

Über Unterschiede in der Beteiligtenverantwortung im Strafrecht einer Zivilgesellschaft und im Völkerstrafrecht*

Gedanken zum Friedensprozess in Kolumbien

Von Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski, Leipzig

Das Strafrecht ist primär eine staatliche Einrichtung, die primär auf Verletzungen einer Person durch eine andere in einzelnen Rechtsverhältnissen (im Folgenden: „Mikrokriminalität“¹) innerhalb einer im Großen und Ganzen intakten Zivilgesellschaft reagiert. Friedensprozesse wie derjenige in Kolumbien haben demgegenüber einen anderen Ausgangspunkt: Sie gehen von einem (Bürger-)Kriegszustand aus und suchen ihn zu überwinden. Welche Rolle das Strafrecht in einem Friedensprozess als Bestandteil einer Übergangsjustiz spielen kann, die typischerweise auf kollektive Gewalttaten (im Folgenden: „Makrokriminalität“²) reagiert, ist eine vielschichtige Frage, die insbesondere auch die Beteiligungslehre betrifft. Um eine Antwort zu versuchen, müssen mehrere Schritte vollzogen werden. Als erstes möchte ich herausarbeiten, wie das „Mikrostrafrecht“ und seine Beteiligungslehre in einem in sich gefestigten zivilgesellschaftlichen Gemeinwesen verfasst sind (I.). Sodann wende ich mich systemischen Bestimmungsgründen zu, derentwegen eine solche Gesellschaft in eine Krise zu geraten vermag, die in bürgerkriegsähnliche Zustände ausarten kann (II.). Schließlich gehe ich auf den Beitrag ein, den das Völkerstrafrecht hier zur Befriedung leisten könnte und ziehe aus seiner völkerrechtlichen Natur Folgerungen für die Beteiligungslehre (III.).

I. Das Strafrecht eines stabilen zivilgesellschaftlichen Gemeinwesens

Verbrechen und Strafe haben in der Geschichte einen großen Wandel durchgemacht. Auch heute noch bietet die Unzahl der Strafrechtskodifikationen ein vielfarbiges Bild. Für die Gegenwart lassen sich aber aus den verfassungs- und völkerrechtlichen Grundlagen verallgemeinerungsfähige Grundbestimmungen für die Sinngebung von Verbrechen und Strafe ableiten (1. a.), deren konsequente Beachtung auch der Beteiligungslehre mehr Konturen verleihen kann (1. b.). Daneben lässt sich das Bilden krimineller Vereinigungen eigenständig als Unrecht erfassen (1. c.).

* Vortrag, gehalten auf dem Kolumbianisch-Deutschen Kolloquium zu Grundlagenfragen des Rechts im Umbruch am 21.4.2016 an der Universität Regensburg.

¹ Der Begriff „Mikrokriminalität“ ist noch nicht hinreichend geklärt. Näher dazu: *Kunz*, *Kriminologie*, 6. Aufl. 2011, § 8 Rn. 29; *Krämer*, *Individuelle und kollektive Zurechnung im Strafrecht*, 2015, S. 90 m.w.N. Ich verstehe ihn in dem oben genannten Sinne als eine Tat, die von einem Individuum begangen wird, das in einem Rechtsverhältnis zu einer anderen Person steht und eine es deswegen treffende Pflicht übertritt.

² Grundlegend: *Jäger*, *Makrokriminalität*, 1989, S. 11 ff.; vgl. weiter *Krämer* (Fn. 1), S. 135 ff. m.w.N.

1. „Mikrostrafrecht“ und Beteiligendogmatik

a) Genau wie das Grundgesetz zählt die Verfassung Kolumbiens von 1991 in ihrem Art. 1 die Menschenwürde zu ihren Höchstwerten. Wie viele Menschenrechtspakte garantiert sie jedem Menschen auch die Anerkennung seiner Rechtspersönlichkeit, vgl. Art. 14. Darin kommt zum Ausdruck, dass sich eine solche Rechtsordnung nicht in einer Ansammlung von Rechten und Gütern erschöpft.³ Sie enthält vielmehr auch den Geltungsanspruch des jeweiligen Inhabers dieser Rechte und Güter, dass deren Fortbestand gesichert sein soll.⁴ Diese Rechtsordnung wird nun nicht beiläufig, sondern schlechthin getroffen, wo der eine dem anderen durch einen willentlichen Angriff auf dessen Rechtsgüter seinen Willen aufzwingt. Hierdurch ist auch ein auf die Menschenwürde verpflichtetes Gemeinwesen aufgerufen, sich schützend vor das Opfer zu stellen. Die Verurteilung zu Schadensersatz reicht dabei nicht aus, um den Konflikt zu bereinigen.⁵ Zu diesem gehört auch die mit dem willentlichen, d.h. schuldhaften, Angriff verbundene Anmaßung des Täters, verletzen zu dürfen.⁶ Ihr gilt es ebenfalls zu widersprechen, um das Rechtsverhältnis ungestört wiederherzustellen.⁷ Aus der Schutzpflicht des Staates folgt daher auch, dass er derart elementare Rechtsbrüche in aller Regel unter Strafe zu stellen und, soweit die Schuld erwiesen ist, auch zu ahnden hat.

Wie man den Naturzustandstheoremen der Neuzeit entnehmen kann, hat Recht seine unmittelbare Wirklichkeit im Verhalten der Personen zueinander.⁸ Ein Rechtsbruch lässt sich daher auch außerhalb eines Gemeinwesens und dessen positiver Rechtssetzung identifizieren. Eine bloß privatautonom gestaltete Rechtssetzung, Rechtsanwendung und Unrechtsreaktion ist jedoch labil, da im Streitfalle jeder das Recht aus eigener Perspektive beurteilt.⁹ Zwar kann eine lebensweltliche Einbettung des Rechtsverhältnisses, in dem der eine den anderen verletzt hat, eine einvernehmliche Streitschlichtung nahelegen. Darüber hinaus konstituieren

³ Vgl. *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 2/23.

⁴ *Kleszczewski*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 2016, § 1 Rn. 12.

⁵ *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts, Theorie* Werkausgabe, Moldenhauer/Mickel (Hrsg.), Bd. 7, 1975, §§ 98 f., S. 185 ff. Zu *Hegels* Grundlegung einer Verbrechens- und Straftheorie: *Kleszczewski*, *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft*, 1991, S. 78 ff., 232 ff.

⁶ *Hegel* (Fn. 5), § 99, S. 186.

⁷ *Wolff*, *ZStW* 97 (1985), 786 (818 ff.).

⁸ *Locke*, *Two Treatises of Government*, II §§ 6 f.; *Kant*, *Metaphysik der Sitten, Anfangsgründe der Rechtslehre*, Reclam Ausgabe, § 41, Bd. 8, 1983, S. 423 f.; *Hobbes*, *De Cive*, 2. Kap., 2. Abschnitt.

⁹ *Kant* (Fn. 8), § 44, S. 430 f.; *Locke* (Fn. 8), II §§ 87, 125.

Menschen ihre Gesellschaft als Rechtsgemeinschaft, indem sie zum gegenseitigen Eigennutz dauerhaft miteinander kooperieren. Denn der Austausch von Leistungen ist in der Grundlage nicht bloß ein ökonomischer Sachverhalt.¹⁰ In der alltäglichen Arbeit füreinander habitualisieren die Menschen vielmehr auch ihre gegenseitige Anerkennung füreinander und bilden so eine gemeinsame Identität aus, als Bürger in gleicher Weise frei zu sein.¹¹ Auch wenn dies der privatautonomen Rechtsgestaltung und Rechtsrestitution eine gewisse Stabilität verleiht, so birgt sie doch weiterhin Konfliktpotenzial. Tiefgehende Auseinandersetzungen lassen sich daher von Grund auf nur in einem Gemeinwesen beheben, in dem niemand sie in eigener Sache entscheidet.¹² Auf der Ebene der Gesetzgebung liegt darin, wie *Rousseau* gezeigt hat, der eigentliche Sinn des Prinzips der Volkssouveränität: Wo nicht einer den anderen aus seiner Sicht die Regeln diktiert, sondern alle Staatsbürger daran mitwirken, einander ohne Ansehen eines besonderen Einzelfalles abstrakt-allgemeine Vorschriften zu geben,¹³ dort ist die Chance am größten, dass die Sache mit einem Höchstmaß an Objektivität allgemein geregelt wird.

