

Frankfurter
kriminalwissenschaftliche
Studien 149

Lauro Joppert Swensson Jr.

Vor dem Gesetz

Transitional Justice in Brasilien
und die Problematik der
strafrechtlichen Verantwortung
für Straftaten der Militärdiktatur

Der Autor befasst sich mit der *Transitional Justice*-Bewegung in Brasilien – einer Vereinigung, die sich mit der in der Vergangenheit begangenen Staatskriminalität auseinandersetzt. Nach dem Übergang von einem repressiven diktatorischen System zu einer demokratischen politischen Ordnung stellt sich die Frage, wie auf Menschenrechtsverletzungen, die in dem früheren System und in dessen Verantwortung begangen wurden, reagiert werden soll. Im Fall von Brasilien geht es um die strafrechtliche Vergangenheitsaufarbeitung nach dem Zusammenbruch der Diktatur und die zentrale Frage, ob Personen, die für die *systemkonformen* Menschenrechtsverletzungen seinerzeit verantwortlich waren, in der heutigen Republik strafrechtlich belangt werden können.

Lauro Joppert Swensson Jr. studierte Rechtswissenschaften an der Universidade de São Paulo und erwarb seinen *Master of Law* an der Universidade Metodista de Piracicaba (Brasilien). Er promovierte an der Universität Frankfurt am Main.

Vor dem Gesetz

Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien

Herausgegeben von
Prof. Dr. Peter-Alexis Albrecht
Prof. Dr. Dirk Fabricius
Prof. Dr. Klaus Günther
Prof. Dr. Winfried Hassemer †
Prof. Dr. Herbert Jäger †
Prof. Dr. Matthias Jahn
Prof. Dr. Walter Kargl
Prof. Dr. Klaus Lüderssen
Prof. Dr. Wolfgang Naucke
Prof. Dr. Ulfrid Neumann
Prof. Dr. Cornelius Prittwitz
Prof. Dr. Ernst Amadeus Wolff †

Bd./Vol. 149

*Zu Qualitätssicherung und Peer Review
der vorliegenden Publikation*

Die Qualität der in dieser Reihe
erscheinenden Arbeiten wird
vor der Publikation durch
Herausgeber der Reihe geprüft.

*Notes on the quality assurance and
peer review of this publication*

Prior to publication,
the quality of the work
published in this series is reviewed
by editors of the series.

Lauro Joppert Swensson Jr.

Vor dem Gesetz

Transitional Justice in Brasilien und die
Problematik der strafrechtlichen Verantwortung
für Straftaten der Militärdiktatur

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Frankfurt (Main), Univ., Diss., 2014

D 30

ISSN 0170-6918

ISBN 978-3-631-66220-5 (Print)

E-ISBN 978-3-653-05218-3 (E-Book)

DOI 10.3726/978-3-653-05218-3

© Peter Lang GmbH

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Frankfurt am Main 2015

Alle Rechte vorbehalten.

PL Academic Research ist ein Imprint der Peter Lang GmbH.

Peter Lang – Frankfurt am Main · Bern · Bruxelles · New York ·
Oxford · Warszawa · Wien

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Diese Publikation wurde begutachtet.

www.peterlang.com

Für Erika
t.a.m.m.d.q.m

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2013 dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main als Dissertation vorgelegt. Mein Dank gilt zuerst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Ulfrid Neumann. Ihm schulde ich jenseits der Betreuung dieser Arbeit jahrelange intellektuelle und persönliche Anregungen. Herrn Prof. Dr. Klaus Günther möchte ich für die Bereitschaft, das Zweitgutachten zu dieser Dissertation zügig vorzubereiten, ebenfalls herzlich danken. Dem Deutschen Akademischen Austauschdienst danke ich für die finanzielle Unterstützung.

Im April 2013, zu dem Zeitpunkt also, an dem ich die letzten Zeilen dieser Arbeit beende, ist es sieben Jahre her, dass ich Brasilien verlassen habe, um mir in Deutschland einen Traum zu erfüllen. Fast zwei Jahre lang lernte ich die deutsche Sprache in Heidelberg und fünf Jahre habe ich der Forschung als Doktorand in Frankfurt am Main gewidmet. Jemand, der es Ende der 1990er-Jahre wagte aus *Dourados*, einer Kleinstadt im Bundesland *Mato Grosso do Sul*, fast an der Grenze zwischen Brasil und Paraguay gelegen, auszuziehen, um an der traditionsreichen juristischen Fakultät des *Largo São Francisco* in *São Paulo* zu studieren, hätte nie geträumt, so weit zu kommen. Für mich, der ich voller Pläne war und Abenteuer erleben wollte, bedeutete der Schritt, aus Brasilien fortzuziehen, um in Deutschland zu studieren, das Erleben einer persönlichen Epik, ähnlich der, welche von *Luís Vaz de Camões* über den Seeweg von *Vasco da Gama* nach Indien geschrieben wurden.

Wenn ich mich jetzt an diese „Reise“ erinnere, kann ich nicht umhin, mich an schwierige Augenblicke zu erinnern, in denen ich die Angst spürte, weil ich für so viele Jahre Freunde, Verwandte und geliebte Personen verlassen musste. In diesen Jahren wusste ich manchmal, dass ich meine körperlichen und psychischen Schranken überschritten hatte. Auf der anderen Seite waren es diese Augenblicke, in denen ich die Hilfe und die Großzügigkeit von Freunden und Kollegen fand, ohne die diese Arbeit und diese Überfahrt nicht möglich gewesen wäre. Ich möchte wenigstens Dr. Antonio Martins, Regis Dudena, Newton Silveira Jr., Fabrício Lopes e Silva, Dr. Tobias Fernandes Neto, Ania Słobodzianek, Vito Palo Neto, Lizandra Carvalho, Nadine Kimmel, Gabriela Souza, Renata Teruel, Ysabel Colman, Sonia Ferreira, Ivan Santos, Dr. Julian Culp, Dr. Jorgos Giannoulis, Dr. Filipe Campello, Maria Salgado Martinez, Dr. Abe Nobuyuki und Uta Wilkens an dieser Stelle nennen. Auch die Kollegen aus Göttingen, Saulo Matos, Gabriel Machado und Eneas Vasconcelos, die Familie Kuers aus Eldigen, die Familie Vegners aus Riga und die Freunde, die in Brasilien geblieben sind, Giovanni F. Brocardo, Laurent A. M. de Saes, Leonardo H. da Silva, Luiz Malcolm M. de Mello Filho, Marcelo Torelly, Rafael H. J. Rocha, Rodrigo M. Toffoli und Rodrigo R. de Souza.

Ich möchte mich an dieser Stelle auch sehr aufrichtig bei Dr. Dorothee Rüdiger und Dr. Jutta Mühlenberg für die unermüdliche Korrektur des Textes und die vielen stilistischen Vorschläge bedanken, die mir halfen, meine Schwierigkeiten mit der deutschen Sprache zu überwinden. Ebenso bedanke ich mich bei den Professoren

Cornelius Prittwitz, Carlos Fico, Dirk Fabricius, Flávia Püschel, Gessé Marques Jr, José Carlos M. Silva Filho, Kai Ambos und Nilo Batista für ihre wichtigen Kommentare und für ihre anregende Kritik.

War es der Mühe wert? "*Tudo vale a pena se a alma não é pequena*" (Alles ist der Mühe wert, wenn die Seele nicht kleinmütig ist) – schreibt Fernando Pessoa. "*Quem quer passar além do Bojador tem que passar além da dor. / Deus ao mar o perigo e o abismo deu, mas nele é que espelhou o céu.*" (Wer jenseits des Kap Boyadors gehen will [oder wer sich nicht nur treiben lässt], soll den Schmerz überwinden. / Gott hat dem Meer Gefahren und den Abgrund gegeben, aber hat in ihm auch den Himmel spiegeln lassen.) Bei all den Schmerzen der Überfahrt ist eine Eroberung sicher: die Lehre, die Reife. Es ist nicht nur die Lehre im beruflichen, sondern vor allem im persönlichen, im menschlichen Sinne. Es gilt zu lernen, was wir sind, zu lernen, was wir sein wollen. Das ist eine Reise, bei der es kein Zurück gibt. Sie endet auch nicht.

In diesem Sinne gilt mein besonderer Dank Prof. Dr. Dimitri Dimoulis, meinem ersten akademischen Lehrer, der mir die Landkarte gezeigt und mir seinen theoretischen Kompass geschenkt hat. Mein spezieller Dank geht an Prof. Dr. Dr. h.c. Ulfrid Neumann, der mich auf mir bis dahin unbekanntem juristischen Meeren segeln ließ und sich als ein Beispiel von Lehrer und Betreuer darstellte, dem ich in meinem Leben folgen will. Ich bedanke mich auch bei meinen Schwiegereltern, Maria Helena und Rolf Eriks Vegners, meiner Schwester, Luana F. J. Swensson, und vor allem bei meinen Eltern, Luzia Ap. F. Swensson und Lauro J. Swensson, die mir immer den Heimathafen boten, wo ich die Ruhe und die Kraft fand, damit ich meine Reise wieder aufnehmen konnte. Ein herzlicher Dank an meine Ehefrau Erika V. Swensson, die mir in den schwierigsten Tagen die wirkliche Bedeutung der Liebe gezeigt hat.

„Tão certo é que a paisagem depende do ponto de vista,
e que o melhor modo de apreciar o chicote é ter-lhe o cabo na mão.“*
Machado de Assis, *Quincas Borba*, Cap. XVIII

* „Es ist sicher, dass die Landschaft vom Standpunkt aus gesehen wird, und auch, dass man auf die vortrefflichste Weise die Peitsche würdigt, indem man ihren Griff in der Hand hält“. Machado de Assis, *Quincas Borba*, Kapitel XVIII.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
Einleitung	21
Erster Teil	
Staatskriminalität und <i>Transitional Justice</i>	
I. Der Staat als „Verbrecher“	31
1. Begeht der Staat Verbrechen?	31
a) Nein. Der Staat begeht keine Verbrechen	31
b) Ja. Der Staat begeht Verbrechen	34
2. Die Gewalt des „Rechts-Staates“	37
3. Staatskriminalität	40
a) Begriff	40
b) Zeichen	44
4. Zur Legitimation und Limitation des Staates: der Grundrechte schonende, bürgerlich-demokratische Rechtsstaat	50
a) Der Staat schützt die Bürger. Aber wer schützt die Bürger vor dem Staat?	50
b) Die Legitimationsmodelle der liberalen Vertragstheorie	52
c) Demokratie	53
d) Rechtsstaat	54
e) Grundrechte	56
f) Strafrecht	57
g) Einwand („ <i>progressive history</i> “)	59
II. Die Fahndung nach Verantwortlichkeit: die <i>Transitional Justice</i> Bewegung	63
1. Die Tendenz zur Straflosigkeit staatlicher Kriminalität	63
2. Die Gegentendenz des <i>Transitional Justice</i> zur Verantwortung staatlicher Kriminalität	69
a) Vergangenheitsbewältigung und <i>Transitional Justice</i>	69
b) Kritik an dem Begriff	76
3. <i>Transitional Justice</i> und die Fahndung nach Verantwortung staatlicher Kriminalität	80

4.	Über die Konstruktionen der Verantwortlichkeit	84
a)	Zur Systemrelativität der Verantwortlichkeit.....	84
b)	Das Verantwortlich-Machen.....	85
c)	Verantwortung und <i>Transitional Justice</i>	87

Zweiter Teil

Zur Bestrafung der staatlichen Kriminalität in Brasilien

I.	Diktatur	93
1.	Die bleiernen Jahre.....	93
a)	Militärdiktatur.....	93
b)	Politische Repression: die Struktur	94
c)	Politische Repression: die Ergebnisse.....	103
2.	Die autoritären Utopie der Diktatur zu Erziehung und Sanierung.....	105
a)	Autoritäre Utopie.....	105
b)	Pädagogik.....	107
c)	Sanierung.....	109
3.	Die Straflosigkeit für die staatliche Kriminalität in der Diktatur: Usurpation und Bruch des bestehenden Rechts	110
II.	Neue Republik	117
1.	Der Rückzug in die Kasernen.....	117
a)	Die Öffnung zu der „Neuen Republik“	117
b)	Der Abbau der Diktatur: der Prozess der demokratischen Liberalisierung	121
2.	<i>Transitional Justice</i> des Vergessens und der Wiedergutmachung	124
a)	Veränderung von Image.....	125
b)	Wiedergutmachung	127
c)	Schweigen	137
3.	Die Straflosigkeit der staatlichen Kriminalität in der Neue Republik: Amnestie, Verjährung und die Forderung nach der Achtung vor dem Gesetz	140
III.	Die Ära der Verantwortlichkeit	147
1.	Staatskriminalität in der Ära der Verantwortlichkeit	147
a)	Die <i>Criminal Transitional Justice</i> Bewegung.....	147
b)	<i>Justice Cascade</i>	149
c)	Der Schlüsselbegriff der Verantwortlichkeit, das allgemeine und allgegenwärtig Strafbedürfnis und die Transformationen (oder Krisis) des modernes Strafrecht.....	151

2.	<i>Transitional Justice</i> des Gedächtnis und der Bestrafung.....	154
a)	Änderung eines Modells?	154
b)	Gedächtnis.....	155
c)	Bestrafung	162
3.	Die Bestrafung staatlicher Kriminalität: ein juristisches Problem.....	165
4.	„Verdeckter“ und „offener“ Rechtsmoralismus	168

Dritter Teil

Diesseits und Jenseits des Gesetzes

I.	Diesseits des Gesetzes (1): Das Argument der richtigen Auslegung des Amnestiegesetzes	177
1.	Voluntas legis.....	177
2.	Politische Straftaten	179
3.	Mit politischen Straftaten im Zusammenhang stehende Verbrechen	181
4.	Straftaten, die aus politischen Gründen begangen wurden.....	183
5.	Straftaten ohne politisches Motiv	185
6.	Dauerdelikte.....	186
II.	Diesseits des Gesetzes (2): Das Argument der mangelnden demokratischen Legitimation und der Verfassungswidrigkeit des Amnestiegesetzes	191
1.	Mangel an demokratischer Legitimation	191
2.	Gesetzesänderung.....	193
3.	Prüfung der Verfassungsmäßigkeit	193
a)	Formelle Verfassungsmäßigkeit	194
b)	Materielle Verfassungsmäßigkeit.....	196
4.	Klageschrift des Prozesses ADPF/153	199
a)	„Gleichstellung in Sicherheitsfragen“ (Art. 5 <i>caput</i> CF)	200
b)	„Verheimlichung der Wahrheit“ (Art. 5, XXXIII CF)	201
c)	„Menschenwürde“ (Art. 1, III CF).....	202
d)	„Tyrannei der Werte“	204
5.	Rückwirkungsverbot (Art. 5, XL CF).....	206
a)	Rückwirkende Interpretation.....	206
b)	Amnestie und Aufhebung des Strafgesetzes	207
c)	Amnestie und Maßnahmegesetz.....	208

6.	„Voluntas legislatoris“	210
a)	Maßgeblichkeit des seinerzeitigen Rechts als Konsequenz des Rückwirkungsverbots.....	210
b)	Zur historischen Auslegung des Amnestiegesetzes	211
c)	Das vorgeschobene Argument des „Abkommens“	215
III.	Diesseits des Gesetzes (3): Das Argument des Verbrechens gegen die Menschlichkeit und der Verletzung der Amerikanischen Menschenrechtskonvention.....	217
1.	Verbrechen gegen die Menschlichkeit	217
2.	Unverjährbarkeit und Verbot der Amnestie.....	220
3.	Strafrechtliches Paradox („ <i>Paradoxe penal</i> “).....	221
4.	Das Nichtvorhandensein von Normen im internen Recht zu dem Zeitpunkt der Geschehnisse, die ausdrücklich die Unverjährbarkeit und das Verbot von Amnestiegesetzen für Verbrechen gegen die Menschlichkeit festlegen	223
5.	Prozess der Internalisierung.....	226
6.	Internationale Gewohnheit	228
7.	Der Fall Gomes Lund vs. Brasilien („ <i>Guerrilha des Araguaia</i> “).....	232
8.	Zur Kompetenz des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte	234
9.	Die Menschenrechte schützen die Bürger – wer schützt die Bürger vor den Menschenrechten?.....	236
IV.	Jenseits des Gesetzes: das Gerechtigkeitsargument	241
1.	Die Erweiterung der Debatte	241
2.	Gegen das Gesetz: der „gekreuzigte“ Rechtspositivismus.....	245
3.	Gerechtigkeit als negatives Kriterium der Bewertung	250
a)	Die Aporie der Gerechtigkeit.....	250
b)	Die Erfahrung der (Aporie-)Gerechtigkeit	252
4.	Gerechtigkeit als Kriterium von Rechtsgültigkeit?	255
a)	Offener Rechtsmoralismus	255
b)	Gesetzespositivismus, Rechtsrealismus, Rechtsmoralismus.....	257
5.	Vier Kommentare zur Rechtsgeltung.....	259
a)	Geltung der Rechtsnorm vs. Geltung der Rechtsordnung	259
b)	Theorien zur Rechtsgeltung vs. Theorien zum Recht.....	262
c)	Rechtsontologie vs. Praktische Rechtsphilosophie.....	263
d)	Gleichlautende Schlussfolgerungen?	264

6.	Für das Gesetz: Argumente zur Trennung von Recht und Moral	268
a)	Die Radbruchsche Formel – ein rechtsphilosophischer Weg zur Strafbarkeit?.....	268
b)	Moralischer Relativismus und Willkür.....	270
c)	Rechtsunsicherheit.....	272
d)	Verlust von Wichtigkeit und Durchschlagskraft.....	272
e)	Trennung zwischen dem „Sein des Sollens“ und dem „Sollen des Sollens“	273
f)	Geringeres kritisches Potential	275
g)	Zwischenbilanz	277
7.	Das Problem eines „rückwirkenden“ Rechtsmoralismus	278

Vierter Teil

Vor dem Gesetz

I.	Vor dem Gesetz	285
1.	Strafrechtliche Verantwortlichkeit und Rechtsstaat.....	285
2.	Über die Machtlosigkeit und die Angst vor Schlussfolgerungen	291
3.	Über die Rolle des Strafrechts bei der Verarbeitung des Unrechtssystems.....	296
4.	Fazit.....	304
II.	Schluss: Drei Anmerkungen zur „Gerechtigkeit des Übergangs“ und zum „Übergang der Gerechtigkeit“ des <i>Transitional Justice</i>	313
1.	Vor dem Gesetz	313
2.	Bestrafung ohne Strafe? Andere Wege zur Verantwortlichkeit.....	316
3.	Diktatur und Gedanke.....	319
	Literaturverzeichnis	327

Abkürzungsverzeichnis

ABI	Associação Brasileira de Imprensa (Brasilianische Pressevereinigung)
AI	Ato Institucional (Regierungsakt)
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Übergangsbestimmungen der Bundesverfassung)
AGMR	Inter-Amerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte
ALN	Ação Libertadora Nacional
AMRK	Amerikanischen Menschenrechtskonvention
ARENA	Aliança Renovadora Nacional
ASIs	Assessorias de Segurança e Informações (Beratungsstellen zur Sicherheit und Information)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Amtliche Sammlung)
BVerGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Amtliche Sammlung)
CC	Código Civil (Brasilianisches Bürgerliches Gesetzbuch)
CCC	Comando de Caça aos Comunistas (Kommando zur Jagd von Kommunisten)
CENIMAR	Centros de Informação da Marinha (Informationszentrum der Marine)
CF	Constituição Federal (Bundesverfassung)
CIE	Centros de Informação do Exército (Informationszentrum des Heeres)
CISA	Centros de Informação da Aeronáutica (Informationszentrum der Luftwaffe)
CNBB	Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (Nationale Bischofskonferenz Brasiliens)
CODIs	Centros de Operações de Defesa Interna (Operationszentren zur Inneren Verteidigung)
CP	Código Penal (Strafgesetzbuch)
CPM	Código Penal Militar (Militärstrafgesetzbuch)
CPPM	Código de Processo Penal Militar (Gesetzbuch zum Militärischen Strafprozess)

Dec.	Decreto (Verordnung)
DJ	Diário da Justiça (Amtsblatt)
DJE	Diário da Justiça Eletrônico (Elektronisches Amtsblatt)
DJU	Diário da Justiça da União (Amtsblatt des Bundes)
DL	Decreto Legislativo (Verordnung des Gesetzgebers)
DOIs	Destacamentos de Operações de Informações (Sonderdezernate für Informationsoperationen)
DOPS	Departamento Estadual de Ordem Política e Social (Abteilungen zur politischen und sozialen Ordnung im bundesstaatlichen Innenministerium)
DSIs	Divisões de Segurança Interna (Interne Sicherheitsdivisionen)
EC	Emenda Constitucional (Verfassungsänderndes Gesetzes)
HC	Habeas Corpus
Jura	Juristische Ausbildung
JZ	Juristen-Zeitung
IAB	Instituto dos Advogados Brasileiros (Institut der Brasilianischen Anwälte)
ICTJ	International Center for Transitional Justice
ICTR	Internationaler Strafgerichtshof für Ruanda
ICTY	Internationaler Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien
IGMR	Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte
IStGH	Internationaler Strafgerichtshof
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
MAC	Movimento Anticomunista (Antikommunistische Bewegung)
MDB	Movimento Democrático Brasileiro (Demokratische Bewegung Brasiliens)
MP	Medida Provisória (Übergangsregelung)
MR-8	Movimento Revolucionário 8 de Outubro (Revolutionäre Bewegung 8. Oktober)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht

NWK	Nationale Wahrheitskommission
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil (Anwaltskammer Brasiliens)
OAS	Organisation Amerikanischer Staaten
OBAN	Operação Bandeirantes
PCdoB	Partido Comunista do Brasil
PL	Projeto de Lei (Gesetzesprojekt)
RC	Recurso Criminal (Strafrechtlicher Rechtsbefehl)
RE	Recurso Extraordinário (Außerordentlicher Rechtsbefehl)
REsp	Recurso Especial (Besonderer Rechtsbefehl)
RHC	Recurso de Habeas Corpus (Habeas Corpus Rechtsbefehl)
SCSL	Sondergerichtshof für Sierra Leone
SNI	Serviço Nacional de Informações (Nationaler Informationsdienst)
STF	Supremo Tribunal Federal (Höchstes Bundesgericht)
STJ	Superior Tribunal de Justiça (Oberstes Bundesgericht)
STM	Superior Tribunal Militar (Oberstes Militärgericht)
StV	Strafverteidiger (Zeitschrift)
UNO	Vereinte Nationen (United Nations Organization)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einleitung

„Zu jeder Zeit gibt es einige Worte, in denen sich der objektive Geist einer Gesellschaft in höchster Verdichtung bündelt. Erkennbar wird dies nicht nur am häufigen Gebrauch dieser Worte in der Alltagskommunikation, sondern vor allem auch daran, dass dies keinen Widerspruch auslöst oder wenigstens die Frage, wer oder was denn damit gemeint sei. Gegenwärtig scheint der Begriff der ‚Verantwortung‘ diese Rolle innezuhaben“ – stellte *Klaus Günther* fest.¹

Während die Verantwortlichkeit heute ein Schlüsselbegriff ist, um auf die tiefgreifende Veränderung im Selbstverständnis und in der Befindlichkeit moderner Gesellschaften hinzuweisen, und das Strafrecht expandiert,² klopft die Straflosigkeit von grausamen Straftaten, die im Namen des Staates begangen wurden, wie offene Wunden, die nicht heilen wollen. So bestimmt die Straflosigkeit von Straftaten wie Folterungen, dem gewaltsamen Verschwinden von Personen und außergerichtlichen Hinrichtungen, die während der politischen Repression der brasilianischen Militärdiktatur zwischen 1964 und 1985 begangen wurden, die Geschichte Brasiliens. Eine Geschichte, die darauf besteht, nicht zu vergehen. Gegen niemanden wurde wegen solcher krimineller Handlungen strafrechtlich vorgegangen.

Nach dem Inkrafttreten des Amnestiegesetzes vom 28. August 1979 (Gesetzes Nr. 6683/79) wird diese Straflosigkeit mit den Hauptargumenten der bilateralen Amnestie und auch der späteren Verjährung gerechtfertigt, so wie sie das Gesetz vorschreibt. Angesichts der Extrapolation der Verjährungsfrist, des so ausgelegten Amnestiegesetzes und der Forderung, dass in einem demokratischen Rechtsstaat das positive Gesetz geachtet werden solle, war es jahrzehntelang gelungen, zu behaupten, dass es nicht mehr möglich sei, die Täter vergangener staatsverstärkter Kriminalität durch das Strafrecht für ihre Taten zur Verantwortung zu ziehen.

Doch, wie *Max Weber* schreibt, „Aber irgendwann wechselt die Farbe: die Bedeutung der unreflektiert verwerteten Gesichtspunkte wird unsicher, der Weg verliert sich in der Dämmerung. Das Licht der großen Kulturprobleme ist weiter gezogen. Dann rüstet sich auch die Wissenschaft, ihren Standort und ihren Begriffsapparat zu wechseln und aus der Höhe des Gedankens auf den Strom des Geschehens zu blicken. Sie zieht jenen Gestirnen nach, welche allein ihrer Arbeit Sinn und Richtung zu weisen vermögen: ... der neue Trieb erwacht, / Ich eile fort, ihr ew'ges Licht zu trinken, / Vor mir den Tag und hinter mir die Nacht / Den Himmel über mir und unter mir die Wellen“.³

-
- 1 *K. Günther*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft, in: Das Interesse der Vernunft, 2000, S. 465.
 - 2 Vgl. *J. M. S. Sánchez*, Die Expansion des Strafrechts. Kriminalpolitik in postindustriellen Gesellschaften (1999), 2003.
 - 3 *M. Weber*, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), in: Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre (1922), 1985, S. 214.

Erst nach dem die Ost-West-Konfrontation aufhörte, konnten die ideologisch zementierten Positionen, die jede Menschenrechtsverletzung nur danach beurteilten, welchem der beiden Machtblöcke sie nutzen oder schaden würde, aufgebrochen werden. Erst jetzt konnten die Verbrechen als das wahrgenommen werden, was sie waren: Schwerste und massenhaft begangene Menschenrechtsverletzungen. Vor allem in den eher peripheren Staaten dieser beiden Machtblöcke wurden auch von dem sich rechtsstaatlich und menschenrechtsfreundlich darstellenden Westen oftmals Militärdiktaturen begünstigt, gefördert und geschützt, die solche Menschenrechtsverletzungen begingen. Dies trifft insbesondere auf viele Länder Lateinamerikas zu.

Die Undenkbarkeit einer Bestrafung der vom brasilianischen Ausnahmeregime begangenen Straftaten, etwas, das in gewisser Weise sowohl von der Bevölkerung als auch von den Juristen schon angenommen worden war und auch in der Praxis der Rechtsprechung als festgeschrieben galt, wurde dann kurz nach der Jahrtausendwende in Frage gestellt. Die Tatsache, dass die schwierige Frage nach der Straflosigkeit der Folterer nicht beantwortet worden war und bis dato in der politischen und juristischen Agenda lediglich unterschwellig bestanden hatte, wurde jetzt offenbar. Sie kann nun im brasilianischen Alltag nicht mehr mit mangelndem Interesse, Vergesslichkeit oder Heuchelei behandelt werden. In der „Ära der Verantwortlichkeit“ dieses beginnenden 21. Jahrhunderts wurde zusammen mit der *Transitional Justice* Bewegung die Frage diskutiert, ob Staatsbeamte, die Verbrechen und/oder gesetzliches Unrecht (im Zusammenhang mit der politischen Repression der Militärdiktatur) begangen haben, dafür strafrechtlich verantwortlich gemacht werden sollen. Außerdem wird debattiert, wie diese Verantwortlichkeit begründet werden könnte.

Problematisch ist dabei, dass, wenn den Forderungen nach einer Strafverfolgung der Straftäter in der Diktatur nachgegangen werden soll, die (liberalen) Garantien der Amnestie, der Verjährung und des Rückwirkungsverbots, die im geltenden brasilianischen Recht vorgesehen sind, um die Strafmacht des Staates gegen seine Bürger einzugrenzen, sowie die allgemeine Forderung nach dem Respekt gegenüber den (formell) gültigen Gesetzen aufgehoben werden müssen. Es stimmt, dass die durch den Staat verursachten Folterungen und Morde nicht straflos bleiben dürfen, nur weil sich der Staat das Recht gegeben hatte, zu foltern und zu töten. Wo ist jedoch die Grenze zwischen der Rechtssicherheit (Verbot der Rückwirkung) und der Gerechtigkeit im konkreten Fall zu ziehen? Dies ist eine Frage, die beträchtliche Schwierigkeiten aufwirft. Einerseits besteht eine Spannung zwischen der Garantie der Legalität und der institutionellen Gewalt, die in der Vergangenheit begangen wurde. Andererseits stellt sich u. a. die Frage, ob das im demokratischen Rechtsstaat der neuen brasilianischen Republik geltende Modell der strafrechtlichen Verantwortung für diejenigen Straftaten, die von der Diktatur begangen wurden, aufgehoben, ersetzt oder bestehen bleiben soll.

Kann das Recht gravierende Verstöße gegen Menschenrechte amnestieren und verjähren lassen? Kann das Recht ein Verhalten, das in der Vergangenheit gesetzlich erlaubt war, akzeptiert und praktiziert wurde, heute jedoch als moralisch verwerflich und politisch unakzeptabel angesehen wird, bestrafen? Kann ein Satz, der zwar nicht

im Gesetz steht, aber von „den meisten als richtig“ betrachtet wird, ein *Rechtssatz* sein? Bis zu welchem Punkt kann oder soll die (legale, normative) Selbstbegrenzung des Strafrechts gehen?

Diese Fragen zu beantworten, bedeutet nicht einfach einige Henker einzusperren, die im Namen der Gerechtigkeit den Opfern gegenüber wegen ihrer begangenen Strafhandlungen im Gefängnis sitzen sollten. Die Antwort auf die Frage nach der Strafgerechtigkeit gegenüber den Opfern (durch die Bestrafung der Täter) beinhaltet hier auch die Frage, welchen Rechtsstaat wir für uns selber wollen: Soll es ein Staat und ein Recht sein, das auf dem Gesetz beruht, dessen Anwendung unabhängig von der Situation der betroffenen Adressaten ist? Oder soll es ein Staat und ein Recht sein, das in bestimmten Fällen, die als außergewöhnlich ungerecht betrachtet werden oder die bestimmte „Feinde“ betreffen, Ausnahmen vom Gesetzmäßigkeitsprinzip zulässt?

Damit ist der Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit genannt: Die Bewegung der *Transitional Justice*, die heute in Brasilien als Reaktion auf die in der Vergangenheit begangene Staatskriminalität existiert, zu erörtern. Es wird die Frage nach der strafrechtlichen Verantwortung kritisch beleuchtet, die innerhalb der Debatte der brasilianischen *Transitional Justice* besteht, indem die Argumente, die für eine Bestrafung der Täter der Diktatur vorliegen, systematisiert und „dekonstruiert“ werden. Durch diese Vorgehensweise soll endlich eine Antwort auf die Frage gefunden werden, ob eine Bestrafung der Urheber der Staatskriminalität juristisch zu begründen ist oder nicht.

In der vorliegenden Arbeit geht es also um die strafrechtliche Vergangenheitsaufarbeitung nach dem Zusammenbruch der brasilianischen Diktatur (1964–1985). Das allgemeine Thema lautet „Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht“ bzw. *Criminal Transitional Justice*, worunter die zentrale Frage zu verstehen ist, ob Personen, die für die „systemkonformen“ Menschenrechtsverletzungen seinerzeit verantwortlich waren, in der heutigen Republik strafrechtlich belangt werden können.

Wie soll ein demokratischer Verfassungsstaat mit den Hinterlassenschaften einer Diktatur umzugehen? Wie wird auf die allgemeine Verletzung von Rechten reagiert, die, obwohl sie theoretisch durch das Rechtssystem geschützt waren, praktisch mit Zustimmung und unter der Toleranz des Staates verletzt wurden? Wie soll die Rechtsordnung, insbesondere die Strafrechtsordnung, auf staatsgestützte Kriminalität, die vor einem politischen Systemwechsel begangen wurde, reagieren? Kann die vergangene Staatskriminalität nachträglich noch verfolgt und sanktioniert werden, wenn diesem Bemühen schon bestimmte rechtsstaatliche Grundsätze und Rechtsinstitute entgegenstehen? Inwieweit kann und soll das Strafrecht als Instrumentarium zur Aufarbeitung vergangenen Systemunrechts beitragen?

Insbesondere geht es um das Problem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Taten, die sowohl durch gesetzliches Unrecht, als auch durch eine (in der Diktatur beschlossene) Amnestie (Gesetzes Nr. 6683/79, vorgesehen im Art. 107, II des Strafgesetzbuches) und der Extrapolation der Verjährungsfrist (Art. 107, IV und Art. 109 Strafgesetzbuch) gedeckt ist. Die Frage zu beantworten, ob und wenn ja, auf welche Weise es heute noch Sinn macht bzw. gegebenenfalls Sinn machen könnte, von einer

strafrechtlichen Verantwortung bzw. Bestrafung zu sprechen, ist sicherlich eine der größten Herausforderungen für diejenigen, die sich mit dem Thema des *Transitional Justice* in Brasilien beschäftigen, und das Hauptziel der vorliegenden Arbeit.

Die Forschung ist begrenzt auf das Problem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Staatskriminalität, d. h. für Handlungen, die von Agenten des strafrechtlichen Subsystems DOPS-DOI/CODI begangen wurden, die unter anderem wegen Folter, Mord, Entführung und Verschleppung von Mitgliedern des bewaffneten Widerstandes gegen die Diktatur oder gegen einfache Regimegegner verantwortlich sind. Die Studie behandelt keine Straftaten, die von Gegnern des autoritären Regimes begangen wurden. Damit bezieht sie eine Position gegen die Forderung, die von einigen Teilen der Gesellschaft aufgestellt wurde, die nur unter der Bedingung mit der Diskussion einverstanden waren und sind, dass die Handlungen beider Seiten thematisiert werden („Theorie von den zwei Dämonen“).

Die vorgenommene Eingrenzung ist aus zweierlei Gründen zu verteidigen: Ein Grund beruht auf methodisch-formalen Kriterien und dem Recht des Autors, innerhalb eines weitläufigen Universums den Ausschnitt und das Objekt seiner Studien selbst zu definieren. Der andere Grund ist materiell. Die Gewalt und die Kriminalität derjenige, die gegen die Diktatur gekämpft haben, mit der von denjenigen, durch die die Diktatur Bestand hatte, gleichzustellen, bedeutet: (a) Das Hauptaugenmerk der vorliegenden Arbeit, das auf der Bewältigung des Problems der Staatskriminalität (innerhalb der größeren Problematik der *Transitional Justice*) liegt, auf etwas anderes zu richten. (b) Die Schwere der Taten, seine Folgen und Implikationen herabzusetzen oder zu neutralisieren. (c) Eine solche Gleichstellung bezweckt direkt oder indirekt eine Rechtfertigung der schweren Menschenrechtsverletzungen und dies gilt es zu verhindern.⁴ Obwohl die Aussage, dass während des Konflikts Exzesse und Verbrechen auf beiden Seiten begangen wurden, nicht falsch ist, so ist es doch falsch, die beiden Seiten so miteinander zu vergleichen, als ob es sich um „gleiche“ oder „ähnliche“ (mit der gleichen Macht, Organisation, Ressourcen usw.) gehandelt hätte. Außerdem ist die Bemerkung notwendig, dass die meisten Gegner der Diktatur für ihre „Verbrechen“ schon „bestraft“ wurden. Viele von ihnen wurden verhaftet, gefoltert und getötet. Eine große Anzahl wurde vor Gericht gestellt und für Verbrechen gegen die nationale Sicherheit verurteilt. Aber die Straftaten der Agenten und Kollaborateure der Diktatur wurden bis heute weder strafrechtlich verfolgt noch wurden die Täter zur strafrechtlichen Verantwortung gezogen. Die Staatskriminalität blieb unbestraft.

In der brasilianischen Debatte über die Strafbarkeit der Staatskriminalität haben sowohl die Befürworter als auch die Gegner der Bestrafung die Angewohnheit, ihre

4 Vgl. A. Martins, A legalidade e a proibição de retroatividade das leis no direito penal e no direito penal internacional e o tratamento dos crimes estatais praticados durante o regime militar no Brasil, in: Revista Anistia Política e Justiça de Transição, 2013, S. 204; V. Safatle, Vladimir. Do uso da violência contra o estado ilegal, in: O que resta da ditadura, 2010, S. 243.

Meinungen zu verteidigen und ihre Urteile auf Grund von moralischen und politischen Argumenten zu fällen, die i. d. R. emotional sehr aufgeladen sind und die in einem Rahmen hervorgebracht werden, der in der schlagwortartig Unterscheidung zwischen „Gut“ und „Böse“ besteht und durch keine Alternative zu „Versöhnung oder Bestrafung“ gekennzeichnet ist. Es ist nachvollziehbar, dass so gehandelt wird, vor allem da es sich um traumatische Erfahrungen handelt, die auf den in der Vergangenheit begangenen Gewalttaten beruhen. Nur, mit dem Recht verhält es sich anders:⁵ „Die Argumentationsstrukturen, die es ermöglichen, partikuläre (oder auch: universelle) nicht-juristischen Normen in der Form von Rechtsbehauptung auszudrücken, bedürften einer eigenen Untersuchung“.⁶

Zu wissen, wie das Recht auf juristischem Weg, im Gegensatz zu anderen gesellschaftlichen Bewertungen, dieses Problem lösen kann und soll, ist ein Ziel der vorliegenden Arbeit. Dies hat zur Folge, dass, um zur Lösung des Problems beitragen zu können, definiert werden muss, was rechtlich oder nicht rechtlich ist; genauer gesagt, was das Recht von anderen normativen Systemen (wie der Moral, Politik, Wirtschaft, Religion, Wissenschaft) unterscheidet. Mehr noch, Ziel dieser Arbeit ist, eine Antwort darauf zu finden, wie ein Strafrecht, das in einer rechtsstaatlichen, deliberativen Demokratie entsteht, das Problem der strafrechtlichen Verantwortung für die während der Diktatur begangenen Straftaten lösen kann und soll, indem der Unterschied und die Identität zwischen einem „legalen“ oder „legaleren“ Strafrecht und anderen „weniger legalen“ Strafrechten, speziell denen von autoritären Regimen, eingegrenzt werden soll.

Die vorliegende Untersuchung hat deshalb einen doppelten Zweck: die *Transitional Justice* Bewegung mittels des Rechts (und des Strafrechts) und, auf der anderen Seite, das Recht (und das Strafrecht) mittels der *Transitional Justice* zu überdenken. Da die Regelhaftigkeit sowohl ein Derivat von Regeln als auch ein Produkt der Praxis ist, fördert das Thema der *Transitional Justice* auch einen speziellen Wunsch danach, das juristische Phänomen Brasiliens zu verstehen. Die Begriffe und Theorien (wie Amnestie, Verjährung, Rechtsgültigkeit, sogar der eigentliche Rechtsbegriff) sollen (und können hier) auf ihren Gebrauch in der aktuellen Praxis geprüft werden. Fallstudien über *Transitional Justice*, die die heutigen Gerichte und die wissenschaftliche Lehre diskutieren, sollen (und können hier) in die allgemeinen und abstrakten Analysen über das Recht einbezogen werden.

Die Arbeit gliedert sich in vier Teile. *Der erste Teil* befasst sich, mittels einer kritischen Analyse der Begriffe „Staatskriminalität“ und „Transitional Justice“, mit dem Phänomen eines staatlichen Unrechtssystems (Kap. I) und der „Transitional-Justice-Bewegung“, die als Reaktion auf die ganz überwiegend zu konstatierende Tendenz zur Straflosigkeit staatlicher Kriminalität, verstanden werden kann (Kap. II).

5 In diesem Sinne z. B. K. Lüderssen, *Der Staat geht unter: das Unrecht bleibt?*, 1992, S. 15; N. Horn, *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 2007, S. 132.

6 U. Neumann, *Theorien der Rechtsgeltung* (1985), 2008, S. 113.

Im *zweiten Teil* der Arbeit wird zunächst eine Rekonstruktion der politischen und rechtlichen „Wirklichkeit“ unternommen. Damit versuche ich zu erläutern, dass die strafrechtliche Verantwortung staatlicher Kriminalität eine komplexe Konstruktion ist, die u.a. von dem jeweiligen Typ des politischen Regimes und dem jeweiligen Modell von *Transitional Justice* abhängig ist. Es handelt nicht um eine objektive Feststellung von Tatsachen, sondern um eine normativ imprägnierte Zuschreibung. Verantwortlichkeit wird von den Beteiligten gemäß den historischen und sozialen Situationen, in der sie jeweils leben, interpretiert. Wenn spezifisch die brasilianische *Transitional Justice* untersucht wird, ist es möglich, mindestens drei verschiedene Arten der Konstruktion von strafrechtlicher Verantwortung festzustellen, die eng mit den Perioden der Diktatur (Kap. I), der Neuen Republik (Kap. II) und der gegenwärtigen „Ära der Verantwortlichkeit“ (Kap. III) verknüpft sind. In jeder Konstruktion kann man, im Augenblick der Zurechnung oder Nichtzurechnung von Verantwortung, den jeweiligen Vorrang der Kriterien entweder der formellen Rechtskraft der gültigen Rechtsnormen; oder der Handlungspraktiken der Machthaber mit ihren offiziellen oder inoffiziellen Regeln; oder der moralischen Werte desjenigen, der Verantwortung zurechnet, feststellen.

Im Fokus des *dritten Teils* der Arbeit steht die Argumentation, die in Brasilien von den Vertretern der „*Criminal Transitional Justice*“ entwickelt wird, nach der es doch möglich sei, die Bestrafung der Straftäter der Diktatur zu begründen – und dies ohne gesetzliche Strafaufhebungsgründe der Amnestie und der Verjährung zu überspielen und das Rückwirkungsverbot zu verletzen („*diesseits des Gesetzes*“). Es werden hier sowohl das Argument der „richtigen Auslegung“ des Amnestiegesetzes (Kap. I), der mangelnden demokratischen Legitimation und der Verfassungswidrigkeit des Amnestiegesetzes (Kap. II), als auch das Argument des Verbrechens gegen die Menschlichkeit und der Verletzung der Amerikanischen Menschenrechtskonvention (Kap. III) diskutiert.

Kapitel IV des dritten Teils ist dem Gerechtigkeitsargument gewidmet, nach dem die Existenz der gesetzlichen Hürden für die Bestrafung der Täter der Staatskriminalität Brasiliens anerkannt wird, diese aber, wegen der „Ungerechtigkeit“ dieser Hürden, für ungültig erklärt werden (*jenseits des Gesetzes*). Es handelt sich hier nicht um den Versuch einer (Um-)Interpretation bestimmter Rechtsinstitute, wie der Amnestie und der Verjährung, damit sie, innerhalb einer internen Analyse der Rechtsordnung, nicht mehr als ein Hindernis für die strafrechtliche Verantwortlichkeit verstanden werden (*verdeckter Rechtsmoralismus*). Was das Gerechtigkeitsargument angeht, handelt es sich um die Infragestellung der Bedeutung der *Rechtsgültigkeit* und in gewisser Weise des eigentlichen *Rechtsbegriffs*, so dass die Äquivalenz von gesetztem und geltendem Recht bestritten wird und die Position, dass Rechtsregeln kraft inhaltlicher Qualitäten und unabhängig von ihrer Setzung gelten müssen, eingenommen wird (*offener Rechtsmoralismus*).

Im *vierten Teil* der Arbeit wird die Summe aus den vorgängigen Analysen gezogen. Das Dilemma des heutigen Staates, entweder gravierende Verstöße gegen Menschenrechte und rechtsstaatliche Prinzipien unbestraft zu lassen, oder aber selbst durch die Verletzung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots gegen ein

elementares Prinzip der Rechtsstaatlichkeit zu verstoßen, wird noch einmal scharf modelliert. Es soll erläutert werden, wie und wieweit das Strafrecht eine Rolle bei der Bewältigung des Unrechtssystems spielen kann. Im Zentrum steht also die Frage, ob eine Durchbrechung des rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbotes nicht gerade die rechtsstaatlichen Fundamentalnormen verletzt, die doch von der Transitional Justice-Bewegung gestärkt werden sollen (Kap. I). Ein kurzer Ausblick auf drei wichtige Aspekte der Rolle der Gerechtigkeit innerhalb der Problematik der brasilianischen *Transitional Justice* beschließt die Arbeit (Kap. II).

Erster Teil
Staatskriminalität und
Transitional Justice

„Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia?
Quia et latrocinia quid sunt nisi parua regna?“

Augustinus, *De civitate Dei*, IV, 4

I. Der Staat als „Verbrecher“

1. Begeht der Staat Verbrechen?

a) Nein. Der Staat begeht keine Verbrechen

Die Entwicklung der modernen Großstaaten, deren Konstruktion auf der Auflösung der mittelalterlichen Gesellschaft basiert, ist der Zentralisierung der Gesetzesmacht und der Zwangsgewalt in den Händen des Staates (Staatszentrierung) zu verdanken. Der Staat monopolisiert die legitime Gewaltanwendung und wird als ein Machtkonzentrat vorgestellt, das alle übrigen weltlichen Mächte überwinden kann. Auf diese Weise gibt es kein anderes Recht als dasjenige, das vom Staat (insbesondere in Gesetzesform) gesetzt wird. Der Richter, einst freies Organ der Gesellschaft, wird nun zum Staatsorgan, das heißt, zu einem richtigen und echten Beamten „des Königs“ und hat als solcher die Pflicht, ausschließlich dessen Gesetze anzuwenden. In diesem Sinne werden jetzt die Antworten auf die Rechtsverletzungen ausschließlich von den staatlichen Stellen gegeben, wobei sie die externen und institutionalisierten Sanktionen anwenden. Der Staat wird so zum obersten Garanten des von ihm geschaffenen Rechts, dessen Geltung von politisch sanktionierter Gewalt abhängig ist.⁷

Diese Zentralisierung der Macht zur Bestrafung, die von Seiten des Staates ausgeübt wird, ist *die Grundbedingung, auf die sich das Funktionieren des modernen Strafrechts gründet*. Dem Opfer wird das Recht zu strafen (*jus puniendi*) aus den Händen genommen, wobei es von der Strafverfolgung und -vollstreckung ferngehalten oder „ausgeschlossen“ wird und dem Staat die Rolle des aktiven Pols des Strafverhältnisses zufällt.⁸ Der Staat monopolisiert alle Gewaltmittel und behält sich selbst die Rolle des einzig Verantwortlichen zur Vergeltung oder „Rache“ der praktizierten Ungerechtigkeiten vor, indem er die Straftat im eigenen Namen (staatlicher oder öffentlicher Strafanspruch) ahndet.⁹ Der Staat straft von da an im eigenen Namen, weil jede Straftat immer auch den Staat angreift. Die Merkmale des Verbrechens selbst (oder „das nachhaltig wirksame Stereotyp des Verbrechens“¹⁰) werden weitgehend von der staatlichen Reaktion und Sanktion bestimmt: Verbrechen ist „Straftat“, ist

7 N. Bobbio, O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito, 1999, S. 26–29; J. Gillisen, Introdução histórica ao direito (1979), 1986, S. 291 ff.; L. J. Swensson Jr., Anistia Penal: problemas de validade da lei de anistia brasileira, 2007, S. 29 f.; T. Vesting, Rechtstheorie, 2007, S. 79 ff.

8 „Strafe ist ein Eingriff des Staates in die Rechte der Bürgerinnen und Bürger (Freiheit und/oder Eigentum). Strafe ist der schwerste Eingriff.“ W. Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1990, S. 70.

9 Vgl. K. Günther, Kritik der Strafe I, in: WestEnd (2004), S. 120.

10 H. Jäger, Makrokriminalität: Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt, 1989, S. 21.

„strafbares Verhalten“, das vom Staat durch strafrechtliche Normen¹¹ und dem tatsächlich Strafverfolgung auslösenden Verhalten wahrgenommen und definiert wird („primäre“ und „sekundäre“ Kriminalisierung).¹²

Der Strafanspruch liegt beim Staat, nicht beim Opfer. Es ist nur der Staat, der im Strafverfahren den Bürger zur Verantwortung ziehen darf. Und diese Tatsache zieht zwei Folgen nach sich:¹³

- a) Aus moralischer und politischer Sicht, begeht der Staat keine Straftaten und infolgedessen unterliegt er nicht der Strafverfolgung (*delinquere non potest*). Er wird immer als die Recht garantierende Instanz betrachtet, sonst hätte er keine Legitimität dazu, andere zu bestrafen.
- b) Vom juristischen Standpunkt aus gesehen, kann der Staat auch keine kriminellen Handlungen vollziehen, da sonst eine Pflicht zur Selbstbestrafung, die logisch und praktisch unbegründbar ist, bestünde.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Staat keine Verbrechen begeht. Auf der einen Seite kann es im Kriminalitätsverständnis des (deutschen oder brasilianischen) Strafrechts prinzipiell nur um Kriminalität von *Individuen* gehen. Anders formuliert: Nach dem traditionellen Modell des Strafrechts ist das Individuum der Träger der Verantwortung, d. h. eine Person, die, insbesondere nach der von *Kant* geprägte Doktrin, über die Freiheit eines vernünftigen Wesens unter moralischen Gesetzen verfügt und deren Handlungen daher einer Zurechnung fähig sind,¹⁴ obwohl dies aktuellen Tendenzen zu einer Ausweitung der Verantwortungssubjekte nicht entspricht, da ein solches individualistisches Konzept wegen der zunehmenden Differenzierung und Komplexität der Gesellschaft an seine Grenzen stößt.¹⁵

Auf der anderen Seite gibt es in der Tat keinen gewalttätigen *Macroanthropos* mit Namen „Staat“, der fähig ist, Handlungen vorzunehmen, der Funktionen ausführen

11 Vgl. etwa *C. Roxin*, Strafrecht AT, 2006, S. 1 ff.

12 Juristischer bzw. legalistischer Verbrechensbegriff: „Kriminalität“ sei all das, was ein spezifischer Strafgesetzgeber als Straftat bezeichnet; dies steht im Widerspruch zu der traditionsreichen Idee „natürlicher Verbrechen“ oder „materieller Verbrechen“.

13 *A. L. Sabadell/D. Dimoulis*, Tribunal penal internacional e direitos fundamentais: problemas de constitucionalidade, in: *Cadernos de Direito* (2003), S. 243 f.; *A. L. Sabadell/D. Dimoulis*, O Tribunal Penal Internacional em face da Constituição brasileira e a questão da ineficácia social dos direitos fundamentais, in: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais* (2009), S. 41 f.

14 *I. Kant*, Die Metaphysik der Sitten (1797/98), 1977.

15 S. z. B. die Problematik der strafrechtliche Verantwortung auf juristische Personen; einer (insb. von Hans Jonas vertretenen) Vorstellung einer Verantwortlichkeit der Menschheit („Ethik für die technologische Zivilisation“). Dazu *U. Neumann*, Zur Veränderung von Verantwortungsstrukturen unter den Bedingungen des wissenschaftlich-technischen Fortschritts, in: *Rechtstheorie* (2005), S. 435 ff.; sowie in: *Recht als Struktur und Argumentation*, 2008, S. 192 f.

und daher Straftaten begehen kann, wie beispielsweise die Metaphern des hobesianischen Leviathan von Wenzerlau Hollar und Abraham Bosse suggerieren könnten. Die Idee des Staats als „Person“, oder, besser gesagt, als „juristische Person“, die sich dem Individuum und auch dem Recht entgegenstellt, ist ein Gedankengebäude, eine Fiktion oder Metapher, die unter anderem geschaffen wurde, um das Verständnis seiner komplexen Wirklichkeit zu vereinfachen, seine juristisch relevanten Eigenschaften zu beschreiben und die staatlichen Handlungen (oder den Staat selbst) durch das Recht zu legitimieren. Den Staat als Individuum oder „natürliche“ Person gibt es nicht. Dafür gibt es Individuen, die im Namen des Staates handeln.¹⁶

Demzufolge kommt es darauf an, wie, aus welchem Grund und unter welchen Voraussetzungen ein Individuum Vertreter bzw. Repräsentant des Staates werden kann. Diese Frage bereitet aus der inneren Perspektive des Rechts allerdings keine großen Schwierigkeiten, soweit das positive Rechtssystem definiert, dass eine Handlung nur dann dem Staat zugerechnet werden kann, wenn sie den Rechtsnormen entspricht, die sie vorsehen und von Individuen ausgeführt wird, die nach dem Prinzip der Arbeitsteilung vorgehen und die zu den Handlungen auf der Basis eines Prozesses, der von der Rechtsordnung getragen wird, beauftragt wurden.¹⁷ So sind z. B. in Brasilien im Sinne des Strafrechts Beamte, deren Handlungen und Funktionen dem Staat selbst zugerechnet werden, diejenigen, die öffentliche Ämter, Anstellungen und Funktionen auch wenn nur vorübergehend oder ohne Vergütung bekleiden, indem sie nach den vom Staat erstellten Regeln zur Ausübung der entsprechenden Handlungen vorgehen (Art. 327 des Strafgesetzbuches).¹⁸ Ein Staatsdiener, der in Ausübung seiner Funktion gegen das Gesetz handelt, tut dies nicht im Namen des Staates, als Beamter oder Angestellter im öffentlichen Dienst, sondern im eigenen Namen, als Staatsbürger (als Subjekt, das Rechte und Pflichten

16 Von diesem Standpunkt aus gibt es keine strafrechtliche Haftung des Staates als juristische Person, sondern nur die Haftung der Individuen, die durch die Fiktion oder Metapher der juristischen Person vermittelt wird. Es existieren jedoch im brasilianischen Recht sowohl Vorschriften bezüglich der strafrechtlichen Haftung von juristischen Personen in bestimmten Fällen (Brasilianische Bundesverfassung – *Constituição Federal* – CF, Art. 173, § 5 und Art. 225, § 3; Gesetz Nr. 9.605/98) als auch Theorien über diese Haftung, die die juristische Person nicht nur als Fiktion oder eine bloße juristisch-sprachliche Denkbrücke, sondern als selbstständig bestehende, von den Individuen gesonderte Wirklichkeit anerkennen. Zum Begriff des Staates als juristische Person vgl. etwa *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (1960), 2000, S. 293 ff.; *R. Zippelius*, *Allgemeine Staatslehre*, 2010, S. 80 ff. Zur juristischen Person als Fiktion oder Hilfsbegriff der Rechtswissenschaft, vgl. *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (1960), 2000, S. 193 f. Zur ideologischen Funktion, die von der Idee des Staates als juristische Person ausgeht, vgl. *Kelsen*, a. a. O., S. 288.

17 A. a. O., S. 295 f.; *R. Zippelius*, *Allgemeine Staatslehre*, 2010, S. 86 ff.

18 *Código Penal* – CP (Brasilianisches Strafgesetzbuch), Art. 327: Im strafrechtlichen Sinne wird diejenige Person als Beamter angesehen, die, wenn auch nur vorübergehend oder ohne Entgelt, ein öffentliche Amt, eine öffentliche Stelle oder eine öffentliche Funktion bekleidet.

hat) und ist persönlich vor dem Recht (und vor dem Staat) für seine Handlungen verantwortlich.

So kann ein Beamter, oder jemand, der ihm gleichgestellt ist,¹⁹ wenn er strikt innerhalb der Erfüllung seiner gesetzlich bestimmten Kompetenzen handelt, egal in welcher Stellung, nie Strafhandlungen begehen. Wenn sich seine Handlungen im Einklang mit den Normen des Rechtssystems befinden, wird im objektiven Sinn die Handlung als rechtskonform betrachtet, selbst wenn diese Handlung sich tatsächlich durch nichts von einer kriminellen oder ungesetzlichen Handlung unterscheidet. Mord und Todesstrafe z. B. unterscheiden sich nicht durch den Ablauf des Geschehens, sondern durch ihre unterschiedliche Deutung. Die Tötung eines Menschen durch den Henker (be-)deutet nicht einen Mord (im subjektiven Sinn), sondern die Vollstreckung eines Todesurteils (im objektiven Sinn).²⁰

Von der normativen Sicht aus gesehen, kann der Staat nicht gleichzeitig das Recht wollen (schützen, garantieren, anwenden) und nicht wollen. So begeht also der Staat durch seine Beamten und Angestellten niemals Straftaten: sei es, dass die von den Staatsbediensteten ausgeführten Handlungen immer notwendigerweise von und durch die Rechtsnormen erlaubt sind, sei es, weil der Staat, im formellen Sinn, das Recht im eigentlichen Sinne ist.²¹

b) Ja. Der Staat begeht Verbrechen

Was geschieht aber, wenn ein Psychopath „König“ wird? Und was, wenn die Inhaber der Staatsmacht eigenmächtig handeln, Gesetze erlassen, Rechtsnormen interpretieren und anwenden, indem sie den ganzen Staatsapparat dazu benutzen, um Teile des Volkes zu unterdrücken und um eigene Interessen zu begünstigen? Und

19 CP, Art. 327, § 1: Dem Beamten wird gleichgestellt, wer ein Amt, eine Stelle oder eine Funktion bei einer halbstaatlichen Körperschaft bekleidet und wer bei einem Unternehmen arbeitet, das dazu beauftragt oder unter Vertrag genommen worden ist, damit es für die öffentliche Verwaltung typische Dienste leistet.

20 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), 2000, S. 46 f. Der objektive Sinn der Norm ist, laut Kelsens Theorie, also durch Referenz oder Identifikation mit: (a) dem Akt der Tötung *als* Vollziehung einer Gerichtsentscheidung; (b) dem Akt des Gerichtes *als* Vollziehung eines Gesetz; (c) dem Gesetzgebungsakt *als* die Vollziehung der Verfassung; (d) dem *als* Verfassungsgebung zu deutendem Akt (als ein objektiv gültige Normen setzender Akt) *als* Vollziehung der Grundnorm einer staatlichen Rechtsordnung (hypothetische Geltungsgrund der Rechtsordnung) gegeben.

21 A. a. O., S. 289 ff. Vom normativen Gesichtspunkt aus gibt es hinsichtlich des Staates nur Rechtsnormen, die bestimmte Kompetenzen und sogenannte staatliche Funktionen erstellen, die von Individuen ausgeführt werden, die Agenten oder Staatsorgane genannt werden. Auf die gleiche Weise, wie gesagt wird, dass der Staat das Recht schafft, ist es das Recht, das den Staat schafft. Es ist das Recht, das eine gewisse Realität *als* staatliche Realität definiert. Nach Kelsen wird die widersprüchliche Trennung von Staat und Recht genau deshalb vorgenommen, damit der Staat durch das Recht legitimiert werden kann.