Teil 2:
Substanzieller (materieller) Rechtspluralismus vor dem IStGH

Kapitel 1 Vorüberlegungen zur Berücksichtigung des rechtskulturellen Kontexts bei Verfahren vor dem IStGH

A Vereinbarkeit der Berücksichtigung des rechtskulturellen Kontexts mit Art. 21 Abs. 3?

I. Das Verbot benachteiligender Unterscheidung aus Art. 21 Abs. 3

Zunächst soll kurz geprüft werden, ob eine Berücksichtigung des rechtskulturellen Kontexts bei der Auslegung und Anwendung völkerstrafrechtlicher Normen durch den IStGH überhaupt mit dem in Art. 21 Abs. 3 verankerten Verbot benachteiligender Unterscheidung zu vereinbaren ist. Gemäß Art. 21 Abs. 3 muss die Rechtsanwendung- und Auslegung durch den IStGH mit den international anerkannten Menschenrechten vereinbar sein, und es „darf keine benachteiligende Unterscheidung [geben] etwa aufgrund des Geschlechts […], des Alters, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion oder Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen, ethnischen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status“[300]. Dabei wird Art. 21 Abs. 3 überwiegend

300 Dies betonend auch die Berufungskammer im Verfahren gegen *Ongwen* bzgl. der Frage, ob die Bedeutung von Spiritualität in der Kultur der Acholi bei der Prüfung des strafausschließenden Nötigungsnotstand nach Art. 31 Abs. 1 d) berücksichtigt werden kann, *IStGH,* Prosecutor v. Ongwen, Judgment on the appeal of Mr Ongwen against the decision of Trial Chamber IX of 4 February 2021 entitled “Trial Judgment”, ICC-02/04-01/15-2022-Red (2022) Rn. 1426: „The Appeals Chamber finds it important to state at this stage that its analysis will be guided by article 21(3) of the Statute, which provides that “[t]he application and interpretation of law pursuant to [article 21 of the Statute] must be consistent with internationally recognized human rights, and be without any adverse distinction founded on grounds such as [...]

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

als Auslegungsregel verstanden, die sich sowohl auf die Menschenrechte der Opfer als auch des Angeklagten bezieht.[301] Die Norm bringt den allgemeinen Rechtsgrundsatz zum Ausdruck, dass

> „Recht […] bei herkömmlicher Betrachtungsweise nicht gerade ein Freund von Pluralismus [ist]. Recht heißt nämlich allgemeine Regeln, die für jedermann, unabhängig vom Status, Geschlecht sowie religiöser und kultureller Orientierung gelten."[302]

Könnte der IStGH bei der Auslegung und Anwendung völkerstrafrechtlicher Normen an die Herkunft oder Gruppenzugehörigkeit der Angeklagten anknüpfen, so ginge damit unausweichlich eine ungleiche Behandlung mancher Angeklagter gegenüber anderen Angeklagten aufgrund der Herkunft (und möglicherweise auch der Religion und weiterer in Art. 21 Abs. 3 genannten verbotenen Diskriminierungsgründe) einher. Bei prozessualen Fragen, beispielsweise hinsichtlich geeigneter Methoden der Beweiserhebung, der Befragungstechnik etc., ist denkbar, dass eine ungleiche Behandlung Angeklagter unterschiedlicher Herkunft nicht notwendigerweise mit einer nachteiligen Behandlung einhergeht. Beispielsweise müsste die Anwendung einer für den kulturellen Hintergrund des Angeklagten (oder der Zeugen) sensiblen Fragetechnik nicht zwingend als nachteilige Unterscheidung zu verstehen sein.[303] Gewöhnlich wird jedoch, insbesondere im materiellen Recht, eine unterschiedliche Behandlung verschiedener Angeklagter dazu führen, dass sich diese Differenzierung als nachteilig für einen der Angeklagten darstellt. Wäre es beispielsweise möglich, die Strafzumessung an dem sonst zuständigen Recht zu orientieren, ginge damit eine an die Herkunft anknüpfende nachteilige Behandlung der Angeklagten einher, deren nationales Rechts ein schärferes Sanktionsregime vorsieht. Könnte sich die Prüfung des Entzugs grundlegender Rechte im Rahmen des Verfolgungstatbestands an regional oder national üblichen Grundrechtsstandards orientieren, läge darin eine nachteilige Behandlung jener Angeklagter, deren nationales Recht einen höheren Grundrechtsstandard walten lässt. Dann stellt sich die Frage, ob es bei der Auslegung und

---

religion or belief [...]. While specific aspects of a religion or belief, as part of a certain culture may be considered, this cannot result in an unequal interpretation or application of the law."

301 *deGuzman* in *Ambos* 2022 Art. 21, Rn. 62 f.

302 *Jung*, JZ 67 (2012), S. 926.

303 Umfassend zur Bedeutung einer für kulturelle Unterschiede sensiblen Methode bei der Ermittlung des Sachverhalts siehe *Combs* 2010.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Anwendung des IStGH-Statuts möglich sein kann, eine an die Herkunft des Angeklagten anknüpfende nachteilige Behandlung zu rechtfertigen.

II. Das Verbot benachteiligender Unterscheidung aus Art. 21 Abs. 3 als Verbot ungerechtfertigter Unterscheidung?

1. Menschenrechtliche Diskriminierungsverbote als Verbote ungerechtfertigter Unterscheidung

Diskriminierungsverbote nationaler Verfassungen sowie des regionalen Menschenrechtsschutzes sind gewöhnlich nicht als absolute Verbote einer benachteiligenden Behandlung ausgestaltet, sondern verlangen eine Prüfung, ob die Ungleichbehandlung aus sachlichen Gründen gerechtfertigt werden kann.[304] Eine solche Rechtfertigung erachten nationale Rechtssysteme auch bei einer an die Herkunft oder Gruppenzugehörigkeit eines Täters anknüpfenden Unterscheidung für möglich: So kann in Deutschland gemäß § 53 Abs. 1 i.V.m. § 54 Aufenthaltsgesetz die Verurteilung eines Ausländers oder einer Ausländerin aufgrund einer Reihe von Straftaten zu deren Ausweisung führen,[305] während diese Sanktionsform für Menschen deutscher Nationalität nicht zur Verfügung steht. In Malaysia, einer in religiöser Hinsicht durch Diversität geprägten Gesellschaft, wird gar grundsätzlich an die Religion mutmaßlicher Straftäter angeknüpft, um das zuständige Rechtsregime zu bestimmen:

> „Malaysia adopts a dual-track legal system where only Muslims are bound to both civil, and Islamic law which is governed by respective states instead of the federal government. Syariah law and punishments are generally confined to Muslims, but can extend to non-Muslims if they are involved in aiding or abetting an offence committed by a Muslim."[306]

304 Statt vieler *Jarass/Kment/Pieroth* 2020, Art. 3, Rn. 18; *EGMR*, Willis v. the United Kingdom, Judgment, Application no. 36042/97 (2002) Rn. 48.

305 Demnach wird die Möglichkeit einer Sanktion eröffnet, die in Abhängigkeit vom Herkunftsland des Ausgewiesenen mit einer erheblichen Grundrechtseinschränkung im Vergleich zu einem weiteren Aufenthalt in Deutschland einhergeht.

306 *Zurairi,* Rome Statute won't cut Syariah court powers, says ICC lawyer, malaymail vom 07.11.2013.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Im Rahmen des IStGH-Statuts „tolerierte" Ungleichbehandlung

Für ein entsprechendes Verständnis von Art. 21 Abs. 3, wonach eine Ungleichbehandlung nur dann problematisch ist, wenn sie nicht nur benachteiligend, sondern auch ungerechtfertigt bzw. willkürlich ist, könnte sprechen, dass auch bei einer Strafverfolgung durch den IStGH – in sehr begrenztem Maße – Ungleichbehandlungen verschiedener Angeklagter entweder explizit nach dem IStGH-Statut zulässig sind oder jedenfalls tatsächlich praktiziert werden.

a) Ungleichbehandlung bei der Vollstreckung der Strafe, Art. 106 Abs. 2

Gemäß Art. 106 Abs. 2 werden die Haftbedingungen einer durch den IStGH verurteilten Person nach dem Recht des Vollstreckungsstaats geregelt und dürfen keinesfalls günstiger oder ungünstiger sein als diejenigen für Strafgefangene, die im Vollstreckungsstaat wegen ähnlicher Straftaten verurteilt werden. Mit der Entscheidung, die vom IStGH verhängten Haftstrafen nicht in einem festgelegten Staat (beispielsweise den Niederlanden) zu vollstrecken, sondern die Verurteilten an verschiedene, hierzu sich bereit erklärende Staaten zu übergeben, akzeptierten die Mütter und Väter des IStGH jedenfalls in gewissem Maße eine Ungleichbehandlung bei der Strafvollstreckung.[307] Der in Art. 106 Abs. 2 getroffenen Regel ist dabei die klare Wertung zu entnehmen, dass im Rahmen des Strafvollzugs nicht die Gleichbehandlung aller vor dem IStGH verurteilten Personen das oberste Kriterium ist, sondern die anderen Strafgefangenen des Vollstreckungsstaats die primäre Vergleichsgruppe bilden.[308] Damit lässt Art. 106 Abs. 2 für den Strafvollzug ausdrücklich die Ungleichbehandlung verschiedener vor dem IStGH angeklagter bzw. verurteilter Personen zu – allerdings ohne dabei an einen der in Art. 21 Abs. 3 genannten Diskriminierungsgründe anzuknüpfen.

307 Dies anmerkend auch *Clark/Hohler* in *Ambos* 2022 Art. 106, Rn. 9.
308 *Ebd.* Rn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Ungleichbehandlung in Abhängigkeit des Alters, Art. 26

Zwar unterscheiden sich nationale Rechtsordnungen bei der konkreten Festlegung des Mindestalters strafrechtlicher Verantwortlichkeit sowie der Bestimmung adäquater Rechtsfolgen für jugendliche Straftäter,[309] und entsprechend kontrovers wurden diese Punkte bei den Vorarbeiten zum IStGH-Statut diskutiert.[310] Jedoch bestand überwiegender Konsens, dass die Bewertung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Minderjährige eigenständige Maßstäbe und Verfahrensstandards erfordern würde, um insbesondere im Hinblick auf den Rechtsfolgenkatalog den internationalen Anforderungen zum Schutze von Kindern und Jugendlichen zu genügen.[311] Da man sich einig war, dass die Schaffung eines solchen Systems weitere langwierige Verhandlungen erfordern[312] und zudem die ohnehin knappen Ressourcen des neuen internationalen Strafgerichts überreizen würde,[313] wurde das Mindestalter strafrechtlicher Verantwortlichkeit im IStGH-Statut offen gelassen, durch Art. 26 aber die Jurisdiktionsgewalt des IStGH auf Personen begrenzt, welche zum Zeitpunkt der angeblichen Begehung eines Verbrechens achtzehn Jahre alt waren.[314] Damit sieht das IStGH-Statut durch Art. 26 eine differenzierende Behandlung mutmaßlicher Völkerstraftäter in Abhängigkeit des Alters vor – also aufgrund eines der in Art. 21 Abs. 3 aufgezählten verbotenen Diskriminierungsgründe. Gerade um menschenrechtliche Standards einzuhalten, wurde diese Unterscheidung aufgrund des Alters mit Blick auf den individuellen Schuldvorwurf und eine adäquate Rechtsfolge für gerechtfertigt und auch erforderlich gehalten.

309 *Saland* in *Lee* 1999, S. 201. Zum Mindestalter strafrechtlicher Verantwortlichkeit und der Inhaftierung Minderjähriger in verschiedenen Ländern siehe *UN GA*, Report of the Independent Expert Leading the Global Study on Children Deprived of Liberty, A/74/136 (2019) Rn. 40-48.

310 Insbesondere im *Preparatory Committee* wurden diese Fragen kontrovers diskutiert, vgl. *Politi* 2001, S. 221; *Saland* in *Lee* 1999, S. 201 f.

311 *Politi* 2001, S. 121; *Saland* in *Lee* 1999, S. 201; *Triffterer/Clark* in *Ambos* 2022 Art. 26, Rn. 10.

312 *Politi* 2001, S. 122.

313 *Triffterer/Clark* in *Ambos* 2022 Art. 26, Rn. 10.

314 *Politi* 2001, S. 121 f.; *Saland* in *Lee* 1999, S. 201 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Tatsächliche Ungleichbehandlung durch den Komplementaritätsgrundsatz und die notwendigen Selektionsentscheidungen des IStGH

Indem das moderne Völkerstrafrechtssystem auf dem Grundsatz der Komplementarität beruht und die Ausgestaltung und Funktionsweise nationaler strafrechtlicher Ordnungen, untereinander sowie im Vergleich zu dem durch den IStGH angewandten formellen und materiellen Recht, erheblich divergieren, ist eine unterschiedliche Ahndung völkerstrafrechtlich relevanten Verhaltens in Abhängigkeit von der Herkunft unausweichlich. Ein mutmaßlicher Täter, welcher in einem Strafrechtssystem mit harten Strafen oder niedrigen Verfahrensstandards angeklagt wird, wird somit im Vergleich zu einem mutmaßlichen Täter, der vor einem (nationalen oder internationalen) Gericht mit höheren Verfahrensstandards oder milderen Strafen strafrechtlich belangt wird, schlechter gestellt. Zwar benachteiligt der IStGH hierbei einen Angeklagten nicht in einem durch ihn geführten Verfahren, gleichwohl geht mit dem in Art. 17 Abs. 1 a) verankerten Komplementaritätsgrundsatz eine tatsächliche Ungleichbehandlung verschiedener Völkerstraftäter in Abhängigkeit ihrer Herkunft als einem der in Art. 21 Abs. 3 genannten verbotenen Diskriminierungsgründe einher. Diese etwaige Benachteiligung erscheint aber allein schon deshalb gerechtfertigt, weil Selektionsentscheidungen aufgrund der begrenzten Ressourcen des IStGH schlicht notwendig sind.[315]

Die begrenzten Ressourcen des IStGH rechtfertigen eine Ungleichbehandlung auch insoweit, als nur eine sehr geringe Anzahl mutmaßlicher Täter oder Täterinnen überhaupt einem völkerstrafrechtlichen Verfahren zugeführt wird und diese damit im Vergleich zu der großen Masse von Personen, deren völkerstrafrechtlich relevantes Verhalten überhaupt nicht belangt wird, nachteilig behandelt werden.

d) Resümee

Bei der Vollstreckung von Strafe und hinsichtlich des Alters mutmaßlicher Täter sieht das IStGH-Statut Ungleichbehandlungen explizit vor. Darüber hinaus sind Ungleichbehandlungen dem Völkerstrafrechtssystem auch auf-

315 Zur (notwendigerweise) selektiven Strafverfolgung durch den IStGH siehe z.B. *Damaska,* ChiKentLRev 83 (2008), S. 360 ff.; *Kiyani,* JICJ 15 (2017); *Chuter* 2003, S. 93 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

grund des Komplementaritätsgrundsatzes und der notwendigen Selektionsentscheidungen inhärent. Daher könnte Art. 21 Abs. 3 im Einklang mit nationalen und regionalen menschenrechtlichen Diskriminierungsverboten nicht als absolutes Verbot benachteiligender Unterscheidung zu verstehen sein, sondern nur als Verbot ungerechtfertigter benachteiligender Unterscheidung. In diese Richtung äußerte sich unter Hinweis auf menschenrechtliche Regime auch die Vorverfahrenskammer V. Sie hatte darüber zu entscheiden, ob *Rule 134 quarter* der Verfahrens- und Beweisregeln gegen das in Art. 21 Abs. 3 normierte Verbot benachteiligender Unterscheidung verstoßen könnte, indem diese Regelung Angeklagten, welche eine bestimmte Funktion bekleiden, unter bestimmten Voraussetzungen das Recht auf Abwesenheit zugesteht:

> „Furthermore, the Chamber notes that the purpose of the principle enunciated in Article 21(3) of the Statute is to prevent 'adverse distinction' on prohibited grounds. The list of grounds on which such adverse distinction shall not be founded is similar to those included in the major international human rights treaties. The purpose of such clauses in those treaties is to prevent discrimination, which the European Court of Human Rights has defined as 'treating differently, *without an objective and reasonable justification*, persons in relevantly similar situations'."[316]

Ist Art. 21 Abs. 3 demnach nicht als absolutes Verbot benachteiligender Unterscheidung zu verstehen, genügt allein der Hinweis auf Art. 21 Abs. 3 nicht, um die Berücksichtigung des rechtskulturellen Kontexts bei der Auslegung und Anwendung völkerstrafrechtlicher Normen durch den IStGH von vorneherein auszuschließen. Vielmehr stellt sich die Frage, ob hinreichend gewichtige Gründe formuliert werden können, um eine solche, an die Herkunft anknüpfende Unterscheidung zu rechtfertigen.

316 *IStGH*, Prosecutor v. Ruto and Sang, Reasons for the Decision on Excusal from Presence at Trial under Rule 134quater, ICC-01/09-01/11-1186 (2014) Rn. 60, Herv. durch die *Verf.* Dem jedoch widersprechend *IStGH*, Prosecutor v. Ruto and Sang, Reasons for the Decision on Excusal from Presence at Trial under Rule134quater, Dissenting Opinion of Judge Herrera Carbuccia, ICC-01/09-01/11-777-Anx2 (2014) Rn. 7: „[…]all persons shall be equal before courts and tribunals and no accused should be accorded privileged treatment, as equality under the law is a fundamental value of the administration of justice." Siehe hierzu auch *Schabas* 2020, S. 212.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

B Die Einbettung einer Tat in unterschiedliche rechtliche Kontexte

Soll im Folgenden danach gefragt werden, inwiefern die Ermittlung, Anwendung und Auslegung völkerstrafrechtlicher Normen es erlaubt, den rechtskulturellen Kontext zu berücksichtigen bzw. einem partikularen Recht eine hervorgehobene Bedeutung zuzumessen, so wird sich regelmäßig die Vorfrage stellen, welcher Kontext oder welches partikulare Recht dabei zu berücksichtigen ist.[317]

In Fällen eines nicht-internationalen bewaffneten Konflikts dürfte es keine Schwierigkeiten bereiten, den relevanten Kontext zu bestimmen.[318] Vor dem IStGH werden regelmäßig aber auch solche Situationen untersucht, in denen mehr als ein Staat beteiligt ist.[319] Dabei muss es sich nicht notwendigerweise um Staaten einer (Rechts-)Region handeln, sondern es können auch, wie beispielsweise die Afghanistan-Situation deutlich macht, Staaten unterschiedlicher Weltregionen beteiligt sein. Dann könnten die rechtskulturelle Prägung des Täters und der rechtskulturelle Kontext des Tatorts und der Opfer bzw. der primär betroffenen Gemeinschaft erheblich divergieren. Insbesondere bei Beteiligung mehrerer Täter könnte dies unter Umständen schwierige Fragen aufwerfen.

Dies soll hier jedoch nicht näher betrachtet werden, da es nicht zielführend ist, abstrakt, losgelöst von der jeweils einschlägigen Regelungsfrage, zu erörtern, ob dann an das Territorialitätsprinzip[320] oder das (aktive oder

317 Zwar wird bereits bei der Prüfung des Komplementaritätsprinzips die Bestimmung des sonst zuständigen Rechtsregimes relevant. Jedoch ist die Frage, welcher Staat eine Zuständigkeit für die Strafverfolgung beanspruchen kann zu unterscheiden von der Frage, welches partikulare Rechtssystem bzw. welcher rechtskulturelle Kontext bei der Ausfüllung normativer Tatbestandsmerkmale möglicherweise zu berücksichtigen ist. Denn andernfalls könnte, beispielsweise bei Verfolgung einer Tat nach dem Weltrechtspflegeprinzip, jedes beliebige nationale Strafrechtssystem bei der näheren Bestimmung ausfüllungsbedürftiger Normen Bedeutung erlangen. Dies würde dem Gedanken, nationales Recht überhaupt heranzuziehen, jede Sinnhaftigkeit nehmen. Die Bestimmung des relevanten partikularen Rechts ebenfalls diskutierend *Greenawalt,* IndLJ 86 (2011), S. 1113 f., der darin jedoch kein gewichtiges Problem sieht.

318 So auch *ebd.* S. 1113.

319 Handelt es sich um ein besetztes Gebiet, könnte sich zudem die Frage stellen, ob das Recht des besetzten Staats oder das Recht der Besatzungsmacht berücksichtigt werden soll.

320 Bei der Strafzumessung spricht *Combs* sich beispielsweise für einen Rückgriff auf das nationale Recht des Tatortstaats aus, *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 43-45.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

passive) Personalitätsprinzip angeknüpft werden sollte, um einen möglicherweise zu berücksichtigenden rechtskulturellen Kontext zu bestimmen.

Auch *Greenawalt* sieht das Territorialitätsprinzip als denkbaren Anknüpfungspunkt, *Greenawalt,* IndLJ 86 (2011), S. 1113 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel 2 Berücksichtigung des rechtskulturellen Kontexts bei Auslegung des IStGH-Statuts?

A Durch den IStGH zu beachtende Grundsätze der Vertragsauslegung

I. Allgemeine Regeln zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge

1. Art. 31 und 32 WVK

Die für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge zentralen Vorschriften der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) vom 23. Mai 1969, welche Ausdruck von Völkergewohnheitsrecht sind,[321] finden auch auf das IStGH-Statut als völkerrechtlichen Vertrag Anwendung.[322]

Entsprechend des objektiven Ansatzes[323] ist nach Art. 31 Abs. 1 WVK Ausgangspunkt für die Auslegung die gewöhnliche, den Bestimmungen

321 *IGH*, Oil Platforms (Islamic Republic of Iran V. United States of America), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports (1996) Rn. 23.

322 Dies wurde vom IStGH in diversen Entscheidungen bestätigt, vgl. *IStGH*, Situation in the Democratic Republic of the Congo, Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary review of Pre-Trial Chamber I's 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal, ICC-01/04-168 (2006) Rn. 5; *IStGH*, Lubanga, Seperate Opinion of Judge Georghios M. Pikis, 13 June 2007, ICC-01/04-01/06 OA 8 (2007) Rn. 12; *IStGH*, Prosecutor v. Katanga and Chui, Judgment on the Appeal of the Prosecutor against the 'Decision on Evidentiary Scope of the Confirmation Hearing, Preventive Relocation and Disclosure under Article 67(2) of the Statute an Rule 77 of the Rules' of Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-776 (2008) Rn. 82; *IStGH*, Prosecutor v. Katanga and Chui, Judgment on the Appeal of the Prosecutor against the Decision on Evidentiary Scope of the Confirmation Hearing, Preventive Relocation and Disclosure under Article 67(2) of the Statute an Rule 77 of the Rules`of Pre-Trial Chamber I, Dissenting Opinion of Judge Georghios M. Pikis and Judge Daniel David Ntanda Nsereko, ICC-01/04-01/07-776 (2008) Rn. 13; *IStGH*, Situation in Darfur, Sudan, Decision on Application under Rule 103, ICC-02/05-185 (2009) Rn. 18; *IStGH*, Prosecutor v. Al Bashir, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-3 (2009) Rn. 44; *IStGH*, Prosecutor v. Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424 (2009) Rn. 361.

323 Im Völkerrecht war es lange Zeit umstritten, ob nach dem subjektiven Ansatz der Parteiwille oder nach dem objektiven Ansatz der Vertragstext für die Auslegung ausschlaggebend sei. Als herrschende Meinung durchsetzen konnte sich der objektive

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des Vertrags in ihrem Zusammenhang zukommende Bedeutung. Neben dem systematischen Zusammenhang sind dabei auch Ziel und Zweck der auszulegenden Regel und des Vertrages insgesamt zu berücksichtigen.[324] Um den Sinn und Zweck einer Vertragsregel bzw. des Vertrages insgesamt zu ermitteln, ist neben dem Vertragstext selbst auch die Präambel als niedergeschriebener und damit verobjektivierter Parteiwille heranzuziehen.

Wenn die grammatikalische, systematische und teleologische Auslegung nach Art. 31 WVK zu keinem eindeutigen oder einem offensichtlich sinnwidrigen und unvernünftigen Ergebnis führt, können als ergänzendes Auslegungsmittel nach Art. 32 WVK auch die *travaux préparatoires*, also die vorbereitenden Arbeiten und die Umstände des Vertragsabschlusses, zur historischen Auslegung herangezogen werden.[325] Im Einzelnen umstritten ist dabei, welche Dokumente als *travaux préparatoires* für die historische Auslegung beachtlich sind, insbesondere ob auch die *draft statutes* und darüber hinaus auch die Arbeiten der informellen Arbeitsgruppen im Rahmen der Rom-Konferenz beachtlich sind. Denn bei den Verhandlungen in Rom kam beispielsweise dem *draft statute* der ILC von 1994 nur eine eingeschränkte Bedeutung zu,[326] und die Ergebnisse der informellen Arbeitsgruppen wurden nicht von sämtlichen Vertragsparteien abgefasst und beruhten auch nicht notwendigerweise auf einem echten Konsens aller Vertragsparteien.[327] Daher sollte diesen Vorarbeiten zum IStGH-Statut – die teilweise unter Verweis auf persönliche Erinnerungen der Richter und Richterinnen des IStGH herangezogen werden – nur eine eingeschränkte Bedeutung zukom-

---

Ansatz, der auch Art. 31 und 32 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (WVK) zugrunde liegt, *Ipsen* 2014 § 12, Rn. 4 f.

324 Eine Darstellung der Auslegungsmethoden im Völkerstrafrecht gibt die Berufungskammer in *IStGH*, Situation in the Democratic Republic of the Congo, Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary review of Pre-Trial Chamber I's 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal, ICC-01/04-168 (2006) Rn. 33; aufschlussreich zu den Grenzen der teleologischen Auslegung zudem *IStGH*, Prosecutor v. Katanga, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/07-3436-tENG (2014) Rn. 51 ff.

325 *IStGH*, Situation in the Democratic Republic of the Congo, Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary review of Pre-Trial Chamber I's 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal, ICC-01/04-168 (2006) Rn. 40 f.

326 *Saland* in *Lee* 1999, S. 190.

327 Nach *Ipsen* kann nur auf solche Dokumente abgestellt werden, die sämtliche Vertragsparteien abgefasst haben bzw. die den später beigetretenen Parteien zugänglich gemacht worden sind und von diesen angenommen wurden. Darunter fallen jedenfalls die offiziellen vorbereitenden Dokumente zur Rom-Konferenz, *Ipsen* 2014 § 12, Rn. 18 mit Fn. 67.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

men.[328] Jedenfalls eine implizite Aussage dürfte ihnen aber zu entnehmen sein, wenn Vorschläge oder Ideen im Prozess zur Errichtung eines internationalen Strafgerichts angedacht worden sind, im Ergebnis jedoch keine Zustimmung finden konnten.

2. Weitere völkerrechtliche Auslegungskriterien

Neben den in der WVK kodifizierten Auslegungsregeln ist der Effektivitätsgrundsatz (*effet utile*) ein im Völkerrecht allgemein anerkanntes, übergeordnetes Auslegungskriterium. Eine Regelung ist danach so auszulegen, dass das Vertragsziel bestmöglich erreicht und dauerhaft gefördert wird.[329] Im Völkerstrafrecht sind weiterhin der Grundsatz der gewohnheitsrechtskonformen Auslegung[330] sowie, vor allem im Rahmen der Kriegsverbrechen, das Gebot der verbotsnormkonformen Auslegung[331] zu beachten.

II. Sonstige im IStGH-Statut normierte Maximen

1. Verbrechenselemente

Als Hilfsmittel bei der Auslegung und Anwendung der Verbrechenstatbestände sind gemäß Art. 9 Abs. 1 die Verbrechenselemente zu beachten. Auch wenn diesen keine strikte Bindungswirkung zukommt,[332] hat der IStGH ihnen in seiner bisherigen Rechtsprechung bei der Auslegung große Bedeutung zugemessen.[333] Nach Art. 9 Abs. 3 können sie aber nur insoweit Berücksichtigung finden, als sie mit dem Statut vereinbar sind.

---

328 Zurückhaltung fordernd auch *Schabas* 2020, S. 214 ff.

329 *Heintschel von Heinegg* in *Epping et al.* 2018 § 14, Rn. 16; vgl. auch *IStGH*, Prosecutor v. Katanga, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/07-3436-tENG (2014) Rn. 46.

330 So bereits *JStGH*, Prosecutor v. Tadić, Appeal Judgement, IT-94-I-A (1999) Rn. 287.

331 *Werle/Jeßberger* 2020, Rn. 230; vgl. auch *IStGH*, Prosecutor v. Katanga, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/07-3436-tENG (2014) Rn. 48.

332 *deGuzman* in *Ambos* 2022 Art. 21, Rn. 12.

333 *Werle/Jeßberger* 2020, Rn. 236. Hierzu führte die Vorverfahrenskammer aus: „[T]he Elements of Crimes and the Rules [of Procedure and Evidence] must be applied unless the competent Chamber finds an irreconcilable contradiction between these documents on the one hand, and the Statute on the other hand [...]", *IStGH*, Prosecutor v. Al Bashir, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Präjudizwirkung vorheriger Entscheidungen, Art. 21 Abs. 2

Art. 21 Abs. 2 stellt klar, dass der Gerichtshof frühere Entscheidungen bei seiner Rechtsanwendung zwar beachten kann, diesen aber keine präjudizielle Wirkung im strengen Sinne zukommt.[334]

3. Vereinbarkeit mit den Menschenrechten, Art. 21 Abs. 3

Zudem muss die Rechtsauslegung und -Anwendung durch den IStGH nach Art. 21 Abs. 3 nicht nur das bereits diskutierte Diskriminierungsverbot beachten, sondern auch im Übrigen mit den international anerkannten Menschenrechten vereinbar sein.[335]

4. Gebot der engen Auslegung und *in dubio pro reo*, Art. 22 Abs. 2

Schließlich sind in Art. 22 Abs. 2 noch das Gebot der engen Auslegung (Satz 1) und das Gebot der Auslegung zugunsten des Angeklagten im Zweifelsfall (Satz 2) verankert.[336] Noch nicht abschließend geklärt ist, ob Art. 22 Abs. 2 nur auf die Bestimmung der Merkmale eines Verbrechens Anwendung findet oder auch die in Teil 3 des IStGH-Statuts normierten allgemeinen Grundsätze des Völkerstrafrechts davon erfasst sind.[337]

B Untersuchungsbeispiele auf der Ebene des Tatbestands

I. Zur Interpretation ausfüllungsbedürftiger Tatbestandsmerkmale

Eine Möglichkeit, die universelle Geltung völkerstrafrechtlicher Normen nicht in Frage zu stellen, aber dennoch, falls erforderlich, kulturellen

against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-3 (2009) Rn. 128. Diesem Ansatz in ihrem Sondervotum jedoch widersprechend *Judge Ušacka*, Rn. 17 f.

334 *Werle/Jeßberger* 2020, Rn. 249. Mit Blick auf die Rechtssicherheit und unter Berücksichtigung verfahrensökonomischer Aspekte erscheint es grundsätzlich aber sinnvoll, sich früheren Entscheidungen, insbesondere der Rechtsmittelkammer, anzuschließen, *IStGH*, Prosecutor v. Bemba Gombo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/05-01/08-3343 (2016) Rn. 74.

335 Ausführlicher hierzu *Schabas* 2020, S. 209 ff.

336 Art. 22 Abs. 2 als Ausfluss des Legalitätsprinzips ausführlich erörternd *Grover* 2014, S. 106 ff.

337 Zum derzeitigen Stand der Diskussion *Werle/Jeßberger* 2020, Rn. 252 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Besonderheiten Bedeutung zuzumessen, könnte in der Interpretation bestimmter ausfüllungsbedürftiger Tatbestandsmerkmale liegen. Denn

> „Auslegung ist immer kontextabhängig. Unvermeidlich arbeitet die Jurisprudenz mit Vorstellungen über die soziale Wirklichkeit. Der Gesetzgeber hatte Vorstellungen über die gesellschaftlichen Zustände, die er mit seinen Gesetzen beeinflussen wollte. Jede einzelne Norm trifft auf einen Ausschnitt aus der Realität. […]. Bei jeder Begriffsbestimmung wirkt im Hintergrund eine Idee vom Wesen des Gegenstandes."[338]

In diesem Kapitel sollen daher solche Merkmale erörtert werden, zu deren genauerer inhaltlicher Bestimmung der rechtliche und gesellschaftliche Kontext in besonderem Maße zu berücksichtigen sein könnte.[339] Dies könnte insbesondere dann erwägenswert sein, wenn ein (strafbegründendes) Merkmal eine gewisse Unschärfe aufweist.[340]

1. Abgrenzung zu deskriptiven Tatbestandsmerkmalen

Für eine Deutungsgebung einzelner Merkmale unter Berücksichtigung des rechtlichen oder gesellschaftlichen Kontexts kommen grundsätzlich nur solche Merkmale in Betracht, die nicht durch unsere fünf Sinne wahrgenommen werden können (deskriptive Merkmale), sondern eine normative bzw. rechtliche Wertung verlangen.[341] Im Folgenden sollen diese Merkmale mit dem Überbegriff der ausfüllungsbedürftigen Merkmale bezeichnet werden.[342] Solche ausfüllungsbedürftigen Merkmale sind in fast

338 *Röhl*, Grundlagen der Methodenlehre II, in: Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie (2013) Rn. 60.

339 Eine solche kulturelle Sensibilität bei der Auslegung universeller Normen im Rahmen der Kriegsverbrechen anregend *Bostian,* ILSAJIntl&CompL 12 (2005), S. 12 f.

340 *Erickkson,* AFLRev 55 (2004), S. 289 f., 310 f.: „If consensus is lacking as to the ambit or meaning of the law, then greater dialogue and scrutiny are necessary."

341 Zur Unterscheidung deskriptiver und normativer Merkmale siehe *Triffterer/Ohlin* in *Ambos* 2022 Art. 32, Rn. 21; *van Sliedregt* 2003, S. 302.

342 So sollen Missverständnisse vermieden werden aufgrund des uneinheitlichen Gebrauchs der Begriffe „normative" und „rechtliche" Tatbestandsmerkmale, diese Begriffe unterscheidend z.B. *Werle/Jeßberger* 2020, S. 552 und *Triffterer/Ohlin* in *Ambos* 2022 Art. 32, Rn. 15 ff. Hingegen normative und rechtliche Elemente als „legal elements" zusammenfassend *Heller,* JICJ 6 (2008), S. 420.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

allen Verbrechenstatbeständen und sonstigen Normen des IStGH-Statuts enthalten.[343]

2. Denkbare Quellen zur Bestimmung ausfüllungsbedürftiger Tatbestandsmerkmale

Ganz überwiegend werden diese Merkmale durch Wertungen aus dem IStGH-Statut selbst, durch Verweise auf das humanitäre Völkerrecht oder durch sonstige Regeln oder Grundsätze des universellen Völkerrechts auszufüllen sein.[344] Für die inhaltliche Bestimmung kann es dann keinen Unterschied machen, an welchem Ort und von welchem Menschen diese Taten begangen werden. Bei einigen Merkmalen könnte es hingegen erforderlich sein, die Umstände der Tat oder die allgemeinen Vorstellungen von Täter und Opfern zu untersuchen, um die eigentliche Bedeutung des Merkmals im Kontext der Tat bestimmen zu können. In diesem Kapitel werden daher zum einen solche Merkmale untersucht, die ihre Bedeutung nicht durch die Inkorporation anderer Rechtsnormen erhalten, sondern durch primär außerrechtliche Wertungen oder Rationalitäten, so beispielsweise die Bestimmung einer entwürdigenden Behandlung. Gefragt wird dabei, ob bei der Auslegung einer universellen Norm des IStGH-Statuts in Abhängigkeit vom rechtskulturellen Kontext variierende außerrechtliche Wertungen berücksichtigt werden können. Zudem soll erörtert werden, ob das IStGH-Statut auch solche ausfüllungsbedürftige (normative) Merkmale enthält, die zu ihrer näheren Bestimmung einen Rückgriff auf partikulares, in Abhängigkeit von der Herkunft des Täters bzw. des Tatorts variierendes Recht verlangen oder jedenfalls erlauben.[345]

343 *Heller*, JICJ 6 (2008), S. 421, 430.

344 Auf die Inkorporation externer (völkerrechtlicher) Rechtsregime durch das IStGH-Statut hinweisend auch *IStGH*, Prosecutor v. Katanga, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/07-3436-tENG (2014) Rn. 48.

345 Als zur Anwendung kommendes partikulares Rechtsregime lässt sich zum einen an regionales Völkergewohnheits- oder Vertragsrecht denken und zum anderen an nationale Rechtsordnungen.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Bestimmung der Würde bei der erniedrigenden Behandlung, Art. 8 2) b) xxi) und Art. 8 2) c) ii)

Gemäß Art. 8 2) b) xxi) und des gleichlautenden Art. 8 2) c) ii) stellt die Beeinträchtigung der persönlichen Würde, beispielsweise durch entwürdigende und erniedrigende Behandlungen,[346] ein Kriegsverbrechen dar.

1. Auslegungshilfe durch die Verbrechenselemente

Art. 8 2) b) xxi), Ziff. 2 und Art. 8 2) c) ii), Ziff. 2 der Verbrechenselemente präzisieren, dass die entwürdigende oder erniedrigende Behandlung von einer solchen Qualität sein muss, dass sie a l l g e m e i n als Beeinträchtigung der persönlichen Würde verstanden wird.[347] Zusätzlich geben die Verbrechenselemente in Fn. 49 und Fn. 57 folgenden ausdrücklichen Hinweis:

> „This element takes into account relevant aspects of the cultural background of the victims"

2. Auslegung: Ist die Beeinträchtigung der Würde in Abhängigkeit vom kulturellen Kontext zu bestimmen?

a) Wortlaut

Unter der Würde eines Menschen versteht sich ein Achtung gebietender Wert oder eine Qualität, die einem Menschen innewohnt, sowie das innere Bewusstsein dieses eigenen Wertes. [348] Entwürdigt *(humiliated)* wird eine Person nach dem allgemeinen Sprachgebrauch, wenn ihre Würde oder

346 Zur Einordnung der genannten Begehungsformen lediglich als mögliche, nicht abschließende Beispiele siehe *Dörmann* 2003, S. 314.

347 Dieses objektive Element wird nicht durch eine spezielle subjektive Anforderung begleitet. Entsprechend den Vorgaben in Nr. 4 der allgemeinen Einleitung zu den Verbrechenselementen ist es bei solchen Elementen, die ein *value judgement* beinhalten, nicht erforderlich, dass der Täter selbst eine abschließende Bewertung vornimmt, diese erfolgt vielmehr durch das Gericht. Dies gilt auch hinsichtich der Schwere der Beeinträchtigung der Würde, siehe hierzu *Dörmann* 2003, S. 315.

348 „dignity", *OED Online*, Oxford University Press, September 2021, www.oed.com/view/Entry/52653, zuletzt abgerufen am 27.10.2021; „Würde", *Duden Online*, https://www.duden.de/node/207674/revision/207710, zuletzt abgerufen am 27.10.2021.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ihr Selbstrespekt herabgesetzt oder verletzt wird.[349] Erniedrigt *(degraded)* wird eine Person, wenn sie – moralisch oder von einer bestimmten, angesehenen Position – herabgesetzt wird.[350] Ist für die Beeinträchtigung der Würde bzw. die Entwürdigung eines Menschen nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch demnach sowohl das innere Bewusstsein dieses Menschen als auch die Herabsetzung in einem moralischen oder sonstigen Gefüge entscheidend, so legt bereits der Wortlaut es nahe, zur Bewertung dieser Kriterien den (kulturellen) Kontext miteinzubeziehen.[351]

b) Telos/Systematik/ergänzende historische Auslegung

Art. 8 2) b) xxi) und Art. 8 2) c) ii) sollen dazu dienen, Kriegsgefangene vor solchen Handlungen zu schützen, die sie in ihrer Würde herabsetzen. Welches innere Bewusstsein ein Mensch von seiner Würde hat und welche Handlungen er als entwürdigend empfindet, ist für jeden Menschen unterschiedlich und von individuellen Eigenschaften und Erfahrungen abhängig, die unter anderem durch die rechtskulturelle Sozialisierung bedingt sind.[352] Eine rein objektive Bewertung des entwürdigenden Charakters von bestimmten Handlungen, beispielsweise anhand abschließend aufgeführter möglicher Begehungsvarianten, könnte den Schutzzweck der Norm nicht erfüllen. Der subjektiv empfundenen Entwürdigung des Opfers eine entscheidende Bedeutung zuzumessen, würde demgegenüber zwar dem Ziel dienlich sein, die Würde von Kriegsgefangenen möglichst umfassend zu schützen und die Straflosigkeit jener, welche die Würde anderer Menschen herabwürdigen, zu beenden. Allerdings wäre es mit dem im Legalitätsprinzip verankerten Bestimmtheitsgebot und dem Erfordernis der Vorhersehbarkeit einer Strafbarkeit kaum vereinbar, die Schuld des Täters allein von der Empfindung des Opfers abhängig zu machen. Daher urteilte der JStGH im Verfahren gegen *Aleksovski*, dass die vom Opfer – in Abhängigkeit seines Naturells – subjektiv empfundene Schwere der Entwürdigung durch

349 „entwürdigen", *Duden Online,* https://www.duden.de/node/137581/revision/137617, zuletzt abgerufen am 27.10.2021.

350 „degrade", *OED Online*, Oxford University Press, September 2021, www.oed.com/view/Entry/49100, zuletzt abgerufen am 27.10.2021.

351 Jedoch stellt der Kommentar des IKRK bezüglich Art.14 GA III klar, dass die Achtung der Würde durch einen spezifischen Kontext nur erweitert, jedoch niemals gemindert werden kann, *ICRC,* GC III (2020) Art. 14, Rn. 1659.

352 *Ebd.* Art. 14, Rn. 1658 f, 1665 f.; *Erickkson,* AFLRev 55 (2004), S. 278 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

objektive Faktoren ergänzt werden müsse: Die entwürdigende oder degradierende Behandlung müsse in objektiver Hinsicht so intensiv sein, dass eine vernünftige Person *(reasonable person)* in ihrer Würde beeinträchtigt wäre.[353] Die Notwendigkeit der objektiven Bewertung der in Frage stehenden Handlung wurde in *Kunarac and Others* bestätigt.[354] Eine Beeinträchtigung der Würde liege nur dann vor, wenn ein Handeln oder Unterlassen allgemein als entwürdigende oder degradierende Behandlung angesehen werde.[355] Dem folgte die *PrepCom*, indem sie in Art. 8 2) b) xxi), Ziff. 2 und Art. 8 2) c) ii), Ziff. 2 der Verbrechenselemente niederschrieb, dass die entwürdigende oder erniedrigende Behandlung von einer solchen Qualität sein muss, dass sie allgemein als Beeinträchtigung der persönlichen Würde verstanden wird.

Die Einsicht, dass die Würde und die Entwürdigung eines Menschen stark durch dessen individuelles, subjektives Empfinden und persönliche Erfahrungen bestimmt werden, ist demnach in Einklang zu bringen mit dem allgemeinen strafrechtlichen Erfordernis der Vorhersehbarkeit einer Strafbarkeit.

Fn. 49 und Fn. 57 der Verbrechenselemente zu Art. 8 2) b) xxi) und Art. 8 2) c) ii) könnten hierfür einen Weg aufzeigen, indem zwar nicht der individuellen Empfindlichkeit oder Resilienz des Opfers, aber wenigstens der durch seine kulturelle Sozialisierung bedingten „Empfindlichkeit" Bedeutung zugeschrieben wird für die Bewertung der Beeinträchtigung der Würde: Unter Einbeziehung von Art. 8 2) b) xxi), Ziff. 2 sowie Fn. 49 der Verbrechenselemente wäre zu bestimmen, welches Verhalten allgemein, in Anbetracht des kulturellen Hintergrunds des Opfers, als Beeinträchtigung der Würde empfunden wird.

---

353 *JStGH*, Prosecutor v. Aleksovski, Judgement, IT-95-14/1-T (1999) Rn. 56.

354 *JStGH*, Prosecutor v. Kunarac, Kovač, and Vuković, Judgement, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T (2001) Rn. 504. Da die Beeinträchtigung der Würde, wie im Verfahren gegen *Aleksovski* festgestellt, nur einen Unterfall der duch den gemeinsamen Art. 3 der Genfer Konventionen allgemein geächteten unmenschlichen Behandlung darstelle, verwies die Hauptverfahrenskammer zudem darauf, dass auch die Qualifizierug eines Verhaltens als unmenschliche Behandlung gemäß *Delalic* objektiv zu bestimmen sei, *ebd.* Rn. 502, 506 mit Verweis auf *JStGH*, Prosecutor v. Aleksovski, Judgement, IT-95-14/1-T (1999) Rn. 54; *JStGH*, Prosecutor v. Aleksovski, Appeal Judgement, IT-95-14/1-A (2000) Rn. 26 und *JStGH*, Prosecutor v. Delalić et al., Judgement, IT-96-21-T (1998) Rn. 543.

355 *JStGH*, Prosecutor v. Kunarac, Kovač, and Vuković, Judgement, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T (2001) Rn. 507 mit Verweis in Fn. 1229 auf die gleichlautende Formulierung des finalen Entwurfs der Verbrechenselemente für den IStGH.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Integration von Fn. 49 und Fn. 57 in die Verbrechenselemente zeugt von der bei den Beratungen der *PrepCom* vorherrschenden Auffassung, dass die tatsächliche Beeinträchtigung der Würde einer Person nur relativ, in Abhängigkeit von den konkreten Umstände, bewertet werden kann und das Ausmaß der durch die Opfer empfundenen Degradierung oder Entwürdigung dabei auch von ihrem kulturellen Hintergrund abhängen kann.[356] Bei den Beratungen wurden hierfür verschiedene Beispiele diskutiert. So könnte es eine Beeinträchtigung der persönlichen Würde darstellen, wenn eine Person eine Speise zu sich nehmen muss, welche durch religiöse Vorschriften des Opfers untersagt ist.[357] Als weiteres (aus den Nachkriegsprozessen bekanntes) Beispiel wurden das Abschneiden von Haaren und das erzwungene Rauchen einer Zigarette genannt.[358] Da diese Handlungen Angehörigen der Sikh-Religion untersagt sind, bezog das australische Militärgericht sie ein, um die Schwere der entwürdigenden Behandlungen der der Sikh-Religion angehörenden Opfern zu bewerten. Zur möglichen Begründung verwies die *UN War Crimes Commission* auf den durch Art. 2, Art. 3, Art. 46 Abs. 3 sowie Art. 54 der Genfer Konventionen von 1929 gewährleisteten allgemeinen Schutz der menschlichen Behandlung von Kriegsgefangenen im Zusammenspiel mit Art. 16 der Genfer Konventionen von 1929 und Art. 18 der Haager Landkriegsordnung von 1907, welche die religiösen Rechte Kriegsgefangener schützen.[359]

---

356 *Dörmann* 2003, S. 315; diese Auffassung bestätigend *ICRC*, GC III (2020) Art. 3, Rn. 705; Art. 14, Rn. 1659, 1966; Art. 34, Rn. 2380. Auch die Rechtsprechung des EGMR erkennt an, dass das Minimum an Intensität, welches für die Qualifizierung eines Verhaltens als unmenschliche oder erniedrigende Behandlung gemäß Art. 3 EMRK erforderlich ist, relativ in Abhängigkeit aller Umstände des Einzelfalls zu bestimmen ist, so beispielsweise *EGMR*, Republic of Ireland v. the United Kingdom, Judgment, Application no. 5310/71 (1978) Rn. 162: „The assessment of this minimum is, in the nature of things, relative; it depends on all the circumstances of the case, such as duration of the treatment, its physical or mental effects, and in some cases, the sex, age, and state of health of the victim, etc." Aus diesem Grund soll das mit den Kriegsgefangenen agierende Personal auch für etwaige kulturelle Besonderheiten sensibilisiert werden, *ICRC,* GC III (2020) Art. 34, Rn. 2366.

357 *ICRC,* GC III (2020) Art. 34, Rn. 2365. Auch Art. 26 GA III gibt vor, dass die *habitual diet* der Kriegsgefangenen berücksichtigt werden soll. Insbesondere kulturell oder religiös bedingte Essensgewohnheiten und -zeiten sollen dabei beachtet werden, um so zu einer menschlichen Behandlung der Gefangenen beizutragen, *ebd.* Art. 26, Rn. 2121-2123.

358 Zu den Beratungen der *PrepCom* siehe *Dörmann* 2003, S. 315.

359 *Australian Military Court (Rabaul)*, T. Chuichi and Others, Case No. 65, in *UNWCC,* Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. XI (1949), S. 62 f. Art. 18 der Haager Landkriegsordnung lautet: „Prisoners of war shall enjoy complete liberty in

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das bereits im Haager Recht und den Genfer Konventionen von 1929 garantierte Recht von Kriegsgefangenen auf die Achtung ihrer Ehre, ihrer Überzeugungen und ihrer religiösen Gepflogenheiten als Element der menschlichen Behandlung[360] wurde durch Art. 14 i.V.m Art. 34 GA III sowie Art. 75 ZP I und Art. 4 ZP II in das moderne humanitäre Völkerrecht übertragen.[361] Art. 27 GA IV zum Schutze von Zivilpersonen enthält eine entsprechende Klausel. Aus diesen aufgrund des Chapeaus zu Art. 8 Abs. 2 b) im Rahmen der systematischen Auslegung heranzuziehenden Regeln des humanitären Völkerrechts geht hervor, welche Bedeutung das Völkerrecht dem Recht auf Achtung aller Religionen und Kulturen beimisst.[362] Dabei sind nicht nur religiöse Überzeugungen, sondern auch sonstige philosophische oder moralische Überzeugungen vom Anwendungsbereich erfasst.[363] Indem eine Verletzung dieses Rechts für sich genommen oder im Zusammenspiel mit anderen Faktoren eine Beeinträchtigung der Würde darstellen kann,[364] kann der kulturelle Kontext Bedeutung erlangen bei der Feststellung, ob eine Beeinträchtigung der Würde vorliegt. Eine weitere Norm des humanitären Völkerrechts, welche den kulturellen Kontext bei der Qualifizierung einer Handlung als entwürdigend sogar ausdrücklich einbezieht, ist Art. 52 GA III. Danach darf kein Kriegsgefangener zu Arbeiten herangezogen werden, die für einen Angehörigen der bewaffneten Kräfte des Gewahrsamsstaates als erniedrigend angesehen werden. Anders als Fn. 49 und 57 des IStGH-Statuts stellt Art. 52 GA III zwar nicht auf den kulturellen Hintergrund des Opfers, sondern den der

---

the exercise of their religion […]", fast gleichlautend Art. 16 der Genfer Konvention von 1929: „Prisoners of war shall be permitted complete freedom in the performance of their religious duties […]".

360 *ICRC,* GC III (2020) Art. 14, Rn. 1651; *ICRC,* GC IV (1958), General Remarks; *ICRC,* AP I (1987) Art. 4, Rn. 4251.

361 Dieses verlangt beispielsweise eine in Anbetracht u.a. der Religion und des kulturellen Hintergrundes angemessene Ernährung und Kleidung, *ICRC,* GC III (2020) Art. 26, Rn. 2122 und Art. 27, Rn. 2151.

362 Zur Bedeutung des Rechts auf Achtung der persönlichen Überzeugungen und religiösen Gepflogenheiten als Grundlage der Religions- und Gewissensfreiheit siehe *ICRC,* GC IV (1958) Art. 27, paragraph 1, 1. D .

363 *Ebd.* Art. 27, paragraph 1, 1. D; *ICRC,* AP I (1987) Art. 75, Rn. 3034; *ICRC,* AP II (1987) Art. 4, Rn. 4522. Art. 27 GA IV schützt zudem ausdrücklich auch sonstige Gewohnheiten und Gebräuche. Während unter Gewohnheiten persönliche Eigenschaften zu verstehen sind, sind Gebräuche stärker objektiv zu bestimmen und meinen die von der Gemeinschaft akzeptierten Verhaltensregeln, *ICRC,* GC IV (1958) Art. 27, paragraph 1, 1. E.

364 *ICRC,* GC III (2020) Art. 34, Rn. 2381.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Täter ab.[365] Auch diese Norm bestätigt aber die Erkenntnis, dass zur Bewertung der entwürdigenden Qualität einer Handlung ein Standard angelegt werden muss, der sich weder am persönlichen Empfinden eines Individuums bemisst noch anhand universeller Kriterien zu bestimmen ist, sondern einen objektivierten, aber durch die partikularen Regeln einer Gemeinschaft geformten Standpunkt einnimmt.[366]

Aus alledem folgt, dass es dem durch Art. 8 2) b) xxi) und Art. 8 2) c) ii) verfolgten Schutz der Würde der Kriegsgefangenen als ein Element des konfliktvölkerrechtlichen Grundprinzips der menschlichen Behandlung von Kriegsgefangenen zuwiderlaufen würde, den kulturellen Hintergrund bei der Bewertung, ob eine Beeinträchtigung der Würde vorliegt, auszublenden. Damit ist ein erstes ausfüllungsbedürftiges Tatbestandsmerkmal identifiziert, zu dessen näherer Bestimmung es – wie in den Verbrechenselementen niedergeschrieben – zulässig und ggf. auch erforderlich ist, den kulturellen (partikularen) Hintergrund des Opfers zu betrachten.[367] Anders als durch den JStGH prognostiziert,[368] könnte dann auch die Frage nach dem Wissen des Täters um die Einordnung einer Handlung als Beeinträchtigung der Würde Bedeutung erlangen.[369]

365 *ICRC,* GC III (2020) Art. 52, Rn. 2752 f.

366 Ähnlich *ebd.* Art. 52, Rn. 2752.

367 So auch *ICRC,* GC III (2020) Art. 34, Art. 3, Rn. 705 und Art. 34, Rn. 2380; *Dörmann* 2003, S. 315. Kulturelle Betrachtungen zur Bewertung entwürdigender oder degradierender Handlungen ebenfalls erwägend *Gavshon* in *Clapham/Gaeta/Sassòli* (2015), S. 294, Rn. 58 und *Renteln,* SouthwestJIntL 18 (2011), S. 268.

368 *JStGH*, Prosecutor v. Kunarac, Kovač, and Vuković, Judgement, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T (2001) Rn. 513: „In practice, the question of knowledge of the nature of the act is unlikely to be of great significance. When the objective threshold of the offence is met – i.e. the acts or omissions would be generally considered to be seriously humiliating, degrading or otherwise a serious attack on human dignity – it would be rare that a perpetrator would not also know that the acts could have that effect."

369 Denkbar wäre zum einen, dass der Täter nicht um die durch die kulturelle Sozialisierung bedingte „besondere Empfindlichkeit" des Opfers weiß. Wird der kulturelle Hintergrund des Opfers berücksichtigt, so schließt sich die Frage an, ob bei der Prüfung der subjektiven Tatseite dann auch – die Wertung aus Art. 52 III. GA aufnehmend – der kulturelle Hintergrund des Täters berücksichtigt werden muss (hierfür plädierend *Erickkson,* AFLRev 55 (2004), S. 288 ff.). Näher diskutiert wird die Beachtlichkeit von Rechtsirrtümern bzgl. ausfüllungsbedürftiger Tatbestandsmerkmale in Teil 2 Kapitel 4 B II. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Resümee und Anwendungsbeispiel

Welche Bedeutung dem kulturellen Hintergrund bei der Qualifizierung einer Handlung als entwürdigend zukommt, wurde auch bezüglich der Behandlung inhaftierter Taliban und Al-Qaida-Kämpfer durch Angehörige der US-Armee öffentlich diskutiert.[370] Hier stellte sich die Frage, ob das Abschneiden der Bärte der Gefangenen unter Berücksichtigung von deren religiöser Bedeutung eine die Regeln des humanitären Völkerrechts oder die Menschenrechte verletzende entwürdigende Behandlung darstellen könnte. *Erickkson* gelangt in seiner ausführlichen Analyse der Frage zwar zu dem Ergebnis, dass die seines Erachtens notwendige besondere Erniedrigungsabsicht *(„a conscious objective or desire to engage in the prohibited conduct")*[371] aufgrund der mit dem Schneiden der Bärte verfolgten Sicherheitsinteressen sowie hygienischer Erwägungen nicht vorliege und das Schneiden der Bärte daher keine durch das humanitäre Völkerrecht untersagte Beeinträchtigung der Würde darstelle.[372] Dennoch erkennt er an, dass die Eignung einer Handlung als entwürdigende Behandlung vom kulturellen Hintergrund des Opfers abhängen kann, und dieser Aspekt daher sowohl bei der Bewertung der Schwere der Beeinträchtigung der

370 Ob es sich bei den Taliban und/oder bei den al-Qaida Kämpfern um vom Schutz der Genfer Konventionen umfasste Kriegsgefangene oder um unrechtmäßige Kombattanten handelt ist umstritten, dies umfassend erörternd z.B. *Wieczorek* 2011, Kapitel 3.

371 *Erickkson,* AFLRev 55 (2004), S. 284. Das Erfordernis einer besonderen Erniedrigungsabsicht wird jedoch ganz überwiegend abgelehnt, siehe z.B. *JStGH*, Prosecutor v. Aleksovski, Judgement, IT-95-14/1-T (1999) Rn. 56; *JStGH*, Prosecutor v. Kunarac, Kovač, and Vuković, Judgement, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T (2001) Rn. 509; *JStGH*, Prosecutor v. Aleksovski, Appeal Judgement, IT-95-14/1-A (2000) Rn. 27; so auch *Dörmann* 2003, S. 323 f.

372 *Erickkson,* AFLRev 55 (2004), S. 300 ff. Neben dem Abschneiden der Bärte untersucht er auch, ob unter Berücksichtigung des kulturellen Hintergrundes das Abtasten muslimischer Frauen durch amerikanische, männliche Soldaten als Beeinträchtigung der Würde zu qualifizieren ist, verneint dies aber ebenfalls unter Hinweis auf die damit verfolgten Sicherheitsinteressen (S. 305 ff.). Ob diesen Ergebnissen zuzustimmen ist, also insbesondere welche Bedeutung nationalen Sicherheitsinteressen in der Abwägung zukommt und welche Anforderungen an die innere Tatseite zu stellen sind, muss hier nicht abschließend beantwortet werden.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Würde des Opfers[373] als auch bei der Prüfung des Vorsatzes des Täters oder der Täterin miteinbezogen werden sollte.[374]

Diese Einschätzung entspricht dem hier erlangten Auslegungsergebnis. Bei einer Prüfung der betreffenden Handlung auf eine Verletzung von Art. 8 Abs. 2 b) xxi) hin wäre entsprechend der Hinweise aus Art. 8 2) b) xxi), Ziff. 2 und Fn. 49 der Verbrechenselemente zu untersuchen, ob das Abschneiden der Bärte allgemein, in Anbetracht des kulturellen Hintergrunds des Opfers, als Beeinträchtigung der Würde empfunden wird. Dies bedeutet nicht, dass ein schlichter Verweis auf die Kultur oder allgemein vorherrschende Praktiken ausreichen kann, um entweder bereits dem Opfer die Beeinträchtigung der Würde abzusprechen oder aber dem Täter einen beachtlichen Rechtsirrtum zuzugestehen.[375] Vielmehr sollten Fn. 49 und 57 als Einladung an den Gerichtshof verstanden werden, sofern relevant auch den kulturellen Hintergrund mit einzubeziehen, um zu bewerten, ob ein durchschnittlicher, vernünftiger Mensch *(reasonable person)* durch die betreffende Handlung in seiner Würde beeinträchtigt würde. Dies erscheint beim Abschneiden von Bärten, wie auch durch das australische Militärgericht in dem Nachkriegsprozess anerkannt, jedenfalls erwägenswert.

Mit einer solchen Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Entwürdigung erlangt der rechtskulturelle Hintergrund zwar Bedeutung bei der Prüfung einer Norm des universellen Völkerstrafrechts. Um Rechtspluralismus handelt es sich dabei aber nicht, da nicht unterschiedliche Rechtsordnungen auf den gleichen Sachverhalt zur Anwendung kommen, sondern lediglich der Hintergrund des Täters zur Deutungsgebung eines ausfüllungsbedürftigen normativen Tatbestandsmerkmals herangezogen wird. Denn der entwürdigende Charakter einer Handlung kann nur unter Berücksichtigung individueller Eigenschaften der angegriffenen Person geprüft werden, welche unter anderem durch die Herkunft eines Angeklagten bedingt sein mögen.

Ist die Berücksichtigung individueller Eigenschaften also erforderlich, um das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals überhaupt prüfen zu können, kann darin auch dann keine von Art. 21 Abs. 3 umfasste nachteilige Unterscheidung liegen, wenn die bei der Prüfung des Tatbestandsmerkmals

373 *Erickkson,* AFLRev 55 (2004), S. 271 f., 279, 289.

374 *Ebd.* S. 288 ff. Um festzustellen, ob ein Täter mit dem spezifischen Vorsatz handelte, das Opfer zu entwürdigen, müssten daher auch die anderen durch die betreffende Handlung verfolgten Ziele untersucht werden, *ebd.* S. 272, 300 ff.

375 So auch *Erickkson,* AFLRev 55 (2004), S. 290 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

berücksichtigten individuellen Eigenschaften in den von Art. 21 Abs. 3 aufgezählten Differenzierungsmerkmalen begründet liegen. Die Berücksichtigung des rechtskulturellen Kontexts bei der Prüfung von Art. 8 2) b) xxi) und Art. 8 2) c) ii) ist demnach auch mit Blick auf das Verbot nachteiliger Unterscheidung aus Art. 21 Abs. 3 unproblematisch.

III. Kulturgüterschutz, Art. 8 Abs. 2 b) ix) und Art. 8 Abs. 2 e) iv) i.V.m. Art. 17 Abs. 1 d)

1. Kulturgüterschutz im Völkerstrafrecht

a) Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Völkermord

In verschiedenen Konflikten der vergangenen Jahre stellt die Zerstörung von Kulturgütern nicht mehr nur einen „Begleitschaden" dar, sondern Objekte werden zunehmend gerade aufgrund ihrer kulturellen Bedeutung angegriffen.[376] Daher ist auch die völkerstrafrechtliche Relevanz solcher Taten in der jüngeren Rechtsprechung und Wissenschaft stärker in den Fokus gerückt.[377] Eine Prüfung ist sowohl unter der Kategorie der Kriegsverbrechen als auch im Rahmen des Verfolgungstatbestands der Verbrechen gegen die Menschlichkeit denkbar. Teilweise wird die Zerstörung von Kulturgütern einer bestimmten Gruppe auch als Indiz zum Nachweis der Zerstörungsabsicht im Völkermordtatbestand herangezogen.[378]

Eine einheitliche Definition, was im Völkerrecht unter „Kultur" oder „Kulturgütern" zu verstehen ist, existiert nicht. Da der Begriff der „Kultur" oder der „Kulturgüter" in keinem der durch das IStGH-Statut normierten Tatbestände explizit erwähnt wird,[379] ist es für den hiesigen Forschungs-

376 So beispielsweise die Zerstörung kultureller Stätten in Syrien durch ISIS, siehe hierzu das Statement von *Ban Ki-moon (UN Secretary-General), Irina Bokova (UNESCO Director-General)* und *Lakhdar Brahimi (UN and League of Arab States Joint Special Representative for Syria)*: The destruction of Syria's cultural heritage must stop, 12.03.2014, https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2014-03-12/statement-un-secretary-general-ban-ki-moon-unesco-director-general, zuletzt abgerufen am 15.12.2021.

377 Siehe z.B. *Drumbl,* JICJ 17 (2019), S. 79 ff. mit weiteren Nachweisen.

378 *Frulli* in *Francioni/Vrdoljak* 2020, S. 13 f.

379 Der Begriff der Kultur *(culture)* findet lediglich in Abs. 1 der Präambel Eingang in das IStGH-Statut; außerdem können Verbrechen gegen die Menschlichkeit gemäß

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zweck nicht erforderlich, diese Begriffe umfassend zu definieren.[380] Hier soll lediglich danach gefragt werden, inwiefern die Wichtigkeit eines kulturellen Objekts für eine partikulare Gruppe bei der Prüfung der Kulturgüter schützenden Tatbestände Bedeutung erlangt und somit der rechtskulturelle Kontext einer Tat bei der Strafverfolgung vor dem IStGH relevant wird. Sofern die Zerstörung von Kulturgütern nicht nur als Kriegsverbrechen, sondern auch im Rahmen des Verfolgungstatbestandes als Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder als Aspekt der Völkermordabsicht geprüft wird, wird dabei g e r a d e auf die Wichtigkeit des zerstörten Kulturguts für die angegriffene Gruppe abgestellt: Im Kontext des Verfolgungstatbestandes dreht sich die Diskussion darum, ob ein Angriff auf eine Gruppe bereits dann vorliegt, wenn Kulturgüter angegriffen werden,[381] und bei der Prüfung des Völkermordtatbestandes wird diskutiert, ob auch die Zerstörung von Kulturgütern als Nachweis der Zerstörungsabsicht herangezogen werden kann.[382] Diese Aspekte betreffen also die Frage, inwiefern Angriffe auf Kulturgüter bei der Prüfung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder des Völkermordtatbestandes relevant werden können. Wird dies grundsätzlich bejaht, so kann die Prüfung der genannten Tatbestandsmerkmale in einem konkreten Fall notwendigerweise nur anhand eines konkreten und somit bestimmten Kontexts durchgeführt werden. Um die dieser Arbeit übergeordneten Fragestellung, ob der Inhalt eines Tatbestandmerkmales in Abhängigkeit des konkreten rechtskulturellen Kontexts variieren kann, geht es dabei nicht.

Allein im Kontext des in den Kriegsverbrechen verankerten Kulturgüterschutzes (Art. 8 Abs. 2 b) ix) und Art. 8 Abs. 2 e) iv)) stellt sich die abstrakte Frage, ob die Tauglichkeit eines Objekts als Tatobjekt und die Qualifizierung eines Angriffs als (verfolgungswürdiges) völkerstrafrechtswidriges Verhalten bzw. die Schwere dieser Tat aus einer universellen Perspektive heraus vorzunehmen ist oder ob die Vorstellungen einer partikularen Gruppe hierbei eine besondere Bedeutung einnehmen. Diese Arbeit fokussiert sich daher allein auf den in den Kriegsverbrechen integrierten Kulturgüterschutz. Ob hierbei den spezifischen Einstellungen und Wertungen einer partikularen Gruppe bei der Prüfung einer universellen Norm des Völker-

Art. 7 Abs. 1 h) unter anderem durch die Verfolgung einer Gruppe aus kulturellen Gründen verwirklicht werden.

380 Siehe z.B. zur Unterscheidung von „cultural property" und „cultural heritage" *Frigo,* RevICR 86 (2004).

381 Näher *Frulli* in *Francioni/Vrdoljak* 2020, S. 9 ff.

382 *Ebd.* S. 12 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

strafrechts Bedeutung zukommen kann, hängt von der im Folgenden zu erörternden Schutzrichtung der Art. 8 Abs. 2 b) ix) und Art. 8 Abs. 2 e) iv) ab.

b) *Civil Use Dimension, Cultural Value Dimension* und *Human Dimension*

In Art. 8 Abs. 2 b) ix) und dem wortgleichen Art. 8 Abs. 2 e) iv) als Spezialfälle des Angriffs auf zivile Objekte[383] wird der Schutz bestimmter Objekte zusammengefasst, denen eine besondere Bedeutung zukommt.[384] Geschützt werden unter anderem solche Objekte, die der Religion[385], der Erziehung oder der Kunst gewidmet sind sowie geschichtliche Denkmäler.[386] Hiervon erfasst sind nach dem durch den IStGH ausgesprochenen Urteil gegen *Al Mahdi* auch solche Objekte, die eine besondere Bedeutung für das kulturelle Erbe einnehmen.[387]

Noch nicht abschließend geklärt ist, auf welchen Gründen der in Art. 8 Abs. 2 b) ix) und Art. 8 Abs. 2 e) iv) enthaltene Kulturgüterschutz beruht: Im humanitären Völkerrecht ist in unterschiedlichen Instrumenten parallel der *civil use approach* und der *cultural value approach* gewachsen. Als dritte Dimension wird die vor allem durch die Rechtsprechung des JStGH entwickelte *human dimension* genannt, die der Qualifizierung von Angriffen auf Kulturgüter als Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Heranziehung solcher Angriffe zum Nachweis der Völkermordabsicht zugrunde liegt.[388]

---

383 Als lex specialis gegenüber dem allgemeinen Angriff auf zivile Objekte einordnend z.B. *IStGH*, Prosecutor v. Al Mahdi, Judgment and Sentence, ICC-01/12-01/15-171 (2016) Rn. 12; für weitere Nachweise siehe *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 1429, Fn. 749.

384 *JStGH*, Prosecutor v. Jokić, Sentencing Judgement, IT-01-42/1-S (2004); *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 1423.

385 In der deutschen Übersetzung des IStGH-Statuts wird der englische Begriff „religion" (in der französischen Fassung „la religion") mit Gottesdienst übersetzt.

386 Der Schutz dieser Objekte entfällt jedoch, wenn es sich bei dem Objekt um ein zulässiges militärisches Ziele handelt, *JStGH*, Prosecutor v. Brdanin, Judgement, IT-99-36-T (2004) Rn. 596 ff.; *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 1423, Fn. 723 mit weiteren Nachweisen.

387 *IStGH*, Prosecutor v. Al Mahdi, Judgment and Sentence, ICC-01/12-01/15-171 (2016) Rn. 17.

388 Erhellend zu diesen drei Dimensionen des Kulturgüterschutzes durch das Völkerstrafrecht *Frulli* in *Francioni/Vrdoljak* 2020, insbes. S. 2 und 16.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa) *Civil Use Approach*

Die frühesten kulturelle Güter schützenden Instrumente des humanitären Völkerrechts sind die Haager Konventionen von 1899 und 1907.[389] Indem durch diese (an Staaten gerichtete) Regeln Gebäude einen besonderen Schutz erfahren, in denen sich typischerweise viele Zivilisten aufhalten oder die eine besondere Bedeutung für das alltägliche Leben einnehmen, dienen sie dem Schutz der nicht mehr am Kampfgeschehen beteiligten Zivilsten und sind somit Ausdruck des *civil use approach* des Kulturgüterschutzes.[390]

bb) *Cultural Value Approach*

Mit der 1954 angenommenen Haager Konvention zum Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten (im Folgenden Haager Kulturgutkonvention) wurde erstmals der Kulturgütern innewohnende eigene Wert für die Menschheit in den Fokus gerückt und dem Schutz des humanitären Völkerrecht unterstellt.[391] Dazu heißt es in Art. 1 Haager Kulturgutkonvention:

> „For the purposes of the present Convention, the term "cultural property" shall cover, irrespective of origin or ownership: (a) movable or

389 In den Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, Annex to the Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land (The Hague, 18 October 19007) heißt es in Art. 27: „In sieges and bombardments all necessary steps must be taken to spare, as far as possible, buildings dedicated to religion, art, science, or charitable purposes, historic monuments, hospitals, and places where the sick and wounded are collected, provided they are not being used at the time for military purposes". Art. 56 lautet: „All seizure of, destruction or wilful damage done to institutions of this character, historic monuments, works of art and science, is forbidden, and should be made the subject of legal proceedings."

390 *Frulli* in *Francioni/Vrdoljak* 2020, S. 2 f. Auch dem erstmals individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit begründenden Art. 6 b) IMT-Statut lag der *civil use approach* zugrunde, *ebd.* S. 3.

391 Seinen Urprung findet dieser Ansatz bereits im interamerikanischen Roerich-Pakt vom 15. April 1935 (*Treaty on the Protection of Artistic and Scientific Institutions and Historic Monuments*, abrufbar unter https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=4E01F64F355E8CEDC12563CD005197AC, zuletzt abgerufen am 10.12.2021). Darin heißt es in der Präambel: „[…]in order thereby to preserve in any time of danger all nationally and privately owned immovable monuments which form the cultural treasure of peoples […]."

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

immovable property of great importance to the cultural heritage of *every people* […]"[392]

Der darin verkörperte *cultural value approach*[393] wurde durch ZP I und ZP II rezipiert[394] und im zweiten Zusatzprotokoll zur Haager Kulturgüterkonvention weiter präzisiert.

cc) Rechtsprechung und Statut des JStGH und die Human Dimension des Kulturgüterschutzes

Die Statuten für den JStGH und den RStGH wurden hingegen wiederum im Geiste des klassischen *civil use approach* verfasst. Der durch die Haager Kulturgüterkonvention eingeschlagene Weg, bestimmte Güter gerade wegen ihres kulturellen Wertes als solchem – sei es für die Menschheit als Ganze oder für die lokale Gemeinschaft – zu schützen, hat zumindest in den Statuten der Ad-hoc-Tribunale keinen Niederschlag gefunden.[395] Dennoch enthalten diverse Urteile des JStGH ausführliche Einlassungen zum kulturellen Wert der zerstörten historischen Denkmäler als solchen. So betonte die Hauptverfahrenskammer im Verfahren gegen *Jokić:*

„[t]he whole of the Old Town of Dubrovnik was considered, at the time of the events contained in the Indictment, an especially important part *of the world cultural heritage*. It was, among other things, an outstanding architectural ensemble illustrating a significant stage in human history. The shelling attack on the Old Town was an attack *not only against the history and heritage of the region, but also against the cultural heritage of humankind*."[396]

Neben diesem *cultural value approach* rückte die Rechtsprechung des JStGH die *human dimension* des Kulturgüterschutzes auch bei Kriegsver-

392 Herv. durch die *Verf.*
393 *Drumbl,* JICJ 17 (2019), S. 81 f.
394 *Frulli* in *Francioni/Vrdoljak* 2020, S. 3 f., siehe Art. 53 ZP I, Art. 16 ZP II, Art. 85 Abs. 4 d) ZP I.
395 *Ebd.* S. 4 f. Die Aufzählung in Art. 3 d) JStGH-Statut erfasst „institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, historic monuments and works of art and science".
396 *JStGH*, Prosecutor v. Jokić, Sentencing Judgement, IT-01-42/1-S (2004) Rn. 51, Herv. durch die *Verf.*

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

brechen in den Fokus,[397] indem beispielsweise der spirituelle Wert zerstörter Stätten für die lokale Gemeinschaft in die Bewertung der Schwere der Tat einbezogen wurde.[398]

dd) Relevanz für die einzunehmende Perspektive (universell versus relativ)

Aufgeworfen wurde die Frage, inwiefern die Bedeutsamkeit eines Kulturguts für eine partikulare Gruppe relevant ist, um das Vorliegen oder die Schwere eines Kriegsverbrechens gegen Kulturgüter zu bewerten.

Beinhaltet der durch Art. 8 Abs. 2 b) ix) und Art. 8 Abs. 2 e) iv) verwirklichte völkerstrafrechtliche Kulturgüterschutz zumindest auch eine *human dimension,* so muss nach der Rechtsprechung des JStGH für die Bewertung der Schwere der Tat gerade der (spirituelle) Wert der zerstörten Stätten für die lokale Gemeinschaft in den Blick genommen werden. Soll der völkerstrafrechtliche Kulturgüterschutz primär durch den *civil use approach* begründet werden, kommt es darauf an, welchem Zwecke die Stätte durch die lokale Gemeinschaft gewidmet wurde.[399] Dies kann, unter anderem, ein kultureller Zweck sein. Unbeachtlich ist dabei, ob die zerstörte Stätte u n i v e r s e l l, von der Menschheit als solcher, als bedeutsam erachtet wird.

Die „relativen" Vorstellungen einer partikularen Gruppe hinsichtlich des kulturellen Werts eines zerstörten Kulturguts bei der Einordnung als taugliches Tatobjekt nach Art. 8 Abs. 2 b) ix und Art. 8 Abs. 2 e) iv) oder bei der Bewertung der Erheblichkeit mit einzubeziehen, wäre demnach nur dann ausgeschlossen, wenn der völkerstrafrechtliche Kulturgüterschutz strikt auf dem *cultural value approach* beruhte, und zwar in der Ausgestaltung, die dieser durch die Haager Kulturgüterkonvention und dessen zweites Zusatzprotokoll erfahren hat. Denn nur diese Instrumente legen den Fokus

397 Wie oben festgehalten, ist diese Dimension vor allem bedeutsam für die Qualifizierung der Zerstörung von Kulturgütern als Verbrechen gegen die Menschlichkeit und für die Heranziehung als Indiz zum Nachweis der Völkermordabsicht.

398 *Frulli* in *Francioni/Vrdoljak* 2020, S. 7 f., dabei verweist sie unter anderem auf *JStGH*, Prosecutor v. Hadzihasanovic and Kubura, Judgement, IT-01-47-T (2006) Rn. 63.

399 Daher wird diese Dimension des völkerstrafrechtlichen Kulturgüterschutzes von manchen auch als relativistisch bezeichnet, so z.B. *Casaly*, JICJ 14 (2016), S. 1200, 1204 f., 1217 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auf den besonderen Wert der geschützten Güter für die Menschheit als solche.[400]

2. Die Wichtigkeit des Angriffsobjekts für die betroffene Bevölkerung als Kriterium zur Bewertung der Schwere der Tat (am Beispiel des Verfahrens gegen *Al Mahdi*)

a) Die Anklage gegen *Al Mahdi*

Al Mahdi wurde als Mitglied der islamistischen Gruppe Ansar Dine wegen der Zerstörung von der Religion gewidmeten Gebäuden und historischen Stätten (Art. 8 Abs. 2 e) iv)) in Timbuktu angeklagt.[401] In dem mit einem Schuldbekenntnis *Al Mahdis* endenden Verfahren erfolgte erstmals eine Anklage durch ein internationales Strafgericht allein aufgrund von Verbrechen gegen Kulturgüter.[402] Bis auf eine der zerstörten Stätten handelte es sich bei allen angegriffenen Stätten um durch die UNESCO gelistetes Weltkulturerbe.[403]

b) Die Erheblichkeitsschwelle des Art. 17 Abs. 1 d)

Gemäß Art. 17 Abs. 1 d) ist ein Verfahren vor dem IStGH nicht zulässig, wenn die Sache nicht schwerwiegend genug ist, um weitere Maßnahmen zu rechtfertigen. Darin kommt die Funktion des Völkerstrafrechts zum Ausdruck, nur die schwersten Verbrechen, welche die internationale Ge-

400 Hingegen betont *Bensouda* zwar ebenfalls den in der Zerstörung der Mausoleen in Timuktu liegenden Angriff auf universelle Werte der Menschheit, begündet dies aber vor allem damit, dass die Vielfalt des menschlichen kulturellen Erbes bedroht wird, wenn Kulturgüter, welche für eine partikulare Gruppe besonders bedeutsam oder identitätsstiftenden sind, zerstört werden, *OTP*, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, at the opening of Trial in the case against Mr Ahmad Al-Faqi Al Mahdi (2016).

401 *OTP*, Prosecutor v. Al Mahdi, Chef D'accusation Retenu Par L'accusation Contre Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC-01/12-01/15-62 (2015).

402 *IStGH,* Press Release, Situation in Mali: Ahmad Al Faqi Al Mahdi surrendered to the ICC on charges of war crimes regarding the destruction of historical and religious monuments in Timbuktu, ICC-CPI-20150926-PR1154, vom 26.09.2015.

403 *OTP*, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, at the opening of Trial in the case against Mr Ahmad Al-Faqi Al Mahdi (2016).

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

meinschaft als Ganze berühren, zu bestrafen.[404] Die Frage der Schwere der Tat wird bei der Eröffnung der Untersuchung einer Situation durch die Anklage und bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Sache durch das Gericht relevant.[405] Kommt es zur Verurteilung, so ist sie gemäß Art. 78 Abs. 1 schließlich auch bei der Strafzumessung zu beachten.[406]

Dabei stellt sich die Frage, aus welcher Perspektive die Schwere der Tat zu bewerten ist: Musste die Zerstörung der Mausoleen für die lokale Gemeinschaft aufgrund ihrer besonderen, identitätsstiftenden Bedeutung besonders schwer wiegen oder ist entscheidend, ob die kulturellen Stätten als *world cultural heritage* für die Weltgemeinschaft besonders bedeutsam waren?[407] Um diese Frage zu beantworten, genügt es nicht, auf die Präambel des Statuts zu verweisen, welche in Abs. 4 bekräftigt, dass die „*most serious crimes of concern to the international community as a whole*" nicht unbestraft bleiben dürfen. Denn die internationale Gemeinschaft könnte auch deshalb als Ganze berührt sein, weil der Verlust des kulturellen Erbes einer bestimmten Gruppe immer auch einen Verlust für das „zerbrechliche Mosaik"[408] der ganzen Weltgemeinschaft darstellt.[409]

Da *Al Mahdi* ausschließlich auf Grundlage von Art. 8 Abs. 2 e) iv) angeklagt wurde, musste die Zerstörung der Kulturgüter s e l b s t die Erheblichkeitsschwelle des Art. 17 Abs. 1 d) überschreiten. Genauere Anordnungen

404 Siehe Absatz 4 der Präambel und Art. 1 IStGH-Statut, näher wird die Erheblichkeit einer Tat als Selektionskriterium in den Schlussbetrachtungen B I. dieser Arbeit erörtert.

405 Zur Frage, welcher Entscheidungsspielraum der Anklage hierbei zusteht und inwieweit eine diesbezügliche Entscheidung der Anklage der Kontrolle durch das Gericht unterliegt siehe z.B. *deGuzman,* ASIL 19 (2015) und *deGuzman* 2020 4. Kapitel.

406 Ausführlich hierzu *deGuzman* 2020 6. Kapitel.

407 Dies diskutierend z.B. *Drumbl,* JICJ 17 (2019) und *Casaly*, JICJ 14 (2016).

408 Diese Formulierung wird in Abs. 1 der Präambel des IStGH-Statuts verwendet: „[...]im Bewusstsein, dass alle Völker durch gemeinsame Bande verbunden sind und ihre Kulturen ein gemeinsames Erbe bilden, und besorgt darüber, dass dieses zerbrechliche Mosaik jederzeit zerstört werden kann[...]."

409 Ähnlich *Raimondo,* IntlCLR 11 (2011), S. 300; in diese Richtung auch *OTP*, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, at the opening of Trial in the case against Mr Ahmad Al-Faqi Al Mahdi (2016): „[…]humanity's common heritage is subject to repeated and planned ravages by individuals and groups whose goal is to eradicate any representation of a world that differs from theirs by eliminating the physical manifestations that are at the heart of communities. The differences and values of these communities are thus simply denied and annihilated. […] This is a crime against that which constitutes the richness of whole communities. And it is thus a crime that impoverishes us all and damages universal values we are bound to protect."

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zur Bestimmung, wann die Erheblichkeitsschwelle erreicht ist, enthält das IStGH-Statut nicht.[410] Die Anklagebehörde geht davon aus, dass hierbei sowohl qualitative als auch quantitative Erwägungen anzustellen sind.[411] In den *Regulations of the Office of the Prosecutor* findet sich eine nicht abschließende Liste zu berücksichtigender Faktoren, die neben „*scale, nature, manner of commission of the crimes*" auch den „*impact*" nennt.[412] Wie schwer eine Tat qualitativ wiegt und welchen *impact* sie hat, hängt demnach auch von der Intensität des Eingriffs in das durch die verletzte Norm geschützte Rechtsgut ab. Um dies bewerten zu können, muss zunächst geklärt werden, welche Schutzrichtung der verletzten Norm innewohnt.[413] Soll Art. 8 Abs. 1 e) iv) auch oder gerade die lokale Gemeinschaft vor den emotionalen, psychologischen oder ihre Gruppenidentität betreffenden Schäden schützen, welche mit der Zerstörung kultureller Stätten einhergeht, so ist für die Bewertung der Schwere der Tat entscheidend, welche Bedeutung die lokale Gemeinschaft den angegriffenen Objekten beimisst. Wie bereits dargelegt, wäre dieser Faktor nur dann nicht zu berücksichtigen, wenn Art. 8 Abs. 2 e) iv) allein auf einem *cultural value approach* im Sinne der Haager Kulturgüterkonvention und ihres zweiten Zusatzprotokolls beruhte und daher nur solche kulturellen Güter besonders schützen soll, die universell als besonders bedeutsam für die Menschheit als solche angesehen werden. Im Folgenden soll daher untersucht werden,

410 Grundlegend zur Erheblichkeitsschwelle *deGuzman* 2020.

411 *OTP*, Situation in Mali, Article 53(1) Report (2013) Rn. 143. Wie hoch diese Schwelle anzusetzen ist soll hier nicht näher untersucht werden, näher *deGuzman* 2015 und *deGuzman* 2020 4. Kapitel.

412 Regulation 29 Abs. 2: „In order to assess the gravity of the crimes allegedly committed in the situation the Office shall consider various factors including their scale, nature, manner of commission, and impact." (Regulations of the Office of the Prosecutor (ICC-BD/05-01-09), in Kraft getreten am 23.04.2003.)

413 Siehe hierzu *Drumbl,* JICJ 17 (2019), S. 81 f., 84 ff. Der von *Casaly* vorgenommene Verweis auf die *Comoros* Entscheidung der Vorverfahrenskammer hilft nur bedingt (*Casaly*, JICJ 14 (2016), S. 1217). Aus dieser geht zwar hervor, dass „[t]he physical, psychological or emotional harm suffered by the direct and indirect victims of the identified crimes must not be undervalued and needs not be complemented by a more general impact of these crimes beyond that suffered by the victims", *IStGH*, Situation on Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia, Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor's decision not to initiate an investigation, ICC-01/13-34 (2015) Rn. 47. Anders als bei den im Verfahren gegen *Al Mahdi* verhandelten Angriffen auf kulturelle Stätten, war hier jedoch nicht fraglich, ob und inwieweit die etwaigen Tötungen und Angriffe auf die Würde von Personen überhaupt individuelle Rechtsgüter betreffen.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ob die übrigen Auslegungsmethoden (Wortlaut, Systematik und Historie) den Schluss zulassen, dass Art. 8 Abs. 2 e) iv) gerade diese Schutzrichtung verfolgt.

c) Auslegung von Art. 8 Abs. 2 e) iv)

aa) Wortlaut

Indem der im Verfahren gegen *Al Mahdi* einschlägige Art. 8 Abs. 2 e) iv) in derselben Regelung Angriffe auf „Gebäude, die dem Gottesdienst, der Erziehung, der Kunst, der Wissenschaft oder der Wohltätigkeit gewidmet sind, auf geschichtliche Denkmäler, Krankenhäuser und Sammelplätze für Kranke und Verwundete" aufführt, ist der Wortlaut angelehnt an die klassischen Formulierungen der Haager Konventionen von 1907.[414] Ihm ist folglich nicht zu entnehmen, dass der Schutz eines bestimmten Kulturguts davon abhängen soll, dass es sich um ein aufgrund seines besonderen Wertes für die Menschheit als solche besonders geschütztes Kulturgut handeln muss, wie die Haager Kulturgüterkonvention und deren zweiten Zusatzprotokoll es verlangen.[415] Art. 17 Abs. 1 d) spricht lediglich von der Schwere eines Falls, ohne diesen Begriff näher zu spezifizieren. Der Wortlaut von Art. 8 Abs. 2 e) iv) i.V.m Art. 17 Abs. 1 d) schließt es demnach nicht aus, bei der Bewertung der Schwere der Tat miteinzubeziehen, welche Bedeutung den zerstörten Mausoleen gerade für die lokale Gemeinschaft Timbuktus zukam.

414 *Frulli* in *Francioni/Vrdoljak* 2020, S. 5. In den Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, Annex to the Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land (The Hague, 18 October 1907) heißt es in Art. 27: „In sieges and bombardments all necessary steps must be taken to spare, as far as possible, buildings dedicated to religion, art, science, or charitable purposes, historic monuments, hospitals, and places where the sick and wounded are collected, provided they are not being used at the time for military purposes." Art. 56 lautet: „All seizure of, destruction or wilful damage done to institutions of this character, historic monuments, works of art and science, is forbidden, and should be made the subject of legal proceedings."

415 Ähnlich auch *Casaly*, JICJ 14 (2016), S. 1205 und *Frulli* in *Francioni/Vrdoljak* 2020, S. 5, die darauf hinweist, dass bei der Formulierung des IStGH-Statuts die Möglichkeit nicht ergriffen wurde, einen spezifischeren, explizt den *cultural-value approach* integrierenden Wortlaut zu wählen.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb) Systematik / Genese

In Art. 8 Abs. 2 e) iv) werden der Religion und der Kunst gewidmete Gebäude sowie historische Monumente unter anderem mit Krankenhäusern und Gebäuden, in denen die Kranken und Verwundeten versorgt werden, gemeinsam als Spezialfall der geschützten zivilen Objekte aufgezählt. Die Systematik des Tatbestandes spricht also ebenfalls dafür, dass darin zumindest auch der klassische *civil use approach* des humanitären Völkerrechts fortgeschrieben wurde. Dieses Auslegungsergebnis wird auch durch die Entstehungsgeschichte des historische Monumente und Kulturgüter schützenden Art. 8 Abs. 2 e) iv) und Art. 8 Abs. 2 b) ix) bestätigt. Beim dritten Zusammenkommen der *PrepCom* präsentierte die *Working Group on Definitions and Elements of Crimes* einen Vorschlag, der sich zumindest für den internationalen bewaffneten Konflikt stark an der Haager Kulturgüterkonvention orientierte. Dieser lautete:

> „[M]aking the clearly recognized historic monuments, works of art or places of worship which constitute the cultural or spiritual heritage of peoples and to which special protection has been given by special arrangement, for example, within the framework of a competent international organization […]"[416]

Dieser Vorschlag wurde jedoch verworfen, stattdessen konnte schließlich der im fünften Zusammenkommen eingebrachte Vorschlag Eingang in das IStGH-Statut finden, welcher weder für den internationalen noch für den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt verlangt, dass die angegriffenen Objekte zum *cultural or spiritual heritage of peoples* gehören müssen oder von einer hierzu befugten Organisation einen besonderen Status zugeschrieben bekommen haben müssen.[417] Folglich wäre es mit der Entstehungsgeschichte der Norm kaum vereinbar, den Schutzzweck des Art. 8 Abs. 2 e) iv) allein darin zu sehen, dass dieser speziell die von

416 *PrepCom*, Decisions Taken by the Preparatory Committee at Its Session Held from 11 to 21 February 1997, A/AC.249/1997/L.5 (1997), War Crimes, B. 2. (d).

417 Die im IStGH-Statut aufgenommene Option II des Vorschlags lautet: „[…]intentionally directing attacks against buildings dedicated to religion, education, art, science or charitable purposes, historic monuments, hospitals and places where the sick and wounded are collected, provided they are not being used at the time for military purposes", *PrepCom*, Decisions Taken by the Preparatory Committee at Its Session Held from 1 to 12 December 1997, A/AC.249/1997/L.9/Rev.1 (1997), War Crimes, Art. 20 C B. (g) und D. (c).

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der ganzen Menschheit als besonders wichtig angesehenen – und daher beispielsweise von der UNESCO als Weltkulturerbe anerkannten – Kulturgüter besonders schützen will.[418]

d) Argumentationslinien zur Erheblichkeit im Verfahren gegen *Al Mahdi*

Indem die Anklägerin einerseits die Wichtigkeit der zerstörten Stätten für die Identität der Gemeinschaft betonte[419] und andererseits deren Status als Weltkulturerbe und die darin zum Ausdruck kommende Bedeutung für die Weltgemeinschaft hervorhob,[420] ließ sie sowohl den *cultural value approach* als auch die *human dimension* des Kulturgüterschutzes in ihre Argumentation miteinfließen.

In ähnlicher Weise stellte die Vorverfahrenskammer zur Beurteilung der Schwere der begangenen Verbrechen zwar auch auf die Listung der zerstörten Stätten als Weltkulturgüter ab,[421] betonte aber zudem deren Bedeutung für die betroffenen Individuen:

> „the evidence submitted by the Prosecutor confirms that the Buildings/Structures played an important role in the life of the inhabitants of Tim-

418 So auch *Casaly*, JICJ 14 (2016), S. 1205 f. und *Frulli* in *Francioni/Vrdoljak* 2020, S. 5. Wortlaut, Systemtik und Entstehungsgeschichte würden es hingegen nicht ausschließen, dass Art. 8 Abs. 2 e) iv) den bestimmten Gebäuden innewohnenden kulturellen Wert überhuapt keine Bedeutung zumisst und allein auf den zivilen Nutzen und Begleitschäden abzielt. Hiergegen spricht jedoch die differenzierte Rechtsprechung des JStGH zum Kulturgüterschutz zu Art. 3 d) als ähnlich formulierten Tatbestand.

419 „What makes this crime so serious is the fact that it is a profound attack on the identity, the memory and, therefore, the future of entire populations. […] To destroy Timbuktu's mausoleums is therefore to erase an element of collective identity built through the ages. It is to eradicate a civilisation's landmark. It is the destruction of the roots of an entire people, which irremediably affects its social attitudes, practices and structures", *OTP*, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, at the opening of Trial in the case against Mr Ahmad Al-Faqi Al Mahdi (2016). In diesen Passagen klingt zudem der *civil use approach* des Kulturgüterschutzes an.

420 *Ebd.*: „They were […] a part of the heritage of Mali, of Africa and of the world. All, except one, were inscribed on the World Heritage List."

421 *IStGH*, Prosecutor v. Al Mahdi, Decision on the confirmation of charges against Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC-01/12-01/15-84-Red (2016) Rn. 36.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> buktu and that their destruction was considered as a serious matter and regarded by the local population as an aggression towards their faith."[422]

Die Hauptverfahrenskammer begründete die grundsätzliche Eignung der Stätten als von Art. 8 Abs. 2 e) iv) geschützte religiöse Gebäude oder historische Monumente in Anwendung des *cultural value approach* der Haager Kulturgüterkonvention hingegen ausschließlich mit deren Eigenschaft als Weltkulturerbe und die dadurch indizierte Bedeutung für die Menschheit als solche.[423] Bei der Bewertung der Schwere der begangenen Verbrechen ließ sie zwar auch die symbolische und emotionale Bedeutung der angegriffenen Stätten für die Gemeinschaft einfließen,[424] distanzierte sich aber insofern von der *human dimension* des Kulturgüterschutzes, als sie klarstellte, dass *Al Mahdi* nicht wegen Verbrechen gegen Menschen, sondern wegen Verbrechen gegen Eigentum angeklagt sei:

> „The Chamber first notes that, unlike other accused convicted by this Court, Mr Al Mahdi is not charged with crimes against persons but with a crime against property. In the view of the Chamber, even if inherently grave, crimes against property are generally of lesser gravity than crimes against persons."[425]

Die Ausführungen der Anklage, der Vorverfahrenskammer und der Hauptverfahrenskammer im Verfahren gegen *Al Mahdi* knüpfen insofern an die Rechtsprechung des JStGH an, als sie alle drei oben dargestellten Rationa-

422 *IStGH*, Prosecutor v. Al Mahdi, Decision on the confirmation of charges against Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC-01/12-01/15-84-Red (2016) Rn. 39.

423 „These mausoleums and mosques all qualify as both religious buildings and historic monuments, as evidenced by their role in the cultural life in Timbuktu and the status of nine of these buildings as UNESCO World Heritage sites. UNESCO's designation of these buildings reflects their special importance to international cultural heritage, noting that 'the wide diffusion of culture, and the education of humanity for justice and liberty and peace are indispensable to the dignity of man and constitute a sacred duty which all the nations must fulfill in a spirit of mutual assistance and concern'. Attacking these mausoleums and mosques was clearly an affront to these values […]", *IStGH*, Prosecutor v. Al Mahdi, Judgment and Sentence, ICC-01/12-01/15-171 (2016) Rn. 46.

424 „[the mausoleums] were of great importance to the people of Timbuktu [...] the fact that the targeted buildings [had] a symbolic and emotional value for the inhabitants of Timbuktu is relevant in assessing the gravity of the crime committed", *ebd.* Rn. 78 f. Auch *Drumbl* sieht darin ein „anthropozentisches" Modell eines Kulturgüterschutzes anklingen, *Drumbl,* JICJ 17 (2019), S. 87.

425 *IStGH*, Prosecutor v. Al Mahdi, Judgment and Sentence, ICC-01/12-01/15-171 (2016) Rn. 77.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

litäten des völkerstrafrechtlichen Kulturgüterschutzes zum Ausdruck bringen. Zwar orientiert sich die Entscheidung der Hauptverfahrenskammer stark an dem durch die Haager Kulturgüterkonvention geformten universellen *cultural value approach*, zumindest in die Bewertung der Schwere der Tat soll aber auch nach dieser Entscheidung die Bedeutung der zerstörten Stätten für die betroffene Gemeinschaft einfließen.[426] Folglich handelt es sich bei Art. 8 Abs. 2 e) iv) um einen Tatbestand, bei dem die Anschauungen einer partikularen Gruppe – mithin der kulturelle Kontext – vor dem IStGH jedenfalls für die Bewertung der Schwere der Tat relevant wird.[427] Ein solches Verständnis von Art. 8 Abs. 2 e) iv), welches den Fokus auf die Bedeutung der zerstörten Kulturstätte für die lokale Gemeinschaft legt, steht auch im Einklang mit der Wiedergutmachungsanordnung im Verfahren gegen *Al Mahdi*: Darin gesteht der IStGH dem Staat Mali und der Weltgemeinschaft lediglich einen symbolischen Euro zu, während die Wiedergutmachungen im Übrigen der lokalen Gemeinschaft von Timbuktu zukommen sollen.[428] Denn diese habe unter den Zerstörungen unverhältnismäßig mehr gelitten als die internationale oder nationale Gemeinschaft,[429] und indem der ihr zugefügte Schaden kompensiert wird, liege darin gleichzeitig eine Wiedergutmachung an die internationale Gemeinschaft und die Bevölkerung Malis.[430]

Ob für die Qualifizierung einer Stätte als religiöses Gebäude oder historisches Monument i.S.d. Art. 8 Abs. 2 e) iv) die durch die Listung als Weltkulturerbe indizierte Bedeutsamkeit für die Menschheit als solche erforderlich ist, darf ebenfalls angezweifelt werden.[431] Auch wenn die vor internationalen Strafgerichten verfolgten Verbrechen gegen Kulturgüter überwiegend solche Stätten betrafen, die zum Weltkulturerbe gehören,[432] lässt die oben unternommene grammatikalische, systematische und historische

426 Ebenso *Drumbl,* JICJ 17 (2019), S. 82, 84 f.

427 Grundlegend zu Bedeutung und Inhalt der *Erheblichkeit* von Straftaten im Völkerstrafrecht *deGuzman* 2020.

428 *IStGH*, Prosecutor v. Al Mahdi, Reparations Order, ICC-01/12-01/15-236 (2017) Rn. 106 f.; diesen Ansatz als „localist vision of cultural property" bezeichnend *Drumbl,* JICJ 17 (2019), S. 82, 85 f.

429 *IStGH*, Prosecutor v. Al Mahdi, Reparations Order, ICC-01/12-01/15-236 (2017) Rn. 52.

430 *Ebd.* Rn. 54.

431 Kritisch ebenfalls *Casaly*, JICJ 14 (2016); *Drumbl,* JICJ 17 (2019), S. 87 ff.

432 So beispielsweise auch das Verfahren gegen *Jokić* vor dem JStGH wegen der Zerstörung der als UNESCO-Kulturerbe gelisteten Alstadt von Dubrovnik, *JStGH*, Prosecutor v. Jokić, Sentencing Judgement, IT-01-42/1-S (2004).

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Auslegung zu Art. 8 Abs. 2 e) iv) nicht erkennen, dass darin der in der Haager Kulturgüterkonvention und ihrem zweiten Zusatzprotokoll verankerte kosmopolitische *cultural value approach* zum Ausdruck kommt.[433] Dem angestrebten Schutz bestimmter kultureller Stätten, die für eine lokale Gemeinschaft identitätsstiftend sind und zunehmend – wie auch in Timbuktu geschehen – gerade deshalb zu Angriffszielen bewaffneter, insbesondere nicht-internationaler Konflikte werden,[434] wird es daher nicht gerecht, eine Anerkennung dieser Stätten durch die Weltgemeinschaft (zum Ausdruck gebracht beispielsweise durch die Listung als UNESCO-Weltkulturerbe) als notwendiges Kriterium für die völkerstrafrechtliche Verfolgung zu verlangen.[435] Vielmehr ist die Zerstörung dieser Stätten bereits deshalb für die Menschheit als solche bedeutsam, weil die Vielfalt des menschlichen kulturellen Erbes bedroht wird, wenn Kulturgüter zerstört werden, die für eine partikulare Gruppe besonders bedeutsam oder identitätsstiftend sind.[436]

---

433 Fraglich ist zudem, wie ein kosmopolitischer Ansatz im Völkerstrafrecht sich zu der Debatte um die Rückgabe von Kulturgütern verhielte, welche die Bedeutung kultureller Güter für die Gemeinschaft der Herkunft der Kulturgüter in den Fokus rückt und die fortdauernden (kulturelle) Aneignung dieser Güter durch vornehmlich europäische Länder kritisiert. Dieses mögliche Spannungsverhältnis aufwerfend *Drumbl,* JICJ 17 (2019), S. 93 f. Einführend zur Debatte um die Rückgabe kolonialer Kulturgüter *Sarr/Savoy/Fastner* 2019.

434 Auch ISIS hat neben den zum Weltkulturerbe gehörenden Stätten in Palmyra und Aleppo auch gezielt andere kulturelle Stätten zerstört, welchen (lediglich) für die lokale Gemeinschaft eine besondere Bedeutung zukam, siehe hierzu das Statement von *Ban Ki-moon (UN Secretary-General), Irina Bokova (UNESCO Director-General)* und *Lakhdar Brahimi (UN and League of Arab States Joint Special Representative for Syria)*: The destruction of Syria's cultural heritage must stop, 12.03.2014, https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2014-03-12/statement-un-secretary-general-ban-ki-moon-unesco-director-general, zuletzt abgerufen am 15.12.2021.

435 *Casaly*, JICJ 14 (2016), S. 1218 f.; ähnlich *Drumbl,* JICJ 17 (2019), S. 87 ff., der zudem anmerkt, dass die Listung einer kulturellen Stätte als UNESCO-Kulturerbe teilweise als voreingenommen gegenüber bestimmten Formen kulturellen Erbes kritisiert wird (S. 88).

436 So auch *OTP*, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, at the opening of Trial in the case against Mr Ahmad Al-Faqi Al Mahdi (2016): „[…]humanity's common heritage is subject to repeated and planned ravages by individuals and groups whose goal is to eradicate any representation of a world that differs from theirs by eliminating the physical manifestations that are at the heart of communities. […] This is a crime against that which constitutes the richness of whole communities. And it is thus a crime that impoverishes us all and damages universal values we are bound to protect." Ähnlich *IStGH*, Prosecutor v. Al Mahdi, Reparations Order, ICC-01/12-01/15-236 (2017) Rn. 52 ff. und *Raimondo,* IntlCLR 11 (2011), S. 300.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Resümee

Lediglich der *cultural value approach* in der Ausgestaltung der Haager Kulturgüterkonvention und ihres zweiten Zusatzprotokolls legt den Fokus auf den besonderen Wert der geschützten Güter für die Menschheit als solche.[437] Da der völkerstrafrechtliche Kulturgüterschutz aus Art. 8 Abs. 2 b) ix) und Art. 8 Abs. 2 e) iv) nach dem hier gefundenen Auslegungsergebnis aber jedenfalls nicht allein auf diesem Ansatz beruht, ist es mit dem Schutzzweck von Art. 8 Abs. 2 b) ix) und Art. 8 Abs. 2 e) iv) vereinbar, die Vorstellungen einer partikularen Gruppe hinsichtlich des kulturellen Werts eines Kulturguts bei der Einordnung als taugliches Tatobjekt oder bei der Bewertung der Erheblichkeit miteinzubeziehen und somit den rechtskulturellen Kontext zu berücksichtigen.

Damit erlangt der rechtskulturelle Hintergrund zwar auch im Kulturgüterschutz bei der Prüfung einer Norm des universellen Völkerstrafrechts Bedeutung. Wie bereits bzgl. der entwürdigenden Behandlung festgestellt, gilt aber auch hier: Erfasst bereits der Schutzzweck einer Norm das Empfinden einer partikularen Gruppe und muss dieses daher berücksichtigt werden, um festzustellen, ob überhaupt ein von Art. 8 Abs. 2 b) ix) und Art. 8 Abs. 2 e) iv) geschütztes Gut betroffen ist, handelt es sich dabei nicht um materiellen Rechtspluralismus. Auch das Verbot der benachteiligenden Unterscheidung aus Art. 21 Abs. 3 wird hiervon nicht tangiert.

IV. Bestimmung des Tatbestandsmerkmals „Eigentum", Art. 8 Abs. 2 b) xiii) und Art.8 Abs. 2 e) xii)

1. Das feindliche (bzw. gegnerische) Eigentum

Art. 8 Abs. 2 b) xiii) und Art. 8 Abs. 2 e) xii) enthalten das „feindliche" bzw. „gegnerische" Eigentum als Tatbestandsmerkmal. Um den Begriff des „feindlichen" oder „gegnerischen" Eigentums zu konkretisieren, muss zum

437 Hingegen betont *Bensouda* zwar ebenfalls den in der Zerstörung der Mausoleen in Timbuktu liegenden Angriff auf *universelle* Werte der Menschheit, begründet dies aber vor allem damit, dass die Vielfalt des menschlichen kulturellen Erbes bedroht wird, wenn Kulturgüter, welche für eine partikulare Gruppe besonders bedeutsam oder identitätsstiftend sind, zerstört werden, *OTP*, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, at the opening of Trial in the case against Mr Ahmad Al-Faqi Al Mahdi (2016).

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einen die Eigenschaft als feindlich bzw. gegnerisch und zum anderen der Begriff des Eigentums näher bestimmt werden.[438] Eine Definition dieser auslegungsbedürftigen Begriffe enthält das Völkerrecht nicht.[439] Der Begriff des Feindes oder Gegners ist ein genuin im humanitären Völkerrecht zu verortender Aspekt und daher unter Betrachtung kriegsvölkerrechtlicher Instrumente zu bestimmen.[440] Auch zu der Frage, welche Kategorien vom Eigentumsbegriff des (humanitären) Völkerrechts erfasst sind – beispielsweise, ob der humanitäre Eigentumsschutz nur materielle oder auch immaterielle Güter umfasst, ob nur privates oder auch öffentliches Eigentum erfasst ist, nur bewegliche oder auch unbewegliche Gegenstände und vertragliche Rechte etc. –, findet sich Rechtsprechung internationaler Gerichte und völkerrechtliche Literatur.[441] Aus dieser geht hervor, dass der Umfang dessen, was sich unter den Begriff des Eigentums subsumieren lässt (ebenso wie die Charakterisierung von Eigentum als feindlich bzw. gegnerisch), universellen Wertungen des (humanitären) Völkerrechts zu entnehmen ist.[442] Ein weiterer Aspekt, der jedenfalls theoretisch der Prüfung aller das Eigentum schützenden Kriegsverbrechen aus Art. 8 Abs. 2 b)[443] innewohnt, sind die konkreten Eigentumsverhältnisse.[444] Hier bleibt es gewöhnlich bei der Feststellung:

> „This crime requires […] the destruction […] of property belonging to an "enemy" or "hostile" party to the conflict. In the view of the Chamber, this means that the property in question - whether moveable or immoveable,

438 *Geiß/A. Zimmermann* in *Ambos* 2022 Art. 8, Rn. 492.

439 *Dederer,* Enemy Property, in: MPEPIL (2015) Rn. 1.

440 *Ebd.* Rn. 1, 4. Zur näheren Bedeutung siehe beispielsweise *Geiß/A. Zimmermann* in *Ambos* 2022 Art. 8, Rn. 493, 983.

441 Eine Übersicht speziell zum Begriff des feindlichen Eigentum gibt *Dederer,* Enemy Property, in: MPEPIL (2015); zum Schutz von Eigentumsrechten durch internationales Recht im Allgmeinen *Kriebaum/Reinisch*, Property, Right to, International Protection, in: MPEPIL (2019); siehe auch *Mitri-Plingen* 2020, S. 149 ff.

442 *Dederer,* Enemy Property, in: MPEPIL (2015) Rn. 4 ff.; *Geiß/A. Zimmermann* in *Ambos* 2022 Art. 8, Rn. 494 f.

443 Dies sind neben Art. 8 Abs. 2 b) xiii) und Art.8 Abs. 2 e) xii) noch die Tatbestände der Plünderung aus Art. 8 Abs. 2 b) xvi) und Art. 8 Abs. 2 e).

444 Art. 8 Abs. 2 a) iv) schützt ebenfalls das Eigentum. Da diese schwere Verletzung der Genfer Konventionen nicht ausdrücklich auf das Eigentum des Feindes oder Gegners Bezug nimmt, könnte hier auch die tatbestandliche Einbeziehung von Verletzungen des Eigentums der eigenen Streitpartei zulässig sein, dies bzgl. Krankenhäusern oder medizinischen Einheiten mit Blick auf den durch GA I und GA II gewährleisteten Schutz aller Verwundeten und Kranken bejahend z.B. *Mikos-Skuza* in *Clapham/Gaeta/Sassòli* 2015 Rn. 18, 54 und *Mitri-Plingen* 2020, S. 159, 161 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

private or public - must belong to individuals or entities aligned with or with allegiance to a party to the conflict adverse or hostile to the perpetrator."[445]

Die Frage, nach welchen Regeln oder welchem Regelungsregime die Zuordnung einer Sache zu einer (natürlichen oder juristischen) Person erfolgen soll, findet fast nirgends Erwähnung.[446] Der Hinweis, dass zur Zuordnung des Eigentums zu einer Konfliktpartei bei natürlichen Personen auf die Staatsangehörigkeit abgestellt werden muss,[447] hilft dabei nicht weiter. Freilich handelt es sich bei der Prüfung dieses Merkmals nicht um eine der großen Fragen des Völkerstrafrechts. Gemindert wird die Entscheidungserheblichkeit noch weiter, wenn bei systematischer Auslegung der Beschlagnahme und Plünderung unter Einbeziehung von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Art. 8 Abs. 2 a) iv)[448] nur Eigentumsverletzungen von einem gewissen Ausmaß *(extensive)* völkerstrafrechtliche Relevanz haben können.[449] Denn dann vermögen einzelne strittige Eigentumslagen nicht über das Vorliegen einer Völkerstraftat zu entscheiden. Dennoch ist es ein logisch notwendiger Bestandteil einer das Eigentum schützenden Norm, dass ein Rechtsregime zur Verfügung steht, welches Auskunft über die Eigentums-

445 *IStGH*, Prosecutor v. Katanga and Chui, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07-717 (2008) Rn. 310 und Rn. 329 zur Plünderung.

446 Auch die einschlägige Literatur misst der Frage nach dem zur Klärung der Eigentumsverhältnisse zu konsultierendem Recht ganz überwiegend keine Bedeutung zu, siehe beispielsweise *Geiß/A. Zimmermann* in *Ambos* 2022 Art. 8, Rn. 492 f.; *Bothe* in *Cassese/Gaeta/Jones* 2002, Vol 1, S. 394; *Uhler/Griffin* in *Pictet* 1994 Art. 53, S. 300 f. und Art. 147, S. 601. Diese Frage hingegen immerhin anreißend *Heller,* JICJ 6 (2008), S. 431 und *van den Herik/Dam-De Jong,* CrimLF 22 (2011), S. 260 f.

447 *Geiß/A. Zimmermann* in *Ambos* 2022 Art. 8, Rn. 493.

448 Da das Chapeau-Element zu Art. 8 Abs. 2 b) und Art. 8 Abs. 2 e) fordert (und Ziff. 3 der jeweiligen Verbrechenselemente bestätigt), dass es sich um Verstöße innerhalb des feststehenden Rahmens des Völkerrechts handeln muss, ist auch Art. 8 Abs. 2 a) bei der Auslegung der einzelnen Handlungen zu beachten, *Geiß/A. Zimmermann* in *Ambos* 2022 Art. 8, Rn. 490.

449 *IStGH*, Prosecutor v. Katanga and Chui, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07-717 (2008) Rn. 314; *IStGH*, Prosecutor v. Bemba Gombo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/05-01/08-3343 (2016) Rn. 117; so auch *Geiß/A. Zimmermann* in *Ambos* 2022 Art. 8, Rn. 121, 490, 498; *Dederer,* Enemy Property, in: MPEPIL (2015) Rn. 16; *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 1374 f.; dem *extensive*-Test widersprechend, zumindest im Rahmen der Plünderung dennoch eine gewisse Erheblichkeit *(serious)* fordernd *IStGH*, Prosecutor v. Katanga, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/07-3436-tENG (2014) Rn. 896, 908 f.; *SLSGH*, Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Trial Judgement, SCSL-04-14-T (2007) Rn. 161; so auch *Mitri-Plingen* 2020, S. 201, 253.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verhältnisse des konkreten Falles gibt. (So müssen beispielsweise die Regeln des deutschen Zivilrechts herangezogen werden, um die für den Diebstahl gemäß § 242 Abs. 1 StGB erforderliche „Fremdheit" der Sache zu prüfen.[450]) Auch auf Rechtsfolgenseite könnten die konkreten Eigentumsverhältnisse für etwaige materielle Wiedergutmachungen oder Rückgaben Bedeutung erlangen. Im Folgenden soll daher kurz skizziert werden, ob mangels einer spezifischen Regelung hierzu im IStGH-Statut oder den Verbrechenselementen die Prüfung der konkreten Eigentumsverhältnisse unter Rückgriff auf nationales Zivilrecht mit dem IStGH-Statut vereinbar wäre.[451]

2. Auslegung: Ist ein Rückgriff auf nationales Zivilrecht zur Prüfung der konkreten Eigentumsverhältnisse mit dem IStGH-Statut vereinbar?

a) Die Verbrechenselemente

Art. 8 Abs. 2 b) xiii) Ziff. 2 und Art. 8 Abs. 2 e) xii) Ziff. 2 der Verbrechenselemente wiederholen lediglich das bereits in den Tatbeständen normierte Erfordernis, dass das zerstörte oder beschlagnahmte Eigentum solches des Feindes (bzw. Gegners) ist. Die Verbrechenselemente zum Tatbestand der Plünderung (Art. 8 Abs. 2 b) xvi) und Art. 8 Abs. 2 e) v)) enthalten eine solche Klarstellung zwar nicht.[452] Sie nehmen allerdings in Ziff. 2 und Ziff. 3 explizit auf den Eigentümer Bezug. Folglich setzen alle genannten Verbrechenselemente voraus, dass die konkreten Eigentumsverhältnisse bestimmbar sind. Einen Hinweis, nach welchem Rechtsregime dies erfolgen soll, enthalten sie nicht.

b) Auslegung im Übrigen

Der Blick auf die gewöhnliche Bedeutung des Wortes Eigentum als etwas jemandem Gehörendes ist zur näheren Begriffsbestimmung wenig

450 *Rengier* 2020 § 2 Diebstahl, Rn. 9.

451 Dies annehmend *Heller,* JICJ 6 (2008), S. 431.

452 Dennoch wird aufgrund der grundsätzlichen Schutzrichtung des Rechts der bewaffneten Konflikte angenommen, dass nur das Eigentum der Gegenseite taugliches Tatobjekt sein kann, *IStGH*, Prosecutor v. Katanga and Chui, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07-717 (2008) Rn. 329; siehe auch *Mitri-Plingen* 2020, S. 235.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hilfreich.[453] Er schließt aber jedenfalls nicht aus, dass zur Prüfung, wem etwas gehört, auf nationale Rechtsordnungen verwiesen werden kann.

Zur (systematischen) Auslegung eines Tatbestandsmerkmales der Kriegsverbrechen ist primär das humanitäre Völkerrecht als Rechtsquelle zu konsultieren.[454] Dieses gibt auch auf einzelne sachenrechtliche Fragen Antwort, und zwar insbesondere dann, wenn zur Prüfung der das Eigentum schützenden Tatbestände eine teleologische Auslegung unter Berücksichtigung auch anderer durch das humanitäre Völkerrecht verfolgter Ziele eine genuin völkerrechtliche Wertung verlangt. So findet sich beispielsweise Staatenpraxis zur Einordnung von Eigentum als privat oder öffentlich.[455]

Die hier diskutierten Tatbestände der Beschlagnahme bzw. Zerstörung und der Plünderung dienen aber gerade auch dem Schutz individueller oder kollektiver Eigentumsrechte in Kriegszeiten.[456] Um diesen Schutz gewährleisten zu können und materielle Wiedergutmachungen oder Rückgaben zu ermöglichen, müssen Regeln zur Prüfung konkreter Eigentumsverhältnisse zur Verfügung stehen. Ein umfassendes Rechtsregime, welches hierzu konsultiert werden könnte, bieten weder das Völkergewohnheitsrecht noch die allgemeinen Rechtsprinzipien.

Jedenfalls im nicht-internationalen Konflikt, in dem präzise Gebietsgrenzen zwischen den am Konflikt beteiligten Parteien oftmals kaum gezogen werden können,[457] kann die Zuordnung von Eigentum allein nach dem jeweiligen nationalen Rechtssystem erfolgen.[458] Für den internationalen Konflikt wird zum Teil vertreten, dass alles Eigentum als feindliches Eigentum angesehen wird, welches sich im Territorium der Konfliktpartei befindet. Dann käme es auf die (sachenrechtlichen) Eigentumsverhältnisse nicht an.[459] Wird hingegen angenommen, dass eine Beschlagnahme oder Zerstörung auf dem Gebiet des kriegführenden Staates (oder in besetzen Gebie-

453 *Fowler*, The concise Oxford dictionary of current english (1934), S. 924.

454 *Cryer/Robinson/Vasiliev* 2019, S. 264; so durch den IStGH praktiziert beispielsweise in *IStGH*, Prosecutor v. Bemba Gombo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/05-01/08-3343 (2016) Rn. 69 f.

455 Siehe *Geiß/A. Zimmermann* in *Ambos* 2022 Art. 8, Rn. 494, 496.

456 *JStGH*, Prosecutor v. Delalić et al., Judgement, IT-96-21-T (1998) Rn. 587 f.: „[...]international humanitarian law not only proscribes certain conduct harmful to the human person, but also contains rules aimed at protecting property rights in times of armed conflict [...]"; zur Bedeutung des Schutzes von zivilem Eigentum in bewaffneten Konflikten siehe *Thompson* in *Primoratz* 2007, S. 243 ff.

457 *Mitri-Plingen* 2020, S. 145 f.

458 So auch *van den Herik/Dam-De Jong*, CrimLF 22 (2011), S. 260.

459 *Ebd.* S. 260.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

te) ebenfalls vom Tatbestand erfasst ist[460] oder dass darin lediglich eine zusätzliche, räumliche Einschränkung des Anwendungsbereichs liegt,[461] so erschöpft sich die Frage nach der Tauglichkeit eines Tatobjekts nicht in der Zuordnung zum eigenen oder generischen Gebiet. Zusätzlich muss dann beantwortet werden, welcher Konfliktpartei der Eigentümer angehört[462] – und damit folglich auch, wer überhaupt Eigentümer der Sache ist. Zudem könnte die Zuordnung einer Sache zum konkreten Täter auch bei der Prüfung der Tathandlung der Plünderung erforderlich sein, da diese gemäß den Verbrechenselementen eine Aneignung ohne die Zustimmung des Eigentümers voraussetzt.[463]

Bei der Zuordnung einer Sache zu einer bestimmten natürlichen oder juristischen Person handelt es sich üblicherweise um einen Aspekt des (internationalen) Sachenrechts. Dieses verlangt, dass nach kollisionsrechtlichen Normen oder Grundsätzen zunächst das zuständige anwendbare Recht ermittelt werden muss.[464] Global einheitliche Vorschriften, welche in Kollisionsfällen das zuständige Sachenrecht bestimmen, existieren nicht,[465] und

460 *Ambos* in: MüKo StGB, Bd. 9, VStGB (2022) § 9, Rn. 3; *Mitri-Plingen* 2020, S. 144 ff.

461 *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 1372; *Dahm/Delbrück/Wolfrum* 2013, S. 1063. So zu verstehen auch *Geiß/A. Zimmermann* in *Ambos* 2022 Art. 8, Rn. 487, der unter anderem die fehlenden klaren Regeln zur Beschlagnahme fremden Eigentums im eigenen Gebiet als Grund nennt, dass diese kein taugliches Tatobjekt sein können.

462 Dies ergibt sich bezüglich der Beschlagnahme bzw. Zerstörung bereits aus dem Normtext und den Verbrechenselementen (Ziff. 2), zur übereinstimmenden Bedeutung trotz unterschiedlicher Formulierung *Dörmann* 2003, S. 249. Aufgrund der grundsätzlichen Schutzrichtung des Rechts der bewaffneten Konflikte wird dies überwiegend auch für den Tatbestand der Plünderung angenommen, auch wenn der Wortlaut des Tatbestands oder die Verbrechenselemente hier keine Klarstellung enthalten, *IStGH*, Prosecutor v. Katanga and Chui, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07-717 (2008) Rn. 329; so auch *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 1373; *Mitri-Plingen* 2020, S. 235; weniger eindeutig *IStGH*, Prosecutor v. Mbarushimana, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/10-465-Red (2011) Rn. 176 Fn. 411. Kritisch zum Erfordernis der Zugehörigkeit zum gegnerischen Eigentum hingegen *van den Herik/Dam-De Jong,* CrimLF 22 (2011), S. 271.

463 *IStGH*, Prosecutor v. Katanga and Chui, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07-717 (2008) Rn. 328, 333. In diesem Zusammenhang vom *rightful* owner sprechend *IStGH*, Prosecutor v. Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424 (2009) Rn. 318 f., 331, 333.

464 Kollisionsrechtliche Vorschriften müsste auch der deutsche Strafrechtsanwender beachten, z.B. wenn zu bestimmen ist, welches Rechtsregime bei Sachverhalten mit Auslandsberührung über die Fremdheit einer Sache Auskunft gibt.

465 Zu einzelnen „versteckten" Verweisungsnormen in völkerrechtlichen Verträgen siehe *Wendehorst* in: MüKo BGB, Bd. 12 (2021), Vorbemerkung vor Art. 43 EGBGB, Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

selbst für den europäischen Raum wurde kein unionsrechtliches Sachenrecht kodifiziert. Zur Begründung wird unter anderem darauf verwiesen, dass es sich bei der grundsätzlichen Anwendung des Belegenheitsrechts *(lex rei sitae)* um ein allgemein akzeptiertes Rechtsprinzip handelt.[466] Eine genauere Auseinandersetzung mit diesem Grundsatz und anderen denkbaren Anknüpfungspunkten bei völkerrechtlichen Sachverhalten soll hier auch deshalb nicht erfolgen, da – wie bereits angemerkt – von einem internationalen Strafgericht die genaue Klärung der Eigentumsverhältnisse bei der Prüfung einer Beschlagnahme im Regelfall nicht verlangt werden dürfte. Es bleibt aber festzuhalten, dass für den nicht-internationalen Konflikt grundsätzlich und für den internationalen Konflikt jedenfalls dann, wenn das im Territorium der kriegsführenden Partei befindliche (private) Eigentum von den das Eigentum schützenden Tatbeständen erfasst ist, die konkrete Zuordnung einer Sache zu einer natürlichen oder juristischen Person erforderlich ist. Hierfür kommt allein ein nach kollisionsrechtlichen Prinzipien zu ermittelndes nationales (oder supranationales) Sachenrecht in Betracht.[467]

3. Resümee

Die bisherige Jurisprudenz internationaler Gerichte zum Eigentumsschutz durch das humanitäre Völkerrecht lässt vermuten, dass dieser Aspekt wohl auch vor dem IStGH kaum praktische Relevanz erlangen wird.[468] Die angestellten Überlegungen zur Konsultation des nationalen Sachenrechts sollten daher vor allem der Verdeutlichung dienen, dass die inhaltliche Bestimmung bestimmter ausfüllungsbedürftiger Tatbestandsmerkmale durch nationales Recht nicht grundsätzlich im Widerspruch zum völkerstrafrechtlichen Universalitätsanspruch stehen muss – auch dann nicht, wenn hierdurch an ein in Art. 21 Abs. 3 genanntes Diskriminierungsverbot angeknüpft wird.

---

466 *Von Bar/Mankowski* 2019 § 3, Rn. 1, 12; so verankert beispielsweise auch in Art. 43 Abs. 1 EGBGB.

467 Dies bedeutet freilich nicht, dass nationale eigentumsrechtliche Bestimmungen gegenüber völkerrechtlichen Vorgaben Vorrang genießen würde. Nationales Recht soll ledliglich dann zu Rate gezogen werden, wenn keine völkerrechtliche Rechtsquelle zur Verfügung steht.

468 Allerdings zeigt der Beitrag von *van den Herik/Dam-De Jong,* CrimLF 22 (2011), insbesondere S. 260 f., dass beispielsweise bei der Ausbeutung von Rohstoffen durchaus auch eigentumsrechtliche Fragen von praktischer Relevanz sind.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

V. Bestrafung ohne ordentliches Gerichtsverfahren, Art. 8 Abs. 2 a) vi) und Art. 8 Abs. 2 c) iv)

1. Allgemeines

Art. 8 Abs. 2 a) vi) und Art. 8 Abs. 2 c) iv) normieren das Kriegsverbrechen der Bestrafung ohne ordentliches Gerichtsverfahren. Der Wortlaut der auf den internationalen und nicht-internationalen Konflikt anwendbaren Tatbestände ist dabei nicht identisch. Während Art. 8 Abs. 2 a) vi) die schwere Verletzung der Genfer Abkommen definiert als vorsätzlichen Entzug des Rechts eines Kriegsgefangenen oder einer anderen geschützten Person auf ein unparteiisches ordentliches Gerichtsverfahren *(rights of fair and regular trial)*, bestimmt Art. 8 Abs. 2 c) iv) den schweren Verstoß gegen den gemeinsamen Art. 3 der Genfer Abkommen als Verurteilung und Hinrichtung ohne vorhergehendes Urteil eines ordentlich bestellten Gerichts, das die allgemein als unerlässlich anerkannten Rechtsgarantien bietet *(a regularly constituted court, affording all judicial guarantees which are generally recognized as indispensable)*. Weder der auf den internationalen noch der auf den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt anwendbare Tatbestand bestimmen also die genauen verfahrensrechtlichen Anforderungen an ein ordentliches Gerichtsverfahren. Untersucht werden soll daher, ob und inwieweit partikulares Recht zur näheren Bestimmung dieser ausfüllungsbedürftigen (normativen) Tatbestandsmerkmale konsultiert werden kann.

Für die Behandlung Kriegsgefangener im internationalen bewaffneten Konflikt ist partikulares (nationales) Recht insofern relevant, als das *assimilation principle* verlangt, dass Kriegsgefangene genauso wie die Angehörigen der bewaffneten Kräfte des Gewahrsamsstaates behandelt werden müssen.[469] Damit ist das nationale Recht des Gewahrsamsstaates als relativer Bezugspunkt jedenfalls dann beachtlich, wenn der darin gewährte Schutz den allgemein als unerlässlich anerkannten Rechtsgarantien entspricht oder über diesen hinausgeht.[470]

469 Einführend zum *assimilation principle* des GA III als eines der Grundsätze der Behandlung von Kriegsgefangenen *ICRC,* GC III (2020), Introduction, Rn. 30 ff. mit einer Aufzählung der das *assimilation principle* abbildenden Normen *ebd.* Introduction, Rn. 32.

470 *Ebd.* Introduction, Rn. 34; Art. 102, Rn. 4014. Auch außerhalb des GA III zum Schutz von Kriegsgefangenen verweisen einzelne Regeln des humanitären Völkerrechts auf nationales Recht, so beispielsweise das Recht auf Überprüfung einer Entscheidung aus Art. 73 GA IV.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Fraglich ist indes, ob darüber hinaus partikulares Recht bzw. kulturelle Eigenheiten berücksichtigt werden können, um den Maßstab zu bestimmen für ein ordentliches und unparteiisches Gerichtsverfahren bzw. für ein ordentlich bestelltes Gericht, das die „allgemein als unerlässlich anerkannten Rechtsgarantien" bietet – sei es bereits bei der Identifizierung der essenziellen Verfahrensgarantien, bei deren Interpretation und inhaltlicher Ausgestaltung oder bei der Bewertung, ob der Entzug eines essenziellen Verfahrensrechts im konkreten Fall so schwer wirkt, dass darin (völker-)strafwürdiges Unrecht zu sehen ist. In diesem Sinne versuchten die japanischen Angeklagten vor den alliierten Militärgerichten zu argumentieren, indem sie sich stets darauf beriefen, dass das von ihnen zur Anwendung gebrachte Verfahrensrecht auch bei japanischen Angeklagten angewandt worden sei.[471]

2. Internationaler Konflikt

a) Verbrechenselemente

Art. 8 Abs. 2 a) vi) Ziff. 1 der Verbrechenselemente stellt klar, dass der Entzug eines fairen und ordentlichen Gerichtsverfahrens durch den Entzug von Verfahrensrechten verwirklicht wird, die insbesondere im dritten und vierten Genfer Abkommen garantiert werden.[472] Darin kommt die bei den Verhandlungen zu den Verbrechenselementen vorherrschende Meinung zum Ausdruck, dass auch andere als in den Genfer Abkommen normierte Verfahrensstandards beachtlich sein können.[473] Als Beispiele werden hierfür gewöhnlich universell anerkannte Normen wie Art. 75 ZP I oder menschenrechtliche Gewährleistungen genannt.[474]

---

471 *Abahuni* 2015, S. 102 f. und ausführlicher *Cohen* in *Kiesow/Ogorek/Simitis* 2012, insbes. S. 61 ff., 67 ff.

472 Art. 8 Abs. 2 a) vi) Ziff. 1 lautet: „The perpetrator deprived one or more persons of a fair and regular trial by denying judicial guarantees as defined, in particular, in the third and the fourth Geneva Conventions of 1949." Eine Aufzählung der einzelnen in GA III und GA IV normierten Rechte findet sich z.B. bei *Werle/Jeßberger* 2020, Rn. 1311.

473 *Dörmann* in *Ambos* 2022 Art. 8, Rn. 139; *Kittichaisaree* 2002, S. 151.

474 Eine Aufzählung der in Art. 75 ZP I enthaltenen Verfahrensgarantien gibt *Dörmann* in *Ambos* 2022 Art. 8, Rn. 140. Über den Schutz aus GA III und GA IV hinaus schützt Art. 75 I die Unschuldsvermutung, das Recht, nicht gegen sich selbst aussa-

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Auslegung im Übrigen

Die in den Verbrechenselementen hergestellte Konnexität zu den Genfer Abkommen lässt sich auch damit begründen, dass Art. 8 Abs. 2 a) vi) seine Grundlage in Art. 130 GA III und Art. 147 GA IV findet.[475] Diese sprechen abschließend von einem ordentlichen, unparteiischen, den Vorschriften „des vorliegenden" Abkommens entsprechenden Verfahren,[476] ohne dabei eine Referenz zu nationalem oder sonstigem partikularem Recht herzustellen. Zwar nimmt Art. 102 GA III als spezifische Ausformung des *assimilation principles*[477] insofern auf das nationale Recht des Gewahrsamsstaates Bezug, als danach zusätzlich zu den in der Konvention niedergelegten verfahrensrechtlichen Mindeststandards Urteile gegen Kriegsgefangene durch die gleichen Gerichte und nach den gleichen Verfahren wie gegen Angehörige der bewaffneten Kräfte des Gewahrsamsstaats ausgesprochen werden müssen.

Während die Genfer Konventionen von 1929 in Art. 63 noch allein auf die Gleichbehandlung abstellten, wurde dieses relative Kriterium bei der Neufassung von 1949 in Art. 102 um die absoluten Standards aus Art. 82-108 GA III erweitert.[478] Dies wurde unter anderem deshalb als erforderlich erachtet, da nationale Verfahrensstandards erheblich variieren und hinter den internationalen Mindestgarantien eines humanitären Völkerrechts zurückbleiben können.[479] Folglich kann sich aus nationalem Recht (bei Kriegsgefangenen) zwar ein gegenüber den durch internationales Recht geschützten Mindestgarantien erhöhtes Schutzniveau ergeben.[480] Den Katalog einzuhaltender Verfahrensrechte unter Berufung auf nationales oder sonstiges partikulares Recht (beispielsweise regionale menschen-

gen zu müssen, das Anwesenheitsrecht des Angeklagten während des Verfahrens sowie das Recht auf öffentliche Verkündung des Urteils, *Abahuni* 2015, S. 115.

475 *Dörmann* 2003, S. 101; *Werle/Jeßberger* 2020, Rn. 1310.

476 Für eine Zusammenstellung der Verfahrensgarantien aus GA III und GA IV siehe z.B. *Abahuni* 2015, S. 108 f.

477 *ICRC,* GC III (2020) Art. 102, Rn. 4003.

478 *Ebd.* Art. 102, Rn. 4005 f.

479 *Ebd.* Art. 102, Rn. 4004, 4014. Zudem wurde auf die missbräuchliche Anwendung des *assimilation principles* in den Weltkriegen verwiesen und es wurde auch nicht als angemessen angesehen, die für die Angehörigen der bewaffneten Kräfte des Gewahrsamsstaates geltenden Regeln, die oftmals eine strenge Disziplin und Loyalität einfordern, auf Kriegsgefangene der Gegenpartei zu übertragen, *ICRC,* GC III (1960), S. 406-407.

480 *ICRC,* GC III (2020) Art. 102, Rn. 4014 und Introduction, Rn. 34.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rechtliche Instrumente) unter das durch GA III gewährleistete Mindestniveau herabzusetzen, würde hingegen der durch die Genfer Abkommen bezweckten Gewährleistung verfahrensrechtlicher Mindeststandards für Kriegsgefangene diametral zuwiderlaufen.[481]

Allerdings ist nicht nur Art. 8 Abs. 2 a) vi) selbst aufgrund seiner ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffe wie *fair* und *regular* recht unbestimmt,[482] sondern auch die einzelnen universellen verfahrensrechtlichen Mindeststandards enthalten teilweise wiederum ausfüllungsbedürftige Merkmale[483] und erfordern daher eine nähere Ausgestaltung. Im Grundsatz ist ganz überwiegend anerkannt, dass die Menschenrechte auch während eines bewaffneten Konflikts Geltung beanspruchen können[484] und dass die Rechtsprechung menschenrechtlicher Spruchkörper als Interpretationshilfe für einzelne (eher unbestimmte) Normen des humanitären Völkerrechts und folglich auch des IStGH-Statuts herangezogen werden kann.[485] Eine nähere Ausgestaltung haben (verfahrensrechtliche) Menschenrechte neben der Prüfung durch den UN-Menschenrechtsausschusses vor allem durch regionale Gerichtshöfe erfahren. Beispielsweise im Verfahren gegen *Furundzija* zog der JStGH unter anderem die Rechtsprechung des EGMR heran, um den Begriff der Folter näher zu bestimmen.[486] Bei einer solchen Übertragung der durch regionale Gerichtshöfe entwickelten Standards ist jedoch stets kritisch zu prüfen, ob sie sich als universelle Normen des humanitären Völkerrechts generalisieren lassen.[487] Hierbei sind systematische Unterschiede zwischen den jeweiligen Regimen zu beachten.[488] Zu bedenken ist auch, dass es wirtschaftlich nicht allen Staaten möglich sein wird, den unter den Vertragsstaaten der EMRK geltenden hohen Menschenrechtsstandards nachzukommen, so beispielsweise die kostenlose Bereitstellung qualifizierter Verteidiger und Dolmetscher.[489]

---

481 *ICRC,* GC III (2020) Art. 102, Rn. 4014, Introduction, Rn. 36 und Art. 82, Rn. 3558.
482 Zum Bestimmtheitsgrundsatz und Art. 8 Abs. 2 a) vi) siehe *Abahuni* 2015, S. 144 ff.
483 So z.B. die in Art. 105 Abs. 4 GA III enthaltene Anforderung, dass die Mitteilung der Anklage „in good time" vor Eröffnung der Gerichtsverhandlung zu erfolgen habe.
484 Dabei ist jedoch zu bedenken, dass ein menschenrechtlicher Pakt auf einen Sachverhalt nur dann angewendet werden darf, wenn die jeweiligen (territorialen) Anwendungsvoraussetzungen vorliegen, *Abahuni* 2015, S. 122 ff.
485 *Dörmann* in *Ambos* 2022 Art. 8, Rn. 141; ausführlicher *Abahuni* 2015, S. 126 ff., 140 ff.
486 *JStGH*, Prosecutor v. Furundžija, Judgement, Case No. IT-05-17/1-T (1998) Rn. 160 f.
487 *Krieger*, JC&SL 11 (2006), S. 288 f.; *Abahuni* 2015, S. 132 f., 140.
488 *JStGH*, Prosecutor v. Kunarac, Kovač, and Vuković, Judgement, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T (2001) Rn. 470 f.; ausführlicher hierzu *Abahuni* 2015, S. 136 ff.
489 *Abahuni* 2015, S. 132 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Für das Völkerstrafrecht ist zudem zu beachten, dass dieses nur die schwersten Verbrechen bestrafen will. Daher erfüllt nicht jeder Entzug eines in den Genfer Konventionen oder sonstigen relevanten Rechtsquellen anerkannten Rechts den Tatbestand des Art. 8 Abs. 2 a) vi), sondern der Entzug einer Mindestgarantie ist erst dann strafwürdig, wenn die Tat eine bestimmte Schwere erreicht.[490] Auch wenn lediglich die Verbrechenselemente zu Art. 8 Abs. 2 c) iv) (nicht internationaler bewaffneter Konflikt) in Fn. 59 einen Hinweis auf *all relevant circumstances* enthalten, müssen die Richter und Richterinnen daher auch im internationalen Konflikt Fall für Fall entscheiden, welche Bedeutung der Entzug eines allgemein anerkannten Rechts auf die Unparteilichkeit und Fairness des Verfahrens insgesamt hatte.[491]

Möglicherweise könnte in diese Bewertung auch der rechtskulturelle Kontext als einer von verschiedenen zu berücksichtigenden Faktoren einfließen.[492] So könnte es einen Unterschied machen, ob einem einzelnen Angeklagten vor einem deutschen Gericht das sowohl im nationalen deutschen Recht als auch durch die Rechtsprechung des EGMR garantierte Recht auf einen kostenlosen Verteidiger und kostenlosen Dolmetscher nicht gewährt wird oder ob dieses Recht einem Angeklagten in einer Region versagt wird, in welcher z.B. aufgrund finanzieller Schwäche oder Unruhen grundsätzlich Angeklagten nicht immer ein kostenloser Dolmetscher zur Verfügung gestellt wird oder werden kann. Wird der Angeklagte zumindest genauso wie andere mutmaßliche Straftäter behandelt und wird der Kerngehalt der verfahrensrechtlichen Mindestgarantien – in diesem Falle das für die Waffengleichheit und Fairness zentrale Recht auf Verteidigung – eingehalten, so könnte dies bei der Bewertung der Fairness und Waffengleichheit des Verfahrens insgesamt berücksichtigt werden.[493]

Hierfür könnte auch sprechen, dass manche der in den Genfer Abkommen genannten unbestimmten Verfahrensrechte zur näheren Ausgestaltung

490 *Sivakumaran,* JICJ 7 (2009), S. 78 f., 81; *Abahuni* 2015, S. 109, 118, 142; vgl. auch Art. 17 Abs. 1 d) IStGH-Statut.

491 *Dörmann* in *Ambos* 2022 Art. 8, Rn. 142.

492 Andere Faktoren könnten beispielsweise die Wichtigkeit der verletzten Garantie für die Waffengleichheit sein, das Ausmaß der Verletzung oder das Strafmaß, *Abahuni* 2015, S. 180 und 152 mit Verweis auf *Dörmann* in *Ambos/Triffterer* 2016 Art. 8, Rn. 142 und *La Haye* in *Lee* 2001, S. 213.

493 Zum Verständnis von Art. 17 Abs. 1 d) als relatives Abwägungskriterium siehe Schlussbetrachtungen B I.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ohnehin explizit auf nationales Recht verweisen[494] und sich für andere Verfahrensrechte so wenige oder gar keine Vorgaben im internationalen Recht finden lassen, dass sie ebenfalls nur unter Berücksichtigung nationalen Rechts ausgefüllt werden können.[495] Der Rückgriff auf nationales Recht steht hier also nicht im Widerspruch zum Bestimmtheitsgrundsatz, sondern könnte gerade erforderlich sein, um die Norm bestimmbar zu machen.[496] Dies wäre auch der durch den Bestimmtheitsgrundsatz bezweckten Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit nach Art. 8 Abs. 2 a) vi) dienlich.[497] Schließlich ist auch die Tatsache, dass sich die Staatengemeinschaft nicht auf einen festen Katalog von genau definierten Verfahrensrechten einigte, ein Hinweis darauf, dass die genaue Ausgestaltung der Gerichtsverfahren den Staaten überlassen ist und dem Gerichtshof genügend Flexibilität bei der Rechtsanwendung zu Bewertung des Einzelfalls bleiben sollte.[498] Aufgabe des Völkerstrafrechts ist es dabei nicht, einzelne Bestimmungen nationaler Strafprozessordnungen zu bewerten oder in Kriegszeiten die Befolgung einer bestimmten Verfahrensordnung zu überprüfen, sondern lediglich dann einzugreifen, wenn der Kerngehalt der Verfahrensrechte in einem solchen Maße berührt ist, dass das Verfahren insgesamt nicht mehr als fair bezeichnet werden kann.[499] Dies dürfte jedenfalls dann der Fall sein, wenn ein Verfahren von vornherein auf Verurteilung ausgerichtet ist (z.B. wegen einer besonders engen Anbindung der Judikative an die Exekutive),

494 So das Recht auf Überprüfung der Entscheidung aus Art. 106 GA III und Art. 73 GA IV, das Beschleunigungsgebot aus Art. 103 GA III und das Recht auf ein angemessenes Strafmaß aus Art. 87 GA III, ähnlich auch in Art. 67 GA IV.

495 So das Beweisrecht, näher hierzu *Abahuni* 2015, S. 176, 218 ff., 251. Auch der EGMR prüft hinsichtlich Beweisfragen lediglich, ob die Fairness im Verfahren insgesamt beeinträchtigt ist, die spezielle Ausformung der Beweisregeln bleibt den Nationalstaaten überlassen, so beispielsweise in *EGMR*, Perna v. Italy, Judgment, Application no. 48898/99 (2003).

496 Zum Bestimmtheitsgrundsatz und Art. 8 Abs. 2 a) vi) siehe *Abahuni* 2015, S. 144 ff.; ähnliche Überlegungen bzgl. der Bestimmbarkeit der *fundamental rights* im Verfolgungstatbestand (Art. 7 Abs. 2 g)) anstellend *Erne* 2016, S. 369. Im Ergebnis lehnt sie eine Berücksichtigung nationaler Standards aufgrund der diskriminierenden Wirkung jedoch ab.

497 Im Kapitel zum Legalitätsprinzips wurde dargelegt, dass zwar sowohl das IMT als auch die ad-hoc Tribunale die Verankerung im nationalen Recht als Voraussetzung – zu Recht – ablehnten, zur Begründung der Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit aber dennoch oftmals auch auf das sonst zuständige nationale Recht verwiesen, Teil 1 Kapitel 2 C IV. 2.

498 *La Haye* in *Lee* 2001, S. 212; *Dörmann* in *Ambos* 2022 Art. 8, Rn. 142.

499 *Abahuni* 2015, S. 145, 151, 155, 175 ff., 260 f.; ebenfalls für eine enge Auslegung von Art. 8 Abs. 2 a) vi) plädierend *Darge* 2010, S. 343.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sodass es dem Angeklagten nicht möglich ist, den Prozess zu beeinflussen, und daher keine Waffengleichheit mehr besteht.[500]

Bei Art. 8 Abs. 2 a) vi) handelt es sich um eine eher unbestimmte Norm, welche nach Konkretisierung verlangt. Um den genauen Inhalt einer Verfahrensgarantie zu bestimmen, nehmen verschiedene der in den Genfer Abkommen verankerten Verfahrensgarantien ohnehin explizit oder implizit auf nationales Recht Bezug. Daher überzeugt es, bei einer zur Prüfung von Art. 8 Abs. 2 a) vi) anzustellenden Gesamtbewertung der Fairness des Verfahrens unter anderem den rechtskulturellen Kontext in den Blick zu nehmen.[501] Eine solche ergänzende Betrachtung des durch den Gewahrsamsstaat gewöhnlich angewendeten Rechts wäre auch mit dem natürlichen Wortsinn von Art. 8 Abs. 2 a) vi) vereinbar. Dieser verlangt, dass einer geschützten Person die Rechte eines ordentlichen und fairen Verfahrens *(regular and fair trial)* entzogen werden. *Fair* ist ein Verfahren nach dem natürlichen Wortsinn vor allem dann, wenn alle Parteien gleich und unvoreingenommen behandelt werden und das Verfahren bestimmten Regeln folgt.[502] Die übliche Bedeutung des Wortes *regular* meint, dass etwas einer bestimmten Ordnung, Systematik oder einem konstantem Muster folgt, ohne diese jedoch näher zu bestimmen.[503] Der natürliche Wortlaut

500 *Abahuni* 2015, S. 163.

501 In ähnlicher Weise haben australische Militärgerichte – im Bewusstsein darum, dass die von ihnen durchgeführten Prozesse ebenfalls an Verfahrensmängeln litten – bei der Aufarbeitung der Verbrechen des zweiten Weltkriegs vor allem darauf abgestellt, ob ein Verfahren in fairer und unparteiischer Art und Weise durchgeführt worden ist. Unter Anwendung dieses Standards sind sie in mehreren Fällen zur Minderung der Strafe und teilweise auch zu Freisprüchen gelangt, *Cohen* in *Kiesow/Ogorek/Simitis* 2012, S. 70 ff.

502 Das Webster Dictionary definiert „fair" z.B. als „marked by impartiality and honesty: free from self-interest, prejudice, or favorism" und „conforming with the established rules", siehe „fair", Merriam-Webster.com Dictionary, Merriam-Webster, https://www.merriam-webster.com/dictionary/fair, zuletzt abgerufen am 24.03.2021.

503 So heißt es z.B. im Oxford English Dictionary unter anderem „[t]hat observes an established rule, principle, or course of action; acting or behaving in a uniform manner" und „[t]hat conforms to some accepted or adopted rule or standard; made or done in a prescribed manner; formally correct", siehe „regular", OED Online, Oxford University Press, March 2021, www.oed.com/view/Entry/161414, zuletzt abgerufen am 24.03.2021. Meriam-Webster Dictionary definiert „regular" als: „formed, built, arranged, or ordered according to some established rule, law, principle, or type", siehe „regular", Merriam-Webster.com Dictionary, Merriam-Webster, https://www.merriam-webster.com/dictionary/regular, zuletzt abgerufen am 24.03.2021.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Tathandlung, *to deprive,* legt sogar eher nahe, dass jemandem etwas zuvor Dagewesenes vorenthalten wird. *To deprive* wird unter anderem definiert als: „to take it away from him"; „to keep (a person) out of what he would otherwise have"[504] oder „to withhold something from".[505] Das natürliche Sprachverständnis verbietet es demnach nicht, die Fairness eines Verfahrens auch im Lichte der üblicherweise anzuwendenden Ordnung – in anderen Worten des rechtskulturellen Kontexts – zu bewerten.

c) Vereinbarkeit mit Art. 21 Abs. 3?

Bei den im Rahmen der entwürdigenden Behandlung und des Kulturgüterschutzes diskutierten Tatbestandsmerkmalen wurde der gesellschaftliche Kontext in den Blick genommen, um das tatsächliche Vorliegen eines ausfüllungsbedürftigen Tatbestandsmerkmales prüfen zu können bzw. die Schwere der Tat bewerten zu können. Es wurde argumentiert, dass die Schutzrichtung der jeweiligen Normen es verlangt, auch den gesellschaftlichen Kontext zu betrachten, und dass kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 21 Abs. 3 vorliegt, da potenzielle Täter und Täterinnen nicht aufgrund ihrer Herkunft an unterschiedlichen rechtlichen Standards gemessen werden, sondern ihre Herkunft lediglich berücksichtigt wird, um feststellen zu können, ob bzw. in welchem Maße ein durch die jeweilige völkerstrafrechtliche Norm geschütztes Rechtsgut tangiert ist.

Hingegen ist es nicht grundsätzlich erforderlich, die Herkunft eines Individuums in den Blick zu nehmen, um dessen Beeinträchtigung durch ein „unfaires" Verfahren zu bewerten. Soll es bei der Prüfung von Art. 8 Abs. 2 a) vi) dennoch möglich sein, Angeklagte, die aus einem Rechtskreis mit höheren Verfahrensstandards stammen, an höheren Anforderungen zu messen als Menschen, in deren Rechtskreis niedrigere Verfahrensstandards gelten, würde darin eine Unterscheidung aufgrund der Herkunft i.S.d. Art. 21 Abs. 3 liegen.

Wird Art. 21 Abs. 3 nicht als absolutes Verbot der ungleichen Behandlung verstanden, sondern lediglich als Verbot einer willkürlichen bzw. nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung, müsste das Gericht im konkreten Fall dann prüfen, ob es hinreichend gewichtige Gründe gibt, um eine Be-

504 „deprive", OED Online, Oxford University Press, March 2021, www.oed.com/view/Entry/50469, zuletzt abgerufen am 24.03.2021.

505 „deprive", Merriam-Webster.com Dictionary, Merriam-Webster, https://www.merriam-webster.com/dictionary/deprive, zuletzt abgerufen am 24.03.2021.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rücksichtigung des rechtskulturellen Kontextes zu rechtfertigen. Als solche kommen die in Teil 1 Kapitel 2 C abstrakt dargelegten Gründe in Betracht – unter anderem die Vorhersehbarkeit der Strafe für den Angeklagten, die im Hinblick auf bestimmte Strafzwecke wichtige Vermittelbarkeit des durch den IStGH ausgesprochenen Urteils in der betroffenen Gesellschaft sowie die für eine effektive, auf die Unterstützung der Nationalstaaten angewiesene Arbeit des IStGH notwendige Akzeptanz der durch den IStGH gefällten Urteile in der Staatengemeinschaft.

Zudem ließe sich unter Hinweis auf das *assimilation principle* argumentieren, dass es dem humanitären Völkerrecht bzgl. der Gewährung von Verfahrensrechten nicht fremd ist, den rechtlichen Kontext als relativen Bezugspunkt heranzuziehen.

3. Nicht-internationaler bewaffneter Konflikt

a) Verbrechenselemente

Während die Verbrechenselemente für den internationalen bewaffneten Konflikt ausdrücklich auf die (insbesondere) im dritten und vierten Genfer Abkommen garantierten Verfahrensrechte verweisen, enthalten die Verbrechenselemente zum nicht-internationalen bewaffneten Konflikt keine solche explizite Referenz zu den Genfer Abkommen oder einem anderen internationalen Vertragswerk.

In Art. 8 Abs. 2 e) i) Ziff. 4 der Verbrechenselemente heißt es lediglich:

> There was no previous judgement pronounced by a court, or the court that rendered judgement was not "regularly constituted", that is, it did not afford the essential guarantees of independence and impartiality, or the court that rendered judgement did not afford all other judicial guarantees generally recognized as indispensable under international law.[506]

Mit der Ergänzung in Fn. 59:

> With respect to elements 4 and 5, the Court should consider whether, in the light of all relevant circumstances, the cumulative effect of factors with respect to guarantees deprived the person or persons of a fair trial.

506 Damit unterscheiden die Verbrechenselemente die Tathandlungen der verfahrenslosen Hinrichtung, der Aburteilung durch ein nicht ordentlich bestelltes Gericht sowie der Verletzung wesentlicher Verfahrensgarantien.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wann es sich um ein ordentlich bestelltes Gericht handelt, wie die allgemein als unerlässlich anerkannten Verfahrensgarantien näher zu bestimmen sind und welche Faktoren von den *relevant circumstances* umfasst werden, bestimmen die Verbrechenselemente nicht.

b) Auslegung im Übrigen

aa) Wortlautauslegung

Art. 8 Abs. 2 c) iv) fordert ein ordentlich bestelltes Gericht *(regularly constituted court)*, das die allgemein als unerlässlich anerkannten Verfahrensgarantien *(all judicial guarantees which are generally recognized as indispensable)* einhält. Wie bereits bei der Wortlautauslegung zu Art. 8 Abs. 2 a) vi) dargelegt, wird *regular* u.A. definiert als „formed, built, arranged, or ordered according to some established rule, law, principle, or type"[507] oder damit umschrieben, dass etwas einer „established rule, principle, or course of action"[508] folgt. Der natürliche Wortsinn des Wortes „allgemein" *(generally)* als Gegensatz zu spezifisch oder besonders[509] legt zwar eine universelle Deutung nahe. Andererseits wird *general* z.B. auch als „part of a specific whole" umschrieben.[510] Folglich schließt der Wortlaut es nicht aus, die ordentliche Bestellung eines Gerichts und die allgemein als unerlässlich erachteten Verfahrensgarantien auch im Lichte der Regeln einer partikularen Gemeinschaft zu betrachten.[511]

507 „regular", Merriam-Webster.com Dictionary, Merriam-Webster, https://www.merriam-webster.com/dictionary/regular, zuletzt abgerufen am 24.03.2021.

508 „regular", OED Online, Oxford University Press, March 2021, www.oed.com/view/Entry/161414, zuletzt abgerufen am 24.03.2021.

509 „generally", OED Online, Oxford University Press, March 2021, www.oed.com/view/Entry/77511, zuletzt abgerufen am 24.03.2021.

510 „general", OED Online, Oxford University Press, March 2021, www.oed.com/view/Entry/77489, zuletzt abgerufen am 24.03.2021.

511 Der Tatbestand des Art. 8 Abs. 2 c) iv) verwendet den Begriff *to deprive* zwar nicht, dieser findet sich aber in Fn. 59 der Verbrechenslemente. Wie im Rahmen des internationalen Konflikts dargelegt, weist der natürliche Wortsinn darauf hin, dass jemandem etwas zuvor Dagewesenes enthalten wird.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb) Das Genfer Recht, das Völkergewohnheitsrecht und die Menschenrechte als Auslegungshilfen

Art. 8 Abs. 2 c) iv) geht auf den gemeinsamen Art. 3 bs. 1 d) der Genfer Abkommen zurück.[512] Eine ähnliche Regelung enthält ZP II in Art. 6 Abs. 2, und in nur leicht divergierendem Wortlaut ist das Erfordernis eines ordentlich bestellten Gerichts, welches die als unerlässlich anerkannten Verfahrensgarantien einhält, auch in diversen anderen völkerrechtlichen Instrumenten – wie beispielsweise den Statuten der Ad-hoc-Gerichte[513] oder menschenrechtlichen Erklärungen[514] – enthalten. Das grundsätzliche Recht auf Gewährleistung eines ordentlichen Gerichtsverfahrens gilt also zweifelsfrei auch im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt. Weniger eindeutig sind hingegen die genauen Anforderungen an ein ordentlich bestelltes Gericht und an die als unerlässlich anerkannten Verfahrensrechte.[515]

Hier bestimmen die Verbrechenselemente im Gegensatz zum internationalen bewaffneten Konflikt nicht, welchen Normen diese Anforderungen zu entnehmen sind. Auch andere Rechtsquellen geben hierzu keine eindeutige Auskunft.[516] Zur Interpretation des die Grundlage für Art. 8 Abs. 2 c) iv) darstellenden Art. 3 Abs. 1 d) der Genfer Abkommen wird aufgrund des fast übereinstimmenden Wortlauts in Art. 6 Abs. 2 ZP II überwiegend die darin normierte (nicht abschließende) Liste von Mindestgarantien herangezogen.[517] Da der gemeinsame Art. 3 der Genfer Abkommen durch ZP II weiterentwickelt worden sei, müsse dies auch bei der

512 *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 1317.

513 Art. 4 (g) RStGH-Statut und Art. 3 (g) SLSGH-Statut fordern beispielsweise „a regularly constituted court, affording all the judicial guarantess which are recognisezed as indispensable by civilised peoples".

514 So z.B. die Turku/Abo Declaration, Art. 9: „[…] a regularly constituted court affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by the community of nation; siehe außerdem Part. IV Art. 3 Abs. 2 des bilateralen Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and International Humanitarian Law between the Government of the Republic of the Philippines and the National Democratic Front of the Philippines: „Holding anyone responsible for an act that she/he has not committed and punishing anyone without complying with all the requisites of due process."

515 *Somer,* IRRC 89 (2007), S. 675 f.; *Sivakumaran,* JICJ 7 (2009), S. 495 f., 498.

516 Daher wird der Begriff teilweise auch als zu unbestimmt kritisiert, *Ambos* 2019 § 7, Rn. 254; *Abahuni* 2015, S. 272.

517 So beispielsweise *Dörmann* 2003, S. 411 f., 418; *Werle/Jeßberger* 2020, Rn. 1319; *Sivakumaran* 2012, S. 307; *Geiß/A. Zimmermann* in *Ambos* 2022 Art. 8, Rn. 922.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Auslegung von Art. 8 Abs. 2 c) iv) beachtet werden.[518] Diskutiert wird auch, die auf den internationalen Konflikt anwendbaren Regeln des humanitären Völkerrechts (aus dem vierten Genfer Abkommen und Art. 75 ZP I) als Rechtsquelle zu konsultieren.[519] Schließlich könnten auch im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt menschenrechtliche Standards als Interpretationshilfe herangezogen werden.[520]

cc) „*Regularly Constituted Courts*"

Welche Anforderungen anhand der genannten Rechtsquellen im Einzelnen an ein „ordentlich bestelltes Gericht" zu stellen sind, kann und muss hier nicht abschließend geklärt werden.[521] Hervorzuheben ist aber, dass sowohl eine Auslegung anhand des Genfer Rechts unter Bezug auf die Kommentierung zu Art. 66 GA IV[522] als auch eine Auslegung unter Berücksichtigung der *Customary Humanitarian Law Study* des IKRK[523] einen Bezug zu den staatlichen Gerichten bzw. den zur Errichtung dieser Gerichte einschlägigen Gesetzen und Verfahren herstellen.[524] Der JStGH maß in *Tadić* der formalen Errichtung des Gerichts hingegen weniger Bedeutung zu und rückte

518 *Abahuni* 2015, S. 298, 303 f.; *Dörmann* 2003, S. 412.

519 So *US Supreme Court,* Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557, 05-184 (2006), der von einer völkergewohnheitsrechtlichen Geltung der in Art. 75 ZP I verankerten Garantien auch im nicht internationalen bewaffneten Konflikt auszugehen scheint. Kritisch zur Übertragbarkeit der Regeln des internationalen bewaffneten Konflikts hingegen *Abahuni* 2015, S. 302 ff. Auch *Geiß/A. Zimmermann* weisen darauf hin, dass die Garantien aus Art. 8 Abs. 2 a) vi) und c) iv) sich in ihrer Natur zwar ähneln, jedoch nicht identisch seien, *Geiß/A. Zimmermann* in *Ambos* 2022 Art. 8, Rn. 918.

520 *Dörmann* 2003, S. 409 ff.; dabei ist allerdings zu beachten, dass Menschenrechte grundsätzlich nur im Verhältnis zwischen Staat und Bürgern gelten, zur diesbezüglichen Problematik im Hinblick auf nicht-staatliche Akteure siehe sogleich. Die Anwendbarkeit der Menschenrechte im Rahmen von Art. 8 Abs. 2 c) iv) näher diskutierend *Abahuni* 2015, S. 267 ff. mit weiteren Nachweisen.

521 Hierzu ausführlich z.B. *Abahuni* 2015, S. 275 ff.

522 *ICRC,* GC IV (1958) S. 340.

523 *Henckaerts/Doswald-Beck* 2005, S. 355.

524 Unter Berufung auf die Kommentierung zu Art. 66 und die IKRK-Studie erachtete auch der *US Supreme Court* in der Entscheidung *Hamdan v. Rumsfeld* es als erforderlich, dass ein ordentlich bestelltes Gericht im Einklang mit den bereits bestehenden (staatlichen) Gesetzen und Verfahren errichtet wird, *US Supreme Court*, Hamdan V. Rumsfeld, 548 U.S. 557, 05-184 (2006). Inwiefern eine solche Auslegung mit dem Kapazitätenproblem nicht-staatlicher bewaffneter Gruppen vereinbar ist, wird im Anschluss diskutiert.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stattdessen die Ausgestaltung des Verfahrens in den Fokus.[525] Entscheidend sei, dass ein Gericht die international anerkannten Menschenrechte beachte und so Fairness und Gerechtigkeit walten lasse.[526] In ähnlicher Weise fordern die Verbrechenselemente in Art. 8 Abs. 2 c) iv) Ziff. 4, dass ein ordentlich bestelltes Gericht die „essential guarantees of independence and impartiality" einhalten, also unabhängig und unparteiisch sein müsse.[527] Dies wird vor allem dann gegeben sein, wenn bestimmte, für ein gerechtes Verfahren unerlässliche Verfahrensgarantien eingehalten werden.[528]

dd) „*Judicial Guarantees which are Generally Recognized as Indispensable*"

Unabhängig davon, welches der oben genannten Rechtsregime (Art. 6 ZP II, Art. 75 ZP II und Vorschriften des GA IV oder die Menschenrechte) im konkreten Fall primär zur Bestimmung der verfahrensrechtlichen Mindeststandards konsultiert wird,[529] handelt es sich bei all diesen Quellen um universelles Recht.[530] Dass auch für den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt über bestimmte Mindeststandards Konsens besteht, zeigte sich auch in den Verhandlungen zu den Verbrechenselementen. Zwar wurde der von der Schweiz, Ungarn und Costa Rica unterbreitete Vorschlag, eine spezifische Liste unerlässlicher Verfahrensgarantien in die Verbrechenselemente aufzunehmen, abgelehnt. Der Grund hierfür war jedoch nicht, dass über diese Mindestgarantien keine Einigkeit bestanden hätte.[531] Welche Verfahrensrechte als so unerlässlich angesehen werden, dass ihre Verletzung ein Kriegsverbrechen darstellen kann, ist also auch im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt universellen Regeln oder Prinzipien zu entnehmen.

525 Geprüft wurde hier jedoch nicht das Kriegsverbrechen des Entzugs eines ordentlichen Gerichts, sondern ob der JStGH selbst *established by law* sei.

526 *JStGH*, Prosecutor v. Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1 (1995) Rn. 45.

527 *Dörmann* 2003, S. 413; *Abahuni* 2015, S. 274. Das Erfordernis der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit ebenfalls betonend *Darge* 2010, S. 340.

528 *Abahuni* 2015, S. 291 ff.

529 Diese darstellend *Sivakumaran,* JICJ 7 (2009), S. 500 ff.

530 Zur Frage der Bedeutung von regionalen Menschenrechtskonventionen und Entscheidungen der regionalen Spruchkörper kann auf die im Rahmen des internationalen bewaffneten Konflikts abgestellten Überlegungen verwiesen werden.

531 *Dörmann* 2003, S. 409; siehe auch *Sivakumaran,* JICJ 7 (2009), S. 505 mit weiteren Ausführungen zu den Gründen, weshalb eine solche Liste dennoch abgelehnt wurde.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die normativen Anknüpfungspunkte zur näheren Bestimmung dieser unerlässlichen Verfahrensgarantien sind für den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt jedoch noch vager als im Rahmen des internationalen bewaffneten Konflikts,[532] und zumindest manche Garantien können auch hier mangels genuin völkerrechtlicher Ausgestaltung nur unter Berücksichtigung nationalen Rechts näher bestimmt werden.[533] Folglich kann auch im Rahmen des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts nicht auf das Bestimmtheitsgebot als Argument gegen den Rückgriff auf nationales Recht abgestellt werden. Vielmehr könnte ein solcher Rückgriff gerade notwendig sein, um Art. 8 Abs. 2 c) iv) bestimmbar zu machen.[534] Ähnlich wie das die Gleichbehandlung von Kriegsgefangenen im internationalen bewaffneten Konflikt schützende *assimilation principle*, zeigt diese Einbeziehung nationalen Rechts, dass es dem humanitären Völkerrecht nicht fremd ist, den rechtlichen Kontext als relativen Bezugspunkt heranzuziehen, um festzustellen, ob das Kriegsverbrechen des Entzugs eines ordentlichen Verfahrens erfüllt ist.

Hinzukommt, dass die Verbrechenselemente für den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt sogar explizit eine Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände *(all relevant circumstances)* fordern, um festzustellen, ob dem Angeklagten ein f a i r e s Verfahren vorenthalten wurde.[535] In diese Gesamtschau könnte, wie bereits für den internationalen Konflikts erwogen, auch der rechtkulturelle Kontext als Faktor miteinbezogen werden. Handelt es sich beispielsweise um den Entzug eines für die Waffengleichheit weniger essenziellen Verfahrensrechts, welches auch den Angehörigen der eige-

532 So normiert z.B. Art. 6 Abs. 2 a) ZP II lediglich, dass dem Angeklagten „before and during his trial all necessary rights and means of defence" gewährt werden müssen.

533 *Abahuni* 2015, S. 324 f. Als Beispiele können auch hier das Recht auf Überprüfung von Entscheidungen (Art. 6 Abs. 3 ZP II) sowie das Beweisrecht genannt werden. Auch bei der Bestimmung einer verfahrensgemäßen Rechtsfolge ist allgemein anerkannt, dass die sonst zuständige nationale Rechtordnung konsultiert werden muss. So ist bei der Bewertung, ob die durch die Verbrechenselemente zu Art. 8 Abs. 2 c) iv) spezifizierte Tathandlung der verfahrenslosen Hinrichtung vorliegt unter anderem zu prüfen, ob das anwendbare staatliche Recht diese vorsieht, *Geiß/A. Zimmermann Ambos* 2022 Art. 8, Rn. 920; *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 1321.

534 Ähnliche Überlegungen bzgl. der Bestimmbarkeit der „fundamental rights" im Verfolgungstatbestand (Art. 7 Abs. 2 g)) anstellend, im Ergebnis jedoch ablehnend *Erne* 2016, S. 369. Zur grundsätzlichen Vereinbarkeit von Art. 8 Abs. 2 c) iv) mit dem Bestimmtheitsgebot *Ambos* 2019 § 7, Rn. 254; ausführlicher *Abahuni* 2015, S. 295 ff.

535 Fn. 59 der Verbrechenselemente lautet: „ […] the Court should consider whether, in the light of all relevant circumstances, the cumulative effect of factors with respect to guarantees deprived the person or persons of a fair trial."

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nen Partei nicht gewährt wird – und ggf. auch die gegnerische Partei nicht gewährt, da die nationalen Verfahrensstandards nicht den internationalen Mindeststandards genügen –, und wird der Angeklagte nicht oder nur zu einer geringen Strafe verurteilt,[536] so könnte sich das Verfahren insgesamt trotz des Entzugs eines als Mindestgarantie anerkannten Verfahrensrechts noch als fair erweisen.[537] Da das Völkerstrafrecht nur die schwersten Verbrechen bestrafen soll, wäre ein solcher Entzug einer Mindestgarantie nicht strafwürdig.[538]

ee) Auslegung unter Berücksichtigung des Kapazitätsproblems nicht-staatlicher Akteure

Für den nicht-internationalen Konflikt ist zu ergänzen, dass aus einem anderen Grund ohnehin eine gewisse Modifizierung universeller Standards in Abhängigkeit des konkreten Kontextes der Tat diskutiert wird: Eine solche Modifizierung könnte aufgrund der tatsächlichen (begrenzten) Kapazitäten nicht-staatlicher bewaffneter Gruppen erforderlich sein.

Art. 8 Abs. 2 c) iv) verlangt, ebenso wie Art. 3 Abs. 1 d), ein „ordentlich bestelltes" Gericht.[539] Sollen die Regeln des humanitären Völkerrechts gemäß des *Equality-of-belligerent*-Grundsatzes gleichermaßen für alle Konfliktparteien gelten, so wirft die Anwendung der im IStGH-Statut gewählten Formulierung der „ordentlich bestellten Gerichte" auf nicht-staatliche Akteure Probleme auf.[540] Denn gewöhnlich verfügen Rebellengruppen oder

536 Das Erfordernis der Erheblichkeit der verhängten Strafe näher diskutierend *Darge* 2010, S. 341 f.

537 Zum Verständnis von Art. 17 Abs. 1 d) als relatives Abwägungskriterium siehe Schlussbetrachtungen B I.

538 Siehe zum Beurteilungsmaßstab für die Strafwürdigkeit nach Art. 8 Abs. 2 c) iv) auch *Abahuni* 2015, S. 322 f.

539 Art. 6 Abs. 2 ZP II spricht hingegen von einem Gericht, welches die wesentlichen Garantien der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit gewährleistet.

540 Zur Begründung, weshalb es auch nicht-staatlichen Akteuren daher grundsätzlich möglich sein muss, ein ordentlich bestelltes Gericht zu errichten siehe *Sivakumaran,* JICJ 7 (2009), S. 495 ff.; den *equalitiy of belligerent*-Grundsatzes im Hinblick auf durch bewaffnete Gruppen ausgesprochene Urteile analysierend außerdem *Somer,* IRRC 89 (2007), insbes. S. 687 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

andere nicht-staatliche Akteure nicht über die gleichen Mittel und Ordnungsstrukturen wie staatliche Konfliktparteien:[541]

> „Guerillas, after all, are not apt to carry black robes and white wigs in their back packs."[542]

Wie bereits erwähnt, wird teilweise argumentiert, dass solche Gerichte „ordentlich bestellt" sind, die nach den Vorschriften des geltenden nationalen Rechts eingesetzt worden sind.[543] Andere sehen das Erfordernis deutlich weiter und lassen es genügen, wenn ein Gericht in angemessener Weise nach dem Recht der bewaffneten Gruppe errichtet wurde.[544] Die Verbrechenselemente, welche ein ordentlich bestelltes Gericht unter Bezug auf *essential guarantees of independence and fairness* definieren, verschieben den Fokus wie dargelegt von der Errichtung des Gerichts zum tatsächlichen Wirken des Gerichts und den dabei angewendeten Verfahrensstandards.[545] Das Kapazitätsproblem ist damit jedoch nicht gelöst, denn es ist ebenso fraglich, ob nicht-staatliche Akteure die Anforderungen an die verfahrensrechtlichen Mindestgarantien einhalten können und müssen. Zweifelhaft ist dies insbesondere, wenn diese Garantien sich den in zwischenstaatlichen Konflikten einzuhaltenden Standards sowie den – grundsätzlich für das Verhältnis zwischen Staat und Individuum konzipierten – Menschenrechten annähern.[546] Daher fordern manche, dass die Standards an ein durch nicht-staatliche Akteure bestelltes Gericht und die einzuhaltenden Verfahrensgarantien angepasst werden müssen.[547] Damit wird anerkannt, dass Abweichungen von einem universellen Standard unter bestimmten Umständen angebracht sind. Begründet wird dies unter anderem damit, dass es dem erklärten Ziel des Völkerstrafrechts – der Straflosigkeit von Völkerstraftätern entgegenzutreten und damit zur Verhinderung dieser Ver-

---

541 *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 1320; ausführlich hierzu *Sivakumaran,* JICJ 7 (2009), S. 498 ff. und *Abahuni* 2015, S. 272 ff.

542 *Bond,* GaJIntl&CompL 3 (1973), S. 372.

543 So *Henckaerts/Doswald-Beck* 2005, S. 355; speziell zu Art. 66 GA IV siehe *ICRC,* GC IV (1958) S. 340. Diese Auffassung wurde in *Hamdan v. Rumsfeld* rezipiert durch *US Supreme Court*, Hamdan V. Rumsfeld, 548 U.S. 557, 05-184 (2006).

544 *Bond,* GaJIntl&CompL 3 (1973), S. 372.

545 So auch *Somer,* IRRC 89 (2007), S. 687 ff. und *Sivakumaran,* JICJ 7 (2009), S. 500.

546 *Abahuni* 2015, S. 290, 320 ff.; *Sivakumaran,* JICJ 7 (2009), S. 501, 503.

547 *Sivakumaran* 2012, S. 306, 308, 552; *Sivakumaran,* JICJ 7 (2009), S. 503; *Somer,* IRRC 89 (2007), S. 687 ff. Grundsätzlich dafür plädierend, die Realitäten bewaffneter Gruppen bei der Anwendung und Auslegung des humanitären Völkerrechts stärker zu berücksichtigen *Sassoli,* JIntHumanitLegStud 1 (2010), insbes. S. 50 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

brechen beizutragen –[548] grundsätzlich dienlich sei, möglichst viele Akteure in das System zu integrieren, auch wenn dafür gewisse Abstriche bei den einzuhaltenden Standards gemacht werden müssen:

> „[The guarantees] need to be interpreted in a manner which respects their substance while also making compliance with them possible. Anything less sacrifices real protection for the sake of paper standards, proving correct that old adage, the best is the enemy of the good."[549]

Oftmals werden keine anderen als die durch die bewaffneten Gruppen eingesetzten Gerichte zur Verfügung stehen.[550] Zudem könnte die Einbeziehung der Gerichte bewaffneter Gruppen der tatsächlichen Implementierung und Befolgung des humanitären Völkerrechts dienlich sein: Indem bewaffneten Gruppen die Fähigkeit zugesprochen wird, humanitäres Völkerrecht durchzusetzen bzw. als gerichtlichen Maßstab anzuwenden, wird es ihnen ein Stück weit zugehörig.[551] Empirische Studien lassen vermuten, dass Regeln eher befolgt werden, wenn Akteure sich zu bestimmten Verhaltensweisen selbst verpflichten und sich so zu einem Rechtsregime zugehörig empfinden, als wenn Regeln als von außen, möglicherweise vom Feind aufoktroyiertes Recht empfunden werden.[552] Folglich könnte es sowohl der Befolgung des humanitären Völkerrechts als auch dem Ziel, der Straflosigkeit von Völkerrechtsverbrechern bei schwerwiegenden Verletzungen ein Ende zu bereiten, dienlich sein, einen gewissen Spielraum bei der Deutung einzelner Verfahrensgarantien zuzulassen, um so auch nicht-staatliche Akteure noch stärker in das humanitäre Völkerrecht einzubinden.[553] Während die als unerlässlich anerkannten Rechtsgarantien anwendbar bleiben müssen und deren Kerngehalt sich nach universellem Recht bestimmen muss, ist bei der Interpretation bestimmter Verfahrensgarantien eine Anpassung

548 Niedergelegt ist dieses Ziel in Abs. 5 der Präambel des IStGH-Statuts.

549 *Sivakumaran,* JICJ 7 (2009), S. 503; ähnlich *Somer,* IRRC 89 (2007), S. 687 ff.

550 *Sivakumaran,* JICJ 7 (2009), S. 510, 512 f.

551 Diese Idee eines *certain sense of ownership* näher darlegend *Sassoli,* JIntHumanitLegStud 1 (2010), S. 29 ff.

552 *ICHRP,* Ends and Means: Human Rights Approaches to Armed Groups (2000). Auch eine vom *IKRK* durchgeführte Studie zeigt, dass eine religiöse Identifikation mit einer Norm – insbesondere bei muslimischen Kombattanten – sich positiv auf die Bereitschaft auswirkt, dieser Norm zu folgen, *ICRC*, The Roots of Restraint in War (2018), S. 34.

553 *Sivakumaran,* JICJ 7 (2009), S. 512 f.; ähnlich *Abahuni* 2015, S. 270 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

an die tatsächlichen Gegebenheiten erwägenswert.[554] Strafwürdig wären die prozessualen Mängel nur dann, wenn sich entsprechend des Hinweises aus Fn. 59 der Verbrechenselemente zu Art. 8 Abs. 2 c) vi) aus einer Gesamtschau aller relevanter Umstände *(all relevant circumstances)* ergibt, dass der Person ein faires Verfahren entzogen wurde.[555]

4. Resümee

Die angestellten Überlegungen gehen von dem Befund aus, dass es nichtstaatlichen Akteuren nicht immer möglich sein wird, jene internationalen Maßstäbe einzuhalten, die an ein „ordentlich bestelltes Gericht, das die als unerlässlich anerkannten rechtlichen Garantien bietet", gestellt werden. Gesteht das Völkerstrafrecht Rebellengruppen in Einzelfällen eine Absenkung der Standards zu, so stellt sich die Frage, ob die staatliche Gegenpartei dann dennoch an universellen Standards gemessen werden darf. Dies könnte mit Blick auf die grundsätzliche Gleichstellung aller Konfliktparteien problematisch sein. Das Kapazitätsproblem wird sich bei staatlichen Akteuren zwar nicht in gleichem Maße stellen, in einem von einem inneren Konflikt zerrütteten Staat könnten aber auch die Ressourcen der staatlichen Konfliktpartei begrenzt bzw. die Funktionsfähigkeit eingeschränkt sein.[556] Zudem lässt sich auch auf staatlicher Seite fragen, inwiefern die Nichtgewährung von Verfahrensrechten nach dem Völkerstrafrecht strafwürdig ist, wenn auch den Angehörigen der eigenen bewaffneten Kräfte und der Zivilbevölkerung diese Rechte nicht gewährt werden. Zwar kann anders als bei den nicht-staatlichen Akteuren bei der staatlichen Konfliktpartei kein Zweifel an der grundsätzlichen Bindung an die Menschenrechte bestehen. Und wie in *Tadić* grundlegend durch den JStGH festgestellt, genügt der Verweis auf die staatliche Souveränität auch in nicht-internationalen bewaff-

554 *Sivakumaran* 2012, S. 309; *Sivakumaran,* JICJ 7 (2009), S. 503, 506; *Abahuni* 2015, S. 322. Bezüglich des Rechts eines Angeklagten auf „*adequate* time and facilities for the preparation of his defence" aus Art. 14 Abs. 3 b) IPbpR erkennt auch der UN-Menschenrechtsausschuss eine Berücksichtigung der individuellen Umstände des Falls an, siehe z.B. *HRC,* Little v. Jamaica, Communication No. 283/1988, CCPR/C/43/D/283/1988 (1991) Rn. 8.3.

555 „[…] the Court should consider whether, in the light of all relevant circumstances, the cumulative effect of factors with respect to guarantees deprived the person or persons of a fair trial" (Art. 8 Abs. 2 c) vi), Fn. 59 Verbrechenselemente).

556 Ähnlich *Sivakumaran,* JICJ 7 (2009), S. 510.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

neten Konflikten nicht mehr, um die (strafrechtliche) Verantwortlichkeit für schwere Menschenrechtsverletzungen vor der internationalen Gemeinschaft auszuschließen.[557] Dennoch ist zweifelhaft, ob in einer solchen Konstellation das Eingreifen der Weltgemeinschaft in die staatliche Souveränität überzeugt. Das Völkerstrafrecht soll nur die schwersten Verbrechen bestrafen. Da die Regeln des humanitären Völkerrechts zu den einzuhaltenden Verfahrensrechten im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt nur sehr rudimentär ausgestaltet sind und sich eine schlichte Übertragung der Menschenrechte, ohne Beachtung der jeweiligen Eigenheiten der Rechtsregime, verbietet, liegt die nähere Ausgestaltung der Verfahrensrechte jedenfalls auch in den Händen der Nationalstaaten.[558]

Bzgl. des im Anschluss zu erörternden Verfolgungstatbestandes als Verbrechen gegen die Menschlichkeit merkte die Verteidigung *Al Hassans* an, dass allein die Implementierung von Sharia-Recht nicht als Angriff auf die Zivilbevölkerung i.S.v. Art. 7 Abs. 1 IStGH-Statut verstanden werden dürfe. Eine Einordnung als Angriff sei unter anderem deshalb problematisch, da die Rechtssysteme einer Vielzahl von Ländern auf Sharia-Recht beruhten.[559] Da eine zu weite Auslegung des kontextuellen Elements der Menschlichkeitsverbrechen Staaten davon abhalten könnte, das IStGH-Statut zu unterzeichnen, sei grundsätzlich eine enge Auslegung des kontextuellen Elements erforderlich.[560]

Ähnliche Überlegungen lassen sich anstellen, wenn einzelne Verfahrensrechte in einem auf der Sharia begründeten Rechtssystem in einem Staat oder einer Region anders ausgestaltet sind oder nicht umfassend gewährt werden. Insbesondere bei jenen Verfahrensrechten, für deren Ausgestaltung das internationale Recht kaum Anhaltspunkte bietet, sollte das Völkerstrafrecht nicht vorschnell eingreifen.[561] Sieht zum Beispiel ein auf der Sharia beruhendes Beweisrecht bei bestimmten Straftaten vor, dass dem von einem Mann vorgetragenen Beweis doppelt so viel Beweiskraft zukommt

557 *JStGH*, Prosecutor v. Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1 (1995) Rn. 97.

558 *Abahuni* 2015, S. 324 f. Hierin könnte eine Parallele zum Eigentumsschutz liegen, bzgl. welchem argumentiert wurde, dass ein Rückgriff auf nationales Recht zur Klärung der konkreten Eigentumsverhältnisse aufgrund der rudimentären Behandlung von Eigentumsfragen durch das Völkerrecht erforderlich ist.

559 *Al Hassan Defence*, Prosecutor v. Al Hassan, Public Redacted Version of „Submission for the Confirmation of Charges", ICC-01/12-01/18 (2019) Rn. 82.

560 *Ebd.* Rn. 84 unter Verweis auf *Bassiouni* 1999, S. 245 f.

561 So auch *Abahuni* 2015, S. 325.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wie der Aussage einer Frau,[562] so ist eine solche Regelung aus menschenrechtlicher Perspektive aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatz vehement zu verurteilen. Bei einer Prüfung von Art. 8 Abs. 2 a) vi) oder c) könnte es dennoch erforderlich sein, genauer zu prüfen, ob im konkreten Fall das Recht des Angeklagten auf ein faires und unparteiisches Verfahren bei Anwendung eines solchen Beweisrechts insgesamt beeinträchtigt ist. Wäre hingegen die Anwendung von Sharia-Recht per se gleichzustellen mit dem Entzug des Rechts auf ein ordentliches Gerichtsverfahren, so ist kaum vorstellbar, dass all jene muslimisch geprägte Staaten, in welchen ganz überwiegend oder teilweise Sharia-Recht Anwendung findet[563] – und die bislang dem IStGH-Statut überwiegend nicht beigetreten sind – sich der Gerichtsbarkeit des IStGH jemals unterwerfen werden. Wie dargelegt, sind die Tatbestände aus Art. 8 Abs. 2 a) vi) und c) iv) sowie die Verbrechenselemente so ausgestaltet, dass den Richtern und Richterinnen eine gewisse Flexibilität bleibt, um festzustellen, ob bei Berücksichtigung aller relevanter Umstände die Fairness des Verfahrens in einem solchen Maße beeinträchtigt ist, dass die Verletzung bestimmter Standards strafwürdig ist. Dem durch den IStGH verfolgten Zweck – *to end impunity* – könnte es dienlich sein, hierbei auch den rechtskulturellen Kontext zu betrachten, um so möglichst viele Akteure in das völkerstrafrechtliche System einzubinden.

Eine solche Argumentation birgt sicherlich die Gefahr, in einer Abwärtsspirale immer mehr Zugeständnisse zu machen, um möglichst viele Akteure einzubinden.[564] Damit das Ziel, die Straflosigkeiten von Völkerrechtsverbrechern zu beenden, so nicht unterlaufen statt gefördert wird, muss der Kerngehalt völkerstrafrechtlicher und konfliktvölkerrechtlicher Regeln also stets erhalten bleiben.[565]

562 *Tellenbach,* ZaöRV 64 (2004), S. 938. Als weitere Rechte, die sich nicht eindeutig aus islamischem Recht ergeben und durch die afghanische Verfassung nicht explizit gewährt werden identifiziert *Tellenbach* u.A. das Recht in angemessener Zeit über die Anklage informiert zu werden, das Recht auf einen kostenlosen Verteidiger und Dolmetscher sowie das Recht auf Überprüfung der Entscheidung.

563 Für eine Aufzählung dieser Länder siehe *Hellman*, The Convergence of International Human Rights and Sharia Law, New York Bar Association, S. 5 f.

564 *Abahuni* 2015, S. 321.

565 *Sivakumaran* 2012, S. 309, dem zustimmend *Abahuni* 2015, S. 322.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

5. Rechtsirrtum hinsichtlich der einzuhaltenden Verfahrensstandards

In den im Pazifikraum geführten Nachkriegsprozessen beriefen sich die japanischen Angeklagten stets darauf, dass sie die gleichen verfahrensrechtlichen Standards angewendet hätten wie gegen Angehörige der eigenen Konfliktpartei und daher nicht hätten wissen können, dass sie damit (völkerstrafrechtlich relevantes) Unrecht verwirklichten.[566] Während australische Militärgerichte gewillt waren, sich mit den durch die Verteidigung angeführten kulturellen Unterschieden auseinanderzusetzen, und z.B. im Verfahren gegen *Major Katsumura Yoshio and five others* alle Angeklagten freigesprochen wurden,[567] lehnten die amerikanischen Militärgericht einen solchen *cultural defense* durchweg ab.[568] *Abahuni* greift diese Problematik der kulturellen Unterschiede hinsichtlich der Gewährleistung von Verfahrensrechten auf. Sie schiebt den Einwand zwar recht kurzsilbig beiseite, indem sie darauf verweist, dass es sich dabei um eine Grundproblematik des Völkerrechts handle, entscheidend aber der Konsens der Staaten untereinander sei und jeder Einzelne sich diesem unabhängig von seinen persönlichen oder den in seinem Staat vorherrschenden Ansichten zu unterwerfen habe.[569] Andererseits konzediert sie in einer Zusammenfassung der Urteile der alliierten Gerichte nach dem zweiten Weltkrieg aber, dass die Defizite „jeweils so augenscheinlich [waren], dass sie – wie es das Nürnberger Gericht formuliert hat – selbst für Laien erkennbar waren."[570] Welche Bedeutung einem Rechtsirrtum bzgl. der in Art. 8 Abs. 2 a) vi) und c) iv) enthaltenen ausfüllungsbedürftigen Merkmale zukommen könnte,

566 Ausführlich hierzu *Cohen* in *Kiesow/Ogorek/Simitis* 2012, S. 62 ff.

567 *Cohen* deutet diese und andere Freisprüche so, dass die australischen Militärgerichte nicht verurteilten, wenn sie sich davon überzeugen konnten, dass die Angeklagten tatsächlich geglaubt hatten, ein ordentliches Gerichtsverfahren durchzuführen, *ebd.* S. 62.

568 Siehe *ebd.* S. 62 ff. Aufschlussreich hierzu z.B. das Urteil des *Toyoda Tribunals* (zitiert aus *ebd.* S. 65): „[...] the accused is a Japanese. […] a national character and culture that shows considerable difference from what we, as Occidentals are familiar. But the accused is not being tried on grounds that are common to the two civilizations. He is being treid as a professional sailor of high status in his country, which country has willingly subscribed to many of the internationally recognized laws of war and to the dictates of humanity as universally accepted […] By those standards as universally accepted, the accused and the service he typified must stand or fall, uninfluenced by any considerations of a peculiarly national character, whether they be of the West or of the East."

569 *Abahuni* 2015, S. 103.

570 *Ebd.* S. 106.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wenn die Defizite weniger eklatant sind, erörtert sie nicht näher. Hingegen führen andere Stimmen der Literatur – wie in Teil 2 Kapitel 4 B II 1. c) noch näher diskutiert wird – einen Irrtum bzgl. einzuhaltender verfahrensrechtlicher Standards als Beispiel für einen nach Art. 32 Abs. 2 möglicherweise relevanten Rechtsirrtum hinsichtlich normativer Tatbestandsmerkmale an.[571]

VI. Verfolgung als Tatvariante des Verbrechens gegen die Menschlichkeit

Im Rahmen dieser Tatvariante soll zunächst diskutiert werden, inwiefern der gesellschaftliche Kontext bei der Definition von Geschlecht als Verfolgungsgrund zu berücksichtigen ist und sodann, ob der rechtskulturelle Kontext beeinflussen kann, wann ein Entzug grundlegender Rechte vorliegt.

1. Die Definition von Geschlecht in Art. 7 Abs. 3

Das IStGH-Statut enthält in Art. 7 Abs. 1 h), anders als seine internationalen Vorläufer, das Geschlecht als inkriminierten Grund einer Verfolgung.[572] Die in Art. 7 Abs. 3 enthaltene Legaldefinition nimmt dabei explizit Bezug auf den gesellschaftlichen Zusammenhang, indem sie den Begriff des Geschlechts definiert als:

> „For the purpose of this Statute, it is understood that the term "gender" refers to the two sexes, male and female, *within the context of society*. The term "gender" does not indicate any meaning different from the above."[573]

Diese von vielen als unpräzise oder zirkulär kritisierte[574] Definition von Geschlecht ist ein in harten Verhandlungen zum IStGH-Statut errungener

571 So z.B. *Weigend* in *Achenbach et al.* 2011, S. 1391 f.
572 *Steains* in *Lee* 1999, S. 370 f.
573 Art. 7 Abs. 3, Hervorhebung durch die *Verf.* Auf diese Definition wird in Art. 21 Abs. 3, Art. 54 Abs. 1 b) und Art. 68 Abs. 1 verwiesen. Auch Art. 42 Abs. 9 verwendet den Begriff *gender,* einen expliziten Verweis auf Art. 7 Abs. 3 enthält diese Norm jedoch nicht.
574 Diese Kritik darstellend *Oosterveld,* IntFemJPolit 16 (2014), S. 568 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kompromiss. Auf der einen Seite standen dabei jene Delegationen[575] und NGOs,[576] die sich für die Integration der Kategorie des Geschlechts im Verfolgungstatbestand, in dem Diskriminierungsverbot des Art. 21 Abs. 3 sowie in weiteren Vorschriften einsetzten und dabei darauf bedacht waren, dass das Verständnis von Geschlecht – entsprechend dem in diversen Instrumenten der Vereinten Nationen verfolgten Ansatz[577] – auch gesellschaftlich konstruierte Rollenerwartungen an das jeweilige Geschlecht umfassen sollte. Die Gegenseite[578] lehnte die Integration der Kategorie des Geschlechts als Diskriminierungsgrund entweder gänzlich ab oder wollte jedenfalls sicherstellen, dass davon nur das männliche und weibliche Geschlecht umfasst wäre, nicht jedoch sonstige Interpretationen der sexuellen Identität oder die sexuelle Orientierung.[579]

Ein Kompromiss konnte durch die Methode der *constructive ambiguity*[580] gefunden werden. Folglich ist es dem Wortlaut nicht eindeutig zu entnehmen, welche Bedeutung dem gesellschaftlichen Zusammenhang zukommen soll. Auch die Verbrechenselemente bieten hierzu keine Anhaltspunkte.

Eine kulturrelativistische Sichtweise könnte den Verweis auf den gesellschaftlichen Zusammenhang so interpretieren, dass der IStGH Vorstellungen und Gewohnheiten der betroffenen Gesellschaft berücksichtigen soll, um zu bewerten, ob eine Verfolgung aufgrund des Diskriminierungs-

575 Diese umfassten unter anderem Kanada, Australien, die Vereinigten Staaten, Südafrika, Neuseeland, Chile, Costa Rica, die Niederlande und Frankreich, siehe *Steains* in *Lee* 1999, S. 372 Fn. 45.

576 Diese hatten als *Women's Caucus for Gender Justice* eine Koalition gebildet, siehe *Oosterveld,* IntFemJPolit 16 (2014), S. 564.

577 Näheres zur Definition des Begriffs *gender* in den Instrumenten der Vereinten Nationen bei *Oosterveld,* HarvHumRtsJ 18 (2005), S. 66 ff.

578 Diese bestand aus einer Koalition mancher katholischer und arabischer Staaten (beispielsweise Guatemala, Venezuela, Syrien und Katar, siehe *Steains* in *Lee* 1999, S. 372 Fn. 48), des Heiligen Stuhls sowie einer kleinen Gruppe konservativer nordamerikanischer NGOs, siehe *Oosterveld,* IntFemJPolit 16 (2014), S. 565.

579 Siehe hierzu beispielsweise die Äußerung Aserbaidschans, *UNDCPEICC*, Summary Record of the 25th Meeting, A/CONF.183/C.1/SR.25 (1998) Rn. 61. Ausführlicher zu Kompromissfindung *Steains* in *Lee* 1999, S. 371 ff. und *Oosterveld,* HarvHumRtsJ 18 (2005), S. 58 ff.

580 Näher zu dieser Methode *Oosterveld,* HarvHumRtsJ 18 (2005), S. 57 mit Fn. 14 und 81 f.; *Oosterveld,* IntFemJPolit 16 (2014).

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

grundes des Geschlechts vorliegt.[581] Andere sehen in dem Zusatz *in the context of society* einen Hinweis darauf, dass das IStGH-Statut beim Verfolgungsgrund des Geschlechts nicht allein an das biologische Geschlecht anknüpfen will, sondern Geschlecht – jedenfalls auch – als soziales Konstrukt versteht.[582] Liegt dem IStGH-Statut ein solches weiteres Verständnis von Geschlecht zugrunde, welches nicht allein biologische Geschlechtsmerkmale zugrunde legt, sondern auch an gesellschaftlich konstruierte Rollenzuschreibungen anknüpft, ist dies nicht nur relevant, um die Zugehörigkeit eines Individuums zu einer aus Gründen des Geschlechts verfolgten Gruppe – und damit die Opfereigenschaft – zu bestimmen.[583] Wird die Bedeutung von Geschlecht als soziales Konstrukt betont, ist zudem zweifelhaft, ob eine Verfolgung aus Gründen des Geschlechts notwendigerweise gleichzusetzen ist mit der Verfolgung einer bestimmten Geschlechtergruppe: So könnte beispielsweise auch die Verfolgung von männlichen Lehrern, die – entgegen gesellschaftlich vorherrschender Rollenbilder – Mädchen unterrichten, dann eine Verfolgung aufgrund des Geschlechts darstellen.[584]

Mithin fordern beide genannten Ansichten, dass der gesellschaftliche Kontext bei der Qualifizierung eines Verhaltens als völkerstrafrechtlich relevantes Verbrechen zu berücksichtigen ist, allerdings in konträrer Zielrichtung: Während sich der Anwendungsbereich des Verfolgungstatbestands aus Gründen des Geschlechts in Abhängigkeit vom gesellschaftlichen Kontexts nach der erstgenannten – werterelativistischen – Argumentation einschränken ließe, eröffnet die Einbeziehung des gesellschaftlichen Kontexts

581 Diese Interpretationsmöglichkeit nennend, aber strikt ablehnend *Oosterveld,* Duke-JComp&IntlL 17 (2006), S. 75 f., *Grey et al.,* JICJ 17 (2019), S. 971 ff. und *Davis,* RGSJ 24 (2018), S. 554 ff.

582 So *Oosterveld,* HarvHumRtsJ 18 (2005), S. 58, zustimmend u.A. *Grey et al.,* JICJ 17 (2019), S. 962 ff.; ähnlich *Powderly/Hayes* in *Ambos* 2022 Art. 7, Rn. 172. Wieder andere scheinen dem Zusatz gar keine Bedeutung zuzumessen, sondern sehen den Inhalt der Norm durch die darin getroffene Unterscheidung zwischen dem (biologischen) männlichen und weiblichen Geschlecht erschöpft – welche Bedeutung dem Hinweis auf den gesellschaftlichen Kontext dann zukommen soll, bleibt nach diesem Ansatz unklar. Dies anmerkend *Oosterveld,* IntFemJPolit 16 (2014), S. 569.

583 Vgl. *Oosterveld,* HarvHumRtsJ 18 (2005), S. 72.

584 *Grey et al.,* JICJ 17 (2019), S. 968 ff., insbes. 970. *Oosterveld* und *Grey et al* weisen zudem darauf hin, dass der IStGH mögliche Tathandlungen als Verfolgung aus Gründen des Geschlechts übersehen könnte, wenn eine Prüfung dieser Tatvariante allein an das biologische Geschlecht anknüpft, ohne hierfür jedoch ein konkretes Beispiel zu nennen, vgl. *Oosterveld,* HarvHumRtsJ 18 (2005), S. 80 und *Grey et al.,* JICJ 17 (2019), S. 969.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nach der als zweites aufgeführten Interpretation dem Verfolgungstatbestand aus Gründen des Geschlechts einen größeren Schutzbereich. Im Folgenden sollen daher nähere Überlegungen angestellt werden, welches Verständnis von „Geschlecht" Art. 7 Abs. 3 zugrunde liegt.

a) Der Bezug zum gesellschaftlichen Kontext als möglicherweise einschränkendes Kriterium

Der Wortlaut nimmt Bezug auf das männliche und weibliche Geschlecht *within the context of society.* Mit dem Wortlaut wäre es vereinbar, dass der Begriff des Geschlechts (im Verfolgungstatbestand sowie in den anderen diesen Begriff verwendenden Bestimmungen des IStGH-Statuts) anhand von in der betroffenen Gesellschaft anerkannten Kriterien oder Kategorien zu bestimmen ist. Der Verweis auf den gesellschaftlichen Kontext könnte zudem als Hinweis verstanden werden, dass der IStGH die in der betroffenen Gesellschaft vorherrschenden Vorstellungen – beispielsweise hinsichtlich Geschlechtergerechtigkeit – berücksichtigen soll, um zu bewerten, ob eine strafrechtliche Verantwortlichkeit begründende Verfolgung aufgrund des Geschlechts vorliegt.[585]

Als systematisches Argument könnte hierfür auf die Besonderheit verwiesen werden, dass allein der Verfolgungsgrund des Geschlechts durch das IStGH-Statut legal definiert wird.[586] Die weit auseinandergehenden Ansich-

585 Eine solche Interpretationsmöglichkeit nennend aber strikt ablehnend *Oosterveld,* DukeJComp&IntlL 17 (2006), S. 75 f., *Grey et al.,* JICJ 17 (2019), S. 971 ff. und *Davis,* RGSJ 24 (2018), S. 554 ff. Für Befürchtungen einer solchen Interpretation verweisen diese Autorinnen auf *Cossman* sowie den Bericht der Sonderberichterstatterin zur Gewalt gegen Frauen von 2000. Allerdings ist den von *Oosterveld* zitierten Passagen diese Interpretationsmöglichkeit nicht eindeutig zu entnehmen, denn in *Cossman,* CJLJ 15 (2002), S. 284 heißt es ledliglich „in the context of society is unclear and may be narrower than the typical view that "gender" involves socially constructed roles." Die zitierte Passage des Berichts der Sonderberichterstatterin lautet: „this definition, by re-emphasizing the biological differentiation between men and women, prevents approaches that rely on the social construction of gender", *UN CHR,* 52nd session, Commission on Human Rights, Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, submitted in accordance with Commission on Human Rights Resolution 2000/45, E/CN.4/2001/73 (2001) Rn. 19.

586 Zu daraus resultierenden Bedenken hinsichtlich der Anwendung der Verfolgungsgrundes des Geschlechts *Oosterveld,* HarvHumRtsJ 18 (2005), S. 80 f. Die Völkerrechtskommission hatte in ihren Arbeiten zum *Draft Code on Crimes Against*

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ten hinsichtlich des biologischen und soziologischen Deutungsgehalts des Begriffs des Geschlechts konnten bei den Verhandlungen zum IStGH-Statut nur überwunden werden, indem die Legaldefinition des Abs. 3 zu Art. 7 im Wege der *constructive ambiguity* so formuliert wurde, dass alle Seiten sie mit ihren eingebrachten Forderungen für vereinbar hielten. Daraus könnte folgen, dass die zur Interpretation berufenen Richter und Richterinnen des IStGH[587] die jeweils einschlägigen nationalen Normen oder Wertevorstellungen miteinbeziehen sollten.

Bei einem solchen Verständnis des Zusatzes *within the context of society* liefe der Schutzzweck des Tatbestands der Verfolgung aufgrund des Geschlechts jedoch weitestgehend ins Leere. Art. 7 Abs. 2 g) versteht Verfolgung als „*intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law*". Ob die tatbestandlichen Voraussetzungen der Verfolgung erfüllt sind, muss, wie sogleich noch näher darlegt wird, am Maßstab internationalen Rechts gemessen werden.[588] Hinge die völkerstrafrechtliche Sanktionierung eines Verhaltens hingegen von nationalen Gewährleistungen oder Anerkennungen ab, so könnten die Staaten völkerstrafrechtliche Sanktionierungen ihrer Staatsangehörigen und den damit bezweckten Schutz der angegriffenen Individuen beliebig außer Kraft setzen. Dies würde jedenfalls mittelbar dem im zweiten Nürnberger Prinzip verankerten Grundsatz widersprechen, wonach für die individuelle, völkerstrafrechtliche Verantwortlichkeit keine nationale Strafandrohung erforderlich ist.[589]

Auch ließe sich eine solche Auslegung kaum mit den in Art. 21 Abs. 1 formulierten Regeln zum anwendbaren Recht vereinbaren. Art. 21 Abs. 1 b) nennt als sekundäre Rechtsquellen anwendbare Verträge sowie Grundsätze und Regeln des Völkerrechts. Hierzu gehören auch die diversen Instrumente der Vereinten Nationen, welche den Begriff des Geschlechts definie-

---

Humanity eine Übernahme der Definition von Geschlecht des IStGH-Statuts zwar diskutiert, aufgrund der Missverständlichkeit der Formulierung aber verworfen und den Verfolgungsgrund des Geschlechts, entsprechend aller anderen Verfolgungsgründe, ohne Definition aufgenommen, *ILC*, Crimes against Humanity: Texts and Titles of the Draft Preamble, the Draft Articles and the Draft Annex Provisionally Adopted by the Drafting Committee on Second Reading – Prevention and punishment of crimes against humanity, A/CN.4/L.935 (2019) Art. 2; näher hierzu *Grey et al.,* JICJ 17 (2019), S. 959 ff.

587 *Oosterveld,* IntFemJPolit 16 (2014), S. 568 und 574; *Kreß,* LJIL 23 (2010), S. 605 f.

588 Dies betonend auch *Grey et al.,* JICJ 17 (2019), S. 972 f.

589 *ILC*, Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, YBILC (1950) Vol. 2, Principle II, S. 192, Rn. 43.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ren,[590] sowie menschenrechtliche Verträge und diesbezügliche Interpretationen menschenrechtlicher Spruchkörper.[591] Zwar stellt Art. 21 Abs. 1 c) bei den allgemeinen Rechtsprinzipien als tertiäre Rechtsquelle explizit einen Bezug her zu den innerstaatlichen Rechtsvorschriften der Staaten, die im Regelfall Gerichtsbarkeit über das Verbrechen ausüben würden. Geben hinsichtlich eines Begriffs (in diesem Falle des Geschlechts) jedoch internationale Instrumente Auskunft über die genauere Bedeutung, so leuchtet es nicht ein, diesen anhand einzelner nationaler Rechtsvorschriften zu bestimmen.[592]

Schließlich wäre es auch mit der Entstehungsgeschichte der Norm kaum vereinbar, dem Zusatz *within the context of society* eine einschränkende Wirkung beizumessen: Wie dargelegt, wurde bei den Verhandlungen zum IStGH energisch um die Integration des Begriffs des Geschlechts im Verfolgungstatbestand sowie in Art. 21 Abs. 3 und in anderen Vorschriften gerungen.[593] Die Integration des Zusatzes *within the context of society* wurde schließlich als Zugeständnis aufgenommen an jene NGOs und Delegationen, welche für die Aufnahme des Verfolgungsgrundes des Geschlechts gekämpft und darauf beharrt hatten, dass eine Definition auch das Verständnis von Geschlecht als soziales Konstrukt sowie daran geknüpfte Rollenzuschreibungen und gesellschaftliche Erwartungen umfassen müsse.[594] Vorschläge der Gegenseite, den gesellschaftlichen Bezug durch Formulierung wie *in the context of their society* oder *in the context of society and the traditional family unit* herzustellen, fanden keinen Konsens.[595]

Folglich kann Art. 7 Abs. 3 nicht so verstanden werden, als sollte die Definition von Geschlecht von diesbezüglichen Kriterien oder Kategorien der betroffenen Gesellschaft abhängen oder die Prüfung, ob eine Verfol-

590 Eine Übersicht findet sich bei *Oosterveld,* HarvHumRtsJ 18 (2005), S. 66 ff.

591 Zum menschenrechtlichen Verständnis des Begriff des Geschlechts *Grey et al.,* JICJ 17 (2019), S. 966 ff.

592 Welche genauere Bedeutung diesem Zusatz zukommt wird in Teil 2 Kapitel 3 B diskutiert.

593 *Steains* in *Lee* 1999, S. 371 ff.; *Oosterveld,* HarvHumRtsJ 18 (2005), S. 58 ff.

594 *Steains* in *Lee* 1999, S. 374 f.; *Oosterveld,* HarvHumRtsJ 18 (2005), S. 64 f.

595 Stattdessen erreichte die Gegenseite, dass als zweiter Satz die – von vielen als redundant wahrgenommene – Ergänzung aufgenommen wurde, dass der Begriff des Geschlechts „keine andere als die vorgenannte Bedeutung" habe, *Steains* in *Lee* 1999, S. 374 mit Fn. 52 und 53.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gung aus Gründen des Geschlechts vorliegt, sich den in einer Gesellschaft vorherrschenden Rollenbildern anpassen.[596]

b) Der Bezug zum gesellschaftlichen Kontext als erweiterndes Kriterium

Andere sehen in der Ergänzung *within the context of society* einen Hinweis darauf, dass dem IStGH-Statut ein weiteres Verständnis von Geschlecht zugrunde liegt, welches nicht allein an biologische Geschlechtsmerkmale anknüpft, sondern auch gesellschaftlich konstruierte Rollenzuschreibungen in den Blick nimmt.[597] In diesem Zusammenhang wird auch der Unterschied zwischen dem Verfolgungsgrund und dem Identifizierungsmerkmal der angegriffenen Gruppe betont: Der Verfolgungstatbestand verlange demnach nicht notwendigerweise die Verfolgung einer durch Geschlechterzugehörigkeit definierten Gruppe *(gender group)*, sondern umfasse auch die Verfolgung *on gender grounds* von Individuen einer durch andere Merkmale identifizierbaren Gruppe.[598] Nach diesem Verständnis könnte eine Gruppe, die aus Gründen des Geschlechts angegriffen wird, beispielsweise auch definiert werden als alle Menschen, die sich für die Bildung von Mädchen einsetzen, und somit auch Männer umfassen.[599] Um das Vorliegen einer Verfolgung aufgrund des Geschlechts zu erkennen und die Schwere der Tat bewerten zu können, wäre es nach diesem Verständnis erforderlich, den gesellschaftlichen Kontext in den Blick zu nehmen.[600]

---

596 So auch *Oosterveld,* DukeJComp&IntlL 17 (2006), S. 75 f.; *Grey et al.,* JICJ 17 (2019), S. 971 ff. und *Davis,* RGSJ 24 (2018), S. 554 ff.

597 So z.B. *Oosterveld,* HarvHumRtsJ 18 (2005), S. 58 und *Grey et al.,* JICJ 17 (2019), S. 962 ff.

598 *Grey et al.,* JICJ 17 (2019), S. 968 ff. unter Verweis auf die Verbrechenselemente Ziff. 2 und Ziff. 3 zu Art. 7 Abs. h) sowie *IStGH*, Prosecutor v. Ongwen, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15-422-Red (2016) und *OTP*, Prosecutor v. Al Hassan, Version Publique Expurgée De La « Version Amendée Et Corrigée Du Document Contenant Les Charges Contre M. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed », ICC-01/12-01/18-335-Corr-Red (2019); so auch *Schabas* 2016, S. 197.

599 *Grey et al.,* JICJ 17 (2019), S. 968 ff., hingegen auf die Verfolgung einer ethnischen Gruppe (und nicht auf die Verfolgung einer Gruppe aus ethnischen Gründen abstellend) *IStGH*, Prosecutor v. Ntaganda, Judgment, ICC-01/04-02/06-2359 (2019) Rn. 1009, 1012, 1022.

600 *Oosterveld,* HarvHumRtsJ 18 (2005), S. 71 ff.; dem zustimmend *Grey et al.,* JICJ 17 (2019), S. 966 ff.; ähnlich *Powderly/Hayes* in *Ambos* 2022 Art. 7, Rn. 172.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bei der Auslegung des Begriffs des Geschlechts in Art. 7 Abs. 3 eine biologische Komponente völlig auszuklammern, und allein auf Geschlecht als sozial konstruierte Kategorie abzustellen, ist mit Blick auf den Wortlaut abzulehnen. Denn Art. 7 Abs. 3 definiert in seinem englischen Wortlaut die Kategorie des Geschlechts als *two sexes, male and female* und stellt damit (im Gegensatz zur deutschen Übersetzung) einen klaren Bezug zum biologischen Geschlecht her. Hingegen wäre es mit dem offen formulierten Wortlaut von Art. 7 Abs. 3 vereinbar, von der Existenz einer biologischen Geschlechterdifferenz auszugehen, jedoch gleichzeitig anzuerkennen, dass auch gesellschaftliche Faktoren das Verständnis von Geschlecht mitbestimmen können.

Der Schutzzweck des Verfolgungstatbestands, nämlich besonders vulnerable Gruppen und die ihnen angehörenden Individuen vor dem diskriminierenden Entzug grundlegender Rechte zu schützen, könnte mit dieser Auslegung umfassend verfolgt werden. Wie bereits dargelegt, spricht auch die Entstehungsgeschichte des Art. 7 Abs. 3 dafür, dass hiermit nicht nur der Schutz vor Verfolgung aufgrund des biologischen Geschlechts bezweckt werden sollte. Vielmehr wollten jene, die für die Einbeziehung des Geschlechts im Verfolgungstatbestand (und in anderen Normen des IStGH-Statuts) eintraten, vor allem auch Verfolgungen aufgrund von an den Begriff des Geschlechts gekoppelten gesellschaftlichen Konstruktionen und Zuschreibungen auf die völkerstrafrechtliche Bühne heben.[601] Zwar könnte dem entgegen gehalten werden, dass andere völkerrechtliche Verträge, denen ein solches Verständnis des Geschlechts zugrunde liegt, hierfür eine eindeutigere Wortwahl gefunden haben.[602] Dies ist jedoch dem Kompromisscharakter des Art. 7 Abs. 3 geschuldet, der vor allem insofern der Gegenseite entgegenkommen sollte, als die Formulierung es offen lässt, ob die Definition ausschließlich das weibliche und das männliche (biologische) Geschlecht erfasst und ob hiervon auch die sexuelle Orientierung umfasst

601 *Oosterveld,* HarvHumRtsJ 18 (2005), S. 72; zustimmend z.B. *Grey et al.,* JICJ 17 (2019), S. 965 ff.

602 Ähnlich *Cossman,* CJLJ 15 (2002), S. 284. Dieses Argument erörternd auch *Oosterveld,* HarvHumRtsJ 18 (2005), S. 74 unter Verweis u.a. auf *UN CHR*, 53d Session, Integrating the Human Rights of Women Throughout the United Nations System: Report of the Secretary- General, E/CN.4/1997/40 (1996) Rn. 10: „gender refers to the social differences between men and women […]" und *UN CHR*, 57th session, Expert group meeting on the development of guidelines for the integration of gender perspectives into human rights activities and programmes, E/CN.4/1996/105 (1995) Rn. 13: „Constructed by all societies."

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sein soll.[603] An das biologische männliche und weibliche Geschlecht geknüpfte gesellschaftliche Konstruktionen von dem Verständnis von Geschlecht auszunehmen, stand hingegen nicht im Fokus der Diskussionen.

An den Begriff des Geschlechts gekoppelte gesellschaftliche Konstruktionen und Zuschreibungen dürften bei der Püfung des Verfolgungstatbestands jedenfalls im Rahmen der Diskriminierungsabsicht Bedeutung erlangen: Bei der Prüfung der Völkermordabsicht ist anerkannt, dass Taten im spezifischen Kontext zu untersuchen sind, um zu bewerten, ob eine Handlung darauf abzielt, eine Gruppe (ganz oder teilweise) auszulöschen. So stellte der JStGH im Verfahren gegen *Krstić* unter anderem auf die patriarchische Prägung der bosnischen Gesellschaft ab, um zu begründen, dass bereits die Tötung einer signifikanten Anzahl von Männern unvermeidbar zur Auslöschung der Gruppe führen würde:

> „[…]the Bosnian Serb forces had to be aware of the catastrophic impact that the disappearance of two or three generations of men would have on the survival of a traditionally patriachal society […]. The Bosnian Serb forces knew, by the time they decided to kill all the military aged men, that the combination of those killings with the forcible transfer of the women, children and elderly would inevitably result in the physical disaappearance of the Bosnian Muslim population at Sebrenica."[604]

Ähnliche Überlegungen sind bei der Püfung der für den Verfolgungstatbestand erforderlichen Diskriminierungsabsicht vor allem dann überzeugend, wenn das Verständnis von Geschlecht sich nicht in biologischen Merkmalen erschöpft, sondern auch eine soziokulturelle Dimension umfasst.[605] Denn wurden beispielsweise in Afghanistan weibliche Lehrerinnen oder Schülerinnen angegriffen, so erfolgte dies streng genommen nicht aufgrund ihres biologischen Geschlechts, sondern aufgrund der sozial konstruierten Vorstellung, dass nur Männer und Jungen Bildung genießen sollten.[606] Um festzustellen, ob der Täter in Diskriminierungsabsicht handelt und damit eine Verfolgung aus Gründen des Geschlechts vorliegt, ist die

603 *Steains* in *Lee* 1999, S. 372 ff.; *Oosterveld,* HarvHumRtsJ 18 (2005), S. 72.

604 *JStGH*, Prosecutor v. Krstić, Trial Chamber Judgement, IT-98-33-T (2001) Rn. 595 mit Verweis auf Rn. 90-94, bestätigt durch *JStGH*, Prosecutor v. Krstić, Appeals Chamber Judgement, IT-98-33-A (2004) Rn. 28.

605 *Oosterveld,* HarvHumRtsJ 18 (2005), S. 72 mit Fn. 99; *Steains* in *Lee* 1999, S. 374 mit Fn. 51; ähnlich *Grey et al.,* JICJ 17 (2019), S. 968 f.

606 *Grey et al.,* JICJ 17 (2019), S. 969.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zuordnung des Opfers zu einem biologischen Geschlecht mithin nicht ausreichend. Erforderlich ist es vielmehr, die in der jeweiligen Gesellschaft vorherrschenden, sozial konstruierten Rollenzuschreibungen an Geschlechter als Motivation für die diskriminierende Handlung zu betrachten.[607]

Die Definition des Geschlechts wurde durch die Verhandlungsmethode der *constructive ambiguity* bewusst so offen formuliert, dass alle Seiten sie mit ihren eingebrachten Forderungen für vereinbar hielten. Die genauere Interpretation wurde damit der Anklagebehörde und schließlich den Richtern und Richterinnen des IStGH überlassen,[608] welche dabei gemäß Art. 21 Abs. 3 auch an die Menschenrechte im Allgemeinen und den Nichtdiskriminierungsgrundsatz im Speziellen gebunden sind.[609]

Die Anklagebehörde hat zur Definition des Geschlechts i.S.d. Art. 7 Abs. 3 bereits Stellung bezogen und dabei ausdrücklich auch die Dimension von Geschlecht als gesellschaftliches Konstrukt betont. Im *Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes* heißt es:

> [The] definition acknowledges the social construction of gender, and the accompanying roles, behaviours, activities and attributes assigned to women and men, and girls and boys. […] The Office considers gender-based crimes as those committed against persons, whether male or female, because of their sex and/or socially constructed gender roles.[610]

Dieser unter anderem auf gesellschaftliche Rollenbilder abstellende Ansatz liegt auch der Anklageschrift gegen *Al Hassan* zugrunde, in welcher erstmals Anklage erhoben wurde wegen des Menschlichkeitsverbrechens der Verfolgung aufgrund des Geschlechts:[611]

---

607 *Grey et al.,* JICJ 17 (2019), S. 968.

608 *Oosterveld,* IntFemJPolit 16 (2014), S. 568 und 574; *Kreß,* JICJ 1 (2003), S. 605 f.

609 Zum menschenrechtlichen Verständnis von Geschlecht als gesellschaftliches Konstrukt *Grey et al.,* JICJ 17 (2019), S. 966 ff.

610 *OTP*, Policy Paper on Sexual and Gender Based Crimes (2014) Rn. 15 f.

611 Die Anklage bezieht sich auf die von *Al Hassan* als Mitglied von *Ansar Dine* gegen die weibliche Bevölkerung Timbuktus ergriffenen Maßnahmen, welche es dieser unter anderem untersagt, sich frei mit anderen Frauen zu treffen oder mit anderen Männern als ihrem Ehemann allein zu sein. Verstöße gegen die Regeln konnten mit körperlicher Züchtigung und Freiheitsstrafen sanktioniert werden. *OTP*, Prosecutor v. Al Hassan, Version Publique Expurgée De La « Version Amendée Et Corrigée Du Document Contenant Les Charges Contre M. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed », ICC-01/12-01/18-335-Corr-Red (2019) Rn. 945-974, bestätigt durch *IStGH*, Prosecutor v. Al Hassan, Version publique expurgée de la 'Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud', ICC-01/12-01/18-461-Corr-Red (2019) Rn. 707.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„Un tel ciblage était fondé sur des motifs sexistes au sens du paragraphe 3 de l'article 7 du Statut, car il a été motivé par les opinions discriminatoires des membres de groupes et personnes associées sur le rôle et comportement des femmes et jeunes filles."[612]

Indem die Vorverfahrenskammer I die Anklage gegen *Al Hassan* wegen Verfolgung aus Gründen des Geschlechts bestätigte und dabei unter anderem auf die Degradierung der weiblichen Bevölkerung als Objekt abstellte,[613] zeichnet sich ab, dass auch sie bei der Prüfung der Verfolgung aus Gründen des Geschlechts gesellschaftliche Rollenbilder und Zuschreibungen berücksichtigt und somit dem Verständnis der Anklagebehörde von Geschlecht folgt.[614] Sollte es in der Afghanistan-Situation oder in Nigeria zu Anklagen kommen, könnten auch hier *gender based crimes* im Fokus stehen.[615] Für die Richter und Richterinnen des IStGH könnte sich demnach schon bald die Möglichkeit – oder Notwendigkeit – ergeben, die Definition von Geschlecht im IStGH-Statut detailliert auszulegen.

Die angeführten Argumente legen es nahe, dass das biologische Geschlecht zwar den Ausgangspunkt für die Definition von Geschlecht i.S.d. IStGH-Statuts darstellt,[616] sich das dem IStGH-Statut zugrunde liegende Verständnis von Geschlecht jedoch nicht in einer biologisch-natürlichen Geschlechterdifferenz erschöpft, sondern auch die Bedeutung gesellschaft-

612 *OTP*, Prosecutor v. Al Hassan, Version Publique Expurgée De La « Version Amendée Et Corrigée Du Document Contenant Les Charges Contre M. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed », ICC-01/12-01/18-335-Corr-Red (2019) Rn. 948.

613 *IStGH*, Prosecutor v. Al Hassan, Version publique expurgée de la 'Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud', ICC-01/12-01/18-461-Corr-Red (2019) Rn. 700 f., 707.

614 In diese Richtung weisen auch die Ausführungen in *Lubanga* zu *gender-related crimes, IStGH*, Prosecutor v. Lubanga, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, ICC-01/01-01/06-2901 (2012) Majority Decision, Rn. 13, 79 und Dissenting Opinion of Judge Odio Benito, Rn. 20-22.

615 Bzgl. Afghanistan siehe *OTP*, Situation in the Republic of Afghanistan, Public redacted version of "Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15", 20 November 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp, ICC-02/17-7-Red (2017) Rn. 115-121 und bzgl. Nigeria *OTP*, Report on Preliminary Examination Activities 2018 (2018) Rn. 225 und *OTP*, Statement of the Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination of the situation in Nigeria (2020).

616 *Oosterveld,* HarvHumRtsJ 18 (2005), S. 72 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lich vorherrschender Rollenbilder und geschlechterspezifischer Erwartungen anerkennt.[617]

c) Fazit

Mit einer solchen Auslegung kann der gesellschaftliche Kontext für das Vorliegen oder die Schwere eines völkerrechtlichen Verbrechens zwar relevant werden, allerdings nicht im Geiste einer kulturrelativistischen Interpretation des Tatbestandes, welche die Gewährleistung bestimmter Rechte in das Belieben einzelner Gesellschaften stellen und damit materiellen Rechtspluralismus vor dem IStGH erlauben würde. Vielmehr erfüllt die Berücksichtigung des kulturellen Kontexts die Funktion, ein universell auszulegendes Merkmal einer universellen Norm auf einen spezifischen Kontext anzuwenden und zu subsumieren.[618] Wie bereits in den Überlegungen zur entwürdigenden Behandlung und zum Kulturgüterschutz ausgeführt, ist die Berücksichtigung des rechtskulturellen Kontextes in einer solchen Weise mit Blick auf den in Art. 21 Abs. 3 zum Ausdruck kommenden Gleichbehandlungsgrundsatz unbedenklich.

617 Diese Rollenbilder und Erwartungen können beispielsweise relevant werden, um zu bewerten, ob eine Verfolgung aus Gründen des Geschlechts vorliegt und ob ein Individuum einer aus solchen Gründen verfolgten Gruppe angehört und damit zum Kreis der Opfer zählt, vgl. *Grey et al.,* JICJ 17 (2019), S. 961 ff.; *Oosterveld,* HarvHumRtsJ 18 (2005), S. 75, 82; ähnlich *Powderly/Hayes* in *Ambos* 2022 Art. 7, Rn. 170, 172.

618 Hieran anknüpfen könnte die Frage, ob der IStGH nach dem Komplementaritätsgrundsatz Zuständigkeit erlangt, wenn nationale Gerichte aufgrund eines engeren Verständnisses von Geschlecht bzw. von geschlechterspezifischer Diskriminierung nicht tätig werden. Hiergegen könnte angeführt werden, dass bestimmte Staaten sich nur auf eine solche Definition einlassen wollten, die mit ihrem nationalen Recht in Einklang zu bringen war. Ob es vor diesem Hintergrund rechtspolitisch klug, mithin „in the interest of justice" wäre, solche Staaten für *unwilling* zu erklären und dem IStGH die Zuständigkeit zuzusprechen (dies fordernd *Oosterveld,* HarvHumRtsJ 18 (2005), S. 82 Fn. 162) oder ein *margin of appreciation* der Staaten bestehen könnte, ließe sich in Fortführung der Argumentation von *Mégret,* HarvHumRtsJ 33 (2020) näher diskutieren.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Berücksichtigung des gesellschaftlichen Kontexts bei der Prüfung des Entzugs grundlegender Rechte, Art. 7 Abs. 1 h) und Abs. 2 g)?

a) Die Weite und Unbestimmtheit als Problem der Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Allgemeinen und des Verfolgungstatbestandes im Speziellen?

Da das IStGH-Statut für die Verbrechen gegen die Menschlichkeit keine Verbindung zum bewaffneten Konflikt mehr verlangt, sondern diese auch zu Friedenszeiten[619] und gegen die eigene Zivilbevölkerung begangen werden können, hinterließ der in den Verhandlungen zum IStGH-Statut ausgehandelte Kompromiss bzgl. dieser Verbrechenskategorie bei manchen Delegationen starke Bedenken hinsichtlich der Weite und Unbestimmtheit des möglichen Anwendungsbereich.[620] Zwar herrschte grundsätzlicher Konsens darüber, dass die Jurisdiktionsgewalt des IStGH nur Völkerrechtsverbrechen und keine „einfachen" Menschenrechtsverletzungen umfassen sollte und Diskriminierungen nur dann (völker-)strafrechtlich relevant sein sollen, wenn sie extreme Formen annehmen und damit „*clearly* [...] *criminal*"[621] sind. Dennoch befürchteten manche Delegationen, dass durch die Kategorie der Verbrechen gegen die Menschlichkeit diverse – als Menschenrechtsverletzung oder gewöhnliche Straftaten zu qualifizierende – diskriminierende Praktiken als Völkerstraftaten geahndet werden könnten und der IStGH sich damit von einem Völkerstrafgerichtshof zu einem auch in Friedenszeiten weltweit über innerstaatliche Grundrechtsstandards

619 Bei den Verhandlungen zum IStGH-Statut forderte eine Minderheit der Delegierten für die Verwirklichung der Menschlichkeitsverbrechen zwar eine Rückbesinnung auf den erforderlichen Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt, siehe hierzu *Robinson,* AJIL 93 (1999), S. 45 f. Durchsetzen konnte sich aber die gegenteilige Auffassung, wodurch die bereits durch das Kontrollratsgesetz Nr. 10 eingeleitete und in der Rechtsprechung des JStGH fortgesetzte Aufgabe des Akzessorietätserfordernis des Nürnberger Statuts im IStGH-Statut festgeschrieben wurde, näher zur Entstehungsgeschichte *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 960 ff.

620 *Robinson* in *Lee* 2001 Chapter 4, S. 58 f., 64 f. Die Formulierung des Verfolgungstatbestand im *ILC Draft Code* von 1991 lehnten viele Staaten aufgrund der Unbestimmtheit noch ab. Darin hieß es: „[persecution] relates to human rights violations other than those covered by the previous paragraphs... [which] seek to subject individuals or groups of indivuduals to a kind of life in which enjoyment of some of their basic rights is repeatedly or constantly denied", vgl. *Powderly/Hayes* in *Ambos* 2022 Art. 7, Rn. 252.

621 *Robinson,* AJIL 93 (1999), S. 53.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

richtenden Gerichtshof für Menschenrechte wandeln könnte.[622] Die auch bei den Arbeiten der *PrepCom* zu den Verbrechenselementen wieder aufflammenden Vorbehalte bezogen sich unter anderem darauf, dass bereits die Tolerierung bestimmter religiöser oder kultureller Traditionen oder nationale, diskriminierende Gesetze der Jurisdiktionsgewalt des IStGH unterfallen und zu einer völkerstrafrechtlichen Verantwortlichkeit politischer Amtsträger führen könnten.[623]

Diese allgemeinen Bedenken wurden hinsichtlich verschiedener Tatbestandsvarianten geäußert. So gab eine Gruppe arabischer Staaten zu bedenken, dass nationale Gesetze, welche eine Scheidung für Frauen im Vergleich zu Männern erschweren oder für eine Frau die Erlaubnis des Ehemanns zur Teilhabe am öffentlichen Leben verlangen, den Tatbestand des Freiheitsentzugs aus Art. 7 Abs. 1 e) oder der sexuellen Sklaverei aus Art. 7 Abs. 1 g) erfüllen könnten.[624]

Auch bei Zwangsehen ist umstritten, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen und in Verwirklichung welcher Tatbestandsvariante die Herbeiführung solcher Ehen als Verbrechen gegen die Menschlichkeit strafbar sein können.[625] Dem im Berufungsverfahren gegen *Ongwen* von der Verteidigung vorgebrachten und durch *Allain* als *amici curiae* präzisierten Argument, eine Verurteilung wegen des Herbeiführens einer Zwangsehe als andere unmenschliche Handlung nach Art. 7 Abs. 1 k) verstoße gegen das Legalitätsprinzip, da es an einer völkervertraglichen oder völkergewohnheitsrechtlichen Grundlage fehle,[626] entgegnet die Berufungskammer unter

622 *Robinson,* AJIL 93 (1999), S. 53 f.; *Robinson* in *Lee* 2001 Chapter 4, S. 70. Diese Bedenken aufgreifend *Al Hassan Defence*, Prosecutor v. Al Hassan, Public Redacted Version of „Submission for the Confirmation of Charges", ICC-01/12-01/18 (2019) Rn. 4 f., 35 f., 210 unter Verweis auf – im Rahmen der Prüfung des Komplementaritätsgrundsatzes getätigte – Ausführungen der Berufungskammer (*IStGH*, Prosecutor v. Gaddafi and Al-Senussi, Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled „Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi", ICC-01/11-01/11-565 (2014) Rn. 219): „Indeed, the Court was not established to be an international court of human rights, sitting in judgment over domestic legal systems to ensure that they are compliant with international standards of human rights."

623 *Robinson* in *Lee* 2001 Chapter 4, S. 60, 65.

624 *Ebd.* Chapter 4, S. 65.

625 Siehe z.B. *Goodfellow,* IntlCLR 11 (2011).

626 Vgl. *IStGH,* Prosecutor v. Ongwen, Judgment on the appeal of Mr Ongwen against the decision of Trial Chamber IX of 4 February 2021 entitled "Trial Judgment", ICC-02/04-01/15-2022-Red (2022) Rn. 981 f.; *Allain*, Prosecutor v. Ongwen, Amicus Curiae Observations on the Issue of Sexual and Gender-Based Crimes: Sexual

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verweis auf die Entscheidung der Vorverfahrenskammer des Rote-Khmer-Tribunals im *Ieng Sary Case*, dass die unmenschliche Behandlung selbst das internationale Verbrechen darstelle und daher nur die gesamte Kategorie der „unmenschlichen Behandlung" an den Anforderungen des Legalitätsprinzips zu messen sei.[627]

Ob ein Verhalten eine unmenschliche Behandlung i.S.d. IStGH-Stauts darstelle, sei anhand der in Art. 7 Abs. 1 k) und den Verbrechenselementen formulierten Kriterien zu bestimmen.[628] Diese Kriterien seien hinreichend klar und bestimmt formuliert, um den Anforderungen des Legalitätsprinzips zu genügen.[629]

Zwar sei Art. 7 Abs. 1 k) ein offen formulierter Tatbestand, der verschiedene Begehungsformen umfasse. Um festzustellen, ob eine bestimmte Handlung eine „andere unmenschliche Behandlung" darstelle, könne das Gericht aber auf internationale Konventionen und Verträge zurückgreifen.[630] Indem eine Vielzahl internationaler Verträge die Eingehung der Ehe ohne die volle und freie Zustimmung der Beteiligten verbiete, handle es sich bei dem Recht, frei über das Eingehen einer Ehe und die Gründung einer Familie zu entscheiden, um ein international anerkanntes Menschenrecht, das verletzt wird, wenn eine Person zur Eingehung der Ehe gezwungen wird.[631] Wird eine Person unter Anwendung oder Androhung

---

Slavery & Forced Marriage, ICC-02/04-01/15-1927 (2021) Rn. 49 ff. und bereits *Ongwen Defence*, Prosecutor v. Ongwen, Defence Request for Leave to Appeal Issues in Confirmation of Charges Decision, ICC-02/04-01/15-423 (2016) Rn. 42.

627 *IStGH,* Prosecutor v. Ongwen, Judgment on the appeal of Mr Ongwen against the decision of Trial Chamber IX of 4 February 2021 entitled "Trial Judgment", ICC-02/04-01/15-2022-Red (2022), Rn. 1019, unter Verweis auf *ECCC*, Decision on Ieng Sary's Appeal against the Closing Order, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC75) (2011) Rn. 378: „inhumane acts is *in itself* a crime under international law and the requirements of this principle attach to the entire category of 'other inhumane acts' and not to each sub- category thereof."

628 *IStGH,* Prosecutor v. Ongwen, Judgment on the appeal of Mr Ongwen against the decision of Trial Chamber IX of 4 February 2021 entitled "Trial Judgment", ICC-02/04-01/15-2022-Red (2022) Rn. 1018 f. Diese lauten: „(i) the act must be of a similar nature and gravity to any other act referred to in article 7(1); (ii) the act must have resulted in great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health; and (iii) the act must have been part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population."

629 *IStGH,* Prosecutor v. Ongwen, Judgment on the appeal of Mr Ongwen against the decision of Trial Chamber IX of 4 February 2021 entitled "Trial Judgment", ICC-02/04-01/15-2022-Red (2022) Rn. 1019.

630 *Ebd.* Rn. 1021.

631 *Ebd.* Rn. 1021, 1024

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

physischen oder psychologischen Zwangs oder Ausnutzung einer Zwangslage dazu genötigt, eine Ehe einzugehen, so handle es sich dabei um ein völkerstrafrechtlich relevantes Handeln, das in seiner Natur und Schwere mit anderen von Art. 7 Abs. 1 erfassten Begehungsweisen vergleichbar sei.[632]

Eine präzise und explizite Auseinandersetzung mit der Frage, wo genau die Grenze verläuft zwischen einer „schlichten" Verletzung des Menschrechts, frei über das Eingehen einer Ehe zu entscheiden – was auch durch das in weiten Weltregionen völlig übliche Arrangieren von Ehen oftmals erfüllt sein dürfte[633] –, und der Einordnung einer auf die Herbeiführung einer unfreiwilligen Ehe gerichteten Handlung als Völkerstraftat, nimmt die Berufungskammer damit freilich nicht vor.[634]

Eine umfassende Analyse aller Tatbestandsvarianten der Verbrechen gegen die Menschlichkeit unter der Fragestellung, wie „schlichte" Menschenrechtsverletzungen von den die Ausübung internationaler Strafgewalt legitimierenden Verbrechen gegen die Menschlichkeit abzugrenzen sind, kann

---

632 *IStGH,* Prosecutor v. Ongwen, Judgment on the appeal of Mr Ongwen against the decision of Trial Chamber IX of 4 February 2021 entitled "Trial Judgment", ICC-02/04-01/15-2022-Red (2022) Rn. 1024, 1028, anders *Allain*, Prosecutor v. Ongwen, Amicus Curiae Observations on the Issue of Sexual and Gender-Based Crimes: Sexual Slavery & Forced Marriage, ICC-02/04-01/15-1927 (2021) Rn. 49-58, insbes. 58. Zur Diskussion um die Einordnung des Herbeiführens von Zwangsehen als Verbrechen gegen die Menschlichkeit ebenfalls erhellend die weiteren *amici cuirae briefs* von *Zakerhossein*, Prosecutor v. Ongwen, Amicus Curiae Pursuant to Rule 103(1) of the Rules of Procedure and Evidence, ICC-02/04-01/15-1928 (2021); *Baines et al.*, Prosecutor v. Ongwen, Amici Curiae Brief on Forced Marriage, ICC-02/04-01/15-1935 (2021); *Behrens*, Prosecutor v. Ongwen, Amicus Curiae Observations on Issues Raised in the Appeals Chamber Order of 25 October 2021 Inviting Expressions of Interest as Amici Curiae in Judicial Proceedings (Pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence), ICC-02/04-01/15-1943 (2021) Rn. 15 ff.; siehe außerdem *Al Hassan Defence*, Prosecutor v. Al Hassan, Public Redacted Version of „Submission for the Confirmation of Charges", ICC-01/12-01/18 (2019).

633 Vgl. *Zakerhossein*, Prosecutor v. Ongwen, Amicus Curiae Pursuant to Rule 103(1) of the Rules of Procedure and Evidence, ICC-02/04-01/15-1928 (2021) Rn. 10.

634 So bleibt offen, ob das Maß und die Art des ausgeübten Zwangs hierfür entscheidend ist oder das für das Opfer empfundene Leid, das bei einer Zwangsehe im Gegensatz zu einer arrangierten Ehe noch durch eine Ächtung durch die Gemeinschaft verstärkt werden kann, vgl. *IStGH,* Prosecutor v. Ongwen, Judgment on the appeal of Mr Ongwen against the decision of Trial Chamber IX of 4 February 2021 entitled "Trial Judgment", ICC-02/04-01/15-2022-Red (2022) Rn. 1022 -1024, 1028. In der Abgrenzung präziser *Zakerhossein*, Prosecutor v. Ongwen, Amicus Curiae Pursuant to Rule 103(1) of the Rules of Procedure and Evidence, ICC-02/04-01/15-1928 (2021) Rn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

im Rahmen dieser Arbeit nicht geleistet werden. Aufgrund der besonderen Weite des Verfolgungstatbestands durch den allgemeinen Verweis darin auf den „Entzug fundamentaler Rechte" soll im Folgenden lediglich diese Tatbestandsvariante im Lichte der bei den Verhandlungen zum IStGH-Statut geäußerten (und im Verfahren gegen *Al Hassan* durch die Verteidigung aufgegriffenen[635]) Bedenken untersucht werden, dass der IStGH auch in Friedenszeiten als ein weltweit über innerstaatliche Grundrechtsstandards richtender Gerichtshof für Menschenrechte agieren könnte.

Art. 7 Abs. 2 g) definiert das Merkmal Verfolgung als „den völkerrechtswidrigen, vorsätzlichen und schwerwiegenden Entzug von Grundrechten wegen der Identität einer Gruppe oder Gemeinschaft". Davon umfasst sein können menschenrechtsverletzende Akte physischer, ökonomischer oder rechtlicher Natur.[636]

Das Völkerstrafrecht kann aber nur in sehr begrenztem Maße und unter spezifischen Voraussetzungen und Rahmenbedingungen einen Beitrag zur Einhaltung und Durchsetzung der universellen Menschenrechte leisten. Ein weit formulierter Tatbestand bzw. eine weite Auslegung ist daher nicht notwendigerweise der effektiven Bekämpfung von Menschenrechtsverletzungen zuträglich. Denn eine weite Auslegung des Verfolgungstatbestand (oder anderer Tatbestandsvarianten der Verbrechen gegen die Menschlichkeit) könnte nicht nur dazu führen, dass die genaue Abgrenzung zwischen völkerstrafrechtswürdigem Verhalten und schlichten Menschenrechtsverletzungen zu verwässern droht[637] und sich der Verteidigung mit Blick auf das Legalitätsprinzip dadurch Angriffspunkte bieten.[638] Auch einer effektiven

635 *Al Hassan Defence*, Prosecutor v. Al Hassan, Public Redacted Version of „Submission for the Confirmation of Charges", ICC-01/12-01/18 (2019) Rn. 4 f., 35 f., 210.

636 *JStGH*, Prosecutor v. Tadić, Opinion and Judgement, IT-94-1-T (1997) Rn. 710; *Schabas* 2016, S. 201; *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 1085; vgl. auch *IStGH*, Prosecutor v. Al Hassan, Version publique expurgée de la 'Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud', ICC-01/12-01/18-461-Corr-Red (2019) Rn. 669.

637 Siehe hierzu z.B. *Robinson,* LJIL 21 (2008) und *deGuzman* 2020, S. 81 ff.

638 So sieht die Verteidigung *Ongwens* in der Einordnung von Zwangsehen als „andere unmenschliche Behandlung" gemäß Art. 7 Abs. 1 k) einen Verstoß gegen das Legalitätsprinzip, *Ongwen Defence*, Prosecutor v. Ongwen, Defence Request for Leave to Appeal Issues in Confirmation of Charges Decision, ICC-02/04-01/15-423 (2016) Rn. 42; ebenso *Allain*, Prosecutor v. Ongwen, Amicus Curiae Observations on the Issue of Sexual and Gender-Based Crimes: Sexual Slavery & Forced Marriage, ICC-02/04-01/15-1927 (2021) Rn. 49 ff. Grundlegend zur Vereinbarkeit des Legalitätsprinzips mit dem Verfolgungstatbestand *Erne* 2016.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Strafverfolgung durch den IStGH könnte es abträglich sein, sollten Staaten sich aufgrund der Weite bestimmter Straftatbestände daran gehindert sehen, sich der Jurisdiktionsgewalt des IStGH zu unterwerfen oder mit diesem zu kooperieren.[639]

Im Folgenden soll daher zunächst überprüft werden, inwiefern die „Bedenken" hinsichtlich der Weite und Unbestimmtheit des Verfolgungstatbestands überhaupt Berechtigung haben. Hierfür soll dargelegt werden, welche Kriterien erfüllt sein müssen, damit ein völkerrechtswidriger Entzug fundamentaler Rechte nicht lediglich eine Menschenrechtsverletzung darstellt, sondern als Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu qualifizieren ist.[640] Im Anschluss soll diskutiert werden, ob der so ermittelte Überschneidungsbereich von Menschenrechtsverletzungen und der Verwirklichung des Verfolgungstatbestandes als Verbrechen gegen die Menschlichkeit es verlangt oder erlaubt, den jeweiligen rechtskulturellen Kontext einer Tat zu berücksichtigen, um den von manchen geäußerten Bedenken an der Weite des Verfolgungstatbestandes entgegenzutreten.

b) Eingrenzung des Tatbestandes durch die im IStGH-Statut formulierten Kriterien

Die äußere Tatseite des Verfolgungstatbestands ist erfüllt, wenn bei Vorliegen der Gesamttat – also der Begehung im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung in Ausführung oder zur Unterstützung der Politik eines Staates oder einer Organisation (Art. 7 Abs. 1, Abs. 2 a)) – eine identifizierbare Gruppe oder Gemeinschaft aus den in Art. 7 Abs. 1 h) genannten Gründen verfolgt wird und dies im Zusammenhang mit einem der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs unterliegenden Verbrechen erfolgt. In subjektiver Hinsicht ist neben den in Art. 30

639 Ähnlich z.B. *Damaska,* ChiKentLRev 83 (2008), S. 329 f., 365; siehe auch bereits Teil 1 Kapitel 2 C V. mit weiteren Nachweisen. In dieser Weise für eine enge Auslegung der Kontextelemente des Art. 7 Abs. 1 und hohe Anforderungen an die innere Tatseite argumentierend *Al Hassan Defence*, Prosecutor v. Al Hassan, Public Redacted Version of „Submission for the Confirmation of Charges", ICC-01/12-01/18 (2019) Rn. 5, 84 f., 208 unter Verweis auf *Bassiouni* 1999, S. 245 f. Aus diesem Grunde eine intensivere Auseinandersetzung mit der Position Chinas als ständiges Mitglied des UN-Sicherheitsrats bzgl. der Begehung von Menschlichkeitsverbrechen zu Friedenszeiten fordernd *Zhu,* JICJ 16 (2018), S. 1022 f.

640 Die Verbrechen gegen die Menschlichkeit in ähnlicher Herangehensweise analysierend *Zhu,* JICJ 16 (2018) und *Schmid* 2015, Chapter 3.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

normierten Voraussetzungen ein Handeln in Diskriminierungsabsicht erforderlich.

aa) Kontextelement

Das entscheidende, im IStGH-Statut formulierte Kriterium, durch welches eine „einfache" Menschenrechtsverletzung zu einem völkerstrafrechtlich relevanten Verhalten werden kann, ist das Kontextelement des systematischen oder ausgedehnten Angriffs auf die Zivilbevölkerung.[641] Durch diese die Einzeltat übergreifende Voraussetzung des Gesamttatbestandes (*Chapeau*) wird dem konkreten Verbrechen durch eine bestimmte Zielrichtung oder Dimension eine besondere Qualität verliehen, durch welche nationales Unrecht auf die Ebene eines internationalen Verbrechens gegen die Menschlichkeit gehoben wird.[642] Ein Angriff meint dabei einen auf die Verletzung menschenrechtlich geschützter Individualinteressen einer Zivilbevölkerung abzielenden Gesamtvorgang *(course of conduct)*, in welchen sich die Einzeltaten einfügen.[643] Hierbei ist jede Form der Misshandlung der Zivilbevölkerung denkbar, ein militärischer Angriff ist nicht erforderlich.[644] Als einschränkendes Kriterium fordert das Kontextelement der Menschlichkeitsverbrechen, dass der Angriff ausgedehnt oder systematisch sein muss.[645] Während es sich bei dem Merkmal des ausgedehnten Angriffs um ein quantitatives Kriterium handelt,[646] setzt das Erfordernis des systematischen Angriffs als qualitatives Element ein gewisses Maß an Planung und Orga-

641 *Robinson* in *Lee* 2001 Chapter 4, S. 57.

642 *Kuschnik* 2009, S. 217; ähnlich *Kreß*, International Criminal Law, in: MPEPIL (2009) Rn. 32: „While the elements of the different forms of individual criminal conduct continue to pose significant problems of interpretation, the main challenge is to define as clearly as possible the contextual element of the crime because it is mainly through this threshold element that the material scope of application of current international criminal law stricto sensu is delineated."

643 Näher zum Begriff des Angriffs und insbesondere zu den Anforderungen an die „mehrfache Begehung" *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 982 ff. und *Cryer/Robinson/Vasiliev* 2019, S. 233.

644 *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 983 mit weiteren Nachweisen zur diesbezüglichen Rechtsprechung des IStGH in Fn. 66 f. Dies wird auch in den Verbrechenselementen klargestellt, siehe Art. 7, Introduction, Abs. 3.

645 Anregungen mancher Delegationen, einen ausgedehnten und systematischen Angriff zu verlangen, fanden bei den Verhandlungen zum IStGH-Statut keine Mehrheit, *Robinson* in *Lee* 2001 Chapter 4, S. 63.

646 *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 986.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nisation im Gegensatz zu spontanen Gewaltakten voraus.[647] Um den dargelegten Bedenken einiger Delegationen gegen eine zu weite Fassung der Menschlichkeitsverbrechen entgegenzukommen, wurde zudem ein *policy element* in den Tatbestand aufgenommen, welches fordert, dass der Angriff in Ausführung oder zur Unterstützung der Politik eines Staates oder einer Organisation erfolgt.[648] Dies sollte als zentrales Kriterium fungieren, um die durch die Verbrechen gegen die Menschlichkeit erfassten Verhaltensweisen von gewöhnlichen (nationalen) Straftaten abzugrenzen und ihnen ein internationales Element zu verleihen.[649]

bb) Verfolgung als völkerrechtswidriger schwer wiegender Entzug fundamentaler Rechte wegen der Identität einer Gruppe oder Gemeinschaft

Art. 7 Abs. 2 h) verlangt zunächst, dass fundamentale Rechte in völkerrechtswidriger Weise, also ohne Vorliegen eines völkerrechtlich anerkannten Erlaubnissatzes,[650] entzogen werden müssen. Erfasst ist demnach der Entzug sämtlicher grundlegender Menschenrechte, wie sie beispielsweise in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, dem Internationalen Pakt über politische und bürgerliche Rechte oder – sofern übereinstimmend – den regionalen Menschenrechtskonventionen niederlegt sind.[651] Nicht erforderlich ist, dass es sich bei dem entzogenen Recht um ein nicht-derogierbares Menschenrecht handelt.[652]

Jedoch ist nicht jeder völkerrechtswidrige Entzug fundamentaler Rechte tatbestandsmäßig. Bereits die Einleitung der Verbrechenselemente zu

647 *Ebd.* 2020 Rn. 987; *Satzger* 2020 § 16, Rn. 35.
648 Siehe Art. 7 Abs. 2 a).
649 *Bassiouni* 1999, S. 244 f., 246 f.; *Robinson,* AJIL 93 (1999), S. 49.
650 *Erne* 2016, S. 366.
651 *IStGH*, Prosecutor v. Ntaganda, Judgment, ICC-01/04-02/06-2359 (2019) Rn. 991; *IStGH*, Situation in the Republic of Burundi, Public Redacted Version of "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi", ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, ICC-01/17-9-Red (2017) Fn. 331; *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 1084.
652 *IStGH*, Situation in the Republic of Burundi, Public Redacted Version of "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi", ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, ICC-01/17-9-Red (2017) Rn. 132; *Powderly/Hayes* in *Ambos* 2022 Art. 7, Rn. 264.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den Verbrechen gegen die Menschlichkeit betont, dass bei der Auslegung der in Art. 7 normierten Einzeltaten das Gebot der engen Auslegung aus Art. 22 beachtet werden muss und dabei auch zu berücksichtigen ist, dass Art. 7 nur solche Handlungen erfasst, die zu den schlimmsten Verbrechen gehören, welche die Menschheit als Ganze betreffen.[653] Neben dieser allgemeinen, in den Verbrechenselementen normierten Erheblichkeitsschwelle fordert die im Vertragstext selbst aufgenommene Legaldefinition zur Verfolgung (Art. 7 Abs. 2 g)), dass es sich um einen „schwer wiegenden" Entzug fundamentaler Rechte handeln muss.[654] Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass nicht jede Menschenrechtsverletzung schwer wiegend genug ist, um ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit darzustellen.[655] Ein schwer wiegender Entzug wird nur dann angenommen, wenn die der Verfolgung zugrundeliegenden Handlungen in ihrer Schwere mit den übrigen Einzeltaten der Menschlichkeitsverbrechen vergleichbar sind.[656] Dabei soll die einzelne Rechtsentziehung nicht isoliert, sondern im Zusammenhang mit begleitenden Maßnahmen betrachtet und die Erheblichkeit des kumulativen, diskriminierenden Effekts der zugrundeliegenden Einzelakte bewertet werden.[657] Anerkannt ist, dass der Tatbestand der Verfolgung – und folglich auch die Erheblichkeitsschwelle – auch durch solche Verhaltensweisen erfüllt werden kann, welche isoliert betrachtet keinen anderen

653 Dies hervorhebend *Al Hassan Defence*, Prosecutor v. Al Hassan, Public Redacted Version of „Submission for the Confirmation of Charges", ICC-01/12-01/18 (2019) Rn. 32. *deGuzman* weist bzgl. der ähnlich lautenden Formulierung in Abs. 4. der Präambel darauf hin, dass unklar sei, ob der Verweis auf die Erheblichkeit meine, dass die durch das IStGH-Statut normierten Verbrechen wegen ihrer Erheblichkeit die Menschheit als Ganze betreffen, oder ob die im Statut enthaltenen Verbrechen auch aus einem anderen Grund die Menschheit als Ganze betreffen könnten aber nur die schwersten dieser die Menschheit als Ganze betreffenden Verbrechen der Jurisdiktionsgewalt des IStGH unterliegen sollen, *deGuzman* 2020, S. 64.

654 *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 1086; zu den völkergewohnheitsrechtlichen Anforderungen an das Kriterium der Erheblichkeit siehe z.B. *JStGH*, Prosecutor v. Blaškić, Appeal Judgement, IT-95-14-A (2004) Rn. 138 ff.

655 *Powderly/Hayes* in *Ambos* 2022 Art. 7, Rn. 254.

656 *JStGH*, Prosecutor v. Blaškić, Appeal Judgement, IT-95-14-A (2004) Rn. 135, 138 ff., 160; *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 1086.

657 *IStGH*, Prosecutor v. Ntaganda, Judgment, ICC-01/04-02/06-2359 (2019) Rn. 994; *JStGH*, Prosecutor v. Kupreškić et al., Judgement, IT-95-16-T (2000) Rn. 615, 622; *Powderly/Hayes* in *Ambos* 2022 Art. 7, Rn. 254.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der in Art. 7 normierten Einzelakte oder einen sonstigen im IStGH-Statut normierten Tatbestand verwirklichen.[658]

cc) Akzessorietätserfordernis

Eine weitere gewisse Einschränkung erfährt der Verfolgungstatbestand durch das im IStGH-Statut speziell an dieser Stelle wiederbelebte Akzessorietätserfordernis.[659] Danach ist eine Verfolgung gemäß Art. 7 Abs. 1 h) nur dann tatbestandsmäßig, wenn sie im Zusammenhang mit einer anderen in Art. 7 Abs. 1 genannten Handlung oder einem der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs unterliegenden Verbrechen erfolgt. Da Handlungen, welche den Tatbestand der Verfolgung verwirklichen, regelmäßig mit der Verwirklichung anderer in Art. 7 Abs. 1 aufgezählter Begehungsvarianten der Verbrechen gegen die Menschlichkeit einhergehen werden, kommt dem Akzessorietätserfordernis jedoch nur bedingte praktische Relevanz zur Eingrenzung des Tatbestandes zu.[660]

dd) Innere Tatseite: Diskriminierungsabsicht

Schließlich ist subjektiv erforderlich, dass der Täter oder die Täterin über die in Art. 30 normierten Anforderungen an die innere Tatseite hinaus

658 *IStGH*, Prosecutor v. Al Hassan, Version publique expurgée de la 'Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud', ICC-01/12-01/18-461-Corr-Red (2019) Rn. 668, 672; *JStGH*, Prosecutor v. Tadić, Opinion and Judgement, IT-94-1-T (1997) Rn. 703 ff.; *RStGH*, Prosecutor v. Nahimana et al., Appeals Chamber Judgement, ICTR-99-52-A (2007) Rn. 985; *Schabas* 2016, S. 202; *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 1086; für eine Aufzählung möglicher den Tatbestand der Verfolgung ausfüllenden Verhaltensweisen siehe *Powderly/Hayes* in *Ambos* 2022 Art. 7, Rn. 256-259.

659 Während nach dem IMT-Statut und IMTFE-Statut Verbrechen gegen die Menschlichkeit nur dann strafbar waren, wenn sie im Zusammenhang mit anderen Verbrechen verübt wurden, verlangten die Statuten des JStGH und des RStGH eine solche Akzessorietät nicht mehr, *Schabas* 2016, S. 199. Um den sonst sehr weiten und unbestimmten Charakter des Verfolgungstatbestands einzugrenzen, wurde die Debatte um das Akzessorietätserfordernis bei den Verhandlungen zum IStGH-Statut jedoch wiederbelebt, siehe hierzu *Robinson,* AJIL 93 (1999), S. 54 f. Somit ist das IStGH-Statut hier enger als das Völkergewohnheitsrecht, *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 1091.

660 *Robinson,* AJIL 93 (1999), S. 55.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und im Unterschied zu allen anderen Begehungsformen der Verbrechen gegen die Menschlichkeit in diskriminierender Absicht handelte:[661] Gemäß Art. 7 Abs. 1 h) muss die Tat aus „politischen, rassischen, nationalen, ethnischen, kulturellen oder religiösen Gründen, Gründen des Geschlechts […] oder aus anderen nach dem Völkerecht universell als unzulässig anerkannten Gründen" begangen werden.[662] In Fortführung der Rechtsprechung des JStGH ist für die Einordnung einer Handlung als ein Menschlichkeitsverbrechen der Verfolgung demnach nicht allein die Unmenschlichkeit einer Handlung an sich entscheidend, sondern auch die darin liegende Diskriminierung einer Gruppe oder Gemeinschaft.[663]

ee) Resümee

Durch die im IStGH-Statut normierten Anforderungen des Kontextelements, des Akzessorietätserfordernisses, der Erheblichkeit des Rechtsentzugs und der Diskriminierungsabsicht wird die Menge von Handlungen, die als Menschenrechtsverletzungen zu qualifizieren sind, erheblich reduziert auf solche Handlungen, die gleichsam den Verfolgungstatbestand als Verbrechen gegen die Menschlichkeit erfüllen.[664] Erfasst vom Anwendungsbereich des Verfolgungstatbestands bleiben jedoch in bestimmten rechtskulturellen Kontexten „übliche" – also dort weit verbreitete – Diskriminierungen, sofern diese einen systematischen und schwerwiegenden Entzug von Grundrechten einer bestimmten Gruppe darstellen. Daher soll nun diskutiert werden, ob der rechtskulturelle Kontext der (primär) betroffenen Gesellschaft bei der Prüfung des Verfolgungstatbestandes berücksichtigt werden kann, um den bei den Verhandlungen zum IStGH-Statut und zu den Verbrechenselementen angeführten Bedenken mancher Dele-

661 *Powderly/Hayes* in *Ambos* 2022 Art. 7, Rn. 156; *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 1092.

662 „universell als unzulässig anerkannt" ist ein Grund nicht erst dann, wenn in der Staatengemeinschaft absoluter Konsens über die Unzulässigkeit daran anknüpfender unterschiedlicher Behandlungen herrscht, *Powderly/Hayes* in *Ambos* 2022 Art. 7, Rn. 174. Vielmehr nimmt das Merkmal Bezug auf Völkergewohnheitsrecht, *Schabas* 2016, S. 198 f.; *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 1098.

663 *JStGH*, Prosecutor v. Kupreškić et al., Judgement, IT-95-16-T (2000) Rn. 621; *JStGH*, Prosecutor v. Blaškić, Judgement, IT-95-14-T (2000) Rn. 227: „ […] persecution may take forms other than injury to the human person, in particular those acts rendered serious not by their apparent cruelty but by the discrimination they seek to instil within humankind"; siehe auch *Schabas* 2016, S. 201 f.

664 Ähnlich *Schmid* 2015, S. 41, 43 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gationen zu begegnen, dass bereits die Tolerierung bestimmter religiöser oder kultureller Traditionen oder nationale, diskriminierende Gesetze der Jurisdiktionsgewalt des IStGH unterfallen könnten.[665]

c) Eingrenzung des Verfolgungstatbestands durch die Berücksichtigung des rechtskulturellen Kontexts?

Indem der Verfolgungstatbestand – unter Vorliegen weiterer Voraussetzungen – durch den Entzug fundamentaler Rechte verwirklicht wird, weist er einen unmittelbaren Bezug zum menschenrechtlichen Regime auf. Für dieses hat der EGMR mit der *Margin-of-appreciation*-Doktrin für den europäischen Rechtsraum einen Ansatz entwickelt, der es zulässt, trotz des universellen Geltungsanspruchs bestimmter Normen den europäischen Staaten einen gewissen Spielraum zuzugestehen, um ihren nationalen Besonderheiten und ihrer Souveränität Rechnung zu tragen.[666] Im Folgenden werden Überlegungen angestellt, ob die *Margin-of-appreciation*-Doktrin des EGMR entweder explizit oder jedenfalls in ihrem Kerngehalt auch bei der Prüfung des Verfolgungstatbestandes Berücksichtigung finden könnte.

aa) Wortlaut

Art. 7 Abs. 2 g) definiert Verfolgung als

> „intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law […]"

Diese Formulierung lässt keinen Zweifel daran, dass der Referenzpunkt, anhand dessen der Rechtsentzug zu prüfen ist, das Völkerrecht sein muss. Folglich kann es weder genügen, wenn Rechte entzogen werden, für welche keine universelle völkerrechtliche Grundlage existiert, noch kann es für den Entzug von Grundrechten *contrary to international law* relevant sein, ob damit auch nationale Normen verletzt werden.[667]

665 Zu diesen Bedenken siehe *Robinson* in *Lee* 2001 Chapter 4, S. 60, 65.

666 Näher zum Inhalt und zur Anwendung der *Margin-of-appreciation*-Doktrin durch den EGMR *Mégret,* HarvHumRtsJ 33 (2020), S. 63 ff.

667 Dies klarstellend im Kontext der Verfolgung aufgrund von Geschlecht auch *Grey et al.,* JICJ 17 (2019), S. 971 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gleichwohl könnte es mit dem Wortlaut des Verfolgungstatbestands vereinbar sein, einzelstaatlichen Besonderheiten bei der Prüfung des Verfolgungstatbestandes eine gewisse Bedeutung beizumessen:

In *Ntaganda* erklärt die Hauptverfahrenskammer, dass der explizite Verweis auf die Völkerrechtswidrigkeit des Entzugs grundlegender Rechte klarstellen soll, dass der Entzug nicht durch das Völkerrecht gerechtfertigt sein darf. Eine solche Rechtfertigung könne sich nicht nur aus dem humanitären Völkerrecht ergeben, sondern auch aus im menschenrechtlichen Regime anerkannten Derogationen oder Ausnahmen.[668] Einzelstaatliche Besonderheiten (beispielsweise Erwägungen bezüglich Sicherheitsinteressen) können danach bei der Prüfung des „völkerrechtswidrigen Entzugs von Grundrechten" also insofern relevant werden, als sie den Eingriff in menschenrechtlich geschützte Positionen als menschenrechtliche Derogation oder Ausnahme rechtfertigen.

Handelt es sich bei der durch den EGMR entwickelten *Margin-of-appreciation*-Doktrin um eine solche menschenrechtlich anerkannte Derogation oder Ausnahme,[669] so stünde eine grammatikalische Auslegung des Verfolgungstatbestandes dem von der Verteidigung im Verfahren gegen *Al Hassan* vorgebrachten[670] Argument, die *Margin-of-appreciation*-Doktrin bei der Prüfung des Verfolgungstatbestandes zur Anwendung zu bringen und so den rechtskulturellen Kontext zu berücksichtigen, nicht entgegen.

Mit dem Wortlaut ebenfalls vereinbar wäre es, den Grundgedanken der *Margin-of-appreciation*-Doktrin zu berücksichtigen, indem der mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot ohnehin problematische Begriff der „fundamentalen Rechte"[671] dadurch konkretisiert wird, dass solche Rechte als fundamental i.S.d. Art. 7 Abs. 2 g) gelten, die im nationalen Recht des Täters grundlegend ausgestaltet werden.[672] Aufgrund der im IStGH-Statut gewählten Definition von Verfolgung ließe sich dabei argumentieren, dass

668 *IStGH*, Prosecutor v. Ntaganda, Judgment, ICC-01/04-02/06-2359 (2019) Fn. 2815 und begleitender Text. Eine nähere Betrachtung möglicher Derogationen und Rechtfertigungen, insbesondere wegen eines *state of emergency* fordernd *Al Hassan Defence*, Prosecutor v. Al Hassan, Public Redacted Version of „Submission for the Confirmation of Charges", ICC-01/12-01/18 (2019) Rn. 33.

669 Siehe hierzu *Mégret,* HarvHumRtsJ 33 (2020), S. 79 ff. und *Shany,* EJIL 16 (2005).

670 Hierauf abstellend *Al Hassan Defence*, Prosecutor v. Al Hassan, Public Redacted Version of „Submission for the Confirmation of Charges", ICC-01/12-01/18 (2019) Rn. 34.

671 *Erne* 2016, S. 368 ff.

672 Dies erörternd *ebd.* S. 369.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nur solche Rechte „entzogen" werden können, die bereits vorher vorhanden gewesen sind.[673]

bb) Teleologische und systematische Erwägungen

In seiner grundsätzlichen Analyse zur möglichen Bedeutung der *Margin-of-appreciation*-Doktrin für das Völkerstrafrecht argumentiert *Mégret* zunächst, dass die Doktrin zwar durch den EGMR entwickelt wurde und nur durch diesen formell anerkannt sei, jedoch zunehmend auch außerhalb Europas expliziten Zuspruch in der Literatur finde und auch nicht-europäische Gerichte, ohne die *Margin-of-appreciation*-Doktrin formell anzuerkennen, sich ähnlicher Argumentationsmuster bedienten.[674] Daher könne die durch den EGMR entwickelte Doktrin auch über dessen geografische Zuständigkeit hinaus Geltung beanspruchen:

> „The fundamental premise for those committed to the margin of appreciation seems to be, instead of reliance on mere statutory authority, that no global governance or jurisdictional mechanism today, regardless of its commitment to universalism, can afford to ignore the fundamental normative pluralism of the international legal system."[675]

Weiter führt *Mégret* Argumente an, weshalb der Kerngehalt der *Margin-of-appreciation*-Doktrin – nämlich den Universalitätsanspruch eines internationalen Rechtsregimes mit den partikularen, nationalen Interessen und dem Souveränitätsbedürfnis der Nationalstaaten in Einklang zu bringen – sich auch auf das Völkerstrafrecht übertragen lasse. Als möglichen Anknüpfungspunkt erörtert *Mégret* die Anwendung der Doktrin im Rahmen des Komplementaritätsgrundsatzes. Dabei gelangt er zu dem Ergebnis, dass den Nationalstaaten bei der Verfolgung von Völkerstraftaten in Anlehnung an die *Margin-of-appreciation*-Doktrin sowohl bei der materiellen Prüfung etwaiger Völkerrechtsverbrechen als auch bei der Durchführung völkerstrafrechtlicher Verfahren ein gewisser Spielraum zugestanden werden soll-

673 Jedenfalls impliziert die Formulierung „deprivation", dass es sich dabei um mehr handeln muss als um die bloße Nichtanerkennung oder Nichtgewährung von Rechten, *Boot* 2002 Rn. 495.

674 *Mégret,* HarvHumRtsJ 33 (2020), S. 79-81, 114 mit weiteren Nachweisen.

675 *Ebd.* S. 81. Den *margin of appreciation*-Ansatz sogar als allgemeinen Rechtsgrundsatz des Völkerrechts anerkennend *Shany,* EJIL 16 (2005).

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

te, bevor ihnen die Fähigkeit oder der Wille zur Strafverfolgung abgesprochen wird.[676]

Diese bzgl. des Komplementaritätsgrundsatzes geführte Diskussion ist zu trennen von der Frage, ob einzelstaatlichen Besonderheiten und dem Souveränitätsinteresse von Nationalstaaten auch dadurch Rechnung getragen werden sollte, dass der rechtskulturelle Kontext einer Handlung ihre Qualifizierung als „völkerrechtswidrigen Entzug fundamentaler Rechte" beeinflussen könnte: Denn während, wie auch auf der Ebene der Gewährleistung von Menschenrechten, im Rahmen des Komplementaritätsgrundsatzes staatliches Handeln an bestimmten Maßstäben geprüft wird, geht es bei der Prüfung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach dem Verfolgungstatbestand darum, anhand welcher Maßstäbe das Handeln von Individuen zu bemessen ist.[677] Allerdings erfordert die Verwirklichung des Verfolgungstatbestands als Kriterium der Gesamttat, dass der Angriff auf die Zivilbevölkerung „in Ausführung oder zur Unterstützung der Politik eines Staates oder einer Organisation" erfolgen muss (Art. 7 Abs. 2 a)). Mit der Prüfung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit eines Individuums wegen eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit gerät somit mittelbar auch die Politik eines Staats bzw. einer Organisation in den Blick. Daher kann die Bewertung individuellen Verhaltens – beim Verfolgungstatbestand in besonderer Weise – die Souveränitätsinteressen der Nationalstaaten berühren, auf deren Unterstützung und Wohlwollen der IStGH genau wie der EGMR angewiesen ist.[678] Effektivitätserwägungen können folglich nicht nur im Rahmen des Komplementaritätsgrundsatzes,[679] sondern auch bei der Prüfung des Verfolgungstatbestands angeführt werden, um die Anwendung der *Margin-of-appreciation*-Doktrin zu begründen.[680]

---

676 *Mégret,* HarvHumRtsJ 33 (2020), S. 114 ff.; ähnlich *Greenawalt,* IndLJ 86 (2011), S. 1124; *Almqvist,* JICJ 4 (2006), S. 760.

677 Dies betonend auch *Mégret,* HarvHumRtsJ 33 (2020), S. 91.

678 Siehe hierzu z.B. *Damaska,* ChiKentLRev 83 (2008), S. 329 f., 345, 365; *Kiyani,* JICJ 15 (2017), S. 624 f.; *Burghardt* in *Beck/Burchard/Fatah-Moghadam* 2011, S. 251; *Sluiter* in *Cassese/Acquaviva/Akande* 2009, S. 187 ff. Ausführlicher diskutiert wurde die für eine effektive Strafverfolgung durch den IStGH erforderliche Unterstützung durch die Nationalstaaten bereits in Teil 1 Kapitel 2 C V.

679 Siehe hierzu *Mégret,* HarvHumRtsJ 33 (2020), S. 68 ff.

680 In diese Richtung argumentierend *Greenawalt,* IndLJ 86 (2011), S. 1099 f., 1102 f. Aus diesem Grunde eine intensivere Auseinandersetzung mit der Position Chinas bzgl. der Begehung von Menschlichkeitsverbrechen zu Friedenszeiten fordernd *Zhu,* JICJ 16 (2018), S. 1022 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Auch weitere von *Mégret* in seinen Ausführungen zur Anwendung der *Margin-of-appreciation*-Doktrin bzgl. des Komplementaritätsgrundsatzes vorgebrachte Argumente lassen sich auch bei der Prüfung der individuellen Strafbarkeit nach dem Verfolgungstatbestand bemühen: So könnte es der (empfundenen) Legitimität völkerstrafrechtlicher Verfahren zuträglich sein, wenn die Ächtung eines bestimmten Verhaltens bereits in der primär betroffenen Gesellschaft verankert ist und nicht erst von außen als Rechtsüberzeugung vorgegeben wird.[681] Hierzu schreibt *Mégret:*

> „Note that the case for deferral is strengthened by the relatively shaky foundations of the legitimacy of international courts, notably in the absence of global democratic arrangements and especially compared to well-developed domestic systems. The margin of appreciation stands as a reminder that imposing too unitary rights system, especially when the underlying pluralism is strong, risks exposing international jurisdictions' legitimacy deficit. The ECtHR has arguably always been sensitive to the precariousness of its position and the risk of undermining its legitimacy if it were to abruptly impose certain views on states."[682]

Erkennt der EGMR bereits bzgl. Europa – als einem Rechtsraum, dessen einzelstaatliche Rechtssysteme auf vergleichsweise ähnlichen Rechtstraditionen beruhen – die Notwendigkeit an, von einem *One-size-fits-all*-Modell abzusehen[683] und stattdessen seinen Mitgliedstaaten mit Blick auf die Diversität ihrer (menschen-)rechtlichen Traditionen und Wertvorstellungen einen Spielraum zu gewähren, könnte erst Recht die Rechtsanwendung durch den IStGH – der potenziell weltweit zuständig ist und daher noch weitaus diversere (Menschen-)Rechtstraditionen vereinen muss als der EGMR – es verlangen, nationale Besonderheiten zu berücksichtigen.[684]

Schließlich könnte, wie bereits im Rahmen der grammatikalischen Auslegung angedeutet, auch das Bestimmtheitsgebot – welches der Möglichkeit von Rechtspluralismus im Völkerstrafrecht intuitiv eher entgegenzustehen scheint – sich im Kontext des Verfolgungstatbestandes aus einem Argument gegen Rechtspluralismus in ein Argument p r o Rechtspluralismus wandeln.

681 Ähnlich z.B. *Greenawalt,* IndLJ 86 (2011), S. 1103, 1110. Ausführlicher zur Akzeptanz völkerstrafrechtlicher Verfahren in der primär betroffenen Gemeinschaft mit weiteren Nachweisen Teil 1 Kapitel 2 C III.
682 *Mégret,* HarvHumRtsJ 33 (2020), S. 69.
683 *Ebd.* S. 76.
684 Vgl. *ebd.* S. 81.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wird die im IStGH-Statut vorgenommene Ausgestaltung des Verfolgungstatbestands trotz der bereits bei den Verhandlungen zum IStGH-Statut zum Teil deutlich geäußerten Bedenken hinsichtlich der Weite des möglichen Anwendungsbereichs[685] als grundsätzlich vereinbar mit den Anforderungen des Bestimmtheitsgebot gehalten,[686] verlangt insbesondere das Merkmal der „fundamentalen Rechte" – welches sämtliche, beispielsweise in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte oder dem Internationalen Pakt über politische und bürgerliche Rechte niedergelegte grundlegende Menschenrechte umfasst [687] – nach Kriterien zur Bestimmbarkeit. Ein denkbares Kriterium könnte es sein, solche Rechte als fundamental i.S.d. Art. 7 Abs. 2 g) anzusehen, die im nationalen Recht des Täters grundlegend ausgestaltet werden.[688]

Im Zusammenhang mit dem Bestimmtheitsgebot als Aspekt des Legalitätsprinzips lassen sich auch strafzwecktheoretische Erwägungen anführen, welche für eine solche Berücksichtigung des sonst anwendbaren Rechts sprechen könnten. Bzgl. dieses Rechts ist zu erwarten, dass potenzielle Täter einer Völkerstraftat über ein gewisses Rechtsbewusstsein verfügen.[689] Wird dieses als Referenzpunkt bei der Prüfung des Verfolgungstatbestandes herangezogen, könnte eine Strafbarkeit für potenzielle Täter – trotz der relativen Unbestimmtheit des Verfolgungstatbestandes – nach dieser Begehungsvariante dennoch vorhersehbar sein. Fehlt es hingegen an der Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit, wird der auf dem Gedanke der Straftatverhinderung durch Strafandrohung beruhende Strafzweck der negativen Generalprävention kaum zu verwirklichen sein.[690] Auch mit Blick auf die positive Generalprävention könnte es problematisch sein, wenn es in weiten Teilen der Normadressaten am tatsächlichen Rechtsbewusstsein fehlt. Denn diese Straftheorie will, jedenfalls in ihrer klassischen Ausprägung,

685 *Robinson* in *Lee* 2001 Chapter 4, S. 58 f., 64 f.

686 Dies verneinend *Erne* 2016, S. 374.

687 *IStGH*, Prosecutor v. Ntaganda, Judgment, ICC-01/04-02/06-2359 (2019) Rn. 991; *IStGH*, Situation in the Republic of Burundi, Public Redacted Version of "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi", ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, ICC-01/17-9-Red (2017) Fn. 331; *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 1084.

688 Dies erörternd *Erne* 2016, S. 369.

689 Dies betonend auch *Mégret,* HarvHumRtsJ 33 (2020), S. 71, 85.

690 So auch *Stuckenberg* 2007, S. 488-491; *Greco* 2009, S. 361 und *Werkmeister* 2015, S. 199, 205 f. mit der Anmerkung, dass „die Adressaten des Völkerstrafrechts bis zur Grenze des Verbotsirrtums verpflichtet sind, sich über die Vorgaben des IStGH-Statuts in Kenntnis zu setzen."

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eine Rechtsordnung durch Strafe auf Unrecht stabilisieren, aber nicht erschaffen.[691] Werden opferbezogene expressive Straftheorien zur Begründung von Strafe angeführt, welche die kommunikative Bedeutung einer Strafe für die Opfer als Erfüllung ihres (legitimen) Bestrafungsinteresses in den Mittelpunkt stellen,[692] ist ebenfalls fraglich, ob ein solches Bestrafungsinteresse überhaupt besteht, wenn eine Handlung nach dem im Umfeld der Tat vorherrschenden Rechtsbewusstsein kein (sanktionswürdiges) Unrecht darstellt.

Daher könnte es mit Blick auf die genannten Strafzwecke dienlich sein, den rechtskulturellen Kontext zu berücksichtigen, indem entweder nur dann ein schwerwiegender Entzug fundamentaler Rechte angenommen wird, wenn Rechte entzogen werden, die im sonst anwendbaren Recht eine fundamentale Ausgestaltung erfahren haben, oder in Anlehnung an die *Margin-of-appreciation*-Doktrin des EGMR einzelstaatliche Besonderheiten berücksichtigt werden, um zu bewerten, ob der Entzug grundlegender Rechte als „schwerwiegend" und „völkerrechtswidrig" im Sinne des Art. 7 Abs. 2 g) zu qualifizieren ist.

Andererseits ist mit Blick auf alle Straftheorien, welche ein Normbewusstsein zur Prämisse haben, gerade die Verbindlichkeit und regelhafte Durchsetzung der Völkerstrafrechtsordnung enorm wichtig.[693] Einer zur wirksamen Abschreckung erforderlichen regelhaften Durchsetzung stünde es entgegen, bei der Bewertung der Strafbarkeit einer Handlung nach einer universellen Norm des Völkerstrafrecht partikulare Rechtsstandards zu berücksichtigen.[694]

Vor allem aber büßt der Entzug eines grundlegenden Rechts nicht deshalb an Erheblichkeit ein, weil eine solche Diskriminierung in einer bestimmten Region oder einem Staat weit verbreitet oder üblich ist.[695] Auch wenn bestimmte Diskriminierungen nicht nur in einem einzelnen

691 *Jäger* in *Lüderssen* 1998, S. 136; *Werkmeister* 2015, S. 239 ff.; siehe hierzu auch bereits *Jescheck* 1952, S. 196.

692 Zu diesem Ansatz *Hörnle,* JZ 61 (2006); *Hörnle* 2017, S. 37 ff.

693 *Möller* 2003, S. 524; *Nemitz* 2002, S. 165.

694 Vgl. *Mégret,* HarvHumRtsJ 33 (2020), S. 90: „By comparison, the argument in international criminal law might be to punish only the most atrocious behavior, behavior for which it is crucial to maintain a hard line for deterrence purposes."

695 *Oosterveld,* DukeJComp&IntlL 17 (2006), S. 74 f.; zustimmend *Grey et al.,* JICJ 17 (2019), S. 974: „This point is important in relation to persecution on 'gender' grounds precisely because such discrimination, which may amount to persecution, is so widespread."

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Staat, sondern einer signifikanten Anzahl an Staaten oder einer Region vorherrschen und folglich kein absoluter Konsens über die Bedeutung bzw. Unabdingbarkeit eines Rechts besteht, kann eine Rechtsverletzung so bedeutsam sein, dass die Menschheit als Ganze davon betroffen ist.[696] Zu argumentieren, dass eine Handlung an einem Ort der Welt eine so erhebliche Rechtsverletzung darstellt, dass die globale Gemeinschaft ein legitimes Interesse daran hat, einen solchen Angriff zu sanktionieren, dieses globale Interesse jedoch zu verneinen, wenn die Rechtsverletzung an einem anderen Ort geschieht, wäre auch mit Blick auf die durch Art. 21 Abs. 3 allen Opfern von Völkerrechtsverbrechen zuteil werdende Menschenwürde problematisch und würde den Universalitätsanspruch das Völkerrechts grundsätzlich in Frage stellen.[697]

Schließlich wäre eine solche Auslegung des IStGH-Statuts, welche eine Bestrafung wegen eines Völkerrechtsverbrechens durch den IStGH im Ergebnis von der Ausgestaltung nationalen Rechts abhängig machen und damit in Abhängigkeit von der Herkunft des Täters (oder der Opfer) dem Verfolgungstatbestand einen unterschiedlich großen Anwendungsbereich beimessen würde, auch mit dem Nichtdiskriminierungsgrundsatz aus Art. 21 Abs. 3 kaum zu vereinbaren.[698]

cc) Normgenese des Verfolgungstatbestandes und der Verbrechenselemente

Wie einleitend dargelegt, äußerten bei den Verhandlungen zum IStGH-Statut hinsichtlich der Verbrechen gegen die Menschlichkeit verschiedene Delegationen Bedenken, dass durch diese Kategorie diverse – als Menschenrechtsverletzung oder gewöhnliche Straftaten zu qualifizierende – diskriminierende Praktiken als Völkerstraftaten geahndet werden könnten und der IStGH sich damit von einem Völkerstrafgerichtshof zu einem auch in Friedenszeiten weltweit über innerstaatliche Grundrechtsstandards rich-

696 *deGuzman* 2020, S. 90, 128.

697 Dass auch eine große Anzahl von Akteuren sich hinsichtlich der Unveräußerlichkeit von Rechten irren kann und darin folglich kein valides Argument liegen kann um die Erheblichkeit zu verneinen, zeigt nicht zuletzt ein Blick auf die Geschichte immenser, weit verbreiteter Menschenrechtsverletzungen wie Hexenverbrennungen, Sklaverei oder das Apartheitsregime, *deGuzman* 2020, S. 90.

698 *Erne* 2016, S. 369.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tenden Gerichtshof für Menschenrechte wandeln könnte.[699] Insbesondere die bei den Verhandlungen zum IStGH-Statut ausgehandelte Formulierung zum Verfolgungstatbestand hinterließ bei manchen Delegationen starke Bedenken hinsichtlich der Weite und Unbestimmtheit des möglichen Anwendungsbereichs.[700]

Gleichwohl wurden Vorschläge, im Rahmen des Einzelakts der Verfolgung im Speziellen oder der Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Allgemeinen eine universelle Anerkennung der zugrundeliegenden völkerrechtlichen Normen zu fordern, bei den Verhandlungen durch die Mehrheit der Delegationen explizit zurückwiesen, und man einigte sich stattdessen auf eine Formulierung, welche auf den Stand des Völkergewohnheitsrechts Bezug nimmt.[701]

Bei den Arbeiten der *PrepCom* zu den Verbrechenselementen entfachte sich die Debatte um die Weite und Unbestimmtheit der Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Allgemeinen und des Verfolgungstatbestandes im Speziellen erneut.[702] Um eine effektive Anwendung des Völkerstrafrechts – durch den IStGH oder nationale Gerichte in Ausübung universeller Jurisdiktionsgewalt – unter Einschluss möglichst vieler Akteure und Berücksichtigung derer Interessen zu erreichen,[703] waren auch jene Delegationen, die bei anderen Fragen für eine weite Jurisdiktionsgewalt eintraten, dazu bereit, einen Kompromiss zu suchen, damit eine möglichst große Anzahl an Staa-

699 *Robinson,* AJIL 93 (1999), S. 53 f.; *Robinson* in *Lee* 2001 Chapter 4, S. 70. Diese Bedenken aufgreifend *Al Hassan Defence*, Prosecutor v. Al Hassan, Public Redacted Version of „Submission for the Confirmation of Charges", ICC-01/12-01/18 (2019) Rn. 4 f., 35 f., 210 unter Verweis auf – im Rahmen der Prüfung des Komplementaritätsgrundsatzes getätigte – Ausführungen der Berufungskammer, *IStGH*, Prosecutor v. Gaddafi and Al-Senussi, Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled „Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi", ICC-01/11-01/11-565 (2014) Rn. 219: „Indeed, the Court was not established to be an international court of human rights, sitting in judgment over domestic legal systems to ensure that they are compliant with international standards of human rights."

700 *Robinson* in *Lee* 2001 Chapter 4, S. 58 f., 64 f. Die Formulierung des Verfolgungstatbestand im ILC Draft Code von 1991 lehnten viele Staaten aufgrund der Unbestimmheit noch ab. Darin hieß es: „[persecution] relates to human rights violations other than those covered by the previous paragraphs... [which] seek to subject individuals or groups of indivuduals to a kind of life in which enjoyment of some of their basic rights is repeatedly or constantly denied.", vgl. *Hall/Powderly* in *Triffterer* 2008 Art. 7 Rn. 141 mit Fn. 846-851.

701 *Robinson* in *Lee* 2001 Chapter 4, Fn. 29 und S. 70 f.

702 *Ebd.* Chapter 4, S. 65.

703 *Ebd.* Chapter 4, S. 59, 69.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ten sich dem IStGH-Statut unterwerfen oder sich zumindest nicht auf die Unbestimmtheit bestimmter Regelungen würde berufen können, um ihre fehlende Bereitschaft zur Unterzeichnung des Statuts zu rechtfertigen.[704]

Bei der Kompromissfindung wurden jedoch sämtliche Anregungen, welche kulturrelativistischen Argumenten bei der Auslegung der Menschlichkeitsverbrechen unter Anwendung der Verbrechenselemente die Tür hätten öffnen können, abgelehnt:[705]

> „Such an approach would suggest that conduct constituting a crime against humanity in one country might not be a crime against humanity in another. To many delegations, the law of crimes against humanity clearly had to be the same law for all humanity."[706]

Daher ließ sich die Mehrheit der Delegationen weder auf Anregungen ein, potenzielle Menschenrechtsverletzungen in bestimmten Bereichen durch die Verbrechenselemente zu den Einzelakten explizit vom Anwendungsbereich der Verbrechen gegen die Menschheit auszunehmen,[707] noch auf Formulierungsvorschläge für die Einleitung zu den Verbrechenselementen, welche bei religiös oder kulturell verwurzelten Diskriminierungen die Anforderungen an das Politik-Element durch ein *action requirement* erhöhen würden.[708]

Stattdessen sollte den Bedenken mancher Delegationen hinsichtlich einer expandierenden Ausübung einer internationalen Strafgewalt durch den IStGH begegnet werden, indem Absatz 1 der Einleitung zu den Verbrechenselementen zu Art. 7 das Gericht an den Grundsatz der engen Auslegung erinnert und an die Tatsache, dass das Völkerstrafrecht nur die schwersten Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganze betreffen, umfasst.[709] Der erste Absatz der Einleitung zu den Verbrechenselementen betreffend Art. 7 lautet:

---

704 *Ebd.* Chapter 4, S. 59.
705 *Robinson* in *Lee* 2001 Chapter 4, S. 65 ff.
706 *Ebd.* Chapter 4, S. 66.
707 Beispielsweise kursierte die Idee, insbesondere für die Tatbestandsvariante der Freiheitsentziehung klarzustellen, dass „family matters recognized by different national laws" unangetastet bleiben sollten, *PCNICC*, Working Group on Elements of Crimes, Proposal submitted by Bahrain, Iraq, Kuwait, Lebanon, the Libyan Arab Jamahiriya, Oman, Qatar, Saudi Arabia, the Sudan, the Syrian Arab Republic and United Arab Emirates concerning the elements of crimes against humanity, PCNICC/1999/WGEC/DP.39 (1999).
708 *Robinson* in *Lee* 2001 Chapter 4, S. 66 ff.
709 *Ebd.* Chapter 4, S. 68 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„Since article 7 pertains to international criminal law, its provisions, consistent with article 22, must be strictly construed, taking into account that crimes against humanity as defined in article 7 are among the most serious crimes of concern to the international community as a whole, warrant and entail individual criminal responsibility, and require conduct which is impermissible under generally applicable international law, as recognized by the principal legal systems of the world."

Indem zusätzlich hervorgehoben wird, dass es sich um Verhalten handeln muss, welches gegen das Völkerrecht „*as recognized by the principal legal systems of the world*" verstößt,[710] sollte versichert werden, dass der IStGH bei der Prüfung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit zwar keinen von allen Staaten anerkannten *lowest common denominator* anlegen muss,[711] jedoch auch keine spezifisch europäischen oder „westlichen" Maßstäbe heranziehen, sondern einen genuin internationalen Standard walten lassen würde.[712]

Zusammenfassend zeigt die historische Auslegung, dass den Müttern und Vätern des IStGH-Statuts und der Verbrechenselemente die tatsächlich bestehenden Unterschiede in Rechts- und Moralvorstellungen durchaus bewusst waren und offenkundig war, dass aufgrund der Weite und relativen Unbestimmtheit des Verfolgungstatbestandes eine Vielzahl diskriminierender Praktiken hierunter zu subsumieren sein könnte. Jegliche kulturrelativistischen Ansätze zur Ausgestaltung des Verfolgungstatbestandes als Verbrechen gegen die Menschlichkeit hat die Mehrheit der Delegierten gleichwohl strikt abgelehnt.[713] Daher überzeugt es nicht, entgegen der bewussten Ausgestaltung des Verfolgungstatbestands im IStGH-Statut und in den Verbrechenselementen nationalstaatlichen oder sonstigen partikularen Wertungen implizit im Rahmen der Definition des „Entzugs grundlegender

710 Dies mit dem Hinweis hervorhebend, dass davon auch islamisches Recht erfasst sein müsse, *Al Hassan Defence*, Prosecutor v. Al Hassan, Public Redacted Version of „Submission for the Confirmation of Charges", ICC-01/12-01/18 (2019) Rn. 32.

711 Daher wurden auch sämtliche bei den Verhandlungen zum IStGH-Statut oder zu den Verbrechenselementen eingebrachten Vorschläge abgelehnt, welche bei der Prüfung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Allgemeinen oder des Verfolgungstatbestandes im Speziellen statt des gewöhnlichen Verweises auf die Völkerrechtswidrigkeit eine universelle Anerkennung einer Norm anregten, *Robinson* in *Lee* 2001 Chapter 4, S. 68 mit Fn. 29 und S. 70 f.

712 *Ebd.* Chapter 4, S. 69 ff.

713 *Ebd.* Chapter 4, S. 70 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechte“ oder verkleidet durch die Anwendung der *Margin-of-appreciation*-Doktrin doch Bedeutung beimessen zu wollen.

dd) Resümee

Die durch den EGMR für den europäischen Rechtsraum entwickelte *Margin-of-appreciation*-Doktrin zielt im Kern darauf ab, den Universalitätsanspruch eines internationalen Rechtsregimes mit partikularen, nationalen Interessen und dem Souveränitätsbedürfnis der Nationalstaaten in Einklang zu bringen. Der Kerngehalt dieser Doktrin, die Staaten (oder sonstigen Organisationen) auf der Ebene der Gewährleistung einen gewissen Spielraum zugesteht, ist in gewisser Hinsicht auch der Prüfung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach dem Verfolgungstatbestand immanent: Denn erstens ist die Einzeltat der Verfolgung nur dann erfüllt, wenn der Entzug eines Rechts nicht durch einen völkerrechtlichen Erlaubnissatz (wie z.B. nach einer Derogation in einem *state of emergency*) gerechtfertigt ist, zweitens muss der Entzug in diskriminierender Absicht erfolgen, indem also ein Recht der Bevölkerung nicht allgemein vorenthalten wird, sondern nur einer bestimmten, völkergewohnheitsrechtlich geschützten Gruppe, und drittens muss der Entzug sich unter Berücksichtigung aller Begleitumstände als schwerwiegend erweisen. Durch diese drei bei der Prüfung des Verfolgungstatbestandes zu berücksichtigenden Kriterien wird dem jeweiligen Staat oder auch der jeweiligen Organisation genügend Spielraum eingeräumt, souveräne Belange und nationale Besonderheiten bei der Gewährleistung bestimmter grundlegender Rechte zu berücksichtigen.

Indem der Verfolgungstatbestand bereits durch den Rechtsentzug gegenüber einzelnen Personen erfüllt werden kann,[714] zielt er jedenfalls auch auf den Schutz der jeweils individuellen Rechtsgüter der Mitglieder einer verfolgten Gruppe ab. Der rechtskulturelle Kontext kann daher bei der Bewertung der Erheblichkeit des Entzugs von Rechten insofern Relevanz erlangen, als die Intensität der von den Opfern durch eine diskriminierende Praxis erfahrenen Rechtsgutsverletzung in Abhängigkeit von den gesellschaftlichen Begebenheiten variieren kann. So könnten Vergewaltigungen,

714 Auf die Verletzung *individueller* Menschenrechte abstellend z.B. *JStGH*, Prosecutor v. Tadić, Opinion and Judgement, IT-94-1-T (1997) Rn. 697, 715; siehe hierzu auch *Schabas* 2016, S. 197; *Boot* 2002 Rn. 498; *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 1084.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

welche von der Vorverfahrenskammer I im Verfahren gegen *Al Hassan* unter den Verfolgungsgrund des Geschlechts subsumiert worden sind,[715] nicht nur die körperliche Integrität und sexuelle Selbstbestimmung der Opfer verletzen, sondern in Abhängigkeit vom soziokulturellen Umfeld auch zu einem Ausstoß der vergewaltigten Frauen aus der Gemeinschaft führen oder sie sonstigen Diskreditierungen durch ihre Gesellschaft aussetzen.[716] Auch die Intensität einer Rechtsverletzung durch den Entzug von Eigentum[717] könnte von der unterschiedlichen Bedeutung von Privateigentum im jeweiligen gesellschaftlichen Kontext abhängen.

Damit mag den soziokulturellen Begleitumständen bei der Bestimmung der tatsächlich erfahrenen Intensität der Rechtsgutsverletzung – also der zu prüfenden Erheblichkeit des Rechtsentzugs – Bedeutung zukommen. Relativierende Argumentationen, die darauf abzielen, den rechtskulturellen Kontext auch zur Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs heranzuziehen, um zu bewerten, ob eine diskriminierende Praxis dem Verfolgungstatbestand unterfällt, sind hingegen zurückzuweisen. Um den im Rahmen der teleologischen Auslegung angeführten Bedenken hinsichtlich des Legalitätsprinzips, der Realisierung bestimmter Strafzwecke und einer effektiven Strafverfolgung im Allgemeinen dennoch entgegenzutreten, ist stattdessen im Einklang mit Art. 22 Abs. 2 eine restriktive Auslegung des Verfolgungstatbestandes geboten.[718] Man kann es auch anders formulieren:

715 *IStGH*, Prosecutor v. Al Hassan, Version publique expurgée de la 'Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud', ICC-01/12-01/18-461-Corr-Red (2019) Rn. 667.

716 In ähnlicher Weise wird bzgl. der Charakterisierung von Zwangsheiraten als Verfolgung aufgrund des Geschlechts i.S.d. Art. 7 Abs. 1 h) oder als andere unmenschliche Handlung i.S.d. Art. 7 Abs. 1 k) angeführt, dass anders als bei einer arrangierten Ehe durch eine Zwangsheirat nicht nur das Recht auf (sexuelle) Selbstbestimmung beschnitten wird, sondern auch die Familie von der oftmals üblichen Partizipation an der Eheschließung ausgeschlossen wird und die unter (äußerem) Zwang verheiratete Frau so auch Diskreditierungen durch ihre Gemeinschaft ausgesetzt sein könnte, *Behrens*, Prosecutor v. Ongwen, Amicus Curiae Observations on Issues Raised in the Appeals Chamber Order of 25 October 2021 Inviting Expressions of Interest as Amici Curiae in Judicial Proceedings (Pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence), ICC-02/04-01/15-1943 (2021) Rn. 16 f.

717 Zum Entzug von Eigentum als den Verfolgungstatbestand begründender Einzelakt siehe z.B. *Schabas* 2016, S. 195 f.

718 So auch *Robinson,* LJIL 21 (2008), insbes. S. 933, 946; *Kreß,* LJIL 23 (2010), S. 861; vgl. auch *Mégret,* HarvHumRtsJ 33 (2020), S. 87: „International human rights and international criminal justice are both involved in defining a minimum common denominator and, in a sense, the strength of that minimum common denominator depends on it being relatively minimal."

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Um so mehr der IStGH als „Menschenrechtsgerichtshof" agiert, um so eher könnte ein den Nationalstaaten einen gewissen Spielraum eröffnendes Konzept wie die *Margin-of-appreciation*-Doktrin erforderlich sein; um so restriktiver er vorgeht, um so weniger bedarf es einer solchen Doktrin.[719]

C Berücksichtigung des rechtskulturellen Kontexts zur Bestimmung einer angemessenen Bestrafung?

Da die Frage nach dem Strafzweck und der bestmöglichen Verwirklichung dieses Strafzwecks schon innerstaatlich nicht abschließend geklärt ist, vermögen die nationalen Rechtsordnungen der Vertragsstaaten erst recht keine gemeinsame verbindliche Antwort darauf zu geben, was der Sinn des Strafens und wie dieser am besten zu verwirklichen ist.[720] Wann ist eine Strafe g e r e c h t und a n g e m e s s e n? Soll bei der Verhängung einer Strafe Vergeltung, Abschreckung oder Wiedergutmachung im Vordergrund stehen? Auch in den (an Staaten gerichteten) Systemen regionalen Menschenrechtsschutzes lässt sich beobachten, dass die zugrundeliegenden regionalen Menschenrechtsverträge sich auf der Tatbestandsebene zwar stark ähneln, der interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte aber beispielsweise ganz andere Sanktionsformen kennt als der EGMR.[721]

Selbst wenn sich die Frage nach dem Strafzweck eindeutig beantworten ließe, bliebe zu klären, durch welche Art und welches Maß von Strafe diesem Strafzweck am besten Rechnung getragen werden kann, wie weit die Strafe Rehabilitierungsmöglichkeiten des Verurteilten zulassen muss etc.[722]

Auf nationaler Ebene ist das Sanktionsspektrum dabei nicht auf Freiheits- und Geldstrafen begrenzt, sondern auch der Entzug bürgerlicher Rechte, (soziale) Arbeit, ja sogar körperliche Züchtigungen und die Todesstrafe werden in manchen Rechtsordnungen als mögliche Sanktionen zugelassen. Andere Rechtsordnungen sehen für die Verwirklichung des Strafzwecks eine „Strafe" im engeren Sinne nicht stets als notwendig an, sondern messen beispielsweise dem Täter-Opfer-Ausgleich oder anderen Aussöhnungsmechanismen eine größere Bedeutung zu.

719 *Mégret,* HarvHumRtsJ 33 (2020), S. 109.
720 Vgl. *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 26 f.; *Mégret,* HarvHumRtsJ 33 (2020), S. 73, 76.
721 *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 22 f.
722 Zu den Divergenzen bei den Verhandlungen zum IStGH-Statut hinsichtlich eines angemessenen Sanktionsregimes siehe *Fife* in *Lee* 1999, S. 319-343.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Angesichts der Vielzahl vertretener Ansätze überrascht es nicht, dass auch die verhältnismäßig junge Disziplin des Völkerstrafrechts noch keine abschließende Antwort gefunden hat, sondern Fragen zum Sinn der Völkerstrafe Gegenstand aktueller, insbesondere wissenschaftlicher Diskussionen sind.[723] Diese Debatten um den Strafzweck völkerstrafrechtlicher Verfahren vollumfänglich wiederzugeben oder gar die „richtige" Antwort finden zu wollen, ist nicht der Anspruch dieser Arbeit und für den Untersuchungsgegenstand auch nicht erforderlich. Die folgenden Überlegungen konzentrieren sich daher auf die Frage, für die Erreichung welcher der möglichen Strafzwecke die Beachtung des (rechts-)kulturellen Kontextes bei der Festsetzung der Rechtsfolge erforderlich sein könnte und ob die Auslegung der Strafzumessungsnormen des IStGH eine solche Berücksichtigung zulässt.

I. Im IStGH-Statut vorgesehene Rechtsfolgen

Die Regelungen zu den Rechtsfolgen eines Völkerrechtsverbrechens sind im IStGH-Statut nur rudimentär ausgestaltet (Art. 76 und Art. 77 ff.). Nach Art. 76 Abs. 1 hat der Gerichtshof eine „angemessene Strafe" zu verhängen. Als anwendbare Strafen nennt das IStGH-Statut in Art. 77 Abs. 1 eine zeitlich begrenzte Freiheitsstrafe von bis zu 30 Jahren sowie unter bestimmten Voraussetzungen eine lebenslange Freiheitsstrafe – die Todesstrafe ist nicht vom Strafkatalog erfasst. N e b e n den Freiheitsstrafen besteht nach Art. 77 Abs. 2 noch die Möglichkeit, eine Geldstrafe anzuordnen oder den Erlös, das Eigentum und die Vermögensgegenstände, die aus dem abgeurteilten Verbrechen stammen, einzuziehen. Bei der Festsetzung der Strafe sind in Übereinstimmung mit der Verfahrens- und Beweisordnung Faktoren wie die Schwere des Verbrechens und die persönlichen Verhältnisse des Verurteilten zu berücksichtigen (Art. 78 Abs. 1). Eine genauere Ausgestaltung finden diese Strafzumessungskriterien insbesondere in Rule 145 der Verfahrens- und Beweisordnung. Danach sind alle Umstände *(circumstances)* der zu verurteilenden Person sowie des Verbrechens zu beachten (Rule 145 Abs. 1 (b)), wobei zusätzlich zu den in Art. 78 Abs. 1 genannten Kriterien auch auf folgende Faktoren abzustellen ist:

723 Statt vieler sei für die Diskussion um die Strafrechtstheorien im Völkerstrafrecht verwiesen auf die umfängliche Darstellung von *Werkmeister* 2015; eine empirische Untersuchung möglicher Strafzwecke geben beispielsweise *Schense/Carter* 2016.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„...the nature of the unlawful behaviour [...]; the circumstances of manner, time and location; and the age, education, social and economic condition of the convicted person."[724]

Trotz des abschließenden Charakters des im IStGH-Statut vorgesehenen Sanktionsregimes[725] bleiben die vertragsrechtlichen Vorgaben des Statuts spärlich, und es kann weder auf eine gefestigte Rechtsprechung internationaler Gerichte noch auf einschlägige völkergewohnheitsrechtliche Normen zur Festsetzung einer „angemessenen" Haft- oder Geldstrafe zugegriffen werden, sodass die Richter und Richterinnen des IStGH bei der Strafzumessung über einen weiten Spielraum verfügen.[726] Im Folgenden soll erörtert werden, ob und inwieweit das sonst anwendbare nationale Recht bzw. in der primär betroffenen Gesellschaft vorherrschende Gerechtigkeitsvorstellungen oder die Herkunft und Sozialisierung des Täters dazu dienen können und sollten, diesen Spielraum bei der Festsetzung einer „angemessenen" Strafe auszufüllen.

II. Die Berücksichtigung gesellschaftlicher Zusammenhänge im Lichte bestimmter Strafzwecke

1. Die Frage nach dem Kommunikationsforum oder der Makroebene

Bei der Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale wurde erörtert, ob bei der Intensität der Rechtsverletzung bzw. der Schwere der Tat dem Empfinden lokaler Gemeinschaften eine hervorgehobene Bedeutung zugemessen werden sollte. In ähnlicher Weise stellt sich bei der Bestimmung einer angemessenen Strafe die Frage, ob das Kommunikationsforum, dem eine Strafe als angemessen erscheinen muss, die Weltgemeinschaft als solche

724 Rule 145 Abs. 1 c). Eine lebenslange Freiheitsstrafe kann verhängt werden, wenn diese aufgrund der Schwere des Verbrechens und der „individual circumstances" der verurteilten Person gerechtfertigt ist (Rule 145 Abs. 3). Rule 146 führt genauer aus, in welchen Fällen und in welcher Höhe der Gerichtshof neben der Freiheitsstrafe noch eine Geldstrafe nach Art. 77 verhängen soll.

725 Den abschließenden Charakter betonend *IStGH*, Prosecutor v. Bemba Gombo et al., Judgment on the appeals of the Prosecutor, Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Fidèle Babala and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled "Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute", ICC-01/05-01/13-2276-Red (2018) Rn. 77.

726 Zum weiten Spielraum Internationaler Gerichte bei der Strafzumessung *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 11 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ist oder ob einer partikularen Gruppe hierbei eine besondere Bedeutung zukommen kann.

Ist das Kommunikationsforum eines Verfahrens über Verbrechen, welche die „internationale Gemeinschaft als Ganzes" betreffen,[727] allein die Menschheit als Ganzes, so ist jede partikulare Gemeinschaft nur ein gleichberechtigter Teil derselben, und dem Empfinden ihrer Mitglieder würde keine hervorgehobene Bedeutung zukommen. Die Auffassungen einer partikularen Gemeinschaft über die Angemessenheit der Todesstrafe, von (lebenslanger) Freiheitsstrafe, sozialer Arbeit oder den Entzug bürgerlicher Rechte zur Erreichung (irgendeines) Strafzwecks als Aspekt des rechtskulturellen Kontexts bei der Bestimmung einer angemessenen Strafe in besonderer Weise zu berücksichtigen, ist daher überhaupt nur dann erwägenswert, wenn vor dem IStGH geführte Verfahren und ausgesprochene Urteile sich – jedenfalls auch – spezifisch an eine partikulare Gemeinschaft richten.[728]

Da die Frage nach dem Kommunikationsforum eingebettet ist in die jeweilige Straftheorie, lässt sie sich hiervon losgelöst sicherlich nicht abschließend beantworten. Dennoch sollen der Erörterung der einzelnen Straftheorien einige allgemeine Überlegungen zum Kommunikationsforum vorangestellt werden, um so Wiedererholungen innerhalb der Darstellung der einzelnen Straftheorien zu vermeiden.

Eine weltgesellschaftliche Perspektive erachtet *Jakobs* als Fiktion: Lediglich innerhalb von Staaten, nicht aber in anderen Organisationseinheiten könne eine Gesellschaft, welche eine bestimmte Ordnung lebe und daher rechtlich relevant sei, existieren.[729] In ähnlicher Weise schreibt z.B. *Kelsall* bzgl. der Frage nach dem primären Kommunikationsforum, dass der Wunsch nach Vergeltung oder auch die Notwendigkeit eines Kommunikationsakts als Antwort auf begangenes Unrecht nur gegenüber einer „ech-

727 Abs. 4 der Präambel des IStGH-Statut bezeichnet diese als „most serious crimes of concern to the international community as a whole". Zur Betroffenheit der Menschheit als Ganzen von der Begehung der im IStGH-Statut normierten Verbrechen siehe beispielsweise *Triffterer/Bergsmo/Ambos* in *Ambos* 2022 Preamble, Rn. 9-14.

728 Dies voraussetzend z.B. *Almqvist,* JICJ 4 (2006), S. 752; *Sander,* IntlCLR19 (2019), S. 1015 ff. Die Frage nach dem primären Kommunikationsforum ebenfalls aufwerfend *Damaska,* ChiKentLRev 83 (2008), S. 335 und *Provost,* L/T/C 16 (2012), S. 202 f. Hingegen vor allem auf den „sozialen Alarm", den eine Tat bei der globalen Gemeinschaft ausgelöst hat, abstellend *IStGH*, Situation in the Democratic Republic of Congo, Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58, ICC-01/04-520-Anx2 (2006) Rn. 47.

729 *Jakobs* 2008, S. 127 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ten" Gemeinschaft bestehen könne. Lokale Gemeinschaften, verstanden als Gruppen von Individuen, die eine gemeinsame Lebenswirklichkeit teilen, seien zwar als Gemeinschaften in ihren Werten und Vorstellungen nie homogen. Indem sie als Gesellschaften ihre Individuen aber erziehen und sozialisieren und so auch moralisch prägen, seien sie in einem empirischen Sinne „echt". Die Internationale Gemeinschaft hingegen, deren Akteure die Normen des Völkerrechts bestimmen, sei in diesem Sinne verstanden nicht „echt" und könne nur sehr peripher auf die Sozialisierung und moralische Prägung von Individuen einwirken.[730] Andere verneinen zwar nicht grundsätzlich eine weltgesellschaftliche Perspektive, sehen aber jedenfalls auch die lokale, primär betroffene Gemeinschaft als Kommunikationsforum der vor dem IStGH geführten Verfahren und ausgesprochenen Urteile an.[731]

Bereits das in Art. 75 verankerte System der Wiedergutmachung sowie die Tatsache, dass die Opfervertretung im Verfahren mit eigenen Rechten ausgestattet ist, deuten darauf hin, dass sich ein Verfahren vor dem IStGH jedenfalls auch an die Opfer bzw. die „betroffene Gesellschaft" als partikulare Gruppe richtet.[732]

2. In welchen Straftheorien kann der gesellschaftliche Kontext relevant sein?

a) Präventive Straftheorien

Im Gegensatz zu den Vergeltungstheorien sind präventive Straftheorien in die Zukunft gerichtet und legitimieren Strafe damit, dass diese in der Zukunft die Begehung von Straftaten verhindern soll.[733] Indem die präventiven Straftheorien Strafe an die Schutzaufgabe des Staates bzw. der internationalen Gemeinschaft koppeln, erfährt das Strafen einen gesellschaftlichen Zweck.[734] Diese straftatverhindernde Wirkung ist – jedenfalls prinzipiell

730 *Kelsall* 2009, S. 157, 170, 258.

731 So zu verstehen auch die Ausführungen von *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), insbes. S. 8, 28, 31 ff., 44 ff.; *Sloane,* StanJIntlL 43 (2007), S. 76, 79; *Drumbl* 2007, S. 160 f. Hierzu explizit auch *Damaska,* ChiKentLRev 83 (2008), S. 335.

732 Soll ein partikulares Recht bei der Strafzumessung herangezogen werden, so müsse es sich hierbei daher um das Recht des Tatortstaats handeln, *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 43-45.

733 *Pawlik* 2011, S. 19.

734 *Werkmeister* 2015, S. 148.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– einer empirischen Überprüfung zugänglich.[735] Eine empirische Überprüfung könnte dabei unter anderem untersuchen, inwiefern es nach den einzelnen Ausformungen der Präventionstheorien zur Verhinderung von in der Zukunft liegenden Völkerstraftaten erforderlich ist, dass sich Art und Maß der Strafe an dem sonst anwendbaren Recht oder der Herkunft und Sozialisierung des Täters bzw. der Täterin oder der Opfer orientieren. Bislang ist die empirische Präventivforschung, auf die im Rahmen dieser Arbeit zurückgegriffen werden könnte, überschaubar.[736] Folglich können hier an manchen Stellen lediglich Vermutungen angestellt werden, deren empirische Überprüfung anderen wissenschaftlichen Disziplinen überlassen bleiben muss.

aa) Theorie der Spezialprävention

Unterschieden wird grundlegend zwischen der Spezial- und der Generalprävention. Während die Generalprävention die Einwirkung von Strafe auf die Gesellschaft als Ganze bezwecken will, bezieht sich die Spezialprävention auf den konkreten Täter und will diesen davon abhalten, weitere Straftaten zu begehen, um so die Allgemeinheit vor ihm zu schützen.[737] Unterteilen lässt sich der Gedanke der Spezialprävention weiter in die Aspekte der Sicherung, der Resozialisierung und der Abschreckung.[738]

Eine spezialpräventive Einwirkung ist nur dann notwendig, wenn von dem Täter oder der Täterin eine Wiederholungsgefahr ausgeht.[739] Manche geben zu bedenken, dass der „normale" Völkermörder ohnehin nicht dazu neige, ein Wiederholungstäter zu sein, sondern völkerrechtliche Verbrechen normalerweise unter ganz bestimmten Bedingungen begangen werden. Sobald diese Bedingungen nicht mehr vorliegen, würden gewöhnlich –

735 *Bock,* JuS 34 (1994), S. 98; *Hassemer* 1990, S. 328. Dies mit weiterführenden Literaturhinweisen ebenfalls anmerkend *Werkmeister* 2015, S. 148. Insbesondere bei der positiven Generalprävention äußert er an der tatsächlichen Durchführbarkeit empirischer Studien jedoch deutliche Bedenken, *ebd.* S. 267 f. Ebenfalls an der empirischen Überprüfbarkeit einer abschreckenden Wirkung zweifelnd *Günther* in *Beulke/Haffke/Popp* 2009, S. 88.

736 Dies bemängelnd auch *Werkmeister* 2015, S. 218 f.; *Golash* in *May* 2010, S. 217. Siehe aber die umfassenden Metastudien von *Schense/Carter* 2016 und *Nimaga* 2016.

737 *Werkmeister* 2015, S. 149.

738 *Ebd.* S. 160.

739 *Melloh* 2010, S. 143.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auch ohne spezialpräventive Einwirkung – weder Führungs- noch Gefolgschaftstäter weitere Völkerstraftaten begehen.[740] Ungeachtet dieser grundsätzlichen Bedenken empirischer Natur an der Eignung spezialpräventiver Ansätze für das Völkerstrafrecht sollen die einzelnen der Spezialprävention zugrundeliegenden Wirkungsmechanismen der Sicherung, Resozialisierung und Abschreckung dennoch kurz unter der Fragestellung beleuchtet werden, inwiefern diese Mechanismen eine Berücksichtigung des rechtskulturellen Kontexts bei der Bestimmung einer angemessenen Bestrafung erfordern.

Die Spezialprävention stellt bei der Frage nach dem Strafzweck den Täter in seiner gesamten sozialen Realität in den Vordergrund.[741] Indem sie eine individualisierte Reaktion auf die konkrete, betroffene Person verlangt und die Entscheidung über das Ob und Wie einer strafrechtlichen Sanktion an eine Einzelfall-Prognose über die zukünftige kriminelle Gefährlichkeit des konkreten Täters knüpft,[742] muss sie dafür zwangsläufig alle den konkreten Täter ausmachenden Faktoren berücksichtigen, mithin auch dessen Herkunft und Sozialisierung. Eine so verstandene Individualisierung der Strafe, welche den konkreten Täter und seine persönliche, tatsächliche Biographie in den Blick nimmt, ist jedoch nicht gleichzusetzen mit der These, der IStGH solle bei Auslegung und Anwendung der in Art. 76 ff. normierten Strafzumessungsnormen den rechtskulturellen Kontext als solchen berücksichtigen: Der Sicherungszweck wird erreicht, indem der Täter durch Freiheitsentziehung, also unmittelbaren Zwang, von der Allgemeinheit isoliert und so an der Begehung weiterer Straftaten gehindert wird.[743] Für die Erreichung dieses Zweckes ist daher zwar eine individuelle Gefährlichkeitsprognose zur Rechtfertigung dieses *Ultima-ratio*-Mechanismus erforderlich, der rechtskulturelle Kontext ist hingegen unbeachtlich.

Der strafbegründende Resozialisierungsgedanke – auch unter dem Begriff der positiven Spezialprävention oder Förderung firmierend – will den

740 So z.B. *Melloh* 2010, S. 147 f.; *Safferling*, 2011 § 4, Rn. 72; kritisch zu diesem Einwand jedoch *Werkmeister* 2015, S. 156 ff.

741 *Werkmeister* 2015, S. 150, 152.

742 *Ebd.* S. 150.

743 *Melloh* 2010, S. 147; siehe zum Sicherungszweck auch *Möller* 2003, S. 484. Als eigenständiger Zweck der Strafe wird ein solcher aber vielfach verneint, so beispielsweise *Werkmeister* 2015, S. 193 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Täter durch positive Anreize zur Normtreue motivieren.[744] Dabei muss die Einwirkung so ausgestaltet werden, dass sie dem Täter Einsicht in die Legitimität der von ihm verletzten Normen ermöglicht.[745] Für welche – menschenwürdige – Einwirkung der Täter empfänglich ist, kann nur in Abhängigkeit seiner Persönlichkeit, Biografie und Lebenswelt und damit auch der kulturellen Prägung und Herkunft bestimmt werden.[746] Auch hier wird demnach zwar die Herkunft oder Sozialisierung des Täters als Aspekt einer auf den Täter individuell zugeschnitten Reaktion relevant, nicht jedoch der rechtskulturelle Kontext als solcher. Zudem sind konkrete Maßnahmen zur Resozialisierung ohnehin weniger Gegenstand der nach den Vorgaben der Art. 76 ff. zu bestimmenden angemessenen Strafe, die eine Entscheidung hinsichtlich der Höhe der Haftstrafe sowie hinsichtlich der Festsetzung einer fakultativen Geldstrafe verlangt,[747] sondern werden vor allem im Rahmen des – über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehenden – Strafvollzugs relevant.[748]

Es bleibt also lediglich hinsichtlich der Abschreckung zu fragen, inwiefern dieser Wirkungsmechanismus der (negativen) Spezialprävention es erfordern könnte, Art und Maß der durch den Täter sonst zu erwartenden Strafe oder den rechtskulturellen Kontext im Übrigen bei der Bestimmung einer angemessenen Strafe zu berücksichtigen. Entsprechend der sogleich zu erörternden negativen Generalprävention geht es bei der negativen Spezialprävention darum, eine bereits vor Tatbegehung bestehende Strafandrohung durch den Strafspruch zu realisieren, um so den konkreten Täter von der Begehung künftiger Straftaten abzuschrecken.[749] Der als *homo oecono-*

744 *Werkmeister* 2015, S. 168. Das von der Resozialisierung ebenfalls umfasste *strafbegrenzende* Element (*ebd.* S. 162.) wird erst im Rahmen von Art. 21 Abs. 3 und des Fazits zu diesem Kapitel diskutiert.

745 *Ebd.* S. 169; ähnlich *Lüderssen* 1995, S. 150.

746 *Werkmeister* 2015, S. 177 f.

747 *Werkmeister* merkt aber auch bzgl. der Strafhöhe an, „dass die Sanktion schon nur dann resozialisierend wirken kann, wenn sie dem Täter als „legitim" vermittelt und letztlich von ihm so verstanden werden kann", *ebd.* S. 170 mit weiteren Nachweisen in Fn. 916. Zur Ermöglichung eines individuellen Rechtsfriedens siehe auch *Kaspar* 2014, S. 679.

748 Vgl. *Werkmeister* 2015, S. 179: „Operationalisiert werden kann ein solches Programm durch professionelles, autonomiesensibles Resozialisierungspersonal in juristischer wie therapeutischer Funktion." Zurecht wird darauf hingewiesen, dass ein solches auf Konformität mit internationalen Normen gerichtetes Resozialisierungsprogramm den Täter auch Strategien vermitteln muss, sich nationalen menschenrechtswidrigen Normen zu widersetzen, *Reuss* 2012, S. 10.

749 *Werkmeister* 2015, S. 183 f., 186.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

micus vorgestellte Täter soll „als kluger Nutzenoptimierer zukünftig keine Straftaten mehr begeh[en], weil er erkennt, dass die Kosten hierfür den Nutzen übersteigen."[750] Ob ein Täter, gerade unter den für die Begehung von Völkerstraftaten typischen Rahmenbedingungen kollektiver Gewalt, tatsächlich eine solche Kosten-Nutzen-Abwägung trifft oder sich bei der Verfolgung ideologischer Ziele von einer solchen Abwägung beeinflussen lassen würde, wird – zurecht – stark bezweifelt.[751] Als Prämisse vorausgesetzt und nicht hinterfragt wird aber meist, dass der Täter – sollte er doch eine Kosten-Nutzen-Abwägung treffen – eine völkerrechtliche Kriminalstrafe stets als nicht unerhebliches Übel verstehen würde. Aufgrund des mit einer Strafe einhergehenden Tadels und dem Entzug insbesondere des Rechts auf Freiheit, aber auch weiterer Rechte, ist dem prinzipiell zuzustimmen. Trotzdem mag es Situationen geben, in denen sich aufgrund der global stark divergierenden Haft- und Lebensbedingungen die Begehung einer die Jurisdiktion des IStGH begründenden Völkerstraftat nicht zwangsläufig als die (wirtschaftlich) schlechteste Option für den Täter darstellen muss: Sollte sich ein durch den RStGH verurteilter, hypothetisch als *homo oeconomicus* agierender Täter erneut in einer die Begehung von Völkerstraftaten ermöglichenden Situation befinden, so könnte ihm der Gedanke kommen, dass er gut daran getan hätte, zu den *most responsible* zu gehören, um so von „westlichen" Verfahrensstandards unter Ausschluss der Todesstrafe, dafür aber inklusive Versorgung mit HIV-Medikamenten etc. zu profitieren.[752]

Eine solche Besserstellung, nicht nur gegenüber den Völkerstraftätern unteren Ranges und nationalen Straftätern, sondern möglicherweise auch gegenüber der übrigen Bevölkerung einschließlich der Opfer, läuft dem spezialpräventiven Mechanismus der Abschreckung zuwider. Um diesen Aspekt abzuschwächen, könnte es daher – wie vor dem RStGH erlaubt und auch praktiziert – erforderlich sein, Art und Maß der sonst anwendbaren Strafe bei der Bestimmung einer mit Blick auf den Zweck der Abschreckung angemessenen Strafe zu berücksichtigen. Dieser Gedanke soll nun im Rahmen der generalpräventiven Theorie näher ausgeführt werden.

750 *Werkmeister* 2015, S. 184.

751 *Golash* in *May* 2010, S. 215-217; *Drumbl* 2007, S. 171 ff.; *Damaska,* ChiKentLRev 83 (2008), S. 344; *Werkmeister* 2015, S. 186 ff. Diesem Einwand weniger Bedeutung zumessend *Sloane,* StanJIntlL 43 (2007), S. 72. Zur allgemeinen Kritik an der Konzeption eines Täters als *homo oeconomicus* grundlegend die Monographie von *Wittig* 2020; außerdem *Hassemer* 1990, S. 312 f.; *Hörnle* 2017, S. 49.

752 Auf dieses Problem der Besserstellung hinweisend *Greenawalt,* IndLJ 86 (2011), S. 1101; *Shraga/Zacklin,* EJIL 7 (1996), S. 511; *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 7, 37 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb) Theorie der Generalprävention

Die Theorie der Generalprävention zielt nicht auf den individuellen Täter ab, sondern will strafverhindernd auf die Gesellschaft als Ganze (also auf die Makroebene[753]) einwirken. Unterschieden wird auch hier zwischen dem negativen generalpräventiven Zweck der Abschreckung und dem positiven generalpräventiven Zweck der Bestärkung der Normtreue. Einleitend wurden plausible Gründe dafür aufgezeigt, dass die Makroebene oder das Kommunikationsforum nicht allein die Weltgesellschaft, sondern jedenfalls auch die nationale Gesellschaft ist. Die folgenden Ausführungen sollen sich daher darauf fokussieren, inwiefern die Berücksichtigung von Art und Maß der Strafe im sonst anwendbaren Recht bei der Bestimmung einer angemessenen Strafe erforderlich sind, wenn diese Strafe generalpräventive Zwecke auf der Makroebene der nationalen Gesellschaft bewirken soll.[754]

aaa) Negative Generalprävention

Dieser Theorie liegt (ebenso wie der Abschreckung als Mechanismus der Spezialprävention) die Vorstellung zugrunde, dass es sich beim Menschen um einen *homo oeconomicus* handelt, also um ein Wesen, das bei mehreren möglichen Handlungsalternativen sein Handeln nach der für ihn klügsten Alternative ausrichten kann. Der durch die Strafzufügung realisierten Strafandrohung[755] soll nach dieser Theorie die Funktion zukommen, dass die Begehung einer (Völker-)Straftat sich für den Täter als unkluge Verhaltensoption darstellt und er so davon abgeschreckt wird.[756]

Obwohl an der Eignung der Theorie der negativen Generalprävention für das Völkerstrafrecht fundamentale Bedenken empirischer Natur geäu-

753 Siehe zum Begriff der Makroebene z.B. *Greco* 2009, S. 360 f.

754 Auch *Werkmeister* gibt zu bedenken, dass der Begriff der Makroebene im Völkerstrafrecht zwischen der Weltgesellschaft als solcher und der nationalen Gesellschaft unterscheiden muss, entsprechend der in seiner Monographie eingenommenen Grundhaltung, fokussiert er sich dabei aber auf die Weltgesellschaft als Makroebene, *Werkmeister* 2015, S. 195.

755 Ausführlicher zum notwendigen Zusammenspiel von Strafandrohung und Strafzufügung zur abschreckenden Wirkung *Werkmeister* 2015, S. 198 ff.

756 Ausführlicher zum Inhalt der negativen Generalprävention und zum Begriff der Abschreckung *Hassemer* 1990, S. 309 ff.; *Pawlik* 2011, S. 22 ff.; *Greco* 2009, S. 356 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ßert werden,[757] sollen auch bzgl. dieser Theorie einige Überlegungen hinsichtlich der Notwendigkeit angestellt werden, dem rechtskulturellen Kontext bei der Festsetzung einer angemessenen Sanktion Beachtung zu schenken. In armen Regionen mit einem eher niedrigen Lebensstandard (wie z.B. Kambodscha, Sierra Leone oder Ruanda) könnten in Post-Konflikt-Situationen Haftstrafen in europäischen Gefängnissen unter Einhaltung internationaler Standards von manchen eher als Privileg denn als Strafe empfunden werden.[758] So äußerten Vertreter der sudanesischen Zivilbevölkerung, als sie zu ihrer Haltung zur Verfolgung *Al Bashirs* durch den IStGH befragt wurden:

> „Others object to the ICC because they think that conditions at the ICC in The Hague, which has been described as a "five star hotel," are simply too good for the former dictator. ‚[…] He should be tried in Sudan after the criminal justice system is reformed' said Montasir Nasir Waren, Executive Director of the Nubsud Human Rights Monitors Organisation (NHRMO)."[759]

Zwar handelt es dabei nicht um repräsentative Studien, sondern um die persönliche Einschätzung einzelner Menschen. Auch folgt aus der Aussage dieser Menschen, dass sie die Haftbedingungen als „westlichen Luxus" empfinden, noch nicht, dass sie das Verbüßen einer Haftstrafe unter diesen Bedingungen einem Leben ohne Haftstrafe vorziehen würden. Führt

757 Fraglich ist auch hier, ob ein Mensch – gerade in Extremsituationen, in denen typischerweise Völkerstraftaten begangen werden – tatsächlich solche rationalen Erwägungen anstellt, zweifelnd z.B. *Damaska,* ChiKentLRev 83 (2008), S. 344; *Werkmeister* 2015, S. 221 ff. mit weiteren Nachweisen. Selbst wenn wir dem Menschen auch in einer solchen Situation noch ein vernunftgeleitetes Verhalten zutrauen, so ist weiterhin fraglich, ob angesichts der unzähligen tatsächlich begangenen Völkerstraftaten im Vergleich zu den ganz wenigen Fällen, die davon überhaupt vor einem Gericht verhandelt werden, die Androhung einer Strafe den Täter wirklich davon abhalten kann, eine Völkerstraftat zu begehen. Die fehlende Regelmäßigkeit der Androhungsrealisierung ebenfalls problematisierend z.B. *Möller* 2003, S. 498 f.; *Sloane,* StanJIntlL 43 (2007), S. 72; *Golash* in *May* 2010, S. 219; *Werkmeister* 2015, S. 199 f., 206 f., 219 ff.

758 *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 27 mit Fn. 149; ähnlich *Tallgren,* EJIL 13 (2002), S. 583 f. Speziell zu Ruanda, wo die Angeklagten vor dem RStGH im Gegensatz zur übrigen Bevölkerung beispielsweise Zugang zu HIV-Medikamenten genossen und teilweise individuelle Speisepläne erbeten konnten *Drumbl* 2007, S. 160; *Bostian,* ILSAJIntl&CompL 12 (2005), S. 19 f.; *Del Ponte/Sudetic* 2009, S. 186.

759 *Bueno*, Sudan's Expressed Willingness to Surrender Al-Bashir Sparks Debate in Country, International Justice Monitor vom 21.02.2020.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

man sich die prekären Lebensbedingungen dieser Menschen vor Augen – vor allem der fehlende Zugang zu medizinischer Versorgung –, so muss die abschreckende Wirkung der durch internationale Gerichte verhängten Strafen gerade in extrem armen Gesellschaften dennoch mit einem Fragezeichen versehen werden.[760] Dies mag weniger für Führungstäter in Machtpositionen gelten, die gemeinhin auch nach dem Ende der Völkerstraftaten ermöglichenden Rahmenbedingungen häufig noch von Privilegien ihrer ehemaligen Machtposition profitieren.[761] Allerdings unterfallen der Jurisdiktionsgewalt des IStGH nicht nur Führungstäter, sondern auch Gefolgschaftstäter.[762] Legen wir – trotz der empirischen Bedenken daran – die der Theorie der Generalprävention zugrundliegende Prämisse an, dass es sich beim Menschen um einen *homo oeconomicus* handelt, so könnte sich die Begehung einer Völkerstraftat durch solche, ggf. nur einen minimalen Lebensstandard genießenden Gefolgschaftstäter nicht als unkluge Handlungsalternative erweisen, wenn sie so beispielsweise Zugang zu bestimmten Medikamenten erhalten. Die durch den IStGH oder ein anderes internationales Gericht verhängte Strafe würde sich dann unter bestimmten Rahmenbedingungen nicht zwangsläufig als Abschreckung erweisen.

Außerdem könnte ein Täter sich motiviert fühlen, ein „einfaches" Verbrechen zu einer Völkerstraftat zu erhöhen[763] bzw. sich im Rahmen eines völkerstrafrechtlich relevanten Geschehens zu einem der *most responsible* Täter zu profilieren, um damit in den „Genuss" der – im Vergleich zum Heimatstaat möglicherweise höheren – verfahrensrechtlichen Standards vor dem IStGH zu gelangen.[764] Dessen prozessuales und materielles Recht

760 Ähnlich *Chuter* 2003, S. 221 f.; anders *Werkmeister,* der von einem globalen Verständnis der Übelzufügung ausgeht, „egal, welche Sprache man spricht und welcher Kultur man angehört", *Werkmeister* 2015, S. 202.

761 Ähnlich *Mullins/Rothe,* IntlCLR 10 (2010), S. 774 und *Werkmeister* 2015, S. 222.

762 Eine Fokussierung auf Führungstäter hat die Vorverfahrenskammer I gerade unter Verweis auf präventive Strafzwecke abgelehnt, *IStGH*, Situation in the Democratic Republic of Congo, Judgment on the Prosecutor's Appeal against the Decision of the Pre-Trial Chamber I Entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58", ICC-01/04-169-US-Exp (2006) Rn. 73-75.

763 *Werkmeister* merkt an, dass es „ ‚lediglich' auf die Verhinderung völkerrechtlicher Verbrechen ankommt. Dagegen kann es einem Akt der Bestrafung im Völkerstrafrecht nicht darum gehen, die Begehungswahrscheinlichkeit von allen weiteren Straftaten (nach nationalem Strafrecht) positiv zu beeinflussen", *Werkmeister* 2015, S. 149.

764 Mit ähnlichen Erwägungen weist *Greco* die Anregung zurück, dass das Strafmaß bei konsequenter Anwendung der negativen Generalprävention aufgrund der intendierten Abschreckung bei seltenen, gravierenden Taten geringer ausfallen müsse als bei häufigen, leichten Taten. Eine solche Herangehensweise sei nicht überzeugend, da

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hat nach Art. 21 Abs. 3 stets die Menschenrechte als Bezugspunkt und Begrenzung. Zudem ist z.B. die Todesstrafe kategorisch ausgeschlossen, während dem Täter eine solche bei Strafverfolgung in seinem Heimatland drohen könnte. So durften beispielsweise bei der strafrechtlichen Aufarbeitung der Geschehnisse in Ruanda jene Täter, die der höchsten Kategorie der Verantwortlichkeit zugeordnet und damit dem internationalen Ruanda-Tribunal zugewiesen wurden, mit einem besseren Verfahren und milderen Strafen rechnen als die Täter der zweiten und dritten Kategorie der Verantwortlichkeit, welche vor nationalen ruandischen Gerichten und den Gacaca-Tribunalen erheblich geringeren verfahrensrechtlichen Standards und der Möglichkeit eines Todesurteils ausgesetzt waren.[765]

Folglich könnte es – in bestimmten Konstellationen – dem Zwecke der negativen Generalprävention dienlich sein, Art und Maß der Strafe im sonst anwendbaren Recht sowie die Lebenswirklichkeit der hier als Makroebene verstandenen nationalen Gesellschaft bei der Festsetzung einer angemessenen Strafe zu berücksichtigen.

bbb) Positive Generalprävention

Auch sämtliche Ansätze der positiven Generalprävention wollen Strafe durch deren straftatverhindernde, mithin rechtsgüterschützende Wirkung legitimieren.[766] Dies soll erreicht werden, indem mit einer Strafe als Reaktion auf begangenes Unrecht die (Völker-)Rechtsordnung und das Vertrauen darin stabilisiert und so die Rechtstreue der Weltbevölkerung sowie der primär betroffenen nationalen Gesellschaft bestärkt wird.[767] Auf diesen po-

sie einen Täter dazu motivieren könnte, sich für die schwerere Tat zu entscheiden, *Greco* 2009, S. 387.

765 Eine aufschlussreiche Analyse des Zusammenspiels zwischen dem RStGH, den nationalen ruandischen Gerichten und den Gacaca-Tribunale gibt die Monographie von *Knust* 2013.

766 *Roxin* 2006 § 3, Rn. 28; *Kaspar* 2014, S. 648 f.

767 *Günther* in *Beulke/Haffke/Popp* 2009, S. 88; *Werkmeister* 2015, S. 238. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass ein Ausbleiben von Strafe zu einer die Rechtstreue gefährdenden Destabilisierung führen würde, siehe hierzu *Puppe* in *Samson* 1999, S. 479. Ob im Völkerstrafrecht überhaupt schon Rechtsbewusstsein vorhanden ist, welches durch eine Strafe stabilisiert werden könnte, oder ob es hierbei nicht vielmehr um die Implementierung eines neuen Rechtsbewusstseins geht, ist umstritten, zweifelnd *Jäger* in *Lüderssen* 1998, S. 136; *Werkmeister* 2015, S. 239 und bereits *Jescheck* 1952, S. 196.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sitiven Effekt hinsichtlich der langfristigen Akzeptanz und Internalisierung (völker-)rechtlicher Normen soll die Verwirklichung von Strafe einerseits durch den Lerneffekt und andererseits durch den Vertrauens- und Befriedungseffekt hinwirken.[768]

Der Lerneffekt soll die Rechtsgüter des Völkerstrafrechts im Bewusstsein der Normadressaten verfestigen und diese so in ihrer Völkerrechtstreue stärken.[769] Welche Anforderungen an ein tatsächlich vorhandenes Rechtsbewusstsein gestellt werden müssten, damit das Völkerstrafrecht einen Lerneffekt erzielen kann, oder andersherum gefragt, welche Implikationen ein fehlendes Bewusstsein in breiten Kreisen der Normadressaten für die Verwirklichung des Lerneffekts mit sich brächte, wurde im Rahmen der allgemeinen Legitimitätserwägungen in Teil 1 Kapitel 2 C III. bereits erörtert.[770] Ein Argument, die konkrete Strafzufügung an Art und Maß des sonst zuständigen Rechts zu orientieren, liefert der Strafzweck des Lerneffekts jedoch kaum.[771] Im Gegenteil wird es dem Ziel, den Normadressaten die normative Verbindlichkeit des Völkerrechts mittels einer Kriminalstrafe zu vermitteln, dienlich sein, wenn diese in möglichst einheitlicher Weise ausgeführt wird und gerade keine auf partikularen Begründungen beruhenden Rechtfertigungskonstruktionen oder Anwendungsspielräume erlaubt.[772]

---

768 Eine solche Systematisierung der einzelnen Effekte vorschlagend *Roxin* 2006 § 3, Rn. 27. Ausführlicher zum Inhalt der positiven Generalprävention *Kaspar* 2014, S. 648 ff.

769 *Kaspar* 2014, S. 649. Zum Lerneffekt speziell im Völkerstrafrecht *Reuss* 2012, S. 18; *Werkmeister* 2015, S. 242 f. Ob angesichts der extremen Selektivität im Völkerstrafrecht genügend Regelmäßigkeit und Kontinuität besteht und als hinreichend durchsetzungsstark und legitim angesehen wird, um einen solchen Lerneffekt überhaupt erzielen zu können, lässt sich jedoch bezweifeln, kritisch z.B. *Sloane,* StanJIntlL 43 (2007), S. 76 f.

770 Siehe hierzu außerdem eingehend *Werkmeister* 2015, S. 242 ff. mit weiteren Nachweisen.

771 Zwar kann die Verwirklichung des Lerneffekts bei der primär betroffenen Gemeinschaft zweifelhaft sein, wenn das durchgeführte Strafverfahren sich als völlig unvereinbar mit lokal bedingten prozeduralen Gerechtigkeitsvorstellungen erweist, *Werkmeister* 2015, S. 251 f.; ähnlich *Sloane,* StanJIntlL 43 (2007), S. 79. Diesem Problem könnte aber kaum damit begegnet werden, die konkrete Bestimmung der durch das IStGH-Statut ermöglichten Sanktionsformen am sonst zuständigen Recht zu orientieren. Vielmehr könnte darin ein Argument liegen, dass sich der IStGH gar nicht erst zuständig erklärt.

772 Dies stünde im Einklang mit der an die Verhängung einer Kriminalstrafe geknüpften Botschaft, dass „das existierende positive Recht keinen bloß deklarativen Chrak-

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zu untersuchen ist hingegen, ob der Vertrauens- oder Befriedungseffekt es erfordern könnte, dass die verhängte Strafe von der primär betroffenen Gesellschaft als angemessen empfundenen wird.[773] Die Rechtstreue soll gefördert werden, indem der betroffenen Bevölkerung durch die ausgesprochene Strafe vorgeführt wird, dass sich das Völkerstrafrecht durchsetzt (Vertrauenseffekt). Der Befriedungseffekt soll sich einstellen, indem das allgemeine, durch die Begehung eines Völkerrechtsverbrechens „irritierte" Rechtsbewusstsein sich aufgrund der Sanktion beruhigt und die Gesellschaft den Konflikt mit dem Täter so als erledigt ansehen kann.[774] Ob eine Sanktion dazu beiträgt, dass sich das allgemeine Rechtsbewusstsein beruhigt, wird auch davon abhängen, ob diese Sanktion als gerechte Strafe angesehen wird.[775] Empirische Studien belegen, dass das Empfinden einer angemessenen Strafe stark von der einschlägigen (Rechts-)Kultur abhängt.[776] Das lokale Gerechtigkeitsempfinden kann demnach im Spannungsfeld stehen zu dem, was die internationale Gemeinschaft als angemessen empfindet[777] – nicht nur hinsichtlich Art und Maß der ausgesprochenen Strafe, sondern auch bzgl. der angelegten Verfahrensstandards oder der Strafvollzugsbedingungen:[778] Während in manchen Rechtskulturen körperliche Züchtigung, gar die Todesstrafe oder jedenfalls extrem lange Freiheitsstrafen für gewisse Verbrechen als notwendig erachtet werden und eine Gefängnisstrafe in einer modernen Haftanstalt nach westlichem Standard und unter medizinischer Versorgung in Post-Konflikt-Situationen in armen Regionen (wie z.B. Kambodscha, Sierra Leone) sogar als Privileg empfunden werden kann,[779] mögen in anderen Rechtskulturen Aspekten der

ter hat, sondern ein Höchstmaß an normativer Verbindlichkeit", *Werkmeister* 2015, S. 243; ähnlich *Nemitz* 2002, S. 165.

773 Insbesondere hinsichtlich des Befriedungsinteresses setzen viele Autoren bei der primär betroffenen, lokalen Gemeinschaft an, so z.B. *Jäger* in *Lüderssen* 1998, S. 136 f.

774 *Werkmeister* 2015, S. 253 Auch in dieser Ausprägung setzt die Theorie der positiven Generalprävention voraus, dass sich bzgl. der Begehung von Völkerrechtsverbrechen schon ein Unrechtsbewusstsein und ein darauf beruhendes Bedürfnis nach Reaktion herausgebildet hat, *ebd.* S. 254.

775 *Werkmeister* merkt zutreffend an, dass damit jedenfalls implizit auf ein Vergeltungs- und Rachebedürfnis abgestellt wird, *ebd.* S. 255.

776 *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 26 ff. mit weiteren Nachweisen.

777 *Tallgren,* EJIL 13 (2002), S. 583 f.; *Werkmeister* 2015, S. 259.

778 Hierauf hinweisend *Drumbl* 2007, S. 160.

779 *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 27 mit Fn. 149; ähnlich *Tallgren,* EJIL 13 (2002), S. 583 f. Speziell zu Ruanda, wo die Angeklagten vor dem RStGH im Gegensatz zur übrigen Bevölkerung beispielsweise Zugang zu HIV-Medikamenten genossen und

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wiedergutmachung oder der Resozialisierung im Gerechtigkeitsempfinden bezüglich einer angemessenen Strafe eine größere Bedeutung zukommen.

In diesem Zusammenhang weist *Combs* darauf hin, dass es bzgl. vieler der durch ein Urteil des IStGH behandelten Rechtsfragen für die Akzeptanz oder Anerkennung dieses Urteils in der betroffenen Gesellschaft kaum eine Rolle spielen wird, inwiefern die rechtliche Argumentation an das sonst anwendbare nationale Recht anzuknüpfen vermag. So werden dogmatische Fragen zum Vorsatz oder der Beteiligung in der „Laiensphäre" eines Großteils der Bevölkerung sich wenig auf die Akzeptanz des Urteils auswirken, ebenso wie die genaue Unterscheidung zwischen einzelnen Tatbestandvarianten der Völkerstraftaten.[780] Zentral für die Anerkennung und Akzeptanz der Entscheidungen internationaler Gerichtshöfe in der betroffenen Gesellschaft sei es hingegen, dass die Strafe als gerecht und angemessen empfunden werde.[781] Werden die aufgeführten, empirisch nachgewiesenen Divergenzen im Rechtsempfinden der lokalen Gemeinschaft ignoriert und erfolgt die Strafzumessung durch den IStGH allein anhand universell gültiger, von der betroffenen Rechtskultur losgelöster Maximen, so besteht die Gefahr, dass sich die moralischen und rechtlichen Normen der betroffenen Gesellschaft darin nicht widerspiegeln und das durch den IStGH gesprochene Recht womöglich nicht als gerechte und angemessene Antwort auf das begangene Unrecht empfunden wird. Dies könnte letztlich der moralischen Glaubhaftigkeit der vom IStGH gefällten Strafurteile schaden und dem Befriedungszweck zuwiderlaufen.[782] Förderlich auf die Anerkennung und Zustimmung der betroffenen Gesellschaft zu der Rechtsprechung durch internationale Gerichtshöfe könnte es sich hingegen auswirken, wenn nationale Normen eingebunden werden oder die Richter und Richterinnen zumindest mit diesen Normen vertraut sind.[783] Dem Befriedungseffekt in der primär betroffenen Gemeinschaft könnte es somit

---

teilweise individuelle Speisepläne erbeten konnten *Drumbl* 2007, S. 160; *Bostian,* IL-SAJIntl&CompL 12 (2005), S. 19 f.; *Del Ponte/Sudetic* 2009, S. 186. Auch hinsichtlich einer etwaigen Strafverfolgung von *Al Bashir* durch den IStGH äußerten manche wegen der „zu guten" Haftbedingungen und „zu milden Strafen" in Den Haag Bedenken, vgl. *Bueno,* Opening of Al-Bashir Trial Highlights the Need for Accountability in Sudan, International Justice Monitor vom 06.09.2019.

780 Bei diesen Fragen ist eine Anschlussfähigkeit an das sonst anwendbare Recht daher weniger relevant, vgl. auch *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 31, 49.

781 *Ebd.* S. 31 ff. mit weiteren Nachweisen.

782 *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 34-36.; *Tallgren,* EJIL 13 (2002), S. 583 f.

783 *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 6 ff., 37.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dienlich sein, bei der Strafzumessung die rechtlichen und moralischen Normen der primär betroffenen Gemeinschaft zu berücksichtigen.[784]

b) Expressive Straftheorien

Die expressiven Straftheorien betonen die kommunikative Funktion von Strafe. Dieses den Täter tadelnde, die Opfer in ihrem Leid anerkennende oder ein historisches Narrativ erzählende kommunikative Element soll entscheidend sein, um die Strafe gegenüber dem Einzelnen zu legitimieren.[785] Die zukünftige Begehung von Straftaten zu verhindern, steht dabei zumindest nicht im Vordergrund.[786] Auch wenn sich expressive Theorien damit auf vergangenes Unrecht beziehen, lassen sie sich von Vergeltungstheorien insofern abgrenzen, als Strafe nicht als abstrakter Selbstzweck betrachtet wird, sondern ein kommunikationsorientiertes Interesse von Individuen oder der Gemeinschaft erfüllen soll.[787] Die folgenden Überlegungen beleuchten die expressiven Theorien lediglich in Bezug auf die primär betroffene (nationale) Gesellschaft. Wie bereits angemerkt, soll damit nicht behauptet werden, dass die Makroebene allein durch diese primär betroffene Gesellschaft verkörpert wird. Es erscheint jedoch nur hinsichtlich einer solchen partikularen Gesellschaft sinnvoll zu erörtern, inwiefern partikulare – moralische oder rechtliche – Normen bei der Strafzumessung Berücksichtigung finden sollen.[788]

aa) Normbezogene expressive Straftheorien

In dem noch in engem Zusammenhang zur positiven Generalprävention stehenden normbezogenen expressiven Ansatz soll Strafe vor allem einen öffentlichen Widerspruch gegen die Missachtung der Norm kom-

784 Ähnlich *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 40 und 48 f.
785 *Werkmeister* 2015, S. 272 f.; ausführlich zur expressiven Funktion völkerstrafrechtlicher Verfahren *Sander,* IntlCLR19 (2019).
786 *Hörnle* 2017, S. 29.
787 *Werkmeister* 2015, S. 272. Die oben erörterte Frage nach dem Kommunikationsforum ist für diese Theorien daher besonders relevant.
788 Dies gilt hinsichtlich der expressiven, opferbezogenen Straftheorien jedoch nur eingeschränkt, da diese ohnehin nicht auf die betroffene Gemeinschaft als Ganze, sondern die konkreten Opfer abstellt, *Werkmeister* 2015, S. 317.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

munizieren.[789] Die Gesellschaft begreift die durch den Täter begangene Tat als ernstzunehmende Aussage, die eine Antwort der Gesellschaft als „kommunikative Selbstvergewisserung über ihre unveränderte Lage" zur Bestätigung der Norm verlangt.[790] Da die expressiven Theorien in dieser Ausformung den Widerspruch als solchen in den Mittelpunkt stellen,[791] soll hier nicht näher darauf eingegangen werden, inwiefern die Herkunft des Täters oder der Opfer für die Bestimmung des konkreten Strafmaßes zu berücksichtigen ist. Angemerkt sei lediglich Folgendes: Sofern die Notwendigkeit einer Übelzufügung unter Anlehnung an eine vergeltungstheoretische Argumentation begründet wird, kann dem Empfinden der betroffenen Gemeinschaft über eine angemessene Bestrafung ohnehin keine Relevanz zukommen. Wird die Übelzufügung damit legitimiert, dass die Straftat von der Allgemeinheit nur dann als missglücktes Unternehmen verstanden wird, wenn dem Täter ein Schmerz zugefügt wird,[792] so ähnelt dies der auf den Lerneffekt abzielenden Argumentation im Rahmen der positiven Generalprävention. Ähnlich der dort angestellten Überlegungen wird es auch für den normorientierten expressiven Ansatz dann lediglich erforderlich sein, dass die Strafe überhaupt als adäquater Widerspruch gegen die Missachtung der Norm verstanden wird.

bb) Kommunikation der historischen Wahrheit

Im Rahmen der den kommunikativen Gehalt eines Strafverfahrens bzw. einer Strafe hervorhebenden Theorien wird auch vertreten, dass diese zur Dokumentation eines die Weltgemeinschaft betreffenden Geschehens beitragen können und so, jedenfalls auch, eine historische „Wahrheit" erzählen sollen.[793] Wie stark ein kollektives Wahrheitsbedürfnis in der betroffenen

789 *Jakobs* 2011, 1. Abschnitt, Rn. 10; ausführlicher *Jakobs* 2008, S. 111 f.

790 *Werkmeister* 2015, S. 276.

791 So beispielsweise *Jakobs* 2004, S. 26. Freilich muss auch diese Theorie begründen, weshalb es dann überhaupt einer Übelzufügung bedarf, siehe hierzu *Werkmeister* 2015, S. 274 mit weiteren Nachweisen.

792 So zu verstehen *Jakobs* 2004, S. 30.

793 *Werkmeister* 2015, S. 286 ff. Die Kommunikation der historischen Wahrheit nicht nur als mögliches eigenständiges Ziel eines völkerstrafrechtlichen Verfahrens diskutierend, sondern auch mit Blick auf das darin liegende Befriedungspotenzial erörternd, beispielsweise *Neubacher* 2005, S. 428. Eine solche Funktion findet auch Erwähnung in *JStGH*, Prosecutor v. Erdemović, Sentencing Judgment, IT-96-22T*bis* (1998) Rn. 21.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nationalen Gemeinschaft ausgebildet ist und inwiefern ein Strafverfahren vor einem internationalen Gericht dazu beitragen kann, dieses Bedürfnis zu erfüllen, mag auch von in der betroffenen Gemeinschaft vorherrschenden rechtskulturellen Prägungen abhängen. Dieser Aspekt wäre jedoch zu diskutieren im Hinblick auf die Funktion und das Tätigwerden des IStGH in Abgrenzung zu anderen Mechanismen der *transitional justice*, insbesondere Wahrheitskommission, und möglicherweise auch als Aspekt eines kulturell sensiblen Verfahrensrechts vor dem IStGH,[794] nicht jedoch im Rahmen der Bestimmung einer angemessenen Strafe. Wird der Zweck eines Strafverfahrens und eines Schuldspruchs in der Vermittlung einer historischen Wahrheit gesehen, tritt die konkrete Strafzufügung dabei ohnehin in den Hintergrund.[795] Soll durch diese physisch reale Übelzufügung die im Strafverfahren ermittelte Wahrheit besonders deutlich zum Ausdruck gebracht werden,[796] kann dies erreicht werden, ohne dem kulturellen Kontext dabei größere Beachtung schenken zu müssen.

cc) Täterbezogene expressive Straftheorien

Nach der täterbezogenen expressiven Straftheorie soll dem Täter durch das Strafurteil eine tadelnde, missbilligende Botschaft kommuniziert werden.[797] In Abgrenzung zu dem ebenfalls den Täter in den Mittelpunkt stellenden Resozialisierungsgedanken der positiven Spezialprävention, welche eine Strafe nicht notwendigerweise an einen Vorwurf an den Täter koppelt,[798] sehen die täterbezogenen expressiven Straftheorien gerade die Kommunikation eines Vorwurf als erforderlich an, um den Täter als moralisches, an sozialen Beziehungen teilnehmendes Wesen zu verstehen.[799] Damit der Status als Person eines Täters akzeptiert wird, muss eine moralische Missbilligung kommuniziert werden, mithin liegt Zweck und Sinn der Strafzufügung gerade im darin verkörperten Tadel.[800] Der Täter soll demnach als moralisches, selbstverantwortliches Wesen behandelt werden, das als gleichberechtigter Bürger in einen kommunikativen Prozess des Strafens

794 Hierzu näher unter Teil 2 Kapitel 4 B III.
795 Dies problematisierend *Werkmeister* 2015, S. 295 f.
796 *Drumbl* 2007, S. 174.
797 *Von Hirsch/Neumann* 2005, S. 49; näher *Günther* in *Prittwitz* 2002, S. 217 f.
798 *Werkmeister* 2015, S. 299.
799 *Von Hirsch/Neumann* 2005, S. 50.
800 *Ebd.* S. 48.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eingebunden werden kann.[801] Diesem Verständnis nach soll die Strafe sich nicht nur auf die Vergangenheit beziehen, sondern dem Täter die Möglichkeit eröffnen, durch Reue, inneren Wandel und Versöhnung als in der Gemeinschaft verflochtenes Wesen mit dieser ins Reine zu kommen.[802] Auch im Rahmen dieser Theorie erfordert es einen gewissen Begründungsaufwand, weshalb überhaupt eine physisch reale Übelzufügung erforderlich ist.[803] Liegt dies darin, dass der Täter den Tadel auch als solchen versteht und die Notwendigkeit der Buße erkennt,[804] so mag – insoweit ähnlich der im Rahmen der positiven Spezialprävention angestellten Überlegungen – zwar die konkrete psychische Konstitution des Täters und dessen Biografie bei der Bestimmung einer angemessenen Strafe beachtlich sein, nicht jedoch der kulturelle Kontext als solcher. Folglich ist es für die Verwirklichung der täterbezogenen expressiven Straftheorien nicht erforderlich, die Angemessenheit einer Strafe unter Berücksichtigung der im sonst anwendbaren Recht üblichen Strafe zu bestimmen.[805]

dd) Opferbezogene expressive Straftheorien

Es bleibt zu fragen, ob der rechtskulturelle Kontext relevant werden kann, wenn opferbezogene expressive Straftheorien zur Legitimation von Strafe herangezogen werden. Nach diesen Theorien steht die kommunikative Bedeutung einer Strafe für die Opfer als Erfüllung ihres legitimen Bestrafungsinteresses im Mittelpunkt.[806] Die folgenden Ausführungen sollen angestellt werden mit Blick auf die „realen" Verbrechensopfer:[807] Die In-

801 *Duff* in *Brudholm/Cushman* 2009, S. 82.
802 Die expressive Straftheorie *Duffs* zusammenfassend *Werkmeister* 2015, S. 304 ff.
803 Kritisch hierzu *ebd.* S. 301 ff.
804 Diesen Ansatz *Duffs* darstellend *ebd.* S. 302, 307.
805 Inwiefern dieses Bußekonzept im Allgemeinen, vor allem aber im Völkerstrafrecht zu überzeugen vermag, muss hier nicht näher erörtert werden. Zu Bedenken aufgrund der im Vergleich zu nationalen Gemeinschaften nur schwach ausgeprägten Verbundenheit der internationalen Gemeinschaft aller Menschen und den dadurch bestärkten Zweifeln hinsichtlich der Vereinbarkeit des Bußekonzepts mit der Menschenwürde des Täters und Verpflichtung der internationalen Gemeinschaft zur Liberalität siehe *ebd.* S. 308 f., 314 ff.
806 Zu diesem Ansatz *Hörnle,* JZ 61 (2006), insbes. S. 955 f.; *Hörnle* 2017, S. 37 ff.
807 Einen solchen juristisch-strafrechtsbezogenen Opferbegriff, der reale von potenziellen Opfern abgrenzt, verwendend auch *Werkmeister* 2015, S. 317. Dies enspricht der in Rule 85 lit. a der Verfahrensregeln vorgenommenen Legaldefinition: „ ‚Vic-

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

teressen dieser konkreten Opfer einer Völkerstraftat, deren Leben durch die Straftat unmittelbar verändert oder jedenfalls berührt wurde, dürfen nach diesen Theorien bei der in einer Kriminalstrafe liegenden expressiven Botschaft nicht ausgeblendet werden.[808] Dies steht in Verbindung zu Positionen, welche von einem rein staatlichen Strafanspruch Abstand nehmen und den Strafanspruch stattdessen in ein gesellschaftliches Gefüge einbetten:[809] Da „der Formalisierungsfortschritt der Strafrechtspflege mit einer Enteignung des sozialen Konflikts einhergegangen ist"[810], müsse der Konflikt an die Betroffenen zurückgegeben werden. Dies solle geschehen, indem die Straftat nicht allein als abstrakte Rechtsverletzung verstanden wird, sondern der dem Rechtsbruch zugrundeliegende reale soziale Konflikt mit einbezogen wird, welcher durch Strafe aufgearbeitet werden soll.[811] Insbesondere im völkerstrafrechtlichen Gefüge, in welchem zwar kein echter Weltstaat, wohl aber echte Opfer existieren, hat es einen gewissen Reiz, den „weltstaatlichen" Anspruch auf Strafe zu relativieren und stattdessen den Realkonflikt zwischen Tätern und Opfern – formalisiert – in den Fokus zu rücken.[812]

Folglich müssen zunächst in einem ersten Schritt Bedürfnisse der Opfer ermittelt werden, auf welche sich der Strafspruch ausrichten soll. Um beispielsweise „übertriebene" Rachebedürfnisse herauszufiltern, darf hierbei nicht schlicht auf empirisch nachgewiesene Bestrafungsbedürfnisse der konkreten Opfer verwiesen werden, sondern es muss eine straftheoretische Perspektive eingenommen werden, um normativ anerkennenswerte Interessen der Opfer zu identifizieren.[813] Ein solches Interesse wird durch

---

tims' means natural persons who have suffered harm as a result of the commission of any crime within the jurisdiction of the Court."

808 So z.B. *Prittwitz* in *Schünemann/Dubber* 2000, S. 61 ff.; dies in besonderem Maße im völkerstrafrechtlichen Rahmen fordernd *Günther* in *Beulke/Haffke/Popp* 2009, S. 90; *Werkmeister* 2015, S. 320 f.

809 *Werkmeister* 2015, S. 318, der hierfür unter anderem verweist auf *Prittwitz* in *Schünemann/Dubber* 2000, S. 53 ff.

810 *Werkmeister* 2015, S. 319; ähnlich *Günther* in *Prittwitz* 2002, S. 212.

811 *Walther,* ZStW 111 (1999), S. 130 f. Daher wird dieser opferbezogene Ansatz häufig auch mit Gedanken der *restorative justice* verbunden, *Werkmeister* 2015, S. 319.

812 So *Werkmeister* 2015, S. 322.

813 *Hörnle* 2017, S. 38. *Werkmeister* verweist hierfür auf Missbilligungs- und Normbestätigungsbedürfnisse der Opfer, welche auf der normativen Erwartung beruhen, mit bestimmten Schädigungen nicht rechnen zu müssen, *Werkmeister* 2015, S. 323 ff. m.w.N. Ähnlich den Überlegungen zur positiven Generalprävention zeigt diese Theorie zwar Schwächen, wenn bei den konkreten Opfern tatsächlich noch nie ein Vertrauen in eine bestimmte Norm bestand oder kein Genugtuungsbedürfnis

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

das Völkerstrafrecht dann normativ anerkannt, wenn eine Tat die grundlegende Missachtung des Menschseins und der Würde des Gegenübers kommuniziert[814] und sich daher weltweit eine übereinstimmende moralische Entrüstung einstellt.[815] Gerichtet sind berechtigte Interessen der Opfer demnach auf die (welt-)öffentliche Missbilligung und Solidarisierung, also eine (welt-)öffentliche Anerkennung einer erfolgten Verletzung als individuell zu verantwortendes Unrecht, welches die Weltgesellschaft nicht akzeptiert.[816]

In einem zweiten Schritt muss überprüft werden, inwiefern diese normativ anerkennenswerten Interessen der Opfer einer Völkerstraftat durch einen völkerstrafrechtlichen Schuldspruch auch bedient werden können und inwiefern hierfür eine physisch reale Übelzufügung erforderlich ist.[817]

Diese Übelzufügung wird zum Teil akzessorisch begründet, indem sie als konventionelles Symbol verstanden wird, welches notwendig ist, um der Missbilligung Ausdruck zu verleihen. Es handle sich also lediglich um die Verstärkung eines Sprechakts durch eine Geste, welche im Alltagsleben – ähnlich beispielsweise der Begleitung von Lob durch eine (monetäre) Auszeichnung – tief in kulturellen Gepflogenheiten verankert sei.[818] Dieser Ansatz ist insbesondere im Völkerstrafrecht jedoch wenig überzeugend:[819] Aufgrund der Selektivität der vor dem IStGH oder sonstigen völkerstrafrechtlichen Tribunalen durchgeführten Verfahren kann wohl noch keine „Weltgepflogenheit" des Strafens als konventionelles Symbol der Missbilligung von Völkerstrafrechtstätern identifiziert werden.[820] Folglich könnte diese Theorie eine Übelzufügung nur dann rechtfertigen, wenn in der All-

aufgrund der Verletzung einer Norm besteht. Hierbei handelt es sich jedoch wiederum um einen auf der Ebene der Anforderungen an eine völkerstrafrechtliche Norm zu diskutierenden Aspekt, bzgl. der Bestimmung einer angemessenen Strafe haben diese Erwägungen keine Relevanz.

814 *Werkmeister* 2015, S. 335.

815 *Ebd.* S. 335 f. Empirische Studien lassen vermuten, dass die schlimmsten Verbrechen unabhängig von dem Ort ihrer Begehung ähnliche moralische Empörungen hervorrufen, siehe hierzu *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 26 mit weiteren Nachweisen.

816 *Günther/Reuss* in *Safferling/Ambos* 2014, S. 139; *Werkmeister* 2015, S. 339.

817 Hierbei handelt es sich um eine prinzipiell der empirischen Überprüfbarkeit zugänglichen Frage, *Werkmeister* 2015, S. 317; siehe hierzu *Nimaga* 2016, S. 344 ff.

818 So z.B. *Hörnle,* JZ 61 (2006), S. 956.

819 Grundsätzlicher Kritik ist dieser Ansatz bereits deshalb ausgesetzt, weil er die argumentative Last auf das Missbilligungsurteil verlagert, obgleich die – nach diesem Ansatz nur akzessorische – Übelszufügung für den Täter meist ungleich schwerer wiegen wird, *Werkmeister* 2015, S. 340.

820 *Golash* in *May* 2010, S. 219; *Werkmeister* 2015, S. 341.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tagskultur der konkreten Opfer eine strafende Übelzufügung als Reaktion auf (völkerstrafrechtliches) Unrecht verankert ist. Sähen die kulturellen Gepflogenheiten hingegen beispielsweise Kompensation oder Versöhnung als konventionelle Symbole zur Reaktion auf Unrecht vor, würde der akzessorische Ansatz – jedenfalls in einer kultursensiblen Weltrechtspflege – die Übelzufügung nicht zu begründen vermögen.[821]

Diese könnte dann lediglich durch ein Begründungsmodell legitimiert werden, welches die Übelzufügung nicht akzessorisch, sondern eigenständig legitimiert. Solche nicht-akzessorischen Ansätze sehen die Übelzufügung nicht allein durch den darin konkludent zum Ausdruck gebrachten Tadel begründet, sondern wollen ihr eine eigenständige Bedeutung in der Kommunikation an die Adressaten zuweisen:[822] Durch die Übelzufügung soll den Adressaten der Tadel und die Wirksamkeit der Strafe glaubhaft gemacht werden.[823] Nur dann, wenn die Opfer annehmen können, dass die Strafe den Täter oder andere zukünftig an der Verletzung der in Frage gestellten Norm abhalten wird – also präventiv effektiv ist –, haben sie einen rationalen Grund, ihre normativen Achtungserwartungen als bestätigt anzusehen.[824] Auch dieser Ansatz, der präventive Legitimationsmuster aus der Perspektive der realen Opfer neu interpretiert, vermag eine physisch reale Übelzufügung nicht zu begründen, wenn die konkreten Opfer eine solche nicht als erforderlich oder geeignet erachten, um Straftaten in der Zukunft zu verhindern, sondern stattdessen z.B. vor allem auf Versöhnung abzielenden Maßnahmen einen präventiven Effekt zuschreiben.[825] Anders als beim akzessorischen Begründungsansatz ist es aber nicht erforderlich, dass eine Übelzufügung als Reaktion auf Strafe in den kulturellen Gepflogenheiten bereits fest verankert ist, sondern es reicht aus, wenn die konkreten Opfer

821 Ebenso deutlich *Werkmeister* 2015, S. 341: „Mit einem Hinweis auf die „sozio-kulturellen Gepflogenheiten" lässt sich nur zeigen, dass die Institution Strafe, eine Form des „hard treatments" enthalten muss, wenn sie als solche bereits praktiziert wird. Eine Begründung dafür, warum eine bisher nicht vorhandene Sanktionspraxis zu implementieren ist, warum die soziale Institution der Strafe im Raum der Weltöffentlichkeit zu errichten ist, liefert dieser Ansatz nicht."

822 *Puppe* in *Samson* 1999, S. 476.

823 Diesen Ansatz darstellend *Werkmeister* 2015, S. 331 ff.

824 *Ebd.* S. 332 f. Zum Teil wird auch argumentiert, dass die mit der Strafe verbundene Übelzufügung Selbstjustiz der Opfer vermeiden soll. Dem kann entgegengehalten werden, dass präventive Erwägungen dann nicht mehr an eine vom Täter ausgehende Gefahr anknüpfen, sondern an ein zusätzliches (irrationales) Anschlussverhalten der Opfer, *ebd.* S. 333.

825 *Ebd.* S. 346.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eine Übelzufügung als bedeutsam erachten. Hier können erste Studien zumindest die Vermutung stützen, dass eine solche Bedürfnisstruktur der Opfer im Regelfall vorliegen wird.[826] Darüber hinaus stellt sich die Frage, inwieweit die Opferperspektive – und damit mittelbar der rechtskulturelle Kontext – dann auch einen Einfluss auf die Höhe der Strafe haben kann oder muss. Der durch die Strafe ausgesprochene Tadel wird von den konkreten Opfern nur dann als glaubhaft erachtet werden, wenn die Reaktion nicht unterhalb einer – kulturell bedingten[827] – Eingriffsschwelle bleibt. Nur dann, wenn die konkreten Opfer die Strafe tatsächlich als Anerkennung ihrer Achtungserwartungen begreifen können, wird sie sich aus ihrer Perspektive als echtes, präventiv wirksames Missbilligungsurteil erweisen.[828] Daher kommt *Werkmeister* zu dem Schluss, dass eine Sanktion so ausgestaltet werden müsse, dass sie aus der Perspektive der Opfer zumindest noch als relevanter Nachteil für den Täter oder mögliche andere Täter empfunden wird.[829] Ob dies für ein Verfahren und Urteil durch den IStGH, trotz etwaiger Diskrepanzen zwischen den damit einhergehenden – möglicherweise vorteilhafteren – Lebensbedingungen im Vergleich zu den Opfern oder einfachen Straftätern, i m m e r der Fall sein wird, darf aus den bereits im Rahmen der positiven Generalprävention bzgl. des Vertrauens- und Befriedungseffekts angestellten Überlegungen bezweifelt werden.

c) Vergeltungstheorien

Vergeltungstheorien legitimieren Strafe mit dem durch den Täter begangenen Unrecht und der Schuld, welche der Täter verwirklicht hat.[830] Die mit der Bestrafung einhergehende Übelzufügung ist nach diesen Theorien legitim, weil damit ausgleichende Gerechtigkeit verwirklicht werden soll.[831] Indem die Vergeltungstheorien – jedenfalls in ihrer klassischen

826 Zu diesem Ergebnis gelangt unter Heranziehung mehrerer Studien *Nimaga* 2016, S. 345 ff. Jedoch warnt er vor einer pauschalen Betrachtung der Opfer von Völkerrechtsverbrechen als homogene Gruppe und sieht in diesem Bereich weiter großen Forschungsbedarf (S. 348).

827 Hierbei ebenfalls auf die kulturellen Rahmenbedingungen abstellend *Hörnle,* JZ 61 (2006), S. 956; *Hörnle* 2017, S. 43.

828 *Werkmeister* 2015, S. 373 f.; *Hörnle* 2017, S. 42.

829 *Werkmeister* 2015, S. 376.

830 *Roxin* 2006 § 3, Rn. 2.

831 Zusammenfassend *Werkmeister* 2015, S. 118 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ausprägung[832] – rein vergangenheitsorientiert argumentieren und in der ausgleichenden Gerechtigkeit eine hinreichende Bedingung legitimer Strafe sehen,[833] kann dieser Strafzweck völlig losgelöst von jedweden Faktoren der Umwelt erreicht werden. Fehlt jeglicher in die Zukunft gerichteter Zusammenhang zu irgendeiner Gesellschaft, so kann es demnach auch keine Bedeutung haben, ob die verhängte Strafe zur Erreichung in der Zukunft liegender Zwecke im Kontext einer konkreten Gesellschaft geeignet erscheint. Um den Strafzweck der Vergeltung zu erreichen, muss der Herkunft und Sozialisation des Täters oder den Auffassungen der primär betroffenen Gesellschaft bei der Bestimmung einer angemessenen Strafe demnach keine Bedeutung zugemessen werden.[834]

Solche allein auf dem Zwecke der Vergeltung beruhenden Straftheorien lassen sich jedoch mit dem in Abs. 5 der Präambel des IStGH-Statuts erklärten Ziel – der Straflosigkeit der Täter schwerster Verbrechen ein Ende zu bereiten, um so zur Verhütung dieser Verbrechen beizutragen – nicht vereinbaren. Bereits aus diesem Grunde, vor allem aber aufgrund ihrer Unvereinbarkeit mit der in Art. 21 Abs. 3 garantierten Menschenwürde, werden Vergeltungstheorien zur Legitimation von Strafe auch im Völkerstrafrecht überwiegend abgelehnt.[835]

d) Resümee zu den vertretenen Straftheorien

In dem Abriss zu den im Völkerstrafrecht denkbaren Strafzwecken wurde verdeutlicht, dass lediglich vergeltungstheoretische Ansätze zur Begründung von Strafe gesellschaftliche Zwecke völlig unbeachtet lassen. Hingegen sind spezial- und generalpräventive Straftheorien sowie expressive

832 Zu den modernen Vergeltungstheorien, welche die Verwirklichung von Gerechtigkeit zur Wiederherstellung freiheitlicher Zustände als Voraussetzung für Frieden fordern oder sich auf Aspekte der Fairness konzentieren, siehe *Werkmeister* 2015, S. 134 ff.

833 *Ebd.* S. 120.

834 Ob der (rechtskulturelle) Kontext relevant sein kann, um den durch die Strafe auszugleichenden Unrechtswert einer Tat zu bestimmen, ähnelt eher den bei der Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale angestellten Überlegungen nach der Schwere einer Tat und soll hier daher im Kontext der Verwirklichung einzelner Strafzwecke nicht nochmals aufgegriffen werden.

835 So auch *Werkmeister,* der weitere völkerrechtsspezifische Einwände gegen die Vergeltungstheorie diskutiert, *Werkmeister* 2015, S. 129 ff. Auch die modernen Vergeltungstheorien lehnt er ab, *ebd.* S. 134 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Theorien zur Begründung von Strafe in den gesellschaftlichen Kontext eingebettet, indem sie in unterschiedlicher Weise auf Abschreckung zukünftiger Täter, auf Versöhnung, Befriedung und Stabilisierung oder auf Wiedergutmachung abzielen.[836] Insbesondere im Rahmen der negativen Spezial- und Generalprävention, der positiven Generalprävention und der opferbezogenen expressiven Straftheorien könnte es der Erreichung der Strafzwecke durchaus dienlich sein, der Herkunft des Täters oder der Opfer bzw. des (rechts-)kulturellen Kontextes der vom IStGH untersuchten Situation im Strafspruch Bedeutung beizumessen. Es soll hier weder argumentiert werden, dass die soeben aufgeführten Zwecke dem Statut ausschließlich zugrundeliegen, noch, dass es zur Erreichung dieser Zwecke immer notwendig sein wird, die Rechtsfolge in Abhängigkeit vom rechtskulturellen Kontext festzusetzen. Jedoch haben die angestellten Überlegungen gezeigt, dass es der Erreichung mancher Zwecke unter bestimmten Voraussetzungen dienlich ist, der Herkunft des Täters oder der Opfer bzw. den in der „betroffenen Gesellschaft" vorherrschenden moralischen und rechtsethischen Vorstellungen und ggf. auch den sozioökonomischen Verhältnissen Bedeutung zuzumessen. Dieser Aspekt könnte in eine teleologische Auslegung der Art. 76 ff. einfließen. Im Folgenden soll geprüft werden, ob eine solche Auslegung auch mit sonstigen teleologischen Erwägungen sowie den übrigen Auslegungsmethoden vereinbar ist.

III. Vereinbarkeit einer „rechtspluralistischen" Auslegung von Art. 76 ff. mit den übrigen Auslegungsmethoden

1. Wortlaut

Vom IStGH verhängt werden können nur die in Art. 77 aufgezählten Strafen, also eine lebenslange oder zeitlich begrenzte Freiheitsstrafe oder eine Geldstrafe bzw. der Entzug von Vermögenswerten. Damit ist nicht nur die

836 Gleiches gilt für die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Vereinigungstheorie, die unterschiedliche Strafzwecke zusammenfasst und dabei „Schuldausgleich, Prävention, Resozialisierung des Täters, Sühne und Vergeltung für begangenes Unrecht als Aspekte einer angemessenen Strafsanktion bezeichnet", *BVerfG*, Urteil vom 21.06.1977 – 1 BvL 14/76 –, BVerfGE 45, Rn. 211, zitiert nach juris.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Todesstrafe, sondern beispielsweise auch der in einigen Ländern verbreitete Entzug bürgerlicher Rechte von der möglichen Strafe ausgenommen.[837]

Eine im Rahmen dieser Vorgaben angemessene Strafe ist gemäß Art. 77 Abs. 1 b) und Art. 78 Abs. 1 in Abhängigkeit von der Schwere des Verbrechens und den persönlichen Verhältnisse *(individual circumstances)* des Verurteilten zu bestimmen. Da die persönlichen Verhältnisse als Kriterium zur Festsetzung der Strafe explizit genannt werden, schließt der Wortlaut es nicht aus, die Herkunft des Angeklagten als Aspekt der individuellen Verhältnisse, mithin den rechtskulturellen Kontext, bei der Festsetzung einer angemessenen Strafe zu berücksichtigen. Mit einer grammatikalischen Auslegung ist es demnach vereinbar, bei der Ausfüllung des durch Art. 77 gesetzten Rahmens die Art und das Maß der Strafe nach dem üblicherweise anwendbaren Recht zu berücksichtigen, um beispielsweise über die Dauer der Freiheitsstrafe oder die fakultative Festsetzung und die Höhe einer Geldstrafe bzw. des Entzugs von Vermögenswerten zu entscheiden.

Dies steht im Einklang mit Rule 145 Abs. 1 c) der Verfahrensregeln, wonach auch die Umstände der Begehung, der Zeit und des Orts sowie das Alter, die Bildung und die sozialen und ökonomischen Verhältnisse des Angeklagten berücksichtigt werden können.[838]

2. Teleologische und systematische Erwägungen im Übrigen

Als Teilaspekt der teleologischen Auslegung wurde dargelegt, dass die Verfolgung bestimmter Strafzwecke es bei der Strafzumessung erfordern könnte, die für den Angeklagten im sonst zuständigen Rechtssystem zu erwartende Strafe auch bei einer Verurteilung durch den IStGH zu berücksichtigen. Da der Wortlaut eine solche Auslegung der Art. 76 ff. nicht verbietet, soll nun geprüft werden, inwiefern diese Interpretation der Strafzumessungsnormen des IStGH-Statuts mit sonstigen teleologischen und systematischen Erwägungen vereinbar ist.

837 Zu den Verhandlungen in Rom über die dem IStGH zur Verfügung stehenden Strafen siehe *Fife* in *Lee* 1999, S. 319-343.

838 In Rule 145 Abs. 1 c) heißt es: „In its determination of the sentence pursuant to article 87, paragraph 1, the Court shall […] give consideration, inter alia, to […] the circumstances of manner, time and location; and the age, education, social and economic condition of the convicted person."

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) Der Komplementaritätsgrundsatz und Fragmentierungen im Bereich der Rechtsfolge und die Stellvertreterfunktion des IStGH

Im Bereich der Rechtsfolgen ist die aufgrund des in Art. 17 Abs. 1 d) niedergelegten Komplementaritätsgrundsatzes nationale Strafrechtssysteme mit einschließende Völkerstrafrechtsordnung besonders stark fragmentiert. Wird die Funktion des IStGH jedenfalls auch darin gesehen, als Organ der internationalen Gemeinschaft stellvertretend für die primär zuständigen, in bestimmten Situationen aber handlungsunfähigen kulturimmanenten Korrekturmechanismen tätig zu werden,[839] erscheint es gerade im Rahmen der Strafzumessung erwägenswert, dass der IStGH sich in Ausübung seiner „Stellvertreterfunktion" daran orientiert, wie der „vertretene" Staat die Strafverfolgung ausgeübt hätte.[840] Damit ließe sich auch dem folgenden, bereits angesprochenen Problem begegnen: Solange die nationalen Sanktionsmechanismen erheblich divergieren und sich damit zwangsläufig auch von einer einheitlichen Entscheidungspraxis bzgl. der Rechtsfolgen durch den IStGH unterscheiden, führt der Komplementaritätsgrundsatz dazu, dass ein Täter in Abhängigkeit davon, ob er vor einem nationalen Gericht oder dem IStGH angeklagt wird, mit sehr unterschiedlichen Strafen rechnen muss und ein Verfahren vor dem IStGH ihm dabei sogar zum Vorteil gereichen kann.[841]

839 *Lampe* in *Hirsch/Wolter/Brauns* 2003, S. 162; ähnlich *Greenawalt,* IndLJ 86 (2011), S. 1096-1099.

840 *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 6, 21. Aufgrund der Stellvertreterfunktion internationaler Strafgerichte grundsätzlich eine Berücksichtigung der Rechtsprinzipien des sonst zuständigen Rechts fordernd *Greenawalt,* IndLJ 86 (2011), S. 1099, 1125; ebenso *Damaska,* ChiKentLRev 83 (2008), S. 364.

841 Dass eine solche, allein durch die Frage des zuständigen Gerichts bedingte Ungleichbehandlung in der betroffenen Gesellschaft als ungerecht empfunden wird und daher auch mit Blick insbesondere auf die generalpräventiven und expressiven Straftheorien problematisch ist, wurde bereits erörtert, siehe hierzu auch *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 7, 37 f. mit Verweis auf Ruanda. Um die bzgl. Runda bestehende Problematik abzuschwächen, dass die Hauptangeklagten (der ersten Kategorien) mit weniger harten Strafen, besseren Haftbedingungen etc. zu rechnen hatten als die Angeklagten der unteren Kategorien, wurde dem RStGH durch Art. 23 des RStGH-Statuts die Möglichkeit eröffnet, die in Ruanda sonst übliche Strafzumessungspraxis zu berücksichtigen. Ein Auseinanderfallen des Strafmaßes zwischen einem Angeklagten vor dem RStGH und einem Angeklagten vor dem JStGH wurde damit in Kauf genommen.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Akzeptanz in der Staatengemeinschaft

Ein zu starkes Auseinanderfallen hinsichtlich Art und Maß der durch den IStGH und durch nationale Gerichte ausgesprochenen Sanktionen für Völkerstraftaten zu verhindern, könnte nicht nur der Akzeptanz völkerstrafrechtlicher Verfahren in der Bevölkerung zuträglich sein, sondern auch die für eine effektive Arbeit des IStGH essenzielle Unterstützung der Nationalstaaten fördern.

Denn seine Mission, der Straflosigkeit der schlimmsten Völkerrechtsverbrechen ein Ende zu setzen,[842] kann der IStGH nur bei hinreichender Akzeptanz durch die Staatengemeinschaft erfüllen.[843] Zwar muss eine bessere Vermittelbarkeit von Urteilen an die primär betroffene Bevölkerung durch eine Orientierung an Art und Maß nationaler Straffolgen nicht kongruent sein zur Anerkennung des IStGH oder zu dessen Unterstützung durch die hierzu befugten Staatsorgane. Jedenfalls wird aber weniger tiefgreifend in die Souveränität des sonst zuständigen Staats eingegriffen, wenn sich Art und Maß der durch den IStGH ausgesprochenen Strafe an dessen nationalem Sanktionsregime orientiert.

In seiner offiziellen Begründung lehnte Ruanda die Einsetzung des RStGH unter anderem deshalb ab, da sich der Katalog möglicher Sanktionen zu stark von den in Ruanda vorgesehenen Sanktionen unterschied.[844] Auf eine solche – möglicherweise auch vorgeschobene – Begründung für die Ablehnung internationaler Strafgerichte könnten sich Staaten nicht mehr berufen, wenn ihr sonst zuständiges nationales Strafrecht bei der Strafzumessung Berücksichtigung finden würde.

c) Das System der Wiedergutmachung als ergänzende Rechtsfolge

Ob und in welchem Maße der rechtskulturelle Kontext bei der Strafzumessung beachtet werden sollte, ist auch in Zusammenschau mit dem in Art. 75 vorgesehenen System der Wiedergutmachung zu bewerten, welches

842 Vgl. Abs. 4 und Abs. 5 der Präambel des IStGH-Statuts.

843 Siehe hierzu z.B. *Damaska,* ChiKentLRev 83 (2008), S. 329 f., 345, 365; *Kiyani,* JICJ 15 (2017), S. 624 f.; *Burghardt* in *Beck/Burchard/Fatah-Moghadam* 2011, S. 251; *Sluiter* in *Cassese/Acquaviva/Akande* 2009, S. 187 ff. Ausführlicher diskutiert wurde die für eine effektive Strafverfolgung durch den IStGH erforderliche Unterstützung durch die Nationalstaaten in Teil 1 Kapitel 2 C V.

844 Zum Ganzen siehe *Bostian,* ILSAJIntl&CompL 12 (2005), S. 30 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

das IStGH-Statut neben der individuellen Strafe als Rechtsfolge vorsieht. Gemeinsam mit der stark ausgestalteten Rolle der Opfervertretung im Verfahren[845] macht dieses System deutlich, dass ein Prozess vor dem IStGH jedenfalls auch den konkreten Opferinteressen dienen soll. Dies könnte als Argument interpretiert werden, dass dann auch die Bestimmung einer angemessenen Strafe diesem durch den IStGH verfolgten Ziel entsprechen müsse und die – möglicherweise auch durch den rechtskulturellen Kontext geprägten – Interessen der Opfer daher bereits bei der Bestimmung der Strafe berücksichtigt werden sollten.

Stärker lässt sich aber ein gegenläufiges Argument formulieren: Das System der Wiedergutmachung ist darauf angelegt, für jede Situation anhand bestimmter Kriterien ein geeignetes Wiedergutmachungsregime aufzustellen.[846] Dabei muss es – notwendigerweise – den konkreten (kulturellen) Kontext berücksichtigen. Die Versöhnung, die Wiedergutmachung und die Befriedung der Gemeinschaft, welche als Strafzwecke identifiziert worden sind, die für eine Berücksichtigung des rechtskulturellen Kontextes sensibel sind, können demnach – jedenfalls auch – bereits durch das System der Wiedergutmachung verwirklicht werden. Indem die Anordnung einer Wiedergutmachung sich auf das durch den Täter verwirklichte Unrecht bezieht und den Verurteilten persönlich in Haftung nimmt[847] – der Treuhandfond leistet bei fehlender Zahlungsfähigkeit nur einen Vorschuss[848] –, steht das System der Wiedergutmachung auch nicht gänzlich losgelöst neben der Verurteilung des Täters.[849] Ein möglicherweise bestehendes Strafbedürfnis der konkreten Opfer mag damit zwar gleichwohl nicht vollständig bedient werden. Dennoch lässt das den Interessen der Opfer dienende System der Wiedergutmachung sowie der Beteiligung im Verfahren es weniger wichtig erscheinen, auch bei der Strafzumessung die Bedürfnisse der konkreten Opfer zu berücksichtigen.

845 *Cryer/Robinson/Vasiliev* 2019, S. 446 f., 451 ff.

846 Für eine kurze Darstellung der bisherigen Praxis des IStGH siehe *ebd.* S. 459 ff.

847 *IStGH*, Prosecutor v. Lubanga, Judgment on the appeals against the "Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations" of 7 August 2012, ICC-01/04-01/06-3129 (2015) Rn. 1.

848 *Ebd.* S. 104.

849 Den Strafcharakter der Zahlung von Wiedergutmachung im Gegensatz zu einem zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch betonen auch *Cryer/Robinson/Vasiliev* 2019, S. 461.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d) Das Bestimmtheitsgebot

Wie durch Art. 23 explizit im IStGH-Statut niedergelegt, umfasst das Legalitätsprinzip grundsätzlich nicht nur die Prüfung der Strafbarkeit eines Verhaltens, sondern auch die Rechtsfolge. Das Bestimmtheitsgebot als Aspekt des Legalitätsprinzips ist demnach auch auf Rechtsfolgenseite zu beachten.[850]

Da die Angemessenheit der Strafe aber ohnehin ein stark ausfüllungsbedürftiges Merkmal ist,[851] welches zu seiner näheren Bestimmung weiterer Kriterien bedarf, ist der Bestimmtheitsgrundsatz im Rahmen der Rechtsfolge kein sonderlich starkes Argument gegen den Rückgriff auf das sonst anwendbare Sanktionsregime.[852] Vielmehr könnte dieses den Richtern und Richterinnen immerhin eine Orientierung bei der Ausfüllung des Ermessensspielraums bieten.[853]

e) Das Verbot benachteiligender Unterscheidung, Art. 21 Abs. 3

Die Verhängung einer Geld- oder Haftstrafe stellt stets einen unmittelbaren Eingriff in verschiedene Menschenrechte des Verurteilten dar – beispielsweise das Recht auf Eigentum, das Recht auf Freiheit oder ggf. auch das Recht zur Ausübung des Berufs. Wird die Angemessenheit einer Strafe i.S.v. Art. 76 Abs. 1 in Relation zu der im üblicherweise strafbefugten Staat zu erwartenden Strafe bestimmt, so ist damit auch die Intensität des mit der Strafzumessung durch den IStGH verbundenen Grundrechtseingriffs abhängig von der Herkunft des Täters. Dann stellt sich die Frage, ob eine solche Anwendung der Strafzumessungsnormen mit dem in Art. 21 Abs. 3 verankerten Verbot benachteiligender Unterscheidung vereinbar wäre, wonach die Auslegung keine benachteiligende Unterscheidung machen darf aufgrund der nationalen, ethnischen oder sozialen Herkunft.[854]

850 *Kreß*, Nulla poena nullum crimen sine lege, in: MPEPIL (2010) Rn. 20.

851 Zum weiten Spielraum internationaler Strafgerichte bei der Strafzumessung siehe beispielsweise *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 11 f.

852 Art. 23 wurde sogar gerade deshalb aufgenommen, um Bedenken gegen einen Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip entgegenzutreten, *ebd.* S. 38.

853 *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 11 f.; so im Ergebnis auch *Greenawalt,* IndLJ 86 (2011), S. 1125.

854 Hiernach fragend auch *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 11, 30. Bei der Rom-Konferenz war die mit einer Unterscheidung nach der Herkunft einhergehende diskriminie-

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

In den allgemeinen Ausführungen zu Art. 21 Abs. 3 wurde dargelegt, dass diese Auslegungsnorm nicht als absolutes Verbot jeglicher Ungleichbehandlung verstanden werden kann, sondern es überzeugender ist, Art. 21 Abs. 3 im Einklang mit anderen internationalen menschenrechtlichen Verträgen und nationalem Verfassungsrecht als Verbot einer willkürlichen bzw. ungerechtfertigten Ungleichbehandlung zu deuten.[855] So sehen nationale Rechtssysteme bezogen auf das Alter des Verurteilten – ein ebenfalls in Art. 21 Abs. 3 explizit genannter Diskriminierungsgrund – durchaus unterschiedliche Sanktionssysteme vor, um zu einer angemessenen Strafe zu gelangen.[856] Ebenso erweitern nationale Rechtssysteme in Abhängigkeit von der Nationalität der Täter und Täterinnen die zur Verfügung stehenden Sanktionsmechanismen: Beispielsweise kann in Deutschland gemäß § 53 i.V.m. § 54 Aufenthaltsgesetz die Verurteilung eines Ausländers oder einer

rende Wirkung schließlich das Hauptargument gegen den Vorschlag, auf nationale Sanktionsmechanismen zurückzugreifen, *Fife* in *Lee* 1999, S. 334. Die Bedeutung von Art. 21 Abs. 3 als Auslegungsregel betont auch die Berufungskammer im Verfahren gegen *Ongwen*, *IStGH,* Prosecutor v. Ongwen, Judgment on the appeal of Mr Ongwen against the decision of Trial Chamber IX of 4 February 2021 entitled "Trial Judgment", ICC-02/04-01/15-2022-Red (2022) Rn. 1426: „While specific aspects of a religion or belief, as part of a certain culture may be considered, this cannot result in an unequal interpretation or application of the law."

855 So – jedoch bzgl. eines für den Angeklagten vorteilhaften Verfahrensrechts – auch *IStGH*, Prosecutor v. Ruto and Sang, Reasons for the Decision on Excusal from Presence at Trial under Rule 134quater, ICC-01/09-01/11-1186 (2014) Rn. 60; dem jedoch widersprechend *Judge Herrera Carbuccia* in *IStGH*, Prosecutor v. Ruto and Sang, Reasons for the Decision on Excusal from Presence at Trial under Rule 134quater, Dissenting Opinion of Judge Herrera Carbuccia, ICC-01/09-01/11-777-Anx2 (2014) Rn. 7. Hierfür spricht unter anderem, dass aufgrund der durch die knappen Ressourcen (und die fehlende umfassende Unterstützung durch die Staatengemeinschaft) bedingten Selektivität der vor dem IStGH geführten Verfahren eine absolute Gleichbehandlung aller Völkerstraftäter ohnehin ein nicht zu erreichendes Ideal ist, siehe zum Problem der Selektivität z.B *Damaska,* ChiKentLRev 83 (2008), S. 360 ff.

856 Der in Art. 26 normierte Ausschluss der Jurisdiktionsgewalt für Personen, welche bei Begehung der Tat das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hatten, wurde unter anderem damit begründet, dass es bei den Verhandlungen zum IStGH-Statut nicht möglich gewesen wäre, zusätzlich zu allen anderen zu bewältigenden Rechtsfragen noch ein völkerstrafrechtliches System des Jugendstrafrechts erschaffen zu wollen, *Politi* 2001, S. 122.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ausländerin aufgrund einer Reihe von Straftaten zu deren Ausweisung führen.[857]

Auch bzgl. einer Ungleichbehandlung vor dem IStGH durch die Bestimmung der Angemessenheit der Strafe in Abhängigkeit von nationalen Sanktionsmechanismen muss demnach die entscheidende Frage sein, ob sich diese durch hinreichend gewichtige Gründe rechtfertigen ließe.[858] Insbesondere mit Blick auf die Verwirklichung bestimmter Strafzwecke, aber auch hinsichtlich der Legitimität und Akzeptanz völkerstrafrechtlicher Verfahren vor dem IStGH wurden plausible Gründe für eine solche Ungleichbehandlung identifiziert. In einem zweiten Schritt müsste dann abgewogen werden, ob diese Gründe im konkreten Fall hinreichend Gewicht haben, um eine Ungleichbehandlung bei der Strafzumessung zu rechtfertigen. Wie diese Abwägung ausfällt, würde unter anderem davon abhängen, welche Bedeutung der Verwirklichung einzelner Strafzwecke zugemessen werden soll – eine Frage, deren Beantwortung nicht der Anspruch dieser Arbeit ist. Maßgeblich wäre außerdem, welches Maß an Ungleichbehandlung es bei der Strafzumessung in einer konkreten Entscheidung zu rechtfertigen gilt.

f) Menschenrechtskonforme Auslegung, Art. 21 Abs. 3

Würde der Gerichtshof unter Hinweis auf die Verwirklichung generalpräventiver Strafzwecke oder in Anwendung expressiver Straftheorien im Rahmen der Strafzumessung die Herkunft des Täters berücksichtigen, könnte dies aber nicht nur dem Gleichheitsgrundsatz zuwiderlaufen, sondern auch generell im Hinblick auf eine menschenrechtskonforme Auslegung nach Art. 21 Abs. 3 problematisch sein. Diese ist Ausdruck des Anspruchs der internationalen Gemeinschaft, selbst mit den Urhebern schwerster Kriminalität human umzugehen und so als Vorbild auch für nationale Gerichte zu fungieren.[859]

857 Die darin liegende Ungleichbehandlung, dass einem Verurteilten aufgrund seiner Herkunft ein deutlich intensiverer Grundrechtseingriff auferlegt wird, wird dabei hingenommen.

858 Ähnlich *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 43.

859 *Werkmeister* 2015, S. 252. Dies entspricht bereits der von den Alliierten eingenommenen Haltung gegenüber den deutschen Angeklagten.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Eine menschenrechtskonforme Verurteilung des Angeklagten darf die Würde dieses Menschen niemals außer Acht lassen.[860] Die Erörterung der einzelnen Strafzwecke hat gezeigt, dass unter anderem die Theorie der negativen und der positiven Generalprävention eine Berücksichtigung des rechtskulturellen Kontextes verlangen können. Vor dem Hintergrund der Menschenwürde sind gerade diese generalpräventiven Strafzwecktheorien aber ohnehin stets einem hohen Rechtfertigungsdruck ausgesetzt: Indem nicht mehr das vom Täter oder der Täterin begangene Unrecht oder die positiven Entwicklungschancen des Individuums im Mittelpunkt stehen, sondern die Strafe verhängt wird, um andere Menschen in ihrer Rechtstreue zu stärken oder durch Abschreckung davon abzuhalten, in der Zukunft Unrecht zu verwirklichen, wird der Täter in beträchtlichem Maße verobjektiviert. Der Täter wird der Zwecksetzung der Allgemeinheit ausgeliefert und damit in seiner Eigenschaft als Mensch jedenfalls zu einem Teil als unerheblich erklärt.[861] Selbst wenn sich eine solche „Aufopferung" der Täter für das Wohl der Allgemeinheit grundsätzlich – und trotz der geringeren Gemeinschaftsgebundenheit auch im Völkerstrafrecht[862] – rechtfertigen ließe, erscheint es noch problematischer, unter Verweis auf generalpräventive Zwecke auch die Schlechterstellung einer verurteilten Person aufgrund ihrer Herkunft und des damit verbundenen Rechtskontextes begründen zu wollen. Insbesondere in der Ausformung des Befriedungseffekts muss die positive Generalprävention sich ohnehin den Vorwurf gefallen lassen, sich nicht hinreichend von vergeltungstheoretischen Begründungsmustern abgrenzen zu können und damit den die präventiven Strafzwecktheorien legitimierenden Bezug zum Rechtsgüterschutz zu verlieren.[863]

860 Vgl. nur Abs. 1 der Präambel des IStGH-Statuts und Art. 1 der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte.

861 Ausführlicher zur Instrumentalisierungsproblematik insbesondere im Völkerstrafrecht hinsichtlich der negativen Generalprävention *Werkmeister* 2015, S. 213 ff., 260 f. Die negative Generalprävention ebenfalls als menschenverachtend kritisierend *Hassemer* 1990, S. 315 f. Auch bei der positiven Generalprävention stellt sich das Menschenwürdeproblem, allerdings nach Ansicht *Werkmeisters* in etwas abgeschwächter Form, da hier auch die Vermittlungschancen an den Einzelnen größer seien, *Werkmeister* 2015, S. 260 f.; eine solche Differenzierung jedoch anzweifelnd *Hörnle* 2017, S. 46.

862 *Werkmeister* gibt hingegen zu bedenken, dass der Instrumentalisierungseinwand im Völkerstrafrecht noch gewichtiger sei, da „der einzelne (Welt-)Bürger […] mit dem relativ losen, weltgesellschaftlichen Gefüge viel weniger verbunden ist als mit einer nationalen Gesellschaft", *Werkmeister* 2015, S. 214.

863 *Ebd.* S. 255 ff., 265 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Unabhängig vom Grad des begangenen Unrechts oder den individuellen Resozialisierungschancen müsste sich eine Person, welche in ihrem Heimatland mit schlechteren Verfahrensstandards und Haftbedingungen zu rechnen hätte, möglicherweise auch mit der Todesstrafe,[864] oder einen niedrigen Lebensstandard gewohnt ist, allein deshalb einen intensiveren Grundrechtseingriff gefallen lassen, weil eine solche Strafe eher dazu geeignet erscheinen mag, andere Täter mit vergleichbarem rechtskulturellen und sozioökonomischen Hintergrund von der Begehung von Völkerstraftaten abzuhalten.

Die Theorie der negativen Spezialprävention und opferbezogene expressive Theorien, bei welchen die Berücksichtigung des rechtskulturellen Kontexts unter bestimmten Bedingungen ebenfalls als der Verwirklichung des Strafzwecks dienlich identifiziert wurde, sind grundsätzlich zwar weniger Kritik an ihrer Unvereinbarkeit mit der Menschwürde ausgesetzt. Würde bei der Strafzumessung die Herkunft und der (rechts-)kulturelle Hintergrund der Angeklagten zur Erreichung dieser Zwecke berücksichtigt werden, träte das tatsächlich begangene Unrecht aber auch hier so stark in den Hintergrund, dass sich die damit einhergehende Instrumentalisierung der Angeklagten weder mit der sich unter anderem im Schuldprinzip manifestierenden Menschenwürdegarantie aus Art. 21 Abs. 3 noch mit dem auf die Schwere des Verbrechens verweisenden Wortlaut aus Art. 77 Abs. 1 b) und Art. 78 Abs. 1 vereinbaren ließe.[865]

Selbst wenn sich empirisch nachweisen lassen sollte, dass die Berücksichtigung des rechtskulturellen Kontextes zur Erreichung mancher Strafzwecke förderlich oder unter bestimmten Bedingungen gar unerlässlich ist,[866] kann damit allein eine Schlechterstellung bei der Strafzumessung nicht gerechtfertigt werden.

---

864 Siehe zu diesem im Verhältnis zwischen dem RStGH und nationalen bzw. lokalen Gerichten aufgekommenen Problem *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 7, 26 f.

865 In ähnlicher Weise stellt *Hörnle* bzgl. der opferbezogenen expressiven Straftheorie klar, dass Opfer einer Straftat zwar ein berechtigtes Interesse an einer Bestrafung haben, es mit den Grundsätzen einer fairen Strafjustiz jedoch kollidieren würde, ihnen einen Anspruch auf eine konkrete Strafhöhe zuzugestehen, *Hörnle,* JZ 61 (2006), S. 956. Auch *Combs* hält es für überzeugend, bei der Strafzumessung nicht unmittelbar die Bedürfnisse der konkreten Opfer zu berücksichtigen, fordert entgegen des hier gefundenen Ergebnisses aber, die zuständigen Strafzumessungsnormen zu berücksichtigen, *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 36 f.

866 Zur empirischen Erforschung der präventiven Wirkungen des Völkerstrafrechts siehe *Nimaga* 2016, S. 133 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Ergänzende historische Auslegung

Zwar hat die Analyse der völkerstrafrechtlichen Straftheorien gezeigt, dass es zur Erreichung mancher Strafzwecke erforderlich sein könnte, auch den gesellschaftlichen Kontext bei der Strafzumessung zu berücksichtigen. Auch der Wortlaut der Art. 77 ff. ließe es zu, die Herkunft des Täters als Aspekt der persönlichen Verhältnisse in die Bestimmung einer angemessenen Strafe miteinzubeziehen. Erhebliche Zweifel an einer solchen Auslegung erweckt aber das in Art. 21 Abs. 3 verankerte Nichtdiskriminierungsgebot und vor allem das in der gleichen Norm geforderte Gebot menschenrechtskonformer Auslegung, welches bei der Auslegung und Anwendung des IStGH-Statuts stets die Berücksichtigung der Menschenwürde verlangt. Abschließend soll dargestellt werden, inwiefern sich diese Zweifel auch durch die gemäß Art. 32 WVRK ergänzend zu berücksichtigenden vorbereitenden Arbeiten und Umstände des Vertragsschlusses bestätigen. Einleitend soll hierfür auch die strafrechtliche Aufarbeitung des zweiten Weltkriegs sowie der Konflikte in Jugoslawien und Ruanda kurz skizziert werden, um so nachzeichnen zu können, dass Pluralität und Fragmentierungen auf Rechtsfolgenseite immer wieder erwogen oder zugelassen wurden, ein solcher Ansatz in den Vertragstext des IStGH jedoch keinen Eingang finden konnte.

a) Völkerstrafrechtliche Aufarbeitung des zweiten Weltkriegs in Deutschland

Mit Erlass des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 waren nicht mehr nur die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof in Nürnberg einem einheitlichen Rechtsregime unterworfen, sondern es wurde auch eine einheitliche Rechtsgrundlage für die Prozesse vor den Besatzungsgerichten geschaffen. Allerdings divergierten die tatsächlich verhängten Strafen erheblich in Abhängigkeit von der Besatzungsmacht.[867] Während die Siegermächte auf Tatbestandsseite also ein einheitliches Rechtsregime als notwendig erachteten, akzeptierten sie auf Rechtsfolgenseite Pluralität.[868]

867 *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 24 mit weiteren Nachweisen.

868 Das entscheidende Kriterium war dabei jedoch nicht die Herkunft des Täters, sondern die Zuständigkeit der Besatzungsmacht.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Völkerstrafrechtliche Aufarbeitung der Konflikte in Jugoslawien und Ruanda

Vor der Einsetzung des JStGH wurde auf Vorschlag der bosnischen Regierung diskutiert, die Rechtsfolge unmittelbar unter Rückgriff auf nationales Recht zu bestimmen.[869] Zwar konnte sich dieser Vorschlag nicht durchsetzen, durch Art. 24 wurde der zugrundeliegende Rechtsgedanke aber jedenfalls rudimentär im JStGH-Statut verankert: Nach dieser Vorschrift ist bei der Bestimmung der Strafdauer die allgemeine Praxis der Gerichte des ehemaligen Jugoslawiens in Bezug auf Freiheitsstrafen zu berücksichtigen.[870]

Während diese Norm in den Urteilen des JStGH keine Anwendung fand, berief sich der RStGH in mehreren Entscheidungen zur Strafzumessung auf den entsprechend formulierten Art. 23 RStGH-Statut.[871] Durch die Anwendung von Art. 23 RStGH-Statut konnte der von Seiten Ruandas kritisierten Diskrepanz zwischen einer Strafzumessung durch den RStGH versus einer Strafzumessung durch nationale ruandische Gerichte oder lokale Gacaca-Tribunale jedenfalls ein Stück weit entgegen gewirkt werden.[872] Kern der Kritik Ruandas war der oben im Rahmen der Straftheorien abstrakt diskutierte Widerspruch – nämlich dass die vorgesehenen Sanktionen nicht geeignet seien, die nationale Versöhnung voranzutreiben, wenn die Hauptkriegsverbrecher vor dem RStGH keine Todesstrafe zu fürchten hatten, während eine solche den „einfachen" Tätern nach ruandischem Recht weiterhin drohte:

869 *Oeter,* ZaöRV 53 (1993) S. 38 f. mit Verweis auf den so lautenden Vorschlag der bosnischen Regierung in Fußnote 130. *Oeter* argumentiert, dass es an einer völkerrechtlichen Jurisdiktionsgrundlage für einen internationalen Strafgerichtshof fehlte und ad hoc daher nur nationale Strafbefugnisse übertragen werden konnten. Daraus zieht er den Schluss, dass zumindest Fragen der Tatschwere und des Strafmaßes nach dem fortgeltenden alten jugoslawischen Strafrecht bzw. dem Strafrecht der Nachfolgerepubliken bestimmt werden müssen.

870 Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass Art. 23 vorrangig aufgenommen wurde, um Bedenken gegen einen Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip entgegenzutreten und nicht um eine Kompatibilität mit dem Rechtsempfinden der jugoslawischen bzw. ruandischen Täter und Opfer zu gewährleisten, *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 38.

871 So z.B. in *RStGH*, Prosecutor v. Serushago, Sentence, ICTR-98-39-S (1999) Rn. 17 und *RStGH*, Prosecutor v. Ruggiu, Judgement and Sentence, ICTR-97-32-I (2000) Rn. 27 ff.; problematisch hier aber die auf den europäischen Hintergrund des Angeklagten verweisende Begründung (Rn. 62 ff.), dies problematisierend *Bostian,* ILSA-JIntl&CompL 12 (2005), S. 30 ff.

872 *Bostian,* ILSAJIntl&CompL 12 (2005), S. 30 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„[...] the International Tribunal as designed in the resolution, establishes a disparity in sentences since it rules out capital punishment, which is nevertheless provided for in the Rwandese penal code. Since it is foreseeable that the Tribunal will be dealing with suspects who devised, planned and organized the genocide, these may escape capital punishment whereas those who simply carried out their plans would be subjected to the harshness of this sentence. That situation is not conducive to national reconciliation in Rwanda."[873]

Indem vor allem die in einigen Fällen verhängten lebenslangen Freiheitsstrafen unter Rückgriff auf Art. 23 RStGH-Statut mit der ansonsten nach ruandischem Recht drohenden (Todes-)Strafe begründet wurden,[874] konnte bei der strafrechtlichen Aufarbeitung des Konflikts in Ruanda der Widerspruch durch die zur Verfügung stehenden Sanktionsformen zwar nicht gänzlich aufgelöst, aber jedenfalls abgeschwächt werden. Dieses Beispiel zeigt, dass es in einer Situation, in welcher die angeklagte Person in ihrem Heimatland mit deutlich härteren Strafen zu rechnen hat als vor einem internationalen Tribunal, als sinnvoll erachtet wurde, das nationale Recht in die Strafzumessungsentscheidung miteinzubeziehen.

c) *Draft codes* und *ILC Reports*

Der im August 1951 durch die Vollversammlung der Vereinten Nationen eingesetzte Ausschuss für die Internationale Strafgerichtsbarkeit legte am 31. August 1951 seinen Abschlussbericht vor.[875] Dieser enthielt einen ersten Entwurf für das Statut eines Internationalen Gerichtshofs. Nach Art. 2

873 *UN SC,* 49th year : 3453rd meeting, Tuesday, 8 November 1994, S/PV.3453, S. 16. Dieser Kritikpunkt war – jedenfalls nach der offiziellen Begründung – entscheidend dafür, dass die Regierung Ruandas, nachdem sie einem internationalen Strafgerichtshof zunächst grundsätzlich positiv gegenüberstand, im Sicherheitsrat (in welchem Ruanda zu diesem Zeitpunkt zufällig einen Sitz hatte) letztendlich gegen Resolution 955 zur Einsetzung des RStGH stimmte. Siehe hierzu *ebd.* S. 19 f.; *Shraga/Zacklin* 1996, S. 511.

874 So beispielsweise in *RStGH*, Prosecutor v. Serushago, Sentence, ICTR-98-39-S (1999) Rn. 17 und *Schabas* 2020, S. 339 Fn. 5.

875 *UN GA,* Report of the Committee on International Criminal Jurisdiction on its session held from 1 to 31 August 1951, A/2136, vom 31.12.1951.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sollte – „*where appropriate*" – auch nationales Recht anwendbar sein.[876] Entgegen des von Australien und den Niederlanden hervorgebrachten Vorschlags, die Anwendbarkeit nationalen Rechts aus dem Statut zu streichen, wurde Art. 2 auch im geänderten Entwurf von 1953[877] noch wortgleich formuliert. Als Begründung wurde angeführt, dass der Gerichtshof in manchen Fällen direkt nationales Recht anwenden müsse, so beispielsweise bei der Frage nach der zu verhängenden Strafe beim Völkermord.[878]

In dem auf dem Entwurf von 1954 aufbauendem *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind* der Völkerrechtskommission vom 1. Januar 1991 fand sich eine entsprechende Klausel über die Anwendbarkeit nationalen Rechts hingegen nicht mehr.[879]

d) Konferenz von Rom

Schließlich zeigte sich auch bei der Rom-Konferenz die Schwierigkeit, sich trotz höchst unterschiedlicher nationaler Sanktionsregelungen und Vorstellungen von einer gerechten und angemessenen Strafe auf ein einheitliches Sanktionsregime für den internationalen Strafgerichtshof zu einigen.

Insbesondere die Debatte um die Todesstrafe trat bei der Romkonferenz als großer Streitpunkt zu Tage. Da eine kleine Gruppe von Staaten sehr entschieden auf die Integration der Todesstrafe als mögliche Rechtsfolge beharrte, wurde schließlich der Kompromiss gefunden, dass die Todesstrafe zwar nicht durch den IStGH verhängt werden darf, dies aber „die Anwendung der in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehenen Strafen durch die Staaten" unberührt lässt (Art. 80).[880] Art. 80 stellt demnach klar, dass die nach dem Komplementaritätsgrundsatz primär zuständigen Staaten weiter die Todesstrafe verhängen dürfen.

Neben der Anwendung der Todesstrafe wurde auch über andere in nur manchen nationalen Rechtsordnungen verankerte Sanktionsformen disku-

876 Art. 2 des Entwurfs lautet: „The Court shall apply international law, including international criminal law, and, where approoriate, national law."

877 *UNCICJ*, Report of the 1953 Committee on International Criminal Jurisdiction, 27 July-20 August 1953, A/2645 (1954) Annex, S. 23, Art. 2.

878 *Ebd.* Rn. 61.

879 Der Normtext ist abgedruckt in *ILC*, Report of the Commission to the General Assembly on the Work of Its Forty-Third Session, YBILC (1991) Vol. 2 (2), S. 94-97, die Diskussion um die Anwendbarkeit nationalen Rechts zur Bestimmung der Strafe wird darin wiedergegeben auf S. 81, Rn. 78 f.

880 *Schabas* 2020, S. 342.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tiert, so beispielsweise über den Entzug bürgerlicher Rechte. Als Ergebnis der Debatte um den durch das IStGH-Statut vorgesehenen Sanktionskatalog wurde als Ergänzung zu Art. 80 des IStGH-Statuts folgende Erklärung abgegeben:

> „The debate at this Conference of the issue of which penalties should be applied by the Court has shown that there is no international consensus on the inclusion or non-inclusion of the death penalty. However, in accordance with the principles of complementarity between the Court and national jurisdictions, national justice systems have the primary responsibility for investigating, prosecuting and punishing individuals, in accordance with their national laws, for crimes falling under the jurisdiction of the International Court. In this regard, the Court would clearly not be able to affect national policies in this field. It should be noted that not including the death penalty in the Statute would not in any way have a legal bearing on national legislations and practices with regard to the death penalty. Nor shall it be considered as influencing, in the development of customary international law or in any other way, the legality of penalties imposed by national systems for serious crimes."[881]

e) Resümee

An den zwischen 1945 und 1998 entwickelten Vorschlägen und Modellen eines geeigneten Rechtsfolgenregimes für das Völkerstrafrecht zeigt sich, dass es gerade im Hinblick auf die Rechtsfolgenseite eine enorme Herausforderung darstellt, sich auf ein einheitliches internationales Rechtsregime zu verständigen. Daher wurde im Rahmen der Strafzumessung der indirekte und direkte Rückgriff auf nationales Recht immer wieder integriert bzw. diskutiert.[882]

Bei der Rom-Konferenz ist es schließlich gelungen, jedenfalls den Rahmen eines vom IStGH anwendbaren Rechtsfolgenregimes festzulegen. Dieser Rahmen wurde in dem Bewusstsein formuliert, dass trotz der Einigung im Vertragstext die Vorstellungen bezüglich einer angemessenen Strafe weiterhin stark auseinanderfallen. Die Delegierten waren sich dabei ebenfalls

881 *UNDCPEICC*, Summary Record of the 9th Plenary Meeting, A/CONF.183/SR.9 (1999) Rn. 53.

882 Vgl. z.B *ILA*, Draft Statute for an International Criminal Court (1982), S. 458, Art. 22 Abs. 2 und Abs. 3, Art. 24 JStGH-Statut und Art. 23 RStGH-Statut.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bewusst, dass das Urteil über einen „Völkerstraftäter" durch den IStGH erheblich von dem Strafausspruch – über einen „Völkerstraftäter" oder einen „normalen Täter" – durch ein ansonsten zuständiges nationales Gericht würde abweichen können und ein nationales Gericht möglicherweise eine deutlich härtere Strafe würde verhängen können. Die Tatsache, dass all dies gesehen und diskutiert wurde, man sich aber im Hinblick auf die zur Verfügung stehenden Sanktionsformen ausdrücklich für ein einheitliches Rechtsfolgensystem entschied, stützt das bereits unter Berücksichtigung einer menschenrechtskonformen Auslegung gefundene Ergebnis: Auch bei der Bestimmung der angemessenen Höhe der Freiheitsstrafe oder der Geldstrafe kann der allgemeinen Gerichtspraxis des sonst zur Strafverfolgung berufenen Staats – und damit der Herkunft des Täters oder der Opfer – vor dem IStGH keine Bedeutung zugemessen werden.[883]

IV. Resümee und Implikationen für mögliche Straftheorien im Völkerstrafrecht

Den „sonst üblichen" Strafen oder Lebensbedingungen bei der Festsetzung der Strafe Bedeutung zuzumessen, würde aufgrund des in Art. 21 Abs. 3 festgeschriebenen Diskriminierungsverbots nach gewichtigen Rechtfertigungsgründen verlangen und sich nur schwerlich mit der ebenfalls in Art. 21 Abs. 3 verankerten Menschenwürdegarantie vereinbaren lassen. Auch die historische Auslegung der Art. 76 ff. legt es nahe, dass den Richtern und Richterinnen des IStGH bei der Strafzumessung kein Rückgriff auf nationales Recht gestattet werden sollte. Die damit einhergehende etwaige Diskrepanz zwischen durch den IStGH ausgesprochenen Urteilen und Urteilen nationaler Gerichte muss die noch junge Disziplin des Völkerstrafrechts akzeptieren.

Wird einem Angeklagten in einem nationalen Verfahren entweder gar keine oder nur eine sehr milde Sanktion ausgesprochen, kann dies möglicherweise nach den Grundsätzen des Komplementaritätsgrundsatzes eine Zuständigkeit des IStGH begründen. Keine Abhilfe verschafft das IStGH-Statut aber für die Konstellation der Besserstellung des Angeklagten durch

883 Zu einem anderen Ergebnis gelangen hingegen *Greenawalt*, IndLJ 86 (2011), S. 1125 und *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 6, 43, 49.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ein Verfahren vor dem IStGH im Vergleich zu einer Verurteilung (von gewöhnlichen Tätern oder Völkerstraftätern) durch ein nationales Gericht.[884]

Dies kann in Einzelfällen zu als ungerecht empfundenen Ergebnissen führen.[885] Zudem folgt daraus, dass die Verwirklichung aller gesellschaftliche Zusammenhänge reflektierenden Strafzwecke durch den IStGH in bestimmten Konstellationen mit einem Fragezeichen versehen werden muss, solange wir in einer heterogenen Welt ohne universelle Prozess- und Lebensstandards oder Moralvorstellungen leben.[886]

Das Problem der Besserstellung einer vor dem IStGH verurteilten Person in seinen Lebensstandards gegenüber der die Opfer umfassenden „normalen" Bevölkerung wird sich vor allem dann stellen, wenn keine Führungstäter, sondern Gefolgschaftstäter vor dem IStGH angeklagt werden. Nicht nur ist bei dieser Tätergruppe besonders fraglich, ob sie im Kontext kollektiver Gewalt ihr – im gesamtgesellschaftlichen Kontext eingebettetes und insoweit „konformes"[887] – Handeln überhaupt von außerhalb dieses Kontexts liegenden rationalen Kalkulationen leiten lassen.[888] Sollten sie dies tun, so fragt sich weiter, ob für einen im Kontext von Krieg und humanitären Katastrophen agierenden Gefolgschaftstäter die Aussicht auf ein Verfahren vor dem IStGH in einer Kosten-Nutzen-Kalkulation notwendigerweise auf der Kosten-Seite zu verbuchen wäre.[889] Hingegen könnte die Abschreckung wirksamer sein, wenn der Täter einen höheren Status inne hat und daher durch einen vor einem internationalen Straftribunal geführten Prozess auch mehr – Ansehen sowie wirtschaftliche Privilegien – zu verlieren hat.[890] Folglich könnte darin ein weiteres Argument liegen, die begrenzten Ressourcen völkerstrafrechtlicher Strafverfolgung auf die Führungstäter zu konzentrieren, sofern an auf Abschreckung zielenden spezial- oder generalpräventiven Zwecken des Völkerstrafrechts festgehalten wird.[891]

884 Ähnlich *Heller,* CrimLF 17 (2006), S. 275.

885 Hierauf hinweisend auch *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 7, 37 f.; *Greenawalt,* IndLJ 86 (2011), S. 1101; *Shraga/Zacklin,* EJIL 7 (1996), S. 511.

886 Ähnlich *Sander,* IntlCLR19 (2019), S. 1032 f. Auch *Werkmeister* sieht „in Bezug auf intrasystematische Gleichheit der Sanktionen" bestehende Schwierigkeiten, hält diese aber für rechtfertigungsfähig, *Werkmeister* 2015, S. 260.

887 *Möller* 2003, S. 465; *Werkmeister* 2015, S. 223.

888 *Drumbl* 2007, S. 171 f.; *Golash* in *May* 2010, S. 211 f.

889 Kritisch z.B. *Drumbl* 2007, S. 160 f.

890 *Mullins/Rothe,* IntlCLR 10 (2010), S. 774.

891 Die völkerstrafrechtlichen Ressourcen auf eine bestimmte Gruppe von Tätern zu bündeln ist aus einer generalpräventiven Logik auch deshalb sinnvoll, da eine Strafandrohung nur dann eine abschreckende Wirkung erzielen kann, wenn sie

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Einer möglichst effektiven Nutzung der begrenzten Ressourcen des IStGH könnte es zudem dienlich sein, die Chancen auf Verwirklichung der jeweiligen Strafzwecke und somit auch den rechtskulturellen Kontext der Tat bereits in die Entscheidung miteinzubeziehen, ob der IStGH sich für eine Situation zuständig erklärt oder ein konkretes Verfahren eröffnet wird.[892] Hierbei könnte in einer Abwägung mit anderen Aspekten wie beispielsweise der Schwere der Tat berücksichtigt werden, ob sich ein Szenario andeutet, in welchem eine Anklage vor dem IStGH zu einer Besserstellung des Angeklagten im Vergleich zu vor nationalen Gerichten angeklagten Tätern und Täterinnen oder auch der Bevölkerung im Übrigen führt oder sich ein vor dem IStGH durchgeführtes Strafverfahren aus anderen Gründen als völlig unvereinbar mit lokal bedingten prozeduralen Gerechtigkeitsvorstellungen erweist.[893] Insbesondere bei der positiven Generalprävention und den opferbezogenen expressiven Straftheorien steht dabei nicht nur die Strafe selbst, sondern auch der Strafprozess als solcher im Fokus:[894] Nur

in hinreichender Regelmäßigkeit auch in einer Strafzufügung realisiert wird, *Werkmeister* 2015, S. 206; *Möller* 2003, S. 524; *Nemitz* 2002, S. 165. Sich dabei auf die Führungstäter zu fokussieren, lässt sich zum einen damit begründen, dass bereits das Strafverfahren vor einem internationalen Gericht (unabhängig von einer tatsächlichen Strafzufügung) sich für einen Führungstäter als größere – und möglicherweise daher präventiv wirksamere – Machteinbuße darstellen wird als für einen Gefolgschaftstäter, *Werkmeister* 2015, S. 204 f, 207. Diesen Aspekt diskutiert auch *Sloane,* StanJIntlL 43 (2007), S. 74, wobei dieser andererseits anmerkt, dass gerade Führungspersönlichkeit sich oftmals für unverwundbar halten würden. Angeführt wird außerdem, dass Führungstäter eher daran gewöhnt seien, ihre Entscheidungen auf eine Kosten-Nutzen-Kalkulation zu stützen – in welche auch die angedrohte Strafe einfließen könnte, *Werkmeister* 2015, S. 222. Aus alledem zieht *Werkmeister* den Schluss, dass die aus der Kriminologie bekannte Einteilung in Mikro- und Makroebene eine Ergänzung um eine *Mesoebene* verlangt und es darum gehe, „mit der Androhungsrealisierung gegenüber dem einen Führungstäter andere potenzielle Führungstäter abzuschrecken", *ebd.* S. 226. Zum gleichen Ergbenis gelangt er bei der positiven Generalprävention, S. 268 ff. Eine Fokussierung auf Führungstäter hingegen gerade unter Verweis auf präventive Strafzwecke ablehnend *IStGH*, Situation in the Democratic Republic of Congo, Judgment on the Prosecutor's Appeal against the Decision of the Pre-Trial Chamber I Entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58", ICC-01/04-169-US-Exp (2006) Rn. 73-75.

892 Ein solches Vorgehen anregend *deGuzman* 2020, S. 90 f., 96 f., 98 f., 141; näher hierzu in den Schlussbetrachtungen B I.

893 Andernfalls wäre die Verwirklichung des Lern- und Befriedungseffekts bei der primär betroffenen Gemeinschaft unter Umständen fraglich, *Sloane,* StanJIntlL 43 (2007), S. 76 f., 79; *Werkmeister* 2015, S. 252; *Damaska,* ChiKentLRev 83 (2008), S. 335, 345, 349.

894 *Reuss* 2012, S. 59 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eine Verfahrensstruktur, welche dazu geeignet ist, die betroffene Gemeinschaft und gegebenenfalls auch die konkreten Opfer zu inkludieren und in ihren Bedürfnissen zu verstehen, kann in der betroffenen Gemeinschaft den Lern- und Befriedungseffekt fördern oder die kommunikationsorientierten Interessen der konkreten Opfer befrieden.[895]

Zudem ist es unerlässlich, völkerstrafrechtliche Verfahren mit anderen präventiven Maßnahmen, wie beispielsweise Entwicklungshilfe und anderen Stabilisierungsmaßnahmen, zu flankieren[896] und um Maßnahmen der *transitional justice* zu ergänzen, die Aussöhnung und nachhaltigen Frieden anstreben und diesen Zielen in bestimmten Zusammenhängen möglicherweise sogar den Vorrang einzuräumen.[897] Dies entspricht auch der theoretischen Prämisse der positiven Generalprävention, dass Strafe allein keine präventive Kraft zu entfalten vermag, sondern durch andere soziale Prozesse ergänzt werden muss.[898]

Schließlich könnte eine möglicherweise als ungerecht empfundene Besserstellung von Völkerstrafrechtstätern durch ein IStGH-Urteil im Vergleich zu Urteilen nationaler Gerichte (zur Aburteilung von Völkerstraftaten oder nationalen Straftaten) auch dadurch abgeschwächt werden, dass die Herkunft des Angeklagten – und die dort üblichen Haftbedingungen und allgemeinen Lebensbedingungen – bei der Vollstreckung der Strafe durch die Bestimmung des Vollstreckungsstaats berücksichtigt wird.[899] Gemäß Art. 106 Abs. 2 werden die Haftbedingungen einer durch den IStGH verurteilten Person nach dem Recht des Vollstreckungsstaats geregelt und dürfen keinesfalls günstiger oder ungünstiger ausfallen als diejenigen für Strafgefangene, die im Vollstreckungsstaat wegen ähnlicher Straftaten verurteilt werden. Bei der Ausübung seines Ermessens zur Bestimmung des Vollstre-

---

895 *Werkmeister* 2015, S. 345, näheres zur Ausgestaltung eines „kultursensiblen" Verfahrensrecht folgt in Teil 2 Kapitel 4 B III.

896 Dies fordernd *Günther* in *Beulke/Haffke/Popp* 2009, S. 93; *Sloane,* StanJIntlL 43 (2007), S. 76 f.

897 *Damaska*, ChiKentLRev 83 (2008), S. 343; *Safferling* 2011 § 4, Rn. 74; *Werkmeister* 2015, S. 153, 250 ff.

898 *Werkmeister* 2015, S. 233, 249 ff.; ebenso im nationalen Kontext *Hassemer* 1990, S. 316 ff.

899 So ließe sich das bereits mehrfach erwähnte Problem vermeiden, dass eine durch den IStGH verurteilte Person einen besseren Lebensstandard, mit insbesondere besserer medizinischer Versorgung genießt als die normale Bevölkerung (einschließlich der Opfer), siehe hierzu z.B. *Drumbl* 2007, S. 160 f.; *Bostian,* ILSAJIntl&CompL 12 (2005), S. 20; *Greenawalt,* IndLJ 86 (2011), S. 1101; *Shraga/Zacklin,* EJIL 7 (1996), S. 511; *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 7, 37 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ckungsstaats – und der damit einhergehenden Haftbedingungen – muss der IStGH gemäß Art. 102 Abs. 3 b) außerdem die Anwendung allgemein anerkannter Normen völkerrechtlicher Verträge betreffend die Behandlung von Strafgefangenen berücksichtigen.

Zur konkreten Ausübung seines Ermessens hinsichtlich des Vollstreckungsstaates kann der Gerichtshof nach Art. 103 Abs. 3 c) zum einen die Auffassungen des Verurteilten berücksichtigen. Hierauf stellt etwa das zwischen dem IStGH und der Demokratischen Republik Kongo geschlossene *Ad hoc*-Abkommen zur Strafvollstreckung der Urteile gegen *Lubanga* und *Katanga* in seiner Präambel ab, um zu begründen, weshalb die Demokratische Republik Kongo als Vollstreckungsstaat bestimmt wurde.[900]

Als mögliche zu berücksichtigende Faktoren nennt Art. 103 Abs. 3 neben der Auffassung des Verurteilten zudem dessen Staatsangehörigkeit (Abs. 3 d)) sowie sonstige Faktoren, die im Zusammenhang mit den Umständen des Verbrechens, dem Verurteilten oder der „wirksamen Strafvollstreckung" in Betracht kommen (Abs. 3 e)).[901] Angesichts der oben identifizierten Zweifel an der Erreichbarkeit bestimmter Strafzwecke in einer – gerade auf der Ebene der Rechtsfolge – fragmentierten Völkerstrafrechtsordnung könnte die Bestimmung des Vollstreckungsstaats eine Möglichkeit bieten, sich näher mit der Eignung eines Vollstreckungsortes zur mit Blick auf mögliche Strafzwecke „wirksamen Strafvollstreckung" zu befassen. Neben wichtigen – strafbegründenden und strafbegrenzenden – Aspekten der Resozialisierung des Täters[902] könnten dabei auch spezial- oder generalpräventive Erwägungen angestellt werden:

Wird als Vollstreckungsstaat der Herkunftsstaat oder zumindest ein diesem im Hinblick auf die Haftbedingungen und das allgemeine Lebensniveau ähnlicher Staat bestimmt, so könnte verhindert werden, dass ein verurteilter Völkerstraftäter einen – abgesehen von der Einschränkung der Bewegungsfreiheit – deutlich höheren Lebensstandard genießt als bei-

900 https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2015_24967.PDF und https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2015_24966.PDF, zuletzt abgerufen am 08.07.2017.

901 Bislang wurde von dieser durch Art. 103 eröffneten Möglichkeit, auch Faktoren bzgl. der Wirksamkeit der Strafvollstreckung in das Ermessen mit einzubeziehen, kein Gebrauch gemacht. In dem zwischen dem IStGH und der Demokratischen Republik Kongo geschlossenen ad hoc Abkommen zur Strafvollstreckung werden Art. 103 Abs. 3 d) und e) nicht erwähnt, siehe https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2015_24967.PDF und https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2015_24966.PDF, zuletzt abgerufen am 08.07.2017.

902 Eine heimatnahe Unterbringung von Verurteilten als Aspekt des strafbegrenzenden Resozialisierungsgedankens diskutierend z.B. *Werkmeister* 2015, S. 165 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

spielsweise die Opfer der begangenen Straftaten. Vor allem dann, wenn als Begründung hierfür nicht lediglich auf die Auffassungen des Angeklagten verwiesen wird, sondern auch Aspekte einer mit Blick auf mögliche Strafzwecke „wirksamen" Strafvollstreckung berücksichtigt werden, könnte die mit der Vollstreckung der Haftstrafen in unterschiedlichen Staaten notwendigerweise einhergehende Ungleichbehandlung verschiedener durch den IStGH verurteilter Täter und Täterinnen im Strafvollzug eine gewisse Plausibilität erfahren. Auch dem *outreach* eines in Den Haag geführten völkerstrafrechtlichen Verfahrens in der betroffenen Gesellschaft könnte es zuträglich sein, die Haftstrafe in der Konfliktregion zu verbüßen.

Im Verfahren gegen *Ongwen* kam der IStGH dem Ersuchen der Verteidigung, den Angeklagten im Falle einer Verurteilung der Gemeinschaft der Acholi zur Verbüßung seiner Haftstrafe zu übergeben,[903] nicht nach. Zur Begründung beließ es die Hauptverfahrenskammer jedoch nicht bei dem Hinweis, dass aufgrund des durch das IStGH-Statut vorgesehenen abschließenden Sanktionsregimes[904] das Legalitätsprinzip einer Eingliederung in die Gemeinschaft der Acholi entgegenstünde,[905] sondern widmete sich auch der Frage, inwiefern die durch die Verteidigung gewünschte *Mato-oput*-Verfahren überhaupt den kulturellen Gepflogenheiten der ugandischen Gesellschaft – und insbesondere der Opfer – entspreche.[906] Damit lehnt der IStGH im Ergebnis zwar eine Berücksichtigung des sonst zuständigen Sanktionsregimes ab, erkennt aber die Akzeptanz eines durch den IStGH gesprochenen Urteils und die Vermittelbarkeit an die primär betroffene Gesellschaft als bei der Strafzumessung zu berücksichtigende Faktoren an.

903 *Ongwen Defence*, Prosecutor v. Ongwen, Public Redacted Version of 'Corrected Version of „Defence Closing Brief", filed on 24 February 2020', ICC-02/04-01/15-1722-Corr-Red (2020) Rn. 733.

904 Den abschließenden Charakter betonend *IStGH*, Prosecutor v. Bemba Gombo et al., Judgment on the appeals of the Prosecutor, Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Fidèle Babala and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled "Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute", ICC-01/05-01/13-2276-Red (2018) Rn. 77.

905 *IStGH*, Prosecutor v. Ongwen, Sentence, ICC-02/04-01/15-1819-Red (2021) Rn. 26 f.

906 *Ebd.* Rn. 28 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

D Zwischenergebnis

Der rechtskulturelle Kontext kann – wie bzgl. der entwürdigenden Behandlung (Art. 8 2) b) xxi) und Art. 8 2) c) ii)) und des Kulturgüterschutzes (Art. 8 Abs. 2 b) ix und Art. 8 Abs. 2 e) iv)) festgestellt – dann berücksichtigt werden, wenn die Schutzrichtung der jeweiligen Normen es verlangt, auch den gesellschaftlichen Kontext zu betrachten, um prüfen zu können, ob bzw. in welchem Maße ein durch die jeweilige völkerstrafrechtliche Norm geschütztes Rechtsgut tangiert ist. Da hierdurch nicht unterschiedliche Rechtsregime auf den gleichen Sachverhalt Anwendung finden sollen, liegt darin jedoch kein den Universalitätsanspruch des Völkerstrafrechts herausfordernder Rechtspluralismus. Auch Art. 21 Abs. 3 ist nicht tangiert.

Die Ausführungen zur Klärung konkreter Eigentumsverhältnisse als Aspekt des völkerstrafrechtlichen Eigentumsschutzes haben zudem gezeigt, dass die nähere Ausdeutung bestimmter ausfüllungsbedürftiger Tatbestandsmerkmale durch nationales Recht jedenfalls dann nicht im Widerspruch zum völkerstrafrechtlichen Universalitätsanspruch steht, wenn eine Frage überhaupt nur durch nationales Recht beantwortet werden kann. Eine Konsultation dieses – von Staat zu Staat variierenden – Rechts ist dann ebenfalls keine mit Blick auf Art. 21 Abs. 3 bedenkliche Ungleichbehandlung.

Einen Grenzfall bildet die Vorenthaltung eines fairen Verfahrens (Art. 8 Abs. 2 a) vi) und c) iv)). Denn einerseits ist es nicht grundsätzlich erforderlich, die Herkunft eines Individuums in den Blick zu nehmen, um dessen Beeinträchtigung durch ein „unfaires" Verfahren zu bewerten. Andererseits sind die völkerrechtlichen Regeln auch hier nur sehr rudimentär ausgestaltet, und das *assimilation principle* zeigt, dass es dem humanitären Völkerrecht bzgl. der Gewährung von Verfahrensrechten nicht völlig fremd ist, den rechtlichen Kontext als relativen Bezugspunkt heranzuziehen, sodass eine Berücksichtigung des rechtskulturellen Kontexts auch hier bereits zur näheren Bestimmung der Anforderungen an ein faires Verfahren notwendig sein könnte. Jedenfalls könnte eine Rechtfertigung aufgrund der in Teil 1 Kapitel 2 C erörterten Legitimitätserwägungen zu erwägen sein.

Relativierende Argumentationen, welche im Rahmen des Verfolgungstatbestands darauf abzielen, die Verbreitung einer diskriminierenden Praxis in der Rechtskultur des Angeklagten zu berücksichtigen, um zu bewerten, ob diese Praxis dem Verfolgungstatbestand unterfällt, sind hingegen zurückzuweisen. Denn die Beeinträchtigung, die ein Opfer durch den Entzug eines

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

grundlegenden Rechts erfährt, hängt jedenfalls im Grundsatz nicht davon ab, ob der Entzug in der betreffenden Kultur üblich ist.

Auch bei der Festsetzung einer angemessenen Strafe kann der IStGH vor allem mit Blick auf die Menschenwürde eines jeden Angeklagten bei der Strafzumessung nicht in Abhängigkeit von der Herkunft der Angeklagten unterschiedliche Strafzumessungsregime berücksichtigen.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel 3 Berücksichtigung des rechtskulturellen Kontexts bei der Ermittlung von (allgemeinen) Rechtsprinzipien und Völkergewohnheitsrecht?

A Präzisierung der allgemeinen völkerrechtlichen Rechtsquellenlehre durch Art. 21

Von der Rechtsquellenlehre des allgemeinen Völkerrechts unterscheidet sich Art. 21 des IStGH-Statuts vor allem dadurch, dass die (allgemeinen völkerrechtlichen) Rechtsquellen in Art. 21 hierarchisiert und präzisiert werden.[907] Nach Art. 21 Abs. 1 a) ist das IStGH-Statut selbst – ergänzt durch die Verbrechenselemente sowie die Verfahrens- und Beweisordnung – die vorrangige Rechtsquelle. An zweiter Stelle nennt Art. 21 Abs. 1 b) sonstige anwendbare Verträge sowie die Grundsätze und Regeln des Völkerrechts, einschließlich der anerkannten Grundsätze des internationalen Rechts des bewaffneten Konflikts. Obgleich nicht explizit erwähnt, umfassen die Grundsätze und Regeln des Völkerrechts unumstritten das Völkergewohnheitsrecht.[908] Demgegenüber sind die nach Art. 38 Abs. 1 c) IGH-Statut ebenfalls anwendbaren, „von den Kulturvölkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze" nach überwiegender Ansicht nicht von Art. 21 Abs. 1 b) IStGH-Statut, sondern lediglich von Art. 21 Abs. 1 c) IStGH-Statut erfasst.[909] Dieser lautet in der englischen Originalfassung:

> „Failing that [Rechtsquellen aus a) und c)], general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world including, as appropriate, the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime, provided that those principles are not inconsistent with this Statute and with international law and internationally recognized norms and standards."

Nur wenn der Gerichtshof nach Art. 21 Abs. 1 a) und b) durch die Auswertung völkerrechtlicher Regelungssysteme kein einschlägiges anwendbares

907 *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 233; *Pellet* in *Cassese/Gaeta/Jones* 2002, Vol. 2, S. 1051, 1076 ff.
908 *Schabas* 2020, S. 205 f.
909 *Pellet* in *Cassese/Gaeta/Jones* 2002, Vol. 2, S. 1073; *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 239.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Recht zu ermitteln vermag, sieht Art. 21 Abs. c) demnach die (subsidiäre) Möglichkeit vor, auf allgemeine Rechtsprinzipien (*general principles of law*) zurückzugreifen.[910] Diese allgemeinen Rechtsprinzipien sind im Gegensatz zu den in Art. 21 Abs. 1 a) und b) genannten Rechtsquellen aus einzelstaatlichen Rechtsvorschriften der Rechtssysteme der Welt abzuleiten.[911] Art. 21 Abs. 1 c) enthält dabei im Gegensatz zu Art. 38 Abs. 1 c) IGH-Statut die Besonderheit, dass nicht nur generell auf die einzelstaatlichen Rechtssysteme der Welt verwiesen wird, sondern zusätzlich explizit die einzelstaatlichen Vorschriften jener Staaten genannt werden, die im Regelfall Gerichtsbarkeit über das Verbrechen ausüben würden.[912]

Aufgrund dieser expliziten Erwähnung eines spezifischen Rechts in Art. 21 Abs. 1 c) soll untersucht werden, ob einem sich von Fall zu Fall unterscheidenden spezifischen Recht bei der Ermittlung und Anwendung allgemeiner Rechtsprinzipien durch den IStGH eine besondere Rolle zukommen kann.

B (Allgemeine) Rechtsprinzipien (Art. 21 Abs. 1 c))

I. Die klassische Methodik zur Ermittlung allgemeiner Rechtsprinzipien

1. Zur Methodik und Funktion des klassischen Rechtsvergleichs

a) Strafrechtsvergleichung im nationalen Recht

Im nationalen Strafrecht liegt die Aufgabe der Strafrechtsvergleichung darin, aus einem persönlichen, praktischen, möglicherweise auch wirtschaftlichen oder wissenschaftlichen Interesse die eigene Rechtsordnung mit einer fremden, divergierenden Rechtsordnung zu vergleichen. Ein solcher Rechtsvergleich kann dazu führen, dass sich die kulturelle Sensibilität

910 Die subsidiäre Natur der allgemeinen Rechtsprinzipien hervorhebend auch *IStGH*, Prosecutor v. Bemba Gombo et al., Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", ICC-01/05-01/13-2275-Red (2018) Rn. 291.

911 Diese Unterscheidung hervorhebend *Burghardt* in *Beck/Burchard/Fatah-Moghadam* 2011, S. 242.

912 Diese Besonderheit betonend auch *Jain,* HarvIntlLJ 57 (2016), S. 130.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

erhöht, dass in einem Lernprozess Erkenntnisse von der fremden Normordnung für das eigene Recht übernommen werden oder dass die Wertigkeit und Überzeugungskraft des eigenen Rechts bestätigt wird.[913] Fremdes Recht soll also ausgewertet werden, um so in die Feststellung des eigenen Rechts miteinzufließen. Dabei geht es gerade nicht darum, aus fremden Rechtsordnungen einen einheitlichen Rechtssatz für die Anwendung im eigenen Recht ermitteln zu wollen, sondern um den Vergleich d i v e r g e n t e r Lösungen.[914]

Häufig wird Recht dabei nicht lediglich als formal geltender Rechtssatz verstanden, sondern auch seine reale Funktion im sozialen und kulturellen Kontext untersucht.[915] Steht eine solche funktionale Herangehensweise im Vordergrund, ist Rechtsvergleichung keine rein normativ-dogmatische Disziplin, sondern eine solche, die auch Rechtssoziologie erfordert.[916]

b) Strafrechtsvergleichung durch den JStGH und andere internationale Tribunale

Während der IGH eher spärlich von allgemeinen Rechtsprinzipien Gebrauch gemacht und seine Rechtsfindung nie allein darauf gestützt hat,[917] haben internationale Straftribunale vor dem Hintergrund nur lückenhaft entwickelter völkervertraglicher oder völkergewohnheitsrechtlicher Rechtsgrundlagen bei der Ermittlung des anwendbaren prozessualen und materiellen Völkerstrafrechts in beträchtlichem Maße auch auf allgemeine Rechtsprinzipien zurückgegriffen.[918]

In Anlehnung an Art. 38 Abs. 1 c) IGH-Statut hat der JStGH hierzu verschiedene nationale Rechtsordnungen zunächst auf allgemeine Rechtsgrundsätze hin untersucht, um so gemeinsame Grundaussagen aufzustellen. Aus der formalen Geltung *(formal validity)* eines Rechtssatzes in einer

913 Einführend zur Aufgabe der Strafrechtsvergleichung im nationalen Recht siehe *Hilgendorf* in *Beck/Burchard/Fatah-Moghadam* 2011, S. 14 ff.
914 *Burghardt* in *Beck/Burchard/Fatah-Moghadam* 2011, S. 237 f., 249.
915 Die verschiedenen Ansätze zur Methodik der Strafrechtsvergleichung zusammenfassend *Hilgendorf* in *Beck/Burchard/Fatah-Moghadam* 2011, S. 21 f.
916 Zusammenfassend zu den funktionalen Ansätzen *ebd.* S. 22.
917 *Jain,* HarvIntlLJ 57 (2016), S. 120; *deGuzman* in *Ambos* 2022 Art. 21, Rn. 42.
918 *Jain,* HarvIntlLJ 57 (2016), S. 120 f.; für eine eingehende Analyse der Rechtsprechung völkerstrafrechtlicher Tribunale zu allgemeinen Rechtsprinzipien siehe *Raimondo* 2008.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gewissen Anzahl nationaler Rechtsordnungen folgte dabei nicht bereits die Anwendbarkeit auch vor dem JStGH; vielmehr behielt sich dieser bei der Ermittlung des von ihm anwendbaren Rechts stets eine qualitative Evaluation *(material validity)* der einzelstaatlichen Lösungen vor, dies insbesondere hinsichtlich der Übertragbarkeit auf das Völkerstrafrecht.[919] Eine einheitliche Praxis zur Funktion und Ermittlung allgemeiner Rechtsprinzipien weist die Rechtsprechung des JStGH dennoch nicht auf. So ist der Rechtsprechung des JStGH kein einheitlicher Maßstab zu der Frage zu entnehmen, weshalb und unter welchen Voraussetzungen das Auffinden eines Rechtssatzes in nationalen Rechtsordnungen die formale oder materielle Gültigkeit dieses Rechtssatzes als allgemeines, von einem internationalen Tribunal anwendbares Rechtsprinzip bewirkt.[920]

2. Methodische Herausforderungen beim Rechtsvergleich im Völkerstrafrecht

Ein methodisch einwandfreier Rechtsvergleich konnte bereits den internationalen Straftribunalen nicht gelingen,[921] obgleich diese sich im Vergleich zum IStGH insoweit noch in einer etwas komfortableren Situation befanden, als sie allgemeine Rechtsprinzipien in einem spezifischen Kontext entwickelten und daher die stärkere Betrachtung bestimmter, geografisch „näherer" Rechtsordnungen bei der notwendigerweise zu treffenden Auswahl eine gewisse Plausibilität beanspruchen konnte.

---

919 Siehe hierzu insbesondere *JStGH*, Prosecutor v. Furundžija, Judgement, Case No. IT-05-17/1-T (1998) Rn. 178, 194; diese Praxis des JStGH zusammenfassend *Burghardt* in *Beck/Burchard/Fatah-Moghadam* 2011, S. 241. Eine Unterscheidung zwischen *formal validity* und *material validity* vornehmend *Jain,* HarvIntlLJ 57 (2016), S. 117 f.

920 Aufgrund einer exemplarischen Analyse des Urteils der Berufungskammer gegen *Erdemović,* sowie der Urteile der Hauptverfahrenskammer gegen *Furundžija* und gegen *Kupreskić* gelangt zu diesem Schluss *Jain,* HarvIntlLJ 57 (2016), S. 121 ff. Nach ihrer Analyse der Fälle lässt die Rechtsprechung des JStGH ebenso offen, inwiefern allgemeine Rechtsgrundsätze naturrechtliche Argumentationen unterstützen, ob nationale Rechtsordnungen als *last resort* zur Verfügung stehen, wenn kein völkerrechtlicher Konsens besteht, und wie sich allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts von allgemeinen Grundsätzen des Völkerstrafrechts unterscheiden lassen.

921 Zu diesem deutlichen Fazit gelangend z.B. *ebd.* S. 129 und *Burghardt* in *Beck/Burchard/Fatah-Moghadam* 2011, S. 245.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Für den IStGH liegen die methodischen Schwierigkeiten zur Ermittlung allgemeiner Rechtsprinzipien zum einen in einem Strukturproblem der Rechtsvergleichung im Völkerstrafrecht begründet: Allgemeine Rechtsprinzipien können nach der in Art. 21 des IStGH-Statuts vorgenommenen Hierarchisierung nur dann zur Anwendung gelangen, wenn den übrigen Rechtsquellen keine Antwort auf eine Rechtsfrage zu entnehmen ist. Entgegen seiner originären Funktion im nationalen Strafrecht ist das Erkenntnisinteresse der Rechtsvergleichung im Völkerstrafrecht also gerade nicht darauf gerichtet, Rechtsordnungen in ihrer Unterschiedlichkeit zu untersuchen, sondern zielt auf das Auffinden eines einheitlichen Rechtssatzes bei Vorliegen einer Regelungslücke ab.[922] Im Vergleich zu den Statuten der *Ad-hoc*-Tribunale konnte mit dem IStGH-Statut zwar ein deutlich detaillierteres materielles Regelungswerk geschaffen werden. Dieses war das Ergebnis von Verhandlungen, bei denen sich die Delegierten stets auch in fremde Rechtskonstruktionen hineinversetzen mussten und sich so gewissermaßen „rechtsvergleichend" austauschten.[923] Diesen Austausch konnten die Delegierten mit der Formulierung des IStGH-Statuts zu einem beeindruckenden Abschluss bringen.[924] Dennoch verblieben Rechtsfragen, auf welche das IStGH-Statut entweder keine oder jedenfalls keine eindeutige Antwort zu geben vermag. Diese verbleibenden Lücken sind zum einen schlicht den begrenzten Ressourcen bei den Vorarbeiten und Verhandlungen zum IStGH geschuldet, welche es nicht erlaubten, auf jedes vor einem internationalen Strafgericht möglicherweise relevant werdende Problem eine Antwort im IStGH-Statut niederzuschreiben. Es besteht aber auch eine gewisse Vermutung, dass insbesondere jene Rechtsprobleme durch das IStGH-Statut gar nicht oder nicht eindeutig beantwortet werden, für welche keine sicheren völkergewohnheitsrechtlichen Grundlagen Pate standen und auf welche die nationalen Rechtsordnungen sehr unterschiedliche Antworten geben.[925] Besteht eine Lücke im IStGH-Statut also gerade

922 *Burghardt* in *Beck/Burchard/Fatah-Moghadam* 2011, S. 249.

923 *Hilgendorf* in *Beck/Burchard/Fatah-Moghadam* 2011, S. 18.

924 Diese Leistung insbesondere für den Allgemeinen Teil hervorhebend *Kreß,* HuV-I 1 (1998), S. 4.

925 *Jain,* HarvIntlLJ 57 (2016), S. 148. Beispielhaft genannt werden kann die fehlende explizite Regelung einer allgemeinen Unterlassensstrafbarkeit im IStGH-Statut oder die nur unvollständige Regelung von Strafausschließungsgründen im IStGH-Statut mit dem Verweis in Art. 21 Abs. 3 auf sonstige, aus dem nach Art. 21 anwendbaren Recht abzuleitende Strafausschließungsgründe, ähnlich *Mégret,* HarvHumRtsJ 33 (2020), S. 76.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

deshalb, weil weder auf eine von einem hinreichenden Konsens getragene völkergewohnheitsrechtliche Norm[926] zurückgegriffen werden kann noch der „rechtvergleichende" Austausch bei den Verhandlungen zum IStGH-Statut zu einem Konsens geführt hat, werden die Richter und Richterinnen des IStGH durch die Methodik des Rechtsvergleichs den einzelnen nationalen Rechtsordnungen kein übereinstimmendes allgemeines Rechtsprinzip entnehmen können.

Wird – um eine *Non-liquet*-Situation zu vermeiden – auf allgemeine Rechtsprinzipien zurückgegriffen,[927] geht mit der Ermittlung dieser Grundsätze also notwendigerweise eine rechtsschöpferische Tätigkeit einher.[928] Durch die Möglichkeit des Rückgriffs auf die allgemeinen Rechtsprinzipien und aufgrund etlicher mittels *constructive ambiguity* auslegungsbedürftig formulierter Merkmale haben die Vertragsstaaten dem IStGH daher einen gewissen Spielraum bei der Fortentwicklung des durch den IStGH anzuwendenden formellen und materiellen Völkerstrafrechts zugestanden.[929] Werden dabei Rechtssätze zur Anwendung gebracht, für welche angesichts fehlender völkervertraglicher oder -gewohnheitsrechtlicher Grundlagen ein tatsächlicher, hinreichender Konsens der Staatengemeinschaft gerade nicht existiert, könnte dies zu Widerspruch in der Staatengemeinschaft führen und daher für eine effektive Arbeit des IStGH schädlich sein, der in seinem Wirken zwingend auf die Kooperationsbereitschaft und das Wohlwollen der (Vertrags-) Staaten angewiesen ist.[930]

Sollen allgemeine Rechtsprinzipien nicht lediglich der Ermittlung prozessualer Vorschriften oder materieller, strafausschließender Normen dienen, sondern auch strafbegründend herangezogen werden können, ergeben sich angesichts des zweifelhaften Rechtsbewusstseins in der Bevölkerung hinsichtlich einer solchen, im Wege eines klassischen Rechtsvergleichs er-

926 Ein absoluter Konsens ist für die Geltung einer völkergewohnheitsrechtlichen Norm nicht erforderlich, sondern eine allgemeine Übung genügt, für welche eine hinreichende und repräsentative Zahl von Staaten an der Praxis beteiligt sein muss, vgl. *Dörr* in *Epping et al.* 2018 § 19, Rn. 11.

927 *deGuzman* in *Ambos* 2022 Art. 21, Rn. 43.

928 *Paulus* in *Besson/Tasioulas* 2010, S. 222.

929 Vgl. *Jain,* HarvIntlLJ 57 (2016), S. 147 f. mit weiteren Nachweisen. Zur Methode der *constructive ambiguity* im prozessualen Recht des IStGH siehe *Kreß,* JICJ 1 (2003), S. 605 f.; bzgl. der Definition von Geschlecht gemäß Art. 7 Abs. 3 als materielle Vorschrift siehe *Oosterveld,* IntFemJPolit 16 (2014), S. 568 und 574.

930 So beispielsweise *Burghardt* in *Beck/Burchard/Fatah-Moghadam* 2011, S. 251; ausführlich *Sluiter* in *Cassese/Acquaviva/Akande* 2009, S. 187 ff.; näher hierzu Teil 1 Kapitel 2 C V.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mittelten Norm zudem Bedenken sowohl mit Blick auf das Legalitätsprinzip als auch vor dem Hintergrund aller Straftheorien, die ein gewisses Normbewusstsein voraussetzen.[931]

Neben diesen strukturellen Bedenken mit Blick auf die Methodik des klassischen Rechtsvergleichs zur Ermittlung allgemeiner Rechtsprinzipien des materiellen Rechts würde ein umfassender, methodisch sauberer Rechtsvergleich außerdem immense (personelle und finanzielle) Ressourcen beanspruchen.[932] Daher ist fraglich, ob angesichts der begrenzten Ressourcen des IStGH ein solcher umfassender Rechtsvergleich jedenfalls derzeit[933] überhaupt ein erstrebenswertes Ziel darstellen kann.

Will das Völkerstrafrecht trotz der dargelegten Bedenken auch bei der Ermittlung strafbegründender, materieller Normen nicht vollständig auf die Anwendung allgemeiner Rechtsprinzipien verzichten[934] und auch nicht gänzlich vom Rechtsvergleich zur Ermittlung dieser Prinzipien absehen,[935]

---

931 Also insbesondere die präventiven und die expressiven Straftheorien, näher hierzu bereits Teil 1 Kapitel 2 C III. Aus diesem Grunde ebenfalls die Bedeutung des Recht des Tatortstaates hervorhebend *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 43 f.

932 Zu diesem Ressourcenproblem siehe z.B. *Burghardt* in *Beck/Burchard/Fatah-Moghadam* 2011, S. 248 f.

933 Sollte in Zukunft auch eine computerbasierte Rechtsvergleichung stärker zum Einsatz kommen, könnte das Ressourcenproblem etwas abgemildert werden. In Kooperation mit verschiedenen Forschungsinstituten arbeitet der IStGH in dem *Legal Tools Project* daran, eine umfängliche und leicht zugängliche Datenbank zu erschaffen, zugänglich unter https://www.legal-tools.org, zuletzt abgerufen am 21.02.2024. Zudem unternimmt das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht den Versuch, eine möglichst umfassende Datenbank für den Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts aufzubauen, zugänglich unter http://infocrim.org/#!/, zuletzt abgerufen am 21.02.2024.

934 Auch *Jain* plädiert trotz ihrer deutlich geäußerten Kritik an der völkerstrafrechtlichen Praxis zu Ermittlung und Anwendung allgemeiner Rechtsprinzipien nicht dafür, diese völlig aus den Rechtsquellen zu streichen, sondern fordert eine sehr zurückhaltende Anwendung, die beispielsweise durch eine stärkere Fokussierung auf die Auslegung vertraglicher Normen kompensiert werden könne, *Jain,* HarvIntlLJ 57 (2016), S. 145 ff. Denn ein Verzicht auf die Anwendung materieller, strafbegründender Rechtsprinzipien liefe darauf hinaus, sich bei allen „ungelösten" Rechtsfragen damit begnügen zu müssen, die Angeklagten freizusprechen, vgl. *ebd.* S. 114, 146.

935 So *Burghardt* in *Beck/Burchard/Fatah-Moghadam* 2011, S. 250 ff. mit dem Hinweis auf den Beschluss der Berufungskammer im Verfahren gegen *Lubanga*, *IStGH*, Prosecutor v. Lubanga, Decision on the Confirmation Charges, ICC-01/04-01/06-803-tEN (2007) Rn. 322 ff., in welchem der IStGH, statt rechtsvergleichende Überlegungen anzustellen, fast ausschließlich systemimmanent argumentiert. Da das Völkerstrafrecht in seiner heutigen Form sich gerade aus der Diversität der verschiedenen nationalen Strafrechtsordnungen entwickelt hat, ist nicht einzusehen, weshalb der

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

müssen Überlegungen angestellt werden, wie sich die klassische Methode des Rechtsvergleichs für eine sinnvolle Anwendung durch den IStGH modifizieren lassen könnte. Eine Möglichkeit könnte darin liegen, der notwendigerweise selektiven Rechtsvergleichung durch die Beachtung des sonst anwendbaren Rechts bei der Rechtsermittlung eine gewisse Plausibilität zu verleihen. Der Verweis in Art. 21 Abs. 1 c) auf das „sonst anwendbare Recht" wäre dann nicht lediglich als klarstellende Ergänzung zu verstehen, sondern würde dem IStGH bei der Ermittlung allgemeiner Rechtsprinzipien des materiellen Rechts einen spezifischen Rückgriff auf das sonst anwendbare partikulare Recht gewähren.

II. Art. 21 Abs. 1 c) als Öffnungstor für substanziellen Rechtspluralismus vor dem IStGH?

1. Vorfrage: Die Bestimmung des „im Regelfall die Gerichtsbarkeit ausübenden Staats"

Es stellt sich zunächst die Vorfrage, welches Rechtssystem „im Regelfall" zur Anwendung käme. Eine in den Vorentwürfen noch enthaltene Spezifizierung, welche Staaten normalerweise strafbefugt wären,[936] fand keinen Eingang in die endgültige Fassung des Art. 21 Abs. 1 c). Zum Teil wird vertreten, dass bereits eine Strafbefugnis nach dem Universalitätsprinzip ausreichend sei, um eine Zuständigkeit im Sinne von Art. 21 Abs. 1 c) zu begründen.[937] Dem lässt sich jedoch das systematische Argument entgegenhalten, dass dann jeder Staat strafbefugt wäre und der expliziten Hervorhebung einzelner nationaler Rechtsordnungen in Art. 21 Abs. 1 c) keine eigenständige Bedeutung zukäme.[938] Daher ist es überzeugender, einen spezifischen geografischen Bezug zu verlangen. Jedenfalls dürften ein „im Regelfall" zur Anwendung kommendes Rechtssystem das Recht des Tatortstaates und das des Heimatstaates des Angeklagten sein,[939] darüber hinaus

IStGH sich von dieser, sich bisher als erfolgreich erwiesenen Methode, abwenden sollte, *Mégret,* HarvHumRtsJ 33 (2020), S. 77 f., 97.

936 Siehe *PrepCom*, Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, A/CONF.183/2/Add.1 (1998), S. 46 Art. 20, Option 2.

937 *Edwards,* YaleJIntlL 26 (2001), S. 408.

938 *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 248 mit Fn. 552.

939 Auf das Territorialitätsprinzip und das Personalitätsprinzip verweisen z.B. *deGuzman* in *Ambos* 2022 Art. 21, Rn 46 und *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 248; spezifisch

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

möglicherweise auch das Recht des Heimatstaates der Opfer[940] sowie des Ortes, an welchem der Täter inhaftiert ist.[941]

2. Die Verankerung im sonst anwendbaren Recht als Aspekt der *material validity* eines allgemeinen Rechtsprinzips im konkreten Fall

Im Folgenden sollen vier Aspekte untersucht werde, welche durch die Berücksichtigung des sonst anwendbaren Rechts dem notwendigerweise selektiven Rechtsvergleich eine gewisse materielle Plausibilität verleihen könnten, um so manchen der bzgl. eines solchen „unterkomplexen" Rechtsvergleichs geäußerten Kritikpunkte zu begegnen: Erstens könnte das so ermittelte Recht für den Angeklagten eher vorhersehbar sein und folglich Bedenken hinsichtlich des Legalitätsprinzips abschwächen; zweitens könnte so die Legitimität völkerstrafrechtlicher Verfahren bzw. deren Wahrnehmung als legitim gestärkt werden; drittens könnte die Berücksichtigung des sonst anwendbaren Rechts der Verwirklichung all jener Strafzwecke dienlich sein, welche ein bereits bestehendes Vertrauen in die verletzte Norm oder das Empfinden der ausgesprochenen Strafe als gerecht zur Prämisse haben; viertens gilt dann eine gewisse Vermutung für den Konsens des betroffenen Staats hinsichtlich der Ausübung der Jurisdiktionsgewalt des IStGH, was einer auf Kooperation angewiesenen effektiven Strafverfolgung dienlich sein könnte.

a) Die Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit als Aspekt des Legalitätsprinzips

Besteht eine Regelungslücke, üben die Richter und Richterinnen des IStGH durch die Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze in gewissem Maße eine legislative Funktion aus. Auch das so ermittelte „Richterrecht" muss den durch das Legalitätsprinzip gestellten Anforderungen an die Vorhersehbarkeit und Zugänglichkeit der Norm entsprechen.[942] Aufgrund der mit einem klassischen Rechtsvergleich notwendigerweise einhergehenden

zur Bedeutung des Rechts des Tatorts bei der Strafzumessung *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 43-45.

940 *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 248.

941 *deGuzman* in *Ambos* 2022 Art. 21, Rn 46.

942 *Jain,* HarvIntlLJ 57 (2016), S. 143; näher zur Vorhersehbarkeit als Voraussetzung eines fairen völkerstrafrechtlichen Verfahrens bereits Teil 1 Kapitel 2 C IV.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Selektivität der untersuchten Rechtsordnungen wird es selbst einem ausgewiesenen Experten des Völkerstrafrechts kaum möglich sein, das Ergebnis dieses Rechtsvergleichs vorherzusehen. Umso mehr darf bezweifelt werden, dass bei fehlender völkervertraglicher oder -gewohnheitsrechtlicher Grundlage den Angeklagten ein durch einen Rechtsvergleich erst zu ermittelndes Rechtsprinzip tatsächlich vorhersehbar sein könnte.[943] Die daraus resultierenden Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit eines so ermittelten Rechtssatzes mit dem Legalitätsprinzip könnten gemindert werden, wenn ein bestimmter Rechtssatz – oder jedenfalls ein funktionales Äquivalent – im nationalen Strafrecht des Täters verankert ist.[944] Auch das IMT sowie die internationalen *Ad-hoc*-Tribunale und die hybriden Tribunale haben daher im Rahmen des Legalitätsprinzips in ihren Ausführungen zur Vorhersehbarkeit einer Norm – insbesondere bei der Ermittlung völkergewohnheitsrechtlicher Rechtssätze, jedoch auch bzgl. allgemeiner Rechtsprinzipien – immer wieder auch das nationale Recht des Tatorts oder des Heimatstaats des Täters als Referenzpunkt genannt.[945] So führte die Vorverfahrenskammer des Roten-Khmer-Tribunals hinsichtlich der Rechtsfigur des *JCE III* aus, dass es nicht ausreiche, wenn

> „a number of national systems, which can be regarded as representative of the world's major legal systems, recognise that a standard of mens rea lower than direct intent may apply in relation to crimes committed outside the common criminal purpose and amount to commission“[946].

Daher war die Vorverfahrenskammer nicht davon überzeugt, dass der Angeklagte eine Strafbarkeit nach der Rechtsfigur *JCE III* wegen nicht vom Plan umfasster, sich aber als natürliche Konsequenz ergebender Taten hätte vorhersehen können, selbst wenn sich die Verankerung dieser Rechtsfigur in einer signifikanten Anzahl nationaler Rechtssysteme hätte aufzeigen lassen können. Dies begründete die Vorverfahrenskammer auch damit, dass sich keine Regelung in dem zum Zeitpunkt der Tat anwendbaren kambo-

943 Ähnlich *Jain,* HarvIntlLJ 57 (2016), S. 145.

944 *Shany,* JICJ 11 (2013), S. 13 f.; *van der Wilt,* IntlCLR 10 (2010), S. 238; *Jain,* HarvIntlLJ 57 (2016), S. 143.

945 Die Berücksichtigung des Recht des Tatortortstaats durch völkerstrafrechtliche Tribunale als Aspekt der Legitimität völkerstrafrechtlicher Urteile analysierend *Shany,* JICJ 11 (2013), S. 10, 13 f., 19, 25 f und *van der Wilt,* IntlCLR 10 (2010), insbes. S. 236 ff.

946 *ECCC*, Decision on the Appeals against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enerprise (JCE), Ieng Sary, Ieng Thirith and Khie Samphan, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC38) (2010) Rn. 87.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dschanischen Recht finden ließ, welche dem Angeklagten hätte anzeigen könnte, dass diese erweiterte Form der Verantwortlichkeit strafbar sei.[947]

Mit Blick auf das zweite Nürnberger Prinzip, wonach eine fehlende Strafbarkeit nach nationalem Recht für eine völkerstrafrechtliche Verantwortlichkeit unschädlich ist,[948] wäre es zwar problematisch, die Verankerung eines Rechtssatzes im sonst anwendbaren nationalen Recht als notwendige Voraussetzung für die materielle Gültigkeit *(material validity)* eines allgemeinen Rechtsprinzips anzusehen. Diesem völkerstrafrechtlichen Grundprinzip steht es jedoch nicht entgegen, das sonst anwendbare nationale Recht in den Rechtsvergleich zu integrieren.[949]

Kennt das sonst anwendbare Recht zwar nicht die betreffende Rechtsfigur, jedoch immerhin ein funktionales Äquivalent, könnte die Einbeziehung des nationalen Rechts aufzeigen, dass dem Täter die Strafbarkeit seines Handelns aufgrund dieses funktionalen Äquivalents hätte vorhersehbar sein können.[950] Ist auch ein solches funktionales Äquivalent nicht nachzuweisen, müsste deshalb nicht notwendigerweise die Existenz oder Anwendbarkeit eines allgemeinen Rechtsprinzips im konkreten Fall verneint

947 *ECCC*, Decision on the Appeals against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enerprise (JCE), Ieng Sary, Ieng Thirith and Khie Samphan, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC38) (2010) Rn. 87. Die Hauptverfahrenskammer schloss sich der Vorverfahrenskammer darin an, die Rechtsnatur des *JCE III* als allgemeines Rechtsprinzip zu verneinen. Auf das von der Vorverfahrenskammer vorgebrachte Argument der fehlenden Vorhersehbarkeit mangels Verankerung im kambodschanischen Recht ging sie dabei jedoch nicht näher ein. Stattdessen stellte sie zusätzlich fest, dass eine eigene Analyse verschiedener nationaler Rechtssysteme das im *Tadić Appeal Judgement* gefundene Ergebnis bestätige, wonach *JCE III* mangels eines hinreichend einheitlichen Verständnisses in verschiedenen Rechtsordnungen nicht als allgemeines Rechtsprinzip qualifiziert werden könne. Der Wortlaut „the Chamber has additionally considered these arguments", *ECCC*, Decision on the Applicability of Joint Criminal Enterprise, 002/19-09-2007/ECCC/TC (2011) Rn. 36, könnte darauf hinweisen, dass der Ansatz der Vorverfahrenskammer jedenfalls nicht abgelehnt wurde.

948 *ILC*, Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, YBILC (1950) Vol. 2, Principle II, S. 192 Rn. 43.

949 Dies betont auch *van der Wilt,* IntlCLR 10 (2010), S. 238.

950 Mangels eines solchen funktionalen Äquivalents im zum Zeitpunkt der Tat anwendbaren kambodschanischen Recht verneinte der ECCC die Vorhersehbarkeit einer Strafbarkeit nach der Rechtsfigur des *JCE III* (also für Handlungen anderer, welche nicht vom gemeinsamen Plan umfasst sondern lediglich eine natürliche Konsequenz daraus waren), *ECCC*, Decision on the Appeals against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enerprise (JCE), Ieng Sary, Ieng Thirith and Khie Samphan, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC38) (2010) Rn. 87.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

werden. Es könnte aber die Argumentationslast erhöhen, warum dieser aus anderen nationalen Rechten ermittelte Rechtssatz im konkreten Fall für den Angeklagten dennoch vorhersehbar sein musste und daher materielle Gültigkeit beanspruchen kann.[951] So könnte es einen Unterschied machen, ob sich ein Rechtssatz bzw. ein funktionales Äquivalent zwar nicht in dem sonst anwendbaren Rechtsregime finden lässt, jedoch in einer ganz überwiegenden Anzahl nationaler Rechtsordnungen, oder ob das Ergebnis des klassischen Rechtsvergleichs eher paritätisch ausfällt. Auch könnte zu berücksichtigen sein, ob die zu bewertende Handlung sich einem vernünftigen Bürger so offenkundig als moralisch verwerfliche, unrechtmäßige und strafwürdige Verhaltensweise darstellen muss, dass – unabhängig von einer Pönalisierung durch das nationale Strafrecht – die fehlende Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit als Einwand nicht zu überzeugen vermag.[952]

b) Legitimitätserwägungen

Zudem könnte die Berücksichtigung des sonst anwendbaren nationalen Rechts als formeller Kontrollmechanismus fungieren, um sicherzustellen, dass nicht nur oder überwiegend die „großen" – in der Tradition des *common law* oder *civil law* stehenden – Rechtssysteme bei der Rechtsvergleichung Berücksichtigung finden, sondern der Internationale Strafgerichtshof aus einer möglichst unvoreingenommenen Perspektive das von ihm anzuwendende universelle Recht ermittelt und so die kulturelle Vielfalt der Menschheit, welche auch eine Vielfalt der Rechtskulturen umfasst, in

951 Ähnlich *Jain,* HarvIntlLJ 57 (2016), S. 143 f.; *Burghardt* in *Beck/Burchard/Fatah-Moghadam* 2011, S. 251. In dieser Weise für die Berücksichtigung nationaler Strafzumessungsnormen argumentierend, „unless clear countervailing considerations require it to play a lesser role", *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 43.

952 Hierzu grundlegend bereits *IMT*, Trial of the Major War Criminals (1947), S. 219: „[…]it is to be observed that the maxim nullum crimen sine lege is […] a principle of justice. To assert that it is unjust to punish those who in defiance of treaties and assurances have attacked neighboring states without warning is obviously untrue, for in such circumstances the attacker must know that he is doing wrong, and so far from it being unjust to punish him, it would be unjust if his wrong were allowed to go unpunished." Siehe außerdem z.B. *JStGH*, Prosecutor v. Milutinović et al., Nikola Šainović & Drgoljub Ojdanić, Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction - Joint Criminal Enterprise, IT-99-37-AR72 (2003) Rn. 42; *Luban* in *Besson/Tasioulas* 2010, S. 584 f.; *Jain,* HarvIntlLJ 57 (2016), S. 144 f. Dass mit einer solchen Argumentation auch naturrechtliche Erwägungen in die Rechtsfindung miteinfließen, ist unausweichlich.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

angemessener Weise achtet.[953] Würde bei der Fortentwicklung des Völkerstrafrechts durch die Ermittlung allgemeiner Rechtsprinzipien im Wege des Rechtsvergleichs ein Augenmerk auch auf jene Rechtsordnungen gelegt, die weniger starken Einfluss auf die Kodifizierung des IStGH-Statuts nahmen, könnte damit einer Tendenz entgegengewirkt werden, dass sich die hervorgehobene Stellung jener Rechtssysteme, auf welchen überwiegend bereits die Genese des bis dato geltenden völkergewohnheitsrechtlichen und völkervertraglichen Völkerstrafrechts beruht,[954] auch bei der Ausfüllung der in diesem Korpus noch bestehenden Rechtslücken fortsetzt.

Zwar wird auch das sonst anwendbare Recht häufig jedenfalls seine Wurzeln im *common law* oder *civil law* haben.[955] Dennoch könnte es die empfundene Legitimität der Ausübung der Strafgewalt durch den IStGH erhöhen, wenn sichergestellt ist, dass die Richter und Richterinnen bei der Ermittlung des von ihnen angewendeten Rechts die verschiedenen Rechtordnungen jedenfalls in ihrer derzeitigen Gültigkeit zunächst einmal unvoreingenommen gewichten und in ihrer Qualität bewerten. Wurde das sonst anwendbare Recht ursprünglich von einer Kolonialmacht eingesetzt, so ist es aufgrund des weiten Spielraums hinsichtlich der Auswahl der in die Rechtsvergleichung einfließenden Rechtssysteme[956] ebenfalls nicht ausgeschlossen, bei der Rechtsermittlung auch das vor Inkrafttreten des Kolonialrechts gültige Recht zu untersuchen.

Die Integration einzelstaatlicher Rechtsprinzipien und Normen bei ungeklärten Rechtsfragen – insbesondere aus solchen Rechtssystem, die weniger starken Einfluss auf die Kodifizierung des IStGH-Statuts nahmen –

953 Zur Vielfalt der Rechtskulturen als Schutzgut des Völkerstrafrechts vgl. *Raimondo,* IntlCLR 11 (2011), S. 300, der hierfür auf Abs. 1 der Präambel verweist: „Conscious that all peoples are united by common bonds, their cultures pieced together in a shared heritage, and concerned that this delicate mosaic may be shattered at any time." Ähnlich *Cheah* JICJ 17 (2020), S. 1037, 1054; auf die kulturelle Viefalt als Schutzgut verweisend auch *Al Hassan Defence*, Prosecutor v. Al Hassan, Public Redacted Version of „Submission for the Confirmation of Charges", ICC-01/12-01/18 (2019) Rn. 149; näher hierzu bereits Teil 1 Kapitel 2 C II. 1.

954 Vgl. *Kiyani,* JICJ 15 (2017), S. 625; *Drumbl* 2007, S. 123-128; *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 6 und 27 ff. Grundlegend zur Kritik an einem „eurozentrischen" Völkerrecht z.B. *Koskenniemi,* Rg 19 (2011); *Anghie* 2007; *Krueger* 2018; hierzu ausführlicher bereits Teil 1 Kapitel 2 C II. 2. a).

955 Dies anhand verschiedener Beispiele darlegend und daher den Schutz kultureller Vielfalt als für einen materiellen Rechtspluralismus sprechendes Argument hinterfragend *Kiyani*, JICJ 15 (2017), insbes. S. 638.

956 Vgl. *deGuzman* in *Ambos* 2022, S. Art. 21, Rn. 45 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

könnte mithin dazu beitragen, die vor dem IStGH geführten Verfahren weniger als von außen auferlegte (Zwangs-)Maßnahmen und eher als einen selbstbestimmten Beitrag zur Versöhnung zu begreifen und somit die Anerkennung und Akzeptanz des IStGH als legitimes Instrument der internationalen Gemeinschaft fördern.[957] Dabei käme es weniger auf das gefundene Ergebnis, sondern vor allem auf die gelieferte Begründung an:[958] Eine unvoreingenommene Auseinandersetzung mit dem sonst zuständigen Recht bei der Ermittlung allgemeiner Rechtsprinzipien könnte die Legitimität von Verfahren vor dem IStGH auch dann steigern, wenn dieses Recht im Ergebnis nicht zur Anwendung gelangt.[959]

c) Straftatverhinderung und die Verwirklichung anderer Strafzwecke

Findet bei der Ermittlung allgemeiner Rechtsprinzipien im Wege des Rechtsvergleichs auch das sonst anwendbare Recht Beachtung, könnte sich ein in dieser Weise ermittelter Rechtssatz eher als anschlussfähig für die primär betroffene Gesellschaft erweisen, als wenn der Rechtsvergleich völlig losgelöst von dem sonst anwendbaren Recht angestellt wird. Dies könnte sowohl dem vom IStGH verfolgten Ziel, zur Verhinderung der

957 Ähnlich *Shany,* JICJ 11 (2013), S. 14, 25 f.; *Combs,* YaleJIntlL 41 (2016), S. 44; *Badar/Higgins,* ICLR 17 (2017) S. 514; *Burghardt* in *Beck/Burchard/Fatah-Moghadam* 2011, S. 251 f.; dieses Argument ebenfalls anführend aber kritisch hinterfragend *van der Wilt,* IntlCLR 10 (2010), S. 239.

958 Ähnlich *Renteln,* SouthwestJIntL 18 (2011), S. 267 f., 273, 285; *Cheah* JICJ 17 (2020), S. 1036 ff.; *Badar/Higgins,* ICLR 17 (2017), S. 512 ff.

959 Hingegen beschränkte die Vorverfahrenskammer I des IStGH ihre – die systemimmanente Argumentation zur mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate unterstützenden – rechtsvergleichenden Erwägungen auf die Auswertung deutschen, spanischen und lateinamerikanischen Rechts, obgleich diese Staaten keinen unmittelbaren Bezug zu den *Katanga* oder *Chui* vorgeworfenen Taten aufweisen, vgl. *IStGH*, Prosecutor v. Katanga and Chui, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07-717 (2008) Rn. 502-505, 510. Dies kritisierend z.B. *Burghardt* in *Beck/Burchard/Fatah-Moghadam* 2011, S. 252 f. Die starke Anlehnung der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Täterschaft an die deutsche Dogmatik in seinem abweichenden Votum zur Entscheidung der Berufungskammer gegen *Ntaganda* ebenfalls kritisierend *Judge Eboe-Osuji* in *IStGH,* Prosecutor v. Ntaganda, Public redacted version of Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled 'Judgment', Partly concurring opinion of Judge Chile Eboe-Osuji, ICC-01/04-02/06-2666-Anx5-Corr (2021).

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schwersten Völkerrechtsverbrechen beizutragen,[960] dienlich sein, als auch der Verwirklichung weiterer Strafzwecke, welche eine Verankerung des verletzten Rechts im Rechtsbewusstsein der Normadressaten voraussetzen.[961]

Denn zum einen belegen empirische Studien, beispielsweise die Studie des IKRK „*The Roots of Restraint in War*", dass die Bereitschaft zur Normbefolgung stärker ist, wenn die Normadressaten sich mit der Norm identifizieren können.[962] Aus diesem Grund tritt das IKRK zunehmend mit Gelehrten des Islams und anderer Religionen in den Dialog, um Synergien und gemeinsame Prinzipien aufzuzeigen.[963]

Auch strafzwecktheoretische Erwägungen sprechen dafür, dass ein Verfahren oder eine Strafzufügung vor allem dann straftatverhindernd wirken kann, wenn die zugrundeliegenden Normen als legitim anerkannt werden oder jedenfalls im Rechtsbewusstsein verfestigt sind. Indem die positive Generalprävention Strafe als ein Verstärkungsmittel zur Normtreue charakterisiert, liegt ihr die Prämisse zugrunde, dass die Normadressaten der Völkerstrafrechtsordnung grundsätzliche Legitimität zuschreiben.[964] Zur Normbekräftigung wird eine durch den IStGH ausgesprochene Strafe bzw. ein vor dem IStGH geführtes Verfahren also nur dann beitragen, wenn die darin verhandelten Verbotsnormen oder die dadurch praktizierte Verfahrensordnung sich auch für die primär betroffene Gemeinschaft als anschlussfähig erweist.[965] Auch normorientierte, expressive Ansätze könnten dafür sprechen, bei der Ermittlung allgemeiner Rechtsprinzipien das Recht der primär betroffenen Gemeinschaft zu berücksichtigen, um sicherzustel-

960 So niedergelegt in Abs. 5 der Präambel des IStGH-Statuts.

961 Siehe hierzu bereits Teil 1 Kapitel 2 C III.

962 *ICRC*, The Roots of Restraint in War (2018) mit dem Hinweis, dass eine solche Identifikation insbesondere bei muslimischen Kombattanten zu religiösen Normen stark ausgeprägt sei; siehe hierzu auch *Al-Dawoody und Murphy* 2019, S. 552.

963 Zum Dialog zwischen dem IKRK und dem islamischen Recht siehe *ICRC*, The Roots of Restraint in War (2018); *ICRC,* Niger: Seminar on Islamic Law and Humanitarianism (2015) und *ICRC,* Egypt: Continuous Humanitarian Dialogue between the ICRC and Al-Azhar (2017).

964 *Werkmeister* 2015, S. 249; ähnlich *Günther* in *Beulke/Haffke/Popp* 2009, S. 88.

965 *Damaska*, ChiKentLRev 83 (2008), S. 335, 345, 349; ähnlich *Sloane,* StanJIntlL 43 (2007), S. 72, 76 f., 79; *Günther* in *Beulke/Haffke/Popp* 2009, S. 99 f.; *Werkmeister* 2015, S. 251. Wird hingegen gerade die Einübung von Zivilcourage, also Nonkonformität mit den von einem Unrechtsregime gesetzten nationalen Normen als Ziel der völkerrechtlichen Generalprävention benannt, ist die Verankerung der durch das Völkerstrafrecht geschützten Rechtgüter im Rechtsbewusstsein der primär betroffenen Gesellschaft keine Prämisse zur Verwirklichung des Strafzwecks. Zu diesem Ansatz grundlegend *Reuss* 2012, S. 15 ff., 19, 70; siehe außerdem *Nemitz* 2002, S. 167-169.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

len, dass sich Anknüpfungspunkte zu der in dieser Gemeinschaft gelebten, normativen Wirklichkeit finden lassen.[966] Denn reagiert ein internationales Gericht auf die Abweichung von solchen Normen, denen keine gelebte Wirklichkeit entspricht, so ist fraglich, ob dies von dem üblichen Verständnis des Strafens für die Störung einer bestehenden Ordnung gedeckt ist oder es vielmehr um die Errichtung einer neuen Ordnung geht.[967]

Folglich sprechen neben den empirischen Erkenntnissen zur Befolgung des humanitären Völkerrechts auch straftheoretische Erwägungen dafür, das sonst zuständige Recht bei der Ermittlung allgemeiner Rechtsprinzipien im Wege des Rechtsvergleichs zu berücksichtigen.

d) Unterstützung in der Staatengemeinschaft

Damit der internationale Strafgerichtshof sein erklärtes Ziel erreichen kann, der Straflosigkeit bei Völkerstraftaten ein Ende zu setzen,[968] ist er mangels einer eigenen Durchsetzungsgewalt auf die Unterstützung der Staaten angewiesen.[969] Ein Rückgriff auf partikulares Recht bei Rechtsfragen, die weder durch das primär anwendbare IStGH-Statut noch die Verbrechenselemente oder das Völkergewohnheitsrecht geregelt sind, ist insofern „souveränitätsschonender", als der IStGH seine Jurisdiktionsgewalt dann nur in Anwendung solcher Nomen ausüben kann, bzgl. derer die Vertragsstaaten entweder – sei es bei den Vertragsverhandlungen, sei es durch ihre von einer entsprechenden Rechtsüberzeugung getragene Staatenpraxis – einen Konsens gefunden haben oder hinsichtlich derer sich der Konsens des konkret betroffenen Staats wenigstens vermuten lässt, da sein nationales Recht bei der Rechtsermittlung Beachtung gefunden hat.

Indem ein solches Vorgehen zur Ermittlung allgemeiner Rechtsprinzipien den Staaten in ihrem Souveränitätsinteresse entgegenkäme, wäre dies der für den IStGH notwendigen staatlichen Unterstützung vermutlich zuträglich.[970]

966 Ähnlich *Werkmeister* 2015, S. 280.
967 *Jakobs* 2008, S. 118.
968 So ausdrücklich niedergelegt in Abs. 4 und Abs. 5 der Präambel des IStGH-Statuts.
969 Dies hervorhebend auch *Burghardt* in *Beck/Burchard/Fatah-Moghadam* 2011, S. 251.
970 Zu der für den IStGH erforderlichen Unterstützung durch die Nationalstaaten siehe z.B. *Damaska,* ChiKentLRev 83 (2008), S. 329 f., 345, 365.; *Kiyani,* JICJ 15 (2017), S. 624 f.; *Sluiter* in *Cassese/Acquaviva/Akande* 2009, S. 187 ff.; *Zhu,* JICJ 16 (2018), S. 1022 f. Ausführlicher diskutiert wurde dies bereits in Teil 1 Kapitel 2 C V.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Angesichts der primär politischen Gründe für den Widerstand gegen den IStGH mag diese Hoffnung naiv anmuten. Als kleine Randnotiz sei aber angemerkt, dass mit Israel und China sowie einigen arabischen Staaten bei den Vorarbeiten zu dem nach dem IStGH-Statut anwendbaren Recht vor allem Nichtmitgliedstaaten die direkte Anwendung nationalen Rechts erwogen hatten.[971] Werden Anknüpfungspunkte im sonst anwendbaren Recht bei der Ermittlung eines allgemeinen Rechtssatz aufgezeigt oder wird detailliert dargelegt, weshalb trotz fehlender Verankerung im sonst anwendbaren Recht das im Wege des Rechtsvergleichs ermittelte allgemeine Rechtsprinzip dennoch Gültigkeit beanspruchen kann, dürfte dies es den Staaten jedenfalls erschweren, sich der Kooperation mit dem Internationalen Strafgerichtshof dennoch zu verweigern und sich damit offen gegen die durch das Völkerstrafrecht geschützten Grundwerte zu stellen.[972] Daher erscheint die vorsichtige Hoffnung, dass eine explizite Auseinandersetzung mit dem sonst anwendbaren Recht bei der Ermittlung allgemeiner Rechtsprinzipien sich positiv auf die für den IStGH notwendige Anerkennung und Unterstützung durch die Nationalstaaten auswirken könnte, nicht völlig abwegig.[973]

3. Überprüfung dieser Deutung anhand der übrigen Auslegungsmethoden

Aufgrund der geringen Erfolgsaussicht eines klassischen Rechtsvergleichs zur Ermittlung allgemeiner Rechtsprinzipien im Völkerstrafrecht wurden einige systematische und teleologische Erwägungen dazu angestellt, weshalb einem sonst anwendbaren p a r t i k u l a r e n Recht zur Ermittlung eines a l l g e m e i n e n Rechtssatzes bei der Bewertung der materiellen Gültigkeit dieses Rechtssatzes eine besondere Bedeutung zuzumessen sein könnte. Im Folgenden soll nun geprüft werden, ob ein solches Verständnis von Art. 21 Abs. 1 c) auch im Übrigen unter Berücksichtigung aller Auslegungsmaxime möglich ist.

971 Vgl. *Saland* in *Lee* 1999, S. 214.
972 *Burghardt* in *Beck/Burchard/Fatah-Moghadam* 2011, S. 252.
973 Ähnlich *ebd.* S. 250 ff.; *Greenawalt,* IndLJ 86 (2011), S. 1103.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) Wortlaut

Der Zusatz in Art. 21 Abs. 1 c), wonach bei der Ermittlung allgemeiner Rechtsprinzipien „*as appropriate, the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime*" einzubeziehen sind, könnte dem natürlichen Wortsinn nach schlicht darauf hinweisen, dass anwendbare Rechtsprinzipien auch dem normalerweise strafbefugten Rechtssystem entnommen werden können, ohne damit diesem einzelstaatlichen Rechtssystem bei der Ermittlung der einschlägigen Rechtsprinzipien eine Sonderrolle beizumessen. Dafür spricht, dass Art. 21 Abs. 1 c) einen semantischen Widerspruch enthalten könnte, wenn nach dieser Norm allgemeine Rechtsprinzipien *(general principles)* aus einem partikularen (nationalen oder regionalen) Rechtssystem abzuleiten wären.[974] Zu diesem Aspekt schreibt *Per Saland,* der Vorsitzende der *Working Group on Applicable Law,* bei den Verhandlungen zum IStGH-Statut:

> „There is of course a contradiction between the idea of deriving general principles, which indicates that this process could take place before a certain case is adjudicated, and that of looking also to particular national laws of relevance to a certain case; but that price had to be paid in order to reach compromise."[975]

Allerdings ist eine Lesart, nach welcher die explizite Erwähnung des ansonsten strafbefugten Strafrechtssystems in Art. 21 Abs. 1 c) eine schlicht klarstellende Funktion einnimmt, dem natürlichen Wortsinn nach nicht zwingend. Weil das ansonsten naheliegende nationale Strafrecht an so prominenter Stelle hervorgehoben wird, ist es vielmehr mit dem Wortlaut ebenfalls vereinbar, diesem partikularen Recht bei der Rechtsfindung eine besondere Bedeutung zuzumessen.[976]

b) Ergänzende systematische und teleologische Erwägungen

Das Legalitätsprinzip, die Verwirklichung bestimmter Strafzwecke sowie die Effektivität und Legitimität völkerstrafrechtlicher Verfahren wurden be-

974 Siehe *deGuzman* in *Ambos* 2022 Art. 21, Rn. 10.
975 *Saland* in *Lee* 1999, S. 215.
976 Dies bzgl. einer rein semantischen Auslegung anerkennend auch *deGuzman* in *Ambos* 2022 Art. 21, Rn. 40.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

reits als teleologische Gründe identifiziert, welche die Berücksichtigung des sonst anwendbaren Rechts bei der Ermittlung allgemeiner Rechtsprinzipien sinnvoll erscheinen lassen. Auch wurde einleitend die Systematik des Art. 21 erörtert, in welcher die in Abs. 1 c) genannten allgemeinen Rechtsprinzipien als Rückfalloption konzipiert sind, die nur greifen kann, wenn den übrigen Rechtsquellen keine Antwort auf eine Rechtsfrage zu entnehmen ist.[977] Dabei besteht, wie einleitend dargelegt, eine gewisse Vermutung, dass insbesondere jene Rechtsprobleme durch das IStGH-Statut gar nicht oder nicht eindeutig beantwortet werden, für welche es an einer gesicherten völkergewohnheitsrechtlichen Grundlagen fehlt und auf welche die nationalen Rechtsordnungen sehr unterschiedliche Antworten geben.[978] Besteht eine Lücke im IStGH-Statut also gerade deshalb, weil keine von einem (völkergewohnheitsrechtlichen oder völkervertraglichen) Konsens getragene Rechtsquelle auffindbar ist, lässt sich dies als systematisches Argument für die Berücksichtigung des sonst anwendbaren Rechts reformulieren: Statt sich auf „den nationalen Rechtssystemen zugrundeliegende Prinzipien"[979] zu berufen und damit einen letztendlich auch von moralischen Erwägungen geleiteten und in gewissem Maße ergebnisorientierten Rechtsvergleich durchzuführen – dessen Resultat möglicherweise nicht mehr vom Konsens der Saaten getragen ist –, wäre es überzeugender, den Blick auf das naheliegende nationale Recht zu richten.[980]

In ähnlicher Weise argumentiert *Greenawalt* unter Berufung auf die *Separate and Dissenting opinion* von *Cassese* im Verfahren gegen *Erdemović* vor dem JStGH, dass es – sollte sich die völkergewohnheitsrechtliche Geltung eines Rechtssatzes nicht nachweisen lassen – mit Blick auf das Legalitätsprinzip überzeugender sei, das zum Tatzeitpunkt geltende nationale Recht zur Anwendung zu bringen, als einen letztendlich auf moralischen Wertungen beruhenden Rechtsvergleich durchzuführen.[981] In seiner *Separate and Dissenting opinion* schreibt *Cassese*:

977 *deGuzman* in *Ambos* 2022 Art. 21, Rn. 43.

978 *Jain,* HarvIntlLJ 57 (2016), S. 148. Beispielhaft genannt werden kann die fehlende explizite Regelung einer allgemeinen Unterlassensstrafbarkeit im IStGH-Statut oder die nur unvollständige Regelung von Strafausschließungsgründen im IStGH-Statut mit dem Verweis in Art. 21 Abs. 3 auf sonstige, aus dem nach Art. 21 anwendbaren Recht abzuleitende Strafausschließungsgründe, ähnlich *Mégret,* HarvHumRtsJ 33 (2020), S. 76.

979 So zustimmend z.B. *deGuzman* in *Ambos* 2022 Art. 21, Rn. 41.

980 Ähnlich *van der Wilt,* IntlCLR 10 (2010), S. 237.

981 *Greenawalt,* IndLJ 86 (2011), S. 1079, 1083.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> „In any event, even assuming that no clear legal regulation of the matter were available in international law, arguably the Appeals Chamber majority should have drawn upon the law applicable in the former Yugoslavia. In the former Yugoslavia and in the present States of the area the relevant criminal law provides that duress (called "extreme necessity") may amount to a total defence for any crime, whether or not implying the killing of persons. A national of one of the States of that region fighting in an armed conflict was required to know those national criminal provisions and base his expectations on their contents. Were ex hypothesi international criminal law really ambiguous on duress or were it even to contain a gap, it would therefore be appropriate and judicious to have recourse - as a last resort - to the national legislation of the accused, rather than to moral considerations or policy-oriented principles."[982]

Könnte der IStGH als *last resort* bei der Ermittlung materieller Rechtssätze unmittelbar auf ein nationales Recht zurückgreifen, würde der IStGH sein Recht nur oder jedenfalls vor allem für eine konkrete Situation fortbilden, Fragmentierungen in Abhängigkeit vom sonst zuständigen Recht zulassen und damit den Anspruch auf die Herausbildung eines universellen Völkerstrafrechts einschränken.[983] Wird das partikulare, sonst anwendbare Recht jedoch nicht unmittelbar als *last resort* herangezogen, sondern ist dessen Betrachtung lediglich einer von verschiedenen Aspekten, welche der IStGH in seinem notwendigerweise selektiv durchgeführten und wertenden Rechtsvergleich zur Ermittlung allgemeiner Rechtsprinzipien berück-

---

982 *JStGH*, Prosecutor v. Erdemović, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese on Judgement of 7 October 2007, IT-96-22-A (1997) Rn. 49.

983 Daher die Möglichkeit, nationales Recht im Rahmen von Art. 21 Abs. 1 c) unmittelbar zur Anwendung zu bringen klar verneinend *deGuzman* in *Ambos* 2022 Art. 21, Rn. 10, 40 f. Diesbezüglich eindeutig auch *IStGH*, Prosecutor v. Bemba Gombo et al., Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", ICC-01/05-01/13-2275-Red (2018) Rn. 291: „[…]the Appeals Chamber emphasises that the Court may only base its determinations on its own sources of law under article 21 of the Statute, which do not include national laws. In particular, the Appeals Chamber notes that, while, the Court, in accordance with article 21 (1) (c) of the Statute, can apply (exclusively as a subsidiary source of law) "general principles derived by the Court from national laws of legal systems of the world", no particular national law constitutes part of the applicable law under article 21 of the Statute."

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sichtigt,[984] könnte dies wie dargelegt mit Blick auf das Legalitätsprinzips, auf die Realisierung bestimmter Strafzwecke sowie Legitimität und Effektivität völkerstrafrechtlicher Verfahren vor dem IStGH die materielle Gültigkeit eines durch Rechtsvergleichung ermittelten Rechtssatzes erhöhen.

Allgemeine Rechtsprinzipien sind vor allem im aktuellen Stadium eines noch in Entwicklung befindlichen Völkerstrafrechts von Bedeutung, um eine weitere Ausdifferenzierung der völkerstrafrechtlichen Dogmatik zu ermöglichen.[985] Da der IStGH gemäß Art. 21 Abs. 2 vorherige Entscheidungen zwar berücksichtigen soll, jedoch nicht daran gebunden ist, könnte er ein unter Berücksichtigung des sonst zuständigen Rechtsregimes ermitteltes allgemeines Rechtsprinzip und die zugrundeliegenden Erwägungen in einem nachfolgenden Fall berücksichtigen; es stünde ihm aber auch offen, die materielle Gültigkeit in einem anderen Fall – möglicherweise ebenfalls unter Berücksichtigung des nunmehr sonst anwendbaren Rechts – anders zu bewerten. Etabliert sich eine universelle Norm allmählich, könnten insbesondere Bedenken hinsichtlich des Legalitätsprinzips und der Realisierung bestimmter Strafzwecke immer stärker in den Hintergrund treten, sodass sich fortschreitend eine einheitliche, völkerstrafrechtliche Dogmatik herauskristallisiert.[986]

Zwar ginge auch mit einer solchen Berücksichtigung des sonst anwendbaren nationalen Rechts eine mögliche Ungleichbehandlung verschiedener Täter und Täterinnen in Abhängigkeit von ihrer Herkunft einher. Das in Art. 21 Abs. 3 normierte Verbot benachteiligender Unterscheidung ist, wie in Teil 2 Kapitel 1 A dargelegt, jedoch nicht als absolutes Verbot der Ungleichbehandlung zu verstehen, sondern verlangt, ähnlich der in nationalen Rechtsordnungen oder regionalen Menschenrechtssystemen verankerten Diskriminierungsverbote, einen hinreichend gewichtigen Grund, um eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.[987] Abzuwägen wäre also im konkreten Fall, inwiefern das Legalitätsprinzip, die Realisierung bestimmter Strafzwecke sowie die Effektivität und Legitimität völkerstrafrechtlicher Verfahren vor dem IStGH eine mit der besonderen Berücksichtigung partikularen Rechts bei der Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze einher-

984 *Burghardt* in *Beck/Burchard/Fatah-Moghadam* 2011, S. 248 f., 253.
985 *Jain,* HarvIntlLJ 57 (2016), S. 148.
986 Ähnlich bzgl. der Berücksichtigung ruandischen Rechts durch den RStGH *Shany,* JICJ 11 (2013), S. 23.
987 Siehe hierzu ausführlicher Teil 2 Kapitel 1 A.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gehende Ungleichbehandlung verschiedener Angeklagter rechtfertigen.[988] Darüber hinaus ist der Nichtdiskriminierungsgrundsatz gerade in Fragen, zu denen sich weder eine einheitliche völkerrechtliche Norm herausbilden konnte noch ein die nationalen Rechtsordnungen in ihrer großen Mehrheit übergreifender allgemeiner Rechtsgrundsatz ermitteln ließ, kein sonderlich starkes Argument gegen die Berücksichtigung des sonst anwendbaren nationalen Rechts: Aufgrund der *de facto* bestehenden horizontalen und vertikalen Fragmentierungen muss die Ungleichbehandlung verschiedener Völkerstraftäter durch unterschiedliche zur Ausübung völkerstrafrechtlicher Jurisdiktionsgewalt berufener Gerichte dann ohnehin akzeptiert werden.[989] Zwar hat eine Ungleichbehandlung verschiedener Täter vor dem IStGH einen anderen Charakter als eine Ungleichbehandlung eines Täters durch den IStGH im Vergleich zu einem anderen, nationalen oder internationalisierten Tribunal. Ein absolutes, alle anderen Argumente notwendigerweise übertrumpfendes Argument gegen die besondere Berücksichtigung des sonst anwendbaren Rechts kann darin aufgrund der ohnehin hinzunehmenden Ungleichbehandlung unterschiedlicher Völkerstraftäter aber dennoch nicht liegen.[990]

c) Historie

Die größte Herausforderung bei der Formulierung des Art. 21 bestand darin, festzulegen, welcher Spielraum den Richtern und Richterinnen des IStGH bei der Rechtsanwendung eingeräumt werden sollte, um einerseits der unvermeidlichen Lückenhaftigkeit des noch jungen Völkerstrafrechts

988 Zur Abwägung des Legalitätsprinzips mit anderen Prinzipien *Jain,* HarvIntlLJ 57 (2016), S. 144 mit Fn. 197.

989 Ähnlich *Shany,* JICJ 11 (2013), S. 25.

990 So auch *Greenawalt,* IndLJ 86 (2011), S. 1101 f. Würde der IStGH eine Rechtsfigur zur Begründung strafrechtlicher Verantwortlichkeit anerkennen, das sonst zuständige Recht jedoch nicht, könnte dies insbesondere bei *self-referrals* problematisch sein, da der die Situation überweisende Staat so – rechtsmissbräuchlich – bewirken könnte, dass die von ihm überstellten Völkerstraftäter anders in die Haftung genommen werden als die „eigenen Leute". (Spiegelbildlich gilt dies für Situationen, in denen das sonst anwendbare Recht im Gegensatz zum IStGH einen Straffreistellungsgrund zuließe). Wäre in einer konkreten Situation eine solche missbräuchliche Anrufung des IStGH tatsächlich zu befürchten, könnte dies ein weiteres Argument dafür sein, das sonst zuständige Recht bei der Ermittlung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes zu berücksichtigen.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

begegnen zu können und andererseits den Anforderungen an das Legalitätsprinzip zu genügen und Souveränitätsinteressen der Staaten zu wahren.[991] Eine Minderheit von Staaten, die bei den Vorarbeiten zum IStGH-Statut unter Hinweis auf das Legalitätsprinzip bei fehlenden völkervertraglichen oder völkergewohnheitsrechtlichen Regeln für eine unmittelbare Anwendung nationalen Rechts durch den IStGH plädierte,[992] konnte sich nicht durchsetzen.[993]

Die Debatte setzte sich bei den Verhandlungen in Rom fort: Während einige Staaten statt des Verweises auf die Anwendbarkeit des sonst zuständigen nationalen Rechts „*as appropriate*" die Formulierung „*including especially the law of the national system* [...]" wünschten,[994] lehnten andere den Rückgriff auf einzelstaatliche Rechtsprinzipien zur Ermittlung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes ganz prinzipiell ab.[995]

Da sich ein echter Konsens bei den Verhandlungen nicht einstellte, konnte ein Kompromiss nur gefunden werden, indem die nach der Methode der *constructive ambiguity* gewählte Formulierung des Art. 21 Abs. c) die widerstreitenden Verhandlungspositionen beide noch mit dem Wortlaut in Einklang brachte.[996] Der insoweit unklare Wortlaut überlässt es dem IStGH, welche Bedeutung er dem sonst anwendbaren Recht bei der Ermittlung allgemeiner Rechtsprinzipien beizumessen gedenkt.[997]

Da der von manchen Staaten unter Hinweis auf das Legalitätsprinzip eingebrachte Vorschlag, als *last resort* einen unmittelbaren Rückgriff auf das sonst anwendbare nationale Recht zu gestatten oder dieses Recht jedenfalls durch die Formulierung „*especially*" besonders hervorzuheben, bei den Verhandlungen zum IStGH Statut mehrheitlich abgelehnt wurde, ist es mit der Entstehungsgeschichte der Norm schwerlich zu vereinbaren, die Veran-

991 *deGuzman* in *Ambos* 2022 Art. 21, Rn. 2, 9.
992 *PrepCom*, Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court. Volume 2, Compilation of Proposals, A/51/22[Vol.II] (1996).
993 *deGuzman* in *Ambos* 2022 Art. 21, Rn. 2 f.
994 *UNDCPEICC*, Report of the Working Group on Applicable Law, A/CONF.183/C.1/WGAL/L.2 (1998) Fn. 3.
995 *Ebd.* Fn. 4.
996 Zum Kompromisscharakter des Art. 21 Abs. c) vgl. *deGuzman* in *Ambos* 2022 Art. 21, Rn. 2, 5 f., 9; vgl. auch *Werle/Jeßberger* 2020, Erster Teil, Fn. 550 mit dem Hinweis, dass der semantische Widerspruch in der Formulierung des Art. 21 Abs. c) dem Kompromisscharakter der Norm geschuldet sei.
997 *deGuzman* in *Ambos* 2022 Art. 21, Rn. 10, 46.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kerung eines im Wege eines Rechtsvergleichs ermittelten Rechtsprinzips im sonst anwendbaren Recht zwingend zu verlangen.[998]

Diesem Recht aber eine gewisse Bedeutung zuzuschreiben, um die materielle Gültigkeit eines durch einen klassischen Rechtsvergleich ermittelten Rechtssatzes zu bewerten, könnte gerade den Kompromisscharakter des Art. 21 Abs. 1 c) widerspiegeln. Denn so könnten Bedenken hinsichtlich des Legalitätsprinzips bei der Anwendung allgemeiner Rechtsprinzipien ernst genommen werden, ohne dabei jedoch nationales Recht unmittelbar zur Anwendung zu bringen oder eine Verankerung in diesem Recht als notwendige Voraussetzung zu erklären und so den Universalitätsanspruch des Völkerstrafrechts aufzugeben.

4. Bisherige Entscheidungspraxis des IStGH

Bislang hat der IStGH allgemeine Rechtsprinzipien nur sehr zurückhaltend und explizit nur hinsichtlich prozessualer Aspekte[999] als Rechtsquellen herangezogen. Der Verweis in Art. 21 Abs. 1 c) auf das sonst anwendbare Recht fand in den Entscheidungen des IStGH kaum Beachtung.[1000]

In *Lubanga* beschäftigte sich die Hauptverfahrenskammer I beispielsweise mit der Frage, ob *witness proofing* eine etablierte Praxis in nationalen Rechtssystemen sei, die daher auch der IStGH anwenden könne.[1001] Der IStGH führte hierzu aus, dass es nicht genüge nachzuweisen, dass eine Praxis in zwei nationalen Rechtssystemen existiere, um ein allgemeines Rechtsprinzip zu begründen, insbesondere wenn beide angeführten Rechtssysteme dem gleichen Rechtskreis angehörten (hier dem *common*

998 Daher die Möglichkeit, nationales Recht im Rahmen von Art. 21 Abs. 1 c) unmittelbar zur Anwendung zu bringen klar verneinend *deGuzman* in *Ambos* 2022 Art. 21, Rn. 9 f., 40 f.

999 In den Entscheidungen des IStGH zur mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft stellt der IStGH zwar rechtsvergleichende Überlegungen an, zieht diese jedoch lediglich unterstützend zu einer systemimmanenten Argumentation heran und nicht um damit ein Rechtsprinzips i.S.d. Art 21 Abs. 1 c) zu begründen, vgl. z.B. *IStGH*, Prosecutor v. Katanga and Chui, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07-717 (2008) Rn. 502-505, 510.

1000 *deGuzman* in *Ambos* 2022 Art. 21, Rn. 47-49.

1001 *IStGH*, Prosecutor v. Lubanga, Decision on the Practices of Witness Familiarisation and Witness Proofing, ICC-01/04-01/06-679 (2006), Rn. 35 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

law) und der Verweis auf römisch-deutsche Rechtssysteme fehle.[1002] Im Ergebnis sagt der IStGH hier nur, dass die Praxis des *witness proofing* sich nicht als generelles Rechtsprinzip nachweisen lasse. Zu der Frage, welche Bedeutung dem sonst zuständigen einzelstaatlichen Rechtsprinzip bei der Rechtsfindung zukommt, äußert er sich nicht. Auch in der Entscheidung im Verfahren gegen *Nourain* und *Jamus* stellt die Berufungskammer bzgl. der Frage, ob ein Staatsanwalt unmittelbar zur Verteidigung wechseln dürfe, lediglich fest, dass es für den Nachweis eines allgemeinen Rechtsprinzips nicht ausreiche, ein solches in vier Staaten nachzuweisen. Einer Aussage dazu, w a s zum Nachweis eines solchen allgemeinen Rechtsprinzips im Einzelnen erforderlich sei – und damit auch, welche Bedeutung dem sonst anwendbaren Recht zukommen könnte –, enthält sich die Berufungskammer ausdrücklich.[1003]

In den wenigen auf den entsprechenden Zusatz in Art. 21 Abs. 1 c) explizit Bezug nehmenden Entscheidungen stellt der IStGH jedoch klar, dass er das sonst anwendbare Recht nicht unmittelbar zu Anwendung bringen dürfe und es außerdem in seinem Ermessen liege, ob er bei der Ermittlung allgemeiner Rechtsprinzipien das sonst anwendbare Recht überhaupt berücksichtigt:

> „[…] it must be noted that article 21 (1) (c) vests the Court with power to apply general principles of law, derived from national laws, but not to apply national laws directly […] and, finally, that, as expressed by the words "as appropriate", article 21 (1) (c) of the Statute vests the Court with discretion to derive such general principles also from the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime, but does not require the Court to do so."[1004]

1002 *IStGH*, Prosecutor v. Lubanga, Decision on the Practices of Witness Familiarisation and Witness Proofing, ICC-01/04-01/06-679 (2006) Rn. 41.

1003 *IStGH*, Prosecutor v. Nourain and Jamus, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber IV of 30 June 2011 entitled "Decision on the Prosecution's Request to Invalidate the Appointment of Counsel to the Defence", ICC-02/05-03/09-252 (2011) Rn. 33.

1004 *IStGH*, Prosecutor v. Muthaura et al, Decision on the "Request to Make Oral Submissions on Jurisdiction under Rule 156(3)", ICC-01/09-02/11-421 (2012) Rn. 11. Die unmittelbare Anwendbarkeit nationalen Rechts verneinte die Berufungskammer auch in *Bemba et al.* explizit, *IStGH*, Prosecutor v. Bemba Gombo et al., Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", ICC-01/05-01/13-2275-Red (2018) Rn. 291: „[…]the

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

5. Zwischenergebnis

Mit dem Universalitätsanspruch des Völkerstrafrechts und der Genese von Art. 21 Abs. 1 c) wäre es nicht vereinbar, wenn der IStGH bei Lücken im Völkergewohnheit das sonst anwendbare Recht unmittelbar als *last resort* zur Anwendung bringen könnte. Dies wird auch durch die wenigen bislang ausgesprochenen Entscheidungen des IStGH zu dem Zusatz in Art. 21 Abs. 1 c) auf das sonst anwendbare Recht bestätigt. Explizit dazu geäußert, ob er dem sonst anwendbaren Recht bei der Ermittlung eines allgemeinen formellen oder materiellen Rechtsprinzips durch Rechtsvergleichung eine besondere Bedeutung zumessen d a r f, hat sich der Gerichtshof bislang nicht.

Auch wenn die bisherige Praxis des IStGH nicht darauf hindeutet, hat die hier vorgenommene teleologische und systematische Betrachtung von Art. 21 Abs. 1 c) doch gezeigt, dass die Berücksichtigung des sonst anwendbaren Rechts dem Legalitätsprinzip, der Akzeptanz sowie der Effektivität völkerstrafrechtlicher Verfahren vor dem IStGH dienlich sein kann. Eine solche Interpretation von Art. 21 Abs. 1 c) ist im Übrigen weder durch den Wortlaut der Norm ausgeschlossen, noch steht ihr die Entstehungsgeschichte der Norm entgegen.

III. Alternative Deutung von Art. 21 Abs. 1 c): Rechtsvergleich zur besseren Vermittelbarkeit des gefundenen Rechts an die „betroffene Gesellschaft"

Will man dem Verweis auf das „sonst anwendbare Recht" mehr als eine rein klarstellende Funktion zugestehen, gleichzeitig aber – im Einklang mit dem grundsätzlichen Selbstverständnis und der bisherigen Praxis des Internationalen Strafgerichtshofs – keine Inkonsistenzen in der Anwendung materiellen Völkerstrafrechts durch die Berücksichtigung des sonst anwendbaren Rechts zulassen, könnte die von *Burghardt* entwickelte Interpretation zu

Appeals Chamber emphasises that the Court may only base its determinations on its own sources of law under article 21 of the Statute, which do not include national laws. In particular, the Appeals Chamber notes that, while, the Court, in accordance with article 21 (1) (c) of the Statute, can apply (exclusively as a subsidiary source of law) 'general principles derived by the Court from national laws of legal systems of the world', no particular national law constitutes part of the applicable law under article 21 of the Statute."

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Art. 21 Abs. 1 c) hierfür einen Weg aufzeigen. Angesichts der oben angeführten gravierenden Probleme hinsichtlich der Realisierbarkeit eines methodisch sauberen Rechtsvergleichs zieht *Burghardt* den Schluss, dass die Aufgabe des Rechtsvergleichs im Völkerstrafrecht nicht in der Rechtsfindung liegt, sondern in der Rechtsvermittlung.[1005] Seiner Ansicht nach kann Art. 21 Abs. 1 c) einschließlich des darin enthaltenen Verweises auf das sonst anwendbare Recht nicht so verstanden werden, vor dem IStGH anwendbare allgemeine Rechtsprinzipien durch eine Rechtsvergleichung einzelstaatlichen Rechtssystemen zu entnehmen. Vielmehr diene der Rechtsvergleich dazu, die durch das Völkerstrafrecht systemimmanent ermittelten anwendbaren Normen den nationalen Rechtsordnungen zu vermitteln:

> „Die Rechtsvergleichung dient nicht mehr der Einbeziehung fremden Rechts bei der Ermittlung des eigenen Rechts, sondern der Kommunikation des systemimmanent, mittels Auslegung gefundenen Ergebnisses. Nicht die Begründungsleistung rechtsvergleichender Überlegungen für die völkerstrafrechtliche Rechtsfindung ist entscheidend, sondern ihre Vermittlungsleistung nach außen. Rechtsvergleichung erhöht die Verständlichkeit und damit die Akzeptanz- und Anschlussfähigkeit der völkerstrafrechtlichen Praxis."[1006]

Mit einem solchen Verständnis zur Funktion der Rechtsvergleichung könnte der explizite Verweis auf das sonst zuständige Recht in Art. 21 Abs. 1 c) eine Berechtigung erfahren, ohne damit eine sich von Situation zu Situation unterscheidende Rechtsanwendung durch den IStGH zu riskieren.[1007]

1005 *Burghardt* in *Beck/Burchard/Fatah-Moghadam* 2011, S. 250 ff.

1006 *Ebd.* S. 251.

1007 *Ebd.* S. 253; zustimmend *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 248. Ebenfalls die Bedeutung der gelieferten Begründung für die vom IStGH angewandten Normen betonend *Renteln,* SouthwestJIntL 18 (2011), S. 267 f., 273, 285; *Cheah* JICJ 17 (2020), S. 1036 ff.; *Badar/Higgins,* ICLR 17 (2017), S. 512 ff.; *Damaska,* ChiKentLRev 83 (2008), S. 349.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

C Exkurs: Übertragbarkeit der bzgl. Art. 21 Abs. 1 c) gefundenen Ergebnisse auf das Völkergewohnheitsrecht?

I. Besondere Berücksichtigung der Staatenpraxis und *opinio juris* der von einer Tat primär betroffenen Staaten?

In abgeschwächter Form könnten sich die bzgl. der allgemeinen Rechtsprinzipien geäußerten Bedenken an der Vorhersehbarkeit und der für eine effektive Arbeit des IStGH essenziellen Zustimmung der Staaten zu den vom IStGH angewandten Normen auch für die Rechtsquelle des Völkergewohnheitsrechts formulieren lassen.

Zwar machen das subjektive Element der Rechtsüberzeugung sowie die – im Einzelnen umstrittene – Figur des *persistent objector*[1008] deutlich, dass dem Völkergewohnheitsrecht das Konsensprinzip zugrunde liegt und grundsätzlich jeder Staat nur an solche Normen gebunden ist, denen er sich freiwillig unterworfen hat.[1009] Jedoch wird das Konsensprinzip insofern aufgeweicht, als die Bindung an eine völkergewohnheitsrechtliche Norm im Gegensatz zum Vertragsrecht nicht auf einem *opting-in* beruht, sondern eher auf dem Verzicht auf ein *opting-out*.[1010] Denn auch Staaten, welche eine sich über die Zeit entwickelnde Staatenpraxis widerspruchslos hinnehmen, müssen die Bindungswirkung grundsätzlich gegen sich gelten lassen.[1011]

Hinzu kommt, dass für die Entstehung einer völkergewohnheitsrechtlichen Norm eine auf einer entsprechenden Rechtsüberzeugung beruhende Staatenpraxis zwar allgemein und gleichförmig sein muss – also eine hinreichende und repräsentative Zahl von Staaten eine im wesentlichen einheitliche Praxis üben muss –[1012], diese jedoch nicht notwendigerweise von allen oder auch nur der Mehrheit der Staaten geübt werden muss und dabei auch eine relativ kurzer Dauer zum Nachweis des objektiven Elements

1008 Zu den Voraussetzungen der Figur des *persistent objector* siehe *ILC*, Report of the International Law Commission on the Work of Its 68th Session, A/71/10 (2016) conclusion 15, Persistent Objector, S. 112 f. Ob China als *persistent objector* zu qualifizieren ist bzgl. einer völkergewohnheitsrechtlichen Regel, welche ohne einen Nexus zu Kriegshandlungen die Begehung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit auch zu Friedenszeiten erfasst diskutiert *Zhu,* JICJ 16 (2018), S. 1033 ff.

1009 *Dörr* in *Epping et al.* 2018 § 19, Rn. 2 f., 28 f.

1010 *Ebd.* § 19, Rn. 3, 28, 31.

1011 *Ebd.* § 19, Rn. 9, 28.

1012 Zum Erfordernis der Gleichförmigkeit siehe *ILC*, Report of the International Law Commission on the Work of Its 68th Session, A/71/10 (2016), Conclusion 8, S. 94.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

genügen kann.[1013] Daher könnte die tatsächliche Vorhersehbarkeit und Zugänglichkeit einer neuen oder gerade erst in Entstehung befindlichen (*nascent)* Norm insbesondere für jene Angeklagte zweifelhaft sein, deren Heimatstaaten an der Genese der Norm nicht aktiv beteiligt waren.[1014]

Auch die Akzeptanz eines Urteils auf Grundlage einer solchen Norm könnte in der „betroffenen" Gesellschaft geschwächt sein, was im Hinblick auf die Erreichung bestimmter Strafzwecke problematisch ist.[1015] Ebenfalls fraglich ist, ob ein Staat, der entweder nicht aktiv an der Entstehung der strafbegründenden Norm beteiligt war oder gar als *persistent objector* aufgetreten ist, eine strafrechtliche Verfolgung seiner Staatsangehörigen durch den IStGH auf Grundlage einer solchen Norm in praktischer und ideeller Hinsicht unterstützen würde.[1016]

Da es selten einen genau definierbaren Moment geben wird, ab welchem zweifelsfrei festgestellt werden kann, dass sich eine Norm als solche des Völkergewohnheitsrechts herauskristallisiert hat, sondern diese Feststellung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer völkergewohnheitsrechtlichen Norm immer auch eine wertende Entscheidung des Rechtsanwenders ist,[1017] lässt sich aufgrund der zuvor genannten Argumente fragen: Sollte insbesondere in Situationen, in welchen die völkergewohnheitsrechtliche

1013 Das Zusammenspiel von Dauer, Allgemeinheit und Gleichförmigkeit einer hinreichenden Praxis näher erläuternd *Dörr* in *Epping et al.* 2018 § 19, Rn. 13.

1014 So zweifelte in dem vor dem SLSGH geführten Verfahren die Verteidigung *Kanus* unter Verweis auf die seit Jahrzenten etablierte Praxis der Rekrutierung von Kindersoldaten durch alle Konfliktparteien und die fehlende Sanktionierung dieser Praxis durch die Staatsmacht die Vorhersehbarkeit einer völkergewohnheitsrechtlichen Kriminalisierung für ihren Mandanten an, *Kanu Defence*, Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu, Kanu Defence Trial Brief, SCSL-04-16-T (2006) Rn. 75 ff., 81, 124 ff., 131 f.; ebenfalls zweifelt *Judge Robertson* die Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit der Rekrutierung von Kindersoldaten für den aus Sierra-Leone stammenden Angeklagten an, *SLSGH*, Prosecutor v. Norman, Dissenting Opinion of Justice Robertson on Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), SCSL-04-14-AR72(E) (2004) Rn. 6. Zur Frage der Vorhersehbarkeit völkergewohnheitsrechtlicher Normen ausführlicher bereits Teil 1 Kapitel 2 C IV.

1015 Zur Bedeutung der Akzeptanz einer Norm in der primär betroffenen Gemeinschaft siehe Teil 1 Kapitel 2 C III.

1016 Dies bzgl. China als ständiges Mitglied des Sicherheitsrats anmerkend auch *Zhu,* JICJ 16 (2018), S. 1022 f. Gleichzeitig würde die Zuständigkeit nach dem Komplementaritätsgrundsatz gerade dann für den IStGH begründet, wenn ein Staat mangels Pönalisierung eines bestimmten Verhaltens *unable* zur Strafverfolgung ist.

1017 *Dörr* in *Epping et al.* 2018 § 19, Rn. 22.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Geltung einer strafbegründenden Norm Zweifeln ausgesetzt ist,[1018] in diese wertende Entscheidung einfließen, ob sich in den von einer konkreten Tat primär betroffenen Staaten eine von einer rechtlichen Überzeugung getragene tatsächliche Übung nachweisen lässt? Denn gelingt ein solcher Nachweis, könnte darin ein Indiz zum einen für die tatsächliche Vorhersehbarkeit und Zugänglichkeit der Norm für den Angeklagten liegen, zum anderen könnte ein in dieser Weise durch den IStGH ermitteltes Recht und eine darauf beruhende Entscheidung möglicherweise besser an die primär betroffene Gemeinschaft vermittelt werden und zudem die Chancen auf eine zur effektiven Strafverfolgung essenzielle Kooperationsbereitschaft der sonst zuständigen Staaten erhöhen.[1019]

Eine solche Methode, mit welcher der IStGH in seinen Entscheidungen keine allgemeine Aussage mehr über die abstrakte Geltung einer universellen völkergewohnheitsrechtlichen Norm treffen, sondern lediglich feststellen würde, ob sich in der konkreten Tat bzw. der untersuchten Situation individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit auf Grundlage einer völkergewohnheitsrechtlichen Norm begründen lässt, würde den universellen Geltungsanspruch des Völkergewohnheitsrechts – dem zufolge der Bestand einer entsprechenden Regel grundsätzlich nicht zur Disposition einzelner Staaten stehen kann –[1020] jedoch aufheben. Auch würde damit die induktive Methode, welche aus tatsächlich bestehender Staatenpraxis und *opinio juris* auf das Bestehen einer abstrakten, allgemeinen Regel schließt, grundsätzlich in Frage gestellt werden; eine Unterscheidung zwischen dem abstrakt-generellen Nachweis von Völkergewohnheitsrecht und der Subsum-

1018 So beispielsweise die völkergewohnheitsrechtliche Kriminalisierung der Rekrutierung von Kindersoldaten im Jahre 1996, vgl. *SLSGH*, Prosecutor v. Norman, Dissenting Opinion of Justice Robertson on Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), SCSL-04-14-AR72(E) (2004) Rn. 6.

1019 Aus diesem Grunde eine intensivere Auseinandersetzung mit der Position Chinas als ständiges Mitglied des UN-Sicherheitsrats bzgl. der Begehung von Menschlichkeitsverbrechen zu Friedenszeiten fordernd *Zhu,* JICJ 16 (2018), S. 1022 f.

1020 Vgl. *Dörr* in *Epping et al.* 2018 § 19, Rn. 24. Daher ist auch eine übereinstimmende Auffassung der beteiligten Staaten für den Nachweis geltenden Völkergewohnheitsrechts nicht ausreichend, siehe *ILC*, Report of the International Law Commission on the Work of Its 68th Session, A/71/10 (2016) Conclusion 2, Commentary Rn. 1 mit Fn. 253.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tion eines konkreten Einzelfalls unter eine Norm wäre dann kaum mehr möglich.[1021]

Zu einer solch tiefgreifenden Modifikation der klassischen Methode zum Nachweis einer völkergewohnheitsrechtlichen Norm gibt das IStGH-Statut keinen Anlass. Zum einen lassen sich die bzgl. der allgemeinen Rechtsprinzipien angestellten systematischen Überlegungen zur Berücksichtigung des sonst zuständigen Rechts nur sehr bedingt auf das Völkergewohnheitsrecht übertragen. Denn während auf allgemeine Rechtsprinzipien überhaupt erst dann zurückgegriffen werden kann, wenn keine Norm zur Verfügung steht, auf welche sich die Staaten im Wege eines völkerrechtlichen Vertrags oder eben durch die Herausbildung einer völkergewohnheitsrechtlichen Norm geeinigt haben, beruht die Genese einer völkergewohnheitsrechtlichen Norm auf dem Konsensprinzip.[1022] Durch die Figur des *persistent objector* besteht für die Staaten daher im Gegensatz zu einem im Wege eines klassischen Rechtsvergleichs ermittelten allgemeinen Rechtsprinzips jedenfalls grundsätzlich die Möglichkeit, der Bindung an eine völkergewohnheitsrechtliche Norm entgegen zu wirken. Aufgrund der gestaltenden Teilhabe der Staaten an der Genese einer völkergewohnheitsrechtlichen Norm sind die Bedenken hinsichtlich der Vorhersehbarkeit für den Angeklagten, der mit Blick auf die Verwirklichung bestimmter Strafzwecke wichtigen Verankerung im sonst zuständigen Rechtsregime und der zu erwartenden Kooperation der Nationalstaaten daher weniger stark als bei der Verurteilung aufgrund eines – im Recht des Herkunftsstaats nicht existenten – allgemeinen Rechtsprinzips.

Zudem enthält Art. 21 Abs. 1 b) – im Gegensatz zu Art. 21 Abs. 1 c) bzgl. der allgemeinen Rechtsprinzipien – in semantischer Hinsicht keinen Hinweis darauf, dass der IStGH in seiner Rechtsfindung von der allgemeinen, in der Völkerrechtsordnung fest verankerten Praxis zum Nachweis einer völkergewohnheitsrechtlichen Norm abweichen sollte, indem er der rechtlichen Überzeugung und Staatenpraxis der „sonst zuständigen" Staaten eine besondere Bedeutung bei der Rechtserkenntnis zuspricht.

Überzeugende Argumente, für den Nachweis einer individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit begründenden völkergewohnheitsrechtlichen

1021 Zur Unterscheidung zwischen dem Nachweis einer völkergewohnheitsrechtlichen Norm und der Subsumtion eines Einzelfalls unter eine solche Norm auch *Dörr* in *Epping et al.* 2018 § 19, Rn. 25.

1022 *Ebd.* § 19, Rn. 2 f., 28 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Norm eine entsprechende *opinio juris* und Staatenpraxis gerade bei den primär betroffenen Staaten zu fordern, lassen sich daher nicht formulieren.

Um die tatsächliche Vorhersehbarkeit einer Strafbarkeit nach einer völkergewohnheitsrechtlichen Norm als Aspekt des Legalitätsprinzips dennoch ernst zu nehmen[1023] und mit Blick auf die Verwirklichung bestimmter Strafzwecke sicherzustellen, dass eine Verurteilung nur dann erfolgt, wenn ein Verhalten tatsächlich einer allgemeinen Ächtung unterliegt, sollten jedoch grundsätzlich restriktive Anforderungen an den Nachweis einer individuelle Verantwortlichkeit begründenden universellen Strafnorm völkergewohnheitsrechtlicher Natur gestellt werden. Zudem sind aufgrund des Legalitätsprinzips geäußerte Bedenken weniger überzeugend, wenn der IStGH den Fokus überwiegend auf die *most responsible* Täter legt. Denn von diesen Tätern darf sowohl tatsächlich als auch normtheoretisch verlangt werden, dass sie, wenn sie sich durch ihre Taten in das Völkerrecht tangierende Sphären begeben, dann auch die dort geltenden Regeln kennen und einhalten.[1024]

Die aus anthropologischer und soziologischer Perspektive teilweise deutlich geäußerten Bedenken an der Verurteilung auf Grundlage völkergewohnheitsrechtlicher Normen bei mangelnder Verankerung der Norm im sonst anwendbaren Recht mögen damit nicht gänzlich aufzulösen sein.[1025] Ob und inwieweit diese Bedenken berechtigt sind, kann in dieser völkerstrafrechtlichen Arbeit nicht abschließend bewertet werden. Diese Zweifel dogmatisch aufzugreifen, indem die Methode zum Nachweis einer völkergewohnheitsrechtlichen strafbegründenden Norm grundlegend modifiziert wird, ist wie dargelegt kein gangbarer Weg. Denkbare Ansatzpunkte wären, die aus nationalen Besonderheiten resultierenden Bedenken hinsichtlich Fairness, Legalität und Effektivität entweder bereits bei dem grundsätzli-

1023 Und das Kriterium der tatsächlichen Vorhersehbarkeit nicht, wie es in der Lubanga-Entscheidung im vertragsrechtlichen Kontext anklingt, als eigenständiges Kriterium des Legalitätsprinzips auf der Ebene der Geltung der Norm gänzlich aufzugeben, siehe hierzu bereits Teil 1 Kapitel 2 C IV. 2. e).

1024 Die Kenntnis der Strafbarkeit der Rekrutierung von Kindersoldaten insbesondere bei den Führungspersonen voraussetzend z.B. *SLSGH*, Prosecutor v. Norman, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), SCSL-04-14-AR72(E) (2004) Rn. 52; *IStGH*, Prosecutor v. Lubanga, Decision on the Confirmation Charges, ICC-01/04-01/06-803-tEN (2007) Rn. 314.

1025 Aus diesem Grunde die Verurteilung von Angeklagten durch den SLSGH auf Grundlage eines völkergewohnheitsrechtlichen Verbots zur Rekrutierung von Kindersoldaten stark kritisierend *Kelsall* 2009, S. 146 ff., 231.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

chen Eingreifen des IStGH[1026] oder erst auf der Ebene der persönlichen Vorwerfbarkeit zu berücksichtigen.[1027] Die allgemeine, strafbewährte Ächtung eines Verhaltens durch eine völkergewohnheitsrechtliche Norm hingegen muss unabhängig von nationalen Begebenheiten festgestellt werden.[1028]

II. Regionales Völkergewohnheitsrecht?

Eine andere Frage ist es, ob von Art. 21 Abs. 1 b) regionales Völkergewohnheitsrecht umfasst sein könnte. Ganz überwiegend haben völkergewohnheitsrechtliche Normen einen universellen räumlichen Geltungsbereich und sind dementsprechend für alle Staaten bindend. Denkbar ist aber auch, dass sich bestimmte Werte und Anschauungen nur zwischen Staaten in einer bestimmten Region zu einer völkergewohnheitsrechtlichen Norm verdichten.[1029]

Sollten sich zum Beispiel in der institutionalisierten Wertegemeinschaft der Europäischen Union oder der Afrikanischen Union – bei Letzterer insbesondere im Fall des Tätigwerdens der im *Malobo*-Protokoll vorgesehenen, bislang jedoch noch nicht eingesetzten Strafkammern des Afrikanischen Menschenrechtsgerichtshofs – regionale, individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit begründende oder eine solche Verantwortlichkeit ausschließende Normen des Völkergewohnheitsrechts herausbilden, so stellt sich die Frage, ob auch der IStGH solches Gewohnheitsrecht mit eingeschränktem räumlichen Geltungsbereich anwenden könnte. Ist die Möglichkeit regionalen Völkergewohnheitsrechts grundsätzlich anerkannt und sollte es dazu kommen, dass in einer durch den IStGH untersuchten Situation sich regionale, völkerstrafrechtliche Normen des Völkergewohnheitsrechts nachweisen lassen, so würde der Wortlaut des Art. 21 Abs. 1 b) mit

1026 Ob dies ein gangbarer Weg ist wird näher erörtert in den Schlussbetrachtungen B II.

1027 Siehe hierzu Teil 2 Kapitel 4 B II. 1. c).

1028 Insoweit ist dem SLSGH also zuzustimmen, dass die Geltung völkergewohnheitsrechtlicher Normen nicht von nationalen Praktiken abhängen kann, siehe *SLSGH*, Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu, Judgement, SCSL-04-16-T (2007) Rn. 1251, ähnlich *SLSGH*, Prosecutor v. Norman, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), SCSL-04-14-AR72(E) (2004) Rn. 52. Dies kritisierend hingegen *Kelsall* 2009, S. 170.

1029 *Dörr* in *Epping et al.* 2018 § 19, Rn. 30 mit dem Hinweis, dass in Europa das Verbot der Todesstrafe als eine die Vertragsstaaten der EMRK bindende Regel des Völkergewohnheitsrecht anzusehen ist.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

seiner allgemeinen Verweisung auf die Grundsätze und Regeln des Völkerrechts der Berücksichtigung dieses partikularen Rechts nicht entgegenstehen. Auch die induktive Methode zum Nachweis von Völkergewohnheitsrecht würde durch die Anwendung regionalen Völkergewohnheitsrechts nicht grundsätzlich in Frage gestellt werden. Jedoch ginge damit eine partielle Aufgabe des Universalitätsanspruchs und eine erhebliche Fragmentierung materieller völkerstrafrechtlicher Normen einher. Ob dann noch von Völkerstrafrecht im strengen Sinne die Rede sein kann und von Verbrechen, welche – wie Abs. 4 der Präambel des IStGH-Statuts es verlangt – die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren, ist zweifelhaft.

Eine nähere Auseinandersetzung damit, ob eine solche mit der Anwendung regionalen Völkerstrafrechts einhergehende Einschränkung des Universalitäts- und Gleichheitsgedankens des Völkerstrafrechts zugelassen werden kann, um mit Blick auf die Legitimität und Effektivität völkerstrafrechtlicher Verfahren eine tatsächliche Verankerung der durch den IStGH angewendeten Normen in der primär betroffenen Gemeinschaft und den an einem Konflikt beteiligten Staaten zu gewährleisten, lohnt sich aber ohnehin erst, wenn solches Recht sich tatsächlich herausgebildet hat.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel 4: Berücksichtigung des (rechts-)kulturellen Kontexts bei der Bewertung der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit?

Wie in den vorherigen Kapiteln erörtert, kann der rechtskulturelle Kontext auf der Ebene der Geltung einer völkerstrafrechtlichen Norm nur sehr eingeschränkt Bedeutung erlangen. Ob und inwieweit ein solcher Kontext aber als persönlicher Umstand zu einem Ausschluss der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit führen kann, zur Bestimmung einer mit Blick auf die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit angemessenen Strafe zu berücksichtigen ist oder im Rahmen eines kulturspezifischen Beweises herangezogen werden kann, um das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmales oder die Voraussetzungen eines Strafausschließungsgrundes zu prüfen, soll in diesem abschließenden Kapitel untersucht werden.[1030]

A Ausschluss oder Minderung der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit: „A Cultural defense?"

I. Ausschluss der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit

Für die Bewertung des individuellen Vorwurfs einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit könnte die Kultur des Angeklagten insofern bedeutsam sein, als diese das Handeln des Angeklagten zwar nicht determinieren

1030 Wird lediglich die persönliche Verantwortlichkeit des Angeklagten ausgeschlossen, könnte eine Staatenverantwortlichkeit (möglicherweise verbunden mit der Verpflichtung zu Entschädigungszahlungen) trotzdem bestehen bleiben, dies anmerkend *Erickkson,* AFLRev 55 (2004), S. 297. Dies könnte beispielsweise dann zu sachgerechten Ergebnissen führen, wenn ein Staat es unterlassen hat, die Bevölkerung von der Geltung bestimmter Normen in Kenntnis zu setzen bzw. die Normen des IStGH-Statuts in nationales Recht zu transformieren – und so der Bevölkerung zugänglich zu machen. Im Verfahren gegen *Lubanga* versuchte die Verteidigung – im konkreten Fall jedoch wenig überzeugend – die strafrechtliche Verantwortlichkeit ihres Mandanten für die Rekrutierung von Kindersoldaten zu verneinen, da die Bevölkerung der Ituri Provinz nicht von der Geltung des IStGH-Statuts in Kenntnis gesetzt worden sei, *IStGH*, Prosecutor v. Lubanga, Decision on the Confirmation Charges, ICC-01/04-01/06-803-tEN (2007).

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mag, aber dennoch Dispositionen des Angeklagten für bestimmtes Verhalten beeinflussen könnte.[1031] Bei einem tieferen Verständnis der „gleichen" Behandlung aller Angeklagten könnte gerade das Gebot der gleichen Behandlung es erfordern, den kulturellen Hintergrund der Angeklagten zu berücksichtigen, um die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit zu bewerten:[1032]

> „[D]as Strafrecht [arbeitet] mit zwei tendenziell gegenläufigen Prämissen [...]: dem Gleichheitsgedanken einerseits und dem Konzept der individuellen Verantwortlichkeit andererseits. Während der Gleichheitsgedanke verlangt, dass eben alle gleich behandelt werden sollen, verlangt der zweite Grundsatz nach Individualisierung. Manche behaupten, erst dadurch werde Gleichheit erreicht. Für den Hausgebrauch muss man allerdings feststellen, dass der Gleichheitsgedanke eine gewisse Standardisierung verlangt, Individualisierung hingegen Differenzierung."[1033]

Im Rahmen des nationalen Strafrechts lässt sich inzwischen auf eine recht ausführlich geführte Debatte um *cultural defenses*[1034] und die Berücksichtigung des kulturellen Hintergrunds bei der Strafzumessung zurückgreifen.[1035] Hierbei wird unter anderem diskutiert, ob ein Angeklagter aufgrund seines spezifischen kulturellen Hintergrundes nach bestimmten Normen nicht bestraft werden sollte.[1036] Zunehmend finden sich auch im Völkerrecht Stimmen, die sich mit ähnlichen Fragen auseinandersetzen und erwägen, die Kultur des Angeklagten bei der Bewertung der Schuld miteinzubeziehen.[1037] Soll so lediglich ein im IStGH-Statut bereits enthaltener Strafausschließungsgrund modifiziert werden, könnte Art. 31 Abs. 2 als dogmatischer Ansatzpunkt dienen.

Als weiterer dogmatischer Weg wird eine Konstruktion über Art. 31 Abs. 3 i.V.m. Art. 21 Abs. 1 c) diskutiert. Obgleich der ISGH dem

1031 *Foblets/Renteln* 2009, Conclusion, S. 336; *Renteln,* SouthwestJIntL 18 (2011), S. 272.

1032 *Cheah* JICJ 17 (2020), S. 1035 f.: „In some cases, a 'thick' conception of equal treatment may require judicial recognition of an accused person's cultural background when it impacts the moral quality of the crime." Ähnlich *Lernestedt* in *Kymlicka/Lernestedt/Matravers* 2014, S. 33.

1033 *Jung,* JZ 67 (2012), S. 927.

1034 Z.B. *Valerius* 2011, S. 160 ff.; *Renteln* 2004.

1035 Z.B. *Sikora,* OhioStLJ 62 (2001).

1036 Ob es sich bei einem vorgebrachten *cultural defense* um einen Rechtfertigungsgrund oder einen Schuldausschließungsgrund handeln soll, wird unterschiedlich bewertet, dies erörternd beispielsweise *Chiu,* AmCrimLRev 43 (2006).

1037 Z.B. *Renteln,* SouthwestJIntL 18 (2011); *Higgins* 2018.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sonst anwendbaren Recht bei der Ermittlung allgemeiner (formeller oder materieller) Rechtsprinzipien bei der Rechtsvergleichung bislang keine hervorgehobene Bedeutung eingeräumt hat, wäre es nach dem in Teil 2 Kapitel 3 B gefundenen Auslegungsergebnis zu Art. 21 Abs. 1 c) möglich, das sonst anwendbare Recht in die Bewertung eines durch notwendigerweise selektive und damit auch ergebnisorientierte Rechtsvergleichung ermittelten Rechtssatzes einzubeziehen. Jedenfalls im aktuellen Stadium des noch heranwachsenden Völkerstrafrechts könnte es – wenn eine Rechtsfrage entscheidungsrelevant ist, für welche weder eine völkervertragliche noch eine gesicherte völkergewohnheitsrechtliche Regelung existiert – auch auf der Ebene der Strafausschließungsgründe sinnvoll sein, dem sonst anwendbaren Recht bei der Ermittlung allgemeiner Rechtprinzipien eine hervorgehobene Bedeutung zuzumessen.

Über Art. 31 Abs. 3 i.V.m. Art. 21 Abs. 1 c) hingegen eine generelle Möglichkeit für den Angeklagten zu eröffnen, seine kulturelle Prägung oder sein nationales Recht als Rechtfertigung oder Entschuldigung seiner Taten anzuführen, lässt sich weder mit der Entstehung der Norm begründen, noch wäre es mit dem zweiten Nürnberger Prinzip als einem der Grundpfeiler des Völkerstrafrechts in Einklang zu bringen, wonach eine Rechtmäßigkeit nach nationalem Recht für die individuelle völkerstrafrechtliche Verantwortlichkeit grundsätzlich unbeachtlich ist.[1038] Auf diesem Grundprinzip beruht auch die in Art. 32 Abs. 2 verankerte Wertung, dass grundsätzlich der – möglicherweise durch rechtskulturelle Prägung bedingte – falsche Glaube eines Angeklagten an die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens nicht zu einem Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit führen kann.[1039] In der Zusammenschau mit Art. 33, wonach Befehlen des Vorgesetzten grundsätzlich keine strafbefreiende Wirkung zukommt,[1040] folgt daraus der

1038 Das zweite Nürnberger Prinzip lautet: „The fact that internal law does not impose a penalty for an act which constitutes a crime under international law does not relieve the person who committed the act from responsibility under international law." (*ILC*, Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, YBILC (1950) Vol. 2, Principle II, S. 192, Rn. 43).

1039 „A mistake of law as to whether a particular type of conduct is a crime within the jurisdiction of the Court shall not be a ground for excluding criminal responsibility. A mistake of law may, however, be a ground for excluding criminal responsibility if it negates the mental element required by such a crime, or as provided for in article 33" (Art. 32 Abs. 2).

1040 Auf den Zusammenhang der Regelung zum Irrtum, zum Handeln auf Befehl und zum Notstand verweisend *Dinstein* 2016 Rn. 907.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

grundsätzliche Anspruch des Völkerstrafrechts gegenüber einem jeden Individuum, gegen die eigene Rechtsordnung aufzubegehren bzw. diese zu hinterfragen, wenn die Verletzung fundamentaler Rechtsgüter in der durch die Ausgestaltung der *core crimes* spezifizierten Art und Weise auf dem Spiel steht.[1041] Wann dies von einem Angeklagten nicht erwartet werden kann, ist in den Art. 31-33 normiert. Darin mag zwar keine abschließende Regelung aller denkbaren Verteidigungsgründe liegen, ein schlichter Hinweis auf die rechtskulturelle Prägung des Angeklagten genügt aber jedenfalls nicht, um einen solchen zu begründen.

II. Minderung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit

Soll der *cultural defense* als solcher nicht als Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungsgrund anerkannt werden, so stellt sich die Frage, ob er strafmildernd zu berücksichtigen sein könnte.[1042] Dabei geht es nicht um den bereits ausführlich erörterten Aspekt, inwiefern die Realisierung bestimmter Strafzwecke es verlangen könnte, den rechtskulturellen Kontext zu berücksichtigen, sondern um die Frage, ob der rechtskulturelle Kontext zu berücksichtigen ist, um eine mit Blick auf die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit angemessene Strafe zu bestimmen.

Gemäß Art. 78 Abs. 1 soll der Gerichtshof bei der Festsetzung der Strafe neben der Schwere des Verbrechens auch die persönlichen Umstände des Angeklagten berücksichtigen.[1043] Näher zu dieser Vorgabe verhält sich Rule 145 der Beweis- und Verfahrensordnung. Danach können Beachtung finden:

> Abs. 1 (c) *inter alia* to […] the circumstances of manner, time and location; and the age, education, social and economic condition of the convicted person.

1041 Zur Einübung von Zivilcourage als Ziel der völkerrechtlichen Generalprävention siehe grundlegend *Reuss* 2012, S. 15 ff., 19, 70; außerdem *Nemitz* 2002, S. 167-169. Dieses Prinzip jedoch ebenfalls als Ausdruck der westlichen Prägung des Völkerstrafrechts einordnend, das sich auf stark autoritär geprägte Gesellschaften schwerlich übertragen lasse *Chuter* 2003, S. 97.

1042 Dies im nationalen Kontext fordernd *Sikora,* OhioStLJ 62 (2001), S. 1695, 1728.

1043 „In determining the sentence, the Court shall, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence, take into account such factors as the gravity of the crime and the individual circumstances of the convicted person" (Art. 78 Abs. 1).

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> Abs. 2 (a) Mitigating circumstances such as: (i) The circumstances falling short of constituting grounds for exclusion of criminal responsibility, such as substantially diminished mental capacity or duress.

Diese Möglichkeit lässt auch die Berufungskammer im Verfahren gegen *Ongwen* anklingen: Zwar könne auf etwaige bis zum Zeitpunkt der Tathandlung fortwirkende traumatische Erfahrungen als Kindersoldat nicht verwiesen werden, um einen Strafausschluss nach Art. 31 Abs. 1 d) zu begründen. Über Rule 145 der Beweis- und Verfahrensregeln könnten diese Erfahrungen aber möglicherweise bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.[1044]

Einen weiteren Fall, in welchem ein internationalisiertes Gericht kulturelle Besonderheiten in die Bewertung der Schuld einbezogen hat, bietet das durch die osttimoresischen *Special Panels for Serious Crimes (SPSC)* gefällte Urteil gegen *Carlos Soares Carmona*. Hier ließen die *SPSC* den Glauben des Angeklagten an schwarze Magie als einen Bestandteil der osttimoresischen Kultur bei der Strafzumessung als mildernden Umstand einfließen. Der Angeklagte hatte erklärt, dass er das Opfer aus Rache getötet habe, weil dieser zuvor seine Kinder durch schwarze Magie umgebracht hätte.[1045]

> „The Defendant committed the murder because he was convinced by the victim himself that his two children had died as a consequence of magic. It might seem that a Court could not deem such a circumstance as relevant. However, the Special Panel believes that, since black magic is part of the East Timorese culture, especially in the countryside, the revenge against the assumed murder of the Defendant's children deserves some clemency."[1046]

1044 *IStGH*, Prosecutor v. Ongwen, Judgment on the appeal of Mr Ongwen against the decision of Trial Chamber IX of 4 February 2021 entitled "Trial Judgment", ICC-02/04-01/15-2022-Red (2022) Rn. 1425. Anders zuvor die Hauptverfahrenskammer, welche Rule 145 (2)(a)(i) als im konkreten Fall nicht anwendbar hielt, da bereits keine unmittelbare Gefahr bejaht werden konnte, *IStGH*, Prosecutor v. Ongwen, Sentence, ICC-02/04-01/15-1819-Red (2021) Rn. 108-111.

1045 Gemäß Section 3.1(a) und (b) der UNTAET Regulation 2000/15 vom 06. Juni 2000 konnten vor den SPSC sowohl internationale als auch nationale Verbrechen angeklagt werden. Die betreffende Tat wurde von den Sonderkammern nicht als Kriegsverbrechen, sondern als nationales Verbrechen eingeordnet, *SPSC*, Prosecutor v. Carmona, Case No.03 C.G.2000 (2001).

1046 *Ebd.* S. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ist dieses Urteil so zu verstehen, dass der kulturelle Hintergrund – wie beispielsweise im Rahmen der Ehrenmorde diskutiert[1047] – als solcher einen Strafmilderungsgrund darstellen soll, überzeugt dies nicht.[1048] Denn liegt dem Völkerstrafrecht, wie soeben ausgeführt, die Wertung zugrunde, dass dem Individuum grundsätzlich abverlangt werden kann, sich gegen sein rechtskulturelles Umfeld aufzulehnen, so ist jedenfalls ohne weiteren Begründungsaufwand nicht einzusehen, weshalb ein bestimmter rechtskultureller Hintergrund dennoch die Strafe mildern könnte.[1049]

Das Urteil lässt sich aber auch so lesen, dass – sofern die Verübung von Rache wegen der Tötung der eigenen Kinder vom anwendbaren Strafrecht bzw. dem angerufenen Gericht überhaupt als strafmildernd angesehen wird – der Glaube an schwarze Magie herangezogen werden kann, um zu bewerten, ob der Angeklagte tatsächlich daran geglaubt hatte, dass seine Kinder durch schwarze Magie umgebracht wurden. Dann würde sich wiederum die sogleich zu diskutierende Frage stellen, welche Bedeutung kulturspezifische Beweise zur Feststellung strafbegründender oder strafausschließender bzw. -mindernder Merkmale einnehmen können.

III. Resümee

Vage Empfehlungen, wie sie beispielsweise bzgl. des Urteils gegen *Al Mahdi* ausgesprochen worden sind, der IStGH hätte in diesem stark religiös geprägten Konflikt die religiösen Motive *Al Mahdis* – trotz dessen Schuldeingeständnisses – bei der Prüfung von Schuldausschließungs- oder Milderungsgründen stärker einbeziehen sollen,[1050] vermögen nicht zu überzeugen.

Erörtert werden soll in einem abschließenden verfahrensrechtlichen Exkurs aber, ob und inwiefern die Auseinandersetzung mit dem (rechts-)kul-

1047 *Baumeister* 2007, S. 171 f.

1048 So im nationalen Kontext auch *Valerius* 2011, S. 103, 291.

1049 Manche argumentieren jedoch, dass die moralische Vorwerfbarkeit, mithin die Schuld eines Täters geringer ist, wenn er es nicht geschafft hat, sich gegen seine staatlichen, religiösen oder sozialen Normen aufzulehnen. Daher für die Berücksichtigung des kulturellen Hintergrunds als möglichen Strafmilderungsgrund im nationalen Kontext plädierend *Sikora,* OhioStLJ 62 (2001), S. 1695, 1728; diese Möglichkeit auch für Internationale Strafgerichte andeutend *Cheah* JICJ 17 (2020), S. 1040.

1050 Dies fordernd *Badar/Higgins,* ICLR 17 (2017), S. 513; weniger deutlich auch *Cheah* JICJ 17 (2020), S. 1051 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

turellen Umfeld des Angeklagten *(cultural specific evidence)* – insbesondere auch bei der Beurteilung der Glaubhaftigkeit angeführter Verteidigungsgründe – zur Klärung des tatsächlichen Sachverhalts und der angemessenen Bewertung der persönlichen Vorwerfbarkeit dienlich ist.

B Beweisrecht: Culture Specific Evidence

I. Überblick

Von den bislang diskutierten Überlegungen zur allgemeinen Geltung einer Norm in Abhängigkeit von der Herkunft des Angeklagten oder der Anwendbarkeit einer Norm auf einen konkreten Sachverhalt zu trennen ist die Frage, welche Bedeutung der kulturellen Prägung des Angeklagten bei der Beweiswürdigung, also auf Tatsachenebene, zugemessen werden könnte. Eine intensivere Auseinandersetzung mit kulturspezifischen Beweisen bzw. eine – von manchen als *judicial empathy* bezeichnete[1051] – Offenheit für die Perspektive des Angeklagten könnte vor allem dann relevant werden, wenn es um die Bewertung solcher Merkmale geht, die entweder durch den Willen bzw. bestimmte Vorstellungen und Motive des Angeklagten geprägt sind oder zwischenmenschliche Beziehungen zum Gegenstand haben und daher „naturwissenschaftlichen" Beweisen ohnehin schwer zugänglich sind.[1052]

1051 Diesen Begriff verwendend beispielsweise *Bandes,* Cardozo Law Review Novo (2009), S. 136 und *Cheah* JICJ 17 (2020), S. 1050.

1052 Kulturspezifische Beweise könnten also beispielsweise hilfreich sein um festzustellen, ob einer der in Art. 31-33 IStGH geregelten Schuldausschließungsgründe vorliegt, so *Higgins* 2018, S. 104; *Cheah* JICJ 17 (2020), S. 1032 Fn. 1; *Renteln,* SouthwestJIntL 18 (2011), S. 267, 274. Für eine Berücksichtigung des kulturellen Hintergrundes des Täters zur Feststellung des nach Ansicht *Erickksons* erforderlichen spezifischen Vorsatzes im Rahmen von Art. 8 2) b) xxi) und Art. 8 2) c) ii) plädierend *Erickkson,* AFLRev 55 (2004), S. 288 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Denkbare Anwendungsfelder

1. Tatsachenirrtum und Rechtsirrtum

a) Allgemeines zu Art. 32 Abs. 1 und Abs. 2

Art. 32 regelt in Absatz 1 den Tatsachenirrtum und in Absatz 2 den Rechtsirrtum. Ein Irrtum kann danach nur dann zum Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit führen, wenn er die zur Begehung der Tat erforderlichen subjektiven Voraussetzungen aufhebt.[1053] Dies ist gemäß Art. 32 Abs. 1 regelmäßig dann der Fall, wenn der Täter einer Fehlvorstellung hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit unterliegt, er sich also über ein objektives, deskriptives Tatbestandsmerkmal irrt.[1054] Ein direkter Verbotsirrtum ist gemäß Art. 32 Abs. 2 hingegen grundsätzlich unbeachtlich. Einen Strafausschluss kann ein Rechtsirrtum – abgesehen von dem in Art. 33 (Handeln auf Befehl) geregelten Fall[1055] – nur dann bewirken, wenn er die subjektiven Voraussetzungen der Strafbarkeit aufhebt. Wann dieses Kriterium erfüllt ist, ist im Einzelnen umstritten.[1056] Nach den Ausführungen der Vorverfahrenskammer im Verfahren gegen *Lubanga* soll dies dann der Fall sein, wenn der Täter über die Bedeutung eines normativen Merkmals eines Völkerrechtsverbrechens irrt.[1057] Im Übrigen könne eine irrige

1053 Überwiegend wird daher angenommen, dass dieser Strafausschließungsgrund sich bereits aus Art. 30 ableiten lässt und Art. 32 demnach nur eine klarstellende Funktion einnimmt, *Triffterer/Ohlin* in *Ambos* 2022 Art. 32 Rn. 11, 25 f., 42; *Weigend* in *Achenbach et al.* 2011, S. 1390 f.; *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 725.

1054 Ein Irrtum hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen eines Strafausschließungsgrundes ist in direkter Anwendung von Art. 32 Abs. 1 nicht erfasst. Bzgl. eines solchen Irrtums wird aber entweder ein zur Straffreistellung führender allgemeiner Rechtsgrundsatz angenommen, so z.B. *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 731 oder die analoge Anwendung von Art. 32 vorgeschlagen, so z.B. *Eser* in *Cassese/Gaeta/Jones* 2002, Vol. 1, S. 945; ähnlich *Triffterer/Ohlin* in *Ambos* 2022 Rn. 14.

1055 Handelte der Angeklagte auf Befehl und unterlag gleichzeitig einem Rechtsirrtum, so kann die Strafe nach Art. 33 Abs. 1 ausgeschlossen werden, wenn die Anordnung nicht offensichtlich rechtswidrig war. Anordnungen, einen Völkermord oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu begehen, sind gemäß Art. 33 Abs. 2 immer offensichtlich rechtswidrig.

1056 Die verschiedenen Ansätze darstellend *Heller,* JICJ 6 (2008), S. 432 ff.

1057 *IStGH*, Prosecutor v. Lubanga, Decision on the Confirmation Charges, ICC-01/04-01/06-803-tEN (2007) Rn. 316: „[…]absent a plea under article 33 of the Statute, the defence of mistake of law can succeed under article 32 of the Statute only if Thomas Lubanga Dyilo was unaware of a normative objective element of the crime as a result of not realising its social significance (its everyday meaning)."

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rechtliche Bewertung lediglich bei der Festsetzung einer im Lichte der persönlichen Verhältnisse und der Schwere des Verbrechens angemessenen Strafe gemäß Art. 78 Abs. 1 i.V.m. Rule 145 Abs. 2 a) i) der Beweis- und Verfahrensordnung[1058] als fakultativer Minderungsgrund Beachtung finden.[1059] Das Völkerstrafrecht erlaubt damit unter der Rechtsfigur des Rechtsirrtums nach ganz überwiegender Meinung nur in sehr begrenztem Maße einen Strafausschluss.[1060]

Im Folgenden sollen Überlegungen angestellt werden, inwiefern kulturspezifische Beweise im Rahmen von Art. 32 Abs. 1 *(mistake of fact)* oder Abs. 2 *(mistake of law)* relevant werden können. Dabei sollen beispielhaft Situationen skizziert werden, in denen die Wahrnehmung bestimmter tatbestandsrelevanter Tatsachen für den Angeklagten von dessen kulturellem Hintergrund geprägt oder eine Fehlvorstellung hinsichtlich rechtlicher Voraussetzungen durch die kulturelle, etwa auch religiöse Sozialisierung des Täters bedingt sein könnte. Es soll danach gefragt werden, wie sich dies auf die Bewertung der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit auswirken könnte.

So u.A. auch *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 735 und *Triffterer/Ohlin* in *Ambos* 2022 Art. 32, Rn. 23, 47 f. Inwiefern dies hinsichtlich unvermeidbarer Verbotsirrtümer mit dem Schuldprinzip zu vereinbaren ist, wird sogleich näher erörtert.

1058 Rule 145 Abs. 2: „[…] the Court shall take into account, as appropriate: (a) Mitigating circumstances such as: (i) The circumstances falling short of constituting grounds for exclusion of criminal responsibility, such as substantially diminished mental capacity or duress […]."

1059 Zwar sieht Art. 32 Abs. 1 keinen expliziten Minderungsgrund vor, allerdings lässt sich ein Irrtum unter die persönlichen Verhältnisse subsumieren und kann auch die Schwere der Schuld und damit des Verbrechens beeinflussen, *Triffterer/Ohlin* in *Ambos* 2022 Art. 32, Rn. 40, 27.

1060 Von einem engen Anwendungsbereich des Rechtsirrtums ausgehend u.A. *Weigend* in *Achenbach et al.* 2011, S. 1392 f.; *Triffterer/Ohlin* in *Ambos* 2022 Art. 32, Rn. 34; *Eser* in *Cassese/Gaeta/Jones* 2002, Vol. 1, S. 934. Dem jedoch widersprechend und den Anwendungsbereich des Rechtsirrtums bei korrekter Anwendung des IStGH-Statuts als zu weit erachtend *Heller,* JICJ 6 (2008). Eine Übersicht zur Rechtsprechung internationaler und staatlicher Gerichte gibt *van Verseveld* 2012, S. 101 ff.; zur Bedeutung des kulturell bedingten Verbotsirrtums im deutschen Strafrecht siehe *Valerius* 2011, S. 171 ff. und *Jung,* JZ 67 (2012), S. 927.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Tatsachenirrtum

Ein Tatsachenirrtum kann sich zum einen auf schlicht deskriptive Merkmale beziehen. Ob ein solcher Irrtum vorliegt, erfordert die Bewertung der konkreten Umstände der Tat. Da diese deskriptiven Merkmale durch unsere fünf Sinne wahrgenommen werden können und gerade keine normative bzw. rechtliche Wertung durch den Täter verlangen,[1061] wird dessen rechtskulturelle Prägung als kulturspezifischer Beweise keine hervorgehobene Bedeutung einnehmen. Dennoch sind Situationen denkbar, in welchen auch die Wahrnehmung tatbestandsrelevanter Tatsachen durch die Sozialisierung des Angeklagten beeinflusst sein könnte.[1062] In diesen Fällen könnten kulturspezifische Beweise dann zur Bewertung der für diesen Strafausschließungsgrund alles entscheidenden Glaubwürdigkeit[1063] des angeführten Tatsachenirrtums herangezogen werden.

So existiert eine Vielzahl nationaler Jurisprudenz zu der Frage, wie mit dem mancherorts weit verbreiteten Glauben an Magie und mystische Kräfte vor Gericht umzugehen ist.[1064] Diskutiert werden dabei vor allem Fälle, in denen der Angeklagte zur Verteidigung anführt, dass er sich gegen eine übernatürliche Gefahr zur Wehr setzen musste.[1065] Eingebettet ist dieser Diskurs oftmals in die im angloamerikanischen Rechtsraum intensiv behandelte Frage des *Reasonable-man*-Standards zum Vorliegen einer Gefahr.[1066] In einem in Südafrika verhandelten Fall tötete ein Mann den noch im Kindesalter befindlichen Nachbarn angeblich in dem Glauben, dass es

1061 Zur Unterscheidung deskriptiver und normativer Merkmale siehe *van Sliedregt* 2003, S. 302; *Triffterer/Ohlin* in *Ambos* 2022 Art. 32, Rn. 21.

1062 *Cheah* JICJ 17 (2020), S. 1035.

1063 *Schabas* 2020, S. 245; *Dinstein* 2016 Rn. 878.

1064 Eine Darstellung von Urteilen afrikanischer Gerichte finden sich bei *Kelsall* 2009, S. 113 ff.; für eine Zusammenstellung asiatischer Rechtsprechung siehe *Cheah* JICJ 17 (2020), S. 1041 ff.

1065 Dass ein die Strafbarkeit ausschließender Tatsachenirrtum sowohl hinsichtlich objektiver, deskriptiver Tatbestandsmerkmale bestehen kann (Tatbestandsirrtum) als auch bzgl. Merkmale eines Schuldausschließungsgrundes (Erlaubnistatbestandsirrtum), wird überwiegend anerkannt, siehe beispielsweise *Eser* in *Cassese/Gaeta/Jones* 2002, Vol. 1, S. 937 ff.; *Ambos* 2013, S. 339. Teilweise wird auch zwischen einem vermeidbaren und einem unvermeidbaren Erlaubnistatbestandsirrtum differenziert, siehe hierzu *Triffterer/Ohlin* in *Ambos* 2022 Art. 32, Rn. 28.

1066 In der angloamerikanischen Rechtstradition muss sowohl die Gewaltanwendung in Art. 31 Abs. 1 c) als auch die drohende Gefahr in Art. 31 Abs. 1 d) nicht tatsächlich bestehen sondern es genügt, wenn sie in der vernünftigen *(reasonable)* Vorstellung des Täters existiert (siehe z.B. *Eser/Ambos* in *Ambos* 2022 Art. 31, Rn. 51 und

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sich dabei um ein böses Wesen handelte. Das südafrikanische Berufungsgericht unter Vorsitz des späteren JStGH-Anklägers *Goldstone* sah durch den angeführten Glauben die Schuld des Angeklagten gemindert:

> „Objectively speaking, the reasonable man so often postulated in our law does not believe in witchcraft. However, a subjective belief in witchcraft may be a factor which may, depending on the circumstances, have a material bearing upon the accused's blameworthiness. As such it may be a relevant mitigating factor to be taken into account in the determination of an appropriate sentence."[1067]

Aufgrund der grundsätzlichen dogmatischen Unterschiedlichkeit der im IStGH-Statut geregelten Strafausschließungsgründe und der diesbezüglichen dogmatischen Konstruktion im angloamerikanischen Rechtsraum lässt sich diese Diskussion nur bedingt auf das Völkerstrafrecht übertragen. Sofern ein Tatsachenirrtum auch hinsichtlich strafausschließender Merkmale anerkannt wird, wird aber auch der IStGH darüber entscheiden müssen, ob er angeführte Tatsachenirrtümer als glaubhaft erachtet.

Wird einem angeführten Tatsachenirrtum – beispielswiese aufgrund der rechtskulturellen Prägung oder Sozialisierung des Angeklagten – Glauben geschenkt, so entfallen die subjektiven Voraussetzungen und die Strafe ist, sofern die strafbegründende Norm Vorsatz verlangt, auszuschließen.[1068]

Cryer/Robinson/Vasiliev 2019, S. 388, 390). Näher zum Begriff der *reasonableness* im common law *Fletcher* in *Arnold* 2005, S. 739, 740 ff.

1067 *Supreme Court of South Africa*, The State V. Netshiavha (366/1987), ZASCA 101 (1990). Dies führte zu einer Strafmilderung von 10 auf 4 Jahren. Weiterführend zur Diskussion im afrikanischen Rechtsraum um den *reasonable man standard* siehe beispielsweise *Yeo*, JAfrL 53 (2009), S. 94 ff.; *Provost,* L/T/C 16 (2012), S. 202; *Kelsall* 2009, S. 113 ff.; *Seidman,* ICLQ 15 (1966), S. 1141 und *Comaroff/Comaroff*, AmEthnol 31 (2004).

1068 *Triffterer/Ohlin* in *Ambos* 2022 Art. 32, Rn. 26 f., 39. Wird Vorsatz ausnahmsweise, wie in Art. 28, nicht verlangt oder durch die Verbrechenselemente (in zulässiger Art und Weise) abbedungen, so kann die Strafbarkeit nicht nach Art. 32 Abs. 1 ausgeschlossen werden. (Eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit ist beispielsweise in Art. 6(e) (6) der Elements of Crime vorgesehen. Danach genügt es, dass der Täter wusste oder hätte wissen müssen, dass die überführten Kinder unter 18 Jahren waren.) Ein (kulturell bedingter) Tatsachenirrtum könnte dann allenfalls bei der Festsetzung einer im Lichte der persönlichen Verhältnisse und der Schwere des Verbrechens angemessenen Strafe gemäß Art. 78 Abs. 1 i.V.m. Rule 145 Abs. 2 a) i) der Beweis- und Verfahrensordnung als fakultativer Minderungsgrund Beachtung finden. Zwar sieht Art. 32 Abs. 1 keinen expliziten Minderungsgrund, allerdings lässt sich ein Tatsachenirrtum unter die persönlichen Verhältnisse subsumieren und kann auch

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Rechtsirrtum

Während kulturspezifische Beweise hinsichtlich des Vorliegens eines Irrtums bzgl. deskriptiver Merkmale *(mistake of fact)* wohl nur von untergeordneter Bedeutung sein werden, könnte ihnen im Rahmen von Art. 32 Abs. 2 größeres Gewicht zukommen.

aa) Irrtümer hinsichtlich rechtlich eingefärbter Tatbestandsmerkmale

Die durch Art. 32 Art. 2 gewählte Formulierung hat eine tiefgreifende Debatte darum entfacht, wann ein Rechtsirrtum *(mistake of law)* die subjektiven Voraussetzungen der Tat aufhebt. Die einzelnen Kriterien, die verwendete Terminologie, die zugrundeliegende dogmatische Konstruktion und sogar die Einschätzung, ob Art. 32 Abs. 2 einen zu weiten oder einen zu engen Anwendungsbereich erlaubt, sind dabei umstritten. Einigkeit scheint jedoch in der Grundannahme zu bestehen, dass hinsichtlich verschiedener Merkmalsarten, auf die sich ein Irrtum beziehen kann, zu unterscheiden ist und ein Irrtum über bestimmte, ausfüllungsbedürftige Merkmale[1069] einen anderen Charakter aufweist als ein „schlichter Verbotsirrtum", der das Unrecht der Tat im Ganzen betrifft.[1070] In unterschiedlichen Nuancen und unter Verwendung unterschiedlicher Terminologie erkennen dabei alle an, dass es rechtlich eingefärbte Merkmale gibt, hinsichtlich derer der Täter

die Schwere der Schuld und damit des Verbrechens beeinflussen, *ebd.* Art. 32, Rn. 27.

1069 In der englischen Literatur werden diesbezügliche Irrtümer als *mistake of legal element* bezeichnet, *Heller,* JICJ 6 (2008), S. 420.

1070 *Ebd.* S. 424.; *Kreß* in *Grützner/Pötz/Kreß*/Gazeas 2022, Vor III 26, Rn. 56. Zur möglichen Beachtlichkeit von Irrtümern über ausfüllungsbedürftige Merkmale siehe beispielsweise *Eser* in *Cassese/Gaeta/Jones* 2002, Vol. 1, S. 921 ff.; *Triffterer/Ohlin* in *Ambos* 2022 Art. 32, Rn. 31 ff.; *Weigend* in *Achenbach et al.* 2011, S. 1391 f. Zur Unterscheidung zwischen einem *mistake of law* (schlichter Verbotsirrtum) und einem *mistake of legal element* siehe *Heller,* JICJ 6 (2008), S. 423 f. Auch die Berufungskammer des JStGH wies die Möglichkeit eines Rechtsirrtums hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Anforderungen an die rechtmäßige Inhaftierung von Gefangenen nicht grundsätzlich ab, sondern sah die Kenntnis um die verfahrensrechtlichen Erfordernisse aufgrund der von der Hauptverfahrenskammer angeführten Beweisen als gegeben an, *JStGH*, Prosecutor v. Delalić et al, Appeal Judgement, IT-96-21-A (2001).

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

jedenfalls eine grundlegende Bedeutungskenntnis haben muss, um die subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen zu erfüllen.[1071]

In Kapitel 2 wurden ausfüllungsbedürftige Merkmale identifiziert, deren Deutung in Abhängigkeit von (rechts-)kulturellen Besonderheiten erwägenswert erschien. Gelangt man, beispielsweise hinsichtlich des Kriegsverbrechens der Verurteilung ohne ordentliches Verfahren (Art. 8 Abs. 2 a) vi) und c) iv)) oder bei der Prüfung des Entzugs grundlegender Rechte im Rahmen des Verfolgungstatbestandes (Art. 7 Abs. 1 h) und Abs. 2 g)), zu dem Ergebnis, dass diese ausfüllungsbedürftigen Merkmale zwar einen gewissen Bezug zu kulturellen Besonderheiten aufweisen, aber dennoch allein unter Berücksichtigung universeller Normen oder Werte zu bestimmen sind, könnte es gerade hinsichtlich solcher Merkmale plausibel sein, einen kulturell bedingten Irrtum als beachtlich anzusehen. Im Folgenden sollen die verschiedenen Ansätze zum Verständnis von Art. 32 Abs. 2 unter dem Aspekt beleuchtet werden, inwieweit kulturspezifische Beweise hilfreich sein könnten, um über die Beachtlichkeit eines Irrtums zu entscheiden.[1072]

(1) Weniger eine Theorie zur Anwendung von Art. 32 Abs. 2 als vielmehr eine faktische Einschränkung des möglichen Anwendungsbereichs des Rechtsirrtums ist die in den Verbrechenselementen getroffene Konkretisierung[1073] der subjektiven Anforderungen hinsichtlich diverser ausfüllungsbedürftiger (rechtlicher) Merkmale an ein Wissen um die (faktischen) Umstände *(factual awareness)*.[1074] Ob diese Klauseln, wie von Art. 9 Abs. 3

1071 *Heller,* JICJ 6 (2008), S. 425: „In each of these cases, the argument is the same: because all material elements require knowledge, and because knowledge requires the perpetrator to have at least some understanding of the legal definition of an element that references a non-penal rule of international humanitarian law, the failure to understand the definition of a legal element negates the mens rea required by the crime, requiring acquittal." Dieses Ergebnis unterfüttert *Heller* mit einer ausführlichen Auslegung von Art. 32 Abs. 2 in Bezug auf die Beachtlichkeit von *mistakes of legal elements* (S. 425-429).

1072 Unabhängig von den konkret anzuwendenden Kriterien wird dabei die Glaubwürdigkeit des angeführten Verteidigungsgrundes stets zentral sein, *Heller,* JICJ 6 (2008), S. 442 f. Ebenso wie bei der Feststellung eines geltend gemachten Tatsachenirrtums wird es bei dieser die innere Tatseite betreffenden Beweisfrage also besonders wichtig sein, dass die Richter und Richterinnen über genügend *judicial empahty* verfügen, um bewerten zu können, was sich der konkrete Angeklagte tatsächlich vorgestellt hat.

1073 Strittig ist, ob es sich dabei lediglich um eine Spezifizierung handelt oder um eine Modifizierung, *ebd.* S. 433.

1074 Siehe beispielsweise Art. 7 Abs. 1 k) (Element 3) der Verbrechenselemente.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verlangt, mit dem Statut in Einklang stehen, wird in der Literatur jedoch teilweise bezweifelt.[1075]

(2) Die Vorverfahrenskammer I folgte in der *Lubanga* Entscheidung dem aus dem deutschen Strafrecht bekannten Konzept der „Parallelwertung aus der Laiensphäre".[1076] Danach lassen sich ausfüllungsbedürftige Strafbarkeitsvoraussetzungen in n o r m a t i v e und r e c h t l i c h e Merkmale unterscheiden. Nur hinsichtlich der in diesem engen Sinne als normativ verstandenen Strafbarkeitsvoraussetzungen *(normative objective element)* kann der Täter einem die Strafbarkeit ausschließenden Irrtum unterliegen.[1077]

Hingegen wird bei in dieser Terminologie als „rechtlich" bezeichneten Merkmalen, also z.B. Wertprädikaten wie „unmenschlich" oder „schwer" oder gesamtbewertenden Merkmalen wie fehlender militärischer Notwendigkeit in Art. 8 Abs. 2 a) iv) bzw. Art. 8 Abs. 2 e) xii), nicht nach einem *value judgment* durch den Angeklagten gefragt, sondern dieser muss nur die tatsächlichen Umstände kennen. Indem das Werturteil hier allein durch die Völkerrechtsordnung vorgenommen wird, ist ein Irrtum des Täters ein unbeachtlicher Subsumtionsirrtum und kann grundsätzlich nicht zum Strafausschluss führen.[1078]

Ein (entweder bereits nach Art. 32 Abs. 1[1079] oder nach Art. 32 Abs. 2) relevanter Irrtum soll jedoch dann anzuerkennen sein, wenn der Angeklagte den sozialen Bedeutungsgehalt eines normativen Merkmals *(normative objective element)* nicht erkennt.[1080] Denn diese z.T. auch als „juristische

1075 *Heller* hält diese Klauseln mit Blick auf Telos und Entstehungsgeschichte des Art. 32 Abs. 2 und vor allem aufgrund des gemäß Art. 30 grundsätzlich verlangten Vorsatzes für eine unzulässige Modifizierung des IStGH-Statuts, *Heller,* JICJ 6 (2008), S. 433 f. Zur Zurückhaltung der *PrepCom* hinsichtlich der Einführung einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit siehe auch *Clark,* CrimLF 12 (2001), S. 321. Auch dürfte fraglich sein, ob allein die faktischen Kenntnisse um die Umstände der Tat dem Täter, unabhängig von dessen rechtskultureller Prägung, stets eine universell gültige rechtliche Bewertung ermöglichen.

1076 *IStGH*, Prosecutor v. Lubanga, Decision on the Confirmation Charges, ICC-01/04-01/06-803-tEN (2007) Rn. 294 ff., 316; so u.a. auch *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 735 und *Triffterer/Ohlin* in *Ambos* 2022 Art. 32, Rn. 23, 47 f. Diesen Ansatz hingegen als unvereinbar mit den im common law wurzelnden Art. 32 Abs. 2 erachtend *Heller,* JICJ 6 (2008), S. 436 ff.

1077 *Weigend* in *Achenbach et al.* 2011, S. 1391.

1078 *Triffterer/Ohlin* in *Ambos* 2022 Art. 32, Rn. 17, 23, 35, 49; *Kreß* in *Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas* 2022, Vor III 26, Rn. 56.

1079 So *Triffterer/Ohlin* in *Ambos* 2022 Art. 32, Rn. 17, 24.

1080 Siehe zu diesem Ansatz beispielsweise *Eser* in *Cassese/Gaeta/Jones* 2002, Vol. 1, S. 941 und *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 735. Manche messen dem Wörtchen „may" in

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Tatsachen" bezeichneten Merkmale muss der Täter kennen, um vorsätzlich zu handeln.[1081]

Insbesondere dann, wenn der soziale Bedeutungsgehalt eines solchen Merkmals einen kulturspezifischen Bezug aufweist, könnte es nach diesem Ansatz bei normativen Merkmalen bzw. „juristischen Tatsachen" hilfreich sein, den Rechts- und Kulturkreis des Angeklagten zu untersuchen, um eine Aussage darüber treffen zu können, welcher Inhalt einem rechtlichen Merkmal nach der „Parallelwertung aus der Laiensphäre" zugeschrieben wird. So könnte beispielsweise die durch Art. 8 Abs. 2 a) vi) und Art. 8 Abs. 2 c) iv) verlangte Einhaltung bestimmter Verfahrensgarantien – sofern diese universell zu bestimmen sind – bei einer – möglicherweise durch die rechtskulturelle Prägung bedingten – abweichenden Vorstellung des Angeklagten zu einem nach Art. 32 Abs. 2 beachtlichen Rechtsirrtum führen.[1082]

(3) Schließlich wird vorgeschlagen, den bereits an drei Stellen der Verbrechenselemente verwendeten Fahrlässigkeitsstandards (*should have known*)[1083] systematisch einzuführen für rechtliche Merkmale, hinsichtlich derer eine Fehlvorstellung um die rechtliche Bedeutung die subjektiven Voraussetzungen der Strafbarkeit nicht aufheben soll. Nach diesem von *Heller* geäußerten Vorschlag könnte so – entweder durch eine Änderung von Art. 30 oder von Art. 32 Abs. 2 – unterschieden werden zwischen durch das IStGH-Statut inkorporierten Regeln, die für jede Person (bzw. jeden Soldaten) offensichtlich sein müssen, und solchen, hinsichtlich derer nicht erwartet werden kann, dass sie zum allgemeinen Wissen einer am Konfliktgeschehen beteiligten Person gehören.[1084] Sollte sich dieser

---

Art. 32 Abs. 2 zudem eine entscheidende Bedeutung zu und sehen dadurch für das Gericht einen Entscheidungsspielraum eröffnet, einen von Art. 32 Abs. 2 grundsätzlich erfassten Irrtum anzuerkennen oder zurückzuweisen, so *Triffterer/Ohlin* in *Ambos* 2022 Art. 32, Rn. 38.

1081 *Kreß* in *Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas* 2022, Vor III 26, Rn. 56.

1082 Dieses Beispiel für einen beachtlichen Rechtsirrtum hinsichtlich eines normativen Elements anführend *Weigend* in *Achenbach et al.* 2011, S. 1391 f.; den in diesem Zusammenhang durch japanische Angeklagte vor den alliierten Militärgerichten hervorgebrachten *cultural defense* erörternd *Cohen* in *Kiesow/Ogorek/Simitis* 2012, S. 61 ff. Siehe außerdem *Kreß* in *Grützner/Pötz/Kreß/*Gazeas 2022, Vor III 26, Rn. 56, der als weiteres Beispiel noch das „feindliche Eigentum" in Art. 8 Abs. 2 b) xiii) nennt.

1083 Siehe Art. 8 Abs. 2 b) vii)-1, Art. 8 Abs. 2 b) vii)-2 und Art. 8 Abs. 2 b) vii)-4 der Verbrechenselemente.

1084 Eine Herabsetzung der subjektiven Anforderungen auf eine bloße Fahrlässigkeitsstrafbarkeit über die Verbrechenselemente erachtet *Heller* hingegen als unzulässig, siehe zum Ganzen *Heller,* JICJ 6 (2008), S. 435 f. und 443 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ansatz – entgegen dem mit der *Lubanga*-Entscheidung durch die Vorverfahrenskammer I eingeschlagenen Weg und trotz der ursprünglichen Zurückhaltung gegenüber einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit nach dem IStGH-Statut –[1085] durchsetzen, so könnte die oben angedeutete Diskussion um den *Reasonable-man*-Standard auch in anderen als den drei durch die Verbrechenselemente normierten Fällen für das Völkerstrafrecht relevant werden. Auch der IStGH müsste dann beantworten, ob und inwieweit die an einen *reasonable man* zu stellenden Erwartungen für jede Person auf der Welt einheitlich sind oder ob sie in Abhängigkeit von Herkunft und Sozialisierung divergieren können.[1086]

bb) Der direkte Verbotsirrtum

Zum Teil wird vertreten, dass Irrtümern bzgl. ausfüllungsbedürftiger Merkmale zwar keine grundsätzliche strafbefreiende Wirkung zukommen könne, jedoch ein allgemeiner Rechtsgrundsatz bestehe, der die Strafe bei einem *unvermeidbaren* Irrtum ausschließe.[1087] Nur so ließe sich die Regelung des Art. 32 Abs. 2 mit dem Schuldprinzip vereinbaren.[1088] Aufgrund der detaillierten technischen Regeln des humanitären Völkerrechts sei gerade bei den Kriegsverbrechen denkbar, dass die handelnden Akteure einem unvermeidbaren Irrtum unterliegen.[1089]

1085 Siehe hierzu *Clark,* CrimLF 12 (2001), S. 321 und *Eser* in *Cassese/Gaeta/Jones* 2002, Vol. 1, S. 903.

1086 Hierbei wäre auch zu bedenken, dass sich insbesondere die einzelnen Begehungsvarianten der Kriegsverbrechen als Abbildung von „offensichtlichem" Fehlverhalten im Kampfgeschehen europäischer Kriege entwickelt haben und daher – im europäischen Kontext – wenig Raum für die Verteidigung mit einem Rechtsirrtum ließen, *Triffterer/Ohlin* in *Ambos* 2022 Art. 32, Rn. 43.

1087 *Ebd.* Art. 32, Rn. 38; zustimmend *van Sliedregt* 2003, S. 305. *Heller* hält hingegen auch diesen Ansatz für unvereinbar mit dem im common law liegenden Ursprung des Art. 32 Abs. 2, *Heller,* JICJ 6 (2008), S. 441.

1088 So beispielsweise *Eser* in *Cassese/Gaeta/Jones* 2002, Vol. 1, S. 945; *Ambos* 2019 § 7, Rn. 99 f. Ebenfalls für eine entsprechende Anwendung des Art. 32 Abs. 2 plädierend *Satzger* 2020 § 15, Rn. 42. Zur Kritik an der durch Art. 32 Abs. 2 getroffenen Wertung mit Blick auf das Schuldprinzip siehe außerdem z.B. *Weigend* in *Achenbach et al.* 2011, S. 1392 f.

1089 *Weigend* in *Achenbach et al.* 2011, S. 1392 mit Fn. 1369. Ebenfalls insbesondere auf die detaillierten Regeln des humanitären Völkerrechts als Anwendungsbereich des Rechtsirrtums verweisend *Dinstein* 2016, Rn. 880; siehe hierzu auch bereits *British Military Court (Hamburg),* The Peleus Trial, in *UNWCC*, Law Reports of Trials of

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zudem könnten straftheoretische Erwägungen ein potenzielles Unrechtsbewusstsein der Normadressaten verlangen: Ist die Strafbarkeit nach einer (völkerstrafrechtlichen) Norm nicht vorhersehbar, wird der auf dem Gedanke der Straftatverhinderung durch Strafandrohung beruhende Strafzweck der negativen Generalprävention kaum zu verwirklichen sein.[1090] Auch mit Blick auf die positive Generalprävention, welche eine Rechtsordnung durch Strafe auf Unrecht stabilisieren, jedenfalls in ihrer klassischen Ausprägung aber nicht erschaffen will, könnte es problematisch sein, wenn es den Normadressaten am tatsächlichen Rechtsbewusstsein fehlt.[1091]

Die rechtskulturelle Sozialisierung des Täters könnte dabei ein Indiz darstellen, um zu bewerten, ob dem Täter tatsächlich die Einsichtsfähigkeit in das Unrecht fehlte und der Irrtum für den Täter unvermeidbar war.[1092] Insbesondere in Situationen, in welchen das betreffende Verhalten nicht nur nach dem anzuwendenden staatlichen Recht, sondern zusätzlich durch eine deckungsgleiche oder unterstützende religiöse Norm gerechtfertigt ist, könnte die tatsächliche Einsichtsfähigkeit des Täters in das Unrecht der Tat zweifelhaft sein.[1093] Jedoch müssen die Irrtumsregeln zum Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit in dem Bewusstsein angewendet werden, dass Völkerstrafraten – zumindest sofern sie durch Gefolgschafts-

War Criminals, Vol. 1 (1947), S. 12: „It is quite obvious that no soldier can carry with him a library of international law, or have immediate access to a professor in that subject […]."

1090 So auch *Stuckenberg* 2007, S. 488-491; *Greco* 2009, S. 361 und *Werkmeister* 2015, S. 199, 205 f. mit der Anmerkung, dass „die Adressaten des Völkerstrafrechts bis zur Grenze des Verbotsirrtums verpflichtet sind, sich über die Vorgaben des IStGH-Statuts in Kenntnis zu setzen."

1091 *Jäger* in *Lüderssen* 1998, S. 136; *Werkmeister* 2015, S. 239 ff.; siehe hierzu auch bereits *Jescheck* 1952, S. 196.

1092 Dass mit der Beachtung eines kulturellen Glaubens erst auf der Ebene der persönlichen Vorwerfbarkeit diese kulturspezifische Besonderheit auf einen Irrtum reduziert wird und im Übrigen seines Inhalts völlig entleert wird, sehen manche aber auch kritisch. So würden postkoloniale Denkmuster aufrechterhalten werden, nach welchen der „primitive" Afrikaner eine bestimmte Stufe der Zivilisation noch nicht erreicht habe und daher wegen eines Rechtsirrtums entschuldigt oder seine Strafe reduziert werden könne, *Provost,* L/T/C 16 (2012), S. 202; ähnlich auch *Comaroff/Comaroff*, AmEthnol 31 (2004), S. 193 f. Wenn die Überzeugung an die universelle Geltung bestimmter Normen nicht einer vollständig werterelativistischen Weltsicht weichen soll, so lässt es sich jedoch nicht vermeiden, dass ein Normbruch – egal von wem und wo begangen – durch das Völkerstrafrecht auch als solcher benannt werden muss. Die persönliche strafrechtliche Verantwortlichkeit hingegen kann aus verschiedenen Gründen verneint werden.

1093 *Badar/Higgins,* ICLR 17 (2017), S. 513 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

täter begangen werden – sich regelmäßig als mit dem Umfeld normkonformes Verhalten erweisen werden; das Völkerstrafrecht vom Individuum also gerade ein Hinterfragen und Auflehnen gegen eine ihn umgebende Unrechtsordnung verlangt.[1094] Daher ist große Vorsicht geboten, aus einem völkerstrafrechtliche Taten billigenden oder möglicherweise auch gutheißenden (rechts-)kulturellen Kontext auf einen strafbefreienden Verbotsirrtum schließen zu wollen.

d) Ein Anwendungsbeispiel: Irrtümer hinsichtlich der Rekrutierung von Kindersoldaten, Art. 8 Abs. 2 b) xxvi) und Art. 8 Abs. 2 e) vii)

Vor dem Sierra-Leone-Tribunal versuchte die Verteidigung *Kanus*, ihren Mandanten unter Hinweis auf dessen fehlendes Unrechtsbewusstsein hinsichtlich der Rekrutierung von Kindersoldaten zu verteidigen.[1095] Dabei berief sie sich auf die seit Jahrzenten etablierte Praxis der Rekrutierung von Kindersoldaten durch alle Konfliktparteien,[1096] die vagen Regelungen zur Bestimmung eines „Kindes" im Allgemeinen und zur legalen Rekrutierung von Kindern als Soldaten im Speziellen[1097] sowie die fehlende Sanktionierung von Verstößen gegen diese Normen durch die Staatsmacht.[1098] Mit dieser Argumentation zweifelte die Verteidigung *Kanus* zum einen bereits die völkergewohnheitsrechtliche Geltung der vom Gericht angenommenen starren Altersgrenze von 15 Jahren an, unterhalb derer die Rekrutierung

1094 Zur Einübung von Zivilcourage als Ziel der völkerrechtlichen Generalprävention siehe grundlegend *Reuss* 2012, S. 15 ff., 19, 70; außerdem *Nemitz* 2002, S. 167-169. Dieses Prinzip jedoch ebenfalls als Ausdruck der westlichen Prägung des Völkerstrafrechts einordnend, das sich auf stark autoritär geprägte Gesellschaften schwerlich übertragen lasse, *Chuter* 2003, S. 97.

1095 *Kanu Defence*, Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu, Kanu Defence Trial Brief, SCSL-04-16-T (2006) Rn. 124-132. Auch die Verteidigung *Normans* stellte auf das fehlende Unrechtsbewusstsein ihres Mandanten ab, siehe *SLSGH*, Prosecutor v. Norman, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), SCSL-04-14-AR72(E) (2004) Rn. 52.

1096 *Kanu Defence*, Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu, Kanu Defence Trial Brief, SCSL-04-16-T (2006) Rn. 78, 81, 124 ff.

1097 *Ebd.* Rn. 75 f.

1098 *Ebd.* Rn. 126, 128 f. *Kelsall* weist in seiner Analyse der SLSGH-Entscheidungen zur Rekrutierung von Kindersoldaten zudem auf das allgemeine in Sierra Leone vorherrschende Konzept von Kindheit hin, *Kelsall* 2009, S. 151 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

von Kindersoldaten ein Kriegsverbrechen darstelle.[1099] Aufgrund der aufgeführten rechtskulturellen Besonderheiten sei die Rekrutierung von Kindersoldaten für *Kanu* zudem nicht offensichtlich unrecht gewesen, eine strafrechtliche Verantwortlichkeit sei daher jedenfalls mangels des erforderlichen subjektiven Elements zu verneinen.[1100]

Die Hauptverfahrenskammer begegnete diesem Verteidigungsgrund mit dem Hinweis, dass bereits zum Zeitpunkt der Tat die Altersgrenze von 15 Jahren völkergewohnheitsrechtliche Geltung gehabt habe.[1101] Zudem stellte sie unter Hinweis auf *Orić*, im Übrigen aber ohne weitere Begründung fest, dass eine Verteidigung aufgrund nationaler Praktiken, beispielsweise in Form eines Rechtsirrtums, grundsätzlich ausscheiden müsse.[1102] Ob diese Einschätzung Zustimmung verdient, darf bezweifelt werden. Richtig ist

---

1099 *Kanu Defence*, Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu, Kanu Defence Trial Brief, SCSL-04-16-T (2006) Rn. 75 ff., 81. Da das Alter eines Kindes jedenfalls auch eine deskriptive Komponente aufweist, die von der subjektiven Vorstellung des Täters umfasst sein muss, wäre auch ein diesbezüglicher, die Strafbarkeit ausschließender Tatsachenirrtum denkbar, dieses Beispiel anführend *Schabas* 2020, S. 245 und *Dinstein* 2016 Rn. 878. Einen solchen Tatsachenirrtum formulierte die Verteidigung *Kanus* zwar nicht, gab aber zu bedenken, dass diverse Zeugen nicht dazu in der Lage waren, das konkrete Alter von eingesetzten (Kinder-) Soldaten zu benennen, *Kanu Defence*, Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu, Kanu Defence Trial Brief, SCSL-04-16-T (2006) Rn. 80. Gemäß Art. 8 Abs. 2 b) xxvi) und Art. 8 Abs. 2 e) vii) der Elements of Crime (entsprechend der Regelung in Art. 6(e)(6) der Elements of Crime) genügt es allerdings, wenn der Täter wusste oder hätte wissen müssen, dass die rekrutierten Kinder unter 15 Jahren waren.

1100 *Kanu Defence*, Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu, Kanu Defence Trial Brief, SCSL-04-16-T (2006). Die Verteidigung verweist dabei auf *Dinstein* 2004, S. 245.

1101 *SLSGH*, Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu, Judgement, SCSL-04-16-T (2007) Rn. 731 unter Verweis auf die Entscheidung der Berufungskammer im Verfahren gegen *Norman, SLSGH*, Prosecutor v. Norman, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), SCSL-04-14-AR72(E) (2004) Rn. 53.

1102 *SLSGH*, Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu, Judgement, SCSL-04-16-T (2007) Rn. 1251: „[…] the Trial Chamber rejects any defence based on cultural distinctions regarding the definition of ‚childhood' " und Rn. 732 mit Verweis auf *JStGH*, Prosecutor v. Orić, Judgement, IT-03-68-T (2006) Rn. 563. Diese Ansicht wurde bereits von der Berufungskammer im Verfahren gegen *Norman* vertreten: „Citizens of Sierra Leone, and even less, persons in leadership roles, cannot possibly argue that they did not know that recruiting children was a criminal act in violation of international humanitarian law", *SLSGH*, Prosecutor v. Norman, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), SCSL-04-14-AR72(E) (2004) Rn. 52 und explizit bestätigt durch *Justice Winter* in *SLSGH*, Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Appeal Judgment, Partially Dissenting Opinion of Honourable Justice Renate Winter, SCSL-04-14-A (2008) Rn. 4: „Not being

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zwar, dass die Geltung völkergewohnheitsrechtlicher Normen nicht von partikularen Praktiken abhängen kann. Überzeugend ist auch, dass es sich bei dem im Verbrechen der Rekrutierung von Kindersoldaten enthaltenen Merkmal des „Kindes" nicht um ein im engen Sinne „normatives" Merkmal handelt, sondern ein „rechtliches" Merkmal, das durch die universelle Völkerrechtsordnung bestimmt wird und nicht nach einem Werturteil des Täters verlangt.[1103] Erachtet man unter Anwendung der Theorie der Parallelwertung aus der Laiensphäre nur Irrtümer bzgl. n o r m a t i v e r Tatbestandsmerkmale als beachtlich, so kann weder ein schlichter Verbotsirrtum bzgl. des strafbewährten Verbots der Rekrutierung von Kindersoldaten noch ein Subsumtionsirrtum hinsichtlich des rechtlichen, universell zu bestimmenden Sinngehalts des Merkmals „Kind" relevant sein. Die Ausführungen der Verteidigung wären dann tatsächlich ins Leere gelaufen.[1104]

Andere widersprechen, wie bereits dargelegt, dieser Theorie jedoch, indem sie entweder auf das im *common law* wurzelnde Verständnis von Irrtümern verweisen, wonach die fehlende Kenntnis ausfüllungsbedürftiger – normativer sowie rechtlicher – Merkmale den Vorsatz entfallen lässt, oder mit dem Schuldbegriff argumentieren, um jedenfalls bei unvermeidbaren Irrtümern einen Irrtum für beachtlich zu halten. Wird Rechtsirrtümern in Anlehnung an eine dieser Theorien ein größerer Anwendungsbereich zugestanden, so könnte die Beachtlichkeit des angeführten Irrtums bei den

---

a domestic court, it cannot also accept any cultural consideration as excuse for criminal conduct."

1103 Nationale (oder religiöse) Rechtsordnungen mögen den Begriff des „Kindes" mit unterschiedlicher Bedeutung ausfüllen. Das im Verbrechen der Rekrutierung von Kindersoldaten enthaltenen Merkmal des „Kindes" ist jedoch Gegenstand diverser internationaler Instrumente und spätestens mit Inkrafttreten des IStGH-Statuts hat auch das konkrete Alterserfordernis von 15 Jahren, universelle völkervertragliche und nach ganz überwiegender Meinung auch völkergewohnheitsrechtliche Geltung erlangt, so auch *Dissenting Opinion of Justice Robertson* in *SLSGH*, Prosecutor v. Norman, Dissenting Opinion of Justice Robertson on Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), SCSL-04-14-AR72(E) (2004) Rn. 47.

1104 Einen solchen Subsumtionsirrtum formulierte die Verteidigung zwar nicht explizit. Indem sie argumentierte, dass es sich bei der Bestimmung der Altersgrenze, unterhalb derer die Rekrutierung von Kindersoldaten ein völkerrechtliches Verbrechen darstellt, um ein flexibles Kriterium handeln könnte und der Angeklagte aufgrund seiner kulturellen Prägung demnach falsch unter das Merkmal „Kinder" subsumiert hat, klingt jedoch ein Subsumtionsirrtum an, *Kanu Defence*, Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu, Kanu Defence Trial Brief, SCSL-04-16-T (2006) Rn. 75 ff., 81, 131 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vor dem SLSGH verhandelten *Child Soldier Charges* anders ausfallen als in der durch den JStGH gefällten Entscheidung gegen *Orić*:

Die Verteidigung *Orićs* verwies schlicht darauf, dass die Regeln des humanitären Völkerrechts zum Zeitpunkt der Tat in Jugoslawien nicht hinreichend verankert gewesen seien und *Orić* daher nicht habe wissen können, dass es strafbar sei, Gefangene zu erschießen.[1105] Einen kulturspezifischen Beweis oder eine andere spezifische Begründung lieferte sie nicht. Die Verteidigung *Kanus* und *Normans* hingegen führte kulturspezifische Beweise an, welche das Konzept von Kindheit und demnach nicht allein die Geltung der Norm selbst, sondern ein zugrundeliegendes, jedenfalls auch soziokulturell determiniertes Konstrukt betreffen. Dieses könnte einen Hinweis geben darauf, ob es *Kanu* und *Norman* tatsächlich möglich gewesen ist, das eigene Unrecht zu erkennen.[1106] Ein weiterer Unterschied zu dem gegen *Orić* ergangenen Urteil könnte darin liegen, dass im Verfahren gegen *Orić* die Vorhersehbarkeit einer Norm angezweifelt wurde, welche zum Zeitpunkt der Tat bereits zum gefestigten Bestand des Völkergewohnheitsrechts gehörte.[1107] In den Verfahren gegen *Kanu* und *Norman* erfolgte die Anklage hingegen auf Grundlage einer neuen oder noch in der Entstehung begriffenen Norm des Völkergewohnheitsrechts.

Dass der schlichte, von der Verteidigung *Orićs* angeführte Verweis auf die fehlende Strafbarkeit eines Verhaltens nach dem nationalen Recht des Angeklagten bzw. die fehlenden Informationen über die Regeln des humanitären Völkerrechts nicht ausreichen kann, die subjektiven Tatbestandsmerkmale aufzuheben und den Angeklagten von seiner völkerstrafrechtlichen Verantwortlichkeit zu befreien, überzeugt. Denn wenn eine Person, wie bereits durch das zweite Nürnberger Prinzip postuliert, grundsätzlich auch dann völkerstrafrechtlich verantwortlich ist, wenn sie im Einklang mit ihrem nationalen Recht gehandelt hat, so muss dem Völkerstrafrecht die Annahme zugrundeliegen, dass jedes Individuum die Pflicht hat, das eigene Recht zumindest im Hinblick auf fundamentale Menschenrechtsverletzungen kritisch zu hinterfragen. Wenn das (moralische) Unrecht der Tat

1105 *JStGH*, Prosecutor v. Orić, Judgement, IT-03-68-T (2006) Rn. 562.

1106 In seiner aus anthropologischer Perspektive verfassten Monographie zum Wirken des SLSGH plädiert *Kelsall* eindringlich dafür, die Rechtsvorschriften und den kulturellen Kontext des ansonsten die Gerichtsbarkeit ausübenden Staates heranzuziehen um zu bewerten, ob für einen Angeklagten die Strafbarkeit seines Verhaltens (bzw. das Unrecht seiner Tat) tatsächlich vorhersehbar war, *Kelsall* 2009 Kapitel 5 und S. 231.

1107 *JStGH*, Prosecutor v. Orić, Judgement, IT-03-68-T (2006) Rn. 563.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

für jeden vernünftigen Menschen offensichtlich sein muss, so kann das für die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit erforderliche subjektive Element nicht unter schlichtem Hinweis auf die fehlende Kenntnis der Norm verneint werden.[1108]

Hinsichtlich der grundlegenden Regeln des (humanitären) Völkerrechts ist einer zurückhaltenden Anerkennung von Rechtsirrtümern daher zuzustimmen.[1109] Andererseits umfasst vor allem das Kriegsvölkerrecht ein so detailliertes Regelungswerk, dass nicht erwartet werden kann, dass jede im Konfliktgeschehen beteiligte Person über die Kenntnis aller einzelnen Bestimmungen verfügt.[1110] Insbesondere wenn es sich um eine noch junge Norm des Völkergewohnheitsrechts handelt, die im nationalen Recht des Angeklagten (noch) nicht verwurzelt ist, kann fraglich sein, ob dem Täter die Einsicht in das Unrecht der Tat tatsächlich möglich gewesen ist. Um sich von einem den Vorsatz bzw. die Schuld ausschließenden Irrtum zu überzeugen, könnten kulturspezifische (oder andere konkrete[1111]) Beweise als Indizien herangezogen werden, um die Glaubhaftigkeit des Irrtums festzustellen. Die Kürze und die Formulierungen, mit denen der SLSGH den Rechtsirrtum als Schuldausschließungsgrund unter schlichten Hinweis darauf zurückweist, dass *cultural considerations* keine Relevanz hätten,[1112]

1108 *JStGH*, Prosecutor v. Orić, Judgement, IT-03-68-T (2006) Rn. 563; ähnlich *van Sliedregt* 2003, S. 305. Ebenfalls unter Rückgriff auf naturrechtliche Erwägungen argumentierte das IMT, um einen Verstoß gegen das Legalitätsprinzip zu verneinen, siehe beispielsweise *IMT*, Trial of the Major War Criminals (1947), S. 219.

1109 So auch *Heller,* JICJ 6 (2008) Rn. 443.

1110 So schon *British Military Court (Hamburg),* The Peleus Trial, in *UNWCC*, Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. 1 (1947), S. 12: „It is quite obvious that no soldier can carry with him a library of international law, or have immediate access to a professor in that subject […]." Siehe hierzu auch *Dinstein* 2016, Rn. 880 und *Weigend* in *Achenbach et al.* 2011, S. 1392.

1111 So stellte die Berufungskammer des JStGH im Verfahren gegen *Delalić et al* auf *Mucićs* Kenntnis von der Existenz der Militärischen Investigativkommission ab, um damit den von *Mucić* vorgebrachten Rechtsirrtum hinsichtlich der erforderlichen verfahrensrechtlichen Garantien zur rechtmäßigen Inhaftierung der Gefangenen abzuweisen, *JStGH*, Prosecutor v. Delalić et al, Appeal Judgement, IT-96-21-A (2001) Rn. 382 f.

1112 Vgl. z.B. *SLSGH*, Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Appeal Judgment, Partially Dissenting Opinion of Honourable Justice Renate Winter, SCSL-04-14-A (2008) Rn. 4; ähnlich das Mehrheitsvotum der Berufungskammer in *SLSGH*, Prosecutor v. Norman, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), SCSL-04-14-AR72(E) (2004) Rn. 52: „Citizens of Sierra Leone, and even less, persons in leadership roles, cannot possibly argue that they did not know that recruiting children was a criminal act in violation of international

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

erwecken hingegen nicht den Eindruck, dass das Gericht sich der Beweisfrage hinsichtlich des tatsächlichen Vorliegens eines Irrtums ernsthaft angenommen hat.[1113]

Auch an der tatsächlichen Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit aufgrund einer völkervertraglichen Norm könnten Zweifel bestehen, beispielsweise wenn das IStGH-Statut erst kurz vor Begehung einer Tat in Kraft getreten ist, noch nicht in nationales Recht umgesetzt wurde, der Angeklagte Analphabet ist oder ihm der Inhalt des IStGH-Statuts aus sonstigen Gründen nicht zugänglich ist. Im vertragsrechtlichen Kontext wurde dieser Aspekt erstmals durch die Verteidigung *Lubangas* vorgebracht mit dem Hinweis, dass es für *Lubanga* nicht vorhersehbar gewesen sei, dass bereits die Eingliederung von Kindern in die bewaffneten Streitkräfte eine Völkerstraftat darstellen würde.[1114] Hierzu merkte die Vorverfahrenskammer I an, dass dieser Aspekt nicht im Rahmen des Legalitätsprinzips zu erörtern sei, sondern als möglicher Rechtsirrtum zum Ausschluss der persönlichen Vorwerfbarkeit zu diskutieren ist.[1115] Wird die Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit, insbesondere im vertragsrechtlichen Kontext, demnach auf der Ebene der Geltung der Norm nicht als Kriterium des Legalitätsprinzips verstanden, so könnte es umso wichtiger sein, dass sich internationale Straftribunale im Rahmen der persönlichen Vorwerfbarkeit damit befassen, inwieweit dem Täter das Unrecht seiner Tat tatsächlich bewusst war oder sein musste.[1116] Im Verfahren gegen *Lubanga* stellte der IStGH bei der Erörterung des Rechtsirrtums auf eine Aussage der Opfervertretung ab, um

---

humanitarian law" und die Hauptverfahrenskammer II in *SLSGH*, Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu, Judgement, SCSL-04-16-T (2007) Rn. 732: „[…] the Trial Chamber is not persuaded that the defence of mistake of law can be invoked here. The rules of customary international law are not contingent on domestic practice in one given country."

1113 Die Hauptverfahrenskammer weist zwar darauf hin, dass nach dem nationalen Recht Sierra Leones ein Kind als eine Person unter 16 Jahren definiert wird, *SLSGH*, Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu, Judgement, SCSL-04-16-T (2007) Rn. 731, knüpft daran aber keine Schlussfolgerung an.

1114 *IStGH*, Prosecutor v. Lubanga, Decision on the Confirmation Charges, ICC-01/04-01/06-803-tEN (2007) Rn. 294 ff.

1115 *Ebd.* Rn. 301.

1116 Ähnlich *Erickkson,* AFLRev 55 (2004), S. 279 f.: „If reliance on ex post facto legislation was one of the greatest threats to the legitimacy of international criminal justice practice in the twentieth century —violating the maxim nullum crimen sine lege (no crime without law) and blighting the legacies of the Nuremberg and Tokyo trials – reliance on vague pronouncements of law is one of today's greatest threats to such practice." Näher zur Unterscheidung zwischen der Vorher-

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zu beweisen, dass *Lubanga* konkrete Kenntnis vom IStGH-Statut hatte und er daher keinem (beachtlichen) Rechtsirrtum unterlag:

> „[I]f many Congolese are still unaware of the existence of the International Criminal Court, the provisions of the Rome Statute and its ratification by the DRC, a substantial part of the population of Ituri closely followed the Statute's entry into force [...] The Statute's entry into force could not have escaped the attention of Thomas Lubanga, who claims to be a politician and head of state, and who, because of his involvement in an armed conflict, was directly concerned"[1117]

Nicht abschließend beantwortet ist mit diesem Urteil, wie der IStGH einen Hinweis auf das fehlende Unrechtsbewusstsein in anderen Konstellationen bewerten würde, beispielsweise wenn es sich beim Angeklagten nicht um eine Führungspersönlichkeit handelt[1118] und sich auch keine Zeugenaussagen oder sonstigen konkreten Anhaltspunkte finden ließen, welche die tatsächliche Kenntnis eines im IStGH-Statut normierten Straftatbestandes belegen. Unter Konsultierung von Sachverständigen anderer Disziplinen[1119] könnte der IStGH dann unter anderem den rechtskulturellen Kontext untersuchen, um eine Aussage darüber treffen zu können, ob es dem Angeklagten bei Begehung der Tat an Unrechtsbewusstsein fehlte.

---

sehbarkeit der Strafbarkeit als Aspekt des Legalitätsprinzips und als Aspekt der Rechtsirrtums *van Verseveld* 2012, S. 75 f. und *Roxin* 2006 § 21, Rn. 38.

1117 *IStGH*, Prosecutor v. Lubanga, Decision on the Confirmation Charges, ICC-01/04-01/06-803-tEN (2007) Rn. 314 mit Verweis auf *IStGH,* Observations made during the confirmation hearing on behalf of the Victims a/0001/06, a/0002/06 and a/0003/06, ICC-01/04-01/06-750-tEN (2006) Rn. 11; diskutiert wird dieser Aspekt der Entscheidung beispielsweise durch *Weigend,* JICJ 6 (2008), S. 474 ff.

1118 Da bei Führungspersönlichkeiten ein Unrechtsbewusstsein gemeinhin eher zu bejahen sein wird als bei einem „einfachen Soldaten", erscheint auch aus diesem Grunde eine Fokussierung der begrenzten Ressourcen des IStGH auf diesen Personenkreis erstrebenswert.

1119 Die Zurückhaltung internationaler Gerichte bzgl. der Konsultierung von Experten der qualitativen Soziologie kritisierend *Wilson,* AmEthnol 43 (2016).

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Notstand, Art. 31 Abs. 1 d)

Als weiteres Beispiel für eine unter Berücksichtigung kulturspezifischer Beweise zu prüfende Regelung des IStGH-Statuts wird der strafausschließende Nötigungsnotstand nach Art. 31 Abs. 1 d) diskutiert.[1120] Dieser lautet:

> „The conduct which is alleged to constitute a crime within the jurisdiction of the Court has been caused by duress resulting from a threat of imminent death or of continuing or imminent serious bodily harm against that person or another person, and the person acts necessarily and reasonably to avoid this threat, provided that the person does not intend to cause a greater harm than the one sought to be avoided."

Vor dem IStGH wurde der Nötigungsnotstand erstmals von der Verteidigung *Ongwens* geltend gemacht.[1121] Der IStGH verneinte einen strafausschließenden Nötigungsnotstand hier aber bereits damit, dass es schon an der ersten Voraussetzung – dem Vorliegen einer unmittelbaren Gefahr – fehle.[1122] Die bloße Möglichkeit späterer disziplinierender Maßnahmen vermöge keine solche Gefahr zu begründen, und der im IStGH-Statut normierte Strafausschließungsgrund des Nötigungsnotstandes sähe keine Immunität vor für

1120 *Cheah* JICJ 17 (2020), S. 1035 f., 1039 f.; siehe hierzu auch *Higgins* 2018, S. 86; *Sander,* IntlCLR19 (2019), S. 1040 f.; *Ongwen Defence*, Prosecutor v. Ongwen, Public Redacted Version of 'Corrected Version of „Defence Closing Brief", filed on 24 February 2020', ICC-02/04-01/15-1722-Corr-Red (2020) Rn. 724.

1121 *Ongwen Defence*, Prosecutor v. Ongwen, Fourth Public Redacted Version of „Defence Brief for the Confirmation of Charges Hearing", filed on 18 January 2016, ICC-02/04-01/15-404-Red4 (2020) Rn. 51 ff.

1122 *IStGH*, Prosecutor v. Ongwen, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15-422-Red (2016) Rn. 153; bestätigt durch *IStGH*, Prosecutor v. Ongwen, Trial Judgment, ICC-02-04-01/15-1762-Red (2021) Rn. 2582, 2585, 2669-2670 und *IStGH,* Prosecutor v. Ongwen, Judgment on the appeal of Mr Ongwen against the decision of Trial Chamber IX of 4 February 2021 entitled "Trial Judgment", ICC-02/04-01/15-2022-Red (2022) Rn. 1424, 1545 ff., 1561. Eine unmittelbare, von *Ongwen* nicht zu vertretene Gefahr hingegen bejahend *Grant*, Duress as a Defence for Former Child Soldiers? Dominic Ongwen and the International Criminal Court, International Crimes Database Brief 21 (Dezember 2016), S. 6 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„members of criminal organisations which have brutal systems of ensuring discipline as soon as they can establish that their membership was not voluntary".[1123]

Auch das Argument der Verteidigung *Ongwens*, dass *Joseph Kony* seine spirituellen Kräfte dazu genutzt habe, um eine Gefahr für das Leben *Ongwens* und anderer zu zementieren, ließen weder Hauptverfahrenskammer noch Berufungskammer durchgreifen.[1124] Überwiegend wird angenommen, dass die drohende Gefahr in Art. 31 Abs. 1 d) – ebenso wie die Gewaltanwendung in Art. 31 Abs. 1 c) – tatsächlich bestehen muss und es nicht genügt, wenn diese – wie aus der angloamerikanischen Rechtstradition bekannt – lediglich in der vernünftigen *(reasonable)* Vorstellung des Täters existiert.[1125] Zur Feststellung einer objektiv vorliegenden Gefahr befragte die Hauptverfahrenskammer ehemalige Mitglieder der LRA gleichwohl auch zum Einfluss eines spirituellen Glaubens auf ihr Handeln. Auch unter Berücksichtigung dieser Zeugenaussagen – mithin unter Berücksichtigung des rechtskulturellen Kontexts der Tat – gelangte sie zu dem Schluss, dass der von der Verteidigung geltend gemachte Glaube an die spirituellen Kräfte *Joseph Konys* jedenfalls im Erwachsenenalter nicht mehr hinreichend stark ausgeprägt war, um diesen bei der Prüfung des Merkmals der Gefahr zu berücksichtigen.[1126] Dem schließt sich die Berufungskammer im Ergeb-

1123 *IStGH*, Prosecutor v. Ongwen, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15-422-Red (2016) Rn. 153.

1124 *IStGH*, Prosecutor v. Ongwen, Trial Judgment, ICC-02-04-01/15-1762-Red (2021) Rn. 2643 ff.; *IStGH,* Prosecutor v. Ongwen, Judgment on the appeal of Mr Ongwen against the decision of Trial Chamber IX of 4 February 2021 entitled "Trial Judgment", ICC-02/04-01/15-2022-Red (2022) Rn. 1426 und 1545 ff.

1125 *Eser/Ambos* in *Ambos* 2022 Art. 31, Rn. 42 und 51; *Cryer/Robinson/Vasiliev* 2019, S. 388, 390. Die aus dem angloamerikanischen Rechtsraum bekannte Diskussion um den *reasonable man standard*, die auch bzgl. Entscheidungen (post)kolonialer afrikanischer Gerichte geführt wurde, stellt sich demnach bei der Prüfung von Art. 31 Abs. 1 c) und d) des IStGH-Statuts nicht. Siehe zu dieser Diskussion im common law und dem Einfluss auf das Völkerstrafrecht *Fletcher* in *Arnold* 2005, S. 739-749 und speziell zum afrikanischen Rechtsraum *Yeo*, JAfrL 53 (2009), S. 94 ff.; *Provost,* L/T/C 16 (2012), S. 202; *Kelsall* 2009, S. 113 ff. und *Seidman,* ICLQ 15 (1966), S. 1141. Eine falsche Vorstellung des Täters bzgl. des Vorliegens einer Gewaltanwendung oder einer Gefahr kann nach dem IStGH-Statut, wie bereits dargelegt, daher lediglich als Tatsachenirrtum (Art. 32 Abs. 1) relevant werden.

1126 *IStGH*, Prosecutor v. Ongwen, Trial Judgment, ICC-02-04-01/15-1762-Red (2021) Rn. 2644 f., 2658.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nis an[1127] und stellt zudem klar, dass Religion und Glaube nur insoweit berücksichtigt werden können, als dies im Einklang mit Art. 21 Abs. 3 steht:

> „While specific aspects of a religion or belief, as part of a certain culture may be considered, this cannot result in an unequal interpretation or application of the law."[1128]

Eine nähere Auseinandersetzung mit den weiteren, in ihrer genauen Bedeutung umstrittenen Voraussetzungen der Notwendigkeit und der Angemessenheit der Handlungen *Ongwens* und des in 31 Abs. 1 d) enthaltenen Proportionalitätserfordernisses erfolgte indes nicht, sodass auch nicht erörtert wurde, welche Bedeutung der systematischen Indoktrinierung *Ongwens* und seinen sonstigen Erfahrungen als Kindersoldat bei der Prüfung dieser Voraussetzungen zukommen könnte.[1129]

Einigkeit besteht darüber, dass eine Notstandshandlung notwendig ist, wenn sie die einzige Möglichkeit ist, die Gefahr sofort zu beseitigen,[1130] und dass sie nur dann angemessen sein kann, wenn sie generell zur Abwehr der Gefahr geeignet ist.[1131] Die Prüfung der Angemessenheit verlangt zudem die Feststellung, ob der Angeklagte sich so verhalten hat, wie es von einer

1127 *IStGH,* Prosecutor v. Ongwen, Judgment on the appeal of Mr Ongwen against the decision of Trial Chamber IX of 4 February 2021 entitled "Trial Judgment", ICC-02/04-01/15-2022-Red (2022) Rn. 1555 ff., insbes. 1558 und 1561.

1128 *Ebd.* Rn. 1426.

1129 „[...] it is not necessary, or even possible, to consider its remaining elements", *IStGH,* Prosecutor v. Ongwen, Judgment on the appeal of Mr Ongwen against the decision of Trial Chamber IX of 4 February 2021 entitled "Trial Judgment", ICC-02/04-01/15-2022-Red (2022) Rn. 2585, 2669. Auch die Hauptverfahrenskammer weist nur bzgl. der durch sie allein geprüften unmittelbaren Gefahr darauf hin, dass hinsichtlich dieser Voraussetzung die Erfahrungen *Ongwens* als ehemaliger Kindersoldat keine Relevanz haben könne, *ebd.* Rn. 2592. Dies kritisierend *Sander,* IntlCLR19 (2019), S. 1042.

1130 Anders als durch das (knappe) Mehrheitsvotum im Verfahren gegen *Erdemović* entschieden (*JStGH*, Prosecutor v. Erdemović, Judgement, IT-96-22-A (1997) Rn. 19), kann auch die Tötung eines anderen Menschen bei Vorliegen der Voraussetzungen des Nötigungsnotstandes zu einem vollständigen Strafausschluss führen, siehe hierzu beispielsweise *Heller* in *Heller/Dubber* 2011, S. 613; *Werle/Jeßberger* 2020, Rn. 719 mit weiteren Nachweisen in Fn. 524.

1131 Übereinstimmend beispielsweise *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 718 und *Eser/Ambos* in *Ambos* 2022 Art. 31, Rn. 56.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vernünftigen Person in vergleichbaren Umständen zu erwarten gewesen wäre.[1132]

Fraglich ist indes, wie sich die Angemessenheit zum Proportionalitätserfordernis als weitere nach Art. 31 Abs. 1 d) zu prüfende Voraussetzung verhält und inwiefern die Prüfung anhand objektiver oder subjektiver Maßstäbe zu erfolgen hat.[1133] Überwiegend wird das Proportionalitätskriterium als zunächst objektives Kriterium verstanden,[1134] welches zusätzlich in der subjektiven Vorstellung des Täters Entsprechung finden müsse.[1135] Manche geben jedoch zu bedenken, dass dem Wortlaut des Art. 31 Abs. 1 d) nach der Angeklagte nicht „beabsichtigen" dürfe, einen größeren Schaden zu verursachen als er verhinderte. Im Gegensatz hierzu verlange das in Art. 31 Abs. 1 c) normierte Notwehrrecht ausdrücklich ein Handeln *„in a manner proportionate"*. Zudem könne die Besonderheit von Art. 31 Abs. 1 d) als Vereinigung des allgemeinen Notstands und des Nötigungsnotstandes in der Rechtsanwendung eher Abbildung finden, wenn ein subjektiver Proportionalitätsstandard angelegt werde, da nur so das dem allgemeinen Notstand zugrundeliegende Kriterium der Güterabwägung und das für den Nötigungsnotstand zentrale *No moral choice*- Element gleichermaßen Beachtung finden könnten.[1136] Eine gewisse Objektivierung erfahre

1132 *Eser/Ambos* in *Ambos* 2022 Art. 31, Rn. 54.; *Krebs,* CambridgeJIntl&CompL 2 (2013), S. 409; so auch *IStGH*, Prosecutor v. Ongwen, Trial Judgment, ICC-02-04-01/15-1762-Red (2021) Rn. 2583.

1133 Zum Stand der wissenschaftlichen Diskussion siehe beispielsweise *Eser/Ambos* in *Ambos* 2022 Art. 31, Rn. 56-60 und *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 721. Bei dem in Art. 31 Abs. 1 c) normierten Notwehrrecht, welches verlangt, dass die Notwehrhandlung angemessen *(reasonable)* sein muss und zudem nicht außer Verhältnis *(proportionate)* zur drohenden Gefahr stehen darf, ist unstrittig eine objektive Proportionalitätsabwägung zu treffen, siehe beispielsweise *Heller* in *Heller/Dubber* 2011, S. 612; *Eser/Ambos* in *Ambos* 2022 Art. 31, Rn. 44; *van Sliedregt* 2003, S. 260.

1134 So z.B. *Safferling* 2011 § 5, Rn. 51; *Kittichaisaree* 2002, S. 263 f.; *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 718 und 721; dies entspricht dem *lesser of two evils* Ansatz des klassischen allgemeinen Notstands, siehe hierzu grundlegend *JStGH*, Prosecutor v. Erdemović, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese on Judgement of 7 October 2007, IT-96-22-A (1997) Rn. 16, 42. Ebenfalls einen objektiven Proportionalitätsstandard anführend, für eine abweichende subjektive Abwägung jedoch einen Rechtsirrtum erwägend *Weigend,* JICJ 10 (2012), S. 1224.

1135 *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 721.

1136 *Eser/Ambos* in *Ambos* 2022 Art. 31, Rn. 57-60; zur Subjektivierung des Proportionalitätserfordernisses im IStGH-Statut siehe auch *Ambos* in *Cassese/Gaeta/Jones* 2002, Vol. 1, S. 1040 f. Ebenfalls ein subjektives Verständnis zugrundelegend die Verteidigung *Ongwens*, *Ongwen Defence*, Prosecutor v. Ongwen, Public Redacted Version of 'Corrected Version of „Defence Closing Brief", filed on 24 February

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Art. 31 Abs. 1 d) aber durch das Kriterium der Zumutbarkeit: Steht die abgewendete Gefahr bei objektiver Betrachtung außer Verhältnis zum verursachten Schaden, so ist dem Angeklagten zumutbar, diese hinzunehmen.[1137]

Wäre, wie im Falle *Ongwens*, nicht bereits das Vorliegen einer umittelbaren Gefahr zu verneinen, so müsste der IStGH also zum einen prüfen, ob es einer vernünftigen Person in vergleichbaren Umständen zumutbar gewesen wäre, die drohende Gefahr hinzunehmen bzw. andere Maßnahmen zu ergreifen.[1138] Im Rahmen der Angemessenheit wäre demnach zu prüfen, ob es von einem Menschen, der als 9-Jähriger entführt und als Kindersoldat rekrutiert wurde und fortan in den Truppen der *Lord Resistence Army* lebte und weder einen außergewöhnlich schwachen Willen besitzt noch überdurchschnittlich heldenhaft agiert,[1139] im konkreten Fall erwartet werden konnte, die Gefahr hinzunehmen.[1140]

Als weitere Voraussetzung des Art. 31 Abs. 1 d) wäre das Proportionalitätserfordernis zu prüfen. Die Verteidigung *Ongwens* stellte diesbezüglich

---

2020', ICC-02/04-01/15-1722-Corr-Red (2020) Rn. 726 und die Berufungskammer, *IStGH,* Prosecutor v. Ongwen, Judgment on the appeal of Mr Ongwen against the decision of Trial Chamber IX of 4 February 2021 entitled "Trial Judgment", ICC-02/04-01/15-2022-Red (2022) Rn. 1424. Für eine differenzierte Betrachtung, die zwischen dem in Art. 31 Abs. 1 d) vereinten allgemeinen Notstand und dem Nötigungsnotstand unterscheidet, siehe *Joyce,* LJIL 28 (2015), S. 639 ff. und *Risacher,* NotreDameLRev 89 (2014), S. 1417 f., der betont, dass nach dem dem Strafrecht zugrundeliegenden Schuldprinzip und mit Blick auf die zu verwirklichenden Strafzwecke nur derjenige bestraft werden soll, der die Möglichkeit hatte, eine andere Entscheidung zu treffen.

1137 *Eser/Ambos* in *Ambos* 2022 Art. 31, Rn. 57, 60. Im Ergebnis ähnlich *Knoops*, die es zwar als mit den Grundsätzen des Völkerstrafrechts und des humanitären Völkerrechts unvereinbar erachtet, die Abwägung hinsichtlich der Wertigkeit verschiedener Güter den Moralvorstellungen des Angeklagten zu überlassen und daher grundsätzlich eine objektive Abwägung zwischen dem beeinträchtigten und dem geschützten Gut verlangt. Ein Strafausschluss soll jedoch möglich sein, wenn die Tat sich nicht mehr als freiwillige (moralische) Entschließung darstellt, *Knoops* 2008, S. 86 ff.

1138 *IStGH*, Prosecutor v. Ongwen, Trial Judgment, ICC-02-04-01/15-1762-Red (2021) Rn. 2583.

1139 *JStGH*, Prosecutor v. Erdemović, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese on Judgement of 7 October 2007, IT-96-22-A (1997) Rn. 47.

1140 *Ongwen Defence*, Prosecutor v. Ongwen, Public Redacted Version of 'Corrected Version of „Defence Closing Brief", filed on 24 February 2020', ICC-02/04-01/15-1722-Corr-Red (2020) Rn. 723-725; siehe hierzu auch *Grant,* Duress as a Defence for Former Child Soldiers? Dominic Ongwen and the International Criminal Court, International Crimes Database Brief 21 (Dezember 2016), S. 13 ff. und *Cheah* JICJ 17 (2020), S. 1035, 1039 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

darauf ab, dass *Ongwen* aufgrund seines zerstörten moralischen Kompasses die Fähigkeit fehlte, überhaupt zu bewerten, welches das geringere Übel sei. Folglich könne nicht festgestellt werden, dass er einen größeren Schaden zuzufügen beabsichtigte als den, den er abzuwenden trachtete.[1141] Obliegt die Güterabwägung grundsätzlich nicht dem Täter, sondern erfolgt diese anhand eines objektiven Maßstabs, so kann es keine Relevanz haben, ob der Angeklagte über die Fähigkeit verfügte, eine solche Abwägung vorzunehmen. Die Argumentation der Verteidigung *Ongwens* im Hauptverfahren vermag jedoch selbst bei Anlegen eines subjektiven Proportionalitätskriteriums[1142] nicht zu überzeugen: Denn fehlte ihm die Fähigkeit, überhaupt zu bewerten, welches das geringere Übel sei, so konnte er sich auch nicht in einer moralischen Zwangslage befinden, in welcher ihm normgemäßes Verhalten unzumutbar gewesen wäre.

Die Sozialisierung *Ongwens* als Kindersoldat und die damit wohl unumstritten einhergehenden traumatischen Erfahrungen könnten also lediglich ein Indiz darstellen, um zu bewerten, ob ihm das Hinnehmen der Gefahr zumutbar gewesen wäre, und bei einem subjektiven Verständnis des Proportionalitätserfordernisses auf der Ebene der Beweiswürdigung als kulturspezifischer Beweis herangezogen werden, um zu überprüfen, ob er mit den von ihm ergriffenen Maßnahmen tatsächlich keinen größeren Schaden zuzufügen beabsichtigte, als er abzuwenden gedachte.[1143]

In diesem Rahmen könnte die Eigenschaft *Ongwens* als ehemaliger Kindersoldat und die damit verbundenen Erfahrungen also durchaus in die Prüfung des Nötigungsnotstandes einfließen, ohne damit – wie von der Vorverfahrenskammer befürchtet – *blanket immunity* für alle ehemaligen (unfreiwilligen) Kindersoldaten zu gewähren. Das Vorliegen einer Gefahr unterstellt, spräche aber aufgrund der Brutalität der von *Ongwen* begangenen Taten auch unter Berücksichtigung der Sozialisierung *Ongwens* vieles

1141 *Ongwen Defence*, Prosecutor v. Ongwen, Public Redacted Version of 'Corrected Version of „Defence Closing Brief", filed on 24 February 2020', ICC-02/04-01/15-1722-Corr-Red (2020) Rn. 725 ff.

1142 Dies zugrunde legend die Verteidigung *Ongwens*, *ebd.* Rn. 726 und die Berufungskammer, *IStGH,* Prosecutor v. Ongwen, Judgment on the appeal of Mr Ongwen against the decision of Trial Chamber IX of 4 February 2021 entitled "Trial Judgment", ICC-02/04-01/15-2022-Red (2022) Rn. 1424.

1143 Zudem könnten bis zum Zeitpunkt der Tathandlung fortwirkende traumatische Erfahrungen über Rule 145 der Beweis- und Verfahrensregeln bei der Strafzumessung berücksichtigt werden, *IStGH,* Prosecutor v. Ongwen, Judgment on the appeal of Mr Ongwen against the decision of Trial Chamber IX of 4 February 2021 entitled "Trial Judgment", ICC-02/04-01/15-2022-Red (2022) Rn. 1425.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dafür, die von ihm ergriffenen Maßnahmen entweder bereits als nicht notwendig oder nicht angemessen[1144] zu erachten oder – selbst bei einem subjektiven Verständnis des Proportionalitätskriteriums[1145] – jedenfalls den Einwand als nicht glaubwürdig zurückzuweisen, dass *Ongwen* mit den Taten keinen größeren Schaden zu verursachen beabsichtigte, als er abzuwenden gedachte.[1146] Ein Strafausschluss nach Art. 31 Abs. 1 d) wäre demnach auch beim Vorliegen einer unmittelbaren Gefahr und unter Berücksichtigung der Sozialisierung *Ongwens* als kulturspezifischer Beweis zu verneinen.[1147]

1144 Siehe hierz *Grant,* Duress as a Defence for Former Child Soldiers? Dominic Ongwen and the International Criminal Court, International Crimes Database Brief 21 (Dezember 2016), S. 13 ff.

1145 Dies zugrunde legend *Ongwen Defence*, Prosecutor v. Ongwen, Public Redacted Version of 'Corrected Version of „Defence Closing Brief", filed on 24 February 2020', ICC-02/04-01/15-1722-Corr-Red (2020) Rn. 726.

1146 Wie von der Vorverfahrenskammer angemerkt, vermochte die Verteidigung nicht darzulegen, weshalb die von *Ongwen* ausgeführten Handlungen notwendig und angemessen zur Abwehr der Gefahrenlage waren, *IStGH*, Prosecutor v. Ongwen, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15-422-Red (2016) Rn. 155. Auch im Hauptverfahren argumentiert die Verteidigung nicht, warum *Ongwens* Handlungen einer objektiven oder subjektiven Proportionalitätsabwägung genügen würden sondern stellte stattdessen darauf ab, dass *Ongwen* aufgrund seines zerstörten moralischen Kompasses die Fähigkeit fehle überhaupt zu bewerten, welches das geringere Übel sei. Folglich könne nicht *beyond reasonable doubt* festgestellt werden, dass er einen größeren Schaden zuzufügen beabsichtigte als den, den er abzuwenden trachtete, *Ongwen Defence*, Prosecutor v. Ongwen, Public Redacted Version of 'Corrected Version of „Defence Closing Brief", filed on 24 February 2020', ICC-02/04-01/15-1722-Corr-Red (2020) Rn. 724 f, 726 ff.

1147 Ebenso *Grant,* Duress as a Defence for Former Child Soldiers? Dominic Ongwen and the International Criminal Court, International Crimes Database Brief 21 (Dezember 2016), S. 15, 17, 20; *Higgins* 2018, S. 86 f. Auch die in Rule 145 (2)(a)(i) der Beweis- und Verfahrensregeln vorgesehene Möglichkeit, die Strafe zu mindern, wenn die Voraussetzungen eines Strafausschließungsgrundes nicht (vollständig) vorliegen, erachtet die Hauptverfahrenskammer als nicht anwendbar, wenn bereits keine unmittelbare Gefahr bejaht werden kann, *IStGH*, Prosecutor v. Ongwen, Sentence, ICC-02/04-01/15-1819-Red (2021) Rn. 108-111. Abweichend *IStGH,* Prosecutor v. Ongwen, Judgment on the appeal of Mr Ongwen against the decision of Trial Chamber IX of 4 February 2021 entitled "Trial Judgment", ICC-02/04-01/15-2022-Red (2022) Rn. 1425.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Vorgesetztenverantwortlichkeit, Art. 28 a) ii) und Art. 28 b) iii)

Eine weitere Norm, welche die Angemessenheit eines bestimmten Verhaltens als Prüfungspunkt enthält, ist die Vorgesetztenverantwortlichkeit: Der Vorgesetzte muss es bei einem bestehenden Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnis und Kennen bzw. Kennenmüssen des Völkerrechtsverbrechens unterlassen haben, die erforderlichen und angemessenen *(necessary and reasonable)* Maßnahmen zu ergreifen, um dessen Begehung zu verhindern oder zu unterbinden.[1148] Zusätzlich enthält Art. 28 das in seiner konkreten Bedeutung umstrittene Erfordernis, dass sich das durch den Untergebenen begangene Völkerrechtsverbrechen als Folge der Aufsichtspflichtverletzung darstellen muss.[1149]

Unter anderem auf Grundlage der Doktrin der Vorgesetztenverantwortlichkeit (Art. 6 Abs. 3 SLSGH-Statut) wurde gegen *Kondewa* als einem der drei Anführer der paramilitärischen Einheiten der *Kamajors* der *Civil Defence Forces (CDF)* vor dem SLSGH wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen Anklage erhoben.[1150] Ähnlich der Frage nach

1148 Die einzelnen Merkmale zusammenfassend *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 660 mit Verweis auf *IStGH*, Prosecutor v. Bemba Gombo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/05-01/08-3343 (2016) Rn. 176 ff.

1149 *Arnold/Jackson* in *Ambos* 2022 Art. 28, Rn. 38 ff. Eine Darstellung der verschiedenen Ansichten findet sich *ebd.* Art. 28, Rn. 40 ff. und bei *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 684 ff. Siehe zu diesem Erfordernis insbesondere die Rechtssprechung des IStGH im Verfahren gegen *Bemba, IStGH,* Prosecutor v. Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424 (2009) Rn. 407, 423 ff.*; IStGH*, Prosecutor v. Bemba Gombo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/05-01/08-3343 (2016) Rn. 210 ff; *IStGH*, Prosecutor v. Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424 (2009) Rn. 407, 423 ff.; *IStGH*, Prosecutor v. Bemba Gombo, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", ICC-01/05-01/08-3636-Red (2018), gemeinsames abweichendes Sondervotum *Monageng* und *Hofmański,* Rn. 328 ff. und gemeinsames Sondervotum *van den Wyngaert* und *Morrison,* Rn. 51 ff.

1150 Die anderen beiden Angeklagten im CDF-Prozess waren *Samual Hinga Norman* und *Moinina Fofana*, siehe *SLSGH,* Prosecutor v. Norman, Fofana and Kondewa, SCSL-03-14-I, Indictment, 5 February 2004, dated 4 Februar 2004, abgedruckt in *Meisenberg/Jalloh*, The Law Reports of the Special Court for Sierra Leone (2013). *Norman* starb am 22.02.2007, bevor ein Urteil gegen ihn ergehen konnte. Am 21.05.2007 wurde das Verfahren gegen ihn daher offiziell eingestellt, *SLSGH*, Prosecutor v. Norman, Fofana and Kondewa, Decision on Registrar's Submission

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Bedeutsamkeit eines spirituellen Glaubens bei der Prüfung des Merkmals der Gefahr i.S.d. Art. 31 Abs. 1 d) im Verfahren gegen *Ongwen* wurde auch bzgl. der Verurteilung *Kondewas* diskutiert, inwieweit das Gericht mystische oder religiöse Machtstrukturen bei der Prüfung der Vorgesetztenverantwortlichkeit als „kulturspezifische" Beweise zur Bewertung der Tatsachen hätte heranziehen sollen.[1151]

Die Diskussion bezieht sich zum einen auf den Nachweis der tatsächlichen Kontrolle *(effective control) Kondewas* – allgemein verstanden als die Fähigkeit einer Person, die Begehung von Verbrechen zu verhindern oder zu bestrafen –[1152] und zum anderen darauf, ob er alles Erforderliche

---

of Evidence of Death of Accused Samuel Hinga Norman and Consenquential Issues, SCSL-2004-14-T (2007).

1151 *Cheah* JICJ 17 (2020), S. 1038 f.; *Provost,* L/T/C 16 (2012); *Kelsall* 2009 Kapitel 4. *Kelsall* ist zudem der Ansicht, dass die im europäischen Kontext vor dem Hintergrund der (hierarchischen) Organisation europäischer Armeen entwickelte Doktrin der Vorgesetztenverantwortlichkeit in Ländern wie Sierra Leone nicht überzeuge, da Kommandostrukturen dort grundverschieden organisiert seien (*ebd.* Kapitel 3, ähnlich *Chuter* 2003, S. 97). Es mag stimmen, dass sich diese Doktrin primär als Antwort auf das durch europäische Armeen begangene Unrecht entwickelt hat. (Zur Entstehungsgeschichte des Art. 28 siehe *Triffterer* in *Ambos/Triffterer* 2016 Art. 28, Rn. 4-75.) Unabhängig von den konkreten Ordnungsstrukturen wird im Umfeld makrokrimineller Verbrechen aber regelmäßig das Bedüfnis bestehen, die strafrechtliche Verantwortlichkeit jener „Anführer" zu begründen, die einen hohen Einfluss auf das Gesamtgeschehen nehmen ohne dabei notwendigerweise unmittelbar an den einzelnen Ausführungshandlungen beteiligt zu sein, vgl. *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 655 und *Triffterer* in *Ambos/Triffterer* 2016 Art. 28, Rn. l. Daher muss, wer eine bestimmte Machtstellung innehat und die daraus resultierenden Kontrollpflichten in vorwerfbarer Weise verletzt, dafür einstehen, wenn seine Untergebenen Völkerstraftaten begehen, vgl. *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 653 und *Triffterer* in *Ambos/Triffterer* 2016 Art. 28, Rn. 1, 7. Die auch völkergewohnheitsrechtlich anerkannte Vorgesetztenverantwortlichkeit in bestimmten Kontexten gänzlich aus dem Katalog zur Begründung strafrechtlicher Verantwortlichkeit zu streichen (dies anregend *Kelsall* 2009, S. 103), überzeugt demnach nicht. Richtig erscheint jedoch, in einer militärischen Einheit, deren Organisation sich von jenen der Doktrin der Vorgesetztenverantwortlichkeit zugrundeliegenden Ordnungsstrukturen deutlich unterscheidet, die tatsächlichen Befehls- und Weisungsverhältnisse besonders sorgfältig zu prüfen (so auch *ebd.* S. 80, 89, 103 f., 229). Eine beispielhafte Aufzählung bzw. Systematisierung der de-facto-Befehlsgewalt begründenden Faktoren findet sich in *Bantekas,* AJIL 93 (1999), S. 581 ff.; siehe außerdem *IStGH*, Prosecutor v. Bemba Gombo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/05-01/08-3343 (2016) Rn. 188 f.

1152 Übereinstimmend beispielsweise *IStGH*, Prosecutor v. Bemba Gombo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/05-01/08-3343 (2016) Rn. 183; *IStGH*, Prosecutor v. Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und Angemessene getan hatte, um die Begehung von Kriegsverbrechen zu verhindern. Gemäß den Ausführungen der Anklage kam ihm als traditionellem Medizinmann und hohem Priester die Aufgabe zu, neue Kämpfer durch bestimmte Rituale in die Truppen der *Kamajors* aufzunehmen *(initiation)* und gegen Kugeln zu immunisieren *(immunisation/bullet-proofing)*.[1153] Die Kämpfer glaubten laut der Anklage daran, dass ihr Leben in den Händen *Kondewas* bzw. der von ihm ausgeführten Rituale lag. Aufgrund dieses mystischen Glaubens der Kämpfer habe *Kondewa* effektive Kontrolle über seine Untergebenen ausgeübt.[1154]

Auch die Verteidigung stützte ihre Argumentation auf die durch *Kondewa* ausgeführten mystischen Initiierungsrituale und den Glauben der Kämpfer daran:

> „Given that those who were immunised and initiated were told repeatedly that the protections would be lost if they failed to follow the rules given to them, Kondewa had every reason to believe that they would strictly follow those rules. There is no evidence to support the contention that the immunization and initiation protected those who failed to follow the rules. Indeed there was evidence to the contrary, that the Kamajors widely believed that those who were killed in battle had violated the rules and those who survived followed them."[1155]

Da der von *Kondewa* gewährte Schutz bei Verstößen gegen diese Regeln verloren ginge, habe er demnach alle notwendigen und angemessenen

---

the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424 (2009) Rn. 415; *IStGH*, Prosecutor v. Bemba Gombo, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", ICC-01/05-01/08-3636-Red (2018), gemeinsames abweichendes Sondervotum *Monageng* und *Hofmański*, Rn. 121. Bezüglich dieser rechtlichen Anforderungen an die tatsächliche Kontrolle bestand auch im Berufungsverfahren gegen Kondewa zwischen den Parteien Konsens, siehe *SLSGH*, Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Appeal Judgment, SCSL-04-14-A (2008) Rn. 161, 171.

1153 *SLSGH*, Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Trial Judgement, SCSL-04-14-T (2007) Rn. 344 f.

1154 *Ebd.* Rn. 346. Für eine detailliertere Darstellung der Argumentation der Anklage siehe *Kelsall* 2009, S. 127 ff., mit dem Hinweis, dass die Anklagebehörde darauf bedacht gewesen sei klarzustellen, dass *Kondewa* nicht tatsächlich über mystische, übernatatürliche Kräfte verfügt habe, um die Kämpfer vor Kugeln zu schützen und auch selbst nicht daran glaubte (S. 128).

1155 *SLSGH*, Prosecutor v. Norman, Fofana and Kondewa, Motion for Judgment of Acquittal of the Third Accused Allieu Kondewa, SCSL-2004-14-T (2005) Rn. 51.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Maßnahmen ergriffen, um die Begehung von Kriegsverbrechen zu verhindern.[1156]

> „What more deterrent against atrocities on civilians can anybody ask for?"[1157]

Die Hauptverfahrenskammer geht in der Bewertung des Sachverhalts davon aus, dass die *Kamajors* an die mystischen Kräfte *Kondewas* und die Immunisierung gegen Kugeln durch dessen Initiierungsrituale glaubten und *Kondewa* daher, „*[b]y virtue of these powers […] had command over the Kamajors in the country*".[1158] Dennoch kommt sie in der rechtlichen Bewertung zu dem Ergebnis, dass dies nicht ausreiche, um festzustellen, dass *Kondewa* eine effektive Kontrolle über die Kämpfer inne hatte, die es ihm erlaubt hätte, die Begehung von Völkerstraftaten zu verhindern oder zu bestrafen. Folglich sprach sie ihn von einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach Art. 6 Abs. 3 SLSGH-Statut in der überwiegenden Anzahl der in den verschiedenen Distrikten begangenen Verbrechen frei.[1159]

1156 Ausführlicher zur Argumentation der Verteidigung *Provost,* L/T/C 16 (2012), S. 201 und *Kelsall* 2009, S. 133 ff., 141 f.

1157 Dies fragend *Kondewas* Verteidiger, siehe *SLSGH*, Prosecutor v. Norman, Fofana and Kondewa, Trial Transcripts, SCSL-2004-14-T, vom 30.11.2006, S. 37.

1158 *SLSGH*, Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Trial Judgement, SCSL-04-14-T (2007) Rn. 721 (vii): „Kondewa in his capacity as High Priest was in charge of the initiations at Base Zero and was the head of all the CDF initiators in the country. The Kamajors believed in mystical powers of the initiators, especially Kondewa, and that the process of the initiation and immunisation would make them "bullet-proof". The Kamajors looked up to Kondewa and admired the man with such powers. They believed that he was capable of transferring his powers to them to protect them. By virtue of these powers Kondewa had command over the Kamajors in the country. He never went to the war front himself, but whenever a Kamajor was going to war, Kondewa would give his advice and blessings, as well as the medicine which the Kamajors believed would protect them against bullets. No Kamajor would go to war without Kondewa's blessings." Ob die angeführten mystischen Kräfte Kondewas tatsächlich exisitierten wurde nicht untersucht, dies anmerkend *Provost,* L/T/C 16 (2012), S. 195.

1159 „We find that there is no evidence upon which to conclude beyond reasonable doubt that Kondewa had a superior-subordinate relationship with any of the Kamajors involved in the commission of criminal acts in Koribondo. Although he possessed command over all the Kamajors from every part of the country, this was, however, limited to the Kamajors' belief in mystical powers which Kondewa allegedly possessed. This evidence is inconclusive, however, to establish beyond reasonable doubt that Kondewa had an effective control over the Kamajors, in a sense that he had the material ability to prevent or punish them for their criminal acts. The Chamber noted that Kondewa's de jure status as High Priest of the CDF

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Lediglich bzgl. der im *Bonthe District* und im *Moyamba District* begangenen Verbrechen verurteilte die Hauptverfahrenskammer *Kondewa* nach den Grundsätzen der Vorgesetztenverantwortlichkeit, ohne dabei jedoch ausdrücklich auf den Glauben der Untergebenen an die mystischen Kräfte *Kondewas* abzustellen. Allerdings zog sie die *De-jure*-Position *Kondewas* als hoher Priester als ein Indiz zur Begründung des Vorgesetzten-Untergebenenverhältnisses im *Bonthe District* heran.[1160] Die Verteidigung *Kondewas* machte in der Berufungsschrift bzgl. der Anwendung des *Effective-control*-Tests durch die Hauptverfahrenskammer geltend, dass es nicht klar sei, wie die *De-jure*-Position *Kondewas* ihm im *Bonthe District* tatsächliche Kontrolle über die *Kamajors* verleihen könne, wenn sie im Übrigen nicht ausreiche, um ein Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnis zu begründen.[1161] Auch bezüglich der Verurteilung *Kondewas* nach den Grundsätzen der Vorgesetztenverantwortlichkeit im *Moyamba District* lägen nicht genügend

---

gave him the authority over all the initiators in the country as well as put him in charge of the initiations. This authority did not give him the power to decide who should be deployed to go to the war front. He also never went to the war front himself. The evidence adduced, therefore, has not established beyond reasonable doubt that Kondewa had any superior-subordinate relationship with the Kamajors who operated in Koribondo during the attack." *SLSGH*, Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Trial Judgement, SCSL-04-14-T (2007) Rn. 806, siehe zu den übrigen Distrikten Rn. 745 f., 852-854, 916 f. und 930-932.

1160 „By virtue of his de jure status as High Priest Kondewa [sic] and his de facto status as a superior to these Kamajors in that District, Kondewa exercised effective control over them. Kondewa had the legal and material ability to issue orders to Kamara, both by reason of his leadership role at Base Zero, being part of the CDF High Command, and the authority he enjoyed in his position as High Priest in Sierra Leone and particularly so in Bonthe District", *SLSGH*, Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Trial Judgement, SCSL-04-14-T (2007) Rn. 868, zur Begründung der effektiven Kontrolle im Moyamba Distrikt siehe Rn. 951-955. Die Beweise zur Begründung der Vorgesetztenverantwortlichkeit im Bonthe District kritisch analysierend *Combs* 2010, S. 212-214.

1161 *Kondewa Defence*, Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Kondewa Appeal Brief, SCSL-04-14-A-811 (2007) Rn. 47. Auf diesen Widerspruch hinweisend auch *Provost,* L/T/C 16 (2012), S. 196 ff. Dass die Hauptverfahrenskammer dem Glauben der Kamajors an *Kondewa* doch eine gewisse Bedeutung zugemessen haben, zeige sich zudem in der Begründung zur Verurteilung *Kondewas* wegen Beihilfe *(ading and abetting)* zu den von *Norman* begangenen Verbrechen. Hier habe die Hauptverfahrenskammer ebenfalls auf den Glauben der Kamajors and *Kondewas* mystische Kräfte abgestellt, um die Bedeutung der von *Kondewa* gehaltenen Reden und von ihm ausgeführten Rituale *(blessings)* darzulegen, *ebd.* S. 196 mit Verweis auf *SLSGH*, Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Trial Judgement, SCSL-04-14-T (2007) Rn. 735 f., 739.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Beweise vor, um ein solches Verhältnis zu begründen, wenn der *De-jure*-Status als hoher Priester an sich keine effektive Kontrolle *Kondewas* über die *Kamajors* begründe.[1162] Die Berufungskammer sah darin ebenfalls eine Unstimmigkeit und stellte klar, dass die Eigenschaft *Kondewas* als hoher Priester sowie die angeführten mystischen Kräfte und der Glaube daran keinerlei Relevanz hätten.[1163] Während die Hauptverfahrenskammer die angeführten mystischen Kräfte zwar in Betracht zog, jedoch mit Zurückhaltung und Unschärfe behandelte, sprach die Berufungskammer diesem kulturspezifischen Gesichtspunkt also jegliche Bedeutung ab.[1164]

III. Bewertung der bisherigen Praxis internationaler Strafgerichte im Umgang mit kulturspezifischen Beweisen und Ausblick

Kelsall deutet den Umgang des SLSGH mit den angeführten mystischen Kräften so, dass die Richter und Richterinnen sich einer expliziten, möglicherweise tiefgreifende Fragen aufwerfenden Auseinandersetzung mit kulturspezifischen Beweisen zu entziehen versuchten.[1165] Denn hätten diese zur Begründung des Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnisses explizit auf

1162 Den Berufungsgrund der Verteidigung zusammenfassend *SLSGH*, Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Appeal Judgement, SCSL-04-14-A (2008) Rn. 205, 209 mit Verweis auf *Kondewa Defence*, Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Kondewa Appeal Brief, SCSL-04-14-A-811 (2007) Rn. 83.

1163 Bzgl. des Moyamba District gab die Berufungskammer dem Berufungsgrund statt, da ohne die Beachtung der de jure Position Kondewas nicht genügend Indizien zur Feststellung einer effektiven Kontrolle *Kondewas* vorlägen, *SLSGH*, Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Appeal Judgment, SCSL-04-14-A (2008) Rn. 212-215. Bzgl. des Bonthe District kam sie hingegen zu dem Ergebnis, dass die Funktion *Kondewas* als Hoher Priester nach den Ausführungen der Hauptverfahrenskammer nicht konstitutiv zur Annahme des Vorgesetzten-Untergebenenverhältnis waren sondern sich hier aufgrund anderer Umstände die effektive Kontrolle *Kondewas* über die Kämpfer bejahen ließe, *ebd.* Rn. 179.

1164 *Provost,* L/T/C 16 (2012), S. 197 und 198 f. Dies explizit klarstellend *Judge Winter* in *SLSGH*, Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Appeal Judgment, Partially Dissenting Opinion of Honourable Justice Renate Winter, SCSL-04-14-A (2008) Rn. 4: „Not being a domestic court, it cannot also accept any cultural consideration as excuse for criminal conduct."

1165 *Kelsall* 2009, S. 144 f.; ähnlich auch *Provost,* L/T/C 16 (2012), S. 197 ff.: „The taxonomic inclination of law, which longs to define, identify, interpret and classify facts and norms, finds itself challenged by the multivalent nature of mysticism, which is difficult to reconcile with known legal categories." Ebenso *Sander,* IntlCLR19 (2019), S. 1041.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den Glauben der Kämpfer an die mystischen Kräfte *Kondewas* und die von ihm ausgeführten Rituale abgestellt, so wäre auch der Inhalt dieser Rituale und der von der Verteidigung angeführte eigene Glaube *Kondewas* an deren Wirksamkeit stärker in den Blick geraten: Welche Maßnahmen zur Einhaltung der Regeln des humanitären Völkerrechts erforderlich und angemessen sind, ist aus einer objektiven *Ex-ante*-Sicht zu bewerten.[1166] Dabei wird gefragt, welche Maßnahmen ein gewissenhafter *(reasonably dilligent)* Vorgesetzter unter vergleichbaren Umständen als geeignet erachtet hätte, um die Begehung von Verbrechen durch seine Untergebenen zu verhindern bzw. zu bestrafen.[1167] Dazu können allerdings nur solche Maßnahmen zählen, die der Vorgesetzte im Rahmen seiner tatsächlichen Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeiten hätte ausüben können.[1168] Die tatsächliche Kontrolle ist demnach nicht nur konstitutiv für die Begründung des Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnisses, sondern bestimmt auch den Umfang der Aufsichts- und Kontrollpflichten des Vorgesetzten.[1169] Stellt ein Gericht zur Annahme des Untergebenen-Vorgesetzten-Verhältnisses auf bestimmte Rituale und den Glauben daran ab, so müsste es auch deren Inhalt[1170] – und

1166 *Triffterer/Arnold* in *Ambos/Triffterer* 2016 Art. 28, Rn. 120.

1167 *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 680; so auch *IStGH*, Prosecutor v. Bemba Gombo, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", ICC-01/05-01/08-3636-Red (2018) Rn. 170.

1168 *Triffterer/Arnold* in *Ambos/Triffterer* 2016 Art. 28, Rn. 122; *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 679 f., 683 unter Verweis auf *IStGH*, Prosecutor v. Bemba Gombo, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", ICC-01/05-01/08-3636-Red (2018) Rn. 167 f., 170 und *IStGH*, Prosecutor v. Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424 (2009) Rn. 443. Ob nur solche Maßnahmen erforderlich und angemessen sein können, deren Unterlassung kausal für die Begehung des Verbrechens durch den Untergebenen sind, ist umstritten.

1169 *Werle/Jeßberger* 2020 Rn. 683; *Keith,* HuV-I 2 (2001), S. 105.

1170 Hierbei wäre vor allem zu prüfen, inwiefern die Untergebenen in die Grundsätze des humanitären Völkerrechts eingewiesen worden sind und deren Einhaltung überprüft wurde, für eine beispielhafte Aufzählung angemessener Maßnahmen siehe *IStGH*, Prosecutor v. Bemba Gombo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/05-01/08-3343 (2016) Rn. 203 f. verweisend auf *IStGH*, Prosecutor v. Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424 (2009) Rn. 438; vgl. auch *Ambos* 2004, S. 688; zur Unterweisung der Kamojors in die Regeln des humänitären Völkerrechts siehe *Kelsall* 2009, S. 137 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gegebenenfalls sogar Authentizität –[1171] näher prüfen, um zu beantworten, ob der Angeklagte nach den konkreten Umständen des Falls die gebotenen Maßnahmen ergriffen hat, um die Begehung von Kriegsverbrechen durch seine Untergebenen zu verhindern bzw. Strafverfolgungsmaßnamen einzuleiten.[1172]

Eine tiefergehende Auseinandersetzung mit dem Glauben an spirituelle Kräfte als kulturspezifische Beweise könnte es erfordern, auch etwa Soziologen oder Anthropologen in höherem Maße zu konsultieren[1173] und möglicherweise auch die gesetzlichen Rahmenbedingungen zur Einbeziehung und Bewertung von Wissen nichtjuristischer Sachverständiger anzupassen.[1174] *Cheah* verweist diesbezüglich auf den Umgang mit kulturspezifischen Beweisen in verschiedenen asiatischen Ländern wie beispielsweise Indien, Malaysia, Myanmar oder Singapur, da diese aufgrund ihrer ethnischen, sprachlichen und religiösen Gesellschaftsstruktur mehr Erfahrung mit pluralistischen Gesellschaften haben als viele Länder anderer Weltregionen.[1175] Wie die auf der Befragung ehemaliger Mitglieder der LRA beruhenden Ausführungen der Hauptverfahrenskammer IX zum Einfluss der angeblichen spirituellen Kräfte *Konys* im Urteil gegen *Ongwen* zeigen, können aber auch unter Anwendung der existierenden Verfahrensordnung des IStGH kulturelle Besonderheiten bei der Prüfung des tatsächlichen Vorliegens eines gesetzlichen Merkmals berücksichtigt werden.[1176] Werden kulturelle Besonderheiten auf der Beweisebene bei der Prüfung von inneren Tatbestandsmerkmalen, persönlichen Strafausschließungsgründen oder Milderungsgründen diskutiert, so könnte dies der tatsächlichen Klärung des Sachverhalts und der Bewertung der individuellen Vorwerfbarkeit dien-

1171 Die (Un-)Vereinbarkeit der dabei aufeinanderprallenden Perspektiven des Rechts und des Glaubens an Magie als Bestandteil der afrikanischen Kultur wird sogleich erörtert.

1172 *Provost,* L/T/C 16 (2012), S. 201; *Kelsall* 2009, S. 141 f., 144 f., 262.

1173 Eine solche stößt jedoch auch auf Kritik, siehe hierzu *Singh,* 'Expert Evidence', in *Khan* 2010, S. 637. Zur Rezeption der durch Sachverständige unterschiedlicher Disziplinen vorgetragenen Beweise durch Internationale Strafgerichte siehe *Wilson,* AmEthnol 43 (2016). Die Konsultierung von lokalen Experten zur Bewertung kulturspezifischer Beweise vor dem SLSGH fordernd *Kelsall* 2009, S. 141 f., 144, 262.

1174 Dies anregend *Cheah* JICJ 17 (2020), S. 1048 f. und *Singh,* 'Expert Evidence', in *Khan* 2010, S. 600.

1175 *Cheah* JICJ 17 (2020), S. 1032, 1040 ff.

1176 *IStGH*, Prosecutor v. Ongwen, Trial Judgment, ICC-02-04-01/15-1762-Red (2021) Rn. 2643 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lich sein, ohne damit den Universalitätsanspruch des Völkerstrafrechts auf der Ebene der Geltung der Norm aufzugeben.[1177] Unabhängig davon, ob die Betrachtung eines kulturspezifischen Beweises im Ergebnis zur Strafbefreiung des Angeklagten führt,[1178] könnte die explizite Diskussion eines solchen Beweises zudem der Kritik an einer mangelnden kulturellen Sensibilität entgegenwirken und so die Legitimität und Akzeptanz eines internationalen Straftribunals stärken.[1179]

Die Erfahrungen asiatischer und afrikanischer Gerichte mit einem *cultural sensitive judicial approach* zeigen neben den angestrebten positiven Effekten jedoch auch, welche Herausforderungen und Risiken eine solche Herangehensweise birgt. Wird beispielsweise ein Glaube an übernatürliche Kräfte oder der Verweis auf einen Brauch oder die Gewohnheiten einer Gruppe als Beweis zugelassen, so muss die Authentizität eines solchen Beweises gerichtlich überprüft werden. Eine Möglichkeit könnte darin bestehen, den Beweis dann anzuerkennen, wenn es sich dabei um einen – in einer bestimmten Gruppe – weit verbreiteten bzw. allgemein vorherrschenden Glauben oder Brauch handelt.[1180] Hieran knüpft sich dann die Frage an, wer dazu berechtigt ist und über die Kompetenz verfügt, eine Aussage über den vorherrschenden Glauben oder die allgemeinen Bräuche

1177 Ergehen in einem bestimmten Kontext mehrere Urteile, welche jedenfalls auf der Ebene der Geltung der Norm eine bestimmte Verhaltensweise verurteilen, so könnte dies auch zur tatsächlichen Implementierung und Verinnerlichung der Norm in dem betreffenden Kontext beitragen und so auch dazu führen, dass sich die Bewertung und Beachtlichkeit eines zur Verteidigung angeführten kulturspezifischen Beweises mit der Zeit ändert.

1178 Einen kulturspezifischen Beweis zu beachten bedeutet noch nicht, dass dieser auch zum Strafausschluss führt, *Renteln,* SouthwestJIntL 18 (2011), S. 267 f.; *Higgins* 2018, S. 104.

1179 Zur Veranschaulichung weist *Cheah* auf die Diskussion hin, ob der SLSGH dem lokalen Verständnis von Kindheit bzgl. des Verbrechens der Rekrutierung von Kindersoldaten genügend Bedeutung zugemessen habe. *Doherty*, eine ehemalige Richterin des SLSGH entgegnet dieser unter anderem von *Kelsall* geäußerten Kritik, dass dieser gar nicht wissen könne, welches Konzept von Kindheit sie ihrer Entscheidung zugrunde gelegt habe. Solche falschen Eindrücke könnten sich durch die explizite Diskussion kulturspezifischer Beweise vermeiden lassen, *Cheah* JICJ 17 (2020), S. 1038 mit Verweis auf *Doherty/Justice,* LJIL 26 (2013), S. 938.

1180 *Cheah* JICJ 17 (2020), S. 1041 ff. Ähnlich das Vorgehen der Hauptverfahrenskammer im Verfahren gegen *Ongwen*, die ehemalige Mitglieder der LRA zum Einfluss von Spiritualität auf ihr Handeln befragte, *IStGH*, Prosecutor v. Ongwen, Trial Judgment, ICC-02-04-01/15-1762-Red (2021) Rn. 2644: „This evidence informs the Chamber's view on whether spiritualism was in some way used to create or sustain a threat relevant under Article 31(1)(d) of the Statute."

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und Gewohnheiten einer Gruppe zu treffen. Denn nicht selten sind diese auch innerhalb einer Gruppe uneinheitlich und umstritten.[1181] Um den dargestellten Herausforderungen zu begegnen, definieren die Verfahrensregeln der von *Cheah* diskutierten asiatischen Staaten, was unter allgemeinen Bräuchen zu verstehen ist, und sie regulieren, wer solche Beweise hervorbringen darf und anhand welcher Kriterien die Existenz eines – möglicherweise auch umstrittenen – allgemeinen Brauchs gerichtlich zu überprüfen ist.[1182]

Ähnliche Regeln könnten auch für den IStGH formuliert werden, um einen gesetzlichen Rahmen für das Einbringen kulturspezifischer Beweise zu schaffen. Zudem ist eine von manchen als *judicial empathy* bezeichnete Bereitschaft und Fähigkeit der Richter und Richterinnen bedeutsam,[1183] sich ernsthaft in die Perspektive des Angeklagten und anderer Verfahrensbeteiligter hineinzuversetzen, auch wenn diese – bedingt durch die unterschiedliche kulturelle Prägung – deutlich von der eigenen Perspektive abweichen kann.[1184] Insofern ist es zu begrüßen, dass die Hauptverfahrenskammer IX im Verfahren gegen *Ongwen* das von der Verteidigung vorgebrachte Argument des Einflusses angeblicher spiritueller Kräfte *Konys* nicht schlicht unter Hinweis auf das Erfordernis einer objektiv vorliegenden Gefahr abtut, sondern sich der Frage widmet, inwiefern die Mitglieder der LRA in ihrem Handeln überhaupt tatsächlich von einem Glauben an angebliche übernatürliche Kräfte *Konys* beeinflusst waren.[1185] Lässt ein Gericht „kulturspezifische" Vorstellungen oder Besonderheiten in die Bewertung eines Sachverhalts mit einfließen, ohne sich diese selbst zu eigen zu machen, so birgt dies andererseits die Gefahr, über bestimmte Gruppen bestehende (negative) Stereotypen zu verstärken[1186] und sich dieser möglicherweise auch zur Verfolgung eigener Ziele zu bedienen. Aus diesem Grunde kritisiert *Provost* den Umgang des SLSGH mit den durch die Verteidigung und die Anklage angeführten mystischen Kräften *Kondewas* bzw. den Glauben daran als kulturspezifische Beweise:

1181 *Cheah* JICJ 17 (2020), S. 1043.
1182 Näheres hierzu *ebd.* S. 1047 ff.
1183 Siehe zu diesem Ansatz *Bandes,* Cardozo Law Review Novo (2009), S. 136 und *Weinberg/Nielsen,* SCalLRev 85 (2011), S. 324 ff.
1184 *Cheah* JICJ 17 (2020), S. 1049 ff.
1185 *IStGH*, Prosecutor v. Ongwen, Trial Judgment, ICC-02-04-01/15-1762-Red (2021) Rn. 2643 ff.
1186 *Cheah* JICJ 17 (2020), S. 1045 f.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„The judgments of the SCSL in the CDF Case constitute a narrative where rational, Western, civilized modernity is confronted with mysticism, a symbol of pre-colonial African primitivism."[1187]

Zur Veranschaulichung seiner Kritik weist er auf Parallelen hin zwischen dem 1930 von *Hergé* verfassten Comic „*Tintin au Congo*" und der Herangehensweise des SLSGH.[1188] Wie dargelegt, zogen die Anklage und die Hauptverfahrenskammer zwar den Glauben der *Kamajors* an *Kondewas* mystische Kräfte heran, um die zur Begründung der Vorgesetztenverantwortlichkeit notwendige effektive Kontrolle darzulegen. Dabei distanzierten sie sich selbst aber von einem solchen Glauben an die Existenz übernatürlicher Kräfte[1189] und schienen zudem davon auszugehen, dass auch *Kondewa* selbst nicht an seine mystischen Kräfte glaubte, sondern lediglich den Glauben seiner Untergebenen daran ausnutzte.[1190] *Provost* gibt zu bedenken, dass der SLSGH damit die gleiche (post-)koloniale Haltung zum Ausdruck brächte wie *Hergé* in seinem 1930 verfassten Comic „*Tintin au Congo*". In diesem Weltbild folgten die „naiven" oder „primitiven" afrikanischen Ureinwohner einem irrationalen Glauben, der von ihren eigenen

1187 *Provost,* L/T/C 16 (2012), S. 199.

1188 *Ebd.* S. 184: „In these two narratives, despite their very different origins, modernity and primitivism intersect and interact; in both cases, the narrator uses magic to decode African society and make it comprehensible to the imagined reader. In so doing, the narrator constructs the image of his own identity: in one case Belgian, European and civilized, and in the other, universal and rational embodied in international criminal law."

1189 Siehe hierzu beispielsweise *SLSGH*, Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Trial Judgement, SCSL-04-14-T (2007) Rn. 853: „Although [Kondewa] possessed command over all the Kamajors from every part of the country, this was, however, limited to the Kamajors' belief in mystical powers which Kondewa allegedly possessed" oder *SLSGH*, Prosecutor v. Norman, Fofana and Kondewa, Trial Transcripts, SCSL-2004-14-T, vom 21.02.2006: „But on the whole, did the whole prospect make everybody laugh?" Die Distanzierung der Anklage und der Richter von mytischen Kräften genauer beschreibend *Provost,* L/T/C 16 (2012), S. 199 und *Kelsall* 2009, S. 128, 130 ff.

1190 So *Kelsall* 2009, S. 128 ff. mit Verweis unter anderem auf folgende Passage des am 21. Februar 2006 geführten Kreuzverhörs am Zeugen General *Walker* der Verteidigung, *SLSGH*, Prosecutor v. Norman, Fofana and Kondewa, Trial Transcripts, SCSL-2004-14-T, vom 21.02.2006: „Q. Don' t you think the benefits of these mystical qualities should be bestowed upon the British troops in Iraq? A. At the time I did ask if we could borrow this technique. Q. And -- A. Because it made them very brave. I watched them do things which I think British soldiers might not have done. Q. I know. But on the whole, did the whole prospect make everybody laugh? […] Q. Well, I hope you get some of it before you go to Afghanistan."

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Eliten genutzt würde, um sie zu manipulieren.[1191] Der Glaube an Magie und übernatürliche Kräfte sei damit vollständig den Kategorien und Zielen des völkerrechtlichen Diskurses unterworfen und so jeglicher Bedeutung, die einer anderen Rationalität als der des Völkerrechts folgt, entleert.[1192] In der Rationalität des völkerrechtlichen Diskurses könne auch der von der Verteidigung angeführte Hinweis auf den tatsächlichen Inhalt der Rituale und mystischen Kräfte daher keinen Raum finden:[1193]

> „In a general sense, the rationality at the heart of the international criminal law – and of Western law – necessarily reduces the causes and consequences of an illegal act to a fact that is empirically verifiable; a divergent cultural belief is reduced to a factual error or to a lack of reason. In the CDF Case, Kondewa's argument regarding his positive influence against the commission of war crimes and crimes against humanity was reduced to nothing: The SCSL ignored it altogether."[1194]

In seiner *partially dissenting opinion* widersprach *Gelaga King*, Vorsitzender Richter der Berufungskammer und Staatsbürger Sierra Leones, vehement der Hauptverfahrenskammer darin, die Funktion des Angeklagten als hohen Priester anzuerkennen[1195] oder den angeblichen magischen Kräften

---

1191 Vgl. *Provost,* L/T/C 16 (2012), S. 188: „As the story unfolds, the phenomenon of the leopard-men is reduced to another attempt by indigenous elites to exploit the naïve beliefs of the general population to 'fight the white man's civilising influence' and also to solidify their hold on power" und *ebd.* S. 199: „[…] like the manipulation of the Babaoro'm by the witchdoctor Muganga in Tintin au Congo, we can understand that magic is used by Kondewa as a tool that permits him to control the Kamajors by exploiting their gullibility and ignorance. By leveraging the desperate desire of young fighters to survive a vicious war, the accused manipulated a system of traditional beliefs to serve their own ends."

1192 *Provost,* L/T/C 16 (2012), S. 200: „In the analysis of the SCSL there is a also a hijacking of mystical beliefs by the legal discourse to serve its own ends, in this case the administration of international criminal responsibility. […] The fact as interpreted by the law is thus emptied of its content; the system of beliefs and traditional practices is reduced to a category defined entirely by international law. The customary cosmology of Sierra Leone is kidnapped by the cosmology of international law, which consumes it, saving only the parts that serve its own purposes."

1193 *Ebd.* S. 201.

1194 *Ebd.* S. 202 mit Verweis auf *Comaroff/Comaroff*, AmEthnol 31 (2004), S. 193 f.

1195 *SLSGH*, Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Appeal Judgment, Partially Dissenting Opinion of Honourable Justice George Gelaga King, SCSL-04-14-A (2008) Rn. 68: „The evidence shows that Kondewa was not a priest, let alone a 'High' one. […]. He was, in fact, a 'juju man' or 'medicine man' […] he was a 'masked dancer' […]."

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des Angeklagten bei der Untersuchung der Vorgesetztenverantwortlichkeit irgendeine Bedeutung zuzumessen.[1196] Indem die Hauptverfahrenskammer diese Beweise herangezogen habe, hätte sie einen Beweisfehler (*error of fact*) begangen.[1197]

Laut *Provost* lässt sich diese primär an die internationale Gemeinschaft gerichtete *partially dissenting opinion* als Widerspruch verstehen gegen die Darstellung Sierra Leones in den Medien und durch den Gerichtshof als ein Land wilder Ureinwohner, die sich in ihren Handlungen von ihrem (irrationalen) Glauben an Magie leiten ließen:[1198]

> „In my opinion, the roles found to have been performed by Kondewa as 'High Priest', are so ridiculous, preposterous and unreal as to be laughable and not worthy of serious consideration by right-thinking persons in civilised society. If the Kamajors believe in the mystical power of Kondewa as an initiator, his imaginary immunisation powers (as if it was scientific), do the Chambers of the Special Court also believe that Kondewa could make Kamajors 'bullet-proof' and that Kondewa's 'blessings' would make them impervious to machine-gun bullets? And on that basis find him to be a commander? Obviously not."[1199]

Mit diesen deutlichen Worten begegnet er einem im Hinblick auf die afrikanische Bevölkerung lange Zeit anzutreffenden Stereotyp, das immer wieder zur Rechtfertigung missionierender Kolonialpolitik diente.[1200] Gleich-

1196 *SLSGH*, Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Appeal Judgment, Partially Dissenting Opinion of Honourable Justice George Gelaga King, SCSL-04-14-A (2008) Rn. 69: „It boggles the imagination to think that on the basis of purporting to have occult powers, on the basis of his fanciful mystical prowess, Kondewa could be said to qualify as a 'commander' in a superior/subordinate relationship. Without remarking on the novelty of its finding, the Appeals Chmnber Majority Opinion, for the first time in the history of international criminal law has concluded that a civilian Sierra Leonean juju man or witch doctor, who practised fetish […] can be held to be a commander of subordinates in a bush and guerrilla conflict in Sierra Leone, 'by virtue' of his reputed superstitious, mystical, supernatural and suchlike fictional and fantasy powers!"

1197 *SLSGH*, Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Appeal Judgment, Partially Dissenting Opinion of Honourable Justice George Gelaga King, SCSL-04-14-A (2008) Rn. 73.

1198 *Provost,* L/T/C 16 (2012), S. 207.

1199 *SLSGH*, Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Appeal Judgment, Partially Dissenting Opinion of Honourable Justice George Gelaga King, SCSL-04-14-A (2008) Rn. 70.

1200 *Provost,* L/T/C 16 (2012), S. 189: „Mystical beliefs were used as evidence of the primitive nature of African society at the time, serving to justify colonial expansion. Colonialism was thus aimed at civilizing the population and also at liberating

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zeitig bringt er damit zum Ausdruck, dass eine Interaktion zwischen einem rechtlichen Diskurs und Magie bzw. dem Glauben daran nicht möglich ist.[1201] Die Herausforderung besteht also darin, kulturelle Unterschiedlichkeiten dergestalt sensibel zu diskutieren, dass ihre grundsätzliche Existenz, Berechtigung und gegebenenfalls auch handlungsleitende Bedeutung anerkannt wird, zugleich aber diskriminierende oder gewaltsame Bräuche verurteilt werden ohne damit die Beachtung kultureller oder religiöser Bräuche und Normen generell abzuwerten oder in tradierte Stereotype zu verfallen.[1202]

Ob und wie Magie und der Glaube an mystische Kräfte mit der Suche nach der prozessualen Wahrheit und der Bewertung der individuellen Schuld des Angeklagten interagieren können, mussten und müssen auch nationale Gerichte beantworten.[1203] Hierzu findet sich eine bis in die Kolonialzeit zurückreichende Jurisprudenz afrikanischer Gerichte.[1204] Manche Richter und Richterinnen distanzierten sich in den Urteilen – wie *Judge Gelaga* – selbst deutlich von einem Glauben an Magie und mystische Kräfte.[1205] Hierauf beruhende Beweise finden in solchen Urteilen dann entweder keine Beachtung oder werden erst bei der Bewertung der Schuld als mildernde Umstände herangezogen.[1206] Andererseits ist sowohl die Ausübung von Magie als auch die Bezichtigung eines Menschen, Magie

---

Africa from the yoke of false beliefs. In Tintin au Congo, colonialism is needed as the new truth, symbolized by the last image in the book where a warrior comes to kneel before fetishes in the image of Tintin and Milou, who have replaced the magic fetish that the tribe had venerated before."

1201 *Provost,* L/T/C 16 (2012), S. 204 f.

1202 *Cheah* JICJ 17 (2020), S. 1050.

1203 Zur Bedeutung von Magie und dem Glaube an mystische Kräfte in vielen Regionen Afrikas siehe *Provost,* L/T/C 16 (2012), S. 206 und *Kelsall* 2009, S. 105-113 mit Hinweis darauf (S. 112), dass Magie häufig auch in kriegerische Gebräuche integiert sei, so z.B. auch in den vom IStGH untersuchten Situationen im Kongo und in Uganda. Siehe hierzu auch *Ongwen Defence,* Prosecutor v. Ongwen, Public Redacted Version of 'Corrected Version of „Defence Closing Brief", filed on 24 February 2020', ICC-02/04-01/15-1722-Corr-Red (2020) Rn. 694 ff.

1204 *Kelsall* 2009, S. 113 ff. *Provost* geht davon aus, dass in den zwischen 1970 und 1980 vor den Strafgerichten Banguis (der Hauptstand der Zentralafrikanischen Republik) geführten Verfahren 40 Prozent einen Bezug zu Magie hatten, *Provost,* L/T/C 16 (2012), S. 208 f. mit Fn. 15.

1205 Diese Haltung der „modernen" afrikanischen Elite im Allgemeinen beschreibend *Provost,* L/T/C 16 (2012), S. 205 f.

1206 Den Umgang afrikanischer Gerichte mit Magie und mystischen Kräften näher analysierend *Seidman,* ICLQ 15 (1966), S. 1140 ff. und *Comaroff/Comaroff*, AmEthnol 31 (2004).

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auszuüben, in vielen afrikanischen Staaten eine Straftat.[1207] Der Glaube an mystische Kräfte wird hier also weder – wie durch *Judge Gelaga King* – als absurd abgetan, noch wird er – wie durch die Anklage und das Urteil der Hauptverfahrenskammer – reduziert auf eine allein aus rechtlicher Perspektive zu bestimmende Kategorie.[1208] Inhalt und Wirksamkeit der ausgeübten Magie wird hier selbst zum Gegenstand des Verfahrens und damit zu einer Beweisfrage. Da diese den klassischen Beweisen nicht zugänglich ist, befragen Gerichte *witch doctors* als Sachverständige, um die Identität einer über magische Kräfte verfügenden Person oder die Authentizität und Wirksamkeit der von ihr ausgeführten Rituale zu belegen.[1209] *Provost* scheint darin eine auch für ein völkerstrafrechtliches Tribunal erwägenswerte Möglichkeit zu sehen, Spiritualität und Rationalität miteinander zu versöhnen, mystischen Glauben und rechtlichen Diskurs als gleichberechtigte Konzepte anzuerkennen und so eine Magie beinhaltende afrikanische Modernität anzuerkennen:[1210]

> „[…]legal discourse and mystical beliefs are two among many sites for the elaboration of modernity, with none able to claim primacy over the other. What is at play in the construction of practices such as bulletproofing is not the establishment of truth but more accurately the articulation of relations to truth: who can tell the truth, for whom, and for what purpose. Mysticism and modernity, each in its own way, attempts to give us a paradigm that explains why things are the way they are."[1211]

Er beendet seinen Aufsatz mit der Frage, ob:

> „ […] modernity and in its wake law need be monolithic, or whether we can imagine a plural idea of modernity and law that can reconcile rational thinking with other forms of beliefs".[1212]

1207 *Fisiy,* ASR 41 (1998); *Provost,* L/T/C 16 (2012), S. 208 f. mit Fn. 14. So zum Beispiel pönalisiert in Art. 251 Code pénal du Cameroun: "Est puni [] celui qui se livre à des pratiqques de sorcellerie, magie ou divination susceptibles de troubler l'ordre ou la tranquillité publics, ou de porter atteinte aux personnes, aux biens ou à la fortune d'autrui […]."

1208 *Provost,* L/T/C 16 (2012), S. 209.

1209 Diese gerichtliche Praxis kritisch hinterfragend ohne die Existenz mystischer Kräfte dabei zu bestreiten *Fisiy,* ASR 41 (1998), S. 157 ff.

1210 *Provost,* L/T/C 16 (2012), S. 210 f. und 207.

1211 *Ebd.* S. 211.

1212 *Ebd.* S. 211.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Magie und der Glaube an mystische Kräfte wurden hier behandelt als ein Beispiel für die Behandlung kulturspezifischer Beweise zur Feststellung – *beyond reasonable doubt* – einzelner Tatbestandsmerkmale bzw. zur Bewertung der Schuld. Zielt *Provost* mit seiner abschließenden Frage darauf ab, vor einem Strafgericht, das Völkerstrafrechtspflege betreibt, die Grenzen zwischen Rationalität und Spiritualität aufheben zu wollen,[1213] so ist dem vehement zu widersprechen. Die Aufgabe eines solchen Gerichts ist es, durch einen strafprozessualen Diskurs eine (prozessuale) Wahrheit herzustellen.[1214] Hierfür müssen Regeln existieren, welche eine auf objektiven Beweisen beruhende Wahrheitsfindung ermöglichen. Wie bereits angemerkt, könnte das noch unzureichend geregelte Beweisrecht des IStGH einen Bereich darstellen, der auch unter Berücksichtigung der Erfahrungen asiatischer und afrikanischer Länder auszufüllen ist.[1215] Durch eine kritische Auseinandersetzung mit der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung und den Erfahrungen von Gerichten in diesen Ländern könnte die internationale Strafrechtspflege etwas lernen über Chancen und Risiken sowie erforderliche Verfahrensstrukturen zur Umsetzung eines *culturally sensitive judicial approach*.

Als positiver Begleiteffekt könnte eine solche explizite Auseinandersetzung mit der diesbezüglichen Jurisprudenz asiatischer und afrikanischer Gerichte zudem der von manchen kritisierten Überrepräsentation westlicher Traditionen im Prozessrecht ein wenig entgegenwirken.[1216] Dies könnte dem Bestreben dienlich sein, den universellen Geltungsanspruch des Völkerstrafrechts zu wahren und dabei gleichzeitig die Unterschiedlichkeit der Kulturen dieser Welt nicht nur als soziale Realität anzuerkennen, sondern – wie auch in Absatz 1 der Präambel des IStGH-Statuts proklamiert –

1213 Dies andeutend auch *Kelsall* 2009, S. 121.

1214 *Werkmeister* 2015, S. 288.

1215 Siehe zu sonstigen verfahrensrechtlichen Aspekten z.B. *Kelsall* 2009 Kapitel 6; *Cheah* JICJ 17 (2020); *Combs* 2010, insbes. Kapitel 9. Dies könnte auch dem Zweck dienlich sein, mit einem Strafverfahren ein Erinnerungs- und Wahrheitsbedürfnis der betroffenen Gemeinschaft zu bedienen. Näher zur Bedeutung völkerstrafrechtlicher Verfahren zur Kommunikation einer historischen Wahrheit *Werkmeister* 2015, S. 286 ff. mit weiteren Nachweisen. Auch für die nach den opferbezogenen expressiven Straftheorien zentrale Vermittlung einer Botschaft an die konkreten Ofer ist es erforderlich, diese Opfer durch ein kulturell sensibles Verfahrensrecht bestmöglich zu integrieren und zu verstehen, *ebd.* S. 345.

1216 *Cheah* JICJ 17 (2020), S. 1041; auf die Überrepräsentation westlicher Traditionen ebenfalls hinweisend *Ambos* 2003, S. 37.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

als anzustrebendes politisches Ziel zu würdigen und zu fördern.[1217] Im besten Falle könnte dies auch dazu beitragen, die Legitimität und Akzeptanz etwaiger Verfahren vor dem IStGH, beispielsweise im asiatischen oder afrikanischen Raum, zu fördern[1218] und damit auch der Verwirklichung bestimmter Strafzwecke dienlich sein: Denn nur eine Verfahrensstruktur, welche dazu geeignet ist, die betroffene Gemeinschaft und gegebenenfalls auch die konkreten Opfer zu inkludieren und in ihren Bedürfnissen zu verstehen, kann in der betroffenen Gemeinschaft den Lern- und Befriedungseffekt fördern oder die kommunikationsorientierten Interessen der konkreten Opfer befrieden.[1219]

Auf rationaler Argumentation beruhende Überzeugung jedoch jeder Form von Glaubensüberzeugung gleichzustellen oder die notwendige Überzeugung des Gerichts, dass keine vernünftigen Zweifel an der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bestehen können, zu ersetzen durch die Feststellung, dass die betroffene Gemeinschaft keine Zweifel daran haben würde,[1220] käme ebenso wie die Gleichstellung beliebiger Werte mit denen, die dem Völkerstrafrecht zugrundeliegen, einer Selbstaufgabe der dem (Völker-)Strafrecht zugrundeliegenden Prinzipien gleich. Dass mit einem Universalitätsanspruch dementsprechend die Bevorzugung einer be-

1217 Ähnlich *Raimondo,* IntlCLR 11 (2011), S. 300 und *Cheah* JICJ 17 (2020), S. 1037, 1054; siehe hierzu ausführlicher Teil 1 Kapitel 2 C II. 1.

1218 *Cheah* JICJ 17 (2020), S. 1041. Versteht man die Aufgabe Internationaler Strafgerichtshöfe auch darin, die zu untersuchende Situation historisch zu dokumentieren, so erscheint es für die Darstellung eines umfassenden Bildes um so wichtiger, auch den konkreten (kulturellen) Kontext der – mutmaßlich – begangenen Verbrechen in die Untersuchung miteinzubeziehen – ebenfalls unabhängig davon, ob dieser im Ergebnis tatschlich zu einem Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit führt, *Higgins* 2018, S. 104.

1219 *Reuss* 2012, S. 59 ff.; *Werkmeister* 2015, S. 345; *Sander,* IntlCLRI9 (2019); siehe hierzu ausführlicher Teil 2 Kapitel 2 C II. 2.

1220 Ein eindringliches Beispiel bietet das von *Fisiy* beschriebene Urteil eines kamerunischen Gerichts, in welchem die Angeklagte zu 8 Jahren Haft verurteilt wurde, weil sie ihren Liebhaber – einen Polizisten – impotent mit anderen Frauen gezaubert habe, *Fisiy,* ASR 41 (1998), S. 157: „The court took into consideration such evidence as the man's impotence with other women; the earlier threat of the defendant; the fact that she urinated in the bedroom; and her having touched her genitals with his hand. These factors were all seen as conclusive evidence of the witchcraft offense and constituted overwhelming evidence against the woman. These events, in their local context, would have measured up to a standard of proof to reasonable people in Batouri, Kaka land. […] this decision must have been a major breakthrough in reassuring civil servants that they could always rely on the courts to protect them against the caprices of local woman."

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stimmten Rationalität einhergeht, ist mithin unumgänglich.[1221] Dies bedeutet nicht, dass die dem Völkerstrafrecht zugrundeliegende Maxime eine grundsätzliche Überlegenheit gegenüber anderen Maximen beanspruchen kann.[1222] Denn beispielsweise bei der Aufarbeitung geschehenen Unrechts durch Wahrheitskommissionen, der Aushandlung von Friedensverträgen oder anderen unter dem Überbegriff der *transitional justice* diskutierten Maßnahmen kann die Ermittlung der prozessualen Wahrheit durchaus in den Hintergrund treten.[1223]

1221 Daher ist auch die von *Provost* skizzierte Haltung der Berufungskammer in ihren Grundzügen nicht zu kritisieren, vgl *Provost,* L/T/C 16 (2012), S. 203: „The narrative is entirely internal to law, it produces its own truth as required by the imperatives of justice, and it corresponds to a culture of legality that is self-sufficient and all encompassing. This narrative is offered as universal and capable of transcending all cultural differences in beliefs, practices, values, and norms."

1222 Insofern könnten sich die in liberaler Tradition stehenden, auf die Abschreckung des Täters oder der Allgemeinheit zielenden Strafzwecktheorien als kulturell sensibler erweisen als auf Resozialisierung des Täters oder Lerneffekte bei der Allgemeinheit zielende Strafzwecke, da sie den Normadressaten nicht bzgl. der moralischen Richtigkeit seines Verhaltens beeinflussen wollen oder ihn zu einer positiven Einstellung hinsichtlich völkerrechtlicher Normen „erziehen" wollen. Zur liberalen Tradition der negativen Generalprävention siehe *Werkmeister* 2015, S. 201, 207 f. mit weiteren Nachweisen und zum liberalen Einwand gegenüber der positiven Spezial- und Generalprävention *ebd.* S. 180 f., 271 f. mit weiteren Nachweisen.

1223 So beispielsweise auch *Fisiy*, der sich einer Bewertung zur Existenz mystischer Kräfte (in Kamerun) enthält, aber jedenfalls davon ausgeht, dass es nicht dienlich sei, diese vor (Straf-)Gerichten zu verhandeln, *Fisiy,* ASR 41 (1998), S. 161.

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748951643-109 - am 13.01.2026, 18:20:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -