

sensuale und voluntaristischen Koexistenz- und Kooperationsvölkerrecht tritt das internationale Gemeinschaftsrecht.<sup>247</sup>

Im Ergebnis kann festgestellt werden, dass sich “[d]as internationale Gemeinschaftsrecht normativ schneller entwickelt hat als institutionell.”<sup>248</sup> Institutionell ist die internationale Gemeinschaft noch im Werden, Rechtssetzung und Rechtsdurchsetzung werden weiterhin durch die Staaten mediatisiert. Dementsprechend wird die internationale Gemeinschaft gegenwärtig als eine “*communitas imperfecta*”<sup>249</sup> bzw. eine Gemeinschaft “*in statu nascendi*”<sup>250</sup> begriffen.

## II. Moderne Völkerrechtskonzeption und Völkerstrafrecht

Im Zusammenhang mit – mitunter sogar als Vorläufer – der soeben skizzierten Entwicklung wird regelmäßig das Völkerstrafrecht genannt.<sup>251</sup> Die völkerstrafrechtlichen Normen können schon deshalb als “revolutionär” bezeichnet werden, als sie an den Einzelnen gerichtet sind und damit unmittelbar im Verhältnis zwischen der internationalen Gemeinschaft und dem Einzelnen gelten, ohne dass von Völkerrechts wegen ein Vermittlungsakt der Staaten erforderlich ist.<sup>252</sup> Anders als bei den menschenrechtlichen Regelungen wird die Staatenebene nunmehr gänzlich übersprungen. Dadurch verleihen die völkerstrafrechtlichen Regelungen dem Einzelnen passive Völkerrechtssubjektivität.

247 Paulus, Die internationale Gemeinschaft (2001), S. 433 ff.: Kein antagonistischer Gegensatz zwischen Gesellschaft und Gemeinschaft, zwischen der Verfolgung von Gemeinschaftsinteressen und egoistischen Individualinteressen der Staaten.

248 Payandeh, Internationales Gemeinschaftsrecht (2010), S. 434; Thüser, Modernes Völkerrecht: Ein System im Wandel und Wachstum, 60 ZaöRV (2000), S. 574: Normative Gestaltung und “institution building” klaffen auseinander; Nettesheim, Das kommunale Völkerrecht, JZ 2002, S. 578: institutionelle Entwicklung hinkt der Materialisierung hinterher.

249 Gaeta, International Criminalization of Prohibited Conduct, in Cassese u.a. (Hrsg.), Oxford Companion to International Criminal Justice (2009), S. 65.

250 Vgl. Payandeh, Internationales Gemeinschaftsrecht (2010), S. 433 ff.

251 Fassbender, Schutz der Menschenrechte, EuGRZ 2003, S. 10: “Von den [...] gemeinwohlorientierten Normenkategorien ist das Völkerstrafrecht die mit Abstand praktisch bedeutsamste geworden, [...]. Durch sie ist die internationale Strafjustiz zum realiter wichtigsten Hüter gemeinsamer Werte der internationalen Gemeinschaft geworden.”

252 Nach Luban, Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law, in Besson/Tasioulas (Hrsg.), The Philosophy of International Law (2010), S. 572, ist dieser Schritt hin zu einem “puren” Völkerstrafrecht, welches unmittelbar den Einzelnen bindet, ein radikales Projekt, welches die Souveränität der Staaten fundamental herausfordert. Luban geht soweit diese Entwicklung mit “the early secularists’ deflationary view of state authority as manifestation of human rather than divine will” zu vergleichen.

## 1. Schutz von Gemeinschaftsinteressen

Wie oben bereits angeführt, wird wohl mehrheitlich vertreten, dass die völkerstrafrechtlichen Tatbestände die Interessen der internationalen Gemeinschaft schützen: den Weltfrieden, die internationale Sicherheit und das Wohl der Welt.<sup>253</sup> Das Völkerstrafrecht basiert auf dem Grundgedanken, dass bestimmte Taten die gesamte Menschheit betreffen, weil sie den Weltfrieden bedrohen und/oder weil sie “the conscience of mankind” schockieren.<sup>254</sup> Durch den Kontext der systematischen und massenhaften Gewaltanwendung, wird die interindividuelle Beziehung zwischen Täter und Opfer nicht nur auf staatliche, sondern zudem auf völkerrechtliche Ebene gehoben.<sup>255</sup>

