

# Strafe und Amnestie in Zeiten fragiler Staatlichkeit

## Die Bedeutung des freiheitlichen Rechtsbegriffs für die Übergangsjustiz am Beispiel des kolumbianischen Friedensprozesses

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

### I. Fokus der folgenden Überlegungen

Das positive Recht Kolumbiens – wie vermutlich auch das aller anderen Staaten der Welt – ist und war auf die fundamentale Aufgabe der Unrechtsbewältigung nach einem jahrzehntelangem Bürgerkrieg nicht ausgerichtet.<sup>1</sup> Der Friedensvertrag<sup>2</sup> zwischen der FARC und der kolumbianischen Regierung sieht für die Aufklärung und Bewältigung von Verbrechen, die während des bewaffneten Konflikts – von beiden Seiten – begangen wurden, eine Reihe von Besonderheiten vor, die von der regulären Strafjustiz zum Teil erheblich abweichen.<sup>3</sup>

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

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

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

[http://www.academia.edu/13585062/Zusammen\\_mit\\_Kai\\_Ambos\\_Kolumbiens\\_Krieg\\_Verstehen\\_Understanding\\_Colombia\\_s\\_war\\_in\\_Entwicklung\\_und\\_Zusammenarbeit\\_E\\_Z\\_2015\\_07\\_S\\_3435\\_Development\\_and\\_Cooperation\\_D\\_C\\_2015\\_7\\_p\\_34-35](http://www.academia.edu/13585062/Zusammen_mit_Kai_Ambos_Kolumbiens_Krieg_Verstehen_Understanding_Colombia_s_war_in_Entwicklung_und_Zusammenarbeit_E_Z_2015_07_S_3435_Development_and_Cooperation_D_C_2015_7_p_34-35) (29.6.2017); *Schreiber*, Amnesty Journal v. 3.6.2014, abrufbar unter:

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

<sup>2</sup> Neuer Friedensvertrag abrufbar unter:

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

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

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

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

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

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

Erstere richten sich an Beschuldigte, denen gewichtige Kriminalunrechtstaten vorgeworfen werden, die aber von Beginn an „Wahrheit und Verantwortlichkeit anerkennen“ und mit dem für die Ermittlung der Wahrheit zuständigen Zweig der Friedensgerichtsbarkeit<sup>8</sup> in einer Weise zusammenarbeiten, dass sie ausführlich, detailliert und vollständig berichten, was sie wissen. Die sog. alternativen Sanktionen sind vorgesehen für solche Beschuldigten, die erst in einem späteren Verlauf des Verfahrens (vor der „Seccion de enjuiciamiento“) mit der Justiz zusammenarbeiten. Bei diesen beiden Sanktionsarten ist die freiwillige Zusammenarbeit und Hilfe bei der Wahrheitsfindung der Grund für eine Strafmilderung: Die Beschuldigten dürfen mit einem im Vergleich zur regulären Bestrafung deutlich gemilderten Strafrahmen von bis zu acht Jahren rechnen;<sup>9</sup> zudem ist die Sanktion im Falle der „sanciones propias“ nicht als normale Haftstrafe ausgestaltet, sondern gesondert in gemeinnütziger Arbeit im Zusammenhang mit den Frieden stabilisierenden Projekten abzuleisten.

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

<sup>5</sup> Vgl. 5.1., insbesondere 5.1.2. des Neuen Friedensvertrages vom 24.11.2016.

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

<sup>7</sup> Siehe 5.1.2. Rn. 60 des Neuen Friedensvertrages vom 24.11.2016.

<sup>8</sup> Vgl. 5.1.2. Rn. 48 des Neuen Friedensvertrages vom 24.11.2016.

<sup>9</sup> Einem Gespräch mit Herrn *Hernan Dario Orozco Lopez* verdanke ich den Hinweis, dass diese gestaffelten Strafhöhen für den Fall der Mitwirkung an der Aufklärung im Prozess (etwa durch Geständnisse) durch den Beschuldigten dem kolumbianischen Strafprozessrecht auch im Übrigen nicht fremd sind.