Zu den integralen Bestandteilen eines rechtsstaatlichen Strafrechts gehört es daher, dass es das strafrechtliche Unrecht gesetzlich umschreibt. Nach den Traditionen der verschiedenen Rechtskreise bestehen zwar Unterschiede, in welcher Weise der Tatbestand abstrakt-allgemein definiert wird.¹⁴ Für die Rechtsordnungen, die dem kontinentaleuropäischen Rechtskreis zugehören oder sich an ihn anlehnen, gilt freilich, dass ein Parlamentsgesetz die Strafbarkeit zu bestimmen hat.¹⁵ Nun herrscht freilich keine Einigkeit darüber, wie dicht ein Gesetzgeber das zu pönalisierende Verhalten zu umschreiben hat, um dem Bestimmtheitsgrundsatz zu genügen.¹⁶ Macht man sich aber klar, dass der Sinn des Bestimmtheitsgrundsatzes gerade darin besteht, die „Strafbarkeit“ zu benennen, dann muss schon der gesetzliche Tatbestand diejenigen Aspekte, die ein Verhalten im Einzelnen „strafbar“ machen, nämlich ein je spezifischer willentlicher Angriff zu sein, selbst umreißen.¹⁷ Im Großen und Ganzen

genügen die einzelnen Tatbestände, die man in den Strafkodifikationen moderner Rechtsstaaten findet, diesem Anspruch. Für das Thema meines Beitrages ist es wichtig, diesen Aspekt auch für die Beteiligungslehre fruchtbar zu machen.

b) Strafe zieht den Menschen höchstpersönlich zur Verantwortung. Dementsprechend stellen die Tatbestände im Besonderen Teil der Strafgesetzbücher auch nur Handlungen Einzelner unter Strafe. Sie gehen so, ob ausdrücklich oder nicht, immer vom unmittelbaren Täter aus, der, wie es § 25 Abs. 1 des deutschen StGB (im Folgenden dStGB) formuliert, „die Straftat selbst [...] begeht“. Neben dem unmittelbaren Täter kennt natürlich jedes moderne Strafgesetzbuch immer auch noch andere Formen der Beteiligung. Die Rechtsvergleichung lehrt, dass hier Einheitstäterlösungen mit Teilnahmesystemen konkurrieren.¹⁸ Ich beschränke mich im Folgenden auf Letztere. Denn eine genaue Analyse von Einheitstätermodellen zeigt, dass sie ohne akzessorische Regelungen nicht auskommen und daher letztlich verkappte Teilnahmesysteme sind.¹⁹ Nicht nur bei den Sonderdelikten bzw. den eigenhändigen Delikten, auch bei den reinen Erfolgsdelikten herrscht innerhalb der Einheitstätersysteme jedenfalls minimale Akzessorietät. Ferner lässt sich bei ihnen die Verselbständigung des Versuchsbeginns für jeden Mitwirkenden weder ohne Widerspruch zur straflosen Vorbereitung konsequent durchführen, noch harmonisiert sie mit der auf einen gegenwärtigen Angriff eingeschränkten Notwehr. Trotz der höheren Elastizität bei der Strafrahmenwahl, die für Einheitstätersysteme kennzeichnend ist, lassen sich bei strafscharfenden Merkmalen auch hier akzessorische Bezüge ausmachen.

aa) Für die meisten Teilnahmesysteme ist nun kennzeichnend, dass sie neben dem unmittelbaren Täter mit Anstiftung und Beihilfe nicht nur Teilnahmefiguren in das Gesetz aufnehmen, sondern darüber hinaus auch weitere Formen der Täterschaft, namentlich die mittelbare Täterschaft und die Mittäterschaft, kennen. Folglich müssen dogmatische Kriterien entwickelt werden, mit denen der Täter vom Teilnehmer unterschieden werden kann.

bb) In Deutschland hat sich dabei im Schrifttum überwiegend die Tatherrschaftslehre in der von *Roxin* entwickelten Gestalt durchgesetzt.²⁰ Sie hat zudem auch Einfluss auf die Rechtsprechung gewonnen.²¹ Diese Lehre ist weiterhin im spanischsprachigen Rechtsraum in beachtlichem Ausmaß und teilweise auch im Völkerstrafrecht rezipiert worden.²²

¹⁰ So aber der Tendenz nach: *Marx*, in: *Marx/Engels* (Hrsg.), *Werke*, Bd. 13, 14. Aufl. 1983, S. 616. Eingehenden Überblick zur Entstehung und zum Bedeutungswandel des Begriffes der bürgerlichen Gesellschaft bzw. der Zivilgesellschaft bieten die Beiträge in: *Schmidt* (Hrsg.), *Zivilgesellschaft*, 2007.

¹¹ So *Hegel* (Fn. 5), § 209, S. 360 f.

¹² Vgl. *Hobbes* (Fn. 8), 3. Kap., 21. Abschnitt.

¹³ *Rousseau*, *Contrat Social*, Bd. 2, S. 68 f.; vgl. *Kant*, *Streit der Fakultäten*, Weischedel-Werkausgabe, Bd. 11, 1983, S. 364; ähnlich: *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 1992, S. 138, 140, 209 f.

¹⁴ *Jeschek/Weigend*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, § 15 I.

¹⁵ *Dannecker*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 1 Rn. 42 ff.

¹⁶ Überblick bei *Kleszczewski* (Fn. 4), § 1 Rn. 20 ff.

¹⁷ *Kleszczewski* (Fn. 4), § 1 Rn. 22, 30.

¹⁸ *Kleszczewski*, in: *Paeffgen* (Hrsg.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 613 (616 ff.).

¹⁹ *Kleszczewski* (Fn. 18), S. 618 f.

²⁰ *Roxin*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9. Aufl. 2015, S. 142 ff.

²¹ Etwa in BGHSt 35, 347 (351); 40, 218 (236 f.); 49, 147 (163 f.). Rechtsprechungsanalyse bei *Schlösser*, GA 2007, 161 (164 ff.).

²² Zu Ersterem: *Vasques*, in: *Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Haffke/Schünemann/Wolter* (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, *Strafrecht als Scientia Universalis*, 2011, S. 819 (826 ff.); zu

Aufgrund des hohen Stellenwerts dieser Doktrin möchte ich mich im Folgenden auf die Auseinandersetzung mit der Tatherrschaftslehre konzentrieren. Sie geht von folgender allgemeinen Definition aus: „Tatherrschaft ist das vom Vorsatz umfaßte In-den-Händen-Halten des tatbestandsmäßigen Geschehensablaufes, die dem Handelnden bewußte Möglichkeit finaler tatbestandsgestaltender Steuerung. Tatherrschaft hat jeder Mitwirkende, der in der tatsächlich ihm bewußten Lage ist, die Tatbestandsverwirklichung je nach seinem Willen ablaufen zu lassen, zu hemmen oder abbrechen zu können.“²³

Mittelbare Täterschaft begründet sich dabei durch Willensherrschaft, Mittäterschaft durch funktionelle Tatherrschaft kraft arbeitsteiliger Tatausführung.²⁴ Weder der Mittäter noch der mittelbare Täter muss dabei das Opfer selbst angreifen. Vielmehr genügt es bei der Mittäterschaft, wenn einer der Komplizen lediglich einen wesentlichen Beitrag in der Ausführungsphase leistet²⁵ (wenn nicht sogar auch ein ebensolcher Beitrag in der Vorbereitungsphase als ausreichend angesehen wird).²⁶ Schmierestehen²⁷ oder Deliktplanungen²⁸ werden so schnell als Mittäterschaft eingeschätzt. Bei der mittelbaren Täterschaft ist die Entfernung zu dem vom Tatmittler ins Werk gesetzten Angriff meist noch größer. Als ausschlaggebend wird hier der steuernde Wille des Hintermannes angesehen. Dieser wird dabei nicht nur dann bejaht, wenn man den Zustand der Schuldlosigkeit des Vordermannes dazu ausnutzt, ihn zur Tat zu bewegen.²⁹ Vielmehr lässt man es darüber hinaus (jedenfalls bei bestimmten Fallgruppen) auch genügen, wenn dem Hintermann aufgrund der verminderten Schuld des Vordermannes ein entsprechend gesteigerter Einfluss zuwächst.³⁰ Auf dieser Grundlage hat *Roxin* auch die Figur der mittelbaren Täterschaft aufgrund der Ausnutzung eines organisierten Machtapparates entwi-

ckelt,³¹ die nicht nur in der Rechtsprechung des BGH, sondern nicht zuletzt auch in der Judikatur der völkerstrafrechtlichen Tribunale weithin Anklang gefunden hat.³² Mit dieser Doktrin lassen sich die Befehle, die die Mitglieder des Estadio Mayor Central der FARC bzw. dessen Sekretariat an ihre Untergebenen gegeben haben, damit diese Straftaten begehen, unschwer als ein Handeln in mittelbare Täterschaft ansehen.

cc) Die Tatherrschaftslehre stützt sich einesteils maßgeblich auf den finalistischen Handlungsbegriff. Danach steht dem zweckhaften Einsatz von Naturkräften das Dirigieren von Menschen gleich.³³ Anderenteils hänge es von Wertvorstellungen des Gesetzgebers ab, welche der zahlreichen sachlogisch vorgegebenen Differenzierungen er zur Grundlage seiner Regelung machen wolle.³⁴ Eine Teilnahmelehre müsse darauf differenzierend eingehen.

Gegen die Tatherrschaftslehre wird zum einen vorgebracht, dass das Merkmal der finalen Steuerung es nicht erlaubt, zwischen Täterschaft und Teilnahme zu unterscheiden.³⁵ Denn auch der Anstifter bzw. der Gehilfe handelt vorsätzlich, wirkt also final mit. Zweitens wird beanstandet, dass sich der Begriff der Tatherrschaft bzw. der finalen Steuerung an dem Modell der sehenden Überdetermination eines blinden Kausalverlaufs orientiert,³⁶ ein Modell, das sich ohne weiteres allenfalls auf den Einsatz eines unvorsätzlich agierenden Werkzeuges übertragen lässt. Im Übrigen wird aber die Handlungsmacht und Verantwortung des Vordermannes unterschätzt. Ein dritter Kritikpunkt ist, dass sich die Tatbestandsverwirklichung bei Delikten mit besonderen subjektiven Unrechtsmerkmalen nicht allein durch finale Steuerung erklären lässt. Beispiel: Zur Vergewaltigung (z.B. § 177 Abs. 6 S. 1 Nr. 1 dStGB, vgl. weiterhin 7 Abs. 1 lit. g, Art. 8 Abs. 2 lit. e Nr. vi IStGH-Statut nebst den dazugehörigen Verbrechenselementen) gehört es, dass der Täter mit dem gezwungenen Opfer den Beischlaf vollzieht. In diesem Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung liegt gewiss die Zufügung eines großen körperlichen und seelischen Schadens. Gleichzeitig vollzieht der Täter jedoch eine sexuelle Handlung, es geht ihm um die Befriedigung seines Geschlechts-

Letzterem *Ambos*, Internationales Strafrecht, 4. Aufl. 2014, § 7 Rn. 12, 23, 25 ff., 35, 45, 56.

²³ *Maurach*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1970, S. 627.

²⁴ *Roxin* (Fn. 20), S. 142 ff., 527 f.

