

NORMATIVE ORDERS

Cluster of Excellence at Goethe University Frankfurt/Main

Normative Orders Working Paper

03/2010

Zivilcourage als Strafzweck der globalen Zivilgesellschaft

**Oder: was bedeutet *Positive Generalprävention* im
Völkerstrafrecht?**

Dr. Vasco Reuss

Cluster of Excellence
The Formation of Normative Orders
www.normativeorders.net

Goethe-Universität Frankfurt am Main

Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie, Grüneburgplatz 1, 60323
Frankfurt am Main

Vasco.Reuss@normativeorders.net

Zivilcourage als Strafzweck der globalen Zivilgesellschaft

Oder: was bedeutet *Positive Generalprävention* im Völkerstrafrecht?

von Vasco Reuss

Die Gesellschaft nimmt es einem Täter nicht übel, dass „er einen Mord begeht, sondern, dass er es auf eigene Faust tut“. (A. Plack, *Die Gesellschaft und das Böse*)¹

„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*)²

I. Neues Strafrecht – Neuer Zweck?

Der vorliegende Beitrag versucht in Grundzügen zwei große thematische und theoretische Stränge zu bearbeiten, die im Begriff der *Positiven Generalprävention* miteinander verwoben sind. Der eine Strang kann dabei nicht mehr leisten, als erst einmal eine Ahnung von den Herausforderungen zu vermitteln, die das Völkerstrafrecht und seine Kriminologie an die im nationalen Strafrecht geläufigen Strafzwecke stellt; der andere Strang arbeitet dann ausführlicher kriminologisch, rechts- und normentheoretisch heraus, was das Völkerstrafrecht mit seinem Verfahren und seinen Sanktionen - immer gemessen an seinen eigenen immanenten und teilweise noch impliziten Ansprüchen - an expliziten Rechtswirkungen jedenfalls dann anstreben muss, wenn es, wie das nationalstaatliche Strafrecht auch, ein dezidiert präventiv ausgerichtetes Schuldstrafrecht sein und bleiben möchte.

Beide Stränge treffen sich schließlich in der Überlegung, dass das Völkerstrafrecht in vielfacher, hier dann auch näher erläuteter Weise eine „neue Form“³ von Strafrecht ist, dessen Zweckbestimmung sich zwar der teleologischen Semantik des nationalen Strafrechts bedienen darf, die aber aus der Natur seines Gegenstandes heraus etwas ganz anderes und auch Neues bedeuten muss.

¹ Arno Plack, *Die Gesellschaft und das Böse*, Frankfurt am Main 1968, S. 308.

² Theodor W. Adorno, *Erziehung nach Auschwitz*, in: *Erziehung zur Mündigkeit. Vorträge und Gespräche mit Hellmut Becker*, hg. von Gerd Kadelbach, Frankfurt am Main 1971, S. 93.

³ So Frank Neubacher, *Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit*, Tübingen 2005, S. 147 mit Bezug auf das Völkerstrafrecht: „In gewisser Weise steht die Herausbildung einer neuen Form des Strafrechts ... für eine neue Entwicklungsstufe im Prozess der Zivilisation.“

Gemessen an den besonderen empirisch-kriminologischen Hintergründen der Straftaten des Völkerstrafrechts, kann nämlich ein in sich schlüssiger Zweck der Strafe hier nur eine so bisher in der Debatte nicht explizit diskutierte Art modifizierter positiver Generalprävention⁴ sein. Modifiziert insofern, als das Völkerstrafrecht nicht bloß, so die Lesart der Positiven Generalprävention im nationalen Strafrecht, die Bestärkung und Bekräftigung eines Normgeltungsbewusstseins zum Ziel haben kann⁵, sondern auf die Erzeugung von zivilcouragierten Verhaltensweisen in den für das Völkerstrafrecht relevanten kriminogenen Situationen⁶ gerichtet sein muss. Anders ausgedrückt: dieser Beitrag möchte die These begründen, dass der Strafzweck des Völkerstrafrechts, d.i., wie noch erläutert wird, der Strafzweck der globalen Zivilgesellschaft als solcher, die Erzeugung von Zivilcourage sein muss.

II. Vom Scheitern der üblichen Strafzwecke

Im Gegensatz etwa zu der deutlich zu optimistisch formulierten Einschätzung von *Gerhard Werle*, dem zufolge das Völkerstrafrecht seine Legitimation „im wesentlichen“ über das aus dem nationalen Strafrecht übertragbare Strafzweckprogramm beziehe⁷ und dadurch in „vollem Umfang“ legitimiert sei⁸, überwiegt inzwischen doch eine gewisse Skepsis im völkerstrafrechtlichen Schrifttum, dass dem nicht so ist⁹, dass vielmehr die herkömmlichen Strafzwecke auf

⁴ Ähnlich schon Christina Möller, *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof. Kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte*, Münster u.a. 2003, S. 528. Möller entfaltet eine „modifiziert-vorverlagerte völkerstrafrechtliche Straftheorie der positiven Generalprävention“, die sie als „edukative Systemprävention“ bezeichnet. Vgl. dazu noch ausführlicher im Folgenden.

⁵ Vgl. Sch/Sch-Stree, vor § 38 Rn 1ff., 2; Heinz Müller-Dietz, *Integrationsprävention und Strafrecht. Zum positiven Aspekt der Generalprävention*, in: *FS für Hans-Heinrich Jescheck*, Band 2, Berlin 1985, S. 813 ff.

⁶ Vgl. zum Begriff der kriminogenen Situation, Klaus Sessar, *Zu einer Kriminologie ohne Täter, Oder auch: Die kriminogene Tat*, in: *MSchrKrim* 1997, S. 1ff., 13ff. Zu dem Streit, auf den weiter unten noch eingegangen wird, inwiefern subjektive Dispositionen der Täter oder situative Umstände die „eigentlichen“ Ursachen für die Makrokriminalität bilden, vgl. nur Harald Welzer, *Täter. Wie aus ganz normalen Menschen Massenmörder werden*, Frankfurt am Main 2005, S. 41ff., oder Frank Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 238f.

⁷ Gerhard Werle, *Völkerstrafrecht*, 2. Aufl. München 2007, Rn 94.

⁸ Ders., *Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht*, in: *ZStW* 1997, Bd. 109, S. 808ff., 821f.

⁹ Kritisch etwa Kai Ambos, Christian Steiner, *Vom Sinn des Strafens auf innerstaatlicher und supranationaler Ebene*, in: *JuS* 2001, S. 9ff.; Carolin Hannah Reese, *Fünf offene Fragen zum Internationalen Strafgerichtshof – und der Versuch einer Antwort*, in: Frank Neubacher, Anne Klein (Hg.), *Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts?*, Berlin 2006, S. 71ff., S. 80ff.; Leonie von Braun, *Internationalisierte Strafgerichte*, Berlin 2008, S. 47ff. Ganz neue strafzwecktheoretische Überlegungen fordern Kai Ambos, *>Impunidad<, Makrokriminalität und Völkerstrafrecht*, in: *KritV* 1996, S. 355ff., 367; Michael Pawlick in seiner Besprechung des Buches von Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., in: *HRRS* Januar 2006, S. 37f. Starke Zweifel an der Legitimation durch die herkömmlichen Strafzwecke äußert etwa Neubacher, a.a.O., dem zufolge die Frage des Strafzwecks „ungeklärt“ sei, S. 422, m.w.N. und „im internationalen Strafrecht eine eigenständige Antwort“ erfordere, a.a.O., S. 429.

das Makrounrecht des Völkerstrafrechts nicht recht „passen“¹⁰ wollen, der legitimatorische Anzug dieses Strafrechts mithin nicht nach dem Maß der herkömmlichen Zwecke zu schneiden ist.

Christina Möller hat dazu bereits eine grundlegende, gegenüber den herkömmlichen Zwecken ebenfalls skeptische Untersuchung vorgelegt¹¹, weshalb sich das Vorliegende auf eine kurze Skizze der Zweifel beschränken kann.

Bevor ausgeführt wird, wie der anerkannte Strafzweck der Positiven Generalprävention vor dem kriminologisch-ätiologischen Hintergrund der Völkerverbrechen sinnvoll neu formuliert werden kann, müssen jedoch die Gründe dafür dargelegt werden, warum die herkömmlichen Zwecke hier nicht „passen“ wollen. Diese Gründe sind, abstrakt betrachtet, letztlich dieselben, die auch im nationalen Strafrecht einer einheitlichen Anwendung aller Zwecke auf jeden Täter und jedes Delikt im Wege stehen, nämlich ebendie, dass Täter und Delikt von Fall zu Fall verschieden¹² und dabei Täter und Tathintergründe bei den im Völkerstrafrecht relevanten Verbrechen mit denen im nationalen Strafrecht in vielerlei Hinsicht nicht zu vergleichen sind.¹³

a) Makrokriminalität

Während man es im nationalen Strafrecht stets mit, wie man etwas routiniert formulieren könnte, vergleichsweise gewöhnlicher Kriminalität zu tun hat und selbst dort noch, wo schwere Verbrechen wie Mord oder Vergewaltigung verhandelt werden, auf vergleichsweise geringes Unrecht und vergleichsweise geringe individuelle Schuld trifft, muss das Völkerstrafrecht mit ganz anderen Dimensionen von Unrecht und Schuld umgehen. Denn dieses hat es in seinen Tatbeständen (ausdrücklich normiert die §§ 6-12 des Völkerstrafgesetzbuchs: Völkermord (§ 6), Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7) und Kriegsverbrechen (§§ 8-12); und

¹⁰ Diesen Ausdruck wählt Ambos, >Impunidad<, a.a.O., S. 366.

¹¹ Dies., *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof*, a.a.O., S. 426ff. Soweit ich sehe, ist dies die einzige große Abhandlung zu diesem Thema im deutschen Schrifttum. Etwas ausführlicher sind die Reflexionen darüber aber auch noch bei Leonie von Braun, *Internationalisierte Strafgerichte*, a.a.O., S. 47ff.

¹² Was das Bundesverfassungsgericht zur so genannten Vereinigungstheorie, vgl. nur BVerfGE 45, 187ff., 253f., geführt hat, wonach im Einzelfall alle Zwecke mal stärker und mal schwächer zur Legitimation von Strafe herangezogen werden müssen. Dazu grundlegend auch Klaus Tiedemann, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, Heidelberg 1991, S. 21ff.

¹³ Michael Pawlick spricht in seiner Besprechung von Neubachers *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., in: HRRS Januar 2006, S. 37, insoweit von „strukturellen Unterschieden“ zwischen nationalem und internationalem Strafrecht.

gewohnheitsrechtlich strafbar das Verbrechen des Angriffskrieges¹⁴⁾ mit so genannter „Makrokriminalität“¹⁵ zu tun.

Dieser Makrokriminalität, unter der *Herbert Jäger* „die in ihren destruktiven Wirkungen besonders gravierenden und gefährlichen Großformen kollektiver Gewalt“ verstand, „die den ganz überwiegenden und folgenreichsten Teil menschlichen Aggressionsverhaltens ausmachen“¹⁶, liegt, wie sogleich erläutert wird, ein völlig anderes „Konzept“ von Kriminalität zugrunde als der gewohnten Alltagskriminalität. Makrokriminalität sprengt dabei aber das „Konzept“ von Kriminalität nicht schlechthin, wie mitunter argumentiert wurde¹⁷, sondern formuliert schlicht ein anderes Kriminalitätskonzept¹⁸, dessen Unterschiede im Folgenden skizziert werden, insbesondere soweit sie für den hier vorgelegten Gedankengang relevant sind.

aa) kollektiv konformes Handeln

Statt von Makrokriminalität kann man, wie vielfach zu lesen ist, auch von „staatsverstärkter“¹⁹, staatlich organisierter²⁰ oder einfach von Staats-²¹ oder Regierungskriminalität²² sprechen, kann sie also mit Begriffen umschreiben, die ihr Augenmerk bereits auf die kriminologischen Hintergründe der Taten lenken. Diese Taten sind in aller Regel durch staatliche Strukturen²³ erzeugt und beruhen

¹⁴ Dazu Werle, *Völkerstrafrecht*, a.a.O., Rn 1293ff.; und vor dem Hintergrund des menschenrechtlichen Verfassungsgrundsatzes *nulla poena sine lege scripta* kritisch die Dissertation von Milan Kuhli, *Das Völkerstrafgesetzbuch und das Verbot der Strafbegründung durch Gewohnheitsrecht*, Berlin u.a. 2010.

¹⁵ Der Begriff stammt von Herbert Jäger, der darunter explizit nur staatliche Verbrechen und – eher etwas systemwidrig – auch individuellen Terrorismus versteht. Vgl. sein gleichnamiges Buch *Makrokriminalität*, Frankfurt am Main 1989. Dies relativiert Jäger später dann aber deutlich, indem er einräumt, dass individueller Terrorismus „keine Makrokriminalität in dem gekennzeichneten Sinne“ sei, es aber Parallelen gebe. Vgl. das Interview, das Thomas Horstmann und Heike Litzinger mit ihm geführt haben, in: dies., *An den Grenzen des Rechts. Gespräche mit Juristen über die Verfolgung von NS-Verbrechen*, Frankfurt am Main, New York, 2006, S. 35ff., 64, 65.

¹⁶ Jäger, *Makrokriminalität*, a.a.O., S. 11.

¹⁷ vgl. dazu etwa Michael Walter, *Zur Reichweite des Konzepts Kriminalität – Einige Überlegungen zur „Makrokriminalität“ Herbert Jägers* – , in: *Krim. Journal* 1993, S. 117ff.; ders., *Über Probleme mit der Makrokriminalität*, in: Lorenz Böllinger/Rüdiger Lautmann (Hg.), *Vom Guten, das noch stets das Böse schafft*, Frankfurt am Main 1993, S. 81ff.;

¹⁸ zur Verteidigung seines Konzepts von Makrokriminalität vgl. Herbert Jäger, *Menschheitsverbrechen und die Grenzen des Kriminalitätskonzepts*, in: *KritV* 1993, S. 259ff.

¹⁹ Wolfgang Naucke, *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, Frankfurt am Main 1996.

²⁰ Frank Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 424. Möller, *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof*, a.a.O., S. 258: Das „Faktum der Untrennbarkeit von Makroverbrechen und (staatlichem) Machtmissbrauch reflektiert die kriminologische Eigenart der Makrokriminalität“.

²¹ Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 29f., 30.

²² Etwa Otto Triffterer, *Regierungskriminalität durch Machtmissbrauch*, in: Günther Kaiser/Jörg-Martin Jehle (Hg.), *Kriminologische Opferforschung*, Bd. 1, 1994, S. 137ff.; oder Klaus Lüderssen, *Der Staat geht unter – das Unrecht bleibt. Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR*, Frankfurt am Main 1992.

²³ Werle, *Völkerstrafrecht*, a.a.O., Rn 90, „typischerweise“ staatlich.

regelmäßig auch auf einer vergleichsweise breiten gesellschaftlichen Unterstützung. Ihr Akteur handelt daher, anders als ein Alltagsdelinquent, gerade in weitgehender Übereinstimmung mit den rechtlichen und auch den sozialen Normen, die ihn unmittelbar umgeben²⁴, also normativ angepasst und daher auch nicht, wie man im klassisch kriminologischen Sinne formuliert, deviant oder abweichend²⁵. Völkerstrafrechtlich relevante Taten beruhen vielmehr auf kollektiven²⁶, konformen²⁷ Handlungen, während alltäglicher Kriminalität in aller Regel abweichendes, nicht konformes Verhalten zugrunde liegt.²⁸

Entsprechend formulierte auch Jäger, dass eine

„um den Bereich der Makrokriminalität erweiterte Kriminologie ... nicht übersehen können [wird], dass die weitaus überwiegende Zahl der Tötungs- und Gewaltakte nicht unter Bedingungen von Devianz, sondern unter denen der konformen Übereinstimmung mit den faktischen Erwartungen und Verhaltensnormen des Kollektivs geschieht, dem der Handelnde angehört.“²⁹

Ihm zufolge sind alle Makroverbrechen aus dem Grunde heraus vergleichbar, weil diese stets von denselben wiederkehrenden Bedingungen geprägt seien, insbesondere von der „mit staatlicher Autorität ausgestatteten Auslösung der

²⁴ Welzer, *Täter*, a.a.O., S. 247, formuliert es so, dass sich die Täter der Shoah „in prinzipieller Übereinstimmung mit einer sozialen Umwelt [sahen], die von ihnen erwartete, dass sie die als notwendig erachtete Tötungsarbeit übernehmen würden“.

²⁵ zum Begriff des abweichenden oder auch devianten Handelns als soziologische und kriminologische Kategorie vgl. die Bände I und II zum Seminar *Abweichendes Verhalten*, hg. von Klaus Lüderssen, Fritz Sack, Frankfurt am Main 1980; und neuer Hartmut Schellhoss, *Abweichendes Verhalten*, in: Günther Kaiser/Hans-Jürgen Kerner/Fritz Sack/Hartmut Schellhoss (Hg.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3. Aufl., Heidelberg 1993, S. 1-5. Für die Soziologie siehe etwa Howard S. Becker, *Außenseiter. Zur Soziologie abweichenden Verhaltens*, dt. Ausgabe Frankfurt am Main 1973.

²⁶ Werle, *Völkerstrafrecht*, a.a.O., Rn 90, 539.

²⁷ Herbert Jäger, *Versuch über Makrokriminalität*, in: StV 1988, S. 175 und Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 159.

²⁸ Die hier auftretende, wohl nur als grauenvoll zu bezeichnende Dialektik von (legaler) Konformität und (illegalem) abweichendem Verhalten kann man mit Blick auf das NS-Unrecht am besten an den Fällen studieren, in denen die NS-Gerichtsbarkeit ihrerseits abweichendes Verhalten von SS-Angehörigen zum Beispiel innerhalb der Konzentrationslager verfolgte, wenn etwa SS-Männer Unterschlagungen an dem abzuführenden Eigentum der Ermordeten begingen oder sogar KZ-Häftlinge nur deshalb töteten, weil diese etwas bezeugen konnten. Dann wurde mitunter auch wegen der Tötung ermittelt. Vgl. Herbert Jäger, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, a.a.O., S. 22ff., insbesondere 24, 25. In diesem Zusammenhang bekannt wurde insbesondere die Person des SS-Richters Konrad Morgen, der 1943 von Himmler persönlich mit der Untersuchung solcher Fälle in Konzentrations- und Vernichtungslagern beauftragt wurde. Vgl. dazu Raphael Gross, *Die Ethik des wahrheitssuchenden Richters*, in: Werner Kronitzer, Raphael Gross (Hg.), *Moralität des Bösen. Ethik und nationalsozialistische Verbrechen*, hg. im Auftrag des Fritz Bauer Instituts, Frankfurt am Main/New York 2009, S. 243ff.

²⁹ Herbert Jäger, *Makrokriminalität*, a.a.O., S. 12f., S. 23.

Verbrechen durch Regierungen und offiziell anerkannte staatliche Institutionen“ und von der „Kollektivität des konformen Handelns in großen Organisationszusammenhängen“.³⁰

bb) Geltungskonflikte

Als weitere Unterscheidung von Alltags- und Makrokriminalität muss gelten, dass der makrokriminelle Täter - spätestens seit Implementierung des ständigen Internationalen Strafgerichtshofes (IGHSt) in *Den Haag* im Jahr 2002³¹ - vor dem Hintergrund eines normativen Geltungskonflikts agiert, nämlich eines Geltungskonflikts zwischen staatlicher und völkerrechtlicher Normebene.

Dies wird vor allem dann klar, wenn man sich die Rechtsgüter des Völkerstrafrechts näher betrachtet. Dessen Tatbestände schützen, wenn etwa Völkermord oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Rede stehen, vor allem die Menschenrechte der potentiellen Opfer.³² Geschützt wird, wie es mitunter auch heißt, die „Internationale Menschenrechtsordnung“³³ oder eine „objektive Rechtsordnung der Menschenrechte“³⁴. Die Internationale Strafgerichtsbarkeit beziehe daher „ihre Legitimation [...] aus dem Gedanken eines universellen Schutzes der Menschenrechte“.³⁵

Die so geschützte Rechtsordnung ist wegen des spezifischen Charakters der Menschenrechte dann aber eine Ordnung von Normen, deren Geltung zumeist vor- oder überstaatlich verstanden und gedacht wird, der damit also auch eine von staatlichen Normen unabhängige Geltung zugeschrieben wird.³⁶ Denkt man die Rechtsgüter des Völkerstrafrechts aber entsprechend vorstaatlich oder auch, wie das

³⁰ Herbert Jäger, *Makrokriminalität*, a.a.O., S. 47.

³¹ Der Gerichtshof arbeitet auf der Grundlage des 1998 verabschiedeten Statuts von Rom, abgedruckt etwa in: Herwig Roggemann, *Das Statut von Rom für den ständigen Internationalen Strafgerichtshof (ICC). Mit einer Einführung*, Berlin 1998, das nicht nur die prozessualen Regeln der Strafverfahren in Den Haag regelt, sondern auch die Strafbarkeiten nach dem Völkerrecht. Er ist mit Inkrafttreten des Statuts am 01. Juli 2002 errichtet worden und arbeitet seit dem 11. März 2003. Vgl. Werle, *Völkerstrafrecht*, a.a.O., Rn 65f.

³² vgl. statt vieler Gerhard Werle, *Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht*, a.a.O., S. 810ff.; ders., *Völkerstrafrecht*, a.a.O., Rn 658, 665, 754 und Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 154ff.

³³ vgl. die Formulierung des Cluster-Antrags „Die Herausbildung normativer Ordnungen“ für das Forschungsfeld 4 in Punkt 2.4 IX Strafen, Sanktionen und andere Durchsetzungsinstrumente normativer Ordnungen.

³⁴ Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 424.

³⁵ Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 90.

³⁶ So jedenfalls, wenn man mit der überwältigenden Meinung im rechtsphilosophischen Schrifttum die Menschenrechte als moralische Normen oder moralische Rechte begreift, die, mit universellem Geltungsanspruch ausgestattet, nationalstaatlich positivierten Normen stets übergeordnet bleiben. Vgl. zum Begründungsdiskurs über Menschenrechte noch Näheres unten.

Rechtsgut des „Weltfriedens“³⁷, der von Angriffskriegen bedroht sei³⁸, überstaatlich, so wird der angesprochene Geltungskonflikt offenbar, in dem der völkerstrafrechtlich relevante Täter handelt, wenn er in sozial und normativ konformer Weise, etwa auf staatlichen Befehl hin, Menschenrechte verletzt: nämlich ein Konflikt zwischen den Rechtsgütern der Menschenrechte und der sie schützenden Rechtsordnung auf der einen Seite und den divergierenden staatlichen Normen, die deren Verletzung gerade fordern, auf der anderen.³⁹

Was den Begriff der Geltung angeht, wird hier also, gleichsam heuristisch, vorausgesetzt, dass in den Situationen völkerrechtlicher Verbrechen die Normen der „Rechtsordnung der Menschenrechte“ auch dort noch fortgelten, wo ihre Geltung *faktisch* (sozial) durch kriminelle nationalstaatliche Regime zeitlich und örtlich suspendiert ist.⁴⁰ Es wird hier mithin, ohne die Diskussion des Geltungsbegriffs in diesem Rahmen führen zu können, ein latent überpositiver Geltungsbegriff vertreten.⁴¹

Vor diesem Hintergrund lässt sich festhalten, dass der Konflikt, in dem der makrokriminelle Täter in der kriminogenen Situation handelt, ein Geltungskonflikt zwischen der völkerstrafrechtlich geschützten Menschenrechtsordnung und einer historisch kontingenten, gleichsam beliebigen staatlichen Ordnung ist, die von dem Täter eine völkerstrafrechtlich zu kriminalisierende Menschenrechtsverletzung gerade fordert. In solch einem Konflikt handeln alle Täter völkerstrafrechtlicher Delikte: von den Verbrechen des US-Militärs in Vietnam bis hin zu den folternden

³⁷ Werle, *Völkerstrafrecht*, a.a.O., Rn 87.

³⁸ Aber auch von massenhaften Verletzungen der Menschenrechte einer Zivilbevölkerung, vgl. Werle, *Völkerstrafrecht*, a.a.O., Rn 87.

³⁹ Ähnlich auch Christina Möller, *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof*, a.a.O., die mit dem Völkerstrafrecht eine „zusätzliche Wertungsebene“ eingeführt sieht, die den potentiellen Völkerrechtsverbrecher in eine „Spannungssituation“ bringe. A.a.O. S. 527f.

⁴⁰ Eine hierfür paradigmatische Situation ist etwa die Lage in der DDR nach dem Bau der Mauer, insbesondere die Situation nach der Unterzeichnung des Internationalen Paktes der UN über bürgerliche und politische Rechte durch die DDR im Jahre 1966. Dieser Pakt garantierte den Bürgerinnen und Bürgern der DDR unter anderem das Recht auf freie Ausreise aus ihrem Staat, ein Recht, das menschenrechtlichen Status hatte. Obwohl die DDR diesem Pakt formal-rechtlich innerstaatliche Gültigkeit zuschrieb, hatte das hierin festgelegte Recht *de facto* keine Geltung, es wurde vielmehr durch die extrem restriktive staatliche Praxis der Ausreisegenehmigungen und der Praxis an der innerdeutschen Grenze außer Kraft gesetzt. Gleichwohl kann oder müsste man im hier interessierenden Sinne sagen, dieses Recht galt, obgleich man eben einwenden könnte, dass es doch nur „auf dem Papier“ galt. Vgl. dazu Ralf Dreier, *Juristische Vergangenheitsbewältigung*, Baden-Baden 1995, bes. S. 28 ff. Zur Kritik hieran vgl. wiederum Klaus Lüderssen, *Der Staat geht unter – das Unrecht bleibt. Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR*, Frankfurt am Main 1992.

⁴¹ einen Überblick über die verschiedenen Spielarten positivistischer oder nicht-positivistischer Geltungsbegriffe gibt Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg i.Br., München 1992, S. 31ff.

Soldaten oder die Folter überwachenden Ärzten in Guantánamo.⁴² Immer werden hier die Täter staatlicherseits dazu aufgefordert und dabei unterstützt, Menschenrechte in größtem Ausmaß zu verletzen.

b) Strafzwecke

Allein aus diesen kriminologisch-ätiologischen und normtheoretischen Deskriptionen folgt schon, dass die gewohnten Strafzwecke der Vergeltung, der Sühne, der individuellen oder kollektiven Abschreckung und der Resozialisierung weitgehend scheitern müssen.

Die in einer kriminogenen Situation nur auf dem Papier und auch nur im internationalen Kontext drohende Völkerstrafe schreckt sowohl kollektiv als auch individuell denkbar wenig ab, wo die kriminogene staatliche Struktur ihre fördernde und schützende Hand über die Täter hält und wo auch die Macht dieser Struktur nicht in Frage steht. Selbst wenn man dieser Täter, sei es auch außerhalb ihres Staates oder nach dessen Zusammenbruch, irgendwann habhaft werden kann⁴³, so dürfte der Strafvollzug etwa einer lebenslangen Freiheitsstrafe nicht resozialisierend wirken können, wo die Täter – wenn auch individualpsychologisch zweifelhaft – bestens in ihrer Gesellschaft sozialisiert waren, sei es als Ärzte, Militärs, Juristen oder Angehörige von Regierungsapparaten.

Insoweit müsste man dann, wenn man dies gleichwohl vertreten wollte, den Resozialisierungsbegriff neu denken, da resozialisierende Programme für Völkermörder gerade nicht mehr nur auf eine normtreue Anpassung in die Gesellschaft gerichtet sein könnten, sondern ein Bewusstsein der Notwendigkeit von Nonkonformität in Situationen erzeugen müssten, in denen staatliche Normen menschenrechtswidriges Verhalten einfordern. Ob aber solcherart Erziehung zur Mündigkeit⁴⁴ ausgerechnet inmitten eines Strafvollzugs gelingen kann, noch dazu

⁴² Die im US-Lager auf Guantánamo begangenen Verbrechen systematischer Demütigung und Folter an den aus ihren Heimatländern verschleppten angeblichen „Terroristen“ könnten, nach allem, was man bislang an Tatsachen kennt, den Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit (vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 4 und 5 VStGB) erfüllen oder auch Kriegsverbrechen darstellen (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 2, 3 und 4 VStGB).

⁴³ Zu den damit zusammenhängenden Problemen vgl. nur Klaus Günther, *Falscher Friede durch repressives Völkerstrafrecht?*, in: Werner Beulke u.a. (Hrsg.), *Das Dilemma des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Berlin 2009, S. 79 ff.

⁴⁴ Der Bezug auf den von Gerd Kadelbach herausgegebenen Band mit Vorträgen und Gesprächen Adornos mit Hellmut Becker, *Erziehung zur Mündigkeit*, Frankfurt am Main 1971, ist gewollt. Für Adorno galt seit der Shoah gewissermaßen ein neuer kategorischer Imperativ der Erziehung, nämlich derjenige, dass sich Auschwitz nicht wiederholen dürfe. „Hitler hat den Menschen ... einen neuen kategorischen Imperativ aufgezwungen: ihr Denken und Handeln so einzurichten, dass Auschwitz nicht sich wiederhole, nichts Ähnliches geschehe.“ So

innerhalb des gegenwärtigen Gefängnisalltags, scheint mehr als zweifelhaft. Zudem führte diese Forderung zu zwei nebeneinander herlaufenden, ganz unterschiedlichen Sozialisationsprogrammen in den Haftanstalten. Das eine resozialisierende Programm zielte dann gleichsam auf die normative Anpassung der Delinquenten, das andere auf deren Fähigkeit zur normativen Abweichung. Beide fänden aber in denselben Strukturen statt.

Und auch die absoluten Strafzwecke müssen scheitern, weil eine viel zu große Schuld, etwa die eines Völkermordes, weder an einem Einzelnen vergeltungsfähig noch von diesem Einzelnen alleine zu sühnen ist.⁴⁵ Der Gedanke der Schuldvergeltung oder, hegelianisch, der Gedanke einer die Normverletzung negierenden, sie wiederaufhebenden Strafe, ist angesichts des Unrechts eines Völkermordes nicht plausibel.⁴⁶

Um dies praktisch zu untermauern, sei ein jüngerer Beitrag von *Jürgen Kaube*⁴⁷ erwähnt, in dem dieser die irrational anmutende, nur historisch zu begründende Sanktionspraxis US-amerikanischer Strafgerichte beschreibt, dem großen Unrecht zigfachen Mordes mit mehrfach lebenslänglicher Haft oder mehreren hundert Jahren Gefängnis für einen einzelnen Täter zu begegnen. Dies wirkt für uns einigermaßen grotesk. Dem hält *Kaube* die nicht weniger irrsinnig wirkende und bereits vielfach kritisierte⁴⁸ Sanktionspraxis der bundesdeutschen Nachkriegsgerichte im Umgang mit NS-Verbrechen entgegen. Mit Verweis auf einen Beitrag *Joachim Perels*⁴⁹

Adorno, *Negative Dialektik*, Frankfurt am Main 1975, S. 358. Genau dieser kategorische Imperativ liegt, bei Lichte besehen, eben auch dem Völkerstrafrecht zugrunde. Dazu noch näher im Folgenden.

⁴⁵ Vgl. dazu die gründlichen Untersuchungen von Möller, *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof*, a.a.O., S. 413 ff., 423 ff.; ausdrücklich auch Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 423.

⁴⁶ Einen neuen absoluten Begründungsversuch der Völkerstrafe unternimmt aber Katrin Gierhake, *Begründung des Völkerstrafrechts auf Grundlage der Kantischen Rechtslehre*, Berlin 2006. Bedenklich und angesichts des vor- oder überpositiven Geltungsanspruchs der Menschenrechte wenig plausibel ist aber der idealistische, transzendentallogische Ansatz, eine nach dem Maß der Gegennorm formulierte Strafe für den Täter zu fordern, um diesen „als Vernünftiges zu ehren“. Denn die vom Täter nach idealistischer Lesart aufgestellte Gegennorm lautet, dass die Menschenrechte nicht zu achten seien. Der strafende Staat kann und darf aber diese Gegennorm nicht durch Strafe am Täter vollziehen. Die unveräußerlichen Menschenrechte gelten gerade auch für den Täter, was schon die Paulskirchenverfassung von 1848 in ihrem § 139 ausdrücklich so benannte: „Ein freies Volk hat selbst bei dem Verbrecher die Menschenwürde zu achten.“ Vgl. Jürgen Habermas, *Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte*, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 2010, S. 343ff., 344. Entsprechend ist wohl auch Otto Lagodny, *Legitimation und Bedeutung des Ständigen Internationalen Strafgerichtshofes*, in: *ZStW* 2001 (Bd. 113), S. 800ff., 806, zu verstehen. Und ein Strafgericht, das einzig dem Schutz von Menschenrechten dienen soll, darf diese auch schon um seiner Glaubwürdigkeit willen nicht selbst verletzen.

⁴⁷ Vgl. Jürgen Kaube, *Maßstrafe*, in: *FAZ* vom 9.9.2009, S. N 3.

⁴⁸ Vgl. die Nachweise zur zeitgenössischen und auch späteren Kritik bei Joachim Perels, *Die Aushöhlung des Rechtsstaates durch die Umwandlung von NS-Tätern in Gehilfen*, in: Rainer Erd u.a. (Hg.), *Passion Arbeitsrecht. Erfahrungen einer unruhigen Generation – Liber amicorum Thomas Blanke*, Baden-Baden 2009, S. 203 ff.

