

Vasco Reuss

# Zivilcourage als Strafzweck des Völkerstrafrechts?

## Betroffenenbelange aus teleologischer Perspektive

„Die einzig wahrhaftige Kraft gegen das Prinzip von Auschwitz wäre Autonomie, wenn ich den Kantischen Ausdruck verwenden darf; die Kraft zur Reflexion, zur Selbstbestimmung, zum Nicht-Mitmachen.“  
(Adorno, *Erziehung nach Auschwitz*)<sup>1</sup>

### I. Neues Strafrecht – Neuer Zweck?

Der vorliegende Beitrag widmet sich dem Thema der Betroffenenbelange aus der Perspektive der Strafzweckdiskussion, die das Völkerstrafrecht begleitet. Hierbei werden aufgrund der Eigenart dieser „neuen Form“<sup>2</sup> des Strafrechts aber nicht nur, wie man meinen könnte, Opferbelange eine Rolle spielen, sondern gerade auch Belange aktueller und potentieller Täter. Dass ausdrücklich beide Belange in den Fokus rücken, ist, wie gezeigt wird, die Folge des Versuchs einer Zweckbestimmung des Völkerstrafrechts, die vor allem dessen kriminologische und normentheoretische Hintergründe näher beleuchtet. Dabei lassen sich zwei Themenstränge im Begriff der *Positiven Generalprävention* mit einander verknüpfen. Der eine Strang vermittelt die Herausforderungen der Kriminologie der Völkerstraftat an die Zwecklehre, der andere arbeitet kriminologisch und rechtstheoretisch heraus, was das Völkerstrafrecht, gemessen an seinen immanenten Ansprüchen, anstreben muss, wenn es ein präventiv ausgerichtetes Schuldstrafrecht sein möchte. Beide Stränge treffen sich in der Überlegung, dass sich die Zweckbestimmung des Völkerstrafrechts zwar der teleologischen Semantik des nationalen Strafrechts bedienen darf, aber mit Blick auf seinen Gegenstand etwas anderes bedeuten muss. Der Blick auf empirische und normative Hintergründe der Straftaten ergibt nämlich, dass ein schlüssiger Zweck der Strafe hier nur eine so bislang nicht diskutierte Art modifizierter positiver Generalprävention<sup>3</sup> sein kann. Modifiziert insofern, als das Völkerstrafrecht nicht bloß, wie im nationalen Strafrecht, die Stärkung von Normgeltungsbewusstsein zum Ziel haben kann,<sup>4</sup> sondern auf zivilcouragiertes Verhalten in kriminogenen Situationen<sup>5</sup> gerichtet sein muss. Mithin wird hier die These begründet, dass der Zweck des Völkerstrafrechts, das ist, wie noch erläutert wird, der Strafzweck der globalen Zivilgesellschaft, die Erzeugung von Zivilcourage sein muss.

1 Adorno, *Erziehung nach Auschwitz*, in: *Erziehung zur Mündigkeit. Vorträge und Gespräche mit H. Becker*, hrsg. von Kadelbach, 1971, S. 93.

2 Neubacher, *Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit*, 2005, S. 147.

3 Ähnlich Möller, *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof. Kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte*, 2003, S. 528.

4 Vgl. Sch/Sch-Stree, vor § 38 Rn. 1 ff., 2; Müller-Dietz, *Integrationsprävention und Strafrecht. Zum positiven Aspekt der Generalprävention*, FS für Jescheck, Bd. 2, 1985, S. 813 ff.

5 Vgl. zum Topos ‚kriminogene Situation‘ Sessar, *Zu einer Kriminologie ohne Täter, Oder auch: Die kriminogene Tat*, MSchrKrim 1997, 1 ff., 13 ff.

Im Gegensatz zur Ansicht Werles, wonach das Völkerstrafrecht seine Legitimation „im Wesentlichen“ über das aus dem nationalen Strafrecht übertragbare Strafzweckprogramm beziehe<sup>6</sup> und dadurch in „vollem Umfang“ legitimiert sei,<sup>7</sup> überwiegt im Schrifttum die Meinung, dass dem nicht so ist,<sup>8</sup> weil die herkömmlichen Strafzwecke auf das Völkerstrafrecht nicht „passen“.<sup>9</sup> Christina Möller hat dazu bereits eine breite Untersuchung vorgelegt,<sup>10</sup> weshalb sich der Beitrag auf eine Skizze der Zweifel beschränkt. Bevor ausgeführt wird, wie der Zweck der Positiven Generalprävention vor dem kriminologischen Hintergrund von Völkerverbrechen reformuliert werden muss, ist der Grund dafür darzulegen, warum die üblichen Zwecke hier nicht „passen“ wollen. Dies ist letztlich derselbe, der auch im nationalen Strafrecht einer einheitlichen Anwendung aller Zwecke auf jeden Täter und jedes Delikt entgegensteht, dass nämlich Täter und Delikt von Fall zu Fall verschieden<sup>11</sup> und dabei Täter und Tathintergründe der Völkerverbrechen mit denen im nationalen Strafrecht kaum zu vergleichen sind.<sup>12</sup>

### a) Makrokriminalität

Während man es im nationalen Strafrecht mit vergleichsweise gewöhnlicher Kriminalität zu tun hat und selbst dort noch, wo schwere Verbrechen verhandelt werden, auf vergleichsweise geringes Unrecht und geringe Schuld trifft, muss das Völkerstrafrecht insofern mit ganz anderen Dimensionen umgehen. Dieses hat es in seinen Tatbeständen<sup>13</sup> mit so genannter „Makrokriminalität“<sup>14</sup> zu tun. Dieser Kriminalität, unter der Jäger „die in ihren destruktiven Wirkungen besonders gravierenden ... Großformen kollektiver Gewalt“ versteht, „die den ganz überwiegenden ... Teil menschlichen Aggressionsverhaltens ausmachen“,<sup>15</sup> liegt ein anderes „Konzept“ zugrunde als der Alltagskriminalität. Makrokriminalität sprengt aber das „Konzept“ von Kriminalität nicht schlechthin,<sup>16</sup> sondern formuliert ein anderes, das im Folgenden skizziert wird: Anstatt von Makrokrimi-

6 Werle, Völkerstrafrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 94.

7 Werle, Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht, ZStW 1997, Bd. 109, 808 ff., 821 f.

8 Kritisch Ambos/Steiner, Vom Sinn des Strafens auf innerstaatlicher und supranationaler Ebene, JuS 2001, 9 ff.; Reese, Fünf offene Fragen zum Internationalen Strafgerichtshof – und der Versuch einer Antwort, in: Neubacher/Klein (Hrsg.), Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts?, 2006, S. 71 ff., 80 ff.; von Braun, Internationalisierte Strafgerichte, 2008, S. 47 ff. Ganz neue strafzwecktheoretische Überlegungen fordern Ambos, ‚Impunidad‘, Makrokriminalität und Völkerstrafrecht, KritV 1996, 355 ff., 367; Pawlick in seiner Besprechung des Buches von Neubacher (Fn. 2), HRRS 01/2006, 37 f.; Safferling, Internationales Strafrecht, 2011, § 4 Rn. 65, 68. Zweifel auch bei Neubacher (Fn. 2), die Frage des Strafzwecks sei „ungeklärt“, S. 422, 429, m.w.N.

9 Diesen Ausdruck wählt Ambos, ‚Impunidad‘ (Fn. 8), 366.

10 Möller (Fn. 3), S. 426 ff. Ausführlicher auch bei von Braun (Fn. 8), S. 47 ff.

11 Was das Bundesverfassungsgericht zur so genannten Vereinigungstheorie geführt hat, vgl. BVerfGE 45, 187 (253); Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991, S. 21 ff.

12 Pawlick (Fn. 8), 37, sieht hier „strukturelle Unterschiede“.

13 Ausdrücklich normiert: die §§ 6–12 des Völkerstrafgesetzbuchs: Völkermord (§ 6), Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7) und Kriegsverbrechen (§§ 8–12). Hinzu kommt, gewohnheitsrechtlich strafbar, das Verbrechen des Angriffskrieges, vgl. Werle (Fn. 6), Rn. 1293 ff.

14 Zum Begriff vgl. H. Jäger, Makrokriminalität, 1989; Safferling (Fn. 8), § 4 Rn. 76 ff.

15 Jäger (Fn. 14), S. 11.

16 So Walter, Zur Reichweite des Konzepts Kriminalität – Einige Überlegungen zur „Makrokriminalität“ Herbert Jägers –, Krim. Journal 1993, 117 ff.; ders., Über Probleme mit der Makrokriminalität, in: Böllinger/Lautmann (Hrsg.), Vom Guten, das noch stets das Böse schafft, 1993, S. 81 ff. Zur Verteidigung desselben vgl. H. Jäger, Menschheitsverbrechen und die Grenzen des Kriminalitätskonzepts, KritV 1993, 259 ff.

nalität kann man auch von „staatsverstärkter“,<sup>17</sup> staatlich organisierter,<sup>18</sup> von Staats-<sup>19</sup> oder Regierungskriminalität<sup>20</sup> sprechen, sie also mit Begriffen umschreiben, die bereits auf die kriminologischen Hintergründe der Taten gehen. Diese sind in der Regel durch staatliche Strukturen<sup>21</sup> erzeugt und beruhen meist auf breiter gesellschaftlicher Unterstützung. Ihr Akteur handelt daher auch, anders als ein Alltagsdelinquent, meist in Übereinstimmung mit rechtlichen und sozialen Normen, die ihn unmittelbar umgeben,<sup>22</sup> also normativ angepasst und nicht im kriminologischen Sinn abweichend.<sup>23</sup> Völkerstrafrechtliche Taten beruhen vielmehr auf kollektiven,<sup>24</sup> konformen<sup>25</sup> Handlungen, während Alltagskriminalität in der Regel abweichendes, nonkonformes Verhalten zugrunde liegt.<sup>26</sup> Weiterhin unterscheiden sich Alltags- und Makrokriminalität darin, dass der makrokriminelle Täter – spätestens seit Implementierung des Internationalen Strafgerichtshofes (IStGH) in *Den Haag* im Jahr 2002<sup>27</sup> – vor dem Hintergrund eines Geltungskonflikts zwischen staatlicher und völkerrechtlicher Normebene agiert. Dies wird deutlich, wenn man sich die Rechtsgüter des Völkerstrafrechts betrachtet. Dessen Tatbestände schützen vor allem die Menschenrechte der Opfer.<sup>28</sup> Geschützt werde die „objektive Rechtsordnung der Menschenrechte“,<sup>29</sup> weshalb der IStGH seine „Legitimation [...] aus dem Gedanken eines universellen Schutzes der Menschenrechte“<sup>30</sup> beziehe. Menschenrechte stellen aber Normen dar, deren Geltung meist vor- oder überstaatlich gedacht, denen also eine von staatlichen Normen unabhängige Geltung zugeschrieben wird.<sup>31</sup> Denkt man die Rechtsgüter dieses Strafrechts aber *vorstaatlich* oder, wie das Gut des „Weltfriedens“,<sup>32</sup> der von Angriffskriegen bedroht sei,<sup>33</sup> *überstaatlich*, so wird der Geltungskonflikt offenbar, in dem der völkerstrafrechtliche Täter handelt, wenn er in sozial und normativ konformer Weise, etwa auf staatlichen Befehl hin, Menschenrechte verletzt: nämlich ein Konflikt zwischen den Menschenrechten auf der einen Seite und den staatlichen Normen, die deren Verletzung fordern, auf der anderen.<sup>34</sup> In einem solchen Geltungskonflikt handeln die meisten Täter völkerstrafrechtlicher Delikte.

17 Naucke, Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, 1996.

18 Neubacher (Fn. 2), S. 424. Möller (Fn. 3), S. 258.

19 Neubacher (Fn. 2), S. 29 f.

20 Etwa Triffterer, Regierungskriminalität durch Machtmissbrauch, in: Kaiser/Jehle (Hrsg.), Kriminologische Opferforschung, Bd. 1, 1994, S. 137 ff.; Lüderssen, Der Staat geht unter – das Unrecht bleibt. Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR, 1992.

21 Werle (Fn. 6), Rn. 90, „typischerweise“ staatlich. Safferling (Fn. 8), § 4 Rn. 76 spricht von „Beteiligung staatlicher Organe“.

22 Vgl. Welzer, Täter. Wie aus ganz normalen Menschen Massenmörder werden, 2005, S. 247.

23 Zum Begriff des abweichenden Handelns als soziologisch-kriminologische Kategorie vgl. Schellhoss, Abweichendes Verhalten, in: Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss (Hrsg.), Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3. Aufl., 1993, S. 1-5.

24 Werle (Fn. 6), Rn. 90, 539.

25 Jäger, Versuch über Makrokriminalität, StV 1988, 175, und Neubacher (Fn. 2), S. 159.

26 Dazu auch Jäger (Fn. 14), S. 12 f., 23, 47.

27 Der IStGH arbeitet auf der Grundlage des 1998 verabschiedeten Statuts von Rom, wurde nach dessen Inkrafttreten im Juli 2002 errichtet und arbeitet seit März 2003, vgl. Werle (Fn. 6), Rn. 65 f.

28 Vgl. nur Werle (Fn. 7), 810 ff.; ders. (Fn. 6), Rn. 658, 665, 754; Neubacher (Fn. 2), S. 154 ff.; Safferling (Fn. 8), § 4 Rn. 67.

29 Neubacher (Fn. 2), S. 424.

30 Neubacher (Fn. 2), S. 90.

31 Vgl. zu der breiten rechtsphilosophischen Meinung, die die Menschenrechte als moralische, mit universellem Geltungsanspruch ausgestattete Recht begreift, noch unten.

32 Werle (Fn. 6), Rn. 87.

33 Auch von massenhaften Verletzungen der Menschenrechte einer Zivilbevölkerung, vgl. Werle (Fn. 6), Rn. 87.

34 Vgl. auch Möller (Fn. 3), S. 527 f.

b) *Strafzwecke*

Aus diesen Deskriptionen folgt schon, dass die Strafzwecke der Vergeltung und Sühne, der individuellen oder kollektiven Abschreckung und der Resozialisierung weitgehend scheitern: Die nur auf dem Papier und auch nur im internationalen Kontext drohende Völkerstrafe schreckt weder kollektiv noch individuell ab, wo staatliche Strukturen die Täter schützen und wo deren Macht nicht in Frage steht. Selbst wenn man der Täter, sei es außerhalb ihres Staates oder nach dessen Zusammenbruch, irgendwann habhaft wird,<sup>35</sup> dürfte der Strafvollzug nicht resozialisierend wirken können, wo die Täter bestens in ihrer Gesellschaft sozialisiert waren, etwa als Militärs, Ärzte, Juristen oder Staatsbeamte.<sup>36</sup> Insoweit müsste man, wollte man dies gleichwohl vertreten, Resozialisierung neu denken, da entsprechende Programme für Völkermörder gerade nicht auf eine normtreue Anpassung in Gesellschaft gerichtet sein könnten, sondern ein Bewusstsein der Notwendigkeit von Nonkonformität in Situationen erzeugen müssten, in denen staatliche Normen Verbrechen einfordern.<sup>37</sup> Und auch die absoluten Zwecke dürften scheitern, weil eine viel zu große Schuld, etwa eines Völkermordes, an einem Einzelnen nicht vergeltungsfähig ist.<sup>38</sup> Der Gedanke der Schuldvergeltung oder einer die Normverletzung wieder aufhebenden Strafe ist angesichts des Unrechts eines Völkermordes unplausibel.<sup>39</sup> Vielmehr führt ein absolut verstandenes Völkerstrafrecht in Aporien, weil „die Gerechtigkeit ... ohnehin keiner Sanktion fähig“ ist, die „der begangenen Untat gerecht würde“. <sup>40</sup> Ein säkulares Recht wie das Strafrecht der Völkergemeinschaft sollte sich aber keine schon *a priori* unerreichbaren Ziele setzen, wenn es ernst genommen werden und nicht Erwartungen wecken will, die es nur enttäuschen kann.

c) *Positive Generalprävention*

Es bleibt daher als anerkannter Zweck, der hier noch als begründbar und als kompatibel mit den Tathintergründen gilt, der der Positiven Generalprävention.<sup>41</sup> Dieser sieht die Aufgabe des Strafrechts darin, durch Prozess, Urteil und Strafvollzug symbolisch die Fortgeltung der durch die Tat verletzten Norm zu kommunizieren. Dies bekräftigt das Bewusstsein ihrer Geltung, stelle erschüttertes Vertrauen wieder her und bestärke so die normtreue Bevölkerung in ihrem normgemäßen Verhalten.<sup>42</sup> Weil Strafe die Normadressaten also in die sich normgemäß verhaltende Gesellschaft integriere, wird dieser Zweck auch als *In-*

35 Zu den damit zusammenhängenden Problemen vgl. K. Günther, Falscher Friede durch repressives Völkerstrafrecht?, in: Beulke (Hrsg.), Das Dilemma des rechtsstaatlichen Strafrechts, 2009, S. 79 ff.

36 Vgl. auch Safferling (Fn. 8), § 4 Rn. 72.

37 Dass solche „Erziehung zur Mündigkeit“ (vgl. Adorno [Fn. 1]) ausgerechnet inmitten des üblichen Strafvollzugs gelingen kann, scheint zweifelhaft, zumal die Resozialisierungsprogramme sich dann diametral unterscheiden: das innerstaatliche Programm zielt auf normative Anpassung, das überstaatliche Programm dagegen auf die Fähigkeit zu nonkonformem Verhalten.

38 Vgl. dazu Möller (Fn. 3), S. 413 ff., 423 ff.; und Neubacher (Fn. 2), S. 423.

39 Angesichts des überpositiven Geltungsanspruchs der Menschenrechte wenig plausibel ist vor allem der idealistische Ansatz, eine nach dem Maß der Gegenorm formulierte Strafe für den Täter zu fordern, um diesen „als Vernünftiges zu ehren“ (Hegel). Denn die Gegenorm des Täters lautet, dass die Menschenrechte nicht zu achten seien. Der Staat darf aber diese Gegenorm am Täter nicht vollziehen. Die Menschenrechte gelten gerade auch für ihn. Und ein Strafgericht, das einzig dem Schutz von Menschenrechten dient, darf diese – schon um seiner Glaubwürdigkeit willen – nicht selbst verletzen.

40 So Adorno (Fn. 1), S. 282, bereits 1969.

41 Vgl. K. Günther (Fn. 35), S. 88, m.w.N.; Safferling (Fn. 8), § 4 Rn. 72; H. Jäger in: Horstmann/Litzinger, An den Grenzen des Rechts. Gespräche mit Juristen über die Verfolgung von NS-Verbrechen, 2006, S. 61: „Ein solches Verfahren muss bewusstseinsbildend sein.“

42 Vgl. K. Günther, Kritik der Strafe I, Westend, Neue Zeitschrift für Sozialforschung, 2004, 117 ff.

*tegrationsprävention* bezeichnet.<sup>43</sup> Lädt man das *Telos* des Völkerstrafrechts mit diesen Gedanken auf, so kommunizierte es die Fortgeltung der durch die Taten verletzten Menschenrechte, bestärkte dadurch das auf die Geltung dieser Rechte bezogene Normbewusstsein der Weltbevölkerung und stellte ein entsprechendes Geltungsvertrauen – im Erschütterungsfall – wieder her.<sup>44</sup>

Hat man so den Begriff positiver Generalprävention neu bestimmt, kann man es vor dem kriminologischen Hintergrund der Völkerverbrechen hierbei aber nicht belassen: Konsequenter präventiv gedacht muss dieses *Telos* auf mehr hinauswollen als nur auf Bewusstseinsbildung. Denn anders als im nationalen Strafrechtsalltag, in dem es zur Prävention ausreichen mag, wenn die Normbegräftigung die Bürger in ihrer Normtreue bestätigt, reicht dies auf völkerrechtlicher Ebene nicht aus. Vielmehr verändert sich dann, wenn es nicht mehr um das Präventionsziel eines angepassten Verhaltens, sondern um die Verhinderung etwa eines staatlich gelenkten Völkermordes geht, etwas Entscheidendes: Diese Taten können nicht durch passive Legalanpassung, sondern nur durch die Verweigerung von staatlichen Normenbefehlen vermieden werden, aus Sicht des jeweiligen Akteurs also dadurch, dass er gegenüber staatlichen Normen gerade nonkonform handelt. Das bloße individuelle Bewusstsein der universellen Geltung der Menschenrechte rettete also ein Opfer, das getötet werden soll, noch lange nicht. Dieses Bewusstsein und eine darauf gründende Anpassungsbereitschaft könnten noch so stark ausgeprägt sein, sie führten als solche nicht zur Verhütung der geforderten Verbrechen, weil die bloße Legalanpassung an die Normenordnung der Menschenrechte gar nicht mehr möglich ist. Denn diese Ordnung ist in den entsprechenden Momenten staatlicherseits suspendiert.<sup>45</sup>

Die Imperative der Menschenrechte drängen den Akteur also in eine Lage, in der er entscheiden muss, ob er den Imperativen der ihn umgebenden Normenordnung folgt, also Menschenrechte gemäß der an ihn gerichteten Erwartung verletzt, oder ob er sie schützt, indem er den abweichenden normativen Anforderungen widersteht und anders *handelt* als gefordert. Während staatliches Strafrecht abweichendem Verhalten vorbeugen will, fordert Völkerstrafrecht also gerade ein von staatlichen Normen abweichendes Verhalten.

#### aa) *Zivilcourage*

Solcherart abweichendes Verhalten wird typischerweise als „zivilcouragiert“ bezeichnet. In der Literatur zu diesem Begriff werden besonders zwei Aspekte hervorgehoben, die auch hier interessieren. Wette schreibt, dass mit Zivilcourage das „mutige Aufbegehren des Bürgers gegen Unrechtshandlungen und -absichten der Obrigkeit“ gemeint sei.<sup>46</sup> Haffner zufolge gründe Zivilcourage auf dem „Mut zum eigenen Entschluss, zur eigenen Verantwortung“.<sup>47</sup> Der Begriff der *Courage* ruft mithin eine innere Bereitschaft und wohl auch eine gewisse Überzeugung von der Richtigkeit des eigenen Verhaltens auf, während der Begriff des *Zivilen* Ort und Qualität des Mutes formuliert, so dass man Zivilcourage im hier

43 Etwa Müller-Tuckfeld, Integrationsprävention. Studien zu der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts, 1998; zuvor bereits Müller-Dietz (Fn. 4).

44 Der Einwand, dass die Geltung der Menschenrechte mithilfe der Strafe überhaupt erst im Bewusstsein der Weltbevölkerung etabliert werden müsse, weil ein solches noch gar nicht bestehe, so Werle (Fn. 7), 821, widerlegt diesen Gedanken nicht, modifiziert ihn allenfalls.

45 Dies übersieht Tugendhat, Vorlesungen über Ethik, 1993, S. 346, Anm. 5: „das Einzige, wodurch sich vermeiden lässt, dass sich die Verbrechen ... ereignen, ist, dass möglichst viele Menschen an die Menschenrechte glauben bzw. sich moralisch verstehen“. Glaube und Selbstverständnis sind hierfür gerade keine hinreichende, eventuell aber eine notwendige Bedingung.