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

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

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

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

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

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

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

## II. Strafe als Rechtsinstitution

### 1. Anspruch an die Begründungsleistung

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

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

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

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

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

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

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

## 2. Erinnerung des Begründungsgangs<sup>17</sup>

Der Ursprung des Begründungsgangs ist das freie Subjekt, das kraft seiner Vernunftbegabung die Notwendigkeit erkennt, das Zusammenleben mit anderen rechtlich zu gestalten, d.h. sich selbst immer schon eingeordnet in Rechtsverhältnisse mit anderen, gleichgearteten Subjekten begreift.<sup>18</sup> Dass die prinzipielle Gleichordnung der Vernunftseinsicht zugänglich und mit der angeborenen Freiheit gleichursprünglich gesetzt ist und sich daraus die apriorische Forderung zum gemeinsamen Eintritt in einen Rechtszustand ergibt, hat *Kant* allgemeingültig entwickelt.<sup>19</sup> Eine verfasste Rechtsgemeinschaft ist deshalb im Grundsatz nur als selbstbegründete Einheit<sup>20</sup> der einzelnen Rechtssubjekte richtig begriffen: die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen, die sich durch den allgemein vereinigten Willen in ihren äußeren Verhältnissen selbst zu bestimmen vermag.<sup>21</sup>

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>23</sup> Vgl. *Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, S. 165.

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

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

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

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

Das freiheitsverletzende Verhalten im Verhältnis Täter-Opfer ist deshalb von Allgemeinbedeutung, weil das ursprünglich unversehrte Rechtsverhältnis der beiden Vernunftsubjekte den Nukleus des gemeinsamen Rechtsraums bildet und das Prinzip seiner Unversehrtheit, also das allgemein gesetzte Anerkennen fremder Freiheit, den Geltungsgrund des Rechts ausmacht.<sup>30</sup> Wer also konkrete Elemente der Freiheit<sup>31</sup> eines anderen angreift, etwa durch Körperverletzung, Tötung, Nötigung, Freiheitsberaubung, Diebstahl etc. verkehrt den Rechtsnukleus in einen Unrechtsnukleus und richtet sich damit, verallgemeinert man den Gedanken, auch gegen das den ganzen Zusammenhang tragende Rechtsprinzip (bei *Hegel*: „Rechtsfähigkeit“) überhaupt.<sup>32</sup> Die (rechtliche) Selbstbestimmung des Subjekts scheitert damit grundlegend – auf der Ebene des Selbstverhältnisses (im „Ich“ des Täters – immer schon gedacht als eingeordnet ins Allgemeine) ebenso wie im Verhältnis unmittelbarer Interpersonalität (zwischen Täter und Opfer) sowie auf der Ebene verfasster, institutionalisierter Rechtsverhältnisse überhaupt (Rechtsallgemeinheit, Staat).

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

### III. Strafe im Zustand verunsicherten Rechts

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

---

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

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

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

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

<sup>30</sup> Vgl. dazu auch *Zaczyk* (Fn. 18), S. 36 ff.

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

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

<sup>33</sup> Vgl. zu dieser Strafbegründung nochmals die Angaben in Fn. 25.

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

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

Das Augenmerk richtet sich nun also auf staatliche Umbruchsituationen.<sup>35</sup> Etwa im Zustand des Bürgerkriegs<sup>36</sup> oder bei sonstigem Zerfall der Staatsstrukturen ist es gerade keine verfasste Rechtlichkeit, sondern naturzustandsähnliche Unsi-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*a) Der Rechtszustand*

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

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

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

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

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

*b) Strafgerechtigkeit*

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>45</sup> Vgl. zu dieser Formulierung *Kant* (Fn. 38), Zweiter Abschnitt, \*-Anm., BA 19.

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

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

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

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

### c) Zwischenergebnis

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

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

---

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

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

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

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

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

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

#### a) Die subjektive Seite des Verbrechens

In der Moralität<sup>55</sup> zeigt sich die subjektive Seite des Willens- und Verschuldensprozesses des einzelnen Subjekts.<sup>56</sup> Der Wille des Verbrechens richtet sich darauf, „die *eigene Besonderheit* über das Allgemeine zum Prinzip zu machen und sie durch Handeln zu realisieren.“<sup>57</sup> Die Innerlichkeit des Subjekts richtet sich also gegen die (Vernunft-)Allgemeinheit, die ihm selbst nicht fremd – entgegengesetzt – ist, sondern sich wesentlich auch ihm als Vernünftigen verdankt. Das Subjekt verbrämt mit seinem Willensakt die eigene Besonderheit als Allgemeinheit. Es setzt etwas als Gesolltes, obwohl es auch ihm selbst als „Nicht-Gesolltes“ bewusst ist.