⁴⁹ Joachim Perels, *Die Aushöhlung des Rechtsstaates durch die Umwandlung von NS-Tätern in Gehilfen*, a.a.O., S. 203ff., 206.

errechnete *Kaube* bei zahlreichen Tätern, die wegen tausendfachen Mordes verurteilt wurden, durchschnittliche Haftstrafen von nur wenigen Minuten für einen einzelnen Mord. So grotesk einerseits eine mehrhundertjährige Haftstrafe für einen einzelnen Menschen wirkt, so extrem ungerecht erscheint wiederum eine Haftstrafe von nur wenigen Minuten für die Tötung eines Menschen. Aber auch der strafende Umgang mit der DDR-Vergangenheit geriet ins erkennbar Irrationale, weil es den bundesdeutschen Gerichten erst unter – nicht notwendigem⁵⁰ – Rückgriff auf die *Radbruchsche* Formel, genauer auf die Formel von der *Unerträglichkeit* des Unrechts⁵¹, gelang, die Grenzsoldaten der Nationalen Volksarmee der DDR wegen der Todesschüsse an der innerdeutschen Grenze zu bestrafen. Dies allerdings in aller Regel mit bloßen Bewährungsstrafen – als dann offenbar angemessener Sanktion für explizit *unerträgliches* Unrecht?⁵²

Alle Beispiele zeigen an, dass ein absolut verstandenes Völkerstrafrecht in unlösbare Widersprüche führen muss, weil, wie es *Adorno* formulierte, „die Gerechtigkeit ... ohnehin keiner Sanktion fähig“ ist, die „der begangenen Untat gerecht würde“.⁵³ Ein säkulares, rationales Recht wie das überstaatliche Strafrecht der Völkergemeinschaft darf sich aber keine schon *a priori* unerreichbaren Ziele setzen, wenn es ernst genommen werden und nicht Erwartungen wecken will, die es nur enttäuschen kann. Daher muss sich Völkerstrafrecht offenbar rein präventive Ziele setzen⁵⁴, wenn es, so *Adorno* weiter, „objektiven Wahnsinn“⁵⁵ ebenso

⁵⁰ Zur Kritik daran vgl. Ralf Dreier, *Juristische Vergangenheitsbewältigung*, Baden-Baden 1995, bes. S. 28 ff.

⁵¹ Nach Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in: *Süddeutsche Juristenzeitung* 1946 S. 105 f., geraten Gerechtigkeit und Rechtssicherheit bei der rückwirkenden Bestrafung von NS-Unrecht in einen Konflikt, der dann, wenn das auf dem NS-Recht oder seiner Praxis fußende Unrecht so groß wird, dass seine Nichtbestrafung in einen unerträglichen Widerspruch zur Gerechtigkeit führte, dazu zwingt, der gerechten Bestrafung den Vorrang vor der Rechtssicherheit zu geben. So genannte „Unerträglichkeitsformel“.

⁵² So schon Bernhard Schlink, *Die Bewältigung von Vergangenheit durch Recht*, in: Helmut König, Michael Kohlstruck, Andreas Wöll (Hg), *Vergangenheitsbewältigung am Ende des zwanzigsten Jahrhunderts*, Opladen/Wiesbaden 1998, S. 445, 446; ebenso in: ders., *Vergangenheitsschuld. Beiträge zu einem deutschen Thema*, Zürich 2007, S. 80ff.

⁵³ Theodor W. Adorno, bereits 1969, in: *Negative Dialektik*, Frankfurt am Main 1975, S. 282. Und mit Bezug auf Walter Benjamin, dem zufolge der Vollzug der Todesstrafe moralisch sein könne, nicht aber deren Legitimation, fügt Adorno an: „Hätte man die Chargierten der Folter samt ihren Auftraggebern und deren hochmögenden Gönnern sogleich erschossen, so wäre es moralischer gewesen, als einigen von ihnen den Prozess zu machen. Dass ihnen zu fliehen, zwanzig Jahre sich zu verstecken gelang, verändert qualitativ die damals versäumte Gerechtigkeit.“ A.a.O., S. 282.

⁵⁴ Ausdrücklich kritisiert dies der der Vergeltungstheorie zuneigende Wolfgang Naucke, dem zufolge der mitunter versuchte Bezug auf einen Strafzweck „Vergangenheitsbewältigung“ ein „so verzweifelter wie vergeblicher Versuch ist, ein präventives Strafrecht doch noch und auch im Bereich der Staatskriminalität zu retten“. Naucke, *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, a.a.O., S. 31 f.

⁵⁵ Adorno, *Negative Dialektik*, a.a.O., S. 282.

verhindern will wie Anerkennungs- und Geltungsprobleme auch vor dem Hintergrund der Grund- und Menschenrechte der zu verurteilenden Täter.⁵⁶

c) Positive Generalprävention

Es bleibt daher als anerkannter präventiver Zweck, der im Völkerstrafrecht noch als halbwegs vernünftig begründbar und als mit den kriminologischen Hintergründen der Taten noch vergleichsweise kompatibel gilt⁵⁷, der Zweck der Positiven Generalprävention. Dieser beschreibt es als eine Aufgabe des Strafrechts, durch den öffentlichen Prozess, durch das ausgesprochene Unrechtsurteil und im Zweifel auch durch den Vollzug langjähriger Haftstrafen symbolisch die Fortgeltung der durch die Tat verletzten Ordnung zu kommunizieren. Durch diesen Kommunikationsprozess werde das Bewusstsein ihrer (Fort-)Geltung bekräftigt und dadurch auch das möglicherweise erschütterte Vertrauen in ihre Geltung wiederhergestellt. Idealtypisch gedacht bestärke diese symbolische Geltungsdemonstration dann auch die so genannte normtreue Bevölkerung darin, sich weiterhin normgemäß zu verhalten.⁵⁸ Strafe integriere gleichsam die Normadressaten in eine sich idealtypischerweise insgesamt normgemäß verhaltende Gesellschaft.⁵⁹ Positive Generalprävention wird daher auch als Integrationsprävention bezeichnet.⁶⁰

Lädt man das *Telos* des Völkerstrafrechts mit diesen Gedanken auf, müsste man synonym formulieren, dass das Völkerstrafrecht notwendig die Fortgeltung der durch die Völkerstraftaten verletzten Menschenrechtsordnung kommuniziere, die es schütze, und dass hierdurch das auf die Geltung der Menschenrechte bezogene Normbewusstsein der Weltbevölkerung bestärkt und ein entsprechendes Geltungsvertrauen - im Erschütterungsfall - wiederhergestellt werde. Hiergegen wird dann zwar eingewendet, dass die immerwährende, im Zweifel überpositive Geltung der Menschenrechtsordnung mithilfe der Sanktionierung völkerrechtlicher

⁵⁶ Zur rechtsstaatlichen und menschenrechtlichen Dimension des Strafzwecks selbst, der rational begründbar sein muss, vgl. Vasco Reuss, „Vergangenheitsbewältigung“ als Strafzweck bei Völkerverbrechen? Oder: was kommuniziert das Völkerstrafrecht, in: *Einsicht 03, Bulletin des Fritz Bauer Instituts*, April 2010, S. 34ff.

⁵⁷ Vgl. statt vieler Klaus Günther, *Falscher Friede durch repressives Völkerrecht?*, a.a.O., S. 88; oder Herbert Jäger zum Zweck der Strafprozesse in dem Interview mit Horstmann/Litzinger, a.a.O., S. 61: „Ein solches Verfahren muss bewusstseinsbildend sein.“

⁵⁸ Vgl. Klaus Günther, *Kritik der Strafe I*, a.a.O.

⁵⁹ Die Kriminologie weiß heute freilich, z.B. aufgrund der Dunkelfeldforschung, dass auch die sogenannte normtreue Bevölkerung – insbesondere im jugendlichen und Heranwachsendenalter – nicht wirklich normtreu ist. Vgl. statt vieler Peter Alexis Albrecht, *Kriminologie*, 4. Aufl. München 2010, § 12, m.w.N.

⁶⁰ Etwa Jens Christian Müller-Tuckfeld, *Integrationsprävention. Studien zu der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, Frankfurt am Main 1998; zuvor Heinz Müller-Dietz, *Integrationsprävention und Strafrecht*, a.a.O.

Verbrechen überhaupt erst einmal im Bewusstsein der Weltbevölkerung originär etabliert werden müsse⁶¹, weil solches Bewusstsein noch gar nicht bestehe. Das Normgeltungsvertrauen könne daher auch erst durch die weitere konsequente internationale Strafverfolgung bekräftigt werden.⁶² Dieser Einwand modifiziert allerdings den Gedanken der Positiven Generalprävention vor dem Hintergrund eines freilich noch instabilen internationalen Normbewusstseins nur, aber er widerlegt ihn nicht.

d) Völkerstrafrechtliche Reformulierung

Hat man den Begriff der Positiven Generalprävention im vorgenannten Sinne in spezifisch völkerstrafrechtlicher Weise neu bestimmt, eben reformuliert, so müsste vor dem Hintergrund der typischen kriminogenen Situationen der Völkerkriminalität (kurz: Staatliche Lenkung, Konformität und Normenkonflikt) dann zugleich erkennbar werden, dass man es bei dieser bloßen Neubestimmung nicht bewenden lassen kann.

Schon in rein konsequenzlogischer Betrachtung des eigenen Präventionsanspruchs muss dieses *Telos* auf mehr hinauswollen als nur auf die sekundäre Bestärkung oder auch nur auf die erst einmal primäre Schaffung eines Normbewusstseins. Denn im Vergleich zu einem beliebigen nationalen Strafrechtsalltag, in dem es zur Kriminalitätsprävention ausreichen mag, wenn die symbolische Normbekräftigung den einzelnen Bürger dabei beruhigt, dass Normtreue lohnend sei, reicht dies auf völkerrechtlicher Ebene zur Prävention von völkerstrafrechtlichen Delikten nicht mehr aus. Vielmehr verändert sich dann, wenn es nicht mehr um das staatliche Präventionsziel eines normativ angepassten Verhaltens, sondern um die Verhinderung etwa eines staatlich gelenkten und kollektiv begangenen Völkermordes geht, etwas Entscheidendes: Diese Straftaten

⁶¹ So explizit Werle, *Menschenrechtsschutz*, a.a.O., S. 821: „Es geht vor allem um die Bekräftigung des internationalen Normbewusstseins: Die elementaren Menschenrechte sind zu achten.“ Neubacher meint, dass ein entsprechendes Geltungs- und das daraus folgende Unrechtsbewusstsein in aller Regel bereits existiere oder existiert habe, aber im Einzelfall suspendiert werde, vgl. dens., *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 231. Jäger dagegen behauptet, ein Normbewusstsein für die Menschenrechte „im Sinne einer politischen Fernraum-moral“, das zu stabilisieren wäre, fehle „bis auf den heutigen Tag“. Ders., *Ist Politik kriminalisierbar?*, in: Klaus Lüderssen (Hg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse*, Band III, *Makrodelinquenz*, Baden-Baden 1998, S. 121ff., S. 136. Der Streit scheint sich daher wohl vor allem um die exakte Qualität des Bewusstseins zu drehen.

⁶² Hier kann man nun zu Recht kritisieren, dass dies illusorisch sei, weil es an einer einübenden Praxis fehle und an der Macht eines überstaatlichen Gerichts, was hier nicht widerlegt werden kann, aber auch nicht muss. Denn Integrationsprävention wäre insofern nicht der einzige angreifbare Strafzweck. Auch alle anderen, selbst die absoluten Zwecke, wären mit derselben Argumentation gleichermaßen angreifbar.

können in den kriminogenen Situationen des Völkerstrafrechts, also wenn es *in actu* darauf ankommt, nämlich nicht mehr nur durch bloß passive Legalanpassung, sondern nur noch durch die Verweigerung von quasistaatlichen Normenbefehlen vermieden werden, mit denen die Täter sonst in Einklang handeln. Die Verbrechen lassen sich für den jeweiligen Akteur also nur noch dadurch verhindern, dass er die Teilnahme an ihnen vergleichsweise offen und aktiv verweigert, also gegenüber staatlichen Normen gerade nonkonform handelt.

Anders formuliert: Allein ein individuelles Bewusstsein der universellen Geltung seiner Menschenrechte rettete einen Menschen, der erschossen werden soll, noch lange nicht. Das Normbewusstsein des Täters und eine darauf gründende Anpassungsbereitschaft könnten vielmehr in der Tatsituation auch noch so stark ausgeprägt sein, sie führten als solche nicht zur Verhütung der geforderten Verbrechen, weil eine bloße Legalanpassung an die im Bewusstsein verankerte Normenordnung der Menschenrechte faktisch gar nicht mehr möglich ist.⁶³ Denn diese Ordnung ist in den entsprechenden Momenten völkerrechtlicher Kriminalität staatlicherseits suspendiert.

Die Imperative der Menschenrechte drängen den Akteur in makrokriminogenen Situationen daher in eine Lage, in der er ganz bewusst eine Wahl treffen muss. Er muss sich entscheiden, ob er den Imperativen der ihn umgebenden Normenordnung folgt, also die Menschenrechte seiner Opfer gemäß der an ihn gerichteten Erwartung verletzt oder ob er deren Menschenrechte schützt, indem er den mit ihnen konfligierenden normativen Anforderungen widersteht und anders *handelt*, als es von ihm gefordert wird. Die Menschenrechte verlangen in diesen Momenten von dem Akteur also eine bewusste Entscheidung zu einem Verhalten, das staatlichen Normenbefehlen widerspricht.

Man kann damit sagen, dass das Völkerstrafrecht ein von staatlichen Normen abweichendes Verhalten ausdrücklich fordert, während staatliches Strafrecht einem von staatlichen Normen abweichenden Verhalten gerade vorbeugen will. Dies ist, neben den Momenten der Konformität der Täter und des Geltungskonfliktes, in dem diese handeln, ein dritter – hier besonders interessierender – struktureller Unterschied beider Strafrechts- und Kriminalitätskonzepte.

⁶³ Dies übersieht etwa Ernst Tugendhat, *Vorlesungen über Ethik*, Frankfurt am Main 1993, S. 346, Anm. 5, wenn er formuliert, dass „das Einzige, wodurch sich vermeiden lässt, dass sich die Verbrechen immer wieder ereignen, ist, dass möglichst viele Menschen an die Menschenrechte glauben bzw. sich moralisch verstehen“. Glaube an Menschenrechte und moralisches Selbstverständnis sind hierfür gerade noch keine hinreichende, eventuell aber eine notwendige Bedingung.

aa) Zivilcourage

Solcherart abweichendes Verhalten gegenüber staatlichen Normenbefehlen, auf das eine präventive Völkerstrafe mithin logisch-immanent zielen müsste, wenn es mit seinem präventiven Anspruch Ernst machen möchte, die Begehung von Völkerverbrechen zu verhindern, wird typischerweise als „zivilcouragiertes“ Verhalten bezeichnet. In der Literatur zu diesem Begriff werden besonders zwei ihn prägende Aspekte hervorgehoben, die auch hier interessieren. *Wolfram Wette* schreibt in dem von ihm herausgegebenen Band über Zivilcourage in Wehrmacht, SS und Polizei, dass mit dem Begriff von der Zivilcourage das „mutige Aufbegehren des Bürgers gegen Unrechtshandlungen und -absichten der Obrigkeit“ gemeint sei.⁶⁴ *Sebastian Haffner* zufolge gründe Zivilcourage auf dem „Mut zum eigenen Entschluss, zur eigenen Verantwortung“, der, wie *Haffner* süffisant anfügt, „den Deutschen“ leider immer dann verlasse, wenn er eine Uniform anziehe.⁶⁵ Der französische Begriff der *Courage*, also des Mutes, ruft mithin eine innere Bereitschaft und wohl auch eine gewisse Überzeugung von der Richtigkeit des eigenen Verhaltens auf, während der Begriff des *Zivilen* den Ort und die Qualität des Mutes formuliert, so dass man die Zivilcourage im hier interessierenden Sinne als Mut und Bereitschaft zum bewusst verantworteten abweichenden Verhalten gegenüber staatlichen Vorgaben verstehen könnte.

Der Mut zur *eigenen* Verantwortung, den *Haffner* beschreibt, benennt dabei im Übrigen gerade die Kehrseite derjenigen persönlichen Verantwortung des Einzelnen, die ihm potentiell später, wenn er strafrechtlich abgeurteilt werden soll, im Rahmen des Schuldvorwurfs zugeschrieben wird, wenn es etwa heißt, er sei kein austauschbares Rädchen im Getriebe eines Makroverbrechens gewesen, sondern trage als eigenverantwortlicher handelnder Akteur für seine verbrecherischen Handlungen volle Verantwortung und hätte anders handeln müssen als getan.⁶⁶

Ein präventiver Strafzweck „Zivilcourage“ will hier also auf ein von staatlichen Normen abweichendes Verhalten hinaus, das von Mut zur Verantwortung, einem

⁶⁴ Wolfram Wette (Hg.), *Zivilcourage. Empörte, Helfer und Retter aus Wehrmacht, Polizei und SS*, Frankfurt am Main 2004, S. 18ff., 19.

⁶⁵ Sebastian Haffner, *Geschichte eines Deutschen, Erinnerungen 1914-1933*, Stuttgart u.a 2000, S. 41f.

⁶⁶ Von Hannah Arendt stammt insofern die Formulierung, dass die Prozesse gegen diese Täter gerade die Aufgabe haben, „alle Räder und Rädchen im Getriebe vor Gericht ... wieder in Täter, also in Menschen zurück[zuerwandeln]“. Vgl. Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem. Ein Bericht von der Banalität des Bösen*, Ausgabe München 2009, (erstmalig München 1964), S. 58f.

eigenen Entschluss und – jedenfalls im Idealfall⁶⁷ – auch von der Überzeugung von der Richtigkeit des eigenen Handelns getragen wird.

bb) Positive Generalprävention und Zivilcourage

Die hier vorgenommene und aus hiesiger Sicht auch notwendige Vermittlung eines Begriffs von Positiver Generalprävention mit dem Präventionsziel der Zivilcourage lässt sich noch in zweierlei Weise argumentativ vertiefen. Zum einen in einer eher *normativ-semantischen* Weise. Wenn die Völkerstrafe, positiv generalpräventiv verstanden, nämlich nicht nur die universell rechtliche Normgeltung, gleichsam die Legalität der Menschenrechte symbolisch kommunizieren will, sondern auch, in eher normativer, moralisierender Weise, vor allem deren - die überstaatliche Geltung begründende - Legitimität, also etwa auch den internationalen zivilgesellschaftlichen Konsens und die universelle Anerkennung, auf der ihre von staatlichen Strukturen ganz unabhängige Geltung gründen soll⁶⁸, so müsste die Völkerstrafe zugleich auch ein Bewusstsein von der normativen Richtigkeit dieser Normtreue stärken wollen. Und genau dieses Bewusstsein lieferte dann im Idealfall die motivationale Grundlage für eigenverantwortliches nonkonformes Handeln.

Ein zweiter, eher *essentieller* Zusammenhang von positiver Generalprävention und Zivilcourage lässt sich, wie oben schon angedeutet, dadurch begründen, dass es auf der völkerrechtlichen Ebene an einem Weltstaat fehlt, der mithilfe seiner weltweiten Gewalten die Geltung der Menschenrechte durchsetzen und demonstrieren könnte.⁶⁹ Mit dem ständigen Internationalen Strafgerichtshof existiert nun zwar erst einmal ein durch die Völkergemeinschaft implementiertes Gericht, dessen Verfahren die

⁶⁷ Dass dieser Idealfall nicht immer erreicht werden kann und auch nicht erreicht werden muss, um noch von einem zivilcouragierten Verhalten zu sprechen, wird weiter unten noch genauer gezeigt werden.

⁶⁸ vgl. zur Begründung der Menschenrechte und zu ihrem „moralischen Charakter“ die Beiträge in: Stefan Gosepath, Georg Lohmann (Hg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt am Main 1998, und Hauke Brunkhorst, Wolfgang R. Köhler, Matthias Lutz-Bachmann (Hg.), *Recht auf Menschenrechte*, Frankfurt am Main 1999. Vgl. dazu auch noch ausführlich unten.

⁶⁹ Aufgerufen sind hiermit zahlreiche Folgefragen: Sind weltstaatliche Strukturen überhaupt denkbar? Wie sähen sie aus? Müsste man dann nicht über ein weltgesellschaftliches Gewaltmonopol auf der Grundlage eines weltbürgerlichen Gesellschaftsvertrages mit einem sich dann auch ausprägenden demokratisch erzeugten Weltrecht nachdenken? Zu diesen Fragen vgl. Jürgen Habermas, *Kants Idee des ewigen Friedens – aus dem historischen Abstand von zweihundert Jahren*, in: Matthias Lutz-Bachmann, James Bohmann (Hg.), *Friede durch Recht*, Frankfurt am Main 1996, S. 7ff.; Mathias Lutz-Bachmann, *Kants Friedensidee und das rechtsphilosophische Konzept einer Weltrepublik*, in: ders./Bohmann, *Friede durch Recht*, a.a.O., S. 25ff. und ders., *Weltstaatlichkeit und Menschenrechte nach dem Ende des überlieferten Nationalstaats*, in: ders., Hauke Brunkhorst, Wolfgang R. Köhler (Hg.), *Recht auf Menschenrechte*, Frankfurt am Main 1999, S. 199ff., insbes. 210ff., m.w.N. Zu den Problemen vor dem Hintergrund der Rechtsstellung des Angeklagten aus der Perspektive des Gesellschaftsvertrags, vgl. Klaus Günther, *Falscher Friede durch repressives Völkerstrafrecht?*, a.a.O., S. 98.

Normgeltung symbolisch kommunizieren kann, aber es kann – anders als ein staatliches Gericht – nicht das Vertrauen der Normadressaten darin bestärken, dass ihre Rechte *durch staatliche Institutionen* geschützt werden, von denen das kommunikativ handelnde Gericht selbst nur eine von vielen wäre.

Völkerstrafrecht kann, positiv generalpräventiv gedacht, also nicht das Vertrauen in die staatliche Normdurchsetzung, die staatlicherseits gewährleistete Normgeltung stärken, sondern muss in erster Linie die im Zweifel ganz existenzielle Notwendigkeit weltbürgerliche Selbsthilfe gegen staatliche Strukturen kommunizieren. Auf völkerstrafrechtlicher Ebene ist daher auch kein staatlicherseits erzeugtes Normvertrauen zu schaffen, sondern nur ein Selbstvertrauen der Weltbürger in die im Zweifel nur reziprok durch sie selbst gewährleistete Normgeltung.

Auf völkerrechtlicher Ebene reicht es daher dann auch zu Zwecken der Prävention nicht mehr aus (wenn das denn auf staatlicher Ebene überhaupt genügt), dass mit dem Spektakel des öffentlichen Völkerstraßprozesses die normtreue Weltbevölkerung ihre Normtreue bloß feiert⁷⁰, den Prozess mithin als unverbindliche Feierstunde zum Menschenrechtsschutz veranstaltet. Die symbolisch kommunizierte Geltung der Menschenrechte wirkte vielmehr nur dann präventiv, wenn sie praktische Konsequenzen zeitigte: nämlich zivilcouragierte Verhaltensweisen in Geltungskonflikten mit staatlichen Ordnungen.

Daraus folgt dann auch, dass sich positive Generalprävention auf der Ebene des Völkerstrafrechts nur noch schwerlich als Integrationsprävention bezeichnen lässt. Angemessen wäre vielmehr der Begriff der *Desintegrationsprävention*, geht es völkerrechtlicher Strafe eben gerade darum, dass sich die Bürger der zivilen Weltgesellschaft nicht mehr in staatlich organisierte makrokriminelle Zusammenhänge integrieren lassen, sondern diesbezüglich gerade desintegrativ tätig werden. Man könnte mit einem etwas garstigen historischen Begriff auch sagen, dass das Völkerstrafrecht gerade auf die Zersetzung⁷¹ der Kraft krimineller staatlicher Strukturen zielt.⁷²

⁷⁰ So Klaus Günther, *Kritik der Strafe I*, in: *Westend, Neue Zeitschrift für Sozialforschung*, 2004, S. 117ff., 127, zum nationalen Strafrecht.

⁷¹ Unter dem Begriff der Wehrkraftzersetzung wurde im Zweiten Weltkrieg Verhalten kriminalisiert, das durchaus unter den hier verwendeten Begriff von Zivilcourage subsumiert werden kann. Vgl. dazu u.a. die Beispiele bei Wolfram Wette, *Zivilcourage*, a.a.O.

⁷² Ähnlich auch Möller, *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof*, a.a.O., S. 527, die allerdings eine Art Vorfeldprävention anstrebt. Siehe auch dazu noch weiter unten.

„Prophylaxe des Völkermordes setzt seine Ätiologie voraus.“ (Fritz Bauer, *Kriminologie und Prophylaxe des Völkermordes*)⁷³

III. Handlungsspielräume und Tätertypen

Akzeptiert man die bislang dargelegten logischen Folgerungen, die aus einer Konfrontation der positiv-generalpräventiven Erwartungen an das Völkerstrafrecht mit dessen normentheoretischen Hintergründen resultieren, so stellt sich die bedeutende, wiederum nur kriminologisch-empirisch zu beantwortende Frage, ob ein solcher Strafzweck nicht doch eher reichlich idealistisch oder naiv konzipiert ist, ob er insbesondere auf ein empirisch überhaupt mögliches Verhalten gerichtet ist.

Vor dem Hintergrund der bisherigen Forschung zu den jeweiligen Tatsituationen und Tätertypen makrokriminellen Unrechts kann man nämlich erörtern, ob ein solcher Strafzweck nicht entweder an der völligen normativen Unansprechbarkeit sämtlicher potentieller Täter scheitern muss oder jedenfalls daran, dass es in den genannten Tatsituationen regelmäßig an zumutbar zu nutzenden Spielräumen zum abweichenden Verhalten fehlt.

Eine Antwort hierauf kann bislang zwar nicht völlig zweifelsfrei gegeben werden, weil es dazu an ausreichender, vor allem auch internationaler Forschung über die historisch-empirischen Erscheinungsformen makrokriminellen Unrechts in aller Welt fehlt.⁷⁴ Was die möglichen Handlungsspielräume von „ganz gewöhnlichen“ Makrokriminellen angeht, sind bislang nur die Makroverbrechen der Shoah und ihre spezifischen Situationen intensiver erforscht worden. Hier haben *Herbert Jäger* (schon im Frühjahr 1966)⁷⁵ und nach ihm, allerdings erst 1996, *Daniel Goldhagen*⁷⁶

⁷³ Ders., *Kriminologie und Prophylaxe des Völkermords*, in: *Recht und Politik*, H. 3 (1967), S. 67. Und weiter: „Die Diagnose ist schwierig genug, aber immer noch leichter als die Therapie, worunter die Beseitigung der Ursachen verstanden wird.“

⁷⁴ Vgl. dies ebenfalls einfordernd Frank Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, S. 159 und Herbert Jäger, *Interview*, S. 59. Ähnlich, auch mit Verweis auf Jäger, *Makrokriminalität*, a.a.O., S. 7, Möller, *Völkerstrafrecht und internationaler Strafgerichtshof*, a.a.O., S. 237: Erst eine „Auseinandersetzung mit allen Massenverbrechen [eröffnet] überhaupt ... die Möglichkeit eines langfristig anzustrebenden wirklichen Verständnisses der komplexen – wie sich zeigen wird, aber durchaus kriminalitätsstrukturell ähnlichen – Zusammenhänge“.

⁷⁵ Ders., *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, Olten und Freiburg, erschienen erstmals 1967; 2. Auflage Frankfurt am Main 1982. Vgl. dazu auch das Entsetzen Jägers darüber, dass „das Buch nicht überholt war“, als er 1982 die zweite Auflage begleitete: „Ich hätte eigentlich gedacht ...: Da sind Erkenntnisse. Es kommen Anschlussforschungen. Die korrigieren und verbessern und differenzieren. Aber davon gab es nichts. Das finde ich deprimierend. Ich denke, was 1982 galt, gilt noch heute. ... Der einzige Autor, der in einem zentralen Punkt in ähnliche Richtung gearbeitet hat, war Goldhagen.“ So Jäger im Jahr 2006 in dem Interview von Horstmann/Litzinger, a.a.O., S. 59.

⁷⁶ Ders., *Hitlers willige Vollstrecker. Ganz normale Deutsche und der Holocaust*, Berlin 1996.

und *Christopher Browning*⁷⁷ einschlägige Studien vorgelegt. Internationale Studien, die selbige Fragen für andere historische Makroverbrechen erörtert haben, fehlen bislang, und zwar aus durchaus nachvollziehbaren Gründen⁷⁸. Bei der Suche nach einer Antwort auf die Frage, welche individuellen Handlungsspielräume den unterschiedlichsten Völkerverbrechern der vergangenen Jahrzehnte jeweils zu welchen Zeiten offengestanden haben und aus welchen Gründen diese, wenn bestehend, nicht genutzt wurden⁷⁹, muss man sich daher gegenwärtig noch auf die Forschungsergebnisse stützen, die zur Shoah vorliegen.⁸⁰

aa) Spielräume für abweichendes Handeln

Und diese Forschung hat bislang durchaus Belastbares und Verallgemeinerungsfähiges zutage gebracht. So ist vor allem eine hierbei gewonnene Erkenntnis wichtig, die als weitgehend gesichert gelten kann und bei deren Formulierung das (Völker-)Strafrecht als Schuldstrafrecht maßgeblich beteiligt war und auf die ein die Schuldfeststellung voraussetzendes Völkerstrafrecht notwendig auch immer angewiesen ist: nämlich diejenige, dass die (völker-)strafrechtlich relevanten Taten zumeist aus einer zwar mehr oder weniger beschränkten, aber niemals völlig beseitigten Freiheit heraus begangen wurden, die überwältigende Anzahl der Täter also angepasst *und* freiwillig handelte.⁸¹

Für die prozessuale Schuldfeststellung ist dies bedeutsam, weil zumindest der so genannte normative Schuldbegriff, der als herrschend angesehen werden muss,

⁷⁷ Ders., *Ganz normale Männer. Das Reserve-Polizeibataillon 101 und die „Endlösung“ in Polen*, Reinbek bei Hamburg, 4. Aufl. 2007, 1. Aufl. 1996.

⁷⁸ Insofern müssten verbrecherische Regime unterschiedlichster Art untersucht werden, etwa der Völkermord der Türken an den Armeniern, die Verbrechen des Stalinismus etwa in der Sowjetunion, die über Jahrzehnte hinweg verübten Verbrechen des Apartheidregimes an der schwarzen Bevölkerung Südafrikas, die Rassentrennung der USA oder der Krieg der USA in Vietnam, der der Franzosen in Algerien, die Taten der Südamerikanischen Diktaturen etwa in Argentinien oder Chile, die Verbrechen im Kontext des Jugoslawischen Bürgerkriegs bis hin zum Völkermord in Ruanda. All dies genau und vergleichend zu untersuchen, setzte freilich ein internationales und interdisziplinäres Makroforschungsprojekt voraus.

⁷⁹ Ausnahmen bilden die Untersuchungen von Möller, *Völkerstrafrecht und internationaler Strafgerichtshof*, a.a.O., S. 19-217, die, beginnend mit den Kreuzzügen, diverse Massenverbrechen gegenüberstellen, und die von Harald Welzer, *Täter*, a.a.O., der zumindest kurz auf die Völkerverbrechen in Vietnam und Jugoslawien eingeht, a.a.O., S. 235ff., und hier Parallelen zu den Massenmorden des NS im Zweiten Weltkrieg aufzeigt.

⁸⁰ Wobei zumindest Neubacher davon ausgeht, dass die hierzu gewonnenen Erkenntnisse gleichsam eine Art Matrix von Völkerverbrechen beschreiben, vgl. dens., *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O. S. 236, 237. Ähnlich auch Möller, *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof*, a.a.O., S. 237, wonach die Völkerverbrechen allesamt „kriminalitätsstrukturell ähnlich“ seien. Und schließlich will auch Jäger seine spezifisch zum NS-Unrecht gewonnenen Erkenntnisse als „Verbrechen unter totalitärer Herrschaft“, vgl. dens., a.a.O., verallgemeinern. Jäger begründet in seiner *Makrokriminalität* schließlich auch, dass die unterschiedlichen Völkerverbrechen allesamt wegen diverser Gemeinsamkeiten durchaus vergleichbar seien. A.a.O., S. 47.

⁸¹ vgl. dazu noch Weiteres unten.

abstrakt davon ausgeht, dass die Schuld des Täters auf seiner Freiheit gründet, sich bewusst für die Begehung des Unrechts entschieden zu haben. Und das meint eben auch, dass zumutbare Alternativen zu dem ihm vorgeworfenen Verhalten tatsächlich bestanden haben, aber nicht erwogen, jedenfalls aber nicht genutzt wurden.⁸²

In der bisherigen Forschung und Rechtsprechung zur Shoah ist diese behauptete Freiheit vor allem in dreierlei Hinsicht in Zweifel gezogen, aber nicht widerlegt worden.

(1) Zum einen wurde mit Blick auf gruppensdynamische 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.⁸³

(2) Zudem wurde problematisiert, ob den Tätern, die meist durch eine ideologische Schulung gegangen oder entsprechend sozialisiert waren, bei ihren Handlungen nicht die Einsicht fehlte, Unrecht zu tun⁸⁴ (vgl. § 17 StGB), ob also, wie *Hannah Arendt* es formulierte, der totalitäre Täter nicht möglicherweise „unter Bedingungen [handelt], die es ihm beinahe unmöglich machen, sich seiner Untaten bewusst zu werden“.⁸⁵

(3) Und schließlich fragte man sich, ob die Anpassung an verbrecherische Normen und Befehle nicht im großen Stil durch Drohungen, etwa mit Sanktionen, erzwungen wurde, was für das Strafrecht bedeutete, dass der Täter in einem Befehls- oder Nötigungsnotstand (vgl. § 35 StGB)⁸⁶ gehandelt haben und deshalb entschuldigt gewesen sein könnte.⁸⁷ Dies gilt inzwischen jedoch als bloßer „Mythos“.⁸⁸

⁸² Vgl. auch Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 433: „Der herkömmliche Schuldbegriff operiert mit der Vorhaltung des Anders-Handeln-Könnens.“ Zu diesem streitigen (normativen) Schuldbegriff im deutschen Strafrecht vgl. Claus Roxin, *Strafrecht AT*, Bd. I, S. 721ff., 732f. Zu der von diesem Streit eher wenig berührten Diskussion um die Schuldfeststellung im Völkerstrafrecht vgl. Werle, *Völkerstrafrecht*, a.a.O., Rn 539ff.; Kai Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze zu einer Dogmatisierung*, Berlin 2002, S. 125, 362ff., 525ff.