- 253 Fassbender, Schutz der Menschenrechte, EuGRZ 2003, S. 10, unter Bezugnahme auf Triffterer, preample, in Triffterer (Hrsg.), Commentary (2. Auflage, 2008), Rn. 9 ff., weist darauf hin, dass das “Wohl der Welt” ein neuer Wert ist, der “ein umfassendes Wohl aller Menschen (und womöglich auch des ‘Ökosystems Erde’) als Schutzgut postuliert.”
- 254 Bassiouni, International Crimes: *Ius Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*, 59 Law & Contemporary Problems (1996), S. 69; Broomhall, International Justice & the ICC (2003), S. 44 ff.; Keller, Grenzen, Unabhängigkeit und Subsidiarität der Weltrechtspflege, GA 2006, S. 35: “Völkerrechtsverbrechen betreffen die Menschheit als solche. Diese hat ein zu respektierendes Interesse an der Sanktionierung.” Vgl. auch JStGH (Verfahrenskammer), Tadić, 10. August 1995, Rn. 42: “[The crimes which the ICTY has been called upon to try] affect the whole of mankind and shock the conscience of all nations of the world.” Grds. zeichnet sich Gemeinschaft gerade auch durch die Abgrenzung zu anderen aus. Im völkerstrafrechtlichen Zusammenhang und auch beim Verbrechen der Piraterie wird daher oft das Konzept des *hostis humani generis* bemüht, des “Feindes der Menschheit”, der wegen seiner Taten aus der Gemeinschaft ausgeschlossen wird. Dieses Konzept ist allerdings abzulehnen: Der Völkerrechtsverbrecher ist und bleibt Teil der Gemeinschaft und ist als solcher im Strafverfahren zu behandeln. Vgl. auch Duff, Authority and Responsibility in International Criminal Law, in Besson/Tasioulas (Hrsg.), The Philosophy of International Law (2010), S. 602 ff.
- 255 Vgl. hierzu Arendt, Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil (2006), insbesondere Epilog S. 253-279: Bei den von den Nazis begangenen Verbrechen unterscheidet Arendt drei Entwicklungsstufen: (i) die Nürnberger Gesetze von 1935, die sie als nationale Verbrechen und einen Verstoß gegen nationales Verfassungsrecht kategorisiert; (ii) die “enforced emigration”, die Vertreibung der Juden als Verstoß gegen die “comity of nations”, da die Vertriebenen zwangsläufig an den Grenzen zu anderen Staaten auftauchen, das Verbrechen somit die internationale Staatengesellschaft betrifft; schließlich (iii) den Genozid als neue Verbrechenskategorie der Verbrechen gegen die Menschheit, “perpetrated upon the body of the Jewish people”. Unter Bezugnahme auf Telford Taylor argumentiert Arendt, dass ein Verbrechen nicht nur gegen das einzelne Opfer begangen wird, sondern sich gegen die gesamte Gemeinschaft richtet, deren Recht verletzt wurde – im Fall der Völkerrechtsverbrechen sei dies die Gemeinschaft aller Menschen, die gesamte Menschheit. Da die verschiedenen Verbrechenskategorien unterschiedliche Rechtsordnungen und damit unterschiedliche Rechtsgemeinschaften verletzen, unterscheiden sie sich nicht nur graduell, sondern ihrem Wesen nach; Arendt, ebenda, S. 261 und auf S. 272: “For just as a murderer is prosecuted because he has violated the law of the community [i.e. the domestic criminal order], [...] so these modern, state-employed mass

Damit werden die völkerstrafrechtlichen Tatbestände gleichzeitig als “ethisches Minimum der Menschheit” und selbst bei zurückhaltender Interpretation als Beweis für einen universell anerkannten minimalen Wertekonsens als Grundlage der internationalen Gemeinschaft angeführt.<sup>256</sup> In diesem Sinne heißt es bei *Bassiouni*:

This argument assumes, to some extent, the existence of a legal order based on social or moral precepts, much like exists within states, which are common to all states or, rather, to all humanity. The criminal laws of states are assumed to reflect commonly shared moral or social values, protect a social interest, and are aimed at securing public order. Thus, it is assumed that international crimes which embody commonly shared values and therefore the legitimate concern of peoples and states throughout the world.<sup>257</sup>

Während Völkerstrafrecht damit auf einem Mindestbestand innerer Verbundenheit zwischen allen Menschen basiert, bestätigt und festigt es gleichzeitig die internationale Gemeinschaft. Damit kommt den völkerstrafrechtlichen Tatbestän-

murderers must be prosecuted because they violated the order of mankind [...]” Zu *Arendts* Argumentation und der von ihr benutzten, aus heutiger Sicht mißverständlichen Terminologie, siehe auch Luban, *Hannah Arendt as a Theorist of International Criminal Law*, 11 *ICLR* (2011), S. 621. Zu rechtsphilosophischen Grundlagen des Völkerstrafrechts, vgl. i.Ü. May, *Crimes Against Humanity: A Normative Account* (2005); ders., *Genocide: A Normative Account* (2010); ders., *The International Community, Solidarity and the Duty to Aid*, 38 *Journal of Social Philosophy* (2007), S. 185. Kritisch zu *Mays* Ansatz Altman/Wellmann, *A Defense of International Criminal Law*, 115 *Ethics* (2004), S. 35; zusammenfassend auch Hessler, *State Sovereignty as an Obstacle to International Criminal Law*, in May/Hoskins (Hrsg.), *International Criminal Law and Philosophy* (2010), S. 39. Vgl. auch Luban, *A Theory of Crimes Against Humanity*, 29 *Yale Journal of International Law* (2004), S. 85; ders., *Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law*, in Besson/Tasioulas (Hrsg.), *The Philosophy of International Law* (2010), S. 569, dazu auch Duff, *Authority and Responsibility in International Criminal Law*, in Besson/Tasioulas (Hrsg.), *The Philosophy of International Law* (2010), S. 590.