---

<sup>50</sup> *Kleszczewski* (Fn. 25), S. 285 formuliert: „Grundprinzip und Erscheinungsformen der Strafe. Siehe dazu auch *Zabel* (Fn. 25), S. 106.

<sup>51</sup> *Hegel* (Fn. 25), § 220.

<sup>52</sup> *Hegel* (Fn. 25), § 95, Anm.

<sup>53</sup> Vgl. dazu den Überblick in § 33 seiner Grundlinien.

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

<sup>55</sup> *Hegel* (Fn. 25), §§ 105-141.

<sup>56</sup> Dazu *Köhler* (Fn. 25), S. 20-25, grundlegend *ders.* (Fn. 13), S. 206 ff.; *Kleszczewski* (Fn. 25), S. 78-137.

<sup>57</sup> *Hegel* (Fn. 25), § 139 (*Hervorhebungen* im Original).



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

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

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

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

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

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

entwickeln<sup>63</sup> und im Alltag ihr Vertrauen auf die Geltung des Rechts bestätigt zu sehen. Zerfällt ein solcher Zusammenhang oder wachsen ganze Generationen rechtlich haltlos auf,<sup>64</sup> so kann sich das Subjekt gar nicht zu seiner Vollform entfalten. Das zeigt, dass auch die Bildung zur Freiheit im Kontext des Alltagslebens eine entscheidende Rolle für die Verwirklichung von freiheitlichen Verhältnissen spielt.<sup>65</sup> Das Kind muss also zunächst einmal in die Lage versetzt werden, ein Rechtsbewusstsein zu entwickeln, und das freie Subjekt muss sich bei seinem alltäglichen Lebensvollzug in seinem Bewusstsein gestärkt und bestätigt sehen.

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

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

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

#### b) Die objektive Seite des Verbrechens

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

<sup>58</sup> So *Köhler* (Fn. 25), S. 20.

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

<sup>60</sup> *Hegel* (Fn. 25), § 188, S. 346.

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

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

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

<sup>64</sup> Gründlich zum Problem habitueller Haltlosigkeit *Kleszczewski* (Fn. 25), S. 105-137, 186 ff.

<sup>65</sup> Vgl. dazu auch *Zabel* (Fn. 25), S. 110.

<sup>66</sup> So auch *Köhler* (Fn. 34), S. 361 f.

<sup>67</sup> Formulierung von *Kleszczewski* (Fn. 25), S. 226.

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



subjektiver und objektiver Komponenten im konkreten gesellschaftlichen Zusammenhang.

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

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

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

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

<sup>71</sup> Vgl. dazu schon *Gierhake* (Fn. 24), S. 123 ff.

<sup>72</sup> Vgl. *Hegel* (Fn. 25), § 210.

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

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

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

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

<sup>73</sup> Vgl. *Hegel* (Fn. 25), § 210, 211.

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

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

<sup>76</sup> *Hegel* (Fn. 25), Anm. zu § 218, S. 372.

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

c) *Zwischenergebnis*

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

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

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

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

3. *Flächendeckende, tatsächliche Normbefolgung als Voraussetzung der Strafe?*

a) *Günther Jakobs*

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

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

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

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

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

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

<sup>82</sup> *Kelsen* (Fn. 80), S. 219 f. (*Hervorhebungen* im Original).

<sup>77</sup> Dies ist im Übrigen keine Besonderheit eines „verunsicherten“ Rechtszustands.

<sup>78</sup> *Jakobs*, GA 1994, 1 (5).

<sup>79</sup> *Jakobs* (Fn. 27 – Vergangenheitbewältigung), S. 44.

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

beharrt vielmehr entgegen dem Änderungsvorschlag beim status quo.<sup>83</sup>

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>88</sup> *Hegel* (Fn. 25), § 209.

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

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

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

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

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

<sup>89</sup> Vgl. dazu *Hoffmann*, *Hegel*, 2. Aufl. 2012, S. 427 f.

<sup>90</sup> Vgl. § 260 der Grundlinien der Philosophie des Rechts.

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

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

b) *Michael Pawlik*

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

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

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

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

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

---

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

<sup>93</sup> Vgl. *Pawlik* (Fn. 28), S. 106 f.

<sup>94</sup> Zitiert bei *Pawlik* (Fn. 28), S. 104.

<sup>95</sup> *Pawlik* (Fn. 28), S. 105.

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

<sup>97</sup> *Pawlik* (Fn. 95), 272.

<sup>98</sup> *Pawlik* (Fn. 95), 288 f.

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>102</sup> Vgl. *Kant* (Fn. 38), B 61, A 60.

<sup>103</sup> Frappierend die Nähe zu *Jakobs* (Fn. 15), S. 31.

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

<sup>99</sup> Vgl. *Pawlik* (Fn. 28), S. 107.

<sup>100</sup> *Hälschner*, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. 1, 1881, S. 561.

<sup>101</sup> *Kant* (Fn. 38), B 60, A 59.

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

#### 4. Zwischenergebnis

Wirkliche Strafgerichtsbarkeit ist an die Existenz eines verfassten Rechtszustands gebunden, d.h. umgekehrt: Im Naturzustand kann es kein Strafrecht geben.<sup>105</sup>

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Das setzt zunächst voraus, die genannten Mechanismen begrifflich zu erfassen; sie sind sodann in den Gang der Strafbegründung einzuordnen und auf ihre Legitimation zu untersuchen. Hier soll dies für das Institut der Amnestie in Grundzügen<sup>109</sup> geleistet werden.

### 1. Begriffsbestimmung und Legitimationsansatz der Amnestie im Fall der Übergangsjustiz

#### a) Zum Begriff der Amnestie

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>113</sup> So *Süß* (Fn. 109), S. 121.

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

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



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

*b) Legitimationsansatz im Fall „interner Friedensamnestien“*

Vor dem Hintergrund des hier interessierenden kolumbianischen Friedensprozesses sollen nur diejenigen Formen der Amnestie in den Blick genommen werden, die im Rahmen staatlicher Übergangsjustiz verhängt werden, insbesondere die von Frank Süß so genannten „internen Friedensamnestien“<sup>117</sup>, die zur Gruppe der (innerstaatlichen) „Befriedungsamnestien“ zählen.<sup>118</sup> Sie zeichnen sich dadurch aus, dass sie anlässlich von Friedensverhandlungen bzw. eines Friedensschlusses, die einen bewaffneten, nicht-internationalen Konflikt beenden, erlassen werden.<sup>119</sup> Die begangenen Straftaten sind dann typischerweise solche, die anlässlich gegenseitiger (staatsinterner) „Kriegs“-Handlungen begangen wurden.<sup>120</sup> Für die internen Friedensamnestien ist zudem typisch, dass sie auf „politische Delikte“ beschränkt werden<sup>121</sup> – wie es jetzt auch in Kolumbien vorgesehen ist.<sup>122</sup>

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

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

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

Bei den sog. politischen Delikten, die regelmäßig und auch jetzt in Kolumbien Gegenstand interner Friedensamnestien sind, kommen noch folgende Besonderheiten hinzu:<sup>126</sup> Sie zeichnen sich dadurch aus, dass sie mit einer bestimmten politischen Grundhaltung<sup>127</sup> begangen werden: Aus Sicht der Täter sollen „gute“ politische Ziele gegen etablierte Staatsstrukturen durchgesetzt werden. Das eigentliche Angriffsziel ist also regelmäßig der vorhandene Staat selbst, seine Institutionen und verfassten Strukturen. Politische Delikte werden typischerweise im Personenverband begangen, etwa durch terroristische oder ähnliche (aufständische) Gruppen. Die politische Motivation selbst kann das Unrecht der Taten und die Schuld der Täter nicht mindern – zu evident ist der Verunft-Widerspruch der Gewalttat; ein politischer Zusammenhang kann allerdings – wie oben beschrieben – das Rechtsbewusstsein des einzelnen Subjekts massiv beeinflussen und Umstände schaffen, in denen die Schuld ihrem Grad nach relativiert wird.

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

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

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

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

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

<sup>121</sup> Süß (Fn. 109), S. 218 f.