⁸³ Vgl. dazu vor allem Herbert Jäger, *Makrokriminalität*, a.a.O., S. 151ff., 173ff.

⁸⁴ vgl. Jäger, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, a.a.O., S. 183ff.

⁸⁵ Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem*, a.a.O., S. 400f.

⁸⁶ Noch zu § 54 a.F. StGB (heute § 35 StGB), zu dem die meisten Urteile zu NS-Tätern ergingen. Vgl. die Urteilsnachweise bei Herbert Jäger, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, a.a.O., S. 83ff.

⁸⁷ Untersucht von Herbert Jäger, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, a.a.O., S. 83ff.

⁸⁸ Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 229; Jäger, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, a.a.O., S. 81; Welzer, *Täter*, a.a.O., S. 86.

(1) Gruppeneinflüsse

Zu der heute kaum noch diskutierten Frage der Gruppeneinflüsse sei unterstrichen, was schon Jäger im Rahmen seiner Untersuchung zur *Makrocriminalität* feststellte, dass ein (die auf Freiheit gründende) Schuld unterstellendes Strafrecht zweifellos fiktiv arbeitete, wenn die „Gruppenforschung tatsächlich eindeutige Belege für die völlige Fremdsteuerung ... in bestimmten kollektiven Ausnahmesituationen vorlegen ... könnte“⁸⁹. Dies habe die Forschung aber weder damals noch bis heute ergeben.⁹⁰ Insofern sei hier auch auf die neueren Beiträge von Neubacher⁹¹ und Werle⁹² verwiesen, die Derartiges ebenfalls nicht behaupten.⁹³

Dies heißt nun zwar nicht, dass die zweifellos wirksame Gruppendynamik bei der Begehung der Völkerverbrechen für die hier behandelte Frage irrelevant wäre. Im Gegenteil zielte die Forderung des Strafrechts nach nonkonformem abweichenden Verhalten gerade auf Devianz in solchen Situationen, in denen diese gegenüber Angehörigen derselben potentiellen Tätergruppe erfolgen müsste. Gerade der unbestreitbare Prozess, dass die Anpassung an verbrecherisches Handeln anderer und die Unterordnung unter Befehle aus Gruppen- und Konformitätsdruck erfolgen⁹⁴ - im Besonderen auch aus Kameradschaftsgeist heraus, dem nach Haffner „Dezivilisierungsmittel par excellence“⁹⁵ -, soll jedoch durch das Strafrecht angegriffen und verhindert werden. Ein Strafrecht aber, das dieselben stets wiederkehrenden Mechanismen zur Tatbegehung, denen es vorbeugen will, zugleich entschuldigend wirken lassen wollte, höbe sich selbst auf.

⁸⁹ Jäger, *Makrocriminalität*, a.a.O., S. 177.

⁹⁰ Adalbert Rückerl unterstreicht in seinem *Nachwort zur Neuauflage* von Herbert Jäger, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, a.a.O., S. 391ff., im Jahr 1982, Jägers Ergebnisse hätten „nicht nur in vollem Umfange ihre Bestätigung gefunden; sie wurden vielmehr in manchen Punkten noch weiter untermauert“. A.a.O., S. 393. Ähnlich die Einschätzung Goldhagens 1996, der sich ebenfalls auf Jäger bezieht, vgl. ders., *Hitlers willige Vollstrecker*, a.a.O., S. 559f., und ebenso die bislang genannten Autorinnen und Autoren, die keines der Ergebnisse Jägers in Zweifel ziehen.

⁹¹ Ders., *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., insbes. S. 222ff., aber auch S. 215ff., 240ff., 430f. Neubacher zufolge soll der Konformitätsdruck bei so genannten Mitläufern dahin gehend berücksichtigt werden, dass das Maß der Schuld herabgesetzt werde. A.a.O., S. 433.

⁹² Ders., *Völkerstrafrecht*, a.a.O., Rn 539ff., 555ff., der im Kontext der dogmatischen Erörterung zum Schuldausschluss gruppenspezifische Prozesse nicht erwähnt.

⁹³ Auch der insoweit zuerst einmal vielversprechend klingende *Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, a.a.O., von Kai Ambos äußert sich hierzu nur knapp, a.a.O., S. 526ff., 536ff. und teilt insoweit die Ansichten Jägers.

⁹⁴ Vgl. dazu dann auch noch näher die Fallschilderungen Brownings und Welzers unten.

⁹⁵ Vgl. die autobiographischen Reflexionen Sebastian Haffners, *Geschichte eines Deutschen*, a.a.O., S. 281, und die Erörterung derselben durch Welzer, *Täter*, a.a.O., S. 115f. Haffner schreibt: „Wenn wir – Referendare immerhin, Akademiker mit intellektueller Schulung, angehende Richter und gewiß nicht durch die Bank Schwächlinge ohne Überzeugungen und ohne Charakter – ... binnen wenigen Wochen zu einer ... gedankenlos-leichtfertigen Masse geworden waren, ... dann waren wir dies durch Kameradschaft geworden.“ Dies wird sehr klar bestätigt durch die Studie Brownings, *Ganz normale Männer*, a.a.O., vgl. etwa S. 105ff., 240f.

(2) Unrechtsbewusstsein

Auch die Frage des fehlenden Unrechtsbewusstseins muss mit ähnlichen Überlegungen beantwortet werden. Die Gerichte haben die Problematik des mitunter schwer feststellbaren Bewusstseins, Unrecht zu tun, in den wenigsten Fällen derart gewichtet, dass ein Täter von der Verantwortung für seine Tat vollständig entlastet wurde.⁹⁶ Insofern müssten stets die einzelnen Fälle genauer betrachtet werden.⁹⁷ Jäger kam in seiner Studie zu den Verbrechen der Shoah zumindest zu dem Ergebnis, dass den Tätern das „Unrechtsbewusstsein jedenfalls nicht in einem epochalen Sinn gefehlt“⁹⁸ habe, es dieses vielmehr auch „im Bereich der totalitären Kriminalität gegeben hat“.⁹⁹

Die fortgesetzte Anerkennung eines solchen Schuldaußschlusses wäre daneben – jedenfalls für die Zukunft des Völkerstrafrechts – ebenso wie die entschuldigende Bewertung von Gruppeneinflüssen geradezu widersinnig. Denn ein Strafrecht, das insbesondere ein Bewusstsein von der universellen Geltung der Menschenrechte gerade auch gegenüber staatlichen Direktiven schaffen will, kann nicht im gleichen Atemzug in einer entschuldigenden Weise anerkennen, dass dieses Bewusstsein durch Einflüsse derselben staatlichen Struktur geschwächt oder gar aufgehoben worden sei. Auch hierdurch führte es sich sonst selbst auf lange Sicht *ad absurdum*.¹⁰⁰

⁹⁶ vgl. Jäger, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, a.a.O., S. 183ff.; Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 230ff. Auch im Rahmen der Aufarbeitung des DDR-Unrechts wurde durch die Landgerichte und den BGH zwar meist ein das Unrechtsbewusstsein tangierendes Verbotirrtum nach § 17 StGB zugestanden, etwa bei NVA-Soldaten, die an der Mauer auf Befehl geschossen hatten, indes wurde dieser so gut wie immer als vermeidbar bezeichnet, so dass die Schuld zwar gemindert, aber nicht aufgehoben war. Vgl. dazu beispielhaft die Nachweise bei Herwig Roggemann, *Systemunrecht und Strafrecht am Beispiel der Mauerschützen in der ehemaligen DDR*, Berlin 1993, S. 94ff., 99f. (Fall Gueffroy), S. 122, 154 (Fall Schmidt).

⁹⁷ vgl. Jäger, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, a.a.O., S. 324, 325.

⁹⁸ Jäger, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, a.a.O., S. 164. Gleichwohl müsse man 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“. A.a.O., 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 oft genug nicht gerecht werden können.

⁹⁹ Jäger, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, a.a.O., S. 324.

¹⁰⁰ Vgl. dazu auch mit ähnlicher Überlegung Jäger, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, a.a.O., S. 183f. Gleiches gilt im Übrigen auch für die so genannte „Gehilfenrechtsprechung“ des BGH zu den NS-Tätern unterer Ebene, also für eine Rechtsprechung, die selbst den direkt und ganz eigenverantwortlich handelnden Tätern zubilligte, wegen des angeblich fehlenden „Täterwillens“ (und eines bloßen „Teilnehmerwillens“) nicht wirklich Täter, sondern nur Teilnehmer (Gehilfe) an einer für sie ganz fremden Tat gewesen zu sein und die dadurch die eigene Verantwortung des Handelnden für seine Tat verschleierte. Zur Kritik an dieser Form von „Herunterdogmatisierung“ von Verantwortung vgl. statt vieler Joachim Perels, *Die Aushöhlung des Rechtsstaates durch die Umwandlung von NS-Tätern in Gehilfen*, a.a.O., S. 203 ff.; Adalbert Ruckerl, *Nachwort zu Jägers Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, a.a.O., S. 393ff.

(3) Mythos Befehlsnotstand

Zum Mythos des Zwanges durch Befehl und/oder Nötigung sei auf die inzwischen doch einhellig konsentierten Erkenntnis verwiesen, dass in der gerichtlichen Aufarbeitung des NS-Unrechts und auch in der sonstigen Forschung kein Fall bekannt ist, in dem ein Gericht einem Täter einen entschuldigenden Notstand zubilligte, weil dieser mit erheblichen Sanktionen hätte rechnen müssen.¹⁰¹ Im Gegenteil werden immer wieder, etwa bei *Jäger*, *Browning* und *Neubacher*¹⁰², zahlreiche Beispiele aufgezählt, in denen sich Personen der Ausführung von Befehlen verweigerten, ohne dass diese sich entsprechenden Gefahren ausgesetzt hätten.¹⁰³ Die Nachteile, die den Befehlsverweigerern drohten, lassen sich, so sämtliche Forschungen, reduzieren auf (Front-)Versetzen, Rügen und Degradierungen¹⁰⁴, wenn überhaupt Sanktionen erfolgten.¹⁰⁵

bb) Verhaltenserwartungen

Aus den genannten zahlreichen Beispielfällen, die durch die forensische Forschung näher dargestellt wurden, konnte die Rechtsprechung zum Notstand schließlich vergleichsweise konkrete Verhaltenserwartungen extrahieren und auch konkretes alternatives Verhalten benennen, das in den jeweiligen kriminogenen Situationen möglich gewesen wäre, um die Begehung von Straftaten zu vermeiden.¹⁰⁶ Die hierzu jedenfalls von der Deutschen Rechtsprechung zum NS-Unrecht thematisierten alternativen Handlungsoptionen hat *Jäger* analysiert und wie folgt zusammengefasst¹⁰⁷:

¹⁰¹ *Jäger*, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, a.a.O., S. 94ff.; Adalbert Rückerl, *Nachwort zur Neuauflage von Jäger, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, a.a.O., S. 391ff., 397; *Neubacher*, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 431.

¹⁰² *Ders.*, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 227f., m.w.N., insbesondere auf Gerhard Schreiber, *Deutsche Kriegsverbrechen in Italien. Täter, Opfer, Strafverfolgung*, München 1996, S. 48, m.w.N.

¹⁰³ Vereinzelt anerkannt wurden indes so genannte Putativnotstände, also im weitesten Sinne solche Notstandslagen, die sich die Täter einbildeten, indem sie irrtümlich von Gefahrenlagen ausgingen, die tatsächlich aber nicht bestanden. Vgl. zu diesen Fällen wiederum *Jäger*, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, a.a.O., S. 92f.

¹⁰⁴ Vgl. mit weiteren Nachweisen *Neubacher*, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 227f., 228.

¹⁰⁵ Dass dies vielfach auch schlicht gar nicht der Fall war, insbesondere wenn es um Massenerschießungen ging, zeigt die Studie von *Browning*, *Ganz normale Männer*, a.a.O., sehr deutlich.

¹⁰⁶ Und das, wenn es an den Tag gelegt wurde, in der Lage war, einer unbestimmten Vielzahl von Menschen das Leben zu retten. Vgl. *Neubacher*, *Kriminologische Grundlagen*, S. 237; *Jäger*, *Versuch über Makrokriminalität*, in: StV 1988, S. 172ff., 177.

¹⁰⁷ *Herbert Jäger*, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, a.a.O., S. 85ff., S. 94ff. mit zahlreichen Einzelfällen zur Verweigerung von Befehlen und Umgehung von angeordneten Verbrechen.

„Die Verhaltensalternativen, die ... erwogen worden sind, sind vielfältig. Sie 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.“¹⁰⁸

Auch *Hans Buchheim* ging schon einige Jahre vor *Herbert Jäger* diesen Fragen nach und unterschied aus den von ihm gewonnenen Forschungsergebnissen zu den Handlungsspielräumen der NS-Täter drei Modalitäten möglicher Befehlsverweigerung oder Befehlsumgehung. Zum einen sei dies 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“¹⁰⁹. Zum Zweiten durch sachliche Einwände gegen Aktionen, ohne deren Legitimität grundsätzlich in Zweifel zu ziehen¹¹⁰, und zum Dritten aufgrund diverser anderer Möglichkeiten, sich den Befehlen stillschweigend zu entziehen, d.h. sich zu drücken¹¹¹ - was auch in *Brownings* Studie deutlich wird¹¹² - oder sich in einer anderen Funktion unentbehrlich zu machen.¹¹³

Dass damit also auch in den sogenannten totalitären Verbrechenszusammenhängen zahlreiche unterschiedliche Spielräume zum abweichenden Handeln bestehen, wird neuerdings auch durch die Forschungen der Organisationssoziologie unterstrichen. So verweist etwa *Neubacher* gegen die immer wiederkehrende Unterstellung fehlender Handlungsspielräume in totalitären Handlungszusammenhängen auf Erkenntnisse dieser Disziplin, wonach bei

¹⁰⁸ Herbert Jäger, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, a.a.O., S. 85f. mit zahlreichen entsprechenden Quellenhinweisen zur jeweiligen Rechtsprechung.

¹⁰⁹ Hans Buchheim, *Totalitäre Herrschaft. Wesen und Merkmale*, München 1962, S. 352.

¹¹⁰ Buchheim, *Totalitäre Herrschaft*, a.a.O., S. 353.

¹¹¹ Buchheim, *Totalitäre Herrschaft*, a.a.O., S. 360.

¹¹² Browning, *Ganz normale Männer*, a.a.O., S. 86ff., insbes. S. 94f., S. 98f. oder S. 224: Befehle stillschweigend nicht ausführen, sich irgendwo herumdrücken, möglichst viel Zeit mit anderen Aufgaben verbringen, sich verstecken.

¹¹³ Buchheim, *Totalitäre Herrschaft*, a.a.O., S. 360.

„jeder Zusammenarbeit von Menschen ... spezifische Interaktions- und Kommunikationsmuster [entstehen], die in einer gewissen Konkurrenz zueinander stehen und deshalb selbst dort noch Spielräume und (Selbst-)Kontrollmöglichkeiten eröffnen, wo die Einbindung in einer Organisation sehr eng ist.“¹¹⁴

Diese Spielräume resultierten aus der Divergenz zweier Organisationsnormen, zweier so genannter *codes*. Auch in verbrecherischen Organisationen bilde sich ein offizieller *first code* aus formalen Verhaltensregeln aus, daneben aber auch ein *second code* informeller Regeln. Weil die Divergenz von *first* und *second code* nicht selten sei, eröffneten sich hierin Spielräume jenseits der formellen Anforderungen für individuelles abweichendes Handeln.¹¹⁵ Und genau diese Spielräume wie auch entsprechende Handlungen sind in der Forschung zu abweichendem Verhalten im Kontext der Shoah vielfach zu erkennen.

Die hier aufgeführten Beispiele zum alternativen nonkonformen Handeln, die *Buchheim* „die Opposition des Ja – aber“¹¹⁶ nannte, machen schließlich auch deutlich, dass es bei dem, was das Völkerstrafrecht zur Prävention der Verbrechen verlangt, durchaus nicht immer um ausdrückliche und demonstrative Befehlsverweigerung gehen muss, und schon gar nicht um aktiven Widerstand, etwa Attentate oder Sabotage, sondern „dass den rechtlichen Anforderungen jede auch noch so unheroische Befehlsumgehung genügt haben würde“, wie *Jäger* es noch 1967 mit Blick auf die Strafbarkeit nach nationalem Recht formulierte.¹¹⁷ Das Strafrecht orientiert sich also, wie es auch *Neubacher* explizit unterstreicht, mit „seinem Schuldvorwurf gewiss nicht an Heroen“¹¹⁸, verlangt also kein stark moralisch aufgeladenes heldenhaftes Handeln, sondern fordert, wenn man so will, lediglich ein ethisches Minimum des „Nichtmitmachens“ im Sinne möglichst effektiver Vermeidungsstrategien.¹¹⁹

¹¹⁴ Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 230, m.w.N.

¹¹⁵ Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 230, m.w.N.

¹¹⁶ Buchheim, *Totalitäre Herrschaft*, a.a.O., S. 353.

¹¹⁷ Jäger, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, a.a.O., S. 87, m.w.N. zur Rechtsprechung a.a.O., S. 85, Anm. 17.

¹¹⁸ Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 433.

¹¹⁹ Eine möglicherweise gesteigerte Anforderung an die Täter könnte aber erhoben werden, wenn eigenes Verschulden feststellbar wäre, sich selbst in eine Lage gebracht zu haben, in der man mit verbrecherischen Befehlen jederzeit konfrontiert sein würde. Hierzu untersuchten die Gerichte in den NS-Verfahren auch die persönliche und politische Entwicklung des Täters. So gab es, wie es Jäger, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, a.a.O., S. 87, formuliert, Funktionäre, die ohne eigenes Zutun zu verbrecherischen Aktionen

cc) Normative Ansprechbarkeit - Motive und Einstellungen

Wenn dann also in den meisten makrokriminogenen Situationen des Völkerstrafrechts hinreichend individuelle Handlungsspielräume bestanden haben, um sich den geforderten Verbrechen zu entziehen, und wenn sich auch ein, eventuell auch beschränktes Bewusstsein, der Täter von dem Unrecht ihrer Taten regelmäßig unterstellen lässt, weil Letzteres selbst durch totalitäre Indoktrination nicht vollständig neutralisiert werden kann¹²⁰ und weil weder gruppenspezifische Effekte noch totalitäre Befehlslagen die Handlungs- und Steuerungsfreiheit entscheidend einschränken und zur Konformität mit verbrecherischen Imperativen zwingen, so stellt sich die für das Problem der normativen Ansprechbarkeit entscheidende Frage, was die Täter dann dazu bewogen haben mag, sich den verbrecherischen Erwartungen angepasst und sich eben nicht „der Peinlichkeit nonkonformen Verhaltens“ ausgesetzt zu haben¹²¹.

Sieht man von den möglicherweise pathologisch strukturierten sadistischen Exzess- und/oder Überzeugungstätern einmal ab¹²², so hat man es, wie es jedenfalls sämtliche neuere Forschungen nahelegen¹²³, in der Regel aller Völkerverbrechen mit „ganz normalen“¹²⁴ Menschen zu tun, im Zweifelsfall freilich mit Männern.

hinzugezogen wurden, sich also unversehens mit einem solchen Befehl konfrontiert sahen, während in anderen Fällen „die Tatsituation nur als die logische Konsequenz einer oft steilen politischen Karriere erscheint, die auf derartige Terrorfunktionen folgerichtig zusteuerte“. Dafür, ob jemand sich freiverantwortlich in entsprechende Tatsituationen manövriert hatte, war auch bedeutsam, ob „die Weichen rechtzeitig gestellt“ wurden, so Jäger, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, a.a.O., S. 87, ob die Täter sich also rechtzeitig, d.h. sobald erkennbar war, welche Anforderungen auf sie zukommen würden, bemüht hatten, sich „voraussehbaren Befehlssituationen“ zu entziehen. Vgl. Jäger, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, a.a.O., S. 87. Und wenn sich jemand eben „in vorwerfbarer Weise der Gefahr ausgesetzt hatte, durch Drohungen für Leib oder Leben zum Verbrechen bestimmt zu werden“, so waren diesem „unter Umständen ganz andere Auswege zuzumuten, als wenn er unverschuldet in diese Lage geraten wäre“, vgl. OGHSt 2, 228 und 3, 229; ebenso BGH 4 StR 760/52, zitiert nach Jäger, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, a.a.O., S. 88.

¹²⁰ In aller Regel findet sich bei den Tätern nämlich doch ein durch vergleichsweise „normale“ Sozialisationsprozesse in die elementaren moralischen Prinzipien von „Gut und Böse“ oder „Recht und Unrecht“ eingeübtes Bewusstsein.

¹²¹ Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 431. Browning, *Ganz normale Männer*, a.a.O., spricht von der Unfähigkeit, „offen nonkonformes Verhalten“ zu zeigen. A.a.O., S. 241.

¹²² Zu der Kategorie des Exzess-Täters vgl. die Studie Jägers, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, a.a.O., S. 77, der die Anzahl dieser Täter auf ca. 20 % schätzt. Seine Schätzung beruht auf den Verurteilungszahlen der von ihm ausgewerteten Urteile der Jahre 1958-1963. Jäger nimmt hier aber keine Stellung zu einem möglichen pathologischen Hintergrund solcher Täter.

¹²³ Und wie es auch schon früh (1961) von Raul Hilberg mit Blick auf die Shoah vertreten wurde, vgl. ders., *The Destruction of the European Jews*, dt. Ausgabe: *Die Vernichtung der europäischen Juden. Die Gesamtgeschichte des Holocaust*, Berlin 1982.

¹²⁴ Normalität der Täter betonen Browning und Goldhagen in ihren Titeln gleichermaßen. Vgl. auch Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, S. 239; Welzer, *Täter*, a.a.O., S. 42f.; ein Überblick über Ansätze der Interpretation liefert Gerhard Paul, *Von Psychopathen, Technokraten des Terrors und >ganz gewöhnlichen<*

Exemplarisch formuliert *Welzer*, dass die Gewalt und Tötungsvorgänge von „ganz gewöhnlichen Menschen, aus ganz normalen Familien mit normalen Problemen“ ausgeführt worden seien, die sich „hinsichtlich ihrer Sozialisations- und Herkunftsmerkmale, ihrer Religions- und Schichtzugehörigkeit, ihres Alters, Geschlechts etc. in keiner Weise von der Gesamtbevölkerung“ unterschieden.¹²⁵

aaa) Pathologie des Normalen

Man kann nun in dialektischer Weise diese „Normalität“ selbst auf pathologische Strukturen hin untersuchen¹²⁶, wie es *Adorno* schon 1959, also schon acht Jahre vor dem großangelegten kriminologischen Zugriff *Jägers* auf das Thema, in seinem Aufsatz „Was bedeutet: Aufarbeitung der Vergangenheit“ getan hat.¹²⁷ Er betonte hier als zentrale Ursache der zum NS verhandelten Verbrechen die Bereitschaft zur willfährigen Anpassung¹²⁸, nachdem er jene in Völkerverbrechen – neben den Überzeugungstätern – stets und massenhaft anzutreffenden „normalen“ Tätertypen betrachtet hatte, die er für Täter „autoritätsgebundenen“ Charakters hielt. Diese seien definiert durch „ein Denken nach den Dimensionen Macht – Ohnmacht, Starrheit und Reaktionsunfähigkeit, Konventionalismus, Konformismus, mangelnde Selbstbesinnung, ... mangelnde Fähigkeit zur Erfahrung“. Jene Täter, so *Adorno*, identifizierten „sich mit realer Macht schlechthin, vor jedem besonderen Inhalt“. Im Grunde verfügten sie „nur über ein schwaches Ich und bedürfen darum als Ersatz der

Deutschen. Die Täter der Shoah im Spiegel der Forschung, in: Gerhard Paul (Hg.), *Die Täter der Shoah. Fanatische Nationalsozialisten oder ganz normale Deutsche?*, Göttingen 2002, S. 13ff.

¹²⁵ *Welzer, Täter*, a.a.O., S. 42, 43; dies gelte genauso für die von ihm untersuchten Tätergruppen im Bürgerkrieg im ehemaligen Jugoslawien und im Vietnamkrieg der USA, a.a.O., S. 42.

¹²⁶ Vgl. insoweit auch dessen dialektische 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*, Frankfurt am Main 1964 (verfasst 1944), S. 69, 70; ähnlich ders., in: *Negative Dialektik*, a.a.O., S. 147, „Schwäche der herrschenden Gesundheit“.

¹²⁷ So interpretiert auch Moshe Zuckermann, *Arendt und Eichmann*, a.a.O., S. 678f. die Untersuchungen Adornos: „Begreift man aber diese Individualpathologie der sich am Autoritären festmachenden Ich-Schwäche als soziologische Prädisposition dessen, was man den bürokratischen Geist nennen könnte, so manifestiert sich in der Person Eichmanns, wie sie Arendt wahrgenommen hat, in der Tat paradigmatisch, dass das individuell Pathologische des autoritären Charakters unter objektiven Bedingungen bürokratisierter Mentalität ins Monströse umzuschlagen vermag. Verfolgt man diese grauenerregende Einsicht konsequent, dann bedarf es im industrialisierten, bürokratisch geplanten und administrativ verwalteten Kontext der Massenvernichtung keiner enthusiasmierter Judenhasser und brachialer Sadisten, um »das Werk« zu verrichten. Erforderlich ist vielmehr genau jene pflichtversessene, moralisch unbekümmerte (bzw. die Moral mit Pflichterfüllung gleichsetzende), einem unerbittlichen Kadavergehorsam sich unterwerfende »Allerweltsexistenz«, deren Prototyp Arendt in Eichmann erkannte.“ A.a.O., S. 679. Zur Psychologie Eichmanns und zum Prozess gegen diesen vgl. auch noch weiter unten.

¹²⁸ Theodor W. Adorno, *Was bedeutet: Aufarbeitung der Vergangenheit*, in: Adorno, *Gesammelte Schriften*, Bd. 10/2, Kulturkritik und Gesellschaft II, S. 555, 571.

Identifikation mit großen Kollektiven und der Deckung durch diese“.¹²⁹ Prävention bedeutete Adorno daher die Aufklärung, die Erzeugung eines „hellen Bewusstseins“¹³⁰ über diese subjektiven Dispositionen. „Aufarbeitung der Vergangenheit als Aufklärung [ist daher, V.R.] wesentlich solche Wendung aufs Subjekt, Verstärkung von dessen Selbstbewusstsein und damit auch von dessen Selbst.“¹³¹

bbb) situative Ansätze

Selbst wenn Adorno zu seinen Thesen auch mit Hilfe der umstrittenen „Studien zum autoritären Charakter“¹³² gelangte, auf die er hier begrifflich rekurriert, weisen diese doch bemerkenswerte Ähnlichkeiten mit den Täterbeschreibungen der neueren kriminologischen Forschung auf¹³³, die von einer dispositionellen, insbesondere einer die Täter pathologisierenden Perspektive Abstand nehmen will, um primär die Handlungssituation selbst zu analysieren.¹³⁴ So lassen sich etwa in den schon genannten Arbeiten Jägers, Brownings, Neubachers, Welzers und Möllers stets folgende Beschreibungen der Einstellungen und Beweggründe¹³⁵ der Täter finden:

¹²⁹ Adorno, *Was bedeutet: Aufarbeitung der Vergangenheit*, a.a.O., S. 561, 562. Auch daher rührt die sich in der *Negativen Dialektik*, S. 283, anschließende Überlegung, dass das Strafrecht „den Schuldigen die Ehre einer Freiheit antut, die ihnen nicht gebührt“, weil sie „real“ unfrei waren. Man kann und muss an dieser Stelle womöglich noch etwas weiterdenken, was hier aber nur angedeutet werden kann und was auch Adorno meist nur andeutete: Womöglich sind die fehlende Fähigkeit zur Erfahrung, das fehlende Selbstbewusstsein und die fehlende Ich-Stärke auch auf einer gleichsam mimetischen Ebene relevante Ursache der Verbrechen. Die Tötung, insbesondere die gleichgültige, routinierte und gewissenlose Tötung eines Menschen kommuniziert als Handlung gleichsam performativ, dass der Mörder sich über das Besondere, das Einmalige und das Unwiederbringliche des getöteten Subjektes nicht bewusst ist oder es bewusst leugnet. Die Leugnung des Besonderen ist Ausdruck des falschen Allgemeinen des Täters, seiner Unfreiheit. Er existiert an sich nicht als Subjekt und tötet daher auch ohne Erfahrung der Bedeutung, besonderes Subjekt zu sein, nicht nur willfährig, sondern überantwortet sich als Soldat im Krieg zugleich vergleichsweise blind der hohen Gefahr, selbst getötet zu werden. Die anscheinend nicht bewusst empfundene und verdrängte Bedeutungs- und Wertlosigkeit des eigenen Lebens, die der angepasste Täter mit Hilfe der Identifikation mit Überhöhtem, etwa Nationen, anderen Kollektiven oder abstrakten Werten (Ehre, Treue) auszugleichen versucht, agiert er gleichsam mimetisch am Opfer ab.

¹³⁰ Adorno, *Was bedeutet: Aufarbeitung der Vergangenheit*, a.a.O., S. 555.

¹³¹ Adorno, *Was bedeutet: Aufarbeitung der Vergangenheit*, a.a.O., S. 571.

¹³² Adorno, *Studies in the Authoritarian Personality*, in: Th. W. Adorno, *Gesammelte Schriften*, Bd. 9.1, Soziologische Schriften II, S. 143 ff. Ablehnend kritisch zu diesem Ansatz etwa Welzer, *Täter*, a.a.O., S. 43; zustimmend Moshe Zuckermann, *Arendt und Eichmann*, a.a.O., S. 678ff.

¹³³ Was mit Blick auf die kritisierten Studien Adornos bedeuten kann, dass der dort diagnostizierte Charakter oder Teile davon so weit verbreitet sind, dass potentiell jedes Unrechtsregime weltweit zu jeder Zeit genug „willige Vollstrecker“ fände, so es diese denn suchte. Dies erklärte womöglich – idiosynkratisch –, warum so viele, auch Wissenschaftler, meist heftig abwehrend auf die Thesen Adornos reagierten. Vgl. neuerdings wieder Welzer, *Täter*, a.a.O., S. 43, dem zufolge Adornos Ansatz „untauglich“ zur Erklärung der Taten sei.

¹³⁴ Ausdrücklich etwa Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 239.

¹³⁵ Eine Ausnahme in der neueren Forschung bildet freilich Daniel Goldhagen, für den prinzipiell alle Täter antisemitische Überzeugungstäter waren. Vgl. Daniel J. Goldhagen, *Hitlers willige Vollstrecker. Ganz normale*

Autoritätsgläubigkeit und blinder Gehorsam, Gruppendruck (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 Bequemlichkeit¹³⁶, Gleichgültigkeit und – oft relevant – die Umbewertung des eigenen Verhaltens in ein letztlich doch Ehrenhaftes oder jedenfalls nicht Verantwortliches, so genanntes Neutralisieren¹³⁷.

Man kann sicher darüber diskutieren, ob zahlreiche der genannten Einstellungen und Motive nicht auch dem von Adorno diagnostizierten Charakter entspringen können¹³⁸, muss dies hier aber nicht entscheiden. Denn der Streit zwischen einer dispositionellen und einer situativen Deutung der Taten ist leidig geführt worden¹³⁹ und muss hier nicht wiederholt werden. Festzuhalten ist für das hier formulierte Interesse aber, dass weder die Ergebnisse Adornos zum „autoritären Charakter“ noch die der Laborstudien Milgrams¹⁴⁰ und anderer¹⁴¹ zu Gehorsamsbereitschaft und Konformität¹⁴² und erst recht nicht die eben hier genannten Einstellungen der Täter den Eindruck vermitteln, als müsse ein auf abweichendes, zivilcouragiertes Verhalten zielendes Strafrecht wegen evidenter Aussichtslosigkeit die Segel streichen. Denn Ergebnisse und Deskriptionen zwingen nicht zu der Annahme, die

Deutsche und der Holocaust, Berlin 1996; und stellvertretend für die Kritik hieran, sich auch bereits im Titel distanzierend: Browning, *Ganz normale Männer*, a.a.O., S. 249 ff.

¹³⁶ Fritz Bauer spricht 1965 in seinem Beitrag *Im Namen des Volkes. Die strafrechtliche Bewältigung von Vergangenheit* davon, dass die Täter motiviert waren durch „Machthunger, ... Lust am Fortkommen und ... Karriere“ und sogar aus bloßer „Bequemlichkeit“ töteten. Der Beitrag ist erstmals abgedruckt in: Helmut Hammerschmidt (Hrsg.), *Zwanzig Jahre danach – Eine Deutsche Bilanz 1945–1965*, München u.a. 1965, S. 301 ff.; dann wieder in: Fritz Bauer, *Die Humanität der Rechtsordnung. Ausgewählte Schriften*, Frankfurt am Main 1998, S. 77 ff., S. 83.

¹³⁷ Vgl. zu Mechanismen oder Typen des Neutralisierens etwa Jäger, *Makrokriminalität*, a.a.O., S. 191ff., Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 231f., bes. S. 251ff. Besonders eindringliches Beispiel bei Browning, *Ganz normale Männer*, a.a.O., S. 106f.