256 Werle, *Völkerstrafrecht* (3. Auflage, 2012), Rn. 96: “Einhaltung eines universell geltenden zivilisatorischen Minimums”; ders., *Die Zukunft des Völkerstrafrechts*, in FS 200 Jahre Juristische Fakultät der HU (2010), S. 1220: “Voraussetzung für die Begründung von Völkerstrafrecht ist die Anerkennung universeller Rechtsgüter, von Rechtsinteressen also, die weltweit, völker-, staaten- und rechtskulturübergreifend Anerkennung und Schutz beanspruchen.”; MK-Ambos (1. Auflage, 2009), § 1 VStGB Rn. 4; Paulus, *Die internationale Gemeinschaft* (2001), S. 260 f. Vgl. auch Vogel, *Transkulturelles Strafrecht*, GA 2010, S. 12. Payandeh, *Internationales Gemeinschaftsrecht* (2010), S. 100, weist in diesem Zusammenhang auf die Zahl der Vertragsstaaten des IStGH-Statuts hin (121 Staaten aus allen Kontinenten (Stand: Januar 2013)), sowie darauf, dass das Fernbleiben der übrigen Staaten eher politischen Erwägungen geschuldet sein wird und wohl kaum darauf zurückzuführen ist, dass sie die dem Statut zu Grunde liegenden materiellen Werte nicht teilen.

257 Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law* (2003), S. 31 Fn. 141.

den und ihrer Durchsetzung – zumindest in gewissem Umfang – eine identitätsprägende, gemeinschaftsstiftende und integrative Funktion zu.<sup>258</sup>

## 2. *ius-cogens*-Normen und Völkerstrafrecht

In Rechtsprechung und Schrifttum werden die völkerrechtlichen Kernverbrechen regelmäßig als Teil des *ius cogens* begriffen.<sup>259</sup> So heißt es exemplarisch im *Kupresić*-Urteil des Jugoslawien-Strafgerichtshofs:

Furthermore, most norms of international humanitarian law, in particular those prohibiting war crimes, crimes against humanity and genocide, are also peremptory norms of international law or *jus cogens*, i.e. of a non-derogable and overriding character.<sup>260</sup>

Zu beachten ist allerdings, dass im Völkerstrafrecht der Normadressat und das durch den *ius-cogens*-Effekt betroffene Subjekt auseinanderfallen: Während sich die strafbewehrte Verbotsnorm unmittelbar an den Einzelnen richten, trifft der *ius-cogens*-Effekt die Staaten. Dieser Effekt wirkt im völkerstrafrechtlichen Kontext primär nach innen und zeichnet sich dadurch aus, dass der Bestrafung von Völkerstraftaten entgegenstehendes innerstaatliches Recht – also insbesondere die mangelnde Kriminalisierung oder die Rechtfertigung von Völkerrechts-

258 Payaneh, Internationales Gemeinschaftsrecht (2010), S. 57. Vgl. auch Tallgren, The Sensibility and Sense of International Criminal Law, 13 EJIL (2002), S. 567: “The extension of international criminal jurisdiction to particular conduct would appear to be a powerful reproof of the international community as a whole.” und zur Rolle des IStGH als “loud-speaker echoing the values of the international community”, ebenda, S. 592. In diesem Zusammenhang wird gerade auch das Weltrechtsprinzip als Identifikationsfaktor der internationalen Gemeinschaft angesehen; vgl. Addis, Imagining the International Community: The Constitutive Dimension of Universal Jurisdiction, 31 Human Rights Quarterly (2009), S. 129 ff., 145; Kotzur, Weltrecht ohne Weltstaat, DÖV 2002, S. 195 ff., der im Zusammenhang mit der *Jorgić*-Entscheidung des BVerfG (siehe hierzu unten S. 205 ff.), die Rolle nationaler (Drittstaaten-)Gerichte als “‘Motor’ der völkerrechtlichen Integration” bezeichnet.

259 So insbesondere Bassiouni, Crimes against Humanity in International Criminal Law (2. Auflage, 1999), S. 210 ff.; ders., International Crimes: *Ius Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*, 59 Law & Contemporary Problems (1996), S. 63. Vgl. auch Werle, Die Zukunft des Völkerstrafrechts, in FS 200 Jahre Juristische Fakultät der HU (2010), S. 1221; Broomhall, International Justice & the ICC (2003), S. 41 ff.; Sadat, Redefining Universal Jurisdiction, 35 NELR (2001), S. 249; IGH, Haftbefehlsfall, 14. Februar 2002, Sondervotum van den Wyngaert, Rn. 34. Eingehend zum *ius-cogens*-Charakter der einzelnen Völkerrechtsverbrechen Behrendt, Verfolgung des Völkermordes in Ruanda (2005), S. 139 ff. m.w.N. Nach May, Crimes against Humanity: A Normative Account (2005), S. 64, sind völkerrechtliche Strafnormen überhaupt nur dann legitim, wenn sie zum *ius cogens* gehören, nur dann seien sie “of such transparent bindingness that no individual can fail to understand that he or she is bound by them”.

260 JStGH (Verfahrenskammer), Kupresić u.a., 14. Januar 2000, Rn. 520. So auch schon JStGH (Verfahrenskammer), Furundžija, 10. Dezember 1998, Rn. 155.

verbrechen – irrelevant ist.<sup>261</sup> Durch den völkerstrafrechtlichen Durchgriff auf den Einzelnen wird so die Rechtssetzungsgewalt – *jurisdiction to prescribe* – der Staaten tangiert.<sup>262</sup>

### 3. *erga-omnes*-Verpflichtungen und Völkerstrafrecht

Auch das Instrument der *erga-omnes*-Verpflichtungen lässt sich im Völkerstrafrecht überzeugend anführen. Nach einer weit verbreiteten Ansicht ist zumindest der Tatortstaat – nach einer weitergehenden, zustimmungswürdigen Ansicht auch der Heimatstaat des Täters – völkergewohnheitsrechtlich zur Strafverfolgung der Völkerrechtsverbrechen verpflichtet.<sup>263</sup> Da Völkerrechtsverbrechen die Interessen der internationalen Gemeinschaft verletzen, lässt sich zudem überzeugend argumentieren, dass es sich hierbei um eine Verpflichtung *erga omnes* handelt.<sup>264</sup> Die Strafverfolgung ist damit (auch) der internationalen Gemeinschaft geschuldet.

Während sich die völkerrechtlichen Straftatbestände an die einzelnen Individuen richten, handelt es sich bei der *erga-omnes*-Verpflichtung, um eine an die betreffenden Staaten gerichtete Pflicht zumindest zur (strafrechtlichen) Ermittlung, im Regelfall auch zur Strafverfolgung, Aburteilung und Bestrafung begangener Völkerrechtsverbrechen.<sup>265</sup> Damit unterliegt die Ermittlungs- (*jurisdiction*

261 JStGH (Verfahrenskammer), Furundžija, 10. Dezember 1998, Rn. 155. Vgl. auch Paulus, Die internationale Gemeinschaft (2001), S. 319 ff.; Cassese, International Law (2. Auflage, 2005), S. 208.

262 Vgl. auch Werle, Die Zukunft des Völkerstrafrechts, in FS 200 Jahre Juristische Fakultät der HU (2010), S. 1221, 1225, der darauf hinweist, dass die völkerstrafrechtlichen Normen zunächst eine konsensgebundene Selbstbeschränkung der Staaten darstellten, dass ihrem Kerngehalt aber inzwischen eine vom aktuellen Konsens gelöste Geltung als *ius cogens* zugesprochen wird.

263 Siehe nur Robinson, Serving the Interests of Justice, 14 EJIL (2003), S. 491; sowie – allerdings nur bzgl. des Tatortstaates – Werle, Völkerstrafrecht (3. Auflage, 2012), Rn. 226, jeweils m.w.N. Vgl. auch die Resolution der VN (Generalversammlung), Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, 16. Dezember 2005, UN Doc. A/RES/60/147/Annex, § 4: “In cases of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law constituting crimes under international law, States have the duty to investigate and, if there is sufficient evidence, the duty to submit to prosecution the person allegedly responsible for the violations and, if found guilty, the duty to punish her or him.”

264 So van der Wilt, Universal Jurisdiction under Attack, 9 JICJ (2011), S. 1046, 1050; Lagodny, Internationaler Strafgerichtshof, 113 ZStW (2001), S. 803; Cryer u.a., Introduction to International Criminal Law and Procedure (2. Auflage, 2010), S. 61.

265 Auf diese völkerstrafrechtliche Besonderheit weist auch Burke-White, A Community of Courts, 24 Michigan Journal of International Law (2002), S. 75 ff., hin, der eine Unterscheidung von primären Verpflichtungen (*primary obligations*) – die an die einzelnen Individuen gerichteten Straftatbestände – einerseits, und sekundären Verpflichtungen (*secondary obligations*) – die an die Staaten gerichteten Strafpflichten (die eine dementspre-

to investigate) und regelmäßig auch die Rechtsprechungsgewalt (*jurisdiction to adjudicate*) der betreffenden Staaten positiven Bindungen: Den Staaten ist, zumindest in gewissem Umfang, die Entscheidung genommen, ob und wie sie auf völkerstrafrechtsrelevante Sachverhalte reagieren möchten.

Trotz ihrer zentralen Bedeutung im System völkerrechtlicher Strafrechtspflege bislang noch weitgehend ungeklärt sind jedoch die genauen Parameter dieser Strafpflichten und damit die Frage, wann ein Staat seine völkerrechtliche Pflicht zur Ermittlung und Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen verletzt. Umstritten sind insbesondere zwei Szenarien, zum einen inwieweit post-Konflikt Transitions Gesellschaften auf außerstrafrechtliche Aufarbeitungsmechanismen zurückgreifen können, zum anderen ob unter bestimmten Voraussetzungen bei andauernden Gewaltkonflikten aus "Notstandsgesichtspunkten" auf die Strafverfolgung verzichtet werden kann.

Umstritten ist zunächst, ob auch außerstrafrechtliche Aufarbeitungsmechanismen im Rahmen eines Konzepts von *transitional justice* zur Befriedigung der Strafpflicht ausreichen bzw. ob ein Staat unter bestimmten Umständen ganz auf die Bestrafung von Tätern völkerrechtlicher Verbrechen verzichten darf.<sup>266</sup> Zwei Grundannahmen können in diesem Zusammenhang als gesichert gelten.<sup>267</sup> Zum einen widerspricht ein pauschaler Strafverzicht, beispielsweise durch eine Generalamnestie, den Bestrafungspflichten und ist völkerrechtswidrig.<sup>268</sup> Eine solche Generalamnestie muss von der internationalen Gemeinschaft nicht beachtet werden. Andererseits kann die internationale Gemeinschaft von einem durch die Begehung von Völkerrechtsverbrechen – also massenhafter Gewaltkriminalität – betroffenen Staat kaum verlangen, sämtliche an den Verbrechen beteiligte Personen strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen. Das Justizsystem des be-

chende Kriminalisierung voraussetzen) – andererseits, vornimmt. Vor diesem Hintergrund stellt auch Tallgren, *The Sensibility and Sense of International Criminal Law*, 13 EJIL (2002), S. 588, fest, dass trotz des Umstandes, dass Völkerstrafrecht die strafrechtliche Verantwortlichkeit Einzelner (und nicht staatliche Verantwortlichkeit) regelt, ein Rückgriff auf völkerstrafrechtliche Durchsetzungsmechanismen – sei es auf internationaler oder nationaler Ebene – oft als Handlung unmittelbar gegen den Staat selbst aufgefasst wird, da dies impliziert, dass der Staat seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht nachkommt.

266 Zu *transitional justice* Pampalk/Knust, *Transitional Justice und Positive Komplementarität*, ZIS 2010, S. 669 ff.: Das Konzept *transitional justice* beschäftigt sich mit post-Konflikt Gesellschaften und deren Umgang mit ihrer Gewalt- und Unrechtsvergangenheit. Durch öffentliche Dokumentation des begangenen Unrechts und Offenlegung der früheren gewaltsamen Strukturen, sucht *transitional justice* einen Übergang von einer Konfliktsituation zu einer friedlich koexistierenden Gesellschaft zu schaffen.

267 Zum Ganzen Werle, *Völkerstrafrecht* (3. Auflage, 2012), Rn. 248 m.w.N. Siehe zu dieser Problematik auch unten S. 162 ff.

268 Vgl. Cassese, *On the Current Trends Towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law*, 9 EJIL (1998), S. 6; Broomhall, *International Justice & the ICC* (2003), S. 94 f.

troffenen Staates würde durch eine ausnahmslose Strafverfolgung (*full prosecution*) überlastet. Vielmehr wird – auch gerade um den post-Konflikt Transitionsprozess innerhalb des Staates nicht zu stören – eine Befriedigung des gemeinschaftlichen Strafinteresses auch durch eine nur selektive Strafverfolgung in Kombination mit außerstrafrechtlichen Aufarbeitungsmechanismen erreicht.<sup>269</sup> Bei der Auswahl der zur Strafverfolgung verpflichtenden Sachverhalte wird auf tat- und täterbezogene Kriterien abzustellen sein, namentlich den Grad der Verantwortung der Täter und die Schwere der Tat.<sup>270</sup> Im Übrigen ist dem betreffenden Staat – auch was den zeitlichen Rahmen und die Reihenfolge der Strafverfolgung angeht – ein gewisser Beurteilungsspielraum einzuräumen. Nach diesem Ansatz der *exemplary* bzw. *targeted prosecution* ist es damit ausreichend, wenn zumindest die politischen und militärischen Führungspersonen und die für die schwersten Verbrechen verantwortlichen Täter strafrechtlich belangt werden, während für die breite Masse der Beteiligten ernsthaft, effektiv und transparent durchgeführte Ermittlungen im Rahmen einer staatlich eingerichteten Wahrheits- und Versöhnungskommission in Verbindung mit einer bedingten Amnestierung – wie es beispielsweise in Südafrika der Fall war – ausreichen können, selbst wenn dies zur Straflosigkeit der überwiegenden Anzahl der an den Verbrechen unmittelbar beteiligten Personen führt.<sup>271</sup> Eine solche Aufarbeitungsstrategie des tatnahen Staates ist von der internationalen Gemeinschaft zu berücksichtigen und wird so zu einer überstaatlichen Angelegenheit.<sup>272</sup>

Das Problem des Verhältnisses von Strafpflicht und Strafverzichts stellt sich jedoch nicht nur bei post-Konflikt Transitionsszenarien, sondern auch hinsichtlich andauernder völkerstrafrechtsrelevanter Gewaltsituationen. Hier stellt sich

269 Diese selektive Strafverfolgung wird unter dem Stichwort “no peace without justice” als erforderlich angesehen. Vgl. zum Ganzen Robinson, *Serving the Interests of Justice*, 14 EJIL (2003), S. 493 ff., der für diese Position praktische, rechtliche und moralische Gründe anführt; Orentlicher, *Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*, 100 Yale Law Journal (1991), S. 2596 ff.; Tomuschat, *National Prosecutions, Truth Commissions and International Criminal Justice*, in Werle (Hrsg.), *Justice in Transition* (2006), S. 160; Stahn, *Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice*, 3 JICJ (2005), S. 707 f.; Broomhall, *International Justice & the ICC* (2003), S. 98 f.

270 Orentlicher, *Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*, 100 Yale Law Journal (1991), S. 2603, betont, dass es nicht ausreichen kann, wenn nur niederrangigere Beteiligte als “Sündböcke” strafrechtlich verfolgt werden.