²⁵ *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 15), § 25 Rn. 182 m.w.N.; *Roxin*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 11. Aufl. 2003, § 25 Rn. 154.

²⁶ *Joecks*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 25 Rn. 175 f.

²⁷ *Roxin* (Fn. 25), § 25 Rn. 154.

²⁸ *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, Lehr und Praxiskommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2016, Vor § 25-31 Rn. 36 ff.; a.A. *Schünemann* (Fn. 25), § 25 Rn. 182.

²⁹ Auf diese Fälle beschränkt die mittelbare Täterschaft im Wesentlichen: *Gallas*, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S. 78 ff.; *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 76.

³⁰ Allgemein: *Schroeder*, Täter hinter dem Täter, S. 120 ff.; *Joecks* (Fn. 26), § 25 Rn. 93. Bezogen auf alle Fälle der Willensherrschaft, die nicht Nötigungsherrschaft sind, ebenso: *Schünemann* (Fn. 25), § 25 Rn. 62 ff. m.w.N.

³¹ *Roxin* (Fn. 25), § 25 Rn. 128 ff.; ablehnend *Schünemann* (Fn. 25), § 25 Rn. 122 ff.

³² BGHSt 40, 218 (236 f.); 45, 270 (296 ff.); 48, 77 (91 f.); 48, 331 (344 ff.); 49, 147 (163 f.); BGH JR 2004, 245 (246); dazu *Schlösser*, GA 2007, 161 (164 ff.); zur völkerstrafrechtlichen Judikatur: *Ambos* (Fn. 22), § 7 Rn. 25 ff. m.w.N.

³³ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, § 15 I. b), § 15 II. vor 1.; *Gallas* (Fn. 26), S. 89 ff., bemüht sich darum, den Begriff der Tatherrschaft durch wertende Elemente zu ergänzen, kommt aber über *Welzels* Lehre nicht wesentlich hinaus. Zur Kritik: *Noltenius*, Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft, 2003, S. 68 ff., 88 ff.; *Kleszczewski*, Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung an einer Straftat, 1998, S. 112 ff.

³⁴ *Roxin* (Fn. 20), S. 20.

³⁵ *Jeschek*, SchwZStr 71 (1956), 225 (234); *Roxin* (Fn. 20), S. 18.

³⁶ *Noltenius* (Fn. 33), S. 88 ff.

triebes. Gerade hierdurch degradiert er das Opfer besonders, indem er es zu seinem Sexobjekt macht. Dieses handlungsmächtige, besondere Tatinteresse behält auch der Vergewaltiger, der durch Vorgesetzte zu seiner Tat animiert wurde. Wer andere aus kriegertischem oder terroristischem Kalkül anweist oder darin fördert, Vergewaltigungen gegen Frauen aus der Zivilbevölkerung zu begehen, etwas, was der Leitungsebene der FARC vorgeworfen wird, der will zwar den Opfern schaden und darüber seine politischen Ziele erreichen. Im Unterschied zum unmittelbar Handelnden geht es ihm aber nicht um die Befriedigung der eigenen Wollust. Da nun diese innere Konstitution die Vergewaltigung erst zu dem macht, was sie schrecklicher Weise ist, kann der Hintermann, selbst wenn er noch so große Macht über den Vordermann hat, nicht als Vergewaltiger angesehen werden.³⁷

Schließlich ist zu rügen, dass die Annahme von Täterschaft wegen Tatherrschaft jedenfalls für diejenigen Mitwirkenden, die das Opfer nicht selbst angreifen, in ein ähnliches Dilemma führt, das bereits als ein Grundmangel der Einheitstätersysteme beobachtet wurde (s.o. b):³⁸ Soweit man nämlich das Tun des Hintermannes erst dann als strafbar ansieht, wenn sein Tatmittler mit der Ausführung der Tat beginnt, dann begreift man seine Strafbarkeit als akzessorisch zu dem Unrecht von diesem, sieht es der Sache nach also als Teilnahme an. Will man dagegen das Handeln des Hintermannes schon für sich betrachtet als Versuch in mittelbaren Täterschaft ansehen, gerät man in einen Wertungswiderspruch: Dann müsste man die These aufstellen, dass das Opfer gegen das Handeln des mittelbaren Täters Notwehr zu einer Phase üben dürfte, in der es gegen den unmittelbaren Täter mangels gefährlicher Tätigkeit noch nicht zur Notwehr berechtigt wäre. Dies ist offensichtlich unhaltbar. Gleiche Probleme ergeben sich bei der Mittäterschaft.³⁹

dd) Trotz dieser Mängel enthält der Ansatz *Roxins*⁴⁰ einen weiterführenden Aspekt. Er beschränkt die Tatherrschaft als täterschaftsbegründendes Element auf Herrschaftsdelikte, während er für Sonderpflichtdelikte und eigenhändigen Delikte andere Täterschaftskriterien entwickelt. Bei Letzteren liegt diese in der Handlungsherrschaft des unmittelbaren Täters. Hierdurch lässt sich die eben geschilderte, bei der Vergewaltigung auftretende Problematik lösen: Täter ist nur der, der (auch) den vom Opfer ungewollten Beischlaf vollzieht, alle übrigen Mitwirkenden können nur Teilnehmer sein. Bei Ersteren wirkt der Verstoß gegen eine Sonderpflicht täterschaftsbegründend. Dies führt dazu, dass Extranei selbst dann keine Täter sein können, wenn sie mit Tatherrschaft an der Tat mitwirken. Umgekehrt sind alle mitwirkenden Intranei auch ohne Tatherrschaft Täter. Die Pflichtdeliktslehre enthält damit, wie noch zu zeigen ist, ein Element, mit dem sich die Problematik der Täterschaft von Befehlsgebern im Rahmen des Völkerstrafrechts auf neue dogmatische Füße stellen lässt (s.u. III.).

Gleichwohl lässt *Roxin* eine bündige Ableitung aus einem einheitsstiftenden Prinzip vermissen. Auch der Leitbegriff des Täters als der Zentralgestalt des Tatgeschehens leistet dies nicht. Denn, wie *Roxin* selbst einräumt, ist er ein „offener Begriff“⁴¹, so leer wie der Begriff des Nichts in *Hegels* Logik.⁴² Unterhalb dieser Leerformel zerfällt die Beteiligungslehre in drei verschiedene Begriffe der Täterschaft und der Teilnahme, je nachdem, ob es sich um Herrschaftsdelikte, Pflichtdelikte oder eigenhändige Delikte handelt.⁴³ Die einheitliche Dogmatik zerfällt und weist auf der Ebene der Prinzipien Züge der normativen Kombinationstheorie des BGH auf.

c) Sowohl bei den Einheitstätersystemen als auch im Rahmen der Tatherrschaftslehre ergab sich das Dilemma, entweder den Versuchsbeginn des Hintermannes vorverlagern zu müssen, oder aber dessen Haftung akzessorisch zum Handeln des Vordermannes konstruieren zu müssen. Will man sich aus dieser Klemme befreien, bleibt nur eine Alternative: Man muss alle Formen der Täterschaft als Angriffe auf ein Rechtsgut konzipieren.⁴⁴ Ist jede Tatbestandsverwirklichung durch einen Angriff geprägt, dann macht sich derjenige dem Opfer höchstpersönlich verantwortlich, wer es selbst angreift. Das trifft natürlich auf den unmittelbaren Täter zu, der den Tatbestand dadurch erfüllt, dass er das Opfer selbst angreift. Auch der Mittäterschaft lässt sich damit eine klare Kontur geben: Mittäter kann dann nur sein, wessen Angriff auf die Opfersphäre dazu beiträgt, dass ein Straftatbestand zusammen mit dem Angriff eines anderen verwirklicht wird, indem etwa der eine Komplize das Opfer von hinten an den Armen hält, damit der andere es erstechen kann. Für die mittelbare Täterschaft folgt daraus, dass sie sich auf die Fallgruppen des Einsatzes eines qualifikationslosen, absichtslosen, unvorsätzlich oder gerechtfertigt handelnden Werkzeugs beschränkt. Wie an anderer Stelle ausführlich dargelegt,⁴⁵ hat das Handeln des Hintermannes nur in diesen Fällen bereits für sich genommen die Eigenschaft ein Angriff zu sein, weil er mit dem Schaffen der rechtfertigenden Lage, dem Opfer eine Duldungspflicht auferlegt, durch den Tatirrtum erst die Gefahr für das Rechtsgut schafft, auf die Wegnahme die Zueignung folgen lässt oder aber das Rechtsgut obhutspflichtwidrig nicht gegen die Gefahren, die vom Tatmittler ausgehen, schützt.

Wer hingegen das Opfer selbst nicht angreift, wie es häufig bei Befehlsgebern der Fall sein wird, der kann in einem „Mikrostrafrecht“, das von den einzelnen Verhältnissen der Menschen zueinander ausgeht, nicht Täter, sondern „allenfalls“ Teilnehmer sein. Denn sein Verhalten ist aus sich heraus nicht strafbar, sondern kann dieses Prädikat „nur“ durch seinen akzessorischen Bezug auf den vorsätzlichen rechtswidrigen Angriff eines anderen bekommen.

⁴¹ *Roxin* (Fn. 20), S. 122.

⁴² *Roxin* (Fn. 20), S. 122 ff., 529.

⁴³ Eingehende Kritik: *Kleszczewski* (Fn. 33), S. 127 ff.

⁴⁴ Ausführlicher: *Kleszczewski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2012, Rn. 538 ff.

⁴⁵ *Kleszczewski* (Fn. 33), S. 102 ff., 148 ff., 251 ff.

³⁷ Näher: *Kleszczewski* (Fn. 33), S. 83 f.

³⁸ *Kleszczewski* (Fn. 18), S. 616 ff.

³⁹ *Kleszczewski* (Fn. 33), S. 83 f.

⁴⁰ *Roxin* (Fn. 20), S. 524 ff.

Gegen diesen Ansatz spricht auf den ersten Blick, dass er mächtige Hintermänner „nur“ als Teilnehmer erfassen kann. Die Mitglieder des Estadio Mayor Central der FARC bzw. seines Sekretariats sind beispielsweise nach diesem Ansatz „nur“ Anstifter. Zwei Dinge sind dabei jedoch auseinanderzuhalten: die folgerichtige Bestimmung des Tatbestandes und der Täterschaft nach dem Kriterium des Angriffs auf der einen Seite, und die Frage der Gewichtung der unterschiedlichen Tatbeiträge von Tätern und Teilnehmern auf der anderen Seite. Die Anstiftung wird in vielen modernen Kodifikationen mit der gleichen Rechtsfolge bedroht, die auch auf die Täterschaft steht. Hier ist es zudem auch gang und gäbe, den Vordermann, der seine Tat nur aufgrund von massivem Druck begeht, im Einzelfall milder zu ahnden als den Anstifter. Um dem Vorurteil zu begegnen, der Schuldspruch der Anstiftung oder der Beihilfe falle irreführend zu milde aus, lässt sich auch daran denken, qualifizierte Formen der Teilnahme prägnanter im Gesetz zu bezeichnen (z.B. Rädelführer, Hintermann wie z.B. in § 129 Abs. 4 Hs. 1 dStGB). Alles dies ändert aber nichts daran, dass eine rechtsstaatlich konsistente Beteiligendogmatik in einem Mikrostrafrecht nur durchführbar ist, wenn man die Täterschaft durch das Element des Angriffs bestimmt und alle sonstige Mitwirkung „allenfalls“ als Teilnahme erfasst.

Auf der Ebene der Strafraumwahl lassen sich freilich zwei unterschiedliche Grade der Anstiftung qualitativ unterscheiden.⁴⁶ Wer einen schuldlos handelnden Haupttäter zur Tat bestimmt, dessen Mitwirkung steht in der Unrechtschwere einem Täter gleich. Infolgedessen ist es angemessen, diejenigen Befehlsgeber der FARC, die Kindersoldaten den Befehl gegeben haben, eine mit Strafe bedrohte Handlung zu begehen, zwar im Schuldspruch „nur“ als Anstifter, in der Rechtsfolge aber durchaus gleich einem Täter zu bestrafen. Gleiches gilt für alle Befehle, die an Untergebene mit dem Hinweis darauf gegeben werden, dass ein Ungehorsam zu Schäden an Leben, Leib oder Freiheit führen würde. Denn in diesem Falle agiert der Haupttäter in der Situation eines entschuldigenden Notstandes. Auf der Seite der Rechtsfolge kommt daher die hier vertretene Ansicht in diesen Fällen sehr nahe an *Roxins* Figur der mittelbaren Täterschaft aufgrund organisierten Machtapparates heran, ohne die einheitliche Begriffsbildung von Täterschaft und Teilnahme auf der Tatbestandsseite zu unterlaufen.

2. Zum Strafgrund des Bildens einer kriminellen Vereinigung

Neben der Strafbarkeit wegen der Beteiligung an einer Tat lässt sich das Bilden einer kriminellen Vereinigung als eigenständiges Delikt ausweisen.

a) Zwar erhalten derartige Zusammenschlüsse ihren Namen dadurch, dass ihre Mitglieder andere Straftaten, die Bezugstaten, planen und ausführen. Doch folgt daraus nicht, dass die Rechtsgüter, gegen die sich dieses Organisationsdelikt wendet, mit den Rechtsgütern der Bezugstaten identisch sind. Es folgt daraus auch nicht, dass das Bilden einer solchen Vereinigung sich nur als besondere Vorform der Betei-

ligung an diesen Bezugstaten konstruieren lässt.⁴⁷ Würde man die Strafbarkeit des Organisationsdelikts allein aus der Strafbarkeit der Bezugstaten ableiten, müsste man das Strafunrecht allein auf den Planzusammenhang stützen.⁴⁸ Das widerspricht fundamental dem Tatprinzip, nach dem strafwürdiges Verhalten selbst einen Angriff darstellen muss. *Gierhake* sieht auf dieser Grundlage für eine Strafbarkeit des Bildens einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung nur wenig Raum. Die Existenz der Gruppe als solche muss bereits einen Angriff auf das Gemeinwesen darstellen, der das rechtlich konstituierte Basisvertrauen in Frage stellt, und das Handeln des einzelnen Täters muss Bestand und Tätigkeit der Vereinigung wesentlich mitprägen.⁴⁹

b) Rückt man mehr die Wirkungen in den Mittelpunkt, die das Faktum der Bildung einer verschworenen Gruppe auf die Verhaltensorientierung Außenstehender hat, lässt sich meines Erachtens die Strafbarkeit selbstständig begründen.⁵⁰ Gesellschaftliche Anerkennung als Person vermittelt sich, wie oben (1. a) dargelegt, namentlich über den gegenseitigen Austausch unter den Menschen. Dieses setzt voraus, das Miteinander einvernehmlich, das heißt vor allem ohne Gewalt, zu regeln. Die Zivilität einer Gesellschaft gründet sich daher vor allem auf eingübte Selbstbeherrschung und damit auf die Friedlichkeit in der Lösung etwaig auftretender Konflikte. Dabei ist es ein Spezifikum von Zivilgesellschaften, dass jedes Mitglied sein Schicksal grundsätzlich auf sich selbst gestellt meistern muss.⁵¹ Aufgrund dessen kann die Vereinigung anderer zu dem Hauptzweck, Straftaten zu begehen, eine Kräfteballung schaffen, deren Entfesselung gegenüber die auf sich gestellten Mitbürger sich als ohnmächtig empfinden.

Das Phänomen ist aus dem Alltag bekannt: Tritt innerhalb einer bisher losen Zusammenkunft ein Teil der Versammelten mit einem Mal koordiniert auf, so verändert allein dieser Umstand schon das Verhalten aller Übrigen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Gruppenmitglieder durch ihre Kooperation ihre Chancen signifikant erhöhen, Vorteile zu realisieren. Sie erzwingen damit in jedem Fall, dass die Außenstehenden ihr Verhalten nun in herausgehobener Weise am Handeln der Gruppe ausrichten. Eine Zuspitzung erfahren nun aber diese externen Effekte einer Gruppenbildung, wenn deren Tätigkeit hauptsächlich darauf gerichtet ist, Straftaten zu begehen. Hier bringt schon die Gründung einer solchen Vereinigung zum Ausdruck, Außenstehende als potenzielle Opfer zu definieren. Nun liegt der Unwert einer Straftat, wie wir gesehen haben, ja gerade darin, die Rechtsfähigkeit des Opfers anzugreifen. Ist dem so, dann enthält bereits die Fest-

⁴⁷ So aber *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2017, § 129 Rn. 2 m.w.N.

⁴⁸ *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (771 ff.); vgl. weiter *Kleszczewski* (Fn. 4), § 18 Rn. 4, 98.

⁴⁹ *Gierhake*, Der Zusammenhang zwischen Freiheit, Sicherheit und Recht, 2013, S. 275 ff.

⁵⁰ Ich übernehme hier und im Folgenden Gedanken aus *Kleszczewski* (Fn. 4), § 18 Rn. 2 ff., 105 ff.

⁵¹ *Beck*, Risikogesellschaft, 1986, S. 121 ff., insbesondere S. 199 f.

⁴⁶ Näher *Kleszczewski* (Fn. 44), Rn. 691 f.

legung des gemeinsamen Zwecks, bestimmte Straftaten begehen zu wollen, die Aussage, Außenstehenden die Rechtsfähigkeit abzuspüren, und provoziert entsprechende Selbstschutzvorkehrungen.

Zwar ist das Bilden einer Vereinigung, um Bezugsstaten zu begehen, nicht gleichbedeutend mit deren Ausführung. Der Zusammenschluss Mehrerer vereinigt aber auch ihre Kräfte und schafft so gegenüber dem in einer modernen Zivilgesellschaft typischerweise auf sich selbst gestellten Einzelnen eine strukturelle Überlegenheit. Wirkt der gemeinsam gesetzte Zweck für die Mitglieder handlungsleitend, hat sich für den Außenstehenden als potenziellem Opfer die Lage erkennbar verschlechtert, da er nun mit dem Angriff einer Übermacht rechnen muss. Handlungsleitend wird eine gemeinsame kriminelle Zwecksetzung nicht ohne Weiteres, sondern erst, wenn die Mitglieder einen Hang zu Straftaten haben oder wenn Sanktionsmechanismen in der Gruppe etabliert sind, die das Mitmachen erzwingen. Haben sich die innerlich so verfassten Mitglieder einer Gruppe erst einmal derart organisiert, dann ist die Dominanz perfekt, so dass die potenziellen Opfer die geplanten Straftaten ohnmächtig über sich ergehen lassen müssen. Es ist ein Zustand der Dauergefahr geschaffen. Darin liegt das Strafunrecht.

c) Da Las FARC eine Organisation ist, die darauf gerichtet ist, Attentate gegen die Zivilbevölkerung, Entführungen zur Finanzbeschaffung u.ä. zu begehen, und die den Wunsch, ausscheiden zu wollen, mit schweren Sanktionen belegt, handelt es sich bei ihr um eine kriminelle, wenn nicht gar terroristische Vereinigung in dem eben genannten Sinne. Die Mitgliedschaft i.S.d. Sich-Beteiligens lässt sich daher als Kriminalunrecht verstehen, die Ausübung von Führungsrollen als Rädelsführerschaft.

3. Zwischenergebnis

Rechtsstaatliches Strafrecht ist zunächst Mikrostrafrecht und geht von den Beziehungen aus, die Menschen unmittelbar miteinander eingehen. Es definiert Straftaten als Angriffe auf bestimmte Rechtsgüter. Folglich lässt sich hier nur derjenige als Täter kennzeichnen, der die Opfersphäre selbst angreift und dadurch allein, zusammen oder durch einen anderen den Tatbestand verwirklicht. Alle übrigen Mitwirkenden sind allenfalls Teilnehmer. Daneben ist freilich eine eigenständige Strafbarkeit des Bildens einer kriminellen Vereinigung wohl begründet.

II. Das Strafrecht einer Zivilgesellschaft in der Krise

Moderne Zivilgesellschaften bleiben jedoch nicht aus sich heraus stabil.⁵² So wie es in der Wirtschaft Konjunkturen gibt, so lässt sich auch im Ausmaß der gesellschaftlich geübten gegenseitigen Anerkennung ein Auf und Ab beobachten. Gerät eine Zivilgesellschaft in eine dauerhafte Krise, bleibt auch ihr Strafrecht davon nicht unberührt. Das hat auch Konsequenzen für die Teilnahmelehre.

⁵² Hierzu und zum Folgenden näher *Kluszczewski*, ARSP Beih. 71 (1997), 140 (149 ff.); ausführlich *ders.* (Fn. 5), S. 207 ff.

Wie dargestellt beruht die Festigkeit einer Zivilgesellschaft primär darauf, dass sich im wechselseitigen Austausch Anerkennungsleistungen habitualisieren (s.o. 1. a). Die Gewährleistung von Menschenrechten durch den Staat kann auf dieser Basis nur aufbauen, sie aber keinesfalls vollständig ersetzen. Menschen konkurrieren nun aber mit ihren Angeboten miteinander. Und dieser Wettbewerb führt dazu, dass manche Marktanteile gewinnen, andere hingegen scheitern. Eine Vielzahl von Faktoren trägt hier dazu bei, dass die Gesellschaft sich über kurz oder lang in Arm und Reich spaltet und das Gemeinwesen einer Krise aussetzt.⁵³

Dies zeitigt Wirkungen auf das Rechtsbewusstsein und damit auf die Kriminalitätsentwicklung. Denn die Habitualisierung von Anerkennungsleistungen sattet auf dem handfesten Austausch auf. Müssen die Menschen nun um ihre Absatzchancen konkurrieren, dann differenziert sich die Wertschätzung, die ihnen entgegengebracht wird, ebenfalls nach dem Nutzen aus, den sie für andere bedeuten. Am unteren Ende der sozialen Leiter empfinden die Menschen ihr Ausscheiden aus dem Erwerbsleben als Unrecht. Nicht wenige von ihnen werden daher nach illegalen Wegen suchen, am allgemein verheißenen Wohlstand teilzuhaben, und darüber dann kriminell werden. Am oberen Ende neigen demgegenüber viele Menschen dazu, ihren Selbstwert allein über den geschäftlichen Erfolg zu definieren und nicht wenige werden hier ebenfalls nach illegalen Wegen sinnen, ihre Gewinne zu maximieren. Ein derart verfasstes Gemeinwesen tendiert dazu, seine Mitglieder aus von Liebe und Zuwendung getragenen Beziehungen zu entfremden.⁵⁴ An die Stelle tritt ein selbstbezogenes Streben nach Glück, das sich in beachtlichem Umfang auch auf illegale Dienstleistungen, Drogen, Prostitution, Glücksspiel erstreckt. Dadurch entsteht geradezu ein Markt, auf dem Kriminalität nachgefragt und mehr und mehr auch organisiert angeboten wird.⁵⁵ Schließlich lehrt die Erfahrung, dass, wenn sich derartige Situationen historisch zuspitzen, auch die Gemeinsamkeiten in der politischen Willensbildung aufgebraucht werden. Die Folge ist nicht selten, dass Gemeinwesen in einer derartigen Verfassung mehr oder weniger schwerwiegende bürgerkriegsähnliche Zustände zu durchleben haben.

Aus einer solchen sozialen Situation entspringt jetzt vielfach Kriminalität als ein Versuch, die genannten Widersprüche für sich individuell zu lösen. Dadurch wird Kriminalität zu einer dauerhaften Massenerscheinung. Folge ist, dass das Verbrechen mehr und mehr als eine wirkliche Existenzbedrohung wahrgenommen wird. Gesetzgebung und Strafjustiz pflegen auf diese Situation mit einer signifikanten Verschärfung der Strafen zu reagieren.⁵⁶ Gleichzeitig sind sie geneigt,

⁵³ *Hegel* (Fn. 5), §§ 243-245, S. 389 ff.

⁵⁴ *Hegel* (Fn. 5), § 238, S. 386; zum Folgenden: *Kluszczewski* (Fn. 5), S. 207 ff.; *Habermas*, Theorie kommunikativen Handelns, Bd. 2, 1981, S. 480, 522, reflektiert diese Entwicklung unter dem Stichwort der Kolonialisierung der Lebenswelt.

⁵⁵ Vgl. *Kerner*, in: Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss (Hrsg.), Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3. Aufl. 1993, Art. Organisiertes Verbrechen, S. 377 (379).

⁵⁶ *Kluszczewski* (Fn. 5), S. 331 ff.

auf der Seite der Straftatvoraussetzungen statt der Schuld mehr und mehr den Aspekt der Tätergefährlichkeit zu betonen. Dies zeitigt auch Auswirkungen auf die Beteiligungsdogmatik:

Zum einen tendiert die Gesetzgebung dahin, die Zone der Strafbarkeit vorzuverlagern. Dies führt namentlich dazu, die versuchte Anstiftung und die bloße Verabredung zur gemeinschaftlichen Tat als solches bereits unter Strafe zu stellen. Ein Beispiel: In Deutschland wurde sowohl die Strafbarkeit der versuchten Anstiftung (§ 49a RStGB) als auch die des Mordkomplotts (§ 49b RStGB) infolge der Aufdeckung des Vorhabens von politischen Attentaten eingeführt.⁵⁷

Die eben genannten Vorverlagerungen haben dann auch Rückwirkungen auf die Dogmatik der Beteiligung an der vollendeten Tat: Gilt schon der Versuch des Bestimmens zur Tat oder die Verabredung dazu als strafwürdig, dann liegt der Schluss nahe, jeden solchen Tatbeitrag, wenn er sogar in der Vollendung fortwirkt, als tätergleiche Begehung zu ahnden. Meines Erachtens ist auch die Figur der mittelbaren Täterschaft durch Einsatz eines organisierten Machtapparates eine Erscheinungsform solchen krisenhaften Präventionsdenkens. *Roxin* hat diese Figur ja bekanntlich ursprünglich entwickelt, um die Hintermänner im NS-Regime als „Schreibtischtäter“ zu erfassen.⁵⁸ Er hatte daher eine Mitwirkung an Straftaten in einer Gesellschaft vor Augen, in der aufgrund totalitärer Herrschaft die Menschen verroht waren oder häufig aus Angst vor Repressalien die an sich als unmenschlich erkannten Befehle ausführten.

Die Verschärfung von Strafen in krisenhaften Situationen ist zu einem Teil jedenfalls systemimmanent legitim: In der Krise wird der Angriff auf Rechtsgüter mit gewissem Recht als existenzielle Gefahr wahrgenommen.⁵⁹ Das steigert die Allgemeinbedeutung der einzelnen Tat, erhöht ihr Unrecht und begründet höhere Strafe.⁶⁰ Zu einem anderen Teil ist sie letztlich illegitim, nämlich immer dann, wenn die Strafe nach Grund oder Maß durch präventive Hinsichten, Abschreckung oder Unschädlichmachung, dominiert wird.⁶¹ Das Strafrecht mutiert so allgemein zu einem Kampfmittel des Staates gegen den Verbrecher. In einer bürgerkriegsähnlich zugespitzten Situation wird es so auch zum Kampfmittel gegen die Opposition. Strafe verliert damit ihre Funktion, als Mittel der Veröhnung zu dienen.

III. Das „Makrostrafrecht“ des Völkerstrafrechts und die Folgen für die Beteiligungslehre

Soll nun ein Bürgerkrieg durch Friedensschluss überwunden werden, kann dies nicht gelingen, wenn eine Seite über die andere zu Gericht sitzt. Es bedarf der gegenseitigen Einsicht, dass das Unrecht der einen Seite durch das Unrecht der anderen mitbedingt ist. Friedensschlüsse benötigen daher zu ei-

nem nicht geringen Teil auch Amnestieregelungen.⁶² Doch auch in dieser Perspektive bleiben strafwürdige Verbrechen bestehen. Freilich lassen diese sich nicht mit der Rechtsordnung einer der beiden Seiten (allein) begründen. Denn dieses Recht steht ja gerade im Streit. Zur Strafbarkeit muss man sich beziehen auf eine Rechtsschicht, die beide Seiten anerkennen müssen. Das ist hier das Völkerrecht.

2. Überblick zu den Tatbeständen des Völkerstrafrechts

Das positive Völkerstrafrecht als Teil des Völkerrechts ist eine recht neue Materie. Die Begründung seiner Legitimation ist im Kernbereich heute allgemein geteilt, in manchen seiner weit ausgreifenden Tatbestände freilich noch ungeklärt. Aus Platzgründen erlaube ich mir, auf die grundlegenden Arbeiten zu verweisen, von denen ich ausgehe.⁶³

Die Völkerstrafat wird durch die Präambel des IStGH-Statuts zutreffend als eine Tat definiert, die sich gegen die Völkergemeinschaft als ganze richtet. Deren tragende Rechtsprinzipien sind die gegenseitige Anerkennung der Selbstbestimmung der Völker und das Gewaltverbot, Art. 2 Nr. 1, Nr. 4 UN-Charta. Aus diesem Grunde lassen sich die Aggression (Art. 8^{bis} IStGH-Statut) und der Völkermord (Art. 6 IStGH-Statut) unschwer als Völkerrechtsverbrechen identifizieren. Eine aus dem Gewaltverbot abgeleitete Pflicht ist es, Kriege und andere internationale bewaffnete Konflikte nicht so zu führen, dass man einen späteren Friedensschluss unmöglich macht.⁶⁴ Daraus lassen sich eine Vielzahl der Tatbestände der Kriegsverbrechen innerhalb von internationalen bewaffneten Konflikten (vgl. Art. 8 Abs. 2 lit. a und b IStGH-Statut) als legitimes Völkerstrafrechts ausweisen. Als Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 7 IStGH-Statut) lassen sich Taten als Völkerstrafat legitimieren, bei denen der Angriff auf die Rechtsfähigkeit des einzelnen Opfers zugleich auch eine Rechtlosstellung eines Teils der Zivilbevölkerung bedeutet.⁶⁵ Schwierigkeiten bereitet es hingegen, Verletzungen innerhalb innerstaatlicher bewaffneter Konflikte als Völkerstrafat zu erfassen (vgl. Art. 8 Abs. 2 lit. c bis f IStGH-Statut).⁶⁶ Der Straftatbestand bezieht sich freilich auf Verletzungsakte innerhalb eines bewaffneten Konflikts. Um ein solchen handelt es sich im Sinne des humanitären Völkerrechts typischerweise nur, wenn die miteinander kämpfenden Parteien entweder Staaten oder Organisationen sind, die wegen der von ihnen ausgeübten Gebietskontrolle (namentlich Aufständische, Sezessionisten, Befreiungsbewegungen) staa-

⁵⁷ *Frank*, Das Strafgesetzbuch des deutschen Reiches, 18. Aufl. 1931, § 49a Anm. 1, § 49b Fn.*.

⁵⁸ *Roxin* (Fn. 20), S. 242 ff.

⁵⁹ *Kleszczewski* (Fn. 5), S. 219 ff., 333 ff.

⁶⁰ *Köhler*, Über den Zusammenhang von Strafbegründung und Strafzumessung, 1983, S. 47 ff.

⁶¹ *Kleszczewski* (Fn. 5), S. 341 ff.

⁶² Vgl. *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 693.

⁶³ Zur Grundlegung des Völkerstrafrechts gehe ich aus von *Gierhake*, Begründung des Völkerstrafrechts auf Grundlage der Kantischen Rechtslehre, 2005, S. 169 ff.; *Köhler*, Recht und Gerechtigkeit, 2017, S. 840 ff.; *Manske*, Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit, 2003, S. 332 ff. Vgl. weiter *Kleszczewski*, in: *Kleszczewski/Müller-Mezger/Neuhaus* (Hrsg.), Kants Lehre vom richtigen Recht, 2005, S. 143.

⁶⁴ *Kant* (Fn. 8), § 57, S. 470.

⁶⁵ *Manske* (Fn. 63), S. 365 ff.

⁶⁶ Kritisch *Köhler* (Fn. 63), S. 842 f.

tenähnlich sind.⁶⁷ Damit geht es um einen Konflikt zwischen Herrschaftsformen, die nach positivem Völkerrecht Völkerrechtssubjektivität besitzen.⁶⁸ Hierdurch nähert sich der innerstaatliche bewaffnete Konflikt einem zwischenstaatlichen Kriegszustand an, sodass dessen möglichst zügige friedliche Beilegung ebenfalls zu einem Interesse der Völkergemeinschaft wird. Aufgrund dessen kann die Völkergemeinschaft durch Taten, die im Rahmen eines so verstandenen, innerstaatlichen bewaffneten Konflikts, vulgo innerhalb eines Bürgerkriegs, geschehen, durchaus mitbetroffen sein, wenn sie ähnlich wie die klassischen Kriegsverbrechen die Gefahr in sich tragen, einen künftigen Friedensschluss unmöglich zu machen.

In der Dogmatik des Völkerstrafrechts wird dieser Bezug der Einzeltat zur Materie des Völkerrechts einesteils als „Gesamtat“ angesprochen.⁶⁹ Das scheint mir unpassend. Die dogmatische Figur der Gesamtat will namentlich Kausalitätszuordnungen lösen, die bei kollektivem Handeln auftreten.⁷⁰ In der Tat kann es die Situation geben, in der unklar ist, ob jeder einzelne selbst eine gesetzmäßige Bedingung für den Erfolg gesetzt hat. Hier kann man (zumindest in gewissen Grenzen) die Kausalitätszurechnung darauf gründen, dass alle Tatgenossen jedenfalls jeder für sich eine gesetzmäßige Bedingung zum initiierenden Konstitutionsakt leisten (Es schließen sich drei zusammen, ein Opfer zu fusilieren. Dieses stirbt lediglich an einer Kugel).⁷¹ Weil und soweit Völkerstrafataten häufig kollektiv ins Werk gesetzt werden, kann es durchaus darauf ankommen, diese Deliktsfigur hier auch zur Geltung zu bringen, um eine Einzeltat, die durch mehrere Bedingungsstränge verwirklicht wird, jedem Beteiligten im Ganzen als seine Tat zuzurechnen. Das bewegt sich aber in den allgemein anerkannten Bahnen der Kausalität (gesetzmäßige Bedingung) und der Beteiligungsdogmatik (z.B. hier: gemeinsamer Tatentschluss, Angriff als eigener Tatbeitrag), die wir aus dem „Mikrostrafrecht“ kennen. Damit allein ist einzig dargetan, dass Mehrere als Beteiligte der Einzeltat haften. Der völkerrechtliche Bezug folgt daraus nicht ohne Weiteres.

Wenig überzeugend erscheint es mir auch, wenn anderenteils der völkerstrafrechtliche Bezug lediglich als besonderer „Kontext“ oder „Begehungszusammenhang“ der Einzeltat aufgefasst wird.⁷² Zwar spielt der Kontext eines Verletzungs- oder Gefährdungsgeschehens auch im Rahmen des „Mikrostrafrechts“ nicht selten eine ausschlaggebende Rolle, um den strafwürdigen Charakter eines Verhaltens zu betonen. So ist gem. § 316 StGB die Trunkenheitsfahrt eben nur „im öffentlichen Verkehr“, also innerhalb eines Interaktionszusammenhanges strafbar, in dem jeder Verkehrsteilnehmer darauf angewiesen ist, dass alle anderen ihr Fahrzeug sicher führen

können.⁷³ Doch ist damit der Bezug zum Völkerrecht ebenfalls noch nicht hergestellt. Das beruht auf einem markanten Unterschied zum innerstaatlichen Recht, den ich im Folgenden herausarbeiten möchte.

2. Das Handeln für ein Völkerrechtssubjekt als originär täterschaftsbegründendes Element

a) Das positive Völkerrecht bezieht sich nicht, jedenfalls nicht unmittelbar, auf die Beziehungen einzelner Menschen zueinander. Es lässt sich definieren als die Gesamtheit der öffentlich-rechtlichen Regeln über die Beziehungen von Staaten und anderer Völkerrechtssubjekte zueinander.⁷⁴ Den Kern des Völkerrechts bildet auch heute noch das Verhältnis der Staaten.⁷⁵ Sie gelten als originäre Rechtssubjekte, die einzig umfassende Rechtspersönlichkeit besitzen. Daneben haben Herrschaftsformen mit stabilisierter effektiver Gebietshoheit (Aufständische, Sezessionisten, Befreiungsbewegungen) den Status einer (beschränkten) Völkerrechtssubjektivität erlangt.⁷⁶ Neben den atypischen Völkerrechtssubjekten (Heiliger Stuhl, Malteser Orden, internationales Komitee des Roten Kreuzes)⁷⁷ und den internationalen Organisationen⁷⁸, die wir beide als Völkerrechtssubjekte in dem hier thematischen Zusammenhang vernachlässigen können, hat die Entwicklung nach dem zweiten Weltkrieg dazu geführt, auch den Menschen als Individuum Völkerrechtssubjektivität mit beschränkter Rechtspersönlichkeit anzuerkennen.⁷⁹ Im Unterschied zu Staaten hängt ihr Status als Völkerrechtssubjekt nach positivem Völkerrecht freilich davon ab, dass ihre Eigenschaft, Träger gerade von völkerrechtlichen Rechten und Pflichten zu sein, durch Verträge oder die universelle Staatenpraxis anerkannt worden ist.⁸⁰ Insofern ist ihre Rechtssubjektivität gleichsam derivativ.

Ist dem so, dann richten sich völkerrechtliche Pflichten primär gegen Staaten und ihnen gleichgestellte Herrschaftsformen. Die Verbote des *ius cogens* (namentlich das Verbot des Angriffskrieges, des Völkermordes, der Folter, der Sklaverei und der Rassendiskriminierung⁸¹) richten sich daher primär an diese beiden Arten von Völkerrechtssubjekten. Dementsprechend erfüllt ein Verhalten nur dann den Tatbestand eines völkerrechtlichen Delikts, wenn es einem Staat zurechenbar ist.⁸² Nun handelt der Staat nicht selbst, sondern

⁷³ Näher *Kleszczewski* (Fn. 4), § 15 Rn. 15 ff.

⁷⁴ *Herdegen* (Fn. 68), § 1 Rn. 4; *Ipsen*, Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, § 1 Rn. 1.

⁷⁵ *Herdegen* (Fn. 68), § 7 Rn. 3; *Ipsen* (Fn. 74), § 5 vor Rn. 1.

⁷⁶ *Herdegen* (Fn. 68), § 11 Rn. 1 ff.; *Ipsen* (Fn. 74), § 9 Rn. 13 ff.

⁷⁷ *Ipsen* (Fn. 74), § 9 Rn. 1 ff.; *Herdegen* (Fn. 68), § 9 Rn. 1 ff.

⁷⁸ *Ipsen* (Fn. 74), § 6; *Herdegen* (Fn. 68), § 10.

⁷⁹ *Ipsen* (Fn. 74), § 7 Rn. 9 ff.; *Ambos* (Fn. 22), § 7 Rn. 10; *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 2 ff.

⁸⁰ *Ipsen* (Fn. 74), § 7 Rn. 6; *Herdegen* (Fn. 68), § 13 Rn. 2.

⁸¹ Vgl. *Herdegen* (Fn. 68), § 16 Rn. 14; *Ipsen* (Fn. 74), § 16 Rn. 37 ff.

⁸² *Herdegen* (Fn. 68), § 58 Rn. 1, 5 f.; *Ipsen* (Fn. 74), § 29 Rn. 2; *Werle/Jeßberger* (Fn. 79), Rn. 142.

⁶⁷ Vgl. *Ambos* (Fn. 22), § 7 Rn. 237.

⁶⁸ *Herdegen*, Völkerrecht, 16. Aufl. 2016, § 11 Rn. 1 ff.

⁶⁹ *Ambos* (Fn. 22), § 7 Rn. 11 ff., 20, 29, 33, 36, 65.

⁷⁰ Grundlegend *Dencker*, Kausalität und Gesamtat, 1995, S. 47 ff., 120 ff.

⁷¹ Näher *Kleszczewski* (Fn. 44), Rn. 624 ff.

⁷² Vgl. *Ambos* (Fn. 22), § 7 Rn. 11 ff., 20, 29, 33, 36, 65.

durch Menschen, die ihn repräsentieren oder von einem seiner zuständigen Organe beauftragt worden ist. Das Handeln eines Menschen als Privatperson ist demgegenüber einem Staat grundsätzlich nicht zurechenbar.⁸³ Das hat zur Konsequenz, dass es als solches keinen Bruch des Völkerrechts darstellt. Etwas anderes gilt nur, wenn er durch den Staat ausdrücklich beauftragt wurde oder der Duldung seines Verhaltens durch staatliche Stellen der Sinn eines stillschweigenden Einvernehmens (also einer Art quasi-Beauftragung) zukommt.⁸⁴

b) Das Völkerstrafrecht beansprucht nun, gerade Individuen für ihr Tun zur Verantwortung zu ziehen. Dazu müssen die einzelnen Tatbestände des Völkerstrafrechts Elemente aufweisen, die den Bezug der Einzeltat zum Völkerrecht herstellt. Wie dargelegt (I. a), umschreibt die Lehre diesen Bezug eher objektivistisch als „kollektiven Gesamtzusammenhang“, „Gesamtat“, „Begehungszusammenhang“ bzw. als „Kontextfordernis“. Dadurch wird verfehlt, das Handeln als Handeln eines Subjekts auszuweisen, das überhaupt fähig ist, völkerrechtliche Pflichten zu brechen. Freilich lässt sich in den Umschreibungen der unterschiedlichen Elemente der Völkerstraftaten, die den Bezug zum Völkerrecht herstellen sollen, diese Ausrichtung auf das Handeln eines originären Völkerrechtssubjekts aufweisen:

Beim Verbrechen der Aggression gem. Art. 8^{bis} Abs. 1 IStGH-Statut liegt es in dem Umstand, dass Täter nur jemand sein kann, der tatsächlich in der Lage ist, das politische oder militärische Handeln eines Staates zu kontrollieren oder zu lenken. Beim Verbrechen gegen die Menschlichkeit findet es sich in dem Umstand eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs auf die Zivilbevölkerung, also einer Verhaltensweise, die in Ausführung der Politik eines Staates oder einer Organisation geschieht, Art. 7 Abs. 1, Abs. 2 lit. a IStGH-Statut.⁸⁵ Bei den Kriegsverbrechen wird es angesprochen zum einen durch den Umstand des bewaffneten Konflikts, zum Zweiten durch Bezug auf die Genfer Konventionen, also völkerrechtlichen Verträge, in denen sich gerade Staaten verpflichtet haben, und zum Dritten in dem erläuternden Zusatz, dass der Verletzungsakt namentlich dann ein Kriegsverbrechen darstellt, wenn er als Teil einer Politik, eines Planes oder massenhafter Begehung geschieht. Schließlich lässt sich dieses Element auch beim Völkermord ausmachen. Zwar bezieht sein Tatbestand ausdrücklich auch ein Handeln einer Privatperson mit ein, Art. IV Völkermordkonvention. Doch verlangt er zugleich auch die Absicht, eine der dort genannten Gruppe zumindest teilweise zu zerstören, Art. 6 IStGH-Statut. Hierzu geben die Verbrochenselemente die Erläuterung, dass die Einzeltat im Zusammenhang mit einem offensichtlichen Muster ähnlicher Verhaltensweisen geschehen sein muss, damit man von der entsprechenden Absicht

sprechen kann. Das OLG Düsseldorf hat dies so ausgelegt, dass der Völkermord als Gesamtgeschehen eine strukturell organisierte Lenkung erfordert.⁸⁶ Der IStGH hat in einer Entscheidung im Verfahren gegen Al Bashir zum Beweis der Absicht des Beschuldigten viel Mühe darauf verwandt darzutun, dass er allein oder zusammen mit Gleichgesinnten gerade als Mitglied der Regierung des Sudans gehandelt hat. Da die Vernichtung einer Gruppe sich praktisch nur als organisiertes Zusammenwirken mehrerer Menschen umsetzen lässt und man von einer solchen Zerstörungsabsicht sinnvoll nur sprechen kann, wenn sie realistisch ist, ist diese Interpretation auch durch eine teleologische Auslegung gedeckt.⁸⁷

Einzelheiten in der Auslegung der verschiedenen Tatbestände des positiven Völkerrechts sind gewiss noch nicht abschließend geklärt.⁸⁸ Gleichwohl lässt sich Folgendes als einheitliches Strukturelement der Kollektivtat jedenfalls als Regelform festhalten: Sie erschöpft sich nicht in einem objektiven Geschehen, wie es die Bezeichnungen „Kontextfordernis“ oder „Gesamtzusammenhang“ nahelegen scheinen. Charakteristisch ist, dass das Gesamtgeschehen sich einem Staat oder einer ihm gleichgestellten Herrschaftsform zurechnen lassen muss. Eindeutig ist dies für die Aggression. Ähnlich liegt es beim Verbrechen gegen die Menschlichkeit, jedenfalls was die Variante angeht, die einen Angriff gegen die Zivilbevölkerung als Element der Politik eines Staates verlangt. Doch gilt dies auch für die zweite Variante, des Angriffs als Ausdruck der Politik einer Organisation. Zwar ist der Begriff der Organisation i.S.d. Art. 7 Abs. 1, Abs. 2 lit. a IStGH-Statut noch nicht endgültig geklärt.⁸⁹ Jedenfalls in Teilen der Rechtsprechung ist anerkannt, dass damit nur Herrschaftsformen gemeint sind, die über eine gewisse Gebietskontrolle verfügen.⁹⁰ Versteht man dies so, tritt hier neben die Zurechnung zu einem Staat die Zurechnung zu einer staatsähnlichen Herrschaftsform (Aufständische, Sezessionisten, Befreiungsbewegungen), die ihrerseits unmittelbar Träger von völkerrechtlichen Rechten und Pflichten ist. Das Zurechnungserfordernis findet sich auch im Kollektivtatelement der Kriegsverbrechen wieder. Um einen bewaffneten Konflikt im Sinne des humanitären Völkerrechts handelt es sich nur, wenn die miteinander kämpfenden Parteien Staaten oder eben Organisationen mit Gebietskontrolle sind.⁹¹ Schließlich tendiert auch die Auslegung der Gruppenvernichtungsabsicht beim Völkermord durch die Judikatur dahin, einen Bezug zur Regierungsspitze oder eine sonstige zentrale Lenkung in den Fokus zu rücken.

⁸⁶ OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.9.1997 – IV 26/96; genauso BVerfG NJW 2001, 1850. Die Judikatur des IGH, ICTY, ICTR hebt darauf nicht stets ab.

⁸⁷ Ambos (Fn. 22), § 7 Rn. 140; Kreß, in: Joecks/Miebach (Fn. 85), § 6 VStGB Rn. 22.

⁸⁸ Ambos (Fn. 22), § 7 Rn. 122, 177 ff., 229; Werle/Jeßberger (Fn. 79), Rn. 814, 1082, 1504.

⁸⁹ Ambos (Fn. 22), § 7 Rn. 188; Werle/Jeßberger (Fn. 79), Rn. 951 ff.

⁹⁰ Vgl. Ambos (Fn. 22), § 7 Rn. 188 m.w.N., der selbst freilich auf die Gebietskontrolle verzichten will.

⁹¹ Ambos (Fn. 22), § 7 Rn. 237.

⁸³ Herdegen (Fn. 68), § 58 Rn. 6; Ipsen (Fn. 74), § 29 Rn. 29 ff.; Werle/Jeßberger (Fn. 79), Rn. 143.

⁸⁴ Herdegen (Fn. 68), § 58 Rn. 5 f.; Ipsen (Fn. 74), § 29 Rn. 29 ff.

⁸⁵ Näher dazu Werle/Burchards, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 2. Aufl. 2013, § 7 VStGB Rn. 14 ff.

Zuspitzend lässt sich daher Folgendes plausibel machen: Die Völkerstraftat als Einzeltat ist bezogen auf eine Kollektivität. Diese ist nicht einfach ein objektives Geschehen, sondern ein Unrechtstatbestand, der sich einem Staat oder einer ihm gleichgestellten Herrschaftsform zurechnen lässt, ein völkerrechtliches Delikt („Makrokriminalität“). Nur weil ein solches Völkerrechtssubjekt ein derartiges völkerstrafrechtliches Delikt begeht, lässt sich die Einzeltat, die ein Mensch als Individuum als Teil der Kollektivität schuldhaft begeht, ihm gerade (auch) als Völkerstraftat vorwerfen. Das zeitigt m.E. Konsequenzen für die Beteiligungslehre im Völkerstrafrecht.

c) Leitet sich die Pflicht des Einzelnen, ein bestimmtes Verletzungshandeln zu unterlassen, von der Pflicht eines Staates oder eines ihm gleichgestellten Völkerrechtssubjekts ab, das Völkerrecht nicht zu brechen, dann ist die Pflichtenstellung des Einzelnen im Ursprung eine Sonderpflicht. Gegen sie verstößt ein Individuum nur, wenn es diese Pflicht übernommen hat. Es findet sich hier eine ähnliche Struktur wie bei § 14 dStGB.⁹² Dort wird der Verstoß gegen eine Sonderpflicht, die nach Zivilrecht oder öffentlichem Recht unmittelbar einen Verband trifft, einem Menschen nur angelastet, wenn dieser gesamtvertretendes Organ des Verbandes oder ein Teil eines solchen Organs ist oder er von einem solchen Organ beauftragt worden ist, einen Teilbereich des Verbandes in Gesamtverantwortung zu leiten. Nimmt man dieses Modell der Pflichtenübertragung zum Muster für die Deutung des Kollektivtatelements der Völkerstraftat, so folgt daraus: Primär ist nur derjenige Täter einer Völkerstraftat, der selbst in diesem Sinne als Gesamtvertreter oder Gesamtbeauftragter eines Staates oder einer gleichgestellten Herrschaftsform einen Tatbestand einer Völkerstraftat verwirklicht. Dieser Zusammenhang tritt bei dem Verbrechen der Aggression i.S.d. Art. 8^{bis} Abs. 1 IStGH-Statut ganz deutlich hervor. § 13 Abs. 4 des deutschen VStGB (im Folgenden (dVStGB) spitzt dies sogar noch weiter dahingehend zu, dass auch Teilnehmer am Verbrechen des Angriffskrieges nur sein kann, wer politische oder militärische Macht innehat.

Wegen der Strukturähnlichkeit des Kollektivtatelementes bei den anderen Völkerstraftaten ist die Täterschaft (im primären Sinne) hier nun ganz genauso zu konstruieren. In dem genannten ursprünglichen Sinne ist daher Täter eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit nur, wer als Gesamtvertreter oder -beauftragter des Staates oder einer gleichgestellten Herrschaftsform allein oder zusammen mit anderen, einen bewaffneten Angriff gegen die Zivilbevölkerung führt oder dazu anderen den Befehl gibt. Ferner ist in diesem Sinne nur Täter eines Kriegsverbrechens, wer in dieser Rolle Gesamtvertreter oder -beauftragter einer Konfliktpartei ist, die eine Angriffs- oder Verteidigungsaktion vollzieht, in deren Verlauf es zur (planmäßigen oder mehrfachen) Verwirklichung einer der Tatbestände eines Kriegsverbrechens kommt. Schließlich ist in diesem ursprünglichen Sinne Täter des Völkermords nur, wer in der Absicht handelt, gerade als

Gesamtvertreter oder -beauftragter eines Staates oder einer gleichgestellten Herrschaftsform allein durch Anweisung anderer oder zusammen mit anderen eine Gruppe zu vernichten.

Erst sekundär können demgegenüber diejenigen als Täter erfasst werden, die nicht selbst Gesamtvertreter oder -beauftragter eines Staates oder einer gleichgestellten Herrschaftsform sind. Sie können als Täter nur erfasst werden, wenn irgendein anderer als Gesamtvertreter oder -beauftragter an der Kollektivtat mitwirkt und sie dann selbst, durch einen anderen oder gemeinschaftlich mit einem anderen den Tatbestand der Einzeltat verwirklichen. Es findet an dieser Stelle eine Doppelung im Begriff des Täters statt, die auch aus Einheitstätersystemen her bekannt ist. So sieht § 14 Abs. 1 S. 2 des deutschen OWiG⁹³ auch denjenigen als Täter (dort Beteiligter genannt) an, der zwar ein besonderes persönliches Merkmal wie etwa eine Sonderpflichtigkeit selbst nicht erfüllt, wohl aber bewusst mit einem anderen zusammenwirkt, der dieses besondere persönliche Merkmal aufweist. Das bedeutet nun nicht, dass man immer auch einen bestimmten originären Täter überführt haben muss, damit man einen sekundären Täter aburteilen kann. Vielmehr kann es für dessen Strafbarkeit nach Völkerstrafrecht durchaus offenbleiben, wer genau als Gesamtvertreter oder -beauftragter mitgewirkt hat, solange nur überhaupt eine solche Mitwirkung in der Leitungsebene dargetan ist.

Dieser Stufung im Begriff der Täterschaft, die gewisse Ähnlichkeit mit bestimmten Strukturen aufweist, die innerhalb von Strafrechtssystemen mit (funktionalem) Einheitstäter zu finden sind,⁹⁴ führt nun freilich auch zu einer unterschiedlichen Gewichtung der täterschaftlich erbrachten Tatbeiträge. Wer originärer Täter ist, den trifft die nach positivem Völkerstrafrecht vorgesehene Regelstrafe, während für denjenigen, der nur sekundär Täter ist, der in § 28 Abs. 1 dStGB niedergelegte Rechtsgedanke streitet: Da er nicht als Gesamtvertreter oder -beauftragter die Sonderpflicht übernommen hat, erfüllt er selbst nicht dieses strafbegründende besondere persönliche Merkmal. Folglich ist sein Unrecht geringer, sodass eine Strafmilderung angezeigt ist, wie sie nach § 28 Abs. 1 dStGB gem. § 49 Abs. 1 dStGB vorzunehmen ist. Wer die Einzeltat schließlich selbst nicht begeht, sondern ohne Sonderpflichtiger zu sein, an ihr nur teilnimmt, bei dem ist dann eine weitere Strafmilderung angezeigt.

Innerhalb des „makrostrafrechtlich“ geprägten Völkerstrafrechts lässt sich auf diese Weise der Gedanke der Taherrschaft kraft organisierten Machtapparates neu aufgreifen und umformulieren: Es ist nicht allein die Macht über andere Menschen, die hier dazu führt, den Hintermann als Zentralgestalt des Tatgeschehens auszumachen. Es ist die in der Gesamtvertretung oder -beauftragung begründete Übernahme einer Sonderpflicht, diese Macht nicht zu missbrauchen, die dem Befehlsgeber originär zum Täter macht.

d) Für die im Rahmen des Friedensprozesses nach Völkerstrafrecht zu beurteilenden Taten, folgt daraus im Umriss:

⁹² Zur Dogmatik des Handelns für andere am Beispiel des nahezu inhaltsgleichen § 9 des deutschen OWiG *Kleszczewski*, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2. Aufl. 2016, Rn. 529 ff.

⁹³ Zur Dogmatik dieser Beteiligtennorm *Kleszczewski* (Fn. 92), Rn. 486 ff.

⁹⁴ Näher dazu *Kleszczewski* (Fn. 33), S. 26 ff.

Weil und soweit Las FARC aufgrund Gebietskontrolle als staatenähnliche Herrschaftsform Völkerrechtssubjekt ist, treten jedenfalls die Mitglieder des Estadio Mayor Central der FARC bzw. dessen Sekretariat als Gesamtvertreter in die völkerrechtliche Pflichtenstellung ein. Soweit sie an einer völkerstrafrechtlichen Einzeltat mitwirken, sind sie daher grundsätzlich im originären Sinne als Täter anzusehen, wenn sie nach Völkerstrafrecht verurteilt werden sollen. Gleiches gilt für diejenigen, die von ihnen beauftragt waren, Teileinheiten der FARC als Anführer zu leiten. Alle übrigen sind nur im sekundären Sinne Täter, wenn sie den Tatbestand einer völkerstrafrechtlichen Einzeltat allein oder im geplanten Zusammenwirken mit anderen erfüllen. Mangels Sonderpflichtübernahme ist ihnen eine Strafmilderung zuzubilligen. Noch mildere Strafe ist schließlich bei Teilnehmern angezeigt.

IV. Schluss

Das Strafrecht einer Zivilgesellschaft ist „Mikrostrafrecht“. Es geht von dem Handeln einzelner Menschen in ihrem unmittelbaren Verhältnis zueinander aus. Straftaten sind hier Angriffe auf bestimmte Rechtsgüter, Täter ist also derjenige, der allein oder zusammen mit anderen das Opfer angreift, Teilnehmer derjenige, der dabei in anderer Weise mitwirkt. Völkerstrafrecht ist hingegen „Makrostrafrecht“. Als Bestandteil des Völkerrechts setzt es Rechtsverhältnisse unter Staaten bzw. ihnen gleich gestellten Herrschaftsformen voraus. Das völkerrechtliche Delikt besteht in der Übertretung einer dergestalt begründeten Pflicht. Es liegt nur vor, wenn ein Rechtsbruch einem der eben genannten Völkerrechtssubjekte zugerechnet werden kann. Das Völkerstrafrecht zieht zwar Menschen zur Verantwortung. Diesen kann man aber einen völkerrechtlichen Pflichtverstoß unmittelbar nur zurechnen, wenn sie als Gesamtvertreter oder -beauftragter für einen Staat oder eine ihm gleichgestellte Herrschaftsform handeln. Darin besteht der eigentliche Sinn des Kollektivtatelementes der Völkerstraftat, die sich damit als eine besondere Form eines Sonderpflichtdelikts erweist. Wer weder ein solcher Gesamtvertreter noch ein solcher Gesamtbeauftragter ist, der kann nur in einem sekundären Sinne Täter sein. Das erlaubt es, schon auf der Ebene der Bestrafung der Täter, Strafrahmendifferenzierungen vorzunehmen.