¹³⁸ Die oben bereits genannten Schilderungen Jägers zu der „Tätergruppe, bei der jegliches Wertebewusstsein ausschließlich durch seine Übereinstimmung mit der äußeren Autorität bestimmt“ und für die „kollektive ... Eingliederung und Unterwerfung unter äußere Verhaltenserwartungen die >einzige Moral< war“, Jäger, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, a.a.O., S. 324f., sind jedenfalls denen Adornos so ähnlich, dass es hier zahlreiche Überschneidungen geben dürfte.

¹³⁹ Vgl. die Hinweise bei Welzer, *Täter*, a.a.O., S. 43, m.w.N.; vgl. auch Klaus Lüderssen, *Der Auschwitz-Prozess – Geschichte und Gegenwart*, in: Heike Jung u.a. (Hg.), *Festschrift für Egon Müller*, Baden-Baden 2008, S. 423 ff. zum teilweise ähnlich motivierten Streit um die Rezeption des Goldhagen-Buches.

¹⁴⁰ Stanley Milgram, *Das Milgram-Experiment. Zur Gehorsamsbereitschaft gegenüber Autorität*, (1974), Rowohlt Taschenbuch 1982, Reinbek bei Hamburg 1997; vgl. dazu auch Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 216 ff., m.w.N.

¹⁴¹ vgl. zu weiteren ähnlichen Experimenten die Erörterungen von Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 216ff.; Welzer, *Täter*, a.a.O., S. 108ff.

¹⁴² zum Unterschied zwischen beidem vgl. Jäger, *Makrokriminalität*, a.a.O., S. 164f.

Täter seien für die Zumutungen eines eigenverantwortlichen, abweichenden Handelns schon grundsätzlich unansprechbar.

Ob man die strafrechtliche Prävention dabei nunmehr primär personell oder primär situativ verstehen möchte, ist für die Frage des hier vertretenen Strafzwecks jedenfalls insoweit unerheblich, als Prävention ja doch immer *auch* auf einen potentiellen Täter zielte, der in der jeweiligen Situation in der Lage sein müsste, das Unrecht des von ihm Geforderten zu erkennen¹⁴³, der fähig dazu wäre, mögliche Spielräume zu alternativem Handeln auszuloten, und dann sogar noch Willens, sich der „Peinlichkeit des nonkonformen Verhaltens“ auszusetzen. Mit anderen Worten: Es geht hier präventiv, und zwar dann auch situationspräventiv, um nichts anderes als um die schon von *Adorno* geforderte „Erziehung zur Mündigkeit“, auf die hier eingangs verwiesen wurde. Und Völkerstrafrecht muss genau dieses mündige Verhalten einfordern.¹⁴⁴

Und selbst wenn dieses mündige, unangepasste Handeln nicht auf einer Überzeugung von der Richtigkeit der Geltung der Menschenrechte beruhte, also nicht, wenn man so will, intrinsisch ehrenhaft wäre, so wäre es doch ganz unabhängig von dem jeweiligen Motiv immer ein Handeln, das auf einer bewussten Entscheidung beruhte, den Erwartungen einer staatlichen oder quasistaatlichen Normenordnung zu widerstehen.¹⁴⁵ Insofern wäre dieses Handeln im Übrigen selbst dann noch, wenn es, eine abschreckende Wirkung der Strafe einmal unterstellt, tatsächlich in erster Linie auf der Angst vor Bestrafung ruhte, immer noch ein zivil couragiertes.¹⁴⁶

¹⁴³ Vgl. insoweit auch Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem*, a.a.O., S. 64, zum Impliziten der strafrechtlichen Verfahren: „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.“

¹⁴⁴ insofern ganz ähnlich zumindest die Formulierung Möllers, *Völkerstrafrecht und internationaler Strafgerichtshof*, a.a.O., S. 527f., es gehe dem Völkerstrafrecht um „edukative Systemprävention“. Vgl. dazu noch genauer unten.

¹⁴⁵ Vgl. Welzer, *Täter*, a.a.O., S. 113ff., der auf den Charakter der „Entscheidung“ zum Gehorsam verweist. Man sei nicht gehorsam, wie es oft heißt, sondern man entscheide sich dazu, zu gehorchen. Gleiches muss freilich für Entscheidungen zur Konformität oder eben zur Nonkonformität und zum Ungehorsam gelten. Vgl. dazu etwa Browning, *Ganz normale Männer*, a.a.O., S. 12, 245, 246, der die „Wahlmöglichkeiten“ der von ihm untersuchten Täter betont und auf die Offenheit der von den Tätern geführten Diskussionsprozesse verweist, in denen diese über ihre „persönliche Entscheidung“ zum Morden ganz bewusst reflektiert hätten.

¹⁴⁶ Insofern hat Wolfgang Naucke in mündlicher Diskussion zu dem hier Vertretenen angeregt, von einem äußeren und inneren Tatbestand von Zivilcourage zu sprechen und die Erfüllung eines äußeren Tatbestands von Zivilcourage als Ziel des Strafrechts ausreichen zu lassen. Dies machte wohl 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 immer nur hierdurch motiviert sei. Dies ist, wie bislang ausgeführt, jedoch nicht unbedingt nötig.

IV. (strafrechtliche) Diskussion der Zivilcourage bislang

Ob man das Völkerstrafrecht mit einer solchen legitimierenden Zielrichtung versehen könnte, ist bislang nur selten diskutiert worden. Am deutlichsten findet man Hinweise darauf, dass Strafprozesse insoweit eine Funktion haben könnten, bei *Fritz Bauer*.

a) „Recht verlangt Opfer“ (*Fritz Bauer*)

Von ihm, dem ehemaligen hessischen Generalstaatsanwalt, ohne den es den ersten Auschwitz-Prozess¹⁴⁷ (1963-1965) nicht gegeben hätte und der sich in den 50er und 60er Jahren des vergangenen Jahrhunderts zu den Zwecken der Strafverfahren gegen (zu dieser Zeit indes so noch nicht benannte) makrokriminelle Täter mehrfach äußerte, stammen die eindeutigsten Beiträge zu dieser Frage. Er plädierte geradezu vehement dafür, dass es stets Sache des einzelnen Bürgers sei, sich den von ihm geforderten Handlungen zu entziehen, und formulierte die Notwendigkeit, dass die Prozesse so etwas wie Zivilcourage lehren müssten. Ihm zufolge vermittelten die Prozesse nämlich die Lehre, dass künftig die „Bereitschaft zum eindeutigen Nein gegenüber staatlichem Unrecht“ geboten sei. Sie verlangten, dass

„die Menschen auf private und familiäre Vorteile verzichten und auch zu persönlichen Opfern bereit sind, wenn von ihnen gefordert wird, Böses zu tun oder zu tolerieren ... Die Zivilcourage besteht darin, einem bösen Staat zu widerstehen.“¹⁴⁸

Ja sogar das Recht an sich verlange

¹⁴⁷ Vgl. dazu nur das von Irmtrud Wojak im Auftrag des Fritz Bauer Instituts herausgegebene Sammelwerk *Auschwitz-Prozeß 4 Ks 2/63 Frankfurt am Main*, Frankfurt am Main/Köln 2004, das, neben anderem, die Geschichte und Vorgeschichte des Prozesses, S. 247-611, anschaulich aufbereitet und auch einen Überblick gibt über die Rezeption des Prozesses in Literatur, Philosophie und Publizistik, S. 637-810. Vgl. daneben freilich auch die zweibändige Dokumentation des Auschwitz-Überlebenden Hermann Langbein, *Der Auschwitz-Prozeß. Eine Dokumentation*, Frankfurt am Main 1995 (erstmalig Wien 1965); und Bernd Naumann, *Bericht über die Strafsache gegen Mulka und andere vor dem Schwurgericht Frankfurt*, Frankfurt am Main 1965.

¹⁴⁸ Fritz Bauer, *Im Namen des Volkes. Die strafrechtliche Bewältigung der Vergangenheit*, a.a.O., S. 77ff., S. 90.

„von uns einen Kampf und ein gewisses Opfer“. Den Prozessen gehe es „um die Zivilcourage im eigenen Volk, um den eigenen Kampf für das Recht mit eigenen persönlichen Opfern“.¹⁴⁹ 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.“¹⁵⁰

Vor dem Hintergrund dieser Formulierungen wirkt es auf den ersten Blick verwunderlich, dass diese Forderungen von ihm nie explizit mit dem Gedanken eines legitimierenden Strafzwecks verbunden wurden. Verständlich wird dies erst vor dem Hintergrund der zu seiner Zeit geführten Strafzweckdiskussion, die den Zweck Positiver Generalprävention noch gar nicht kannte und überdies noch stark metaphysisch geprägt war. Zudem war damals auch, den Nürnberger Prozessen zum Trotz, an ein institutionalisiertes Völkerstrafrecht, das vor dem Hintergrund eines breiten internationalen Menschenrechtsdiskurses etabliert wird, noch gar nicht zu denken. Insofern war das ansonsten im Vordergrund stehende Bemühen *Bauers* um eine spezialpräventive Ausrichtung der Strafe das damals in der Diskussion noch eher Neue, wobei *Bauer* Spezialprävention im Bereich der NS-Täter so verstand, dass diese zur Einsicht in das von ihnen begangene Unrecht zu bringen seien.¹⁵¹

b) „Edukativer Systemprävention“ (Christina Möller)

Auch deshalb ist die Arbeit von *Christina Möller*¹⁵² die einzige im deutschen Schrifttum, die sich bislang, wenn auch eher kurz, zu einem potentiellen Strafzweck „Zivilcourage“ explizit geäußert hat. Von ihr allerdings kommt ein ablehnendes Votum. *Möller* formuliert sehr skeptisch, dass die generalpräventive Wirkung der Strafe „realistischerweise“ nicht auf die Erzeugung von Zivilcourage gerichtet sein könne, auch wenn dies wünschenswert sei.¹⁵³ Sie erhoffe sich vielmehr, ähnlich dem, was hier zu dem normativen Geltungskonflikt zwischen Menschenrechtsordnung und staatlichen Befehlen skizziert wurde, dass das

¹⁴⁹ So in einem Interview mit dem Norddeutschen Rundfunk 1963, abgedruckt in: Fritz Bauer, *Die Humanität der Rechtsordnung*, a.a.O., S.101ff., 115 f

¹⁵⁰ Fritz Bauer in dem benannten Interview, a.a.O., S. 113 f.

¹⁵¹ Vgl. dazu genauer Klaus Lüderssen, *Der Auschwitz-Prozess – Geschichte und Gegenwart*, in: Heike Jung u.a. (Hg.), *Festschrift für Egon Müller*, Baden-Baden 2008, S. 423 ff.

¹⁵² Möller, *Völkerstrafrecht und internationaler Strafgerichtshof*, a.a.O., S. 413ff.

¹⁵³ Dies., a.a.O., S. 528.

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. *Möller* leitet hieraus einerseits ab:

„Diese Spannungssituation könnte den potentiellen Kollektivtäter hinsichtlich der ... Inhalte seines Anpassungsdranges 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“ könne.¹⁵⁴

Andererseits will sie aber die präventiven Ziele des Völkerstrafrechts ausdrücklich nur für einen gesellschaftlichen Bereich formulieren, der der konkreten kriminogenen Situation zeitlich und situativ weit vorgelagert ist. So schreibt sie dem Völkerstrafrecht nur die Wirkung einer „edukative[n] Systemprävention“¹⁵⁵ zu, die eine Gesellschaft vor makrokriminellen staatlichen Strukturen schon im Ansatz bewahren solle. Sie geht aber den bereits absolvierten Schritt in die konkrete, schon von ihr benannte „Spannungssituation“ nicht bis zu dem Ende, an dem von einem einzelnen Akteur dann auch eine Entscheidung zum Handeln gefordert ist. Damit blendet sie jedoch das aus, was die Urteilssprüche des Völkerstrafrechts doch 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 sei¹⁵⁶, obgleich, wie es schon angedeutet wurde, und auch noch näher gezeigt wird, diese Forderung alles andere als realitätsfern sein muss. Mit einer solchen Einschätzung ist das Völkerstrafrecht aber weder in dem Prozess der Schuldfeststellung noch in seinem präventiven Anspruch hinreichend präzise und konsequent beim Wort genommen. Vielmehr muss *Möller* dann die Frage beantworten, auf welcher Basis sie den Tätern Schuld zuschreiben möchte, wenn von diesen ein anderes als das verbrecherische Handeln „realistischerweise“ nicht erwartet werden kann.

¹⁵⁴ Dies., a.a.O., S. 527.

¹⁵⁵ *Möller, Völkerstrafrecht und internationaler Strafgerichtshof*, a.a.O., S. 526. Der Begriff soll auf Schroeder, DRiZ 1996, S. 81ff., 83, zurückgehen, findet sich aber an dem von *Möller* angegebenen Ort nicht.

¹⁵⁶ *Möller, Völkerstrafrecht und internationaler Strafgerichtshof*, a.a.O., S. 528.

c) „Bürgertugenden“ (*Schlink* und *Schaeffgen*)

Ebenfalls nach einem Strafzweck „Zivilcourage“ klingen schließlich Überlegungen *Bernhard Schlinks*.¹⁵⁷ Er formuliert, dass eine postmakrokriminelle Gesellschaft, die etwa einer Diktatur nachfolge, schon um ihre Glaubwürdigkeit unter Beweis zu stellen, die Täter bestrafen und daher

„rechtlich verhindern [müsse], dass sie [die Täter, V.R.] ihre Positionen behalten und ihre Karrieren weiter verfolgen. Der Zweck rechtlicher Sanktionen und besonders der [Zweck, V.R.] der Strafe ist hier die präventive Bestätigung und Bestärkung der Bürgertugenden.“¹⁵⁸

Davon, dass *Schlink* mit der Wendung von der „präventiven Bestätigung und Bestärkung der Bürgertugenden“ gerade auch die Bestärkung von so etwas wie zivilcouragiertem Verhalten meint, kann wohl ausgegangen werden. Weiter teleologisch reflektiert oder auch nur näher erläutert wird dies von ihm aber – auch in anderen Beiträgen – leider nicht.

Ähnliche Äußerungen wie die von *Schlink* finden sich auch schon bei *Christoph Schaeffgen*, der 1996 in einem Vortrag über *Vergangenheitsbewältigung durch die Justiz*¹⁵⁹ schrieb, dass

„die Zivilcourage, 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]“,

¹⁵⁷ Schlink, *Die Bewältigung von Vergangenheit durch Recht*, a.a.O., S. 437, „Dass die Täter des Dritten Reiches nicht ausgestoßen, nicht verfolgt und verurteilt, sondern toleriert, respektiert, in ihren Positionen belassen und bei ihren Karrieren gefördert ... wurden, hat die Generation der Täter und die ihrer Kinder in Verbrechen und Schuld des Dritten Reiches verstrickt.“

¹⁵⁸ Schlink, *Die Bewältigung von Vergangenheit durch Recht*, a.a.O., S. 440.

¹⁵⁹ Ders., *Vergangenheitsbewältigung durch die Justiz*. Vortrag gehalten vor der juristischen Gesellschaft Mittelfranken zu Nürnberg e.V. am 27. November 1996, Regensburg 1996, S. 36. Schaeffgen bezieht sich hier auf den Aufsatz von Fritz Bauer, *Im Namen des Volkes*, a.a.O.

wenn sie nicht frommer Wunsch bleiben solle. Die Bereitschaft zur Zivilcourage kann nach dieser Lesart durch das Völkerstrafrecht also zumindest „unterfüttert“ werden. Weder *Schlink* noch *Schaeffgen* äußern sich dann aber dazu, inwiefern dies Zweck eines Strafprozesses sein könnte.

d) „Ermutigung der Tugend“ (*Hans Jonas*)

Eine ähnliche, allerdings ohne den Bezug zum Strafrecht angestellte Überlegung zu den Bürgertugenden, die gegen eine makrokriminelle staatliche Struktur zu mobilisieren wären, findet sich bei dem auch von *Neubacher* rezipierten Sozialphilosophen *Hans Jonas*.¹⁶⁰ *Jonas* sprach in *Das Prinzip Verantwortung*¹⁶¹ davon, dass staatlicherseits „das Laster nicht ermutigt werden“ dürfe, was aber „in Despotien, und in totalitären Despotien am totalsten“ geschehe. Die hier prolongierten Laster seien „bei den Herrschenden Willkür und Grausamkeit, bei den Beherrschten Feigheit, Heuchelei, Verleumdung, Freundesverrat, Hartherzigkeit, zumindest fatalistische Gleichgültigkeit – kurz alle Laster der Angst und des Überlebens um jeden Preis. Und wo dies nicht alles Laster sind, sondern unter den Umständen eher Schwächen, über die der Außenstehende sich nicht zu richten getraut“, so seien es „doch jedenfalls die schlechten und schamvollen Seiten der menschlichen Natur, auf die hier die Prämie“ stehe.¹⁶²

Gegen diese Laster, gegenüber denen „das Opfer der Aufrechten ... umso großartiger“¹⁶³ sei, müsse, so *Jonas*, unbedingt die „Ermutigung der Tugend“ und eine „(nichtutopische) Ethik der Verantwortung“¹⁶⁴ gesetzt werden, was freilich den hier entwickelten Gedanken zu einem entsprechend präventiv gestalteten Recht sehr nahe kommt. Selbst wenn *Jonas* dann nicht explizit auf das staatliche Recht als ein Instrument zur Ermutigung von Tugend und Verantwortung rekurriert, lässt sich sein Gedanke mit diesem Recht doch ohne weiteres in Verbindung bringen, ganz so, wie es dann auch *Neubacher* unternimmt, wenn er schreibt, dass sich „die Aufgabe, die auf das Strafrecht bei der Auseinandersetzung mit einer totalitären

¹⁶⁰ Vgl. *Neubachers* Bezüge in: *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 137, 427.

¹⁶¹ *Hans Jonas, Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation* (erstmalig 1979), Frankfurt am Main 1984.

¹⁶² *Hans Jonas, Das Prinzip Verantwortung*, a.a.O., S. 299.

¹⁶³ *Hans Jonas, Das Prinzip Verantwortung*, a.a.O., S. 299.

¹⁶⁴ *Hans Jonas, Das Prinzip Verantwortung*, a.a.O., S. 388ff., 390ff.

Vergangenheit zukommt“, als „Ermutigung der Tugend“ und als ‚Entmutigung des Lasters‘ bezeichnen“ ließe.¹⁶⁵

e) „Legal Republicanism“

Eine wiederum mit den *Jonasschen* Tugendgedanken eng verwandte und nun auch ausdrücklich auf das Strafrecht gemünzte Diskussion, wonach es auch dieses Recht sei, das erst einmal nicht näher spezifizierte republikanische Bürgerrechte schützen und auch Bürgertugenden (*republican virtue*) stärken solle, findet sich neuerdings, durchaus breiter angelegt, im angelsächsischen rechtstheoretischen Diskurs.¹⁶⁶ Hier indes bleibt dieser Gedanke bislang auf das nationale Strafrecht und dessen Zweckdiskussion beschränkt, findet also noch keine explizite Ausdehnung auf jene staatlicherseits angeordneten oder durchgeführten Verbrechen, die völkerstrafrechtliche Relevanz entwickeln.

Nach einer in dieser Debatte so genannten republikanischen Auffassung (*legal republicanism*) vom Recht solle Recht im Allgemeinen und das Strafrecht im Besonderen den republikanischen Gedanken der Bürgergesellschaft stärken, das Strafrecht bürgerliche Grundwerte schützen und auf die Erzeugung und Förderung (*promotion*)¹⁶⁷ von (*civic*) *virtue*¹⁶⁸ gerichtet sein, also im weitesten Sinne auf die Erzeugung von Bürgertugenden.

In jüngster Zeit, so heißt es bei *Richard Dagger*, würden zumindest drei republikanische Ansätze zum Strafrecht (*republican approaches to criminal law*) diskutiert, die ähnliche Überlegungen anstellten¹⁶⁹ und die sich mit dem hier diskutierten Vorschlag zum Zweck des Völkerstrafrechts in Verbindung bringen lassen, auch wenn sie eben nicht unmittelbar hierauf gemünzt sind.

aa) „Dominion“ (*Pettit* und *Braithwaite*)

¹⁶⁵ Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 427.

¹⁶⁶ Vgl. den von Samantha Besson und José Luis Martí herausgegebenen Sammelband *Legal Republicanism. National and International Perspectives*, Oxford, New York 2009, m.w.N.; Kyron Huigens, *Virtue and Inculcation*, in: *Harvard Law Review*, 108 (1995), S. 1423ff.; Philip Pettit, John Braithwaite, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford 1990; Sandra E. Marshall, Antony R. Duff, *Criminalization and Sharing Wrongs*, in: *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 11 (1998), S. 7ff.

¹⁶⁷ Die im Folgenden vorgenommenen Übersetzungen stammen vom Autor dieses Textes.

¹⁶⁸ So etwa Richard Dagger, *Republicanism and Crime*, in: Besson/Martí, *Legal Republicanism*, a.a.O., S. 147ff., 157.

¹⁶⁹ Vgl. die zusammenfassende Gegenüberstellung dieser drei republikanischen Grundpositionen zur Legitimation des Strafrechts bei Richard Dagger, *Republicanism and Crime*, a.a.O., S. 147ff., 153ff.

Zum einen ähnelt die republikanische Begründung des Verbrechens von *Philip Pettit* und *John Braithwaite* einer auch völkerrechtlichen Verbrechensbegründung, die, wie gesehen, zentral auf der Verletzung von Menschenrechten aufbaut. Liest man wiederum deren Begründung – wie unten noch näher erörtert werden wird – vor allem *kantianisch*, lässt sie also aus der in Autonomie wurzelnden Menschenwürde erwachsen, so liegt jedem Völkerverbrechen in ganz basaler Weise die elementare Verletzung der Menschenwürde der Opfer zugrunde. Deren sich aus der Autonomie jedes Einzelnen speisender universeller und egalitärer Achtungsanspruch¹⁷⁰, wie er dann in den jeweiligen Menschenrechten weiter konkretisiert werde, würde durch die Tat verletzt.

Ganz ähnlich entwickeln *Philip Pettit* und *John Braithwaite* mit ihrem republikanischen Ansatz ihr Konzept eines Verbrechens.¹⁷¹ Dieses stelle, als eine spezifisch öffentliche, jedenfalls aber die Öffentlichkeit in einer spezifischen Weise tangierende Rechtsverletzung (*as a public wrong*), eine *invasion of dominion*, eine schwerwiegende Freiheitsverletzung dar. Unter *dominion* verstehen *Pettit* und *Braithwaite* dabei zwar auch, aber nicht nur die bloße negative Freiheit (*negative liberty*), von anderen in Ruhe gelassen zu werden (*not so much a matter of being left alone*), als mehr die allgemeinen Bedingungen dafür, in einer freien Gesellschaft als Bürger leben zu können. Dieser Status als Bürger (*status as a citizen*) setze voraus und gründe darauf, dass jeder durch das Recht sicher vor schweren Übergriffen anderer geschützt werde.¹⁷² *Dominion* bezeichnet mithin einen freiheitlichen republikanischen Status als Bürger, der von der Achtung vor dem Recht und von der Achtung vor dem jeweils anderen abhängt¹⁷³. Dieser Status lasse sich gerade durch die *virtue of the recognition of others*, also durch den hohen Wert, gleichsam durch die Tugend der gegenseitigen Achtung hindurch sichern.

Der strafrechtlich relevante Angriff auf einen Menschen sei daher einer, der dessen *status as a citizen, as a public person* mit entsprechendem Achtungsanspruch

¹⁷⁰ Vgl. zu einer solchen moralischen Begründung stellvertretend für viele ähnliche Argumentationen etwa Ernst Tugendhat, *Vorlesung über Ethik*, a.a.O., S. 336ff.

¹⁷¹ Vgl. die Darlegung von Richard Dagger, *Republicanism and Crime*, a.a.O., S. 153ff., m.w.N. zu den Beiträgen Pettits und Braithwaites, insbes. mit starkem Bezug zu Philip Pettit, John Braithwaite, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford 1990.

¹⁷² Pettit/Braithwaite, *Not Just Deserts*, a.a.O., S. 57: „a condition under which each is properly safeguarded by the law against the predations of others“.

¹⁷³ Pettit/Braithwaite, *Not Just Deserts*, a.a.O., S. 60, „depends upon the rule of law and the recognition of others“.

tangiere und deshalb auch ein *public wrong* darstelle.¹⁷⁴ Vor dem Hintergrund eines als *dominion* verstandenen republikanischen Freiheitsbegriffs müssten Verbrechen mithin bestraft werden, um diese *dominion* und vor allem, um die diesem Freiheitskonzept zugrunde liegende bürgerliche Tugend der gegenseitigen Achtung zu fördern.¹⁷⁵

Diese Überlegung kommt nun dem Gedanken des dem Völkerstrafrecht zugrunde liegenden Verbrechenskonzepts einer strafbaren Menschenrechtsverletzung recht nahe, insofern dieses Konzept auf dem mit der Menschenwürde verbundenen absoluten Achtungsanspruch jedes einzelnen aufbaut, der durch Völkerrechtsverbrechen in besonders massiver Form verletzt werde. Völkerrechtsverbrechen sanktionierten in Analogie zu dem Konzepts *Pettits* und *Braithwaits* dann sozusagen Verletzungen der „*dominion*“ der Weltbürger - und zwar mit dem Ziel, die individuellen Achtungsansprüche aller Menschen global zu untermauern.

bb) „shared wrongs“ (Marshall und Duff)

Eine ähnliche Legitimation des Strafrechts versuchen in einem etwas anders begründeten, aber ebenso als republikanisch bezeichneten Ansatz *Sandra Marshall* und *Anthony Duff*.¹⁷⁶ Ihnen zufolge stelle die Straftat ein *public wrong* dar, weil die individuelle Rechtsgutverletzung, die diesem in der Regel¹⁷⁷ zugrunde liege, zugleich ein von allen Mitgliedern der Gemeinschaft, der das Opfer angehört, empfundenes „*shared wrong*“ bedeute. Individuelle Rechtsgutverletzungen werden dadurch zugleich zu kollektiven und kollektiv empfundenen Verletzungen, dass sich die Mitglieder einer Gemeinschaft mit dem Opfer identifizierten.¹⁷⁸ Dadurch, dass diese sich als eben eine Gemeinschaft interpretierten, die eine bestimmte Identität, bestimmte Werte und gegenseitige Handlungserwartungen teilten, nähmen diese auch bestimmte Bedrohungen als gemeinsame wahr. Dadurch stelle ein Angriff auf

¹⁷⁴ Richard Dagger, *Republicanism and Crime*, a.a.O., S. 155.

¹⁷⁵ Richard Dagger, *Republicanism and Crime*, a.a.O., S. 154: „Republicans must therefore aim ... to punish those who commit crime in order to promote dominion“.

¹⁷⁶ Sandra E. Marshall, Anthony R. Duff, *Criminalization and Sharing Wrongs*, in: *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 11 (1998), 7ff. Vgl. zur Kritik hieran dann die weiteren Ausführungen von Dagger, *Republicanism and Crime*, a.a.O., a.a.O., S. 160ff.

¹⁷⁷ Jedenfalls gemessen an einem vorpositiven, vorrechtlichen (*mala per se*) Verbrechensbegriff, dem, so sagen es Marshall und Duff, die „paradigmatic crimes“ wie Mord, Vergewaltigung und Raub entsprechen. Vgl. Marshall/Duff, *Criminalization and Sharing Wrongs*, a.a.O., S. 8.

¹⁷⁸ Marshall/Duff, *Criminalization and Sharing Wrongs*, a.a.O., S. 19f.: „...Insofar as they associate and identify themselves with the individual victim“.

ein Mitglied dieser Gemeinschaft zugleich einen Angriff auf die Gemeinschaft als solche dar, insbesondere auf die für sie konstitutiven Wertüberzeugungen und mithin auf das allgemeine Wohl dieser Gemeinschaft.¹⁷⁹ Die Definition dessen, was als eine Straftat begriffen werden müsse, hinge nach diesen Maßstäben dann konsequent davon ab, welche Rechtsgutverletzungen von der Gemeinschaft als Angriff auf sie selbst empfunden würden.¹⁸⁰

Insofern lassen sich auch hier Parallelen zur Legitimation des Völkerstrafrechts als einem Strafrecht der Weltgemeinschaft ziehen. Denn die Weltgemeinschaft begreift mit der Errichtung des IGHSt und der Verabschiedung des Statuts von Rom offenbar gerade die Gewährleistung von elementaren Menschenrechten als den Kern ihrer allgemein geteilten (überstaatlichen, globalen) Werte, mit denen sich alle Menschen weltweit identifizieren und über den vermittelt sich diese, ungeachtet ihrer Bindungen an Nationalstaaten, bereits als eine globale menschliche (Rechts-)Gemeinschaft verstehen können.

Bekanntlich hatte bereits *Kant* auch mit Blick auf diesen Wertekern die seinerzeit wohl noch etwas zu optimistische Formulierung getroffen, dass es innerhalb der Gemeinschaft der Völker der Erde so weit gekommen sei, „dass die Rechtsverletzung an einem Platz der Erde an allen gefühlt“ werde¹⁸¹. Heute jedenfalls scheint ein Stand der Weltgemeinschaft erreicht zu sein, der es ermöglichte, dieses Verletzungsempfinden in das Motiv einer strafrechtlichen Reaktion auf die Rechtsverletzung zu übersetzen; jedenfalls dann, wenn man unterstellt, dass ein globales Empfinden einer bloß lokalen Rechtsverletzung auch das Motiv für die Implementierung des IGHSt darstellte. Und hierfür spricht, wie bislang gezeigt, vieles.¹⁸²

Marshall und *Duff* schreiben dem Strafrecht dann zwar nicht explizit eine tugendfördernde Funktion zu. Eine solche ergibt sich jedoch auch hiernach spätestens dann, wenn man ihr republikanisches Konzept im hiesigen Sinne auf eine Weltgemeinschaft überträgt, die ihre Strafdrohung gegen partikuläre staatliche

¹⁷⁹ Marshall/Duff, *Criminalization and Sharing Wrongs*, a.a.O., S. 19f.: „For they define themselves as a group, in terms of a certain shared identity, shared values, mutual concerns – and shared dangers which threaten them: an attack on a member of the group is thus an attack on the group – on their shared values and their common good.“ Diese Gedanken übertragen beide dann auch auf politische Gemeinschaften, a.a.O., S. 20f.

¹⁸⁰ Marshall/Duff, *Criminalization and Sharing Wrongs*, a.a.O., S. 21f.

¹⁸¹ vgl. Kant, *Zum ewigen Frieden* [1795], *Werke* (hg. v. Wilhelm Weischedel, Darmstadt 1985), Band VI, S. 216f., weshalb auch, so Kant damals, „die Idee eines Weltbürgerrechts keine phantastische und überspannte Vorstellungsart des Recht mehr“ sei, a.a.O.

¹⁸² Vgl. nur explizit den Text der Präambel des Statuts von Rom, wonach die „schwersten Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren, nicht unbestraft bleiben dürfen“.

Angriffe auf die globale Menschenrechtsordnung richtet, und die von den Mitgliedern dieser Gemeinschaft dann die Verteidigung dieser allgemein geteilten Werte, des allgemeinen Wohls der Menschheit erwartet.

cc) „virtue of practical reason“ (Kyron Huigens)

Schließlich ganz explizit mit dem Gedanken verknüpft, dass Strafrecht Tugenden fördern müsse, ist in dieser republikanischen Diskussion dann der Ansatz von *Kyron Huigens*.¹⁸³ Dieser rückt den Begriff der *virtue* schon im Titel seines Werkes *Virtue and Inculpation* ganz ausdrücklich in das Zentrum seiner strafrechtlichen Überlegungen.

Recht an sich wolle, so *Huigens, as an end in view*, das Wohl der Menschheit insgesamt befördern. Das Strafrecht im Speziellen diene diesem Ziel dadurch, dass sich seine Sanktionen gegen das kriminelle Laster (*criminal vice*) richteten und eine bestimmte Form von *virtue* erzeugen oder unterstützen sollten.¹⁸⁴ Sanktioniert werde durch das Strafrecht nämlich nicht nur die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts, sondern vor allem die der Straftat zugrunde liegende ethisch-moralisch fehlerhafte Entscheidung der Täterperson, der ein Mangel in der Tugend praktischer Vernunft anhafte.¹⁸⁵ Strafprozessual untersucht würden daher nicht nur die Auswirkungen ihrer Tat (*not only the effects of her action*), sondern vor allem die Qualität an praktischer Vernunft¹⁸⁶, die die Person des Angeklagten durch die Entscheidungen (*but also with her decisions*)¹⁸⁷ für ihre Tat an den Tag gelegt habe. Ein Verstoß gegen strafrechtliche Normen bedeute mithin vor allem ein *failure in practical judgement*, weshalb auch genau dieses Scheitern der Täterperson als ihre Schuld zugeschrieben werde. Und genau hierfür werde sie bestraft.¹⁸⁸ Zweck der Strafe müsse es dann aber sein, die in der Tat fehlende *virtue of practical reason* zu

¹⁸³ Kyron Huigens, *Virtue and Inculpation*, in: *Harvard Law Review*, 108 (1995), S. 1423ff.

¹⁸⁴ Kyron Huigens, *Virtue and Inculpation*, a.a.O., S. 1425: „The criminal law serves that end by promoting virtue...“

¹⁸⁵ Kyron Huigens, *Virtue and Inculpation*, a.a.O., S. 1445: „The accused lacks the virtue of practical reason“.

¹⁸⁶ Kyron Huigens, *Virtue and Inculpation*, a.a.O., S. 1425: „... by inquiring the quality of practical judgement displayed by the accused in his action“.

¹⁸⁷ Kyron Huigens, *Virtue and Inculpation*, a.a.O., S. 1445.

¹⁸⁸ Kyron Huigens, *Virtue and Inculpation*, a.a.O., S. 1458: „We blame and punish them for that failure.“ Zur berechtigten Kritik an diesem Konzept, insbesondere daran, dass allein ein bloßes Scheitern an den Anforderungen praktischer Vernunft niemals strafwürdig sein kann und daher auch nicht im Zentrum einer strafprozessualen Verhandlung stehen darf, vgl. dann aber Richard Dagger, *Republicanism and Crime*, a.a.O., S. 157f.

erzeugen¹⁸⁹, denn nur diese Tugend befähige die Person zur Teilhabe *in the conduct and construction of our shared political life*.¹⁹⁰

Auch für diesen wenngleich auch mit Blick auf die drohende Gefahr eines bloßen „Tugendstrafrechts“ problematischen Ansatz lassen sich Parallelen zur hier erläuterten Begründung des Völkerstrafrechts ziehen: Auch Völkerstrafrecht richtet sich, wie man sagen könnte, gegen sehr spezifische Laster, die der Völkerkriminalität zugrunde liegen, etwa gegen solche, wie sie von *Hans Jonas* anschaulich beschrieben und auch aus kriminologischer Sicht oben bereits geschildert worden sind. Es zielte damit, wenn es diesen Lastern durch die Förderung der Tugend „Zivilcourage“ vorbeugen möchte, zugleich performativ auf ethisch-moralisch richtige Handlungsformen, die wiederum auf ebensolchen richtigen 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.

dd) Kritik des „Tugendstrafrechts“

Das Vorliegende möchte sich diesen drei *legal republican approaches* nicht weiter widmen und hat dazu auch keinen Anlass. Verwiesen sei insoweit auf die durchaus kritische Würdigung aller drei Ansätze bei *Dagger*, der diese schließlich in einem neuen eigenen Ansatz synthetisiert.¹⁹¹

Allerdings muss mit Blick auf die auch von *Dagger* bereits deutlich kritisierte¹⁹² Vorstellung *Huigens*‘, wonach das Recht den Täter vor allem wegen dessen *failure in practical judgement* bestrafe, ein Wort dazu verloren werden, dass sich das Strafrecht, und zwar auch das überstaatliche Völkerstrafrecht, nicht als ein wie auch immer zu verstehendes Tugend- oder auch Gesinnungsstrafrecht gebärden kann und darf, dem es einzig und allein darum gehe, moralische Normen zu etablieren, und das daher bereits bloß nichttugendhaftes Verhalten an sich bestrafen wolle.¹⁹³

¹⁸⁹ Wobei nicht deutlich wird, ob *Huigens* dies im Sinne von Resozialisierung mit Blick auf den jeweiligen Täter meint oder, positiv generalpräventiv, als symbolisch vermittelten Appell an ein allgemeines Tugendbewusstsein versteht.

¹⁹⁰ *Kyron Huigens, Virtue and Inculcation*, a.a.O., S. 1445.

¹⁹¹ *Richard Dagger, Republicanism and Crime*, a.a.O., S. 162ff.

¹⁹² *Richard Dagger, Republicanism and Crime*, a.a.O., S. 157f.

¹⁹³ Die Formulierung von *Huigens, Virtue and Inculcation*, a.a.O., dass deshalb, weil vor allem das *failure in practical judgement* bestraft werde, das Strafrecht vor allem die Entscheidung zur Tat untersuchen müsse und weniger die Folgen derselben, nähert sich diesen Gedanken freilich deutlich an, setzt aber immer noch Tatfolgen

Denn dem stehen zum einen rechtsstaatliche und daher letztendlich selbst menschenrechtliche Gründe entgegen.¹⁹⁴ Zum anderen hatte schon *Kant* in seiner *Rechtslehre* begründet, dass sich ein Staat nicht zum Wächter der Moral aufschwingen könne und dass insbesondere ein staatliches Strafrecht, das bestimmte moralische Normen oder Verhaltensweisen durchsetzen wolle, schon aus logischen Gründen scheitern und insbesondere wegen der Unbestimmtheit von Tugendpflichten auch in Terror ausarten müsse, sein Ziel also gar nicht erreichen könne.¹⁹⁵ Moralische oder Tugendpflichten können, wie *Kant* es formulierte, nämlich schon deshalb 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“.¹⁹⁶ „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“.¹⁹⁷

voraus, die rechtsstaatlich einwandfrei bestimmt sein müssten. Insofern geht es dann auch diesem Ansatz nicht nur um die Bestrafung bloß unmoralischer Handlungsentscheidungen.

¹⁹⁴ Vgl. zu Problemen eines moralisch aufgeladenen Rechtsverständnisses aus gemäßigt positivistischer Position etwa Ingeborg Maus, *Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts*, in: dies., *Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluss an Kant*, Frankfurt am Main 1992, S. 308ff.; Jürgen Habermas, *Nachwort zu Faktizität und Geltung* in der 4. Auflage, S. 661ff.

¹⁹⁵ Vgl. Kant, *Metaphysik der Sitten*, [1793], in: *Kants Werke*. Bd. VI, Akademie Textausgabe, Berlin 1968, S. 203ff., S. 218ff., 229ff., 239ff.; vgl. dazu auch Heiner Bielefeldt, *Strafrechtliche Gerechtigkeit als Anspruch an den endlichen Menschen. Zu Kants kritischer Begründung des Strafrechts*, in: Goldtdammer's Archiv für Strafrecht (GA) 1990, S. 108ff., 110ff. Vgl. auch die auf Kant fußenden Überlegungen Heinrich Ferdinand Richters, *Das philosophische Strafrecht – begründet auf die Idee der Gerechtigkeit*, Leipzig 1829, S. 95f.:

„Und doch kann es [das Laster, V. R.] im Staate ebenso wenig bestraft als die Tugend belohnt werden. Denn setzen wir Strafe, worin sie meist besteht, in Entziehung der Güter nach dem Maaße des Verbrechens, so bleibt dieser Maaßstab gleich unanwendbar auf das Laster wie auf die Tugend. ... so würde der Staat durch seine Bestrafung des Lasters eben so ungerecht handeln, als durch Belohnung der Tugend. Auch mangelt ihm aller Rechtsgrund, Laster, welche die Rechte anderer nicht stören, noch auch das allgemeine Wohl gefährden, zu bestrafen. Also darf im Rechtsstaat nicht das Laster an sich bestraft werden, sofern der Rechtsstaat nicht zwiefach ungerecht seyn will durch Verletzung der bürgerlichen Rechte des Lasterhaften und durch Ungerechtigkeit des unmöglichen Maaßstabes der Strafe für böse Gesinnung. Nur das Verbrechen gegen die Rechte anderer verfallt den Friedensstörer, mag er aus lasterhafter Gesinnung oder aus leidenschaftlicher Übereilung gehandelt haben, der gerechten Strafe.“

¹⁹⁶ Kant, *Metaphysik der Sitten*, *Einleitung in die Rechtslehre*, a.a.O., S. 239. Vgl. auch Kant, *Metaphysik der Sitten*, *Einleitung zur Tugendlehre*, a.a.O., 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.“

¹⁹⁷ Kant, *Einleitung zur Tugendlehre*, a.a.O., S. 383.

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 aus dieser Freiheit heraus als persönliche Selbstzwecksetzung individuell gewählt und anerkannt werden müssen.¹⁹⁸ Daher können sie staatlicherseits *per definitionem* nicht verordnet werden.¹⁹⁹

Zu diesen begriffslogischen Erwägungen, die eine rechtsförmige Durchsetzung von Tugend aus ihrer Funktion selbst heraus unmöglich machen, gesellten sich auch erhebliche praktische Probleme, die ein Tugendstrafrecht nicht bewältigen könnte. Diese ruhen auf den von *Jürgen Habermas* so genannten unterschiedlichen „Formeigenschaften“ moralischer und rechtlicher Normen.²⁰⁰ Von diesen hatte bereits *Kant* insbesondere die unterschiedliche Art ihrer Verbindlichkeit beschrieben. Tugendpflichten seien von einer weiten, Rechtspflichten dagegen von einer engen Verbindlichkeit geprägt, weil Letztere in klar bestimmter Weise konkrete Handlungen (oder Unterlassungen) gebieten, Erstere aber nur Maximen für Handlungen darstellten.²⁰¹ Geben moralische Normen aber bloß Maximen vor, so gebe es bei der Befolgung dieser Maximen erhebliche Spielräume „für die freie Willkür“. Die Moral könne nämlich „nicht bestimmt angeben ..., wie und wie viel durch die Handlung zu dem Zweck, der zugleich Pflicht ist, gewirkt werden solle“.²⁰² Tugendpflichten seien mithin unvollkommen und ermöglichten auch daher erst so etwas wie ein besonders verdienstvolles Handeln, also eines, das sich den Pflichten nahezu vollkommen annähere. Hingegen habe die Befolgung äußerer Pflichten, also die Befolgung von Rechtsnormen an sich nichts Verdienstliches, im Gegensatz allerdings zu der wiederum inneren Maxime, das Recht stets zu achten.²⁰³

¹⁹⁸ Gleichwohl seien beide, Recht und Moral, Gegenstände der Selbstzwecksetzung, zu denen der Mensch als vernünftige Natur kraft seiner Autonomie in der Lage sei. Vgl. dazu *Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung*, a.a.O., S. 109ff.

¹⁹⁹ Der „sittliche Staat“, sofern man in der Moderne davon noch sprechen sollte, lebt daher gleichsam immer von (bürger)gesellschaftlichen Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren, eventuell aber beschützen kann – und zwar durch die Gewährleistung von Freiheit. Vgl. dazu auch *Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, Nachwort* zur 4. Aufl., a.a.O., S. 678ff., m.w.N. Vgl. zu dem insoweit ganz gleich gelagerten Axiom, das sich von *Böckenförde* seinen Namen leiht, die Überlegungen desselben zu dem Problem, dass der Rechtsstaat von Voraussetzungen lebe, die er selbst nicht garantieren könne, *Ernst Wolfgang Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in: ders., *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main 1976, S. 42ff., S. 60.

²⁰⁰ *Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung*, a.a.O., S. 541ff., 551, (*Nachwort* zur 4. Aufl., a.a.O.) S. 661ff., 670ff.

²⁰¹ *Kant, Einleitung zur Tugendlehre*, a.a.O., S. 388ff.

²⁰² *Kant, Einleitung zur Tugendlehre*, a.a.O., S. 390.

²⁰³ *Kant, Einleitung zur Tugendlehre*, a.a.O., S. 390.

Von hier aus ist es dann auch nur noch ein kleiner Schritt zu der auf die Formeigenschaften der Normen bezogenen Erkenntnis von *Habermas*, dass moralische Normen stets als weite, unbestimmte Prinzipien auftreten und diese wegen ihrer Reichweite und Unbestimmtheit rechtlich niemals präzise und erschöpfend umgesetzt werden können, weshalb die insoweit wiederum klar bestimmten rechtlichen Handlungsnormen eine entlastende Funktion hätten.²⁰⁴

Auch ein überstaatliches, völkerrechtliches Strafrecht steht selbstredend vor diesen Problemen. Denn es bleibt, auch wenn es kein klassisch staatliches Recht mehr ist, doch noch Recht, stellt also eine von *Kant* so genannte „äußere Gesetzgebung“ dar.

Der hier vorgestellte Entwurf zu einem kohärenten und legitimen völkerrechtlichen Strafzweck unterscheidet sich also von der Konzeption eines Strafrechts, das allein der Durchsetzung eines moralischen, tugendhaften Verhaltens dienen sollte, erheblich. Denn Völkerstrafrecht zielt nicht (nur) auf Tugend, sondern in erster Linie auf die schwersten der überhaupt nur denkbaren Verbrechen und auf die verheerenden Folgen der inkriminierten Handlungen, die es verhindern möchte.

Dass dieses Recht dann aber, wenn es sein präventives Ziel ernst nimmt und logisch konsequent zu Ende denkt, zugleich an einen Punkt gelangt, an dem es sich Rechenschaft darüber ablegen muss, dass diese Verbrechen wohl nur dann zu verhindern sind, wenn die potentiellen Täter ein eng begrenztes und klar spezifiziertes tugendhaftes Verhalten an den Tag legen, steht auf einem anderen Blatt, das weiter unten noch ausführlicher beschrieben wird.

V. Der Strafzweck der „globalen Zivilgesellschaft“²⁰⁵?

Das bislang Erörterte sollte zeigen, dass und warum sich das *Telos* des Völkerstrafrechts zwar weiterhin aus dem Konzept der positiven Generalprävention heraus speisen kann, dass dieses *Telos* innerhalb eines ganz neuen Strafrechts dann aber auch ganz neu formuliert und konsequent zu Ende gedacht werden muss, um in sich logisch schlüssig, kohärent sein zu können. Und dies gelingt, wie gezeigt,

²⁰⁴ Zu weiteren Elementen der unterschiedlichen Formeigenschaften vgl. *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, a.a.O., S. 661ff., hier S. 667; und zu den Problemen, die bei einem Einbezug solcher Prinzipien ins Recht entstünden, vgl. Ingeborg Maus, *Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts*, a.a.O., S. 308ff.

²⁰⁵ Der Begriff findet sich etwa, allerdings ohne weitere Erläuterung, bei Stefan Gosepath, *Zu Begründungen sozialer Menschenrechte*, in: Stefan Gosepath, Georg Lohmann (Hg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt am Main 1998, S. 146ff., S. 156; Richard Falk, *Die Weltordnung innerhalb der Grenzen von zwischenstaatlichem Recht und dem Recht der Menschheit*, in: Matthias Lutz-Bachmann/James Bohman, *Frieden durch Recht. Kants Friedensidee und das Problem einer neuen Weltordnung*, Frankfurt am Main 1996, S. 170ff., 177ff.

wenn man begreift, dass dieses Strafrecht zwingend auf ein zivilcouragiertes Verhalten seiner Adressaten gerichtet sein muss.

Bislang nur implizit erörtert wurde dabei, dass und warum es bei diesem Zweck, der Erzeugung von Zivilcourage, um den Strafzweck der globalen Zivilgesellschaft²⁰⁶ als solcher gehen soll, obschon doch das Völkerstrafrecht, sofern man die Nürnberger Prozesse als seine Geburtsstunde²⁰⁷ ansehen mag, genauso von Nationalstaaten aus der Taufe gehoben wurde, wie die so genannten Ad-hoc-Tribunale zu Ruanda und Jugoslawien und wie dann auch im Jahr 2002 der IGHSt und das moderne „neue“ Völkerstrafrecht. Auch dieses wurde notabene von der internationalen Staatengemeinschaft implementiert; man müsste freilich fragen: von wem auch sonst?

a) Rechtsgüter der Völkergemeinschaft

Dass es sich bei diesem Strafrecht (und damit auch bei dessen Zweck) aber um das Recht der globalen Zivilgesellschaft handelt, die eigene, neue Zwecke verfolgt, und nicht mehr um das Recht von Staaten, lässt sich mit Blick auf die schon geschilderten Rechtsgüter und mit Blick auf den – auch in diesen Rechtsgütern gründenden – so genannten Strafanspruch des Völkerstrafrechts plausibel machen. Denn hinter den Vereinten Nationen, also hinter der Staatengemeinschaft, steht eine „Weltcivitas“²⁰⁸, stehen mithin die zivilen Bürgergesellschaften der Welt, steht ebendie „Völkergemeinschaft“²⁰⁹ oder „die Weltgemeinschaft“²¹⁰ mit ihrem originär

²⁰⁶ Gemeint ist hier mit diesem Begriff eine Art von globaler Bürgergesellschaft, vermittelt unter anderem durch eine globale mediale Öffentlichkeit, bestehend aus den in ihren jeweiligen Nationalstaaten politisch organisierten Bürgern als Subjekten, die unter anderem durch bereits teilweise global agierende zivilgesellschaftliche Akteure handeln, etwa durch die so genannten NGO's oder auch (andere) Menschenrechts- oder Umweltschutzorganisationen, und die als solche dem Staat mit seinen jeweiligen Institutionen entgegengesetzt ist; vgl. dazu Frank Adloff, *Zivilgesellschaft Theorie und politische Praxis*, Frankfurt a.M. 2005. Für das Völkerstrafrecht geht es also primär um eine Entgegensetzung der globalen Staatengemeinschaft, organisiert in den Vereinten Nationen, zu einer eben wohl nicht mehr bloß utopischen, wiewohl aber sehr heterogenen internationalen Bürgergesellschaft. Vgl. dazu auch Uwe Hirschfeld, Werner Rügner (Hg.), *Utopie und Zivilgesellschaft. Rekonstruktionen, Thesen und Informationen zu Antonio Gramsci*, Berlin 1990.

²⁰⁷ So Michael Pawlik, a.a.O., S. 37: „Die Geburtsstunde des Völkerstrafrechts schlug in Nürnberg.“ Vgl. zur Bedeutung Nürnbergs für das Völkerstrafrecht auch M. Cherif Bassiouni, *Das „Vermächtnis von Nürnberg“: eine historische Bewertung fünfzig Jahre danach*, in: Gerd Hankel/Gerhard Stuby (Hg.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen. Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen*, Hamburg 1995, S. 15ff.

²⁰⁸ So Dieter Senghaas, *Vom Völkerrecht zum Weltrecht?*, in: *Recherche. Zeitschrift für Wissenschaft*, 1/2010, S. 14.

²⁰⁹ Werle, *Völkerstrafrecht*, a.a.O., Rn 86f.

²¹⁰ So Christoph J. M. Safferling, *Das Opfer völkerrechtlicher Verbrechen. Die Stellung der Verbrechenopfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, in: *ZStW* 115 (2003), S. 352ff., 383.

eigenen Interesse am Schutz der ihr eigenen „Werte“²¹¹ oder „höchsten Güter“²¹². Völkerrechtsverbrechen berührten die internationale Gemeinschaft als Ganzes²¹³, heißt es auch, weshalb die Ahndung dieser Verbrechen eben auch „eine Aufgabe“ genau dieser „Völkergemeinschaft“²¹⁴ sei und das Völkerstrafrecht folgerichtig das „Strafrechtssystem der Völkergemeinschaft“²¹⁵ darstelle.

Wer so formuliert, formuliert dann aber auch einen neuen Inhaber des so genannten „Strafanspruchs“.²¹⁶ Dieser Anspruch, der im nationalen Kontext nach gängiger Sprachregelung nicht bloß ein „öffentlicher“, etwa nur ein „im Namen des Volkes“ erhobener, sondern explizit ein „staatlicher“²¹⁷ sei, wandelt sich daher im neuen Strafrecht der Völker auch zu einem Anspruch all dieser Völker selbst, also, wie man sagen müsste, zu einem Strafanspruch der zivilen Weltgesellschaft.²¹⁸

Dieser Perspektive korrespondiert ein in diesem neuen Strafrecht auch ansonsten stark verändertes Bild des Staates. Dessen Rolle wandelt sich dadurch, dass er Straftaten dann nicht mehr aus eigenem Recht verfolgen und Strafe auch nicht mehr aus eigenem Recht verhängen kann, in die eines bloß stellvertretenden Verfolgers²¹⁹ dieser Straftaten und damit auch in die Rolle eines Vollstreckers *fremder*

²¹¹ Safferling, *Das Opfer völkerrechtlicher Verbrechen*, a.a.O., S. 383.

²¹² Werle, *Völkerstrafrecht*, a.a.O., Rn 86.

²¹³ Vgl. nochmals den Text der Präambel des Statuts von Rom, wonach die „schwersten Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren, nicht unbestraft bleiben dürfen“.

²¹⁴ Werle, *Völkerstrafrecht*, a.a.O., Rn 88; die Zuständigkeit der Nationalstaaten zur Verfolgung von Völkerverbrechen ist daher nach dem Statut von Rom auch nur so lange gegeben, wie diese den Strafanspruch auch zuverlässig durchsetzen. Ansonsten zieht der IGHSt das Verfahren an sich, so genanntes Komplementaritätsprinzip. Vgl. Art. 17 Abs. 1 a) und b) des Statuts, wonach der IGHSt nicht zuständig ist, solange ein Staat die Verbrechen verfolgt, es sei denn, dieser ist nicht willens oder in der Lage, die Verfolgung ernsthaft durchzuführen. Gleiches gilt auch für den menschenrechtlichen Grundsatz *ne bis in idem*, wonach eine Person nicht zweimal wegen derselben Handlung angeklagt werden darf. Dieses Prinzip wird selbstredend auch durch den IGHSt beachtet, vgl. Art. 20 des Statuts. Indes nur soweit, wie das andere Verfahren auch ernsthaft durchgeführt wurde und nicht nur, um die Person vor der Verfolgung durch den IGHSt zu schützen. So Art. 20 Abs. 3 a) und b) des Statuts.

²¹⁵ Ambos, *>Impunidad<*, *Makrokriminalität und Völkerstrafrecht*, a.a.O., 362.

²¹⁶ Kritisch zum Begriff des Strafanspruchs insbesondere mit Blick auf den Staat vgl. Otto Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen 1996, S. 53ff.; Gerhard Robbers, *Sicherheit als Menschenrecht*, Baden-Baden 1987, S. 148ff., 157 („Redewendung“); Gabriele Wolfslast, *Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung*, Göttingen 1995, S. 5ff., 52ff., 76ff.

²¹⁷ Vgl. die Terminologie des BVerfG etwa in BVerfGE 51, 324ff., 333f. oder NJW 1992, S. 35f. Vgl. auch die Nachweise in Gabriele Wolfslast, *Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung*, a.a.O.. Und grundlegend zum Thema Klaus Lüderssen, *Abschaffen des Strafens?*, Frankfurt am Main 1995, S. 22ff., der allerdings meist vom „öffentlichen Strafanspruch“ spricht. Wichtig an der Kritik ist insbesondere, dass das Bild von einem subjektiven Recht (Anspruch) des Staates nicht zutreffend sein kann. Der Staat verfügt über rechtlich vermittelte Befugnisse und Pflichten, aber nicht über individuelle Rechte.

²¹⁸ Vgl. nur Otto Lagodny, *Legitimation und Bedeutung des Ständigen Internationalen Strafgerichtshofes*, in: ZStW 2001 (Bd. 113), S. 800ff., 803.

²¹⁹ Lagodny, *Legitimation und Bedeutung des Ständigen Internationalen Strafgerichtshofes*, a.a.O., S. 803.

Strafansprüche.²²⁰ Folgerichtig kennt dieses Strafrecht auch keinerlei staatliche Rechtsgüter mehr²²¹, dafür aber neue – auch prozessuale – Opferrollen und -bilder²²², die sich vor allem dadurch auszeichnen, dass das Opfer in den Mittelpunkt strafzwecktheoretischer Betrachtungen gerückt ist.

b) Opferrollen

Während das Opfer im staatlichen Prozess bloßer Zeuge ist²²³, dem dort kein eigene Rolle innerhalb der Strafverfolgung mehr zukommen kann und soll²²⁴, weil es seinen Anspruch auf Strafe, idealtypisch gedacht durch Gesellschaftsvertrag, auf den Staat mit seinem Gewaltmonopol übertragen habe, sollten die Opfer in dem völkerstrafrechtlichen Prozess, jedenfalls aus Sicht einiger Autoren, eine neue, nämlich eigenständigere und aktivere Rolle erhalten. Zum Teil wird auch vertreten, dass der gesamte Prozess in erster Linie aus Opferinteressen heraus geführt werden

²²⁰ Insoweit scheint auch die Einschätzung Neubachers nicht ganz zutreffend zu sein, wonach die Strafverfolgung durch den IGHSt diejenige durch die Nationalstaaten nur „ergänze“, auch wenn das der Begriff des Komplementaritätsprinzips freilich mehr als nur nahelegt. Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 133. Dass der IGHSt die nationalstaatlichen Verfahren gegen Völkerrechtsverbrecher auch gegen den Willen der Nationalstaaten an sich ziehen kann, wenn festgestellt wird, dass diese die Verfahren nicht ernsthaft betreiben (vgl. die Artt. 17 Abs. 1 a) und b); 20 Abs. 3 a) und b) des Statuts), kann aber nicht nur als bloße Ermächtigung zur gleichberechtigten „Ergänzung“ in der Strafverfolgung gelesen werden, als vielmehr so, dass seitens des IGHSt stets überprüft werden muss, ob die nationalstaatlichen Strafgerichte den Strafanspruch der Völkergemeinschaft auch angemessen durchsetzen oder durchgesetzt haben!

²²¹ Unter Strafe gestellt werden zwar auch Handlungen gegen die Rechtspflege des IGHSt, die dieser dann in eigener Verantwortung verfolgen kann, etwa Falschaussage, Beweismittelfälschung, Zeugenbeeinflussung oder Bestechung (vgl. den Art. 70 des Statuts), und die im nationalen Rahmen als Delikte gegen die staatliche (Straf-)Rechtspflege gelten, dort also staatliche Rechtsgüter schützen; da es im Völkerstrafrecht aber eben nicht mehr um eine staatliche Rechtspflege geht, sondern um die der Völkergemeinschaft, stellen diese Delikte wiederum Delikte gegen die Interessen der Völkergemeinschaft dar, insbesondere gegen deren Interesse an Wahrheitsfeststellung, und können von den Staaten wiederum nur stellvertretend verfolgt werden (vgl. Art. 70 Nr. 2 und Nr. 4 a) und b)).

²²² Vgl. Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, S. 206ff. und 425ff.; Möller, *Völkerstrafrecht und internationaler Strafgerichtshof*, a.a.O., S. 535ff.

²²³ Vgl. dazu aus dem Schrifttum zur deutschen Strafprozessordnung etwa Tino Kleinert, *Persönliche Betroffenheit und Mitwirkung. Eine Untersuchung zur Stellung des Deliktsopfers im Straftatsystem*, Berlin 2008; Winfried Hassemer/Jan Philip Reemtsma, *Verbrechensopfer. Gesetz und Gerechtigkeit*, München 2002; Klaus Schroth, *Die Rechte des Opfers im Strafprozess*, Heidelberg 1995; in kritisch kriminologischer Sicht wird insoweit auch von einer „Enteignung“ des Opfers um den Konflikt mit dem Täter gesprochen, vgl. Nils Christie, *Grenzen des Leids*, Bielefeld 1986 (*Limits to Pain*, Oxford 1983), S. 125ff.; bei Hassemer/Reemtsma, *Verbrechensopfer*, a.a.O., S. 9, finden sich die ebenfalls häufiger benutzten Begriffe von einer Marginalisierung und Neutralisierung des Opfers.

²²⁴ Durchbrechungen dieses Prinzips finden sich etwa im Institut der Neben- (§§ 395ff. StPO) und der Privatklage (§§ 374 StPO), aber auch in weiteren „Verletzteninstitutionen“ (Kleinert), wie dem Strafantrag, dem Klageerzwingungs- und dem Adhäsionsverfahren, vgl. dazu Kleinert, *Persönliche Betroffenheit und Mitwirkung*, a.a.O., S. 270ff. Zudem gibt es seit längerem eine breite öffentliche Diskussion über die Stellung des Opfers im Strafverfahren, die in einigen opferbezogenen Gesetzesnovellen endete, vgl. dazu Hassemer/Reemtsma, *Verbrechensopfer*, a.a.O., S. 13ff., Kleinert, *Persönliche Betroffenheit und Mitwirkung*, a.a.O., S. 25ff.; Jochen Bung, *Zweites Opferrechtsreformgesetz: vom Opferschutz zur Opferermächtigung*, in: StV 2009, S. 430ff.

müsse²²⁵, auch wenn dem, etwa wegen der gesellschaftlichen Langzeitwirkung der Rehabilitierung von Opfern, noch ein präventives Moment innewohne.

Diese auf die stärkere Beachtung der Opferinteressen gerichteten Überlegungen scheinen schon angesichts der teilweise gigantischen Opferzahlen und der Schwere der Schädigungen nicht unplausibel²²⁶. Sie wirken auch, jedenfalls auf den ersten Blick, vor allem deshalb folgerichtig, weil es auf der völkerrechtlichen Ebene einen gesellschaftsvertraglich erklärten Verzicht der Opfer auf Ausübung von strafender oder rächender Gewalt gegenüber dem Täter und damit eine Abtretung ihres so genannten Strafanspruchs (wenn man so etwas wie einen Strafanspruch auf dieser Ebene denn anerkennen möchte) zugunsten eines wie auch immer zu denkenden Weltstaates²²⁷, also zugunsten eines (welt-)staatlichen Gewaltmonopols, in Ermangelung eines solchen selbst als idealtypische Denkfigur noch gar nicht geben kann. Die Anklagebehörde des internationalen Strafgerichts heißt daher auch, man kann schon sagen: selbstverständlich, nicht mehr *Staatsanwaltschaft*, sondern schlicht Ankläger oder Anklagebehörde²²⁸ und klagt den Täter nicht mehr im Auftrag irgendeines Staates an, sondern namens der internationalen Völkergemeinschaft, deren Mitglieder aber auch die Opfer selbst sind. Insofern drängt sich die Schlussfolgerung auf, dass die Anklage hier – wenn auch sehr vermittelt – nicht nur im Namen der Völkergemeinschaft, sondern auch namens und im Auftrag der Opfer selbst erhoben wird, deren Verfolgungsinteresse die internationale Gemeinschaft mit guten Gründen vermutet hat, als sie die Kompetenzen der völkerstrafrechtlichen Anklagebehörde festlegte.²²⁹ Wenn aber die völkerstrafrechtlichen Prozesse nicht

²²⁵ Etwa zum Zweck der „Solidarisierung mit dem Opfer“, vgl. Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 425ff.; Möller, *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof*, a.a.O., S. 535ff., 606; vgl. grundlegend zur Opferstellung vor dem IGHSt auch Christoph J. M. Safferling, *Das Opfer völkerrechtlicher Verbrechen*, a.a.O., S. 352ff.

²²⁶ Zugleich ist diese Tatsache aber auch gegen eine gesonderte Beachtung der Opfer geltend zu machen, weil allen Opfern, ohnehin nur den Überlebenden, damit schon aus praktischen Gründen kein eigener prozessualer Raum gegeben werden kann.

²²⁷ Vgl. zu Überlegungen weltstaatlicher Strukturen auf der Grundlage Kantischer Rechtstheorie kritisch gegenüber diesen Matthias Lutz-Bachmann, *Weltstaatlichkeit und Menschenrechte nach dem Ende des überlieferten Nationalstaats*, in: Brunkhorst/Köhler/Lutz-Bachmann (Hg.), *Recht auf Menschenrechte*, a.a.O., S. 210ff. m.w.N. in Anm. 21.

²²⁸ Vgl. zu Stellung und Befugnissen des „Anklägers“ oder synonym „der Anklagebehörde“ die Artt. 15, 34c), 42, zu den Befugnissen vgl. zudem die Artt. 53, 54, die im Übrigen ausdrücklich dazu ermächtigt sind, zur Sammlung von Beweisen im Ermittlungsverfahren auch mit Nichtstaatlichen Organisationen zusammenzuarbeiten (Art. 15 Abs. 2 des Statuts). Diese wiederum können ihrerseits Ermittlungen dadurch auslösen, dass sie dem Ankläger Informationen über Verbrechen vorlegen (Art. 15 Abs. 1 des Statuts).

²²⁹ Insofern rückt der Strafprozess vor dem IGHSt zumindest in die Nähe der Überlegung Lutz-Bachmanns, *Weltstaatlichkeit und Menschenrechte nach dem Ende des überlieferten Nationalstaats*, a.a.O., dass „jedem Weltbürger“ bei Verletzung seiner Menschenrechte, insbesondere der Unverletzlichkeit von Leib und Leben und von Freiheit und Sicherheit, „ein geordnetes Klageverfahren“ auf weltstaatlicher Ebene offenstehen müsste und

mehr im Namen, im Interesse oder der Rason irgendeines Staates durchgeführt werden können, scheint aber die Frage danach, warum die Opfer dann nicht eine ganz andere Rolle als in einem staatlichen Strafprozess erhalten können sollen, durchaus berechtigt zu sein.

Ungeachtet dieser erheblichen normativen Hintergrundverschiebung im Strafprozess, die einen weiteren neuen, diesmal rechtstheoretischen Aspekt des Völkerstrafrechts bezeichnet, rief jedoch eine Neujustierung der Opferrolle und eine gänzliche teleologische Neubewertung ihrer Interessen die Gefahr einer zu großen Funktionsverschiebung des Strafprozesses hervor. Denn als Folge einer primären Opferorientierung im Prozess könnte sich der Sinn der völkerrechtlichen Strafverfolgung, des Strafprozesses und des Strafvollzugs immer stärker hin zu einer bloßen Genugtuungs- und Vergeltungsfunktion²³⁰ verschieben, obwohl doch, wie oben deutlich gemacht, die denkbare Völkerstrafe diese Funktion angesichts des ungeheuren Ausmaßes der Verbrechen nicht sinnvoll und der Prozess als solcher diese nur eng begrenzt erfüllen kann.²³¹ Zudem liefe dadurch das gesamte Strafverfahren Gefahr, seinen präventiven Charakter letztlich ganz zu verlieren. Denn je mehr es auf die bereits zu beklagenden Opfer und die Interessen von Überlebenden und Hinterbliebenen ausgerichtet werden müsste, umso weniger könnte es sich auf die vor allem durch Aufklärung zu leistende Vorbeugung künftiger Straftaten konzentrieren.²³²

Dass mit Blick auf eine prozessuale Genugtuungsfunktion eine gänzliche Neubewertung der Opferrolle auch gar nicht zwingend notwendig ist²³³, zeigt ein

einem „Weltrecht“ die Aufgabe zukäme, „die in den Menschenrechten formulierten Grundrechte weltweit zu sichern“. A.a.O., S. 214.

²³⁰ Vgl. etwa Lagodny, ZStW 113 (2001), S. 806; die erkennbare, teilweise beklagte, teilweise begrüßte Renaissance des Vergeltungsgedankens lässt sich rechtstheoretisch wohl auch mit dieser Hintergrundverschiebung erklären.