271 Greenawalt, *Justice Without Politics: Prosecutorial Discretion and the ICC*, 39 NYU JILP (2007), S. 620: “[...] there appears to be broad agreement that transitional states facing mass atrocities may adopt a policy of targeted, highly selective prosecutions which leave the vast majority of criminals unprosecuted.”

272 Vgl. bzgl. des IstGH-Anklägers auch Greenawalt, *Justice Without Politics: Prosecutorial Discretion and the ICC*, 39 NYU JILP (2007), S. 629: “[...] a state’s entire prosecutorial strategy is a matter of international concern”.



die äußerst komplexe Frage, ob ein Strafverzicht auch und insbesondere bezüglich der hauptverantwortlichen Täter unter “Notstandsgesichtspunkten”<sup>273</sup> zulässig ist, wenn nur dadurch eine weitere Eskalation aktueller Gewaltanwendung verhindert, andauernde Konflikte beendet und der innere Frieden hergestellt werden kann (“*peace v. justice*”-Diskussion).<sup>274</sup> Den aktuellen Tendenzen im Völkerstrafrecht nach zu urteilen, kann eine solche Möglichkeit – wenn überhaupt – nur unter sehr engen Voraussetzungen angenommen werden.

Verletzt ein Staat seine Strafpflicht, kann die internationale Gemeinschaft eingreifen und die Durchsetzung des Völkerstrafrechts selbst durch eigens hierfür errichtete Strafgerichte übernehmen.<sup>275</sup> Da diesbezüglich – selbst nach Errichtung des Internationalen Strafgerichtshofs – sowohl ein institutionelles als auch ein kapazitives Defizit besteht, *kann* die internationale Gemeinschaft die Strafverfolgung zusätzlich auf alle Staaten delegieren.<sup>276</sup> Bei der Strafverfolgung durch die von den Verbrechen nicht unmittelbar betroffenen Drittstaaten handelt es sich um eine Maßnahme, die mangels Anknüpfungspunkt zum strafrechtlich zu bewertenden Sachverhalt im Grunde völkerrechtswidrig wäre: Grundsätzlich haben Staaten nur bei Vorliegen eines solchen *genuine link* ein völkerrechtlich anerkanntes Interesse daran, den betreffenden Sachverhalt strafrechtlich zu bewerten und ihn ihrem eigenen Strafrecht zu unterstellen. Zur Durchsetzung von Völkerstrafrecht sind die Staaten allerdings auch ohne einen solchen Anknüpfungspunkt legitimiert.<sup>277</sup> Wie zu sehen sein wird, manifestiert sich dieser Legitimationszusammenhang im Universalitätsprinzip.<sup>278</sup>

273 Werle, Völkerstrafrecht (3. Auflage, 2012), Rn. 249.

274 Zur “necessity”-Ausnahme der Strafpflicht siehe Robinson, *Serving the Interests of Justice*, 14 EJIL (2003), S. 495; Roht-Arriaza, *State Responsibility to Investigate Grave Human Rights Violations in International Law*, 78 California Law Review (1990), S. 505.

275 Lange Zeit standen der internationalen Gemeinschaft keinerlei Institutionen zur direkten Durchsetzung völkerstrafrechtlicher Normen zur Verfügung, so dass *de facto* den Staaten exklusiv die Rechtsdurchsetzung oblag. Dies änderte sich erst mit der Errichtung der ad-hoc-Tribunale durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen. Vgl. Werle, Völkerstrafrecht (3. Auflage, 2012), Rn. 258.

276 Die internationale Gemeinschaft kann sich freilich auch gegen eine solche Delegation entscheiden. Den unbeteiligten Drittstaaten wäre eine Strafverfolgung stellvertretend für die internationale Gemeinschaft dann nicht erlaubt.

277 Van der Wilt, *Universal Jurisdiction under Attack*, 9 JICJ (2011), S. 1051: “In other words, if the state most responsible for suppressing international crimes flouts its obligations, other states, as trustees of the international community, are at least allowed to redress the situation.”

278 Zum Verhältnis *ius cogens*, *erga omnes* und *universal jurisdiction* siehe Gärditz, *Weltrechtspflege* (2006), S. 221 ff.; Inazumi, *Universal Jurisdiction in Modern International Law* (2005), S. 124 ff.; Bassiouni, *International Crimes: Jus Cogens And Obligatio Erga Omnes*, 59 Law & Contemporary Problems (1996), S. 63 ff.: “International crimes that rise to the level of *jus cogens* constitute obligation *erga omnes* which are inderogable. Legal obligations which arise from the higher status of such crimes include the duty to



In der Diskussion um die Übernahme der *erga-omnes*-Ermittlungs- und Strafverpflichtung durch Drittstaaten wird von Kritikern der universellen Jurisdiktion regelmäßig auf das oben bereits angerissene Gefahrenpotential verwiesen: (i) das Problem der Interessenkorrelation, welches aufgrund der Berücksichtigung politischer und wirtschaftlicher Eigeninteressen des Drittstaates zu einer selektiven Strafverfolgung zum Vorteil von Staatsangehörigen mächtiger Staaten führt; (ii) die Möglichkeit, die vermeintliche Durchsetzung von Gemeinschaftsinteressen für eigene Zwecke zu missbrauchen; sowie (iii) eine gemeinschaftsrechtswidrige Art und Weise der Rechtsdurchsetzung. Ausgangspunkt der Problematik ist auch hier, dass die Drittstaaten selbst feststellen, ob der betreffende Staat seine Strafverfolgungspflicht verletzt und damit die Voraussetzungen ihres Eingreifens vorliegen. Damit sind sie gehalten, das Verhalten eines anderen Staates auf seine Völkerrechtskonformität hin zu überprüfen.

