

Potentiale der Normentheorie für die Internationalisierung des Strafrechts

Stefanie Bock

Abstract

Im internationalen Mehrebenensystem werden nationale Verhaltensnormen international modifiziert, knüpfen nationale Sanktionsnormen an internationale oder internationalisierte Verhaltensnormen an und entstehen supranationale Sanktionsnormen. Die Normentheorie kann bei den hieraus resultierenden Normverflechtungen dazu beitragen, Recht präziser zu erfassen, die Strafbarkeitsvoraussetzungen klarer zu bestimmen, rechtliche Divergenzen einzuordnen und Durchsetzungsdefizite zu bewerten. Umgekehrt können sich aus den menschenrechtlichen Pönalisierungspflichten Impulse für eine Fortentwicklung der Normentheorie ergeben. Hier entsteht möglicherweise eine an die internationale Gemeinschaft gerichtete Metasanktionsnorm, die besagt: „Du sollst alle Entitäten sanktionieren, die Personen (menschenrechtswidrig) nicht bestrafen, obwohl sie A getan haben.“

I. Notwendige Vorbemerkungen und Erwartungsmanagement

Die Potentiale der Normentheorie für die Internationalisierung des Strafrechts zu ergründen, ist kein leichtes Unterfangen, geht es doch um die Verbindung zweier bereits für sich genommen komplexer, umstrittener und vielschichtiger Konzeptionen beziehungsweise (theoretischer und rechtstat-sächlicher) Phänomene.

1. Internationalisierung des Strafrechts

Diskutiert man die „Internationalisierung des Strafrechts“, so befasst man sich grob gesagt mit den Auswirkungen der zunehmenden Globalisierung im und auf das Strafrecht. Dabei ergeben sich nicht unerhebliche Spannungen daraus, dass Strafrecht vom Grundsatz her als innerstaatliches

Ordnungsrecht konzipiert ist, das dem Schutz inländischer Rechtsgüter und Interessen¹ und der Durchsetzung der nationalen Rechtsordnung dient.² Dies hängt auch damit zusammen, dass Strafrechtsordnungen in hohem Maße in den Kulturtraditionen der jeweiligen Staaten verwurzelt sind.³ Die Beobachtung von Savignys, das Recht „wächst mit dem Volke, bildet sich aus mit diesem und stirbt endlich ab, so wie das Volk seine Eigentümlichkeit verliert“,⁴ hat im Strafrecht besondere Gültigkeit. Völkerrechtlich betrachtet sind das Recht, zu entscheiden, welches Verhalten strafwürdiges Unrecht darstellt, sowie das Recht, individuelle Personen wegen der Verletzung strafbewehrter Verhaltensnormen zu sanktionieren (und festzulegen, unter welchen Voraussetzungen von diesem Recht Gebrauch gemacht wird), elementarer Ausdruck staatlicher Souveränität.⁵ Dementsprechend galt das Strafrecht lange Zeit als *domaine réservé*, als „Reservat des nationalen Rechts“, das sich als rein interne Angelegenheit der Staaten weitgehend einer internationalen Regulierung entzieht.⁶ Mit der beständig zunehmenden Transnationalisierung menschlicher Aktionen und Handlungsabläufe, die naturgemäß auch den strafrechtlich relevanten Bereich betreffen, entstand aber das Bedürfnis, das Strafrecht internationaler zu denken. Wenn Straftäter:innen zunehmend grenzüberschreitend agieren und dabei gegebenenfalls gezielt versuchen, die in einem Staat bestehenden Sanktionslücken auszunutzen, verlieren rein nationale Maßnahmen an Wirkkraft. Es entsteht das Bedürfnis nach einer staatsübergreifenden, gemeinsamen Reaktion auf grenzüberschreitende Kriminalität, die wieder-

- 1 Aus deutscher Sicht BGHSt 21, 277 (280) = BGH NJW 1967, 2069 (2070). Siehe auch Oehler, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 1983, Rn. 568; Böse/Meyer/Schneider, Comparative Analysis, in: Böse/Meyer/Schneider (Hrsg.), Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union. Volume I: National Reports and Comparative Analysis, 2013, S. 411 (436 f.).
- 2 Ambos, Treatise on International Criminal Law – Volume I: Foundations and General Part, 2. Aufl. 2021, S. 106 f.; Bock, International Criminal Law in 2030, in: Bezemek (Hrsg.), Constitutionalism 2030, 2022, S. 91.
- 3 Siehe Bock, ZIS 2019, 298 (299) m.w.N.; auch European Commission, Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the Effective Implementation of EU Policies Through Criminal Law, COM(2011) 573 final, 20.9.2011, S. 2.
- 4 v. Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814), insoweit abgedruckt in: Wolf (Hrsg.), Deutsches Rechtsdenken, Heft 8, Friedrich Carl von Savigny – Grundgedanken der Historischen Rechtsschule, 2. Aufl. 1948, S. 5.
- 5 Cryer, EJIL 16 (2005), 979 (987); Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht. Strafanwendungsrecht – Europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht – Völkerstrafrecht, 10. Aufl. 2022, § 4 Rn. 2.
- 6 Bock, ZIS 2019, 298 m.w.N.

rum nach einer Angleichung der Strafrechtsordnungen, einer Verbesserung der internationalen Zusammenarbeit und der Klärung von Zuständigkeiten verlangt.⁷ Damit sind die drei Kernbereiche der Internationalisierung des Strafrechts angesprochen: die Angleichung beziehungsweise Harmonisierung strafrechtlicher Regelungen, die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen und das Strafanwendungsrecht. Besonders weit fortgeschritten ist der Prozess der Internationalisierung auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts, das aktuell angesichts der gewaltsamen Konflikte in der Ukraine und Israel/Palästina besonders gefordert ist. Hier wird davon ausgegangen, dass sich ein weltweit geltendes, echtes supranationales Strafrecht entwickelt hat, das – zumindest aus internationaler Perspektive – grundsätzlich unabhängig vom nationalen Recht und etwaigen staatlichen Ratifizierungs- und Implementierungsakten gilt. In diesem Sinne besagt das Zweite Nürnberger Prinzip, dass die Tatsache, dass das innerstaatliche Recht keine Strafe für eine Handlung vorsieht, die nach dem Völkerrecht ein Verbrechen darstellