtjähriger Hauptverhandlung das Fehlen des Eröffnungsbeschlusses bemerkt wurde und ein Einstellungsurteil erging; die herrschende Meinung, die hier keine Sperrwirkung annimmt, stelle den Angeklagten „völlig schutzlos“. Es sei befremdlich, dass sich der Staat, der seinen Fehler erst spät bemerkt, dem Betroffenen ein zweites Verfahren zuzumuten traue (S. 719 f.) – diese an die Arglistrede erinnernde Argumentation verkennt, dass es Prozessentscheidungen nicht nur bei zurechenbaren Fehlern gibt, und ist zudem zirkulär, denn dass der Angeklagte in dieser Situation den Schutz der Sperrwirkung verdient, wird damit nur behauptet, aber nicht begründet.

Rechtskraft komme nicht nur gerichtlichen Entscheidungen zu, weil dies aus der Perspektive des Betroffenen gleichgültig sei (S. 724 ff.). Auch auf Richtigkeitsgewähr komme es nicht an, denn das sei nur ein Interesse der Gesellschaft. All das führe dazu, dass der Staat die Sache umso leichter erneut aufrollen könne, „je leichtfertiger er sich um diese Aufgabe bemüht“ (S. 729, *Hervorhebung* im Original; nochmals S. 739, 752) – ob diese Polemik hilfreich ist, wonach alle summarischen Verfahren auf vorwerfbarem Fehlverhalten oder Charakterfehlern (Bequemlichkeit, S. 739) beruhen, erscheint zweifelhaft, ebenso das spätere Argument, die schlechtere Qualität einer nicht-richterlichen Entscheidung habe der Betroffene nicht zu vertreten (S. 762). Neuere Konzepte lehnt *Verf.* anschließend ab (S. 729 ff.), bevor er sein eigenes Modell vorstellt (S. 740 ff.): Wenn Rechtskraft als Rehabilitierung = Verdachtstilgung begriffen werde, müsse sie von der „Verdachtstiefe“ abhängen; volle Rechtskraft trete bei „voller Verdachtstiefe“ ein, die beim Beginn der Beweisaufnahme erreicht sei (S. 746 ff.), mit der der Staat anfangs, „den Sarg des Betroffenen zuzunageln“ (S. 748, *Hervorhebung* im Original) – hier überwuchern Metaphern die sachliche Argumentation. Die Strafklage wird also verbraucht, während das Strafverfahren noch läuft (S. 755). Ist allerdings der Betroffene mit der Verfahrensbeendigung einverstanden, ist die Rehabilitierung nicht im gleichen Umfang geschuldet (S. 751). Bei bloß „mittlerer Verdächtigungs-

tiefe“ genügt beschränkte Rechtskraft, die durch nova beseitigt wird (S. 761 ff., 767 ff.). *Verf.* notiert hinsichtlich eines staatsanwaltschaftlichen Einstellungsbeschlusses aus Sicht des Betroffenen das „scheinbare Paradoxon, dass eine weniger rechtsstaatlich-gesicherte Entscheidung den Beschuldigten schlechter stellt“ (S. 761) – was noch einmal verdeutlicht, dass in einem Gemeinwesen nicht die Perspektive der bornierten Besonderheit maßgebend sein kann.

Den von *Bohnert* hervorgehobenen internen Charakter des Vorverfahrens lehnt *Verf.* ab, denn in der Verdächtigung liege bereits eine „beachtliche Belastung“, unabhängig von der Kenntnis des Betroffenen davon; schon die Inkulpation löse Rechtskraft aus (S. 767). Sollte das heißen, dass diese „Belastung“, die leider nicht näher bestimmt wird, immer dann eintritt, wenn ein Staatsanwalt eine Verfahrensakte anlegt, so verlangt dieses Internum, dass der Staat schlecht vom Bürger denkt, nur die moralische Rechtfertigung in essentia oder vor Gott und betrifft nicht die äußere Sphäre der Freiheit des Einzelnen. Die (auch grund- oder menschen-) rechtliche Perspektive, die eine Externalisierung des Staatshandelns voraussetzt, damit Verkürzungen der Rechte des Bürgers eintreten können, ist damit verlassen. Wenn es aber um Rechtsschutz nicht geht (S. 766), warum dann Rechte zuerkennen? Dass es um Moral und nicht um Recht geht, legt die Wortwahl nahe: Verdächtigung als „Zutrauen von etwas Schlechtem“ (S. 766), „moralisches Gewicht der Verdächtigung“ (S. 816).

Ab S. 777 ff. werden die verfahrensbeendenden Entscheidungen durchgemustert. Freisprüche entfalten volle Rechtskraft und enthalten die „formelle Behauptung, dass die Verdächtigung sich nicht bestätigen konnte“ (S. 781). Diese schon zuvor verwendete Redeweise ist nicht nur ungenau, sondern sachlich falsch: Es geht im Strafverfahren nicht um die „Bestätigung“ einer Verdächtigung, sondern um das Erreichen des nötigen Beweismaßes (§ 261 StPO), dementsprechend enthält der Freispruch nur die Aussage, dass das Gericht nicht von der Schuld des Angeklagten überzeugt ist; in den Gründen mag mehr stehen, auch dass der Verdacht bestehen bleibt.

Die Rechtskraft der Verurteilung beruhe auf der Verfahrensduldungsschuld (S. 784 f.), die Rechtskraft einer Maßregelverhängung darauf, dass das Verfahren auch zur Strafe hätte führen können, was beim objektiven Verfahren gem. §§ 413 ff. StPO nicht der Fall ist, das folgerichtig keine Sperrwirkung auslösen müsse (S. 785 f.). Auch Einstellungsurteilen komme volle Rechtskraft zu (S. 793 f.), es sei denn, der Beschuldigte habe die Einstellung beantragt oder durch Täuschung erschlichen (S. 805). Wenn die h.M. Rechtskraft nur bei Einstellungen wegen unbehebbarer Prozesshindernisse anerkenne, so liege darin eine sonst nie bejahte suspekte „positive Feststellungswirkung der richterlichen Entscheidung“ (S. 800) – hier werden Feststellungswirkung (in demselben Verfahren) und Bindungswirkung (anderer Verfahren) verwechselt. Beschränkte Rechtskraft haben die Beschlüsse nach §§ 206a, 205, 153 Abs. 2 StPO (S. 803 ff.). Die Einstellung nach § 154 StPO opfere das Rehabilitierungsrecht des Angeklagten „bedenkenlos dem verfolgten Zweck der Verfahrensvereinfachung“ (S. 809) und sei nach Beginn der

Beweisaufnahme nur mit Zustimmung des Angeklagten zulässig. Der Strafbefehl stehe einem Eröffnungsbeschluss gleich, denn mangels Prozesses sei die Prozessduldungsschuld nicht getilgt, und entfalte daher nur beschränkte Rechtskraft (S. 810 ff.). § 373a StPO beruhe auf bloßer Billigkeit (S. 814).

Waren die Abweichungen von der herrschenden Ansicht bisher im Ergebnis nicht groß, so kommt es ab S. 816 bei der Betrachtung der staatsanwaltschaftlichen Einstellungen zum Schwur: Aus der Perspektive des Beschuldigten dürfe es keinen Unterschied machen, ob ein Gericht oder die Staatsanwaltschaft das Verfahren beendet. Herkömmliche Erwägungen des Vertrauensschutzes werden zurückgewiesen als inhaltleer und deplatziert, zudem dürfe niemand auf den Bestand einer Entscheidung vertrauen, deren Unwahrheit er kennt (S. 820 f.); schließlich wüssten die meisten Schuldigen, dass sie schuldig sind. Hiernach erwächst jeder staatsanwaltschaftliche Einstellungsbeschluss in beschränkte Rechtskraft, die nur bei nova entfällt, wobei „neu“ alles ist, was noch nicht in den Akten steht. Dass der Betroffene vielfach nicht einmal vom Ermittlungsverfahren weiß, wird dabei für unerträglich gehalten (S. 821 f.). Dass diese Rechtskraft ihm nicht viel nutzt, sei irrelevant.

5. Das kurze fünfte Kapitel (S. 837-853) befasst sich mit der Rechtsfolge der Sperrwirkung, die nur die Entscheidung, nicht auch die Gründe entfalten. Für eine darüber hinaus gehende Bindungswirkung gebe es keinen zwingenden Grund (S. 839). Gesperrt sind nur neue Strafverfahren, während Bußgeld- und Disziplinarverfahren zulässig bleiben; in dubio pro reo wird für anwendbar erklärt (S. 842). Verboten sind auch mehrere gleichzeitige Verfahren, aber nicht im Sinne der Gerichtshängigkeit, sondern auch zwei oder mehr parallele Ermittlungsverfahren (S. 846 ff.). In einem Exkurs wird ein Verbot von Rechtsmitteln gegen Freisprüche, wie es aus den USA bekannt ist, erörtert und abgelehnt (S. 848 ff.), weil es auf die Eigenheiten des Geschworenenprozesses zurückgehe, den als irrational zu bezichtigen *Verf.* nicht müde wird.

6. Das sechste und letzte Kapitel (S. 853-1.007) behandelt die „materielle Tiefenstruktur“ (S. 856) der Wiederaufnahme. Herkömmliche Konzeptionen der Wiederaufnahme werden verworfen (S. 865-883), namentlich Beschränkungen auf besonders schwere Fehler zwecks Wahrung der Autorität der Urteile („nackter prozessualer Macchiavellismus“, S. 871) oder der Rechtssicherheit (Instrumentalisierung, S. 875, 880). *Verf.* erkennt an, dass nicht jede fehlerhafte rechtskräftige Entscheidung zu überprüfen sei (S. 879 f.), hält aber eine Wiederaufnahme zugunsten des Betroffenen immer für geboten, wenn eine Verurteilung die Schuld des Betroffenen verfehlt – es fragt sich, ob dann von der Rechtskraft viel übrigbleiben kann – oder nicht auf einem Mindestmaß an Verfahrensgerechtigkeit beruht, zulasten dann, wenn der Betroffene seine Prozessduldungspflicht aktiv verletzt habe (S. 883 f., 897 f.). Die Wiederaufnahme sei nicht als Ausnahme zu konzipieren (S. 892 ff.), sondern sei ein kategorisches Recht des Betroffenen. Der Unterschied zu den ordentlichen Rechtsmitteln bestehe darin, dass diese präventiv und die Wiederaufnahme reparativ sei (*Orano*).

Verf. sieht in jedem Urteil, das eine gar nicht oder nicht in dieser Höhe verdiente Strafe ausspricht, – freilich zu Unrecht²⁶ – eine Verletzung des Schuldprinzips (S. 901 ff.), weshalb § 363 StPO zu eng erscheint. Dies wird in Fallgruppen durchdekliniert, was zu einer weiten Zulassung der Wiederaufnahme propter nova führt, die entgegen § 359 Nr. 5 StPO sowohl tatsächlicher als auch rechtlicher Natur (S. 926 ff.) sein können. Falsche Tatsachenfeststellungen und Rechtsfehler werden als „Wissensfehler“ eingestuft, denen die „Willensfehler“ der Amtspflichtverletzungen gegenüberstehen (S. 918, 931 f.). Als rechtliche nova gelten Rechtsprechungsänderungen (weil dann die frühere Entscheidung falsch gewesen sein müsse), aber nicht Gesetzesänderungen (mangels Verletzung des Schuldprinzips, S. 933 ff.), was aus der Sicht des Betroffenen kaum überzeugt. Bei der ganzen Diskussion lässt *Verf.* einen Aspekt ganz außer Acht, dass sich nämlich die Beweislage aufgrund Zeitablaufs typischerweise verschlechtert, so dass ein wiederaufgenommenes Verfahren nicht zwangsläufig eine höhere Richtigkeitsgewähr bietet als das erste; gleichwohl stimmt er im Ergebnis der restriktiven Handhabung der h.M. bei der Beurteilung der Eignung eines novums zur Erreichung der Wiederaufnahmeziels zu (S. 925).

Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten wegen Verletzung von Verfahrensrecht ist beschränkt auf grundlegende Regeln, deren Missachtung das Verfahren zum Gewaltakt mache (S. 938 ff.), was sich im positiven Recht allerdings kaum wiederfindet.

Bei der Diskussion über die Zulässigkeit einer Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten (S. 956 ff.) werden pauschale Behauptungen, viele Länder hätten sie nicht, zutreffend zurückgewiesen, weil es oftmals funktionale Äquivalente gibt (S. 968 ff.). Etwas unklar bleiben die Ausführungen, wonach der Beschuldigte auch durch unechtes Unterlassen seine Prozessduldungspflicht verletzen kann (S. 972 ff.). Die *lex lata* des § 362 StPO kann *Verf.* nicht erklären und überlässt sie der bloßen Deziision des Gesetzgebers (S. 974 f.). Eine Wiederaufnahme propter nova zuungunsten des Beschuldigten lasse sich überhaupt nicht begründen und wird als Verletzung des Rehabilitationsrechts angesehen (S. 977 ff., 979) – beim zu milde Bestraften von „Rehabilitierung“ zu sprechen, ist eine missliche terminologische Festsetzung (vgl. S. 958). In der Sache läuft dies auf die frühere (S. 636 ff.) *petitio principii* hinaus, dass auch der wirklich Schuldige nur einmal verfolgt werden darf, weil ihn seine Schuld nur zur Duldung *eines* Verfahrens verpflichtet. Aber ein Verfahren weswegen? Aus seinem Ansatz heraus kann *Verf.* beim nicht ausreichend Bestraften weder ein Verbot des Nachschlags in einem neuen noch in demselben Verfahren per Wiederaufnahme begründen. Erst kurz vor Schluss (S. 980 f.) wird wie vereinzelt zuvor (S. 258 f., 637 f.) klargestellt, dass auch der Schuldige „eigenständiger Träger von Verfahrensrechten“ sei und Schuldige wie Unschuldige gleichermaßen das Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung hätten – damit ist freilich sein „drei-säuliges“ Modell der Rechtskraft, deren erste Säule die Schuldtilgung ist, auch als Anknüpfungspunkt für die Wiederaufnahme (zu Recht) über Bord geworfen.

²⁶ Oben Fn. 9.

Da eine Wiederaufnahme zuungunsten nur bei schuldhafter Verletzung der Prozessduldungspflicht zulässig sei, seien § 362 Nr. 1-3 StPO (S. 985 ff.) entsprechend zu reduzieren und Nr. 4 zu streichen, weil das nachträgliche Geständnis bloß ein novum sei (S. 981 ff.).

III. Insgesamt ist an der Arbeit uneingeschränkt zu loben der rechtsordnungsübergreifende Ansatz, denn dort, wo es nicht nur um Auslegung des nationalen Rechts, sondern um Konzepte geht, ist die Diskussionsrunde universell. Indem *Verf.* an eine universelle Vernunft glaubt, stellt er sich im besten Sinne in die Tradition der Aufklärung; die eigene Auffassung gleich als vorpositives Vernunftrecht auszugeben bezeugt allerdings bemerkenswertes Selbstvertrauen. Lobenswert ist weiterhin der Wille zum System, der große sittliche Ernst, mit dem *Verf.* sich unablässig um Sachgründe bemüht, tradierten Formeln misstraut, Autoritätsappelle zurückweist²⁷ und der gerade im Strafprozessrecht beliebten und bequemen Unterwerfung unter Belange der Praxis widersteht.

Beklagenswert ist hingegen, dass *Verf.* die versprochene Theorie nicht liefert. Zwar verfügt er über beeindruckende Belesenheit (das Literaturverzeichnis umfasst 124 Seiten), die sich erfreulicherweise auch auf die ältere Literatur erstreckt, aber weder über ein theoretisches Instrumentarium noch über ein adäquates theoretisches Fundament. Die Prämissen, auf denen die Arbeit ruht, bleiben ebenso unterreflektiert wie die zentralen Weichenstellungen im Gedankengang – wenn es darauf ankommt, schweigt *Verf.*, entgegen der eigenen Devise, dass „eine Habilitationsschrift [...] Schwierigkeiten nicht ausweichen“ (S. 799) darf. Stattdessen buchstabiert er seine Intuitionen aus. Gegen Intuitionen kann man aber schlecht argumentieren, man kann sie nur teilen oder nicht. Der Anspruch, nur rationale Gründe gelten zu lassen, wird somit nicht eingelöst, vielmehr leidet die Arbeit dadurch wenigstens in formaler Hinsicht an einem Rationalitätsdefizit – *Alexy*, auf den *Verf.* sich öfters beruft, hält Intuitionismus sogar für „ein Bekenntnis zur Irrationalität“²⁸ – und stellt sich letztlich als gefühlsbasierte Morallehre oder Gefühlsethik des Strafprozesses dar. *Verf.* beschränkt seine Überlegungen nicht auf die äußere, rechtliche Sphäre der Freiheit, sondern ordnet das Recht der Moral unter. Die Stärke des moralischen Gefühls findet leider keine Entsprechung in Sorgfalt und Konsistenz des Gedankengangs, der viel zu oft oberflächlich bleibt. Vorpositiv – oder besser: als Regelungsmodell – überzeugt daher weder die Strafprozess- noch die Rechtskraftlehre; mit dem positiven Recht sind sie nur zum Teil vereinbar.