Um den Gefahren zu begegnen, die dieser Umstand mit sich bringt, werden verschiedene normative und institutionelle Absicherungsmechanismen vorgeschlagen: Zur Abmilderung des Missbrauchspotenzials beispielsweise, dass das Eingreifen der Drittstaaten von dem Vorliegen weiteren Voraussetzung als nur der Verletzung der *erga-omnes*-Pflicht abhängig gemacht wird (Stichwort Anwesenheitserfordernis); zur Entschärfung der Selektivitätsproblematik das Bestehen einer Strafverfolgungspflicht desjenigen Drittstaates, in dem sich die eines Völkerrechtsverbrechens verdächtige Person aufhält (*custodial state*); zur Sicherstellung einer gemeinschaftsrechtskonformen Art und Weise der Strafverfolgung von den Drittstaaten zu beachtende spezifisch völkerstrafverfahrensrechtliche Grundsätze, welche strenger sind als der sonst geltende menschenrechtliche Mindeststandard in Strafsachen (Stichwort: Verbot von *trials in absentia*).<sup>279</sup> Zusätzlich wird eine institutionelle Absicherung der Ausübung der drittstaatlichen

prosecute or extradite, [...] and universal jurisdiction over perpetrators of such crimes.” Darüber hinaus können sich die Staaten durch völkerrechtliche Abkommen zusammentun und zwischenstaatliche Institutionen schaffen, (i) zur Erfüllung der ihnen obliegenden Strafpflicht und/oder (ii) zur kollektiven Durchsetzung des ihnen von der internationalen Gemeinschaft übertragenen Schutzes der Gemeinschaftsinteressen. Im Zusammenhang mit der Errichtung des IstGH wurde letzteres von Deutschland während der Vertragsverhandlungen in Rom vorgeschlagen, im Ergebnis jedoch abgelehnt. Daher ist der IstGH grds. auch nicht nach dem Universalitätsprinzip zur Strafverfolgung legitimiert, sondern nur auf Grundlage des auf der originären Strafgewalt der Staaten gründenden Territorialitätsprinzips bzw. aktiven Personalitätsprinzips. Hierzu unten S. 106 ff. und Fn. 347.

279 Während die völkerrechtlichen Straftatbestände auf einem universell anerkannten minimalen Wertekonsens basieren, greifen die Staaten bei der indirekten Durchsetzung des Völkerstrafrechts auf die Regelungen ihres kulturell geprägten Allgemeinen Teil des Strafrechts und ihres in besonderem Maße kulturell verhafteten Strafverfahrensrechts zurück, was mitunter zu Spannungen führt; vgl. auch Vogel, Transkulturelles Strafrecht, GA 2010, S. 1 ff., 7.

Strafgewalt durch die internationale Gemeinschaft entweder mittels eines *ex ante* Akkreditierungsverfahrens oder einer ausdrücklichen Legitimation im Einzelfall vorgeschlagen. Auf alle diese Vorschläge wird im Laufe dieser Untersuchung noch zurückzukommen sein.

#### 4. Völkerstrafrecht: *ius puniendi* der internationalen Gemeinschaft

Gerade im Völkerstrafrecht treten die gemeinschaftsrechtlichen Strukturen der Völkerrechtsordnung besonders deutlich in Erscheinung. Folglich liegt es nahe, gerade in diesem Kontext von der Rechtssubjektivität der internationalen Gemeinschaft auszugehen. Als eigenständiges Rechtssubjekt ist die internationale Gemeinschaft als Inhaberin der völkerrechtlichen Strafgewalt, eines originären – und nicht von Staaten abgeleiteten – *ius puniendi* anzusehen. Folglich wird das traditionelle Paradigma einer rein staatlichen Strafgewalt von einigen Autoren ausdrücklich in Frage gestellt:

So entsteht Völkerstrafrecht nach Triffterer nicht durch Delegation oder Übertragung staatlicher Strafbefugnisse auf die internationale Gemeinschaft, sondern steht eigenständig neben dem staatlichen Strafrecht.<sup>280</sup> Vielmehr ist das Völkerstrafrecht Ausfluss der eigenständigen originären Strafgewalt, dem *ius puniendi* der “Staatsgemeinschaft als Ganzer”.<sup>281</sup> Ebenso bezeichnet Olásolo die internationale Gemeinschaft ausdrücklich als eigenständiges Rechtssubjekt, welches von der Gesamtheit der Staaten zu unterscheiden und Inhaber eines originären *ius puniendi* ist.<sup>282</sup> Auch nach Krefß und Prost sind die völkerstrafrechtlichen Normen Ausfluss des *ius puniendi* der internationalen Gemeinschaft.<sup>283</sup> Schließlich weist auch Gaeta darauf hin, dass Strafgewalt nicht mehr ein exklusives

280 Triffterer, Gewalt und Völkerstrafrecht, in Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik Bd. 3 (1998), S. 311 f.; ders., Dogmatische Untersuchungen (1966); ders., preliminary remarks, in Triffterer (Hrsg.), Commentary (2. Auflage, 2008), Rn. 37 ff.; ders., Bestandsaufnahme zum Völkerstrafrecht, in Hankel/Stuby (Hrsg.), Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen (1995), S. 169 ff.

281 Triffterer, Dogmatische Untersuchungen (1966), S. 30 f.; ders., preliminary remarks, in Triffterer (Hrsg.), Commentary (2. Auflage, 2008), Rn. 50: “The theoretical concept and the definitions of crimes under international law shape and are the basis for an independent *ius puniendi* of the community of nations.” Vgl. auch Lagodny, Internationaler Strafgerichtshof, 113 ZStW (2001), S. 803: “Die Staaten nehmen insoweit nur stellvertretend die völkerstrafrechtliche Strafgewalt wahr.”

282 Olásolo, Triggering Procedure (2005), S. 14: “[...] the international community, as an independent entity distinct from the States constituting it, also enjoys the power to criminalize those acts that jeopardize the fundamental values on which it is based.”

283 Krefß/Prost, article 98, in Triffterer (Hrsg.), Commentary (2. Auflage, 2008), Rn. 22: “In fact, international criminal law in the true (and narrow) sense of the word is ultimately based on the existence of a *ius puniendi* of the international community as a whole. This international community is not a mere scholarly speculation but a point of reference [...]”

Vorrecht der Staaten ist, sondern im Hinblick auf Völkerrechtsverbrechen von der internationalen Gemeinschaft als Ganzer ausgeübt wird.<sup>284</sup>

### III. Abgrenzung zur zwischenstaatlichen Kooperation in Strafsachen

Die internationale Gemeinschaft ersetzt die Gesellschaft der Staaten nicht, sondern tritt neben sie. Diese Dichotomie von Gesellschaft und Gemeinschaft wird auch bei der Gegenüberstellung von Völkerstrafrecht und der zwischenstaatlichen Kooperation in Strafsachen deutlich.<sup>285</sup>

Im Rahmen des Gesellschafts-Paradigmas verabreden sich die Staaten mittels völkerrechtlicher Verträge in der Regel aus Zweckmäßigkeitserwägungen zur Kooperation und Koordination der Strafverfolgung mit Blick auf bestimmte Verbrechen (*treaty crimes* bzw. vertragsgestützte Verbrechen).<sup>286</sup> Durch die Verträge verpflichten sich die Staaten, bestimmte Verhaltensweisen in ihren nationalen Strafgesetzen zu kriminalisieren, ihre Strafgewalt unter bestimmten Voraussetzungen extraterritorial auf diese Taten zu erstrecken und Tatverdächtige, die im Inland ergriffen wurden, entweder auszuliefern oder selbst strafrechtlich zu verfolgen (*aut dedere aut judicare*).<sup>287</sup> Adressaten der völkerrechtlichen Vertragsnormen sind die Staaten, der Einzelne ist durch die völkervertraglichen Regelungen nicht betroffen.<sup>288</sup> Anders als im Völkerstrafrecht erfolgt das Unter-

284 Gaeta, International Criminalization of Prohibited Conduct, in Cassese u.a. (Hrsg.), Oxford Companion to International Criminal Justice (2009), S. 65: "In a nutshell, with regard to the core crimes the *jus puniendi* has ceased to be an exclusive state prerogative; furthermore, it is exercised at the international level on behalf of the international community as a whole."

285 Zur Abgrenzung von Völkerstrafrecht und völkervertraglicher Strafrechtskooperation vgl. nur Werle, Völkerstrafrecht (3. Auflage, 2012), Rn. 122 ff.; Broomhall, International Justice & the ICC (2003), S. 34 ff.; Luban, Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law, in Besson/Tasioulas (Hrsg.), The Philosophy of International Law (2010), S. 572, der "treaty-based" bzw. "hybrid transnational criminal law" einem "pure international criminal law" gegenüberstellt.

286 Bassiouni/Wise, Aut Dedere Aut Judicare (1995), S. 6: "offences which are of sufficient international concern so as to be the subject of a multilateral treaty requiring the parties to take steps of some sort to cooperate in their suppression."

287 Das Prinzip *aut dedere, aut iudicare* greift auf prozessualer Ebene und ist als Handlungsanweisung an die Strafverfolgungsbehörden zu verstehen. Mittelbar wirkt es jedoch bereits auf Ebene der Rechtssetzungsgewalt, als die Staaten ihr materielles Strafanwendungsrecht auf extraterritoriale Taten erstrecken müssen, um überhaupt zur Strafverfolgung in der Lage zu sein. Die Erlaubnis, die Strafgewalt ohne Bestehen eines sonstigen Anknüpfungspunktes extraterritorial zu erstrecken, ist in der gegenseitigen Zustimmung der Staaten durch Abschluss des Vertrages zu sehen.

288 Vgl. auch Waldron, Cosmopolitan Norms, in Benhabib/Post (Hrsg.), Another Cosmopolitanism (2006), S. 86, nach dem solche Verträge nichts weiter sind als Ideen und Verein-