²³¹ Dies gilt freilich nicht nur in strafzwecktheoretischer, sondern auch in subjektiv psychologischer Hinsicht. Vgl. Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 213: „Strafrechtliche Verfahren können [...] seelische Verwundungen weder ungeschehen machen noch heilen; das ist evident.“

²³² Man müsste spätestens dann, wenn es so käme, aber wohl auch schon vor dem Hintergrund des bislang Beschriebenen, auch einmal die prozessual-dogmatische Frage aufwerfen, ob das Völkerstrafrecht nicht insgeheim eine Art punitives völkerzivilrechtliches Verfahren mit starken, aus dem nationalen Strafrecht übernommenen poenalen Elementen und Strukturen darstellt. In diesem wird, nimmt man die Überlegungen zum Strafanspruch beim Wort, schließlich ein nur noch ziviler Anspruch einer zivilen Opfergemeinschaft und ihrer Angehörigen verhandelt, etwa auch eine Art zivilgesellschaftlicher Anspruch auf Wahrheitsfeststellung. Diese Frage lässt sich hier indes nicht klären.

²³³ und meist auch abgelehnt wird, vgl. Christoph Safferling, *Das Opfer völkerrechtlicher Verbrechen*, a.a.O., S. 383, m.w.N., der insoweit eindeutig und zutreffend feststellt, dass auch das Völkerstrafrecht nicht zur Lösung des Konflikts zwischen Opfer und Täter tätig werden kann: „Das Völkerstrafrecht hat nicht die Aufgabe, einen individuellen Konflikt zwischen zwei oder mehr Personen aufzuarbeiten, sondern soll den Konflikt zwischen Individuen als Täter[n] und der Völkergemeinschaft bewältigen. ... Ziel des Völkerstrafrechts ist die

Blick auf die immer wieder feststellbaren Aussagen von Tatopfern²³⁴, wonach viele von ihnen meist schon aufgrund der Tatsache, dass die Täter überhaupt vor Gericht stehen und einige der Opfer ihre eigene Geschichte über das Geschehene berichten können, so etwas wie Gerechtigkeit und Genugtuung empfinden und damit durchaus zufrieden sind. Denn mit dem Prozess einher geht notwendig, dass das einstmals sozial und normativ konforme (und ideologisch als richtig und gerecht bewertete) Handeln der Täter einer öffentlichen Neubewertung als kriminelles Unrecht unterzogen wird, mit der die Täter auch öffentlich konfrontiert werden und zu der sie sich ebenso verhalten müssen.

Verbrechensopfer legen insoweit dann insbesondere Wert darauf, dass die Neubewertung des Geschehenen von einer unabhängigen Instanz vorgenommen wird, die zugleich die Wahrheit über das ihnen zugefügte Leid feststellt.²³⁵ Ebenso bedeutsam gerät dann die auf dieser Wahrheitsermittlung fußende Klar-²³⁶ und Feststellung²³⁷, dass es sich bei dem von ihnen erlittenen Leid nicht um ein bemitleidenswertes unabwendbares Schicksal²³⁸ oder um ein „zeitgeschichtliches Unglück“²³⁹, sondern um individuell zu verantwortendes Unrecht gehandelt hat, das aus Freiheit begangen wurde und daher individueller Schuld zuzurechnen ist.

Wiederherstellung der Werte der Weltgemeinschaft.“ A.a.O., S. 383. Mithin bleibt es auch auf dieser Ebene bei der „Enteignung“ (Christie) der Beteiligten um ihren Konflikt.

²³⁴ Vgl. neuerdings für den Prozess gegen Iwan (John) Demjanjuk, der in München der Beihilfe zum Mord an 27.900 Juden im Vernichtungslager Sobibor angeklagt ist, die Aussagen der Nebenkläger Jules Schelvis und Paul Hellmann, in: *Süddeutsche Zeitung* vom 28./29.11.2009, S. 5 und vom 1.12.2009, S. 3, denen vor allem Verfahren und Schuldspruch wichtig seien. Ähnlich auch die Äußerungen der Generalsekretärin der deutschen Sektion von *Amnesty International* Monika Lüke, in: *Internationale Politik*, Januar/Februar 2010, S. 39, die darstellt, dass die Opfer des Völkermordes der Roten Khmer in Kambodscha unter anderem „eine öffentliche Entschuldigung der Verurteilten“ forderten.

²³⁵ Zur Wahrheitsfeststellung vgl. Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 213, der allerdings zu verkennen scheint, dass die von ihm genannten bedeutsamen Opferinteressen nahezu vollständig schon durch das Strafverfahren, den Prozess und die Schuldfeststellung befriedigt werden. So etwa, wenn er auf S. 213 schreibt, es sei „die Straflosigkeit der Täter“, die „eine Dominanz des Verborgenen und Unsicheren“ auf Opferseite erzeuge. Dies ist, auch nach dem von ihm selbst zuvor Dargelegten, unplausibel. Denn es ist nicht erst die Straflosigkeit, die diese Folgen aufweist, sondern das Fehlen der Strafverfolgung überhaupt. Ob das Verfahren überhaupt mit einer Sanktion schließen müsste und, falls ja, mit welcher, ist völlig offen. Vorsichtiger und nur auf die Notwendigkeit eines Schuldspruchs abstellend dann aber ders., a.a.O., S. 427.

²³⁶ Vgl. Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 210, m.w.N., S. 427.

²³⁷ Vgl. zur expressiven Funktion der Schuldfeststellung auch Klaus Günther, *Falscher Friede durch repressives Völkerstrafrecht?*, a.a.O., S. 89 ff., m.w.N.; eine „starke Tendenz“ dazu, dass die Strafprozesse mehr und mehr nur noch auf die Feststellung von Unrecht und Schuld gerichtet seien, sieht Klaus Lüderssen, *Auschwitz-Prozess*, a.a.O., S. 432. Vgl. insoweit auch die Verfilmung „Der Tod und das Mädchen“ (Roman Polanski, 1994), der die Bedürfnisse eines fiktiven Folter- und Vergewaltigungsopfers einer ebenfalls fiktiven südamerikanischen Diktatur in dem hier dargestellten Sinn schildert und dabei unterstreicht, dass es im Nahverhältnis Täter-Opfer Letzterem besonders um die Wiederherstellung der Anerkennung als kommunikativer Person gehen kann.

²³⁸ Ähnlich auch Klaus Günther, *Falscher Friede durch repressives Völkerstrafrecht?*, a.a.O., S. 80.

²³⁹ Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 427, mit Verweis auf Jan Philipp Reemtsma, *Das Recht des Opfers auf Bestrafung des Täters – als Problem*, Vortrag, München 1999, S. 25f.

Und dies wiederum hat die wichtige, den Opferinteressen ebenfalls entsprechende Funktion, dass das öffentlich verhandelte, meist sehr traumatisierende Tatgeschehen²⁴⁰ auch nicht mehr, wie bislang oft geschehen, diplomatisch als *acts of states* immunisiert, als trauriges Schicksal von ganzen Völkern fatalisiert oder gar geschichtsrevisionistisch gelegnet werden kann.²⁴¹

Insofern muss man feststellen, dass die Prozesse bereits nach gegenwärtigem Status quo neben einer präventiven Funktion auch eine bedeutende, und zwar in erster Linie *kommunikative* Genugtuungsfunktion erfüllen.²⁴²

„Insofern kommt der Qualität der Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten [...] eine große Bedeutung zu. Das Strafverfahren muss und kann einen Beitrag dazu leisten, den Achtungsanspruch, in dem das Opfer als Person durch die Tat verletzt worden ist, zu bekräftigen.“²⁴³

Und diesen Beitrag leistet es schon, lange bevor überhaupt eine Strafe, zumeist die aus dem nationalen Recht überkommene Freiheitsstrafe, vollstreckt worden ist.

Zuzugeben ist aber, dass mit den hier skizzierten, eher skeptischen Überlegungen zur Rolle der Tatopfer die rechtstheoretische Spannung, die mit dem Wegfall des die staatliche Gewalt legitimierenden Gesellschaftsvertragsmodells auf völkerrechtlicher Ebene fraglos entstehen muss, noch nicht abgegolten ist.²⁴⁴

²⁴⁰ vgl. Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 208ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

²⁴¹ Dies kann als weitere Form von Neutralisierung wiederum zu weiteren Schäden bei den Opfern führen. So genannte sekundäre Viktimisierung, vgl. Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 206f., 427. Schon der Proklamation von Menschenrechten selbst, die durch die Taten verletzt und als *Rechtsgüter* geschützt würden, liegt ein Moment zugrunde, das solche Neutralisierungen verhindert: „Menschenrechte gehen aus Erfahrungen staatlicher Willkür hervor und sie geben ihrem Inhaber die Gewissheit, dass er damit nicht das Opfer der Natur (des Stärkeren), des Schicksals oder eigenen Versagens ist, sondern einer Ungerechtigkeit, gegen die er sich wehren kann.“ So Klaus Günther, *Menschenrechte zwischen Staaten und Dritten*, in: Nicole Deitelhoff, Jens Steffek (Hg.), *Was bleibt vom Staat? Demokratie, Recht und Verfassung im globalen Zeitalter*, Frankfurt am Main/New York 2009, S. 259ff., 260.

²⁴² Dies zumal, da die Tat immer auch „einen Angriff auf den kommunikativen Status“ des Opfers bedeutet. Vgl. dazu Klaus Günther, *Die Sprache der Verstummen: Gewalt und performative Entmachtung*, in: Klaus Lüderssen (Hg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Band II: *Neue Phänomene der Gewalt*, Baden-Baden 1998, S. 120ff., S. 127.

²⁴³ Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 213.

²⁴⁴ Vgl. dazu auch Klaus Günther, *Falscher Friede durch repressives Völkerstrafrecht*, a.a.O., S. 98, der die Gefahr unterstreicht, dass der Täter, weil er keine Partei eines Sozialkontrakts mehr sei, als ein *homo sacer*, als ein Mensch angesehen werden könne, der außerhalb des Rechts stehe und gegen den ein Feindstrafrecht angewendet werden könne.

c) Staatsbilder

Der geschilderten veränderten Rolle des Staates als ein Verfolger von nunmehr fremden Ansprüchen entspricht zudem die dem Völkerstrafrecht inhärente Zurückdrängung der staatlichen Souveränität, von der, wie es *Gerhard Werle* formuliert, die Entwicklung des Völkerstrafrechts künde.²⁴⁵

Denn das Völkerstrafrecht kriminalisiert zumeist, wie eingehend dargelegt, das Handeln von Staaten durch deren individuelle Akteure, setzt diesem Handeln also, sobald es Frieden und Menschenrechte verletzt, Grenzen. Völkerstrafrecht, so könnte man mit *Herbert Jäger* sagen, kriminalisiert staatliche Politik.²⁴⁶

Das Völkerstrafrecht verändert den Blick auf Staatlichkeit daher auch in negativer Hinsicht: Der Staat ist im Zweifel der zu kriminalisierende Akteur des Völkerstrafrechts, er ist, wie man sagen könnte, sein krimineller Nukleus. Denn im Mittelpunkt dieses Strafrechts steht, so ausdrücklich *Neubacher*, nicht mehr der Ungehorsam eines Individuums gegenüber dem Staat, „sondern umgekehrt der Ungehorsam des Staates gegenüber dem Recht und den Menschenrechten der Individuen, für deren Schutz er vor allem zuständig ist“.²⁴⁷ Das Völkerstrafrecht verdeutlicht also gerade auch die Ambivalenz staatlicher Macht gegenüber den Menschenrechten, die nicht nur eine mächtige Schutz- und Gewährleistungsinstitution darstellen, sondern sich auch zu ihrer wohl größten nur denkbaren Bedrohung entwickeln kann.²⁴⁸

Dem Staat verbleiben daher aus Sicht des Völkerstrafrechts auch nur noch zwei große, diametral entgegengesetzte Rollen auf der internationalen Bühne des Strafspektakels, die just diese Ambivalenz widerspiegeln: die des Kriminellen oder die des Hilfspolizisten.

²⁴⁵ Werle, *Menschenrechtsschutz*, a.a.O., S. 814. Vgl. auch Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 131, dem zufolge die „Entwicklung des Völkerstrafrechts als die Geschichte der allmählichen Zurückdrängung des Souveränitätsdogmas ... verstanden werden“ kann.

²⁴⁶ Vgl. Herbert Jäger, *Ist Politik kriminalisierbar?*, in: Klaus Lüderssen (Hg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse*, Band III, *Makrodelinquenz*, Baden-Baden 1998, S. 121ff.

²⁴⁷ Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 98.

²⁴⁸ Ähnlich auch Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 131f., der von einem „ambivalenten Verständnis des Staates“ im Völkerstrafrecht spricht, wonach man sowohl die bedrohliche Seite, den Leviathan, als auch die schützende Seite beachten müsse. So auch Klaus Günther, *Menschenrechte zwischen Staaten und Dritten*, a.a.O., S. 271, der diese Ambivalenz so formuliert, dass der Staat „stets *uno actu* zugleich Beschützer und Bewahrer der Menschenrechte wie ihr gefährlichster Gegner“ war, „der durch diese Rechte beschränkt und gefesselt werden sollte“.

VI. Verrechtlichung des Moralischen - Moralisierung des Rechts?

Mit diesem Blick auf die Staatsrollen unmittelbar zusammen hängt schließlich, was man gegen die hier vertretene Position zum Strafzweck mit Recht zunächst einmal kritisch einwenden kann, dass sie nämlich, wie oben schon angedeutet, doch eine gewisse Parallele zur Idee eines Tugendstrafrechts aufweise, indem sie – *kantisch* gedacht – die rechtlichen Imperative moralisiere. Sie verlange ja doch von den individuellen Adressaten des Völkerstrafrechts gleichsam eine innere Übereinstimmung mit der Menschenrechtsordnung und dann auch äußerlich eine aktive Verteidigung dieser Ordnung. Nicht mehr nur der Staat habe daher auf eine, dann eben nur äußerliche Befolgung der Norm unabhängig von innerer Übereinstimmung zu achten, sondern – ganz im Sinne *Fritz Bauers* – der Bürger selbst sei aufgerufen, das Menschenrecht gleichsam aus innerem Antrieb zu verteidigen. Denn auch er selbst habe in seinem eigenen Staat dafür zu sorgen, dass die Menschenrechte befolgt werden.²⁴⁹

Insofern verschwimmt dann die oben erläuterte, von *Kant* gezogene klassische Grenze zwischen der äußeren Gesetzgebung und der verinnerlichten Moral²⁵⁰. Vielmehr wären Menschenrechte von der hier spezifizierten Werte des Völkerstrafrechts aus betrachtet tatsächlich in gewisser Weise „funktional äquivalent mit verinnerlichten Normen“.²⁵¹ Denn es ist hiernach gar nicht mehr „übertrieben“, wie *Köhler* es noch formulierte, die Geltung der „Menschenrechte auch als persönliche Angelegenheit jedes Menschen anzusehen“²⁵², jedenfalls dann nicht, wenn sich dieser Mensch im Konfliktfall zu ihrer möglichen Verletzung verhalten muss. Genau dann nämlich werden die Menschenrechte spätestens mittels der völkerrechtlichen Strafandrohung künftig auch zu seiner ganz „persönlichen Angelegenheit“ und überdies, im Angesicht des Strafmaßes, auch zu einer recht dringlichen.

²⁴⁹ Fritz Bauer, *Interview*, a.a.O., S. 113f.

²⁵⁰ vgl. Kant, *Einleitung in die Metaphysik der Sitten*, S. 218f. Vgl. dazu auch Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main 1992, S. 46f. und dessen Nachwort zu 4. Aufl. in: ders., *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main 1996, S. 661ff. Selbst wenn diese Grenze, wie oben gezeigt, noch nicht völlig aufgehoben ist, weil man die geforderte Zivilcourage auch zeigen kann, wenn man nicht in der Überzeugung von der Richtigkeit der Menschenrechtsgeltung handelt, selbst wenn man also nicht intrinsisch moralisch handelt.

²⁵¹ so noch kritisch Wolfgang R. Köhler, *Das Recht auf Menschenrechte*, a.a.O., S. 123.

²⁵² Köhler, *Das Recht auf Menschenrechte*, a.a.O., S. 123, der dies freilich noch auf den gewöhnlichen Alltag einer nationalen Bürgergesellschaft gemünzt wissen will.

a) Würdeschutz von Opfer und Täter

Eine solche Kritik beschrieb den hiesigen Ansatz also durchaus zutreffend. Allerdings entspringt dieser eben nicht einem theoretischen Webfehler, der die mit sehr guten, oben geschilderten, Gründen vorgenommene Trennung von Recht und Moral willkürlich negiert, als mehr konsequenzlogisch den kriminologischen und normtheoretischen Hintergründen des Völkerstrafrechts und der Geltungsidee seiner Rechtsgüter. Er lässt nämlich das Ziel des Völkerstrafrechts, die Erzeugung eines auf autonomen Entschlüssen gründenden zivilcouragierten Verhaltens, mit dessen Rechtsgütern, den universellen Menschenrechten, in einer es legitimierenden Funktion verschmelzen.

Dies wird umso klarer, je eher man mit der überwiegenden und lagerübergreifenden Meinung im menschenrechtlichen Schrifttum dazu tendiert, die Menschenrechte im Sinne *Kants* auf die Würde des Menschen zu gründen, die in dessen Autonomie, sprich in dessen Fähigkeit zur moralischen wie juristischen Selbstzwecksetzung und Selbstgesetzgebung gründe.²⁵³ So gesehen zielte das Völkerstrafrecht, das zivilcouragiertes Handeln erzeugen möchte, auf die in der Tatsituation durch autonome, nonkonforme Handlungen des Widerstehens praktizierte Würde selbst der potentiellen Täter - mit dem Ziel, die Würde und Autonomie ihrer möglichen Opfer zu schützen.²⁵⁴

Ein auf Menschenrechtsschutz zielendes Völkerstrafrecht möchte mithin - auch mit diesem Strafziel²⁵⁵ - zwar primär, aber eben nicht nur die Opfer und ihre Würde schützen, sondern auch Würde und Autonomie der potentiellen Täter, indem es diese auffordert, sie symbolisch ermuntert, sie unterstützen und befähigen will, sich nicht zu einem bloßen, gedankenlos handelnden Mittel verbrecherischer staatlicher Zwecke zu machen, sich also nicht, gemäß der Objektformel zur Menschenwürde²⁵⁶, zu einem bloßen Objekt im Dienste staatlicher Kriminalität entwürdigen zu lassen. Es

²⁵³ Vgl. zu diesem Ansatz etwa Jürgen Habermas, *Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte*, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 2010, S. 343ff., 344f., und ders., *Faktizität und Geltung*, a.a.O., S. 122f., 130f., 136; Wolfgang R. Köhler, *Das Recht auf Menschenrechte*, in: Hauke Brunkhorst, Wolfgang R. Köhler, Matthias Lutz-Bachmann (Hg.), *Recht auf Menschenrechte*, Frankfurt am Main 1999, S. 106ff., 111ff.

²⁵⁴ vgl. insoweit noch einmal das Monitum Adornos vom Eingang dieses Beitrags, wonach die „einzig wahrhafte Kraft gegen das Prinzip von Auschwitz [...] Autonomie [wäre], wenn ich den Kantischen Ausdruck verwenden darf; die Kraft zur Reflexion, zur Selbstbestimmung, zum Nicht-Mitmachen.“ Theodor W. Adorno, *Erziehung nach Auschwitz*, in: *Erziehung zur Mündigkeit. Vorträge und Gespräche mit Hellmut Becker*, hg. von Gerd Kadelbach, Frankfurt am Main 1971, S. 93.

²⁵⁵ Vermittelt durch entsprechende prozessuale Rechte im Verfahren sollte der Subjektstatus des Täters ohnehin geschützt werden.

²⁵⁶ Vgl. Horst Dreier (Hg.), *Grundgesetz. Kommentar*, Tübingen 1996, Art. 1 GG, Rn 39, m.w.N.

fordert diese vielmehr auf, sich in autonomer Weise selbst, unabhängig von staatlichen normativen Vorgaben, eigene menschenwürdige Zwecke zu setzen, die dann auch der Selbstzweckhaftigkeit und also der Würde der möglichen Opfer gerecht werden.

b) moralische Rechtsgüter

Die hierin enthaltene Moralisierung des völkerrechtlichen Strafzwecks ist also, betrachtet man sich den starken moralischen Gehalt einer auf Menschenwürde abzielenden Menschenrechtsbegründung, nur eine logische Ableitung aus dem Begründungsmodus und der Geltungsidee seiner Rechtsgüter. Sie ist mithin eine logisch notwendige Folge der den Menschenrechten zugrunde liegenden „Verrechtlichung des Moralischen“²⁵⁷, also eine Folge der idealtypisch gedachten „universellen Geltung“ der Rechtsgüter²⁵⁸ selbst.

Und insbesondere dann, wenn man, wie es lagerübergreifend geschieht²⁵⁹, die Menschenrechte nicht nur als universelle begreift, sondern auch „strikt horizontal“ begründet, also als Rechte begreift, die von keiner autoritären Instanz gegeben und wieder genommen werden können, die sich vielmehr alle Menschen weltweit „gegenseitig geben und einräumen“²⁶⁰, dann scheint es nur konsequent, dass das Völkerstrafrecht für den Fall, dass die Menschenrechte in den für es relevanten kriminogenen Situationen nicht mehr durch die Staaten geschützt und gewährleistet werden, an diesen horizontalen Begründungsmodus erinnert. Es gemahnt seine Adressaten dann daran, dass es im Zweifelsfall auch ihre eigene Aufgabe und Rechtspflicht ist, ihre einmal wechselseitig zugestandenen und dann eben notwendig universellen Rechte zur Not selbst zu schützen.

Und selbst wenn man diesen universellen Anspruch kritisch sehen mag, weil es zu seiner letzten Begründung (noch) keine kohärente Theorie geben mag²⁶¹, so hat sich

²⁵⁷ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, a.a.O., S. 552, 554.

²⁵⁸ vgl. statt vieler Heinhart Steiger, *Brauchen wir eine universale Theorie für eine völkerrechtliche Positivierung der Menschenrechte*, in: Hauke Brunkhorst, Wolfgang R. Köhler, Matthias Lutz-Bachmann (Hg.), *Recht auf Menschenrechte*, Frankfurt am Main 1999, S. 41ff.

²⁵⁹ Vgl. die Nachweise bei Klaus Günther, *Menschenrechte zwischen Staaten und Dritten*, a.a.O., S. 276.

²⁶⁰ Klaus Günther, *Menschenrechte zwischen Staaten und Dritten*, a.a.O., S. 275. Ähnlich auch Stephan Gosepath, *Zu Begründungen sozialer Menschenrechte*, in: Stefan Gosepath, Georg Lohmann (Hg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt am Main 1998, S. 146ff, S. 150 und Ernst Tugendhat, *Vorlesungen über Ethik*, a.a.O., S. 345f., die davon sprechen, dass sich die Menschen wechselseitig die Menschenrechte „verleihen“.

²⁶¹ Zu den vielfältigen und umstrittenen Versuchen einer Theorie der Menschenrechte vgl. nur die Sammelbände von Hauke Brunkhorst, Wolfgang R. Köhler, Matthias Lutz-Bachmann (Hg.), *Recht auf Menschenrechte*,

diese Idee, davon ganz unbeeindruckt, doch längst durchgesetzt. Insofern sei auf die Formulierung *Henry Shues* verwiesen, wonach

„die Menschenrechtsbewegung ... die Sache vorangetrieben“ habe, „ohne über eine weitgehend akzeptierte philosophische Theorie ihrer selbst zu verfügen Beim internationalen Konsens über die Menschenrechte handelt es sich vielmehr um eine ... kulturübergreifende soziale Praxis. Jede sie rechtfertigende Theorie, die auftaucht, kann von Anfang an von einem kulturübergreifenden Konsens ausgehen. Die Praxis ist heute jeder Theorie weit voraus. Die Eule der Minerva, die für die Menschenrechte zuständig ist, döst offensichtlich noch in ihrem Baum vor sich hin.“²⁶²

Diese Überlegung lässt sich leicht auf das Völkerstrafrecht und die Versuche seiner Legitimation übertragen. Denn dann, wenn das Völkerstrafrecht die Menschenrechte in ihrem „Charakter als objektive Rechtsordnung“²⁶³ schützen soll, schleppt es notwendig die Legitimationsprobleme dieser Ordnung mit sich herum und wird von diesen Problemen in seinen eigenen Legitimationsbemühungen erfasst, die jeweils von der Menschenwürde und der ihr zugrundeliegenden Autonomie der Weltbürger getragen werden. Auch die für das Völkerstrafrecht zuständige Eule der Minerva, sofern es nicht – dann doppelzuständig – dieselbe ist, döst also noch in ihrem Baum. Gleichwohl beginnt sich die soziale Praxis des Völkerstrafrechts inzwischen, spätestens seit dem Jahr 2003, durchzusetzen, ohne jemals über eine konsenterte rechtfertigende Theorie verfügt zu haben. Im Gegenteil: eine solche wurde mitunter gar nicht einmal als notwendig angesehen.²⁶⁴

Geht man aber – wie auch immer begründet – davon aus, dass die Menschenrechte universell gelten (sollen) und dies auch, vermittelt über einen kontrafaktischen oder überpositiven Geltungsbegriff, selbst dort noch, wo staatliche

Frankfurt am Main 1999; Stefan Gosepath, Georg Lohmann (Hg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt am Main 1998.

²⁶² Henry Shue, *Menschenrechte und kulturelle Differenz*, in: Stefan Gosepath, Georg Lohmann (Hg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt am Main 1998, S. 343ff., 375. Ein solcher „internationaler Konsens“ über Menschenrechte lässt sich, ungeachtet aller weltweiten Verletzungen, zumindest daran erkennen, wie viele Staaten weltweit diverse Kodifikationen über Menschenrechte unterzeichnet und ratifiziert haben. Vgl. dazu Juliane Kokott, *Der Schutz der Menschenrechte im Völkerrecht*, in: Brunkhorst/Köhler/Lutz-Bachmann (Hg.), *Recht auf Menschenrechte*, a.a.O., S. 180f., 191f.

²⁶³ Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 424.

²⁶⁴ Vgl. nur Werle, a.a.O., der, wie oben dargestellt, keine Legitimationsprobleme des Völkerstrafrechts erkennt. Dieses könne vielmehr ohne weiteres auf die gängigen Zwecke des nationalen Strafrechts zurückgreifen.

Ordnungen ihre Geltung nicht mehr nur nicht garantieren, sondern aktiv angreifen, dann liegt der moralische Imperativ, wonach diese gerade auch ohne äußere staatliche Durchsetzung zu gelten haben und zu beachten seien, dem Konzept von Menschenrechten selbst zugrunde. Dies ist der hier interessierende Gehalt von der Rede über die Menschenrechte als *moralische* Rechte.²⁶⁵

Selbst wenn man das als unbefriedigenden theoretischen Fatalismus empfinden mag, sei abschließend nochmals auf die logische Folgerichtigkeit verwiesen, mit der die Urteilsprüche des Völkerstrafrechts, wie oben geschildert, performativ Ansprüche auf ein gegenüber staatlichen Normen abweichendes Verhalten formulieren.²⁶⁶

c) „juridische Rechte“ (Habermas)

Diese Überlegungen ließen sich im Übrigen auch dann noch halten, eventuell sogar noch besser begreifen, wenn man die Menschenrechte nicht als *moralische*, dann also auch vorstaatliche Geltung reklamierende Rechte, sondern mit *Jürgen Habermas* lediglich und strikt als *juridische* Rechte²⁶⁷, also nur als staatlich verbindliche, positiviert Grundrechte²⁶⁸ betrachten wollte, der damit freilich in dem menschenrechtlichen Begründungsdiskurs eine nicht unumstrittene Mindermeinung vertritt.²⁶⁹

²⁶⁵ Vgl. dazu wiederum grundlegend Ernst Tugendhat, *Vorlesungen über Ethik*, a.a.O., S. 336ff.; Otfried Höffe, *Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne*, Frankfurt am Main 1994, S. 135ff., und komprimierter z.B. bei Andreas Wildt, *Menschenrechte und moralische Rechte*, in: Stefan Gosepath, Georg Lohmann (Hg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt am Main 1998, S. 124ff.; Stefan Gosepath, *Zu Begründungen sozialer Menschenrechte*, in: a.a.O., S. 146ff., 148ff.

²⁶⁶ Eine andere, hier nicht mehr zu diskutierende Frage ist die, ob das Völkerstrafrecht zur symbolischen Bekräftigung der Notwendigkeit von Zivilcourage noch zwingend auf eine aus dem staatlichen Recht überkommene Haftstrafe zurückgreifen muss oder ob öffentliche Unrechtsfeststellung und Schuldspruch hierfür ausreichen. Vgl. dazu Klaus Günther, *Falscher Friede durch repressives Völkerstrafrecht*, a.a.O., S. 89 ff., m.w.N.; Klaus Lüderssen, *Auschwitz-Prozess*, S. 432 f.; auch Adorno deutete in der *Negativen Dialektik* schon 1966 an, dass eine Verurteilung der Täter womöglich hinreiche und man sie „danach laufenlassen“ solle, ders., a.a.O., S. 282. Drei Jahre danach schreibt auch Herbert Jäger: „Den Urteilen kommt ... eine wichtige Feststellungswirkung zu, die mir in vielen Fällen bedeutsamer erscheint als die Bestrafung selbst.“ Vgl. ders., *Strafrecht und Nationalsozialistische Gewaltverbrechen*, in: *Kritische Justiz* 1969, S. 143ff., 149.

²⁶⁷ Vgl. ders. *Faktizität und Geltung*, a.a.O., S. 136, und zwar, wie er sagt, „ungeachtet ihres moralischen Gehalts“.

²⁶⁸ Was sowohl für staatliche als auch für überstaatlich formulierte Grundrechte gilt, etwa für Menschenrechte, die die EMRK normiert. Zur Verbindlichkeit von Menschenrechtskodifikationen vgl. auch Juliane Kokott, *Der Schutz der Menschenrechte im Völkerrecht*, in: Brunkhorst/Köhler/Lutz-Bachmann (Hg.), *Recht auf Menschenrechte*, a.a.O., S. 176ff.

²⁶⁹ Zur Kritik vgl. etwa Georg Lohmann, *Menschenrechte zwischen Moral und Recht*, in: Gosepath/Lohmann (Hg.), *Philosophie der Menschenrechte*, a.a.O., S. 62ff., S. 73ff.; ebenfalls dort Andreas Wildt, *Menschenrechte und moralische Rechte*, S. 124ff.

aa) individuelle Verantwortung

Um dies nachzuvollziehen, muss man sich zuerst einmal die offenbar erst in dem „neuen“ Strafrecht des Völkerstrafrechts auch neu entstehende semantische Zweideutigkeit des Begriffs der Verantwortung/Verantwortlichkeit genauer vor Augen führen. Diese Zweideutigkeit scheint in einigen Veröffentlichungen zwar ansatzweise immer wieder einmal auf, wird dann aber nie ausdrücklich ausformuliert.

Beispielhaft sei hierfür eine Formulierung *Neubachers* herausgegriffen. Bei diesem heißt es, dass das Völkerrecht in Gestalt des Völkerstrafrechts dem einzelnen Menschen als einem möglichen neuen Subjekt des Völkerrechts eine neue, offenbar nicht nur mit Rechten, sondern auch mit Pflichten verbundene Rolle zuweise.²⁷⁰ Einerseits werde er, so *Neubacher*, als Einzelner geschützt, genieße insofern Rechte, andererseits sei er aber auch „unmittelbar *verantwortlich*, wenn er gegen das Internationale Strafrecht“ verstoße, habe also auch Pflichten.²⁷¹

Einem solchen völkerstrafrechtlichen Begriff von Verantwortung sind dann aber, wenn man dem hier dargelegten Gedanken folgt, dass das Völkerstrafrecht in seinem Schuldspruch nicht nur die Freiheit des Täters zu einem anderen Handeln voraussetzt, sondern dieses andere Verhalten geradezu einfordert, also auch eine – wenn auch ganz unbestimmte²⁷² – Handlungspflicht formuliert, zwei ganz unterschiedliche semantische Gehalte immanent.

aaa) Handlungsverantwortung

Oben bereits dargelegt wurde diejenige semantische Dimension des Verantwortungsbegriffs, die im Kontext des Schuldbegriffs schon im nationalen Strafrecht geläufig und allgemein anerkannt ist, wonach strafrechtliche Schuld Verantwortung *für das eigene Handeln* bedeute. Diese Verantwortung gründe auf der individuellen Freiheit, auch anders handeln zu können, mithin auf der mehr oder minder gegebenen personalen Autonomie, auf deren Grundlage sich der Handelnde

²⁷⁰ Bei *Neubacher*, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 131 (Hervorhebung vom Autor).

²⁷¹ *Neubacher*, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., 131. Ähnlich auch die Formulierung bei Richard Falk, *Die Weltordnung innerhalb der Grenzen von zwischenstaatlichem Recht und dem Recht der Menschheit*, in: Lutz-Bachmann/Bohman (Hg.), *Frieden durch Recht*, a.a.O., S. 170ff., 180, dem zufolge die Nürnberger Prozesse den „ersten Schritt in der Entwicklung eines internationalen Rechts“ darstellen, „das auf der persönlichen Verantwortlichkeit beruht“.

²⁷² Und insofern formuliert das Völkerstrafrecht dann auch eine an eine moralische oder Tugendmaxime erinnernde Handlungspflicht, die lauten könnte: „Handle so, dass Du die Menschenrechte nicht verletzt!“
Erinnert sei daher nochmals an den bereits oben erwähnten, eben auch dem Völkerstrafrecht zugrunde zu legenden kategorischen Imperativ, den Adorno der gesellschaftlichen Erziehung nach Auschwitz zuschrieb, dass dieses sich nicht wiederholen dürfe.

für seine Handlung entscheide. Dass diese Grundlage für die Zuschreibung individueller Verantwortung, und damit für die Zuschreibung von Schuld, in den kriminogenen Situationen des Völkerstrafrechts regelmäßig angenommen werden kann, wurde oben gezeigt.

bbb) Geltungsverantwortung

Für genau diese Situationen ließe sich dem Begriff der Verantwortung aber noch eine weitere semantische Dimension entnehmen, nämlich die oben bereits angedeutete Dimension einer Geltungsverantwortung. Der völkerstrafrechtliche Schuldspruch schreibt dem Täter hier dann auch die, wenn auch nur schwach ausgeprägte, individuelle Verantwortung *für ein Rechtsgut* zu, nämlich die individuelle Verantwortung für das Rechtsgut der Menschenrechte. Sind diese, wie oben dargelegt, in der jeweiligen Situation durch den potentiellen Täter vor einer Verletzung zu bewahren, die von ihm durch staatliche Imperative, etwa Normen oder Befehle, mehr oder weniger ausdrücklich gefordert wird, so erwächst ihm in dieser Situation auch eine persönliche Verantwortung dafür zu, das Rechtsgut nicht zu verletzen – und zwar, wie man sagen könnte, sowohl in konkret-materieller Hinsicht (Schutz des konkreten Opfers vor Verletzung) als auch in abstrakt-normativer Hinsicht (Schutz und Gewährleistung der Geltung seiner Menschenrechte).

Dieser Aspekt der individuellen Verantwortung für ein Rechtsgut, den man mit Blick auf die materielle Seite im deutschen Strafrecht vor allem aus den Unterlassungsdelikten kennt, ist allerdings nur vergleichsweise schwach ausgeprägt. Denn die Verantwortung für dieses Rechtsgut besteht nicht per se, nicht umfassend, etwa zeitlich unbegrenzt oder gegenüber jeder möglichen Bedrohung. Sie entsteht vielmehr erst in der Situation, in der der potentielle Täter durch Dritte aufgefordert wird, das Rechtsgut zu tangieren. Und sie gilt auch nur für den Zeitraum fort, in dem der Konflikt der divergierenden Normenappelle andauert. Nur in dieser Situation nämlich erreicht den potentiellen Täter der normative Appell der Rechtsgüter an seine Autonomie, ausgehend von ihrem bislang so erörterten universellen, moralischen Geltungsgrund der Menschenwürde.²⁷³ Diese individuelle

²⁷³ Dieser schwache Verantwortungsbegriff meint hier also nicht etwa den Begriff einer umfassenden Verantwortung eines (Beschützer-)Garanten im strafrechtlichen Sinne (vgl. § 13 StGB), dem die Aufgabe eines gegenüber allen nur denkbaren Bedrohungen zu leistenden Schutzes für ein Rechtsgut zukommt. Diese, im deutschen Strafrecht, so genannten Beschützergaranten sind verantwortlich für die Unversehrtheit von Rechtsgütern, denen gegenüber sie eine Garantenstellung, z.B. freiwillig oder auch durch Vertrag, eingenommen

Verantwortung erlischt aber sofort wieder, sobald die Aufforderung zur Rechtsgutsverletzung an eine andere Person gerichtet wird²⁷⁴, und geht dann gleichsam auf diese andere (autonome) Person über. Sie ist also auf die Dauer des in der konkreten kriminogenen Situation bestehenden Geltungskonflikts zwischen staatlichen und menschenrechtlichen Imperativen beschränkt.²⁷⁵

bb) moralische und rechtliche Handlungsnormen

Man kann nun darüber nachdenken, inwieweit diese beiden Aspekte des Verantwortungsbegriffs, Verantwortung für das eigene Handeln und (Geltungs-)Verantwortung für ein Rechtsgut, die beide, wie gezeigt, in der individuellen Autonomie von Täter und Opfer gründen, nicht in einer Weise zusammenhängen, in der sich nach *Habermas* auch die moralische und die staatsbürgerliche, besser: republikanische Autonomie der gegenwärtig ja noch (welt)staatenlosen Weltbürger²⁷⁶ zueinander verhalten.

Ihm zufolge differenzieren sich

„auf dem nachmetaphysischen Begründungsniveau rechtliche und moralische Regeln gleichzeitig aus traditionaler Sittlichkeit [aus, und treten] als zwei verschiedene, aber einander ergänzende Sorten von Handlungsnormen nebeneinander [...]. Dementsprechend muss der Autonomiebegriff so abstrakt

haben. Vgl. zur Dogmatik der Garantienpflichten die strafrechtliche Kommentierung in Schönke/Schröder-Stree, 27. Auflage, München 2006, § 13, Rn 17ff.; Fischer, 55. Auflage, München 2008, § 13, Rn 7ff.

²⁷⁴ jedenfalls soweit die Person, auf die der Befehl übergeht, gegenüber der dann weiterhin verantwortlichen Person nicht weisungsabhängig ist. Für diesen Fall, dass die Aufforderung zum Verbrechen etwa an Untergebene ergeht oder diese aus eigenem Antrieb Verbrechen begehen, besteht die Verantwortung, dass dies nicht geschieht, ausdrücklich fort. Vgl. den Art. 28 des Statuts von Rom.

²⁷⁵ Eine solche Form der individuellen Verantwortung *für ein konkretes Rechtsgut* besteht im nationalen Recht zumindest aus zweierlei Gründen nicht: Zum einen geht von den im nationalstaatlichen Kontext geschützten Rechtsgütern zumeist – mangels Menschenwürdebezug – kein moralischer Imperativ in dem hier dargelegten Sinne aus, zum anderen, und das hängt teilweise zusammen, sind die Rechtsgüter hier keinen staatlichen Angriffen ausgesetzt, so dass sich der Täter auch in keinem Geltungskonflikt befindet, in dem er eine Verantwortung übernehmen müsste. Insbesondere werden die Rechtsgüter, die er – hier allein aus eigenem Antrieb(!) – tangiert, von den staatlichen Normen und Institutionen noch weiterhin geschützt, so dass auch die Not einer individuellen Verantwortlichkeit gar nicht besteht.

²⁷⁶ Die *Habermas*sche Utopie einer „Republik von Weltbürgern“, vgl. *Faktizität und Geltung*, a.a.O., S. 139, der ihm zufolge „kein bloßes Phantom mehr ist, auch wenn wir noch weit von ihm entfernt sind“, a.a.O., S. 660, die einer rein juristischen Begründung von Menschenrechten wohl erst vollends gerecht würde – so jedenfalls mit überzeugender Begründung Georg Lohmann, *Menschenrechte zwischen Moral und Recht*, a.a.O., S. 74f. –, findet inzwischen in *Den Haag* doch schon insofern einen Ort, als mit dem ständigen und weltweit zuständigen Internationalen Strafgerichtshof zumindest eine Institution geschaffen wurde, die eigentlich zu einer solchen Republik gehörte. Insofern hat sich Habermas‘ noch „eher aus Verzweigung geborene Hoffnung“, vgl. *Faktizität und Geltung*, S. 353, schon ein Stück weit verwirklicht.

gefasst werden, dass er mit Bezug auf die eine oder andere Seite von Handlungsnormen eine jeweils spezifische Gestalt annehmen kann.²⁷⁷

Vor dem Hintergrund eines solchen, den Kantischen Begriff abstrahierenden Autonomieverständnisses, wonach rechtliche und moralische Handlungsnormen „gleichursprünglich“²⁷⁸ aus ein und derselben Quelle, der menschlichen Autonomie, entspringen, lässt sich dann auch die Vorstellung nicht mehr halten, als gebe es eine „Legeshierarchie“, in der moralische Normen den rechtlichen Normen überzuordnen seien.²⁷⁹

Mit diesen Überlegungen müsste man dann aber auch in Frage stellen, inwieweit sich der hier *prima facie* aufdrängende Gedanke noch halten ließe, dass es sich bei den verschiedenen semantischen Gehalten des Verantwortungsbegriffs einerseits, bei der Verantwortung für das eigene Handeln, um eine *rechtliche* Verantwortung handelte, und andererseits, bei der Verantwortung für das Rechtsgut um eine „bloß“ *moralische*. Dieser Gedanke liegt insofern nahe, als das völkerstrafrechtliche Schuldurteil auf die Verantwortung für das Rechtsgut gar nicht explizit rekurriert, weil es, insofern es sich an das überkommene nationalstaatliche strafrechtliche Schuldurteil anlehnt, ebenso wie dieses immer nur nach der auf Freiheit gründenden Handlungsverantwortung fragt. Diese Verantwortung ist man daher auch als (straf-) *rechtliche* Verantwortung wahrzunehmen gewohnt, während nach dem bislang Gesagten die neu wahrgenommene (Geltungs-)Verantwortung für das Rechtsgut *prima facie* als moralische Verantwortung erscheint, die im moralischen Geltungsgrund der Menschenwürde gründete.

Dass diese Position angesichts der Verrechtlichung des Völkerstrafrechts nicht mehr haltbar ist und auch wenig Sinn macht, liegt auf der Hand. Man muss nämlich insoweit sagen, dass die moralische Verantwortung für das Rechtsgut der Menschenrechte nunmehr durch die globale Verrechtlichung dieser Güter als Schutzgüter des Völkerstrafrechts ebenfalls zu einer rechtlichen geworden ist, die sich an die einzelnen Individuen richtet.²⁸⁰ Und genau diese Verrechtlichung scheint

²⁷⁷ Ders., *Faktizität und Geltung*, a.a.O., S. 135, 136.

²⁷⁸ Ders., *Faktizität und Geltung*, S. 138.

²⁷⁹ Ders., *Faktizität und Geltung*, S. 137.

²⁸⁰ Und dieser klaren, eng umgrenzten Rechtspflicht kommt dann auch gegenüber einer bloß moralischen Handlungspflicht zum Schutz von Menschenrechten jene Entlastungsfunktion zu, die Habermas als eine der Formeigenschaften des Rechts beschreibt. Vgl. ders., *Faktizität und Geltung*, a.a.O., S. 667f. Dies ist mit Blick auf die hier bewusst offen gelassene Frage relevant, ob das zivilcouragierte Handeln, das gefordert wird, auch auf moralischen, menschenrechtsaffinen Motiven beruht, ob also, um mit Naucke zu sprechen, auch ein

der eigentlich aufregende und neue Aspekt des „neuen“, völkerrechtlichen Strafrechts zu sein, der bislang immer nur implizit beschworen wird, wenn es heißt, dass mit der Einrichtung des IGHSt nun auch eine individuelle Verantwortlichkeit im Völkerrecht begründet wurde.²⁸¹ Man meint dann damit zwar in erster Linie das völkerrechtlich neue Phänomen, dass nunmehr auch Individuen und nicht mehr nur Staaten ein völkerrechtlicher Subjektstatus zugesprochen wird, mithin auch Individuen zu Akteuren des Völkerrechts werden können. Aber verbunden mit diesem Status ist dann eben auch genau die Pflicht, die bislang den Staaten zukam, nämlich die Pflicht, die Menschenrechte zu schützen.

Damit wird dann auch offenbar, dass die beiden hier spezifizierten Gehalte des Verantwortungsbegriffs, Handlungs- und Geltungsverantwortung, auch rechtlich gleich gewichtig und gleich wertig sind. Und wiederum folgerichtig lässt sich formulieren, dass sowohl Handlungs- als auch Geltungsverantwortung gleichermaßen in demselben Ursprung wurzeln, nämlich in ebender individuellen Autonomie des Einzelnen, was man auf ganz praktischer Ebene daran erkennt, dass die der Schuld zugrunde liegende Freiheit zum „anders handeln können“ gerade auch deshalb gegeben sein muss, um der Verantwortung für das Rechtsgut überhaupt gerecht werden zu können.

d) Menschenpflicht?

Man kann die hier vorgetragenen Überlegungen zum Strafzweck des Völkerstrafrechts, die auf eine völkerstrafrechtliche sanktionierte und menschenrechtlich begründete individuelle Verantwortung für die Menschenrechte und eine individuelle Pflicht zum zivilcouragierten Handeln abzielen, schließlich auch mit einem Artikel der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* der Vereinten

subjektiver Tatbestand von Zivilcourage gefordert wird. Dies ist, wie schon gezeigt, weder nötig noch, aus den genannten Gründen, tatsächlich rechtlich zu erzwingen. Es reichte aus, wenn das dann äußerlich zivilcouragierte Handeln auch oder sogar ausschließlich aus anderen als moralischen Motiven erfolgte, etwa aus strategischen. „Das Recht kompensiert sozusagen die funktionalen Schwächen einer Moral, die, aus der Beobachterperspektive betrachtet, häufig kognitiv unbestimmte und motivational ungesicherte Ergebnisse liefert.“ Habermas, a.a.O., S. 667. Und das Völkerrecht kompensiert dies in gleicher Weise, indem es nur dazu auffordert, anders als staatlicherseits verlangt zu handeln.

²⁸¹ Etwa Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 130f., Juliane Kokott, *Der Schutz der Menschenrechte im Völkerrecht*, in: Brunkhorst/Köhler/Lutz-Bachmann (Hg.), *Recht auf Menschenrechte*, a.a.O., S. 176ff., Werle, *Völkerstrafrecht*, a.a.O., Rn 98, 106f.

Nationen von 1948²⁸² in Verbindung bringen, der bislang ein eher unklares Schattendasein gefristet hat und in der Diskussion um die Menschenrechte weitgehend in Vergessenheit geraten ist. Gemeint ist der Artikel 29 der Menschenrechtserklärung, in dessen erstem Satz jedem Menschen nicht näher benannte „Pflichten gegenüber der Gemeinschaft“ auferlegt werden, „in der allein die freie und volle Entfaltung seiner Persönlichkeit möglich sei“. Wenn man so wollte, formulierte das Völkerstrafrecht in diesem Sinne nunmehr eine universell anerkannte und strafbewehrte rechtliche Pflicht des Einzelnen gegenüber der Völkergemeinschaft aus, die universell geltenden Menschenrechte zumindest in den vom Völkerstrafrecht vorgezeichneten und eng bestimmten Grenzen nicht mehr zu verletzen.

Dem entspricht auch der oben schon erwähnte, von einigen völkerrechtlichen Autoren seit längerem diagnostizierte Wandlungsprozess des Völkerrechts, das sich von einem inter-nationalen, also nur zwischen den Staaten geltenden Recht „zu einem auch den Einzelnen als Träger völkerrechtlicher Rechte und Pflichten anerkennenden Recht“ entwickelt habe.²⁸³ Es entstehe dadurch, so heißt es, ein „Völkerrecht im weiteren Sinne“, dessen Berechtigte „und Verpflichtete“ auch einzelne Personen seien.²⁸⁴ Es findet sich in diesem Diskurs jedoch bislang, soweit ersichtlich, noch keine Stimme, die auch die völkerstrafrechtliche Verantwortlichkeit des Einzelnen für die Geltung der Menschenrechte als eine Verpflichtung in diesem Kontext ausdrücklich benennt und näher konkretisiert.

An die mögliche Not zur Anerkennung auch universeller Menschenpflichten wurde daneben auch schon 1997 im Zuge der kurzzeitig in die Weltöffentlichkeit gerückten Diskussion um Anerkennung auch von Menschenpflichten wieder erinnert, und zwar mit einer für die hier erläuterten Gedanken wichtigen Begründung. Damals legten zahlreiche, vor allem ehemalige Staatschefs eine *Allgemeine Erklärung der Menschenpflichten*²⁸⁵ vor, die nach dem Willen ihrer Autoren von der

²⁸² Der Text der *Universal Declaration of Human Rights*, die am 10. Dezember 1948 als Resolution Nr. 217 A (III) durch die Generalversammlung der Vereinten Nationen verabschiedet wurde, ist einsehbar unter: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=ger>.

²⁸³ So - neben Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 130f. - Juliane Kokott, *Der Schutz der Menschenrechte im Völkerrecht*, in: Brunkhorst/Köhler/Lutz-Bachmann (Hg.), *Recht auf Menschenrechte*, a.a.O., S. 176ff., 194, 197, die auch, allerdings ohne weitere Interpretation, auf Art. 29 Ziffer 1 der Menschenrechtserklärung Bezug nimmt, a.a.O., S. 180.

²⁸⁴ Kokott, *Der Schutz der Menschenrechte im Völkerrecht*, a.a.O., S. 194, wofür Kokott das Beispiel der Individualbeschwerde zum EuGH für Menschenrechte nennt.

²⁸⁵ Vgl. die *Allgemeine Erklärung der Menschenpflichten* (Universal Declaration of Human Responsibilities) des so genannten InterAction Council vom 01. September 1997, die unter anderen von Helmut Schmidt, Richard von

Generalversammlung der Vereinten Nationen hätte beschlossen werden sollen, in deren Präambel insbesondere darauf Bezug genommen wurde, dass „die Herrschaft des Rechts und die Förderung der Menschenrechte [...] von der Bereitschaft von Männern und Frauen [abhängen], gerecht zu handeln“.

Diese Formulierung, die insbesondere die individuelle Bereitschaft der die Herrschaft des Rechts letztlich immer garantierenden Subjekte unterstreicht, „gerecht zu handeln“, die auch *Fritz Bauer* gefallen haben dürfte, drückt den hier formulierten Gedanken zur Zivilcourage als Strafzweck zwar noch sehr allgemein aus und auch nur als moralische Pflicht. Das dann aber nur wenige Jahre nach dem Vorschlag einer solchen Pflichtenerklärung institutionalisierte Völkerstrafrecht hat nunmehr, wie gezeigt, aus jener „nur“ moralischen Pflicht auch eine konkret bestimmte und strafbewehrte Rechtspflicht zum „gerechten“, zum zivilcouragierten Handeln gemacht, man könnte sagen: als *ultima ratio* des weltgesellschaftlichen Bemühens um den Schutz der Menschenrechte.

Haben sich nämlich die Akteure einer „Weltzivilgesellschaft“²⁸⁶ bislang stets mit bloßen informellen Versuchen einer meist nur symbolischen Förderung des Menschenrechtsschutzes begnügen müssen, etwa mit der Verleihung von Preisen wie dem Alternativen Friedensnobelpreis für außergewöhnliche Formen von Zivilcourage gegenüber staatlichen Verbrechen²⁸⁷, so können sie nunmehr auf ein Weltgericht verweisen, das deren Verweigerung in eng umgrenzten und schwersten Ausnahmefällen mit dem schärfsten nur denkbaren Schwert sanktioniert.

VII. Probleme des Freiheitsgebrauchs

Mit Blick auf die oben erörterte skeptische Prognose *Möllers*, der zufolge zivilcouragiertes Verhalten „realistischerweise“ gar nicht erwartet werden könne²⁸⁸, soll abschließend unterstrichen werden, dass hier durchaus anerkannt wird, dass dasjenige, was das Völkerstrafrecht von den individuellen Akteuren erwarten muss, keinesfalls leicht oder stets ohne Opfer umzusetzen wäre; im Gegenteil. Es ist unmittelbar einsichtig, dass der Kampf ums Recht auch im eigenen Staat, wie *Bauer* es formulierte, im Zweifelsfall eine große Herausforderung für jeden einzelnen

Weizsäcker, Giscard d'Estaing, Jimmy Carter, Simon Peres und Michael Gorbatschow unterzeichnet wurde, unter: http://www.interactioncouncil.org/udhr/de_udhr.html.

²⁸⁶ Richard Falk, *Die Weltordnung innerhalb der Grenzen von zwischenstaatlichem Recht und dem Recht der Menschheit*, a.a.O., S. 181.

²⁸⁷ Richard Falk, *Die Weltordnung*, a.a.O., S. 181.

²⁸⁸ Möller, *Völkerstrafrecht und internationaler Strafgerichtshof*, a.a.O., S. 528.

Menschen bedeutet, der sich in einem wie auch immer situierten Konflikt befindet, staatlicherseits angeordnete Menschenrechtsverletzungen begehen zu sollen.

Die unbestreitbaren Probleme, die mit der völkerstrafrechtlichen Forderung an die Täter verbunden sein können, in solchen Konflikten ein „gerechtes“ und zivilcouragiertes Handeln an den Tag zu legen, und die möglicherweise nicht unerheblichen (aber eben nicht entschuldigenden) Auswirkungen, die das dann für jeden Einzelnen zur Folge haben kann, haben, für den besonderen Einzelfall des Reservepolizeibataillons 101, *Welzer* und *Browning* in ihren Untersuchungen plastisch ausgemalt. Diese reflektieren gleichsam die Frage nach dem „was wäre gewesen, wenn“ einmal explizit. Was, so fragen sie sich, hätte es denn für den einzelnen Täter bedeutet, wenn er in einer konkreten Verbrechenssituation der Shoah nicht mehr „mitgemacht“ hätte?

a) Zivilcourage in actu

Welzer unternimmt mit Blick auf die Täter des Reservepolizeibataillons 101, denen zu Beginn der Massentötungen an polnischen Juden (im Sommer 1942) die Mitwirkung in den Erschießungskommandos noch teilweise ausdrücklich freigestellt worden war²⁸⁹, das „Gedankenexperiment“, sich vorzustellen, welche sozialen Kosten ein Angehöriger des Bataillons auf sich genommen hätte, wenn er sich nonkonform verhalten, also die Teilnahme an der „Tötungsarbeit“ (*Welzer*), d.h. hier die Teilnahme an der eigenhändigen Erschießung von Juden verweigert hätte.

Welzer verweist darauf, dass ein Täter in diesem Fall Gruppennormen verletze,

„[...] die er selbst teilt und für gültig hält, er verletzt Loyalitätsverpflichtungen seinem Vorgesetzten sowie der Gruppe, eventuell auch engen Freunden innerhalb dieser Gruppe gegenüber, er isoliert sich von der Gruppe, die seine Haltung als überheblich, feige, schwach o.ä. [...] betrachten würde, und man muss bei all dem auch bedenken, dass dies alles nicht nur temporäre, sondern möglicherweise dauerhafte Konsequenzen für den Betroffenen hat, die in dieser Situation der Befehlsausgabe noch gar nicht abzusehen sind. Die individuellen Folgen aufgrund des Ausscherens aus der Gruppe, der man ja noch auf

²⁸⁹ Siehe dazu *Browning, Ganz normale Männer*, a.a.O., S. 88, 96, 228, der seine Untersuchungen vor allem auf Grundlage von umfangreichen Vernehmungprotokollen der Beteiligten vornehmen konnte. *Welzer* baut auf diesen Untersuchungen auf.

absehbare Zeit [...] angehören wird, sind [...] subjektiv beträchtlich und in ihrer Tragweite noch gar nicht vollständig abzuschätzen, während auf der anderen Seite zunächst >nur< die Teilnahme an einer Erschießung gefordert wird, deren konkrete Umstände man zu diesem Zeitpunkt sowenig kennt wie die Möglichkeit ihrer unablässigen Wiederholung. Und die einzelnen Bataillonsangehörigen beobachten, dass die anderen stehen bleiben und nicht aus der Gruppe heraustreten; offensichtlich, so scheint es, sehen also auch die allermeisten der Kameraden kein Problem darin, mitzumachen.“²⁹⁰

Diese recht plastische Schilderung einer konkreten und durchaus prekären Situation eines einzelnen potentiellen Täters, der sich in einer hier so genannten akuten kriminogenen Entscheidungssituation befindet, lassen sich noch von den Reflexionen *Brownings* ergänzen. Dieser rekurriert dabei noch ausdrücklicher auf den bei *Welzer* noch eher angedeuteten Konformitätsdruck.

„Als Uniformierter identifiziert man sich grundsätzlich mit seinem Kameraden und hat das starke Bedürfnis, sich nicht durch rasches Aus-der-Reihe-Treten von der Gruppe zu trennen. Das Bataillon war erst kurz vorher zu voller Stärke aufgestockt worden, und viele der Polizisten kannten einander noch nicht gut; die bei kasernierten Verbänden übliche kameradschaftliche Bindung war noch nicht voll entwickelt. Dennoch bedeutete für jeden, der sich an jenem Morgen in Jósefów [als nicht teilnahmebereit, V.R.] meldete, dass er sich von seinen Kameraden absetzte und zugab, dass er zu >schwach< oder >feige< war. Wer hätte >gewagt<, sich vor versammelter Truppe >bloß[zu]stellen<, meinte dazu später mit Nachdruck einer der beteiligten Polizisten.“²⁹¹

Und noch deutlicher schildert *Browning* dann an anderer Stelle den Konformitätsdruck, hier dann durchaus ähnlich den Überlegungen *Welzers*:

„Da das Bataillon die Erschießungen auch dann durchführen musste, wenn einzelne Männer ausscherten, bedeutete die Ablehnung der eigenen Beteiligung die Verweigerung des eigenen Beitrags bei einer unangenehmen

²⁹⁰ Welzer, *Täter*, a.a.O., S. 116.

²⁹¹ Welzer, *Täter*, a.a.O., S. 105.

kollektiven Pflicht. Gegenüber den Kameraden war das ein unsozialer Akt. Wer nicht schoss, riskierte, von den anderen abgelehnt und geschnitten zu werden, und das war keine angenehme Aussicht, wenn man bedenkt, dass sich das Bataillon im Ausland, inmitten einer feindselig eingestellten Bevölkerung befand, wo man stark aufeinander angewiesen war und praktisch keine anderen Möglichkeiten hatte, Unterstützung zu finden oder soziale Kontakte zu knüpfen.

Die Gefahr der persönlichen Isolierung wurde durch den Umstand verstärkt, dass das eigene Nein von den Kameraden auch als moralischer Vorwurf aufgefasst werden konnte – als halte sich der Verweigerer für >zu gut<, um so etwas zu tun. [...] Die meisten von denen, die nicht schossen, waren bemüht, die kameradschaftlichen Bindungen, in die sie eingebettet waren, nicht zu zerreißen, und bekräftigten dadurch fatalerweise nur die Männlichkeitswerte der Mehrheit, denen zufolge es eine positive Eigenschaft darstellte, hart genug zu sein, um unbewaffnete [...] Männer, Frauen und Kinder zu erschießen. [...] Nur sehr wenige Ausnahmecharaktere hielten stand, wenn sie von ihren Kameraden als >Schwächlinge< verspottet wurden, und konnten mit der Tatsache leben, dass die anderen meinten, sie seien >keine Männer<.“²⁹²

Es lässt sich kaum bestreiten, dass diese überaus realistisch wirkenden und für die möglicherweise empfundenen Probleme der Täter sehr sensiblen Umstandsschilderungen *Welzers* und *Brownings* die persönliche Entscheidung eines einzelnen Täters zu seinem dann verbrecherischen Handeln durchaus plausibel machen können.²⁹³ Dieses Verständnis, das die Entscheidung für die Tötungshandlungen gleichsam in gewisser Weise „erklären“ kann, kann und darf sie aber, wie oben gezeigt wurde, im Rechtssinne nicht zugleich auch „entschuldigen“.²⁹⁴

²⁹² Browning, *Ganz normale Männer*, a.a.O., S. 241f.

²⁹³ Insofern hier durch bloße Beschreibung der individuellen Lage der Täter ein Verständnis für kulturell vermittelte Handlungsbedingungen durch möglichst wertfreie Rekonstruktion einer komplexen Entscheidungssituation erzeugt wird, erinnert diese relativ „dichte“ Beschreibung der Handlungssituation an den ethnologischen Ansatz von Clifford Geertz, *Dichte Beschreibung. Beiträge zum Verstehen kultureller Systeme*, Frankfurt am Main 2003 (erstmalig 1983). Geertz versuchte in der von ihm so genannten Methode „dichter Beschreibung“ - der Begriff ist übernommen von Gilbert Ryle - kulturelle Systeme als komplexe gegensätzliche Strukturen möglichst vorurteilsfrei dadurch zu verstehen, indem die beobachtete Kultur als ein von dem jeweils handelnden Menschen selbst gesponnenes Bedeutungsgewebe rekonstruiert wird.

²⁹⁴ Vgl. zum Problem des Verhältnisses vom „Erklären“ und „Verstehen“ eines Verhaltens zu seinem „Entschuldigen“ etwa Klaus Günther, *Die Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf der Grundlage des Verstehens*, in: *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Band I, *Legitimationen*, Baden-Baden 1998, S. 319ff.

So verständlich man hier manches auch finden mag, so wenig kann dies darüber hinwegtäuschen, dass die beschriebenen Umstände, Gruppen- und Konformitätsdruck im Allgemeinen oder auch Isolationsängste im Besonderen, die Angehörigen des Polizeibataillons gerade nicht von ihrer persönlichen Verantwortung (für Handeln und Rechtsgut) entlasten können, anderenfalls das Völkerstrafrecht letztlich leerliefe. Ganz gleich also, ob die Täter jung oder alt waren, ob sie fern von der Heimat töteten oder an der Heimatfront, gleich ob sie gut integriert oder sozial isoliert, ob sie eher ängstlich oder durchaus mutig waren: Sie handelten, wenn sie vollstreckten, wie es von ihnen erwartet wurde, voll verantwortlich.²⁹⁵

Dies gilt auch in der Situation, die hier von *Browning* und *Welzer* erörtert wurde, selbst wenn sich diese insofern als besondere darstellte, als nach dem offenen und ernst gemeinten Angebot des Bataillonskommandeurs, wonach die Teilnahme am Morden verweigern könne, wer sich der Aufgabe nicht gewachsen fühle²⁹⁶, ein ganz explizites und offenes Nichtmitmachen in Rede stand, und dies nicht nur vis à vis gegenüber dem Vorgesetzten, sondern auch gegenüber weiteren, gleichrangigen Kameraden. Die Fähigkeit, sich in einer solchen Lage mit den entsprechenden angedeuteten Schwierigkeiten offen zu verweigern, schreibt *Browning* zwar nur „Ausnahmecharakteren“²⁹⁷ zu. Andererseits dürfte aber auch die Tatsache, dass es der Kommandeur der Einheit selbst war, der die Teilnahme am Morden ausdrücklich und mit explizitem Verständnis dafür freistellte, einen im Vergleich zu anderen Tatsituationen eher vereinfachenden Umstand für abweichendes Verhalten darstellen.

Daneben verhielt es sich in der von *Browning* und *Welzer* geschilderten Situation aber auch so, worauf auch oben schon bei der Erörterung zum abweichenden Legalverhalten abstrakt hingewiesen wurde, dass es zur Vermeidung der Teilnahme an den Verbrechen ein offenes und ausdrückliches Verweigern gar nicht zwingend

²⁹⁵ Insoweit wird in der Literatur auch hervorgehoben, dass eine zentrale Leistung der neuen Strafrechtsform des Völkerstrafrechts darin bestehe, diese - trotz aller situativen Umstände gleichwohl bestehende - individuelle Verantwortung in kollektiven Großereignissen herauszuarbeiten und zu Zwecken der Bewusstseinsbildung über hier erkennbares individuell zurechenbares Unrecht zu unterstreichen, so etwa Klaus Günther, *Falscher Friede durch repressives Völkerstrafrecht?*, a.a.O., 80; Herbert Jäger, *Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrechts. Kriminalpolitisch-kriminologische Aspekte*, in: Gerd Hankel, Gerhard Stuby (Hg.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, Hamburg 1995, S. 325ff., 330; Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 215ff., 236ff., 424, 427f., 442f., jeweils m.w.N.; Gerhard Werle, *Völkerstrafrecht*, a.a.O., Rn 97, 98.

²⁹⁶ *Browning*, *Ganz normale Männer*, a.a.O., S. 228, wo *Browning* auch in Erwägung zieht, dass die Taten auch aus einem Loyalitätsempfinden gegenüber dem sehr geschätzten Kommandeur heraus begangen worden sein könnten.

²⁹⁷ *Browning*, *Ganz normale Männer*, a.a.O., S. 242.

bedurft hätte, was die individuelle Verantwortlichkeit der Täter sogar noch deutlicher machen dürfte.²⁹⁸ Es hätte hier nämlich, wie *Browning* aufzeigt, unter bestimmten Umständen auch ausgereicht, sich für ein weniger offen abweichendes Verhalten zu entscheiden. Hierzu entschlossen sich dann im weiteren Verlauf der Ereignisse auch noch einige Bataillonsangehörige, die zuvor nicht in Erscheinung getreten waren. Diese verhielten sich dann unter anderem so, dass sie sich entweder, was *Browning* allerdings nicht näher erläutert, „drückten“, sich „versteckten“, sich „irgendwo herumtrieben“, die Zeit mit anderem verbrachten, oder die, gleichsam als *ultima ratio*, bei den Erschießungen „nicht richtig“ oder „daneben“ zielten oder sich später schließlich doch noch durch andere Vorgesetzte explizit von ihren Mordaufgaben entbinden ließen.²⁹⁹

Gerade diese Beispiele zeigen dann aber auch an, worauf oben schon kurz hingewiesen wurde, dass die Forderung des Völkerstrafrechts nach Zivilcourage nicht nur nicht naiv und realitätsfern, sondern praktisch umsetzbar ist und, historisch betrachtet, auch bereits vielfach umgesetzt wurde – und zwar noch ganz ohne jede Strafandrohung.

b) Befehlsnotstand?

Spinnt man diese Überlegungen noch etwas weiter und hält sich dabei zugleich die Logik des völkerstrafrechtlichen Schuldspruchs vor Augen, von den potentiellen Tätern ein anderes, nicht verbrecherisches und damit abweichendes Verhalten zu verlangen, muss man an das gedankliche „was-wäre-wenn-Experiment“ noch eine sich konsequent anschließende Frage stellen. Nämlich die Frage, was gewesen wäre, wenn – offenbar entgegen aller Erwartung, insbesondere der Erwartung des die Mordteilnahme freistellenden Bataillonskommandeurs (und der Gedanke erscheint interessant, ob der Kommandeur überhaupt darüber nachgedacht hat) – sich eben doch nahezu alle Männer entweder offen verweigert oder klandestin und versteckt den Mordaufgaben entzogen hätten.

Es scheint außer Frage zu stehen, dass in einem solchen Fall der von höherer Stelle erteilte Mordauftrag zunächst einmal nicht durchführbar gewesen wäre. Dies

²⁹⁸ *Browning, Ganz normale Männer*, a.a.O., S. 246, bemerkt dazu selbst: „Die Reserve-Polizisten hatten Wahlmöglichkeiten ... jene, die getötet haben, können nicht aus der Vorstellung heraus freigesprochen werden, daß in ihrer Situation jeder Mensch genauso gehandelt hätte. Denn selbst unter ihnen gab es ja einige, die sich von vorneherein weigerten zu töten oder ab einem bestimmten Punkt nicht mehr weitermachten. Die Verantwortung für das eigene Tun liegt letztlich bei jedem einzelnen.“

²⁹⁹ *Browning, Ganz normale Männer*, a.a.O., S. 94ff.

hätte dann, wenn schon nicht eine Reaktion des Kommandeurs, so aber doch wohl eine Reaktion der übergeordneten Stelle zur Folge gehabt haben müssen, die die Freistellung der Mordteilnahme untersagt und mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entsprechende Befehle erteilt haben dürfte. Und es braucht wenig Phantasie, sich vorzustellen, dass diese Befehle den Inhalt gehabt hätten, die Bataillonsangehörigen zur Not zur Durchführung der Morde zu zwingen, und zwar auch unter Androhung erheblicher Konsequenzen; und zwar umso erheblicher, je intensiver die Verweigerungshaltung der Bataillonsangehörigen ausgefallen wäre.³⁰⁰

Vor diesem Hintergrund hätte sich dann aber auch eine Befehlslage ergeben können, in der der vielbeschworene Befehlsnotstand tatsächlich einmal eingetreten und damit endlich einmal mehr gewesen wäre als eben nur, wie oben gezeigt, ein bloßer „Mythos“. Denn dazu wurde er ja gerade nur deshalb, weil das NS-Regime auf so viele „ganz normale Männer“ (*Browning*) zurückgreifen konnte, die die von ihnen erwarteten Mordtaten freiwillig und ohne viel Federlesen begingen, weil also keinerlei Not zum zwingenden Befehl bestand.

c) Aufhebung von Verantwortung

Diese Tatsache, wonach es vielfach „ganz normale“ Menschen sind, die man, selbst wenn sie mit den Inhalten der verbrecherischen Befehle nicht übereinstimmen, in kürzester Zeit zu dem freiwilligen Vollzug des Geforderten bringen kann, deutet schließlich auf einen – durch das Völkerstrafrecht allein freilich nicht zu behebenden – Mangel in den gesamtgesellschaftlichen Strukturen und Prozessen hin, die diese Personen hervorbringen; und zwar auch auf einen Mangel innerhalb der so genannten freiheitlichen oder offenen Gesellschaften.³⁰¹ *Jäger* resümiert dazu noch etwas abstrakter:

„Die Welt der Normalität, als deren Teil sich der einzelne in seiner Selbstgewißheit begreift, produziert jedoch ihrerseits ständig vielfältige aggressive Einstellungen, Vorurteile, Ressentiments, Fremden- und Minderheitenhaß, Feindbilder, konventionelle Kälte, Obrigkeitsgläubigkeit, aber

³⁰⁰ Herbert Jäger kann aus den Fällen, mit denen die Rechtsprechung konfrontiert wurde, insoweit aber auch Beispiele schildern, in denen ganze polizeiliche Einheiten von anderen abgelöst, versetzt oder mit anderen Aufgaben betraut wurden, nachdem sich die Befehlshaber und/oder zu viele Angehörige den Tötungsbefehlen widersetzt hatten, vgl. ders., *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, a.a.O., S. 111f.

³⁰¹ Dies unterstreicht, was oben schon diskutiert wurde, dass die demokratischen Rechtsstaaten immer von Voraussetzungen leben, die sie nicht garantieren können. Sie können nur die Räume dafür schaffen.

auch Teilnahms- und Mitleidslosigkeit, also Elemente der Inhumanität, aus denen unter besonderen Verhältnissen kollektive Verbrechen hervorgehen können.“³⁰²

Während *Browning* dann die apostrophierten „normalen“ gesellschaftlichen Strukturen mit Blick auf die Produktion von Konformität noch genauer in den Blick nimmt:

„Überall erzieht die Gesellschaft ihre Mitglieder dazu, sich der Autorität respektvoll zu fügen, und sie dürfte ohne diese Form der Konditionierung wohl auch kaum funktionieren. ... *In jeder modernen Gesellschaft* wird durch die Komplexität des Lebens und die daraus resultierende Bürokratisierung und Spezialisierung bei den Menschen, die die offizielle Politik umsetzen, das Gefühl für die persönliche Verantwortung geschwächt. In praktisch jedem sozialen Kollektiv übt die Gruppe, der eine Person angehört, gewaltigen Druck auf deren Verhalten aus und legt moralische Wertmaßstäbe fest. Wenn die Männer des Reserve-Polizei-Bataillons 101 unter solchen Umständen zu Mördern werden konnten, für welche Gruppe von Menschen ließe sich dann noch Ähnliches ausschließen?“³⁰³

Browning hat diese Überlegung, aus der wohl auch das Entsetzen eines sich selbst als normal empfindenden Menschen über die eigene Ungewissheit spricht³⁰⁴, anhand der Studien und Interpretationen der Forschungsergebnisse, die *Milgram* erzielte, mit Blick auf eine auch schon von *Milgram* selbst so bezeichnete „Evolutionstendenz“

³⁰² Jäger, *Makrokriminalität*, a.a.O., S. 52.

³⁰³ *Browning*, *Ganz normale Männer*, a.a.O., S. 246f. (Hervorh. vom Autor), der viel Sorgfalt darauf verwendet zu begründen, warum es sich bei den Männern des von ihm untersuchten Bataillons um ganz normale Männer handelte, die dem NS-System keinesfalls besonders nahe standen. Vgl. etwa S. 67f.

³⁰⁴ *Browning*, *Ganz normale Männer*, a.a.O., S. 246 spricht insoweit ausdrücklich von „zutiefst beunruhigende[n] Implikationen“. Jäger, *Makrokriminalität*, a.a.O., S. 52, geht davon aus, dass „diese Vorstellung von Normalität ... wohl nur schwer zu ertragen [ist] und daher nicht voll in unser Bewußtsein [dringt]“. Als beunruhigend empfand im Übrigen auch Hannah Arendt die Normalität der NS-Täter, etwa die Adolf Eichmanns, zu dem sie schrieb, dass „er war wie viele und dass diese vielen weder pervers noch sadistisch, sondern schrecklich und erschreckend normal waren und sind“. Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem*, a.a.O., S. 326. Die Lyrikerin Denise Levertov hat dieses Phänomen für den Fall Eichmann in ihrer Trilogie *Während des Eichmann-Prozesses* (*During the Eichmann Trial*, 1963) wie folgt verdichtet: „... erbärmlicher Mann, dessen sich niemand/ erbarmt, dessen sich alle/erbarmen müssen, wenn sie in/ihr eigenes Gesicht schauen/ ... Er steht/isoliert in einem kugelsicheren/Zeugenstand aus Glas,/einem Käfig, wo wir uns/selbst anschauen können/...“. Vgl. die Übersetzung aus dem Englischen von Friedhelm Rathjen in: *Schreibheft. Zeitschrift für Literatur*, Nr. 73, September 2009, S. 171ff.

begründet, die das Überleben der Individuen in modernen Gesellschaften begünstige.³⁰⁵ Diese müssten sich in „hierarchische Situationen und organisierte gesellschaftliche Aktivitäten einfügen“ können. Durch die Sozialisationsprozesse etwa in Familie und Schule, Ausbildung oder auch Wehrpflicht³⁰⁶ sowie durch ein „ganzes System allgemeingesellschaftlicher Belohnungen und Strafen“ werde „der Hang zum Gehorsam verstärkt und verinnerlicht“.³⁰⁷ Und in den entsprechenden Tatsituationen ereigne sich dann, gleichsam folgerichtig, die „scheinbar freiwillige Einordnung in ein als legitim empfundenes Autoritätssystem“, von dem ein „starkes Verpflichtungsgefühl“ ausgehe. *Browning* schreibt:

„Wer sich innerhalb der Hierarchie befindet, übernimmt die Perspektive der Autorität [...] . Die *Loyalitäts-, Pflicht- und Disziplin-*Vorstellungen, die ein den Anforderungen der Autorität entsprechendes Verhalten fordern, werden zu moralischen Imperativen, die eine Identifizierung mit dem Opfer nicht mehr zulassen. Normale Menschen geraten in einen ‚Zustand der Fremdbestimmung‘, in dem sie nur noch Vollstrecker fremden Willens sind. Dabei fühlen sie sich nicht mehr für den Inhalt ihrer Handlungen persönlich verantwortlich, sondern nur noch für deren Ausführung.“³⁰⁸

Dies erklärte auch, warum sich so viele NS-Täter für ihre Taten offenbar überhaupt nicht verantwortlich fühlten und, so *Welzer*, mit ihren Aussagen dokumentierten, „dass sie noch Jahrzehnte nach den Morden nicht fähig waren, ein Verhältnis zwischen sich und ihren Taten zu entwickeln“.³⁰⁹ Die Männer, die innerhalb des Reservepolizeibataillons 101 mordeten, hätten in ihren Selbstbeschreibungen in keinem Fall „so etwas wie einen Bruch in der Lebensgeschichte“ erkennen lassen, der nach ihren Mordtaten erfolgt wäre. Es sei nicht einmal eine „Irritation“ darüber zu verzeichnen gewesen, „was man zu tun in der Lage war und was man getan hat“. Auch ließen sich in keinem Fall psychische Folgen feststellen.³¹⁰

³⁰⁵ *Browning, Ganz normale Männer*, a.a.O., S. 226f.

³⁰⁶ Wobei das für sämtliche militärischen Apparate par excellence zutreffen dürfte.

³⁰⁷ *Browning, Ganz normale Männer*, a.a.O., S. 226.

³⁰⁸ *Browning, Täter*, a.a.O., S. 226 mit zusammenfassendem Bezug auf Milgram.

³⁰⁹ *Welzer, Täter*, a.a.O., S. 215.

³¹⁰ *Welzer, Täter*, a.a.O., S. 218. Dies ist eine Erkenntnis, die sich auch aus dem Dokumentarfilm *Shoa* (Frankreich 1985) von Claude Lanzmann ziehen lässt, in dem Lanzmann in den Jahren 1973 bis 1985 neben vielen Überlebenden auch einige teils exponierte Täterinnen und Täter zu ihrer Beteiligung am Völkermord

Genau dies aber läge nahe, wenn man von einer Verdrängung von empfundener Scham oder Schuld ob der eigenen Taten ausginge. Deren Verdrängung setzte aber eben auch eine entsprechende Empfindung voraus³¹¹, eine Empfindung, die es wohl vor allem aufgrund eines Mangels an dem Gefühl eigener Verantwortung kaum gegeben hat. Eine Aufarbeitung verdrängter Schuld war daher offenbar gar nicht nötig; eine Tatsache, die *Günther Anders* zu seiner Einschätzung führte, wonach

„die meisten eine Aufhebung der Verdrängung nicht benötigten, ... weil sie nichts verdrängt hatten; und verdrängt hatten sie deshalb nichts, weil ihre Erfahrungen (sofern es überhaupt solche waren) gar nicht traumatisch gewesen ... waren.“³¹²

Das auf der Täterseite fehlende Gefühl von Verantwortung, dem die fehlende Fähigkeit, eigene Erfahrungen zu machen, korrespondierte, die *Anders* andeutet und *Adorno*, wie oben in den Überlegungen zu den Tatmotiven gezeigt, dezidiert aussprach, erklärte dann auch, warum selbst ein *Adolf Eichmann*, der in seinem Schlusswort im Jerusalemer Prozess von sich sagte, er sei „nicht der Unmensch“, zu dem man ihn mache³¹³, ganz offensichtlich „überhaupt nicht verstanden [hat], was der Vorwurf an ihn war“, wie es *Welzer* formuliert.³¹⁴

Dieses Unverständnis war vor dem Hintergrund der geschilderten bürokratischen Prozesse, in die *Eichmann* etwa im so genannten Reichssicherheitshauptamt (RSHA)³¹⁵ eingebunden war, und vor dem Hintergrund der vor allem von *Hannah*

befragt, von denen keiner wirklich zu begreifen scheint, was man ihr oder ihm als persönlich Handelndem vorwerfen könnte.

³¹¹ *Welzer, Täter*, a.a.O., S. 218.

³¹² *Günther Anders, Besuch im Hades. Auschwitz und Breslau*, München 1985, S. 188. Er zweifelt hier auch die Tatsache an, dass überhaupt Erfahrungen gemacht wurden. „Die Rede von Verdrängung unterstellt, dass damals eine Erfahrung gemacht worden sei, die, weil unerträglich und unverarbeitbar, nicht erinnert werden konnte. [...] Nicht nur um eine Unfähigkeit, sich zu erinnern, handelt es sich hier, nicht nur um eine >Unfähigkeit zu trauern<; vielmehr ist die Unfähigkeit viel früher zu datieren: unfähig waren sie bereits, *das Unsägliche*, das sie begingen oder dessen Zeugen sie waren, *als entsetzlich zu erleben*, das Grauenhafte als grauenhaft wahrzunehmen und aufzufassen. *Nicht nur keine Erinnerungen hat es gegeben, sondern noch nicht einmal Traumata*. Stumpf waren sie gewesen oder zu Stumpfen gemacht worden.“ So (mit Hervorhebungen) *Günther Anders*, a.a.O., S. 185f.

³¹³ *Hannah Arendt, Eichmann in Jerusalem*, a.a.O., S. 365. So auch zitiert durch *Welzer, Täter*, a.a.O., S. 246.

³¹⁴ *Welzer, Täter*, a.a.O., S. 246.

³¹⁵ Zur bis heute nicht vollständig klaren Struktur, zur Bedeutung und Geschichte dieser Organisation vergleiche den kurzen Überblick bei Johannes Tuchel, Reinhold Schattenfroh, *Zentrale des Terrors. Prinz-Albrecht-Straße 8: Hauptquartier der Gestapo*, Berlin 1987, S. 103ff. *Eichmann* leitete im Amt IV (Gestapo) das Referat IV B 4, das für die Ermordung der europäischen Juden zuständig war. Vgl. Tuchel/Schattenfroh, *Zentrale des Terrors*, a.a.O., S. 106.

Arendt bei *Eichmann* diagnostizierten Unfähigkeit zur Erfahrung³¹⁶ dann nämlich gar nicht mehr so unverständlich. Denn nach dem bislang Ausgeführten, wonach der strafrechtliche Schuldspruch gegenüber dem Täter den Vorwurf erhebt, nicht anders gehandelt zu haben, als er es getan hat, und das, obgleich anderes Handeln zumutbar und möglich war, war *Eichmann* im Prozess in Jerusalem womöglich erstmals mit einer für ihn ganz neuartigen Erwartungshaltung konfrontiert, die den bisher, zumindest in einem hierarchischen, arbeitsteiligen Verwaltungsprozess an ihn gerichteten Erwartungen diametral entgegenlaufen musste. Galt in diesen Verwaltungsprozessen, wie *Eichmann* in seinem „letzten Wort“ vor Gericht selbst sagte, doch der Gehorsam als die von ihm geforderte Tugend, an die er, „von der Kinderstube angefangen“, sein „ganzes Leben“ lang gewöhnt gewesen sei³¹⁷, und so sei gerade diese vermeintliche Tugend zu dem Gegenstand seiner Schuld geworden.³¹⁸

Und weil man ihn nunmehr, vor dem Gericht in Jerusalem, mit einer ganz anderen Tugenderwartung konfrontierte, nämlich mit der Erwartung eigener autonomer und zivilcouragierter Entschlüsse des sich Widersetzens gegen offensichtliches Unrecht³¹⁹, wird auch seine auf den ersten Blick absurd wirkende Selbsteinschätzung nachvollziehbar, er sei vor Gericht „das Opfer eines Fehlschlusses“³²⁰ geworden.

d) Escape from Freedom

Doch es war nicht nur die vermeintliche Tugend des Gehorsams, die *Eichmann* zum Vorwurf gemacht werden konnte, sondern auch eine mit der Bereitschaft und

³¹⁶ Vgl. Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem*, a.a.O., S. 56f., S. 124ff., insbes. S. 126.

³¹⁷ Harry Mulisch, *Strafsache 40/61. Eine Reportage über den Eichmann-Prozess*, Berlin 2002 (erstmalig Amsterdam 1961), zitiert aus dem Protokoll der Vernehmung Eichmanns durch den israelischen Polizei-Hauptmann Avner W. Less vor dem Prozess, der 1960 in Jerusalem stattgefunden hat, wonach Eichmann von sich selbst sagte: „Ich war mein ganzes Leben an Gehorsam gewöhnt gewesen. Von der Kinderstube angefangen [...], ein Gehorsam, der sich in den Jahren der Zugehörigkeit zur SS zum [...] bedingungslosen Gehorsam entwickelte. Was auch hätte Ungehorsam mir eingetragen? Und wem wäre er dienlich gewesen?“ A.a.O., S. 78f. Einen guten, leider aber sehr kurzen Einblick in Eichmanns Vernehmung durch Less gibt neuerdings der Film *Eichmann*, Regie Robert Young aus dem Jahr 2007. Ebenso, etwas ausführlicher, die Verfilmung *Das Protokoll – die Vernehmung des Adolf Eichmann*, Regie Dieter Wedel, Deutschland 1983. Auszüge des Protokolls sind veröffentlicht in Jochen von Lang, Claus Sybil, *Das Eichmann-Protokoll. Tonbandaufzeichnungen der israelischen Verhöre*, Berlin 2001.

³¹⁸ Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem*, a.a.O., S. 365.

³¹⁹ Mit dieser Erwartung wurde Eichmann durch den Vorsitzenden Richter im Jerusalemer Prozess ganz direkt konfrontiert, als dieser Eichmann fragte, warum er keine Zivilcourage gegenüber dem von ihm Geforderten gezeigt habe. Eichmann soll daraufhin bezeichnenderweise geantwortet haben, dass er keine Zivilcourage habe zeigen können, weil er keinen Befehl dazu erhalten habe. Vgl. Moshe Zuckermann, *Arendt und Eichmann*, in: *Utopie kreativ*, Juli/August 2007, S. 674ff., 679.

³²⁰ Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem*, a.a.O., S. 365.

der Entscheidung zum Gehorsam zusammenhängende Haltung, die die völkerstrafrechtlichen Prozesse verhandeln und zum Schuldvorwurf machen müssen und die insbesondere von *Welzer* als weitere und noch tiefer liegende Ursache der Taten beschrieben wird. Ihm zufolge fliehen die Täter, die sich den verbrecherischen normativen Anforderungen ihrer sozialen Umgebung nicht widersetzen können und sich diesen ohne die bewusste Erfahrung eigener Verantwortlichkeit hingeben, nachgerade den „Zumutungen der Individualität“.³²¹ In gewisser Weise betreiben sie Mimikry an die systemischen Prozesse, in die sie eingebunden sind, was sie offenbar dazu befähigt, ihre eigene Verantwortung im wahrsten Sinne des Wortes nicht zu *erleben*. Und zwar deshalb, so *Welzer*, weil „Freiheit und Autonomie durchaus nicht nur als Entlastung empfunden werden können, sondern im Gegenteil als Belastung, Entscheidungsstress, Angst vor Verantwortung“.³²² Diese Belastung erzeuge

„ [...] bei nicht wenigen Menschen ein chronisches Bedürfnis nach Aufgehobensein, danach, für das eigene Leben nicht verantwortlich zu sein. Es ist dieses höchst *moderne* Bedürfnis nach Zugehörigkeit und Kollektivität, das aus sozialer Heimatlosigkeit entspringt und die Aufgabe von Freiheit und Verantwortung als Entlastung empfindet, um so mehr dann, wenn man sich gegenüber den Nicht-Zugehörigen tatsächlich völlig verantwortungslos verhalten kann.“³²³

Auch für diese seit *Erich Fromms* Thesen aus dessen 1941 erschienenem Werk *Escape from Freedom*³²⁴ zwar nicht mehr völlig neu klingenden, dafür aber durchaus einsichtigen Passagen hätte *Welzer* im Übrigen auf *Adolf Eichmann* als Kronzeugen rekurrieren können, der offenbar auch aus den beschriebenen Zumutungen der Freiheit heraus handelte, respektive gerade nicht handelte, und der ganz offensichtlich das Leiden an dieser Freiheit verspürte, auf die er nach dem Wegfall seiner gewohnten Strukturen zurückgefallen war. *Eichmann* ließ sich in seiner gerichtlichen Vernehmung nämlich dahin gehend ein, dass er nach Kriegsende

³²¹ *Welzer, Täter*, a.a.O., S. 267.

³²² *Welzer, Täter*, a.a.O., S. 267.

³²³ *Welzer, Täter*, a.a.O., S. 267 (Hervorhebung von *Welzer*), der hierzu eine bemerkenswerte Quelle zitieren kann: „So schreibt Dr. Fritz Cuhorst, Stadtpräsident von Lublin im Dezember 1939: ‚In einer Dienstbesprechung am letzten Samstag haben wir beschlossen, uns von nun an genau umgekehrt wie zu Hause als Beamte zu benehmen: d.h. saumäßig.‘“ A.a.O., S. 267.

³²⁴ Vgl. *Erich Fromm, Escape from Freedom* (1941), dt.: *Furcht vor der Freiheit*, (6. Aufl.) Frankfurt am Main 1973.

„ein führerloses und schweres Eigenleben zu führen [hatte], dass ich mir an keiner Stelle irgendwelche Richtlinien geben lassen konnte, dass von keiner Seite Befehle und Weisungen kamen, keinerlei einschlägige Verordnungen heranzuziehen waren – kurz, ein bisher nicht gekanntes Leben sich auftat.“³²⁵

Nun mag dieses „führerlose und schwere Eigenleben“ nicht immer und erst recht nicht sämtlichen Tätern solche Probleme bereitet haben wie *Eichmann*, wenn man diesen Einschätzungen denn Glauben schenken mag.³²⁶ Nicht alle von ihnen dürften aus dem Leiden hieran dazu veranlasst worden sein, sich naht- und widerstandslos in verbrecherische Zusammenhänge zu integrieren. Gleichwohl gelangt, neben *Milgram* und *Browning*, schließlich auch *Welzer* - ob der apostrophierten Modernität und Chronizität des von ihm diagnostizierten Bedürfnisses nach Aufhebung - mit einer durchaus in dieselbe Richtung gehenden Überlegung zu dem resignativen Schluss, dass es „am Ende ... nicht viel [bedarf], um aus ganz normalen Menschen Massenmörder zu machen“. Denn, so *Welzer*:

„Ganz offensichtlich haben die zwei-, dreihundert Jahre der aufklärerischen Erziehung des (westlichen) Menschengeschlechts ziemlich wenig an jener psychischen Eigenschaft hervorgebracht, die an die Stelle der fraglosen Einfügung in Gruppen treten sollte: Autonomie. Diese nun scheint in der Tat als einziges der Verlockung entgegensustehen, verantwortungslos Teil eines mörderischen Prozesses zu werden.“³²⁷

Und genau gegen diese Verlockung zur Verantwortungslosigkeit sollten die völkerrechtlichen Prozesse durch Ermutigung zur Zivilcourage einen Anreiz bieten.

³²⁵ Zitiert nach Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem*, a.a.O., S. 106.

³²⁶ Eher skeptisch hierzu Irmtraud Wojak, *Eichmanns Memoiren*, Frankfurt am Main 2002, die Eichmann eine deutlich aktivere und autonomere Rolle zuschreibt.

³²⁷ *Welzer, Täter*, a.a.O., S. 268, der das entsprechende Kapitel bezeichnend mit „Alles ist möglich“ überschreibt; diesem zufolge ist Autonomie „freilich kein Produkt von Denken; die Fähigkeit zur Autonomie setzt die Erfahrung von Bindung und Glück voraus“. A.a.O. Vgl. zur These von der Möglichkeit noch des Undenkbaren auch *Welzers* neuere Überlegungen in seinem Beitrag *Unüberbrückbar ungleich. Warum Menschen zu Massenmördern werden*, in: *Internationale Politik*, Januar/Februar 2010, S. 32ff., 35: „Es gibt keine natürliche oder auf sonstige Weise gezogene Grenze für menschliches Handeln, und wie die Kultur der Selbstmordattentate zeigt, gibt es sie nicht einmal dort, wo das Leben aufhört.“

VII. Fazit

Betrachtet man die hier vorgelegten skeptischen Bestandsaufnahmen zu den Strukturen moderner, zivilisierter Gesellschaften und ihren individuellen Ausprägungen, so müsste man in den Diskussionen um das Völkerstrafrecht gleichsam erinnernd unterstreichen, dass es dieselben Mechanismen sind, die für das Funktionieren dieser modernen, zivilisierten Gesellschaften notwendig sind, die zugleich jederzeit das vollständige humanitäre und das zivilisatorische³²⁸ Scheitern dieser Gesellschaften begünstigen können.

Nur zu erinnern wäre hieran, weil dieser dialektische Gedanke freilich schon längst und bereits sehr früh formuliert worden ist. Denn das Wissen um die Widersprüchlichkeit der gesellschaftlichen Moderne war, ähnlich auch dem über die impliziten Anstrengungen und Zumutungen, die Freiheit und Autonomie für das Individuum bedeuten, in den 1960er Jahren unter dem Topos der *Dialektik der Aufklärung*³²⁹ in der öffentlichen Diskussion schon einmal viel präsenter gewesen. Schon in dem gleichnamigen, erstmals 1947 in Amsterdam erschienenen Werk mahnten *Theodor W. Adorno* und *Max Horkheimer* in der ihnen eigenen Sprache eindringlich an, dass die ganz normalen Täter und ihre subjektiven Dispositionen, etwa der Antisemitismus aber auch die fortwährende unbedingte Bereitschaft zu Konformismus und Kollektivismus³³⁰, eben auch einer ganz normalen Gesellschaft entstammten, selbst wenn diese, wie im Falle des Nationalsozialismus, totalitär überformt oder durchdrungen ist. Und sie verwiesen darauf, dass es die aufgeklärten, sich zivilisiert nennenden Gesellschaften mitsamt ihrer modernen Kultur seien, die das Risiko ihres Umschlagens in Barbarei in sich selbst produzierten.³³¹

³²⁸ Der Holocaust gilt manchen Autoren als „Zivilisationsbruch“. Neuerdings wieder bei Wolfgang R. Köhler, *Das Recht auf Menschenrechte*, in: Brunkhorst u.a. (Hg.), *Recht auf Menschenrechte*, a.a.O., S. 106ff., S. 117. Vgl. auch Dan Diner (Hg.), *Zivilisationsbruch. Denken nach Auschwitz*, Frankfurt am Main 1988. Dieser bestand Diner zufolge darin, dass das „Ereignis Auschwitz [...] an Schichten zivilisatorischer Gewissheit“ rühre, weil die „bürokratisch organisierte und industriell durchgeführte Massenvernichtung [...] so etwas wie die Widerlegung einer Zivilisation“ bedeutet habe, deren „Denken und Handeln einer Rationalität folgt, die ein Mindestmaß antizipatorischen Vertrauens voraussetzt; ein utilitaristisch geprägtes Vertrauen, das eine gleichsam grundlose Massentötung [...] schon aus Gründen von Interessenkalkül und Selbsterhaltung der Täter ausschließt.“ So Diner, a.a.O., S. 7.

³²⁹ Zurückgehend auf die gleichnamige Essaysammlung Theodor W. Adornos und Max Horkheimers, *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, s. Fischer Verlag Frankfurt am Main 1996; erstmals erschienen 1944 in den USA (noch unter dem Titel der *Philosophischen Fragmente*), dann 1947 in Amsterdam; in Deutschland erst 1969, nachdem zuvor jedoch diverse Drucke auch unter deutschen Studierenden kursierten.

³³⁰ „Die konkreten Arbeitsbedingungen erzwingen den Konformismus ...“ und durch „die Vermittlung der ... Gesellschaft hindurch werden die Menschen zu eben dem ... gemacht ...: zu bloßen Gattungswesen, einander gleich durch Isolierung in der zwangshaft gelenkten Kollektivität.“ So Horkheimer/Adorno, *Dialektik der Aufklärung*, a.a.O., S. 43.

³³¹ Unter anderem auch dadurch, dass diese Gesellschaften Prozesse reproduzieren, durch die hindurch sich die „Erfahrungswelt“ ihrer Mitglieder „wieder der der Lurche“ angleiche. Beklagt wird vor allem eine Regression

Daher offenbart sich paradigmatisch, ohne Anspruch auf Vollständigkeit, etwa an den Beispielen der US-Kriegsverbrechen in Vietnam, an denen des modernen Frankreichs in Algerien, der auch durch die USA protegierten Militärdiktatur in Chile³³², oder an den aktuellen Folterlagern der USA auf Kuba, dass auch moderne Demokratien vor der Begehung völkerrechtlicher Verbrechen aus ihrer Mitte heraus keinesfalls gefeit sind; womit auch abzuwarten bleibt, welche Kriegs- und Menschenrechtsverbrechen noch aus dem gegenwärtigen Afghanistan-Krieg bekannt werden, der doch ausdrücklich auch deshalb geführt werde, um Menschenrechte zu schützen.

Es sind eben nicht nur die fortwährend apostrophierten „totalitären“ Gesellschaften³³³, die sich schließlich auch aus demokratischen Gesellschaften heraus entwickeln können, die jene Sozialisationsprozesse generieren, denen die Täter entspringen. Vielmehr sind es schlichtweg alle modernen Gesellschaften, die jene „Normalungetüme“ oder jene „Allerweltsexistenzen“ hervorbringen können, die für Adorno und Hannah Arendt die gewöhnlichen Täter der Shoah bedeuteten.³³⁴ Auch moderne demokratische Gesellschaften erzeugen, wie nicht zuletzt auch die hier erwähnten Experimente Milgrams und anderer gezeigt haben³³⁵, notwendig diejenigen vormodernen, voraufgeklärten subjektiven Dispositionen, die für die Durchführung makrokriminellen Unrechts offensichtlich nötig sind und die von den beschworenen situativen Faktoren nicht aufgehoben werden können.³³⁶

im Bereich der Fähigkeit zu sinnlicher Wahrnehmung. Vgl. Adorno/Horkheimer, *Dialektik der Aufklärung*, a.a.O., S. 43.

³³² Das zuvor - als älteste südamerikanische Demokratie - auch als Musterbeispiel für eine gelingende stabile Demokratie auf diesem Kontinent galt.

³³³ Unter denen Hannah Arendt, die den inzwischen inflationär gebrauchten Begriff stark geprägt hat, selbst nur die UdSSR unter Stalin und das nationalsozialistische Deutschland verstand, vgl. dies., *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*, München 2008 (erstmalig 1955); andere nichtdemokratische Regime stellten im Zweifelsfall „nichttotalitäre Diktaturen“ dar.

³³⁴ Vgl. Theodor W. Adorno, *Negative Dialektik*, a.a.O., S. 282. Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem*, a.a.O., S. 107. Ihr zufolge ist es im Fall Eichmanns auch „sehr schwierig“ gewesen, „sich des Verdachts zu erwehren, dass man es mit einem Hanswurst zu tun hatte“. A.a.O., S. 132. Arendt spricht damit einen vor allem für den Sinn und die Funktion der (Straf-)Rechtsprechung nicht unwichtigen Punkt an, der die Person des Täters betrifft. Diese muss, damit sich der Strafprozess überhaupt als ernsthafter, kommunikativer Prozess der Wahrheitsfindung und des Urteilens gestalten und begreifen lässt, bestimmte kommunikative Mindestvoraussetzungen erfüllen. Die von Arendt geschilderte und in vielen Punkten auch von Harry Mulisch, *Strafsache 40/61*, a.a.O., so gesehene „Lächerlichkeit“ (Arendt) des Täters Eichmann habe aber, so Arendt, für die Prozessbeteiligten „erhebliche Schwierigkeiten“ geschaffen, vor allem „für diejenigen, die dort waren, um ihn anzuklagen, ihn zu verteidigen, Recht über ihn zu sprechen und von ihm zu berichten. Für alle diese Aufgaben musste man ihn ernst nehmen, und das war sehr schwer“. A.a.O., S. 131.

³³⁵ Vgl. nochmals die Nachweise etwa bei Welzer, *Täter*, a.a.O., S. 108ff.; Browning, *Ganz normale Männer*, a.a.O., S. 219ff. und bei Neubacher, *Kriminologische Grundlagen*, a.a.O., S. 216ff.

³³⁶ Vgl. nochmals Jäger, *Makrokriminalität*, a.a.O., S. 52.

Das Völkerstrafrecht alleine kann die gewaltige Problematik, die in jenen letztlich weltgesellschaftlichen Sozialisationsprozessen schlummert, naturgemäß nicht lösen. Es kann die gesellschaftlichen Deformationen der jeweiligen Akteure, auf denen völkerrechtliche Verbrechen ruhen, genauso wenig alleine beseitigen, wie auch im nationalen Alltag das Strafrecht alleine keine ausreichende Prävention vor Kriminalität leisten kann. Strafrecht, alt oder neu, kann zur Prävention von Kriminalität, wenn überhaupt, nur einen kleinen und wohl eben nur einen symbolischen Teil beitragen.

Auch wenn das Völkerstrafrecht daher von einer eher skeptischen Selbstreflexion über seine Möglichkeiten geleitet an die Arbeit gehen müsste, so hätte es doch, wenn es fortan in dem hier erläuterten Sinne auf die Erzeugung von Zivilcourage hinauswollte, zur Legitimation dieser Arbeit immerhin ein rechtsstaatlich begründbares und in sich kohärentes Ziel gefunden.