Der Haupteinwand richtet sich gegen den Ansatz, dass der „wahre Kampf“ darin liege, „ob es bei der Bestimmung der Rechtskraft um die Interessen der Gesellschaft oder um das Recht des verfolgten Individuums geht“ (S. 755). Da *Verf.* Abwägungen als unzulässig ablehnt, bestimmt er die Rechtskraft allein aus der Perspektive des Einzelnen. Zwar ist ein solcher abwägungsfreier und nicht (wie bei *Kant*) vernunft-

gebändigter Vorrang des Individuums vor Gesellschaft und Staat, wie er in dem vom *Verf.* vertretenen, gänzlich undifferenzierten Instrumentalisierungsverbot zum Ausdruck kommt, durchaus vorstellbar, führt aber ganz woanders hin, entspricht nämlich in der politischen Philosophie der anarchistischen Position; in der Tat erinnert hier manches ein wenig an *William Godwins* libertär-anarchistischen Ansatz.²⁹ Konsequenterweise ist danach allerdings weder Strafverfahren noch Recht noch Staat anzuerkennen, so dass das Problem der Rechtskraft keines ist. In einem Staat ist der Ansatz dieser Arbeit undurchführbar.

Die weiteren zuvor angemerkten Kritikpunkte bedürfen hier keiner Wiederholung. Erwähnt sei noch ergänzend, dass die ob ihrer Vielzahl offenbar von einem starken Ressentiment getragenen Invektiven gegen das „begriffs-konstruktivistische“ Denken vordergründig erscheinen und leider ihre Entsprechung darin haben, dass *Verf.* selbst es mit Begriffen nicht genau nimmt. So wird insbesondere kein Begriff des Begriffs angeboten und nicht deutlich gemacht, was genau „Begriffs-Konstruktivismus“ sein soll – kontrastiert wird er andeutungsweise mit normativen und inhaltlichen Erwägungen (S. 381) bzw. Sachfragen (S. 563). Fast genauso schlimm mutet ihm „schulmäßige positivistische Gesetzesauslegung“ (S. 504) an, die sich nicht zum gefühlsethischen Durchgriff durchringt. Jedoch kommt geordnetes Denken ohne Begriffe nicht aus. Dass Begriffe keine Gründe abgeben könnten, trifft (entgegen S. 711) nicht zu, weil hinter (gut gebildeten) Begriffen sachliche Erwägungen stehen. Tatsächlich erweist *Verf.* sich selbst bisweilen als lupenreiner Begriffsjurist, wenn er z.B. aus seinem essentialistischen Strafbegriff deduziert, dass ne bis in idem bei Geldbußen nicht gelte, ohne die Interessen des Betroffenen in den Blick zu nehmen, um die es ihm sonst geht.

Dem akribischen Leser sei die Bemerkung gestattet, dass die Arbeit auch deshalb an etlichen vermeidbaren Redundanzen leidet, weil *Verf.* eine starke Neigung zu didaktischer Repetition hat und am Beginn eines Abschnitts ankündigt, was ausgeführt werden wird, die Ausführungen dann am Unterabschnitts- und erneut am Abschnittsende zusammenfasst und die Ergebnisse danach noch einmal kommentiert, auf dass auch der begriffsstutzigste Leser eine reelle Chance auf vollkommenes Verständnis erhalte. Das ist gut gemeint, aber ermüdend.

Wenn man die Prämissen des *Verf.* nicht teilt, liegt der Ertrag des Buches vor allem darin, viele Fragen unter Einbeziehung ausländischer Stimmen noch einmal ernsthaft aufgeworfen, zum Widerspruch gereizt und dadurch allfälligen dogmatischen Schlummer unterbrochen zu haben.

Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg, LL.M., Bonn

²⁷ Daher mutet es seltsam an, dass dennoch regelmäßig die Autorität einzelner Autoren hervorgehoben wird („kein geringerer als“, „namhafte Vertreter“, „große Denker“, „große Philosophen“).

²⁸ *Alexy*, AöR 140 (2015), 497 (513).

²⁹ *Godwin*, An Enquiry concerning Political Justice and Its Influence on General Virtue and Happiness, 2 Bände, 1793.