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

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

<sup>124</sup> Vgl. dazu oben III. 2. b).

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

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

<sup>127</sup> Siehe auch dazu Köhler (Fn. 34), S. 426 ff.

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

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

### *aa) Staatliche Strafgerechtigkeit*

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

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

unter bestimmten, sehr engen Voraussetzungen unrechtaufhebende<sup>129</sup> oder auf der subjektiven Ebene („Gewissenstat“) jedenfalls schuld mindernde Wirkung. Eine „Amnestie“ im begrifflich eigentlichen Sinn wäre das nicht, die Wirkung kann im Extremfall aber ebenfalls Straffreiheit sein.

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

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

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

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

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

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

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

Da die Besonderheit der politischen Delikte gerade in ihrer Angriffsrichtung auf den Staat als Ganzem liegt,<sup>132</sup> wäre allenfalls darüber nachzudenken, ob der Staat unter dem Gesichtspunkt der ausschließlich eigenen Betroffenheit jedenfalls dann von Bestrafung absehen könnte, wenn das Delikt allein die Staatsstruktur, nicht aber andere Opfer „trifft“. Es bedarf dann aber gründlicher Untersuchung, worin genau der Unrechtsgehalt des betreffenden Verhaltens liegt und warum es dem allgemeingesetzlichen Grundsatz notwendiger Aufhebung durch Strafe nicht unterfallen soll. Was kennzeichnet begrifflich ein „politisches Delikt“? Sichtet man die Aufzählung „politischer Delikte“ im Fall Kolumbiens (Rebelión = Rebellion, sedición = Aufwiegelung, asonada = Zusammenrottung, el porte ilegal de armas = illegales Tragen von Waffen u.a.)<sup>133</sup> so zeigt sich, dass die zugrundeliegenden Verhaltensweisen im Zusammenhang mit einem politischen Macht- und Richtungskampf stehen, der im Zeitpunkt der Beurteilung gerade (friedlich) beigelegt werden soll. Dieser Zusammenhang kann das Unrecht der Taten – deren Kriminalunrechtsgehalt im Einzelnen jedoch zunächst gültig bestimmt werden muss<sup>134</sup> – nicht aufheben. Es bleibt jedenfalls im Fall von Gewalttätigkeit bei dem Grundsatzunrecht gegen die Staatsstruktur als äußerer Form verfasster Freiheit. Immerhin wird aber anzuerkennen sein, dass die Täter sich mit ihrer Rebellion etc. nicht „grundlos“ ins Unrecht setzen, sondern sich mit der Behauptung notwendiger Reformen und Neuordnung ihrerseits auf Rechtsgründe berufen. Setzt sich die souveräne staatliche Rechtsmacht im Laufe der Konfliktbewältigung mit diesen Gründen auseinander, erkennt ihre Richtigkeit partiell an oder macht sie sich für eine grundlegende Reform sogar zu eigen (Beispiel: la Reforma rural integral = Landreform in Kolumbien),<sup>135</sup> so lässt sich sagen, dass eine Anerkennung der Rechtsmotivation der „Rebellen“ stattfindet, u.U. sogar eine (partielle) Übernahme der Forderungen und damit verbunden eine Aufnahme der politischen Ziele in den verfassten Allgemeinwillen des Staates. Der Schuldvorwurf reduziert sich damit auf die gewalttätige und damit freiheitswidrige Durchsetzung an sich berechtigter Anliegen der Staatsreform. Das kann eine Strafmilderung oder sogar -freistellung tragen – eine „Amnestie“ i.e.S. stellt das aber nicht dar.

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

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

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

<sup>133</sup> Vgl. dazu Fn. 122.

<sup>134</sup> Diese Bestimmung kann an dieser Stelle nicht mehr geleistet werden.

<sup>135</sup> Vgl. den 1. Teil des Neuen Friedensvertrages vom 24.11.2016.

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

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

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

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

#### *bb) Interne Friedensamnestie im engeren Sinne*

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

<sup>136</sup> *Hegel* (Fn. 25), § 101.

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

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

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

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

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

### 2. Folgerungen für Kolumbien

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

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

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

---

<sup>138</sup> Ähnliche Überlegungen auch bei Köhler (Fn. 110), S. 73.

<sup>139</sup> Dazu soeben unter IV. 1. b) aa).

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