46 Wette (Hrsg.), Zivilcourage. Empörte, Helfer und Retter aus Wehrmacht, Polizei und SS, 2004, S. 18 ff., 19.

47 Haffner, Geschichte eines Deutschen, Erinnerungen 1914-1933, 2000, S. 41 f.

relevanten Sinn als Mut und Bereitschaft zum bewusst verantworteten abweichenden Verhalten gegenüber staatlichen Vorgaben verstehen kann.<sup>48</sup> Ein Strafzweck *Zivilcourage* will damit auf ein von staatlichen Normen abweichendes Verhalten hinaus, das von Mut zur Verantwortung, einem eigenen Entschluss und – jedenfalls im Idealfall – auch von der Überzeugung von der Richtigkeit des eigenen Handelns getragen wird.

### *bb) Positive Generalprävention und Zivilcourage*

Die Vermittlung von Positiver Generalprävention mit dem Präventionsziel Zivilcourage lässt sich zudem zweifach vertiefen: Wenn die Völkerstrafe nicht nur die universelle Geltung, also die Legalität der Menschenrechte kommunizieren will, sondern auch deren – die überstaatliche Geltung begründende – Legitimität,<sup>49</sup> so stärkte die Völkerstrafe zugleich ein Bewusstsein von der Richtigkeit dieser Normtreue, welches idealiter die Motivation zu abweichendem Handeln lieferte. Zudem fehlt es auf völkerrechtlicher Ebene an einem Weltstaat, dessen Gewalten die Geltung der Menschenrechte durchsetzen könnten. Mit dem IStGH existiert zwar ein durch die Völkergemeinschaft implementiertes Gericht, dessen Verfahren die Normgeltung kommunizieren kann, dieses kann aber – anders als ein staatliches Gericht – nicht das Vertrauen der Normadressaten darin bestärken, dass ihre Rechte *durch staatliche Institutionen* geschützt werden, von denen das Gericht nur eine von vielen wäre. Völkerstrafrecht kann also weniger Vertrauen in *staatlich* gewährleistete Normdurchsetzung stärken, sondern muss in erster Linie die im Zweifel existenzielle Notwendigkeit weltbürgerlicher Selbsthilfe gegen staatliche Strukturen kommunizieren. Es muss daher das Selbstvertrauen der Weltbürger in die im Zweifel nur reziprok durch sie selbst gewährleistete Normgeltung erzeugen. Die symbolisch kommunizierte Geltung der Menschenrechte wirkte also nur dann präventiv, wenn sie praktische Konsequenzen zeitigte: nämlich zivilcouragierte Verhaltensweisen in Geltungskonflikten mit staatlichen Ordnungen.<sup>50</sup>

## *III. Handlungsspielräume und Tätertypen*

Es fragt sich nun, ob ein solcher Zweck nicht zu idealistisch konzipiert und auf ein empirisch überhaupt mögliches Verhalten gerichtet ist. Dies könnte an der völligen normativen Unansprechbarkeit potentieller Täter oder daran scheitern, dass es in den genannten Tatsituationen an zumutbar zu nutzenden Spielräumen zum abweichenden Verhalten fehlt. Eine Antwort hierauf kann bislang nicht völlig zweifelsfrei gegeben werden. Es fehlt dazu an ausreichender, vor allem auch

48 Der Mut zur *eigenen Verantwortung* benennt gerade die Kehrseite der persönlichen Verantwortung des Einzelnen, die ihm später, wenn er strafrechtlich abgeurteilt wird, im Rahmen des Schuldvorwurfs zugeschrieben wird, wenn es heißt, er sei kein austauschbares Rädchen im Getriebe eines Makroverbrechens gewesen, sondern trage als eigenverantwortlicher Akteur für seine Handlungen volle Verantwortung und hätte anders handeln müssen als getan. Von H. Arendt stammt insofern die Formulierung, die Prozesse hätten die Aufgabe, „alle Räder und Rädchen im Getriebe vor Gericht ... wieder in Täter, also in Menschen zurück[zuverwandeln]“. Vgl. dies., Eichmann in Jerusalem. Ein Bericht von der Banalität des Bösen, 2009, (erstmalig 1964), S. 58 f.

49 Etwa internationaler Konsens und universelle Anerkennung, auf der ihre überpositive Geltung gründen soll; vgl. dazu Gosepath/Lohmann (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte, 1998, und Brunkhorst/Köhler/Lutz-Bachmann (Hrsg.), Recht auf Menschenrechte, 1999.

50 Daraus folgt, dass hier nicht mehr von Integrationsprävention, sondern von *Desintegrationsprävention* gesprochen werden muss: geht es völkerrechtlicher Strafe ja darum, dass sich Akteure nicht mehr in staatlich organisierte Kriminalität integrieren, sondern diesbezüglich gerade desintegrativ, ‚zersetzend‘, tätig werden.

internationaler Forschung.<sup>51</sup> Mit Blick auf die Handlungsspielräume von „ganz gewöhnlichen“ Makrokriminellen ist bisher nur der Holocaust erforscht worden. Hierzu haben Jäger<sup>52</sup> und, lange nach ihm, *Daniel Goldhagen*<sup>53</sup> und *Christopher Browning*<sup>54</sup> Studien vorgelegt. Anderweitige Forschung hierzu fehlt. Um die Frage zu beantworten, welche Handlungsspielräume für unterschiedlichste Völkerverbrecher der vergangenen Jahrzehnte jeweils bestanden haben und warum sie diese, wenn bestehend, nicht nutzten, muss man daher gegenwärtig noch die Forschung sichten, die zum Holocaust vorliegt.<sup>55</sup>

#### a) Spielräume für abweichendes Handeln

Und diese hat bislang durchaus Verallgemeinerungsfähiges zutage gebracht. Vor allem entspringt ihr eine inzwischen gesicherte Erkenntnis, bei deren Formulierung das Strafrecht als Schuldstrafrecht maßgeblich beteiligt war: nämlich die, dass die Taten meist aus einer zwar mehr oder weniger beschränkten, aber nie ganz aufgehobenen Freiheit heraus begangen wurden, die große Zahl der Täter also angepasst *und* freiwillig handelte. Für die Schuldfeststellung ist dies zentral, weil zumindest der herrschende normative Schuldbegriff davon ausgeht, dass Schuld auf der Freiheit gründet, sich bewusst für die Tatbegehung entschieden zu haben, was voraussetzt, dass zumutbare Alternativen zwar bestanden, aber nicht genutzt wurden.<sup>56</sup>

In der bisherigen Forschung zum Holocaust ist dies in Zweifel gezogen worden: (1) Zum einen wurde mit Blick auf gruppendynamische Prozesse erörtert, ob diese die Verantwortlichkeit des Täters gemindert haben könnten, was strafrechtlich schuldausschließend oder -mindernd (im deutschen Strafrecht gemäß den §§ 20, 21 StGB) wirken könnte.<sup>57</sup> (2) Zudem wurde problematisiert, ob den Tätern, die meist ideologisch geschult oder sozialisiert waren, bei ihren Handlungen nicht die Einsicht fehlte, Unrecht zu tun<sup>58</sup> (vgl. § 17 StGB), ob also, wie *Arendt* formulierte, der totalitäre Täter nicht möglicherweise „unter Bedingungen [handelt], die es ihm beinahe unmöglich machen, sich seiner Untaten bewusst zu werden“.<sup>59</sup> (3) Und schließlich wurde gefragt, ob die Verbrechensbegehung nicht im großen Stil erzwungen wurde, was bedeutete, dass der Täter in einem

51 Vgl. Neubacher (Fn. 2), S. 159; Jäger (Fn. 41), S. 59; Möller (Fn. 3), S. 237; Safferling (Fn. 8), § 4 Rn. 76, 78.

52 Jäger, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, 1982 (erstmalig 1967). Vgl. auch Jäger (Fn. 41), S. 59: „Ich denke, was 1982 galt, gilt noch heute. ... Der einzige Autor, der in einem zentralen Punkt in ähnliche Richtung gearbeitet hat, war Goldhagen“.

53 Goldhagen, Hitlers willige Vollstrecker. Ganz normale Deutsche und der Holocaust, 1996.

54 Browning, Ganz normale Männer. Das Reserve-Polizeibataillon 101 und die „Endlösung“ in Polen, 4. Aufl. 2007.

55 Neubacher glaubt, dass die hier gewonnenen Erkenntnisse gleichsam eine Art Matrix von Völkerverbrechen beschreiben, vgl. ders. (Fn. 2), S. 236 f. Ähnlich Möller (Fn. 3), S. 237, wonach Völkerverbrechen alle „kriminalitätsstrukturell ähnlich“ seien. Und schließlich will auch Jäger seine zum NS-Unrecht gewonnenen Erkenntnisse als „Verbrechen unter totalitärer Herrschaft“ verallgemeinern, vgl. ders. (Fn. 52), S. 47.

56 Vgl. etwa Safferling (Fn. 8), § 5 Rn. 7; Neubacher (Fn. 2), S. 433: „Der herkömmliche Schuldbegriff operiert mit der Vorhaltung des Anders-Handeln-Könnens.“ Zu diesem streitigen Schuldbegriff im deutschen Strafrecht vgl. Roxin, Strafrecht AT, Bd. I, S. 721 ff., 732 f. Zu der von diesem Streit unberührten Diskussion um die Schuld im Völkerstrafrecht vgl. Werle (Fn. 6), Rn. 539 ff.; Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze zu einer Dogmatisierung, 2002, S. 125, 362 ff., 525 ff.

57 Vgl. dazu vor allem Jäger (Fn. 14), S. 151 ff., 173 ff.

58 Vgl. Jäger (Fn. 52), S. 183 ff.

59 Arendt (Fn. 48), S. 400 f.

entschuldigenden Befehls- oder Nötigungsnotstand (vgl. § 35 StGB)<sup>60</sup> gehandelt haben könnte.<sup>61</sup> Dies gilt inzwischen jedoch als bloßer „Mythos“.<sup>62</sup>

(1) Zu der heute kaum noch diskutierten Frage der Gruppeneinflüsse sei unterstrichen, dass, so Jäger, ein Schuld unterstellendes Strafrecht zweifellos fiktiv arbeitete, wenn die Gruppenforschung eindeutige Belege für die völlige Fremdsteuerung in kollektiven Ausnahmesituationen vorlegen könnte; dies sei aber nicht der Fall.<sup>63</sup> Insofern sei hier auch auf die neueren Beiträge von Neubacher<sup>64</sup> und Werle<sup>65</sup> verwiesen, die Derartiges ebenfalls nicht behaupten.<sup>66</sup> Das heißt zwar nicht, dass die zweifellos wirksame Gruppendynamik bei der Begehung der Verbrechen für die hier behandelte Frage irrelevant wäre. Im Gegenteil zielte die Forderung des Strafrechts nach abweichendem Verhalten gerade auf Devianz in Situationen, in denen diese gegenüber Angehörigen derselben potentiellen Tätergruppe erfolgen müsste. Genau dieser Mechanismus, dass Anpassung an verbrecherisches Handeln Dritter und Unterordnung unter Befehle aus Konformitätsdruck erfolgen, soll aber durch das Strafrecht angegriffen werden; und ein Strafrecht, das diese stets wiederkehrenden Mechanismen der Tatbegehung, denen es vorbeugen will, zugleich entschuldigend wirken lassen wollte, höbe sich selbst auf.

(2) Auch dem Aspekt des fehlenden Unrechtsbewusstseins muss ähnlich begegnet werden. Die Gerichte haben die Problematik des mitunter schwer feststellbaren Unrechtsbewusstseins in den wenigsten Fällen so gelöst, dass ein Täter von der Verantwortung für seine Tat vollständig entlastet wurde.<sup>67</sup> Hier seien stets die einzelnen Fälle genauer zu betrachten.<sup>68</sup> Jäger kam in seiner Studie daher zu dem Ergebnis, dass den Tätern das „Unrechtsbewusstsein jedenfalls nicht in einem epochalen Sinn gefehlt“, <sup>69</sup> es dieses vielmehr auch „im Bereich der totalitären Kriminalität gegeben“ habe.<sup>70</sup> Die Anerkennung eines entsprechenden Schuld-ausschlusses wäre aber ebenso widersinnig wie die entschuldigende Bewertung von Gruppeneinflüssen. Denn ein Strafrecht, das primär ein Bewusstsein der universellen Geltung der Menschenrechte gegenüber staatlichen Direktiven schaffen will, kann nicht zugleich entschuldigend anerkennen, dass dieses Be-

60 Noch zu § 54 a.F. StGB (heute § 35 StGB), zu dem die meisten Urteile zu NS-Tätern ergingen. Vgl. die Urteilsnachweise bei Jäger (Fn. 52), S. 83 ff.

61 Untersucht von Jäger (Fn. 52), S. 83 ff.

62 Neubacher (Fn. 2), S. 229; Jäger (Fn. 52), S. 81; Welzer (Fn. 22), S. 86.

63 Jäger (Fn. 14), S. 177. Rückert unterstreicht 1982 in seinem Nachwort zur Neuauflage von Jäger (Fn. 52), S. 391 ff., 393, die Ergebnisse hätten „nicht nur in vollem Umfange ihre Bestätigung gefunden; sie wurden vielmehr in manchen Punkten noch weiter untermauert“. Ähnlich Goldhagen, der sich auf Jäger bezieht, vgl. ders. (Fn. 53), S. 559 f., und die bislang genannten Autoren, die keines der Ergebnisse Jägers in Zweifel ziehen.

64 Ders. (Fn. 2), insbes. S. 222 ff., aber auch S. 215 ff., 240 ff., 430 f. Ihm zufolge könne der Konformitätsdruck insoweit berücksichtigt werden, als das Maß der Schuld herabgesetzt sei, S. 433.

65 Ders. (Fn. 6), Rn. 539 ff., 555 ff., der gruppenspezifische Prozesse nicht erwähnt.

66 Auch der insoweit viel versprechend klingende Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts von Ambos äußert sich hierzu nur knapp, S. 526 ff., 536 ff. und teilt Jägers Ansichten.

67 Vgl. Jäger (Fn. 52), S. 183 ff.; Neubacher (Fn. 2), S. 230 ff. Auch in den Fällen der sog. Mauerschützen gestanden die Gerichte zwar meist einen Verbotsirrtum (§ 17 StGB) zu, z.B. bei NVA-Soldaten, die auf Befehl schossen, indes galt dieser fast immer als vermeidbar. Vgl. Roggemann, Systemunrecht und Strafrecht am Beispiel der Mauerschützen in der ehemaligen DDR, 1993, S. 94 ff., 99 f. (Fall Gueffroy), S. 122, 154 (Fall Schmidt).

68 Vgl. Jäger (Fn. 52), S. 324, 325.

69 Jäger (Fn. 52), S. 164. Man müsse aber auch „mit einer Tätergruppe rechnen, bei der jegliches Wertebewusstsein ausschließlich durch seine Übereinstimmung mit der äußeren Autorität bestimmt war und die daher nur zu einer Form pseudomoralischen Unterordnungsverhalten gelangte“. Dies sei eine „Täterkategorie, für die kollektive Eingliederung und Unterwerfung unter äußere Verhaltenserwartungen die „einzige Moral“ war“, S. 164, 165. Dies zeigt eine gewisse Paradoxie des Völkerstrafrechts auf, das – wie auch das nationale Strafrecht – mit dem Begriff von Unrechtsbewusstsein normative Anforderungen generiert, denen die empirischen Subjekte nicht immer gerecht werden können.

70 Jäger (Fn. 52), S. 324.

wusstsein durch Einflüsse derselben staatlichen Struktur geschwächt oder gar aufgehoben worden sei. Hierdurch führte es sich selbst *ad absurdum*.<sup>71</sup>

(3) Zum Mythos des Zwanges sei auf die inzwischen einhellige Erkenntnis verwiesen, dass in der gerichtlichen Aufarbeitung des NS-Unrechts und auch sonst kein Fall bekannt ist, in dem ein Gericht einem Täter einen entschuldigenden Notstand zubilligte, weil dieser mit erheblichen Sanktionen hätte rechnen müssen.<sup>72</sup> Im Gegenteil werden immer wieder, etwa bei Jäger, Browning und Neubacher,<sup>73</sup> zahlreiche Beispiele aufgezählt, in denen sich Personen der Ausführung von Befehlen verweigerten, ohne dass diese sich entsprechenden Gefahren ausgesetzt hätten.<sup>74</sup> Die Nachteile, die den Befehlsverweigerern drohten, lassen sich, so sämtliche Forschungen, reduzieren auf (Front-)Versetzungen, Rügen und Degradierungen,<sup>75</sup> wenn überhaupt Sanktionen erfolgten.<sup>76</sup>

### b) Verhaltenserwartungen

Aus den genannten Fällen extrahierte die Rechtsprechung dann vergleichsweise konkrete Verhaltenserwartungen und auch konkretes alternatives Verhalten, das in den jeweiligen Situationen möglich gewesen wäre, um Verbrechen zu vermeiden. Die jedenfalls von der Rechtsprechung zum NS-Unrecht thematisierten alternativen Handlungsoptionen hat Jäger wie folgt zusammengefasst:<sup>77</sup>

*„Die Verhaltensalternativen, die ... erwogen wurden, ... reichen von offener Weigerung, sachlichen Gegenvorstellungen, Rückfragen und Flucht über Simulation, Bemühen um einen Sonderauftrag, stillschweigende Nichtausführungen von Befehlen, Verzögerung von Aktionen und Fluchthilfe bis hin zu Ablösungsgesuchen, Einwänden gegen die fortgesetzte Heranziehung zu Exekutionen, Einspruch bei vorgesetzten Dienststellen und dem Versuch, Unterstützung bei der Zivilverwaltung zu finden, die der Judenvernichtung zum Teil ablehnend gegenüberstand.“<sup>78</sup>*

Auch Hans Buchheim ging schon einige Jahre vor Jäger diesen Fragen nach und unterschied aus den von ihm gewonnenen Forschungsergebnissen drei Modalitäten möglicher Befehlsverweigerung oder -umgehung. Zum einen seien diese möglich gewesen durch das „Eingeständnis, den gestellten Aufgaben subjektiv, d.h. vor allem körperlich und seelisch nicht gewachsen zu sein, ohne jedoch ihre Berechtigung objektiv in Frage zu stellen“.<sup>79</sup> Zum zweiten durch sachliche Einwände gegen Aktionen, ohne deren Legitimität grundsätzlich in Zweifel zu ziehen,<sup>80</sup> und zum Dritten aufgrund diverser anderer Möglichkeiten, sich den Befehlen stillschweigend zu entziehen, d.h. sich zu drücken<sup>81</sup> – was auch bei Browning deutlich wird<sup>82</sup> – oder sich in einer anderen Funktion unentbehrlich zu ma-

71 Jäger (Fn. 52), S. 183 f.

72 Jäger (Fn. 52), S. 94 ff.; Rückert (Fn. 63), S. 397; Neubacher (Fn. 2), S. 431.

73 Neubacher (Fn. 2), S. 227 f., m.w.N., insbesondere auf Schreiber, Deutsche Kriegsverbrechen in Italien. Täter, Opfer, Strafverfolgung, 1996, S. 48, m.w.N.

74 Vereinzelt anerkannt wurden indes Putativnotstände, also eingebildete Notstandslagen, bei denen Täter irrtümlich von Gefahren ausgingen, die tatsächlich nicht bestanden. Vgl. dazu wiederum Jäger (Fn. 52), S. 92 f.

75 Vgl. m.w.N. Neubacher (Fn. 2), S. 227 f., 228.

76 Dass dies vielfach auch nicht der Fall war, insbesondere bei Massenerschießungen, zeigt die Studie von Browning (Fn. 54).

77 Jäger (Fn. 52), S. 85 ff., 94 ff.

78 Jäger (Fn. 52), S. 85 f. mit Hinweisen zur Rechtsprechung.

79 Buchheim, Totalitäre Herrschaft. Wesen und Merkmale, 1962, S. 352.

80 Buchheim (Fn. 79), S. 353.

81 Buchheim (Fn. 79), S. 360.

82 Browning (Fn. 54), S. 86 ff., insbes. 94 f., 98 f., 224.

chen.<sup>83</sup> Diese Handlungsbeispiele, die *Buchheim* „die Opposition des Ja – aber“<sup>84</sup> nannte, machen deutlich, dass es bei dem, was das Völkerstrafrecht präventiv verlangt, durchaus nicht um ausdrückliche Befehlsverweigerung gehen muss, schon gar nicht um aktiven Widerstand, sondern „dass den rechtlichen Anforderungen jede auch noch so unheroische Befehlsumgehung genügt haben würde“, wie es *Jäger* formulierte.<sup>85</sup> Es orientiert sich also mit „seinem Schuldvorwurf ... nicht an Heroen“,<sup>86</sup> sondern fordert ein ethisches Minimum des Nichtmitmachens im Sinne möglichst effektiver Vermeidungsstrategien.<sup>87</sup>

### c) Normative Ansprechbarkeit – Motive und Einstellungen

Wenn also in den meisten Tatsituationen des Völkerstrafrechts individuelle Handlungsspielräume bestehen, um sich den Verbrechen zu entziehen, und wenn sich ein, eventuell auch beschränktes, Unrechtsbewusstsein regelmäßig einstellen lässt, weil dieses selbst durch totalitäre Indoktrination nicht vollständig neutralisiert werden kann<sup>88</sup> und weil weder Gruppendynamik noch totalitäre Befehlslagen die Handlungs- und Steuerungsfreiheit entscheidend einschränken, dann stellt sich die für das Problem der normativen Ansprechbarkeit entscheidende Frage, was die Täter dann dazu bewogen hat, sich an die verbrecherischen Erwartungen angepasst und sich nicht „der Peinlichkeit nonkonformen Verhaltens“ ausgesetzt zu haben.<sup>89</sup>

Sieht man hier von den möglicherweise pathologisch strukturierten sadistischen Exzess- und/oder Überzeugungstätern einmal ab,<sup>90</sup> so hat man es, wie es jedenfalls sämtliche neuere Forschungen nahe legen,<sup>91</sup> in der Regel aller Völkerverbrechen mit „ganz normalen“<sup>92</sup> Menschen zu tun; mit, so *Welzer*, „ganz gewöhnlichen Menschen, aus ganz normalen Familien“, die sich „hinsichtlich ihrer Sozialisations- und Herkunftsmerkmale, ihrer Religions- und Schichtzugehörigkeit, ihres Alters, Geschlechts etc. in keiner Weise von der Gesamtbevölkerung“ unterscheiden.<sup>93</sup> Und man kann nun – dialektisch – diese „Normalität“ ihrerseits auf pathologische Strukturen hin abklopfen, wie es *Adorno* getan

83 Buchheim (Fn. 79), S. 360. Dass auch in so genannten totalitären Verbrechenszusammenhängen Spielräume zum abweichenden Handeln bestehen, wird durch die Forschungen der Organisationssoziologie unterstrichen. Vgl. Neubacher (Fn. 2), S. 230, m.w.N.

84 Buchheim (Fn. 79), S. 353.

85 Jäger (Fn. 52), S. 87, m.w.N. zur Rechtsprechung, S. 85, Anm. 17.

86 Neubacher (Fn. 2), S. 433.

87 Gesteigerte Ansprüche könnten erhoben werden, wenn Verschulden feststellbar wäre, sich selbst in eine Lage gebracht zu haben, in der man mit verbrecherischen Befehlen hätte rechnen müssen. Vgl. dazu Jäger (Fn. 52), S. 87 f. m.w.N.

88 In aller Regel findet sich bei den Tätern ein durch vergleichsweise „normale“ Sozialisationsprozesse in die elementaren moralischen Prinzipien von „Gut und Böse“ oder „Recht und Unrecht“ eingeübtes Bewusstsein.

89 Neubacher (Fn. 2), S. 431. Browning (Fn. 54), S. 241, spricht von der Unfähigkeit, „offen nonkonformes Verhalten“ zu zeigen.

90 Zu der Kategorie des Exzess-Täters vgl. die Studie Jägers (Fn. 52), S. 77, der die Anzahl dieser Täter auf ca. 20 % schätzt. Die Schätzung ruht auf den von ihm ausgewerteten Urteilen der Jahre 1958–1963.

91 Und wie es schon früh (1961) von Hilberg vertreten wurde, vgl. ders., *The Destruction of the European Jews*, dt. Ausgabe: *Die Vernichtung der europäischen Juden*. Die Gesamtgeschichte des Holocaust, 1982.

92 Normalität der Täter betonen Browning und Goldhagen in ihren Titeln gleichermaßen. Vgl. auch Neubacher (Fn. 2), S. 239; Welzer (Fn. 22), S. 42 f.; einen Überblick über Ansätze der Interpretation liefert G. Paul, *Von Psychopathen, Technokraten des Terrors und ‚ganz gewöhnlichen‘ Deutschen*. Die Täter der Shoah im Spiegel der Forschung, in: G. Paul (Hrsg.), *Die Täter der Shoah. Fanatische Nationalsozialisten oder ganz normale Deutsche?*, 2002, S. 13 ff.

93 Welzer (Fn. 22), S. 42, 43.

hat,<sup>94</sup> der zu dem Ergebnis kam, dass die Verbrechensursache vor allem in der Bereitschaft zur willfähigen Anpassung zu suchen sei. Denn die massenhaft anzutreffenden „normalen“ Tätertypen seien als „autoritätsgebundene“ Charaktere definiert durch ein Denken in „den Dimensionen Macht – Ohnmacht“, durch „Starrheit und Reaktionsunfähigkeit, Konventionalismus, Konformismus, mangelnde Selbstbesinnung, ... mangelnde Fähigkeit zur Erfahrung“, und sie verfügten „nur über ein schwaches Ich“.<sup>95</sup> Präventiv sei daher über diese subjektiven Dispositionen aufzuklären und das Selbstbewusstsein der Subjekte zu stärken.<sup>96</sup> Man kann aber auch, wie die neuere Forschung, von einer dispositionellen, die Täter pathologisierenden Perspektive Abstand nehmen, um primär Handlungssituationen zu analysieren.<sup>97</sup> Selbst dann lassen sich aber, etwa in den Arbeiten *Jägers*, *Brownings*, *Neubachers*, *Welzers* und *Möllers*, ganz ähnliche Beschreibungen der Einstellungen und Beweggründe der Täter finden: Autoritätsgläubigkeit und blinder Gehorsam, Gruppendruck (z.B. Angst vor einem Außenseiterstatus; Angst davor, „unangenehm“ aufzufallen, andere „im Stich“ zu lassen oder anderen „die Drecksarbeit“ zu überlassen), Opportunismus, Karrieredenken, Angst vor nur leichteren Schwierigkeiten und beruflichen Nachteilen, völlige Gedankenlosigkeit, schlichte Bequemlichkeit,<sup>98</sup> Gleichgültigkeit und – oft relevant – die Umbewertung des eigenen Verhaltens in ein Ehrenhaftes oder nicht Verantwortliches, so genanntes Neutralisieren.<sup>99</sup> Daher muss man diesen Streit hier nicht entscheiden,<sup>100</sup> indes festhalten, dass weder die Ergebnisse *Adornos* noch die der genannten Forschung und auch nicht die der Laborstudien *Milgrams* und anderer<sup>101</sup> den Eindruck vermitteln, als seien die Täter für die Zumutungen abweichenden Handelns schon grundsätzlich unansprechbar. Und ob man nun Prävention primär personell oder primär situativ versteht, ist für den hier erörterten Strafzweck gleich, da diese ja immer *auch* auf einen potentiellen Täter zielt, der in der Lage sein müsste, das Unrecht des Geforderten zu erkennen,<sup>102</sup> fähig, Spielräume zu alternativem Handeln auszuloten, und Willens, sich der „Peinlichkeit des nonkonformen Verhaltens“ auszusetzen. Und selbst wenn dessen Handeln dann nicht auf Überzeugung beruhte, also nicht intrinsisch ehrenhaft wäre, so wäre es doch unabhängig von seinem Motiv ein Handeln, das auf der Entscheidung beruhte, den Erwartungen einer staatlichen Ordnung zu

94 Adorno, Was bedeutet: Aufarbeitung der Vergangenheit, in: Adorno, GS Bd. 10/2, Kulturkritik und Gesellschaft II, S. 555, 571. Vgl. auch dessen Wendungen, wonach „die zeitgemäße Krankheit gerade im Normalen“ bestehe oder „auf dem Grunde der herrschenden Gesundheit ... der Tod“ liege, ders., *Minima Moralia*, Aphorismus 36. Die Gesundheit zum Tode, 1964 (1944), S. 69, 70.

95 Adorno (Fn. 94), Was bedeutet: Aufarbeitung der Vergangenheit, S. 561, 562.

96 Adorno (Fn. 95), S. 555, 571. Vieles des dort Ausgeführten lässt sich auf die umstrittenen Studies in the Authoritarian Personality, in: Adorno, GS Bd. 9.1, Soziologische Schriften II, S. 143 ff., zurückführen. Ablehnend dazu etwa Welzer (Fn. 22), S. 43.

97 Ausdrücklich etwa Neubacher (Fn. 2), S. 239.

98 Für Fritz Bauer waren die Täter motiviert durch „Machthunger, ... Lust am Fortkommen und ... Karriere“ und töteten sogar aus bloßer „Bequemlichkeit“. Bauer, Im Namen des Volkes. Die strafrechtliche Bewältigung der Vergangenheit, in: Die Humanität der Rechtsordnung. Ausgewählte Schriften, hrsg. v. Joachim Perels und Irmtrud Wojak, 1998, S. 77 ff., 83.

99 Vgl. dazu nur Jäger (Fn. 14), S. 191 ff., Neubacher (Fn. 2), S. 231 f., bes. S. 251 ff.

100 Der Streit zwischen dispositioneller und situativer Deutung der Taten ist leider geführt worden, vgl. bei Welzer (Fn. 22), S. 43 m.w.N.; Lüderssen, Der Auschwitz-Prozess – Geschichte und Gegenwart, in: Jung (Hrsg.), Festschrift für Egon Müller, 2008, S. 423 ff. zum teilweise ähnlich motivierten Streit um die Goldhagen-Rezeption.

101 Milgram, Das Milgram-Experiment. Zur Gehorsamsbereitschaft gegenüber Autorität (1974), 1997; dazu Neubacher (Fn. 2), S. 216 ff., m.w.N. Zu ähnlichen Experimenten Neubacher (Fn. 2), S. 216 ff.; Welzer (Fn. 22), S. 108 ff.

102 Arendt (Fn. 48), S. 64: „Was wir in diesen Prozessen fordern, ist, daß die Menschen auch dann noch Recht von Unrecht zu unterscheiden fähig sind, wenn sie wirklich auf nichts anderes mehr zurückgreifen können als auf das eigene Urteil, das zudem unter solchen Umständen in schreiendem Gegensatz zu dem steht, was sie für die einhellige Meinung ihrer gesamten Umgebung halten müssen.“

widerstehen. Insofern wäre es also selbst dann, wenn es, eine abschreckende Wirkung der Strafe unterstellt, tatsächlich auch auf Angst beruhte, immer noch ein zivil couragiertes.<sup>103</sup>

#### IV. Diskussion über Zivilcourage und (Straf-)Recht

##### a) Diskussion in Deutschland

Ob man das Völkerstrafrecht mit einer solchen Zielrichtung versehen könnte, ist bislang nicht diskutiert worden. Man findet Hinweise darauf, dass die Prozesse insoweit eine Funktion haben, bei *Fritz Bauer*. Er plädierte im Zuge von Verfahren gegen NS-Täter vehement dafür, dass diese Zivilcourage zu lehren hätten, weil es Sache des einzelnen Bürgers sei, sich den von ihm geforderten Handlungen zu entziehen. Ihm zufolge würde hier vermittelt, dass künftig „Bereitschaft zum eindeutigen Nein gegenüber staatlichem Unrecht“ geboten sei, dass Menschen auf private und familiäre Vorteile verzichten und auch zu persönlichen Opfern bereit sein müssten, wenn „von ihnen gefordert wird, Böses zu tun oder zu tolerieren ... Die Zivilcourage besteht darin, einem bösen Staat zu widerstehen.“<sup>104</sup> Den Prozessen gehe es „um die Zivilcourage im eigenen Volk“.<sup>105</sup> Und, so *Bauer*, man habe „völlig übersehen, dass ... Zivilcourage ... verlangt wird ..., dass es ehrenhaft ist, dass es Pflicht ist, auch in seinem eigenen Staat für das Recht zu sorgen. Deswegen ist es das A und O dieser Prozesse zu sagen: Ihr hättet Nein sagen müssen.“<sup>106</sup> Vor diesem Hintergrund wirkt es erstaunlich, dass er diese Forderungen nie mit Strafzweckgedanken verbunden hat. Verständlich wird dies angesichts der seinerzeit geführten Zweckdiskussion, die den Begriff positiver Generalprävention noch gar nicht kannte und noch stark metaphysisch geprägt war. Zudem war damals auch, den Nürnberger Prozessen zum Trotz, an ein institutionalisiertes Völkerstrafrecht noch nicht zu denken.<sup>107</sup>

Daher ist die Arbeit von *Christina Möller*<sup>108</sup> bislang die einzige im deutschen Schrifttum, die sich zu einem Strafzweck „Zivilcourage“ geäußert hat. Ihr zufolge könne die präventive Wirkung der Strafe aber „realistischerweise“ nicht hierauf gerichtet sein, auch wenn dies wünschenswert sei.<sup>109</sup> Sie erhoffe sich, ähnlich dem, was oben zum Geltungskonflikt skizziert wurde, dass das Völkerstrafrecht eine „zusätzliche Wertungsebene“ einführe, die, wie auch die nationale Wertungsebene, „deutliche Konformitätserwartungen“ formuliere, weswegen der „konformitätsorientierte Mensch, der für Kollektivverbrechen besonders anfällig sei, in einen Gewissenskonflikt“ gestürzt werde. Dies könne den potentiellen Täter „sensibilisieren und zum kritischen Nachdenken anregen“, was wiederum „den Kollektivzusammenhang“, der das makrokriminelle Unrecht begehe, „entweder in seiner Entstehung hindern oder zumindest in seiner ... Stärke schwächen“

103 Insofern hat Wolfgang Naucke (mündlich) angeregt, zwischen einem äußeren und inneren Tatbestand von Zivilcourage zu trennen und die Erfüllung des äußeren Tatbestands als Strafziel ausreichen zu lassen. Dies macht vor allem dann Sinn, wenn man zum Begriff der Zivilcourage auch eine Überzeugung von der Richtigkeit des eigenen Handelns rechnete und verlangte, dass das abweichende Verhalten nur hierdurch motiviert sei.

104 Bauer (Fn. 98), S. 77 ff., S. 90. Vgl. dazu auch Renz, Fritz Bauer zum Zweck der NS-Prozesse. Eine Rekonstruktion, in: Einsicht 07, Bulletin des Fritz Bauer Instituts, Frühjahr 2012, S. 40 ff.

105 Bauer in einem Interview mit dem NDR 1963, abgedruckt in: Bauer (Fn. 98), S. 101 ff., 115 f.

106 Bauer (Fn. 105), S. 113 f.

107 Insofern war Bauers Bemühen um die spezialpräventive Ausrichtung der Strafe das damals noch Neue, wobei er diese so begriff, dass die Täter zur Einsicht in das begangene Unrecht zu bringen seien. Vgl. Renz (Fn. 104) und Lüderssen (Fn. 100), S. 423 ff.

108 Möller (Fn. 3), S. 413 ff.

109 Möller (Fn. 3), S. 528.

könne.<sup>110</sup> Damit formuliert Möller aber präventive Ziele ausdrücklich nur für einen gesellschaftlichen Bereich, der der konkreten Tatsituation vorgelagert ist, und schreibt dem Völkerstrafrecht nur die Wirkung einer „edukative[n] Systemprävention“<sup>111</sup> zu. Sie geht aber den bereits absolvierten Schritt in die konkrete „Spannungssituation“ nicht bis zu dem Ende, an dem von einem einzelnen Akteur auch eine Entscheidung zum Handeln gefordert ist. Damit blendet sie aber aus, was die Urteilsprüche des Völkerstrafrechts sämtlich performativ kommunizieren: nämlich die Forderung, die Verbrechen nicht zu begehen. Offensichtlich tut Möller das, weil dies für sie, wie sie – leider ohne Begründung – schreibt, „realistischerweise“ nicht zu erwarten sei,<sup>112</sup> obgleich diese Forderung alles andere als realitätsfern ist. Mit einer solchen Einschätzung ist das Völkerstrafrecht auch in dem Prozess der Schuldfeststellung nicht konsequent beim Wort genommen. Vielmehr muss Möller die Frage beantworten, auf welcher Basis sie den Tätern Schuld zuschreiben möchte, wenn von diesen ein anderes als ein verbrecherisches Handeln „realistischerweise“ nicht erwartet werden kann.

Auch nach einem Strafzweck „Zivildourage“ klingen Andeutungen Bernhard Schlinks<sup>113</sup> und Christoph Schaeffgens.<sup>114</sup> Schlink formuliert, dass eine postmakrokriminelle Gesellschaft, die etwa einer Diktatur nachfolge, schon um ihrer Glaubwürdigkeit Willen die Täter bestrafen und rechtlich verhindern müsse, dass diese ihre Positionen behalten und ihre Karrieren weiter verfolgen. Der Zweck rechtlicher Sanktionen und besonders der Zweck der Strafe sei hier die präventive Bestärkung der Bürgertugenden.<sup>115</sup> Christoph Schaeffgen schreibt, dass „die Zivildourage, die Fritz Bauer schon zur Prävention von totalitären Regimen forderte, durch eine im Völkerstrafrecht stärker zum Ausdruck zu bringende Ächtung der in einer Diktatur entwickelten Mechanismen zur Unterdrückung von demokratie- und menschenrechtsfreundlichen Bestrebungen unterfüttert werden [müsse]“,<sup>116</sup> wenn sie nicht frommer Wunsch bleiben solle. Weder Schlink noch Schaeffgen erläutern aber, inwiefern dies Zweck eines Strafprozesses sein könnte.<sup>117</sup>

### b) Strafrecht und „republican virtue“

Eine mit diesen Gedanken verwandte Diskussion, wonach Strafrecht Bürgertugenden (*republican virtue*)<sup>118</sup> stärken solle, findet sich im angelsächsischen

110 Möller (Fn. 3), S. 527.

111 Möller (Fn. 3), S. 526.

112 Möller (Fn. 3), S. 528.

113 Schlink, Die Bewältigung von Vergangenheit durch Recht, in: König/Kohlstruck/Wöll (Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung am Ende des zwanzigsten Jahrhunderts, 1998, S. 437.

114 Schaeffgen, Vergangenheitsbewältigung durch die Justiz, 1996, S. 36. Schaeffgen bezieht sich hier auf den Aufsatz von Bauer, Im Namen des Volkes (Fn. 98).

115 Schlink (Fn. 113), S. 440.

116 Schaeffgen (Fn. 114), S. 36.

117 Eine ähnliche Überlegung zu Bürgertugenden, die gegen eine makrokriminelle Struktur zu mobilisieren wären, findet sich bei dem auch von Neubacher (Fn. 2), S. 137, 427, rezipierten Hans Jonas. Dieser sprach in: Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation (erstmalig 1979), 1984 davon, dass staatlicherseits „das Laster nicht ermutigt werden“ dürfe, was aber „in Despotien, und in totalitären Despotien am totalsten“ geschehe, S. 299. Gegen diese Laster müsse die „Ermutigung der Tugend“ und eine „Ethik der Verantwortung“, S. 388 ff., 390 ff., gesetzt werden. Selbst wenn Jonas nicht auf Recht als Instrument zur Ermutigung von Tugend rekurriert, lässt sich sein Gedanke hiermit so in Verbindung bringen wie es Neubacher unternimmt, demnach sich „die Aufgabe, die auf das Strafrecht bei der Auseinandersetzung mit einer totalitären Vergangenheit zukommt“, als „Ermutigung der Tugend“ und als „Entmutigung des Lasters“ bezeichnen“ ließe, vgl. Neubacher (Fn. 2), S. 427.

118 Die im Folgenden vorgenommenen Übersetzungen stammen vom Verfasser.

rechtstheoretischen Diskurs,<sup>119</sup> wo dieser Gedanke noch auf das nationale Strafrecht und dessen Zweckdiskussion beschränkt bleibt. Nach einer hier so genannten republikanischen Auffassung vom Recht solle dieses im Allgemeinen und Strafrecht im Besonderen den republikanischen Gedanken der Bürgergesellschaft stärken, bürgerliche Grundwerte schützen und auf die Förderung von *civic virtue*<sup>120</sup> gerichtet sein. Die hierbei erörterte Konzeption eines republikanischen Verbrechensbegriffs, der die Verletzungen allgemein geteilter bürgerlicher Achtungsansprüche in sein Zentrum rückt, und der der Strafe eine Funktion bei der Förderung der wechselseitigen Achtung dieser Ansprüche und der Achtung vor dem Recht zuweist, können hier nicht ausführlicher dargestellt werden.<sup>121</sup> Insofern sei hier ein Ansatz herausgegriffen, der exemplarisch dafür steht, wohin ein solches Strafziel nicht führen sollte, nämlich zu einem reinen Tugendstrafrecht. Ganz nahe hieran rückt in dieser Diskussion nämlich der Ansatz von *Kyron Huigens*.<sup>122</sup> Ihm zufolge solle das Recht an sich, *as an end in view*, das Wohl der Menschheit insgesamt befördern. Dem diene Strafrecht, weil sich seine Sanktionen gegen das kriminelle Laster richteten und eine bestimmte Form von *virtue* erzeugen oder unterstützen sollten.<sup>123</sup> Sanktioniert werde weniger die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts, als mehr die der Straftat zugrunde liegende moralisch fehlerhafte Entscheidung des Täters, der ein Mangel in der Tugend praktischer Vernunft anhafte.<sup>124</sup> Strafprozessual untersucht würde daher vor allem die Qualität an praktischer Vernunft,<sup>125</sup> die dieser durch die Entscheidung für die Tat gezeigt habe.<sup>126</sup> Ein Verstoß gegen strafrechtliche Normen bedeute mithin ein *failure in practical judgement*, weshalb dieses Scheitern dem Täter als Schuld zugeschrieben werde.<sup>127</sup> Zweck der Strafe sei es, beim Täter die fehlende *virtue of practical reason* zu erzeugen, denn nur diese Tugend befähige die Person zur Teilhabe *in the conduct and construction of our shared political life*.<sup>128</sup>

Die Parallelen eines solchen Ansatzes zur hier erläuterten Begründung des Völkerstrafrechts liegen auf der Hand: Auch Völkerstrafrecht richtet sich gegen sehr spezifische Laster, die der Völkerkriminalität zugrunde liegen und die oben aus kriminologischer Sicht bereits geschildert worden sind. Es zielte, wenn es diesen durch Förderung der Tugend „Zivilcourage“ vorbeugen möchte, zugleich performativ auf moralisch richtige Handlungsformen, die wiederum auf ebensolchen Entscheidungen zur Verteidigung der Menschenrechte beruhten. Und diese wiederum wären in den kriminogenen Entscheidungssituationen aus einem normativen Konflikt heraus durch die potentiellen Täter zu treffen.

119 Vgl. den von S. Besson und J. L. Martí herausgegebenen Sammelband *Legal Republicanism. National and International Perspectives*, 2009, m.w.N.; K. Huigens, *Virtue and Inculcation*, in: *Harvard Law Review*, 108 (1995), 1423 ff.; P. Pettit/J. Braithwaite, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, 1990; S. E. Marshall/A. R. Duff, *Criminalization and Sharing Wrongs*, in: *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 11 (1998), 7 ff.

120 So Dagger, *Republicanism and Crime*, in: Besson/Martí (Fn. 119), S. 147 ff., 157.

121 Vgl. insofern Reuss, *Zivilcourage als Strafzweck des Völkerstrafrechts. Was bedeutet positive Generalprävention in der globalen Zivilgesellschaft?*, 2012.

122 Huigens (Fn. 119), 1423 ff.

123 Huigens (Fn. 119), 1425.

124 Huigens (Fn. 119), 1445: „The accused lacks the virtue of practical reason“.

125 Huigens (Fn. 119), 1425: „inquiring the quality of practical judgement“.

126 Huigens (Fn. 119), 1445.

127 Huigens (Fn. 119), 1458: „We blame and punish them for that failure.“.

128 Huigens (Fn. 119), 1445.

Das Vorgelegte will aber kein Tugendstrafrecht begründen. Es hätte im Völkerstrafrecht auch keinen Platz. Denn dem stehen letztlich selbst menschenrechtliche Gründe entgegen. Schon *Kant* hatte in seiner *Rechtslehre* begründet, dass der Staat nicht Wächter der Moral sein könne und dass ein Strafrecht, das moralische Normen durchsetzen wolle, schon aus logischen Gründen scheitern und wegen der Unbestimmtheit von Tugendpflichten in Terror ausarten müsse.<sup>129</sup> Tugendpflichten können keiner rechtlichen und damit „keiner äußeren Gesetzgebung unterworfen werden, weil sie auf einen Zweck gehen, der ... zugleich Pflicht ist; sich aber einen Zweck vorzusetzen, das kann durch keine äußere Gesetzgebung bewirkt werden“. <sup>130</sup> „Die Tugendpflicht ist von der Rechtspflicht wesentlich darin unterschieden, dass zu dieser ein äußerer Zwang moralisch-möglich ist, jene aber auf dem freien Selbstzwange alleine beruht“. <sup>131</sup> Die Vorstellung, Tugend sei durch staatliche Gewalt durchzusetzen, enthält also schon deshalb einen Widerspruch in sich, weil Tugend nur auf der Grundlage gesellschaftlicher Freiheit gedeihen und Tugendpflichten nur aus dieser Freiheit heraus als persönliche Zwecksetzung individuell gewählt und anerkannt werden können.<sup>132</sup> Daher können sie *per definitionem* nicht verordnet werden,<sup>133</sup> auch nicht durch ein überstaatliches Völkerstrafrecht.

Dazu gesellten sich praktische Aporien, die auf den unterschiedlichen „Formeigenschaften“ moralischer und rechtlicher Normen<sup>134</sup> beruhten:<sup>135</sup> Moralische Normen treten stets als weite, unbestimmte Prinzipien auf und können deshalb rechtlich nicht präzise umgesetzt werden, weshalb die insoweit klar bestimmten rechtlichen Handlungsnormen eine entlastende Funktion hätten.<sup>136</sup> Vor diesen Problemen stünde auch ein überstaatliches Strafrecht, denn dieses bleibt, auch wenn es kein staatliches Recht mehr ist, noch Recht, stellt also eine von *Kant* so genannte „äußere Gesetzgebung“ dar.

Der hier vorgestellte Strafzweckentwurf unterscheidet sich von der Konzeption eines bloßen Tugendstrafrechts dadurch, dass er nicht auf Tugend, sondern primär auf die denkbar schwersten Verbrechen zielt, die es verhindern möchte, mithin auf Rechtsgüterschutz, den Schutz der Menschenrechte. Dass dieses Recht aber, als konsequent präventives, zugleich eingestehen muss, dass dies nur gelingt, wenn seine Adressaten ein eng begrenztes und klar spezifiziertes tugendhaftes Verhalten an den Tag legen, steht auf einem anderen Blatt, das wie folgt beschrieben werden muss.

129 Vgl. Kant, *Metaphysik der Sitten* [1793], in: Kants Werke. Bd. VI, Akademie Textausgabe 1968, S. 203 ff., 218 ff., 229 ff., 239 ff.

130 Kant (Fn. 129), S. 239. Vgl. auch Kant, *Metaphysik der Sitten*, Einleitung zur Tugendlehre, in: ders. (Fn. 129), S. 381: „Ein anderer kann mich zwar zwingen etwas zu tun, was nicht mein Zweck ... ist, aber nicht dazu, dass ich es mir zum Zweck mache.“

131 Kant (Fn. 130), S. 383.

132 Vgl. Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1992, S. 109 ff.

133 Der „sittliche Staat“ lebt daher immer von Voraussetzungen, die er nicht garantieren, eventuell aber beschützen kann – und zwar durch Gewährleistung von Freiheit. Vgl. u.a. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Nachwort zur 4. Aufl., 1996, S. 678 ff., m.w.N.; Böckenförde, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in: ders., *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, 1976, S. 42 ff., 60.

134 So Habermas, (Fn. 132), S. 541 ff., 551; ders. (Fn. 133), S. 661 ff., 670 ff.

135 Vgl. Kant (Fn. 130), S. 388 ff., 390.

136 Vgl. Habermas (Fn. 133), S. 667.

Wenn nicht mehr nur der Staat auf eine, dann eben nur äußerliche Befolgung der Norm unabhängig von innerer Übereinstimmung zu achten hat, sondern – ganz im Sinne *Fritz Bauers* – der Bürger selbst aufgerufen sei, das Menschenrecht zu verteidigen, verschwimmt die *kantische* Grenze zwischen äußerer Gesetzgebung und verinnerlichter Moral.<sup>137</sup> Die Menschenrechte wären dann, völkerrechtlich betrachtet, in gewisser Weise „funktional äquivalent mit verinnerlichten Normen“,<sup>138</sup> und es wäre nicht mehr „übertrieben“, ihre Geltung „auch als persönliche Angelegenheit jedes Menschen anzusehen“,<sup>139</sup> jedenfalls dann nicht, wenn dieser sich im Konfliktfall zu ihrer möglichen Verletzung verhalten muss. Genau dann nämlich werden sie aufgrund der völkerrechtlichen Strafdrohung auch zu seiner „persönlichen Angelegenheit“.

Dieser Ansatz entspringt allerdings keinem theoretischen Webfehler, der die gut begründbare Trennung von Recht und Moral willkürlich negiert, sondern den kriminologischen und normtheoretischen Hintergründen des Völkerstrafrechts, vor allem: der Geltungsidee und dem Begründungsmodus seiner Rechtsgüter. Er ist eine notwendige Folge der den Menschenrechten zugrunde liegenden „Verrechtlichung des Moralischen“,<sup>140</sup> also eine Folge der idealtypisch gedachten „universellen Geltung“ der Rechtsgüter<sup>141</sup> selbst. Insbesondere, wenn man die Menschenrechte „strikt horizontal“ begründet, also als Rechte begreift, die sich alle Menschen weltweit „gegenseitig geben und einräumen“,<sup>142</sup> ist es nur konsequent, dass das Völkerstrafrecht für den Fall ihrer Verletzung durch Staaten an diese Horizontalität erinnert und seine Adressaten gemahnt, dass es nun auch ihre Rechtspflicht ist, die sich wechselseitig zugestandenen Rechte selbst zu schützen. Geht man von ihrer universellen Geltung also auch dort aus, wo staatliche Ordnungen diese Rechte verletzen, so liegt der moralische Imperativ, wonach diese auch ohne staatliche Durchsetzung zu beachten seien, ihrem Geltungskonzept selbst zugrunde. Dies ist der hier interessierende Gehalt von der Rede über Menschenrechte als *moralische* Rechte.<sup>143</sup>

Zugleich lässt dieser Ansatz Ziel und Rechtsgüter des Völkerstrafrechts noch weiter verschmelzen: Wenn man die Menschenrechte im Sinne *Kants* auf die Würde des Menschen gründet, die in dessen Autonomie, der Fähigkeit zur Selbstzwecksetzung wurzelt,<sup>144</sup> dann zielt ein Recht, das Zivilcourage erzeugen will, auf die in der Tatsituation durch autonome Handlungen des Widerstehens praktizierte Würde selbst potentieller Täter – mit dem Ziel, die Würde möglicher Opfer zu schützen. Das Völkerstrafrecht möchte daher zwar primär, aber eben nicht nur die Opfer und ihre Würde schützen, sondern auch die Würde der potentiellen Täter, indem es diese auffordert und unterstützen will, sich nicht zu einem bloßen, gedankenlos handelnden Mittel verbrecherischer staatlicher Zwe-

137 Vgl. Kant (Fn. 129), S. 218 f.

138 So Köhler, Das Recht auf Menschenrechte, in: Brunkhorst/Köhler/Lutz-Bachmann (Fn. 49), S. 106 ff., 123.

139 Köhler (Fn. 138), S. 123, der dies auf den Alltag einer nationalen Bürgergesellschaft münzt.

140 Habermas (Fn. 132), S. 552, 554.

141 Vgl. nur Steiger, Brauchen wir eine universale Theorie für eine völkerrechtliche Positivierung der Menschenrechte, in: Brunkhorst/Köhler/Lutz-Bachmann (Fn. 49), S. 41 ff.

142 So K. Günther, Menschenrechte zwischen Staaten und Dritten, in: Deitelhoff/Steffeck (Hrsg.), Was bleibt vom Staat?, 2009, S. 259 ff., 275; ähnlich Gosepath, Zu Begründungen sozialer Menschenrechte, in: Gosepath/Lohmann (Fn. 49), S. 146 ff., 150; Tugendhat (Fn. 45), S. 345 f.

143 Vgl. Tugendhat (Fn. 45), S. 336 ff.; Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne, 1994, S. 135 ff.; Wildt, Menschenrechte und moralische Rechte, in: Gosepath/Lohmann (Fn. 49), S. 124 ff.; Gosepath (Fn. 142), S. 146 ff., 148 ff.

144 Vgl. Habermas (Fn. 132), S. 122 f., 130 f., 136; Köhler (Fn. 138), S. 111 ff.

cke zu machen, sich also nicht zu einem bloßen Objekt<sup>145</sup> im Dienste staatlicher Kriminalität entwürdigen zu lassen. Es fordert diese vielmehr auf, sich in autonomer Weise, unabhängig von staatlichen Vorgaben, eigene menschenwürdige Zwecke zu setzen, die der Selbstzweckhaftigkeit und also der Würde möglicher Opfer gerecht werden.

## VI. Der Strafzweck der „globalen Zivilgesellschaft“<sup>146</sup>

Warum soll nun die Erzeugung von Zivilcourage der Strafzweck der globalen Zivilgesellschaft<sup>147</sup> sein, wenn doch das Völkerstrafrecht, mit den Nürnberger Prozessen als Geburtsstunde,<sup>148</sup> genauso von Nationalstaaten aus der Taufe gehoben wurde wie auch im Jahr 2002 der IStGH und das moderne Völkerstrafrecht? Dass es sich bei diesem Recht um das Recht einer globalen Zivilgesellschaft handeln muss, die eigene Zwecke verfolgt, lässt sich mit Blick auf die schon geschilderten Rechtsgüter und mit Blick auf den auch hierin gründenden so genannten Strafanspruch des Völkerstrafrechts plausibel machen. Denn hinter den Vereinten Nationen stehe, so heißt es, eine „Weltcivitas“,<sup>149</sup> stünden die zivilen Bürgergesellschaften der Welt, die „Völkergemeinschaft“<sup>150</sup> oder „die Weltgemeinschaft“<sup>151</sup> mit ihrem originär eigenen Interesse am Schutz ihrer eigenen „Werte“<sup>152</sup> und „höchsten Güter“. <sup>153</sup> Völkerrechtsverbrechen berührten, bei aller problematischen Heterogenität, die internationale Gemeinschaft als Ganzes,<sup>154</sup> weshalb die Ahndung dieser Verbrechen auch „eine Aufgabe“ genau dieser „Völkergemeinschaft“<sup>155</sup> sei und das Völkerstrafrecht das „Strafrechtssystem der Völkergemeinschaft“<sup>156</sup> darstelle. Wer so formuliert, beschreibt dann aber einen neuen Inhaber des so genannten „Strafanspruchs“, eines Anspruchs, der im Nationalstaat nicht bloß ein „öffentlicher“, ein „im Namen des Volkes“ erhobener, sondern explizit ein „staatlicher“<sup>157</sup> sein soll. Dieser wandelt sich im Strafrecht

145 Zur Objektformel vgl. H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 1996, Art. 1 GG Rn. 39, m.w.N.

146 So u.a. Gosepath (Fn. 142), S. 146 ff., 156; Falk, Die Weltordnung innerhalb der Grenzen von zwischenstaatlichem Recht und dem Recht der Menschheit, in: Lutz-Bachmann/Bohman, Frieden durch Recht. Kants Friedensidee und das Problem einer neuen Weltordnung, 1996, S. 170 ff., 177 ff.

147 Gemeint ist damit, in einem heuristischen Sinn, eine Art globaler Bürgergesellschaft, vermittelt u.a. durch eine globale mediale Öffentlichkeit, bestehend aus den in den jeweiligen Staaten politisch organisierten Bürgern als Subjekten, die durch bereits teilweise global agierende zivilgesellschaftliche Akteure handelt, etwa durch sog. NGO's oder (andere) Menschenrechts- oder Umweltschutzorganisationen, und die als solche dem Staat mit seinen jeweiligen Institutionen entgegengesetzt ist; vgl. Adloff, Zivilgesellschaft. Theorie und politische Praxis, 2005. Es geht also um eine Entgegensetzung der globalen Staatengemeinschaft, organisiert in den UN, zu einer wohl nicht mehr bloß utopischen, aber sehr heterogenen internationalen Bürgergesellschaft. Vgl. Hirschfeld/Rügemer (Hrsg.), Utopie und Zivilgesellschaft. Rekonstruktionen, Thesen und Informationen zu Antonio Gramsci, 1990.

148 So Pawlick (Fn. 8), 37.

149 Senghaas, Vom Völkerrecht zum Weltrecht?, in: Recherche. Zeitschrift für Wissenschaft, 1/2010, 14.

150 Werle (Fn. 6), Rn. 86 f.

151 Safferling, Das Opfer völkerrechtlicher Verbrechen. Die Stellung der Verbrechensoffer vor dem Internationalen Strafgerichtshof, ZStW 115 (2003), 352 ff., 383.

152 Safferling (Fn. 151), 383.

153 Werle (Fn. 6), Rn. 86.

154 Vgl. die Präambel des Statuts von Rom, wonach die „schwersten Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren, nicht unbestraft bleiben dürfen“.

155 Werle (Fn. 6), Rn. 88.

156 Ambos (Fn. 8), S. 362.

157 Vgl. BVerfGE 51, 324 (333 f.); NJW 1992, 35 f. Kritisch Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 53 ff.; Wolfslast, Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung, 1995, S. 5 ff., 52 ff., 76 ff.

der Völker, idealtypisch gedacht, zu einem Anspruch dieser Völker selbst, also zu einem Strafanspruch ziviler Bürgergesellschaften.<sup>158</sup>

Dieser Perspektive entspricht ein im Völkerstrafrecht auch sonst verändertes Bild des Staates. Dessen Rolle wandelt sich, weil er Verbrechen nicht mehr aus eigenem Recht verfolgt, in die eines bloß stellvertretenden Verfolgers<sup>159</sup> und damit auch in die eines Vollstreckers *fremder* Strafansprüche. Der IstStGH ist nach dem Komplementaritätsprinzip immer nur dann für die Verfolgung der Taten zuständig, wenn sich die Staaten dazu als nicht fähig oder unwillig zeigen.<sup>160</sup> Er muss mithin kontrollieren, ob die Staaten den Strafanspruch auch durchsetzen. Folgerichtig kennt dieses Strafrecht auch keine staatlichen Rechtsgüter mehr, dafür aber neue, auch prozessuale Opferrollen und -bilder,<sup>161</sup> die sich vor allem dadurch auszeichnen, dass das Opfer in den Mittelpunkt strafzwecktheoretischer Betrachtungen gerückt ist. Während es im staatlichen Prozess bloßer Zeuge ist, der seinen Strafanspruch, idealtypisch gedacht durch Gesellschaftsvertrag, auf den Staat mit seinem Gewaltmonopol übertragen habe, sollten die Opfer im völkerstrafrechtlichen Prozess, jedenfalls aus Sicht einiger Autoren, eine eigenständigere und aktivere Rolle erhalten. Zum Teil wird vertreten, dass der gesamte Prozess primär aus Opferinteressen heraus zu führen sei.<sup>162</sup> Diese Überlegungen wirken deshalb folgerichtig, weil es, völkerrechtlich gedacht, einen gesellschaftsvertraglich erklärten Verzicht der Opfer auf Ausübung strafender Gewalt und eine Abtretung ihres Strafanspruchs zugunsten eines (welt-)staatlichen Gewaltmonopols in Ermangelung eines solchen selbst als Denkfigur nicht geben kann. Die Anklagebehörde des IstStGH, der „Ankläger“,<sup>163</sup> klagt daher nicht mehr in staatlichem Auftrag an, sondern namens der internationalen Völkergemeinschaft, deren Mitglieder die Opfer selbst sind. Insofern liegt der Schluss nahe, dass die Anklage hier nicht nur im Namen der Völkergemeinschaft, sondern auch namens der Opfer selbst erhoben wird, deren Verfolgungsinteresse die internationale Gemeinschaft mit guten Gründen vermutete, als sie die Kompetenzen der Anklagebehörde festlegte. Wenn aber Völkerstrafrecht nicht mehr im Interesse oder der Raison von Staaten angewendet wird, ist die Frage, warum die Opfer nicht eine andere Rolle als in einem staatlichen Prozess erhalten sollen, berechtigt. Der veränderten Rolle des Staates als Verfolger von fremden Ansprüchen entspricht die dem Völkerstrafrecht inhärente Zurückdrängung staatlicher Souveränität, von der die Entwicklung des Völkerstrafrechts künde.<sup>164</sup> Dieses kriminalisiert das Handeln von Staaten durch ihre individuellen Akteure, setzt diesem, sobald es Menschenrechte verletzt, Grenzen. Völkerstrafrecht kriminalisiert staatliche Politik.<sup>165</sup> Es verändert den Blick auf Staatlichkeit daher in negativer Weise: Der Staat ist im Zweifel der zu kriminalisierende Akteur des Völkerstrafrechts, er ist sein krimineller Nukleus. In seinem Mittelpunkt steht nicht mehr der Ungehorsam eines Individuums gegenüber dem Staat, „sondern ... der Un-

158 Vgl. Lagodny, Legitimation und Bedeutung des Ständigen Internationalen Strafgerichtshofes, ZStW 2001 (Bd. 113), 800 ff., 803.

159 Lagodny (Fn. 158), 803.

160 Vgl. § 17 Abs. 1 a) und b) des Statuts von Rom.

161 Vgl. Neubacher (Fn. 2), S. 206 ff. und 425 ff.; Möller (Fn. 3), S. 535 ff.; Safferling (Fn. 8), § 7 Rn. 50 ff.

162 Etwa zum Zweck der „Solidarisierung mit dem Opfer“, vgl. Neubacher (Fn. 2), S. 425 ff.; Möller (Fn. 3), S. 535 ff., 606; vgl. zur Opferstellung vor dem IstStGH auch Safferling (Fn. 151), 352 ff.; ders. (Fn. 8), § 4 Rn. 73 f.

163 Vgl. zu Stellung und Befugnissen des Anklägers die Artt. 15, 34c), 42, 53, 54 des Statuts, der auch zur Kooperation mit NGO's ermächtigt ist, Art. 15 Abs. 2, die ihrerseits Ermittlungen auslösen können, indem sie dem Ankläger Hinweise zu Verbrechen vorlegen, Art. 15 Abs. 1.

164 Werle (Fn. 7), S. 814. Ähnlich Neubacher (Fn. 2), S. 131.

165 Vgl. Jäger, Ist Politik kriminalisierbar?, in: Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse, Band III, Makrodelinquenz, 1998, S. 121 ff.

gehorsam des Staates gegenüber ... den Menschenrechten der Individuen, für deren Schutz er ... zuständig ist“.<sup>166</sup> Es verdeutlicht also die Ambivalenz staatlicher Macht gegenüber Menschenrechten. Diese stellt nicht nur eine mächtige Gewährleistungsinstantz dar, sondern zugleich ihre größte denkbare Bedrohung.<sup>167</sup> Dem Staat verbleiben aus Sicht des Völkerstrafrechts also nur noch zwei diametral entgegengesetzte Rollen auf der internationalen Bühne des Strafspekakels: die des Kriminellen oder die des Hilfspolizisten.

## VII. Fazit

Mit Blick auf die dargelegte skeptische Haltung *Möllers* sei abschließend unterstrichen, dass hier durchaus erkannt wird, dass die Forderung nach Zivilcourage nicht leicht umzusetzen ist. Klar ist, dass der Kampf ums Recht auch im eigenen Staat eine Herausforderung für jeden darstellt, der sich in dem Konflikt befindet, staatlicherseits angeordnete Menschenrechtsverletzungen begehen zu sollen. Die Probleme, die dann mit der Forderung nach Zivilcourage verbunden sein können, haben *Welzer* und *Browning* jeweils sensibel geschildert. Sie stellen in ihren Untersuchungen beide auch die Frage nach dem „was wäre gewesen, wenn“ für eine konkrete Verbrechenssituation des Holocausts, nämlich mit Blick auf die Täter des Reservepolizeibataillons 101, die an Massentötungen an polnischen Juden von Sommer 1942 an teilnahmen. Sie schildern, unabhängig voneinander, anschaulich die Probleme, die sich aus Gruppenzwang und Loyalitätsempfinden gegenüber Kameraden und Vorgesetzten in einer Situation ergeben konnten, in der die Täter z.B. in einer Kriegssituation fernab von der Heimat mit entsprechenden Tötungsbefehlen konfrontiert waren, ohne deren Ausmaß und Dauer abschätzen zu können.<sup>168</sup> Diese Umstände können die Entscheidung der Täter zu ihrem Handeln auch plausibel machen; *Browning* etwa kommt so zu der Einschätzung, dass nur „sehr wenige Ausnahmecharaktere“ standhalten konnten.<sup>169</sup> Doch selbst wenn deren Schilderungen verbrecherisches Handeln plausibel machen können, können sie dieses, wie oben geschildert, nicht zugleich „entschuldigen“. Dies wird auch daran deutlich, dass es in den geschilderten Situationen auch ausgereicht hätte, versteckt abweichend zu handeln, wozu sich Einzelne auch entschlossen.<sup>170</sup> Diese, wie die oben geschilderten Beispiele einer Opposition des „ja, aber“, zeigen an, dass Zivilcourage leistbar ist und auch historisch war – und zwar noch ohne jede Strafandrohung.

Die Probleme des Völkerstrafrechts liegen daher, betrachtet man die „normalen“ Täter, vor allem in deren subjektiven Dispositionen. Und bei der Erwartung an ein präventives Völkerstrafrecht muss gelten, dass diese nicht nur den „totalitären“ Gesellschaften entspringen, sondern alle Gesellschaften jene „Normalungestüme“ oder „Allerweltsexistenzen“ hervorbringen, die *Adorno* und *Arendt* die gewöhnlichen Täter des Holocausts bedeuteten.<sup>171</sup> Auch moderne Demokratie erzeugen, wie die Experimente *Milgrams* und anderer gezeigt haben, die für die Durchführung makrokriminellen Unrechts notwendigen subjektiven Voraus-

166 Neubacher (Fn. 2), S. 98.

167 Vgl. Neubacher (Fn. 2), S. 131 f., der von einem „ambivalenten Verständnis des Staates“ im Völkerstrafrecht spricht: sowohl die bedrohliche Seite, der Leviathan, als auch die schützende Seite sei zu beachten. Auch für Günther (Fn. 142) war der Staat „stets ... Beschützer und Bewahrer der Menschenrechte wie ihr gefährlichster Gegner“.

168 Welzer (Fn. 22), S. 116., *Browning* (Fn. 54), S. 241 f.

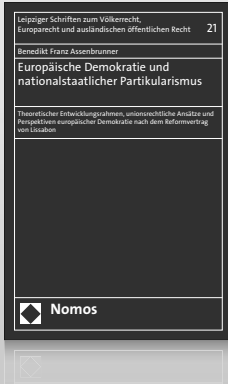
169 *Browning* (Fn. 54), S. 241 f.

170 *Browning* (Fn. 54), S. 94 ff.

171 Vgl. *Adorno* (Fn. 37), S. 282; *Arendt* (Fn. 48), S. 107.

setzungen. Völkerstrafrecht allein kann diese Problematik nicht lösen. Es kann gesellschaftliche Deformationen der jeweiligen Akteure genauso wenig allein beseitigen, wie auch das nationale Strafrecht allein keine ausreichende Kriminalitätsprävention leisten kann. Strafrecht, alt oder neu, kann hierzu, wenn überhaupt, nur einen kleinen Teil beitragen. Das Völkerstrafrecht muss daher gelehrt von eher skeptischer Selbstreflexion über seine Möglichkeiten an die Arbeit gehen, es hat aber, wenn es fortan auf die Erzeugung von Zivilcourage hinaus will, zur Legitimation dieser Arbeit ein in sich kohärentes Ziel gefunden.

## Regieren jenseits des Nationalstaates



### Europäische Demokratie und nationalstaatlicher Partikularismus

Theoretischer Entwicklungsrahmen, unionsrechtliche Ansätze und Perspektiven europäischer Demokratie nach dem Reformvertrag von Lissabon

Von Dr. Benedikt Franz Assenbrunner

2012, 336 S., brosch., 88,— €

ISBN 978-3-8329-7034-5

(Leipziger Schriften zum Völkerrecht, Europarecht und ausländischen öffentlichen Recht, Bd. 21)

In seiner wissenschaftlichen Untersuchung verlässt der Autor die verengte Perspektive des jeweiligen mitgliedstaatlichen Rechts und seiner tradierten Vorverständnisse. Er entfaltet die mit dem Vertrag von Lissabon neu eingeführten Grundsätze demokratischen Regierens als Kern eines genuin unionalen Demokratiemodells.

Weitere Informationen: [www.nomos-shop.de/14190](http://www.nomos-shop.de/14190)



**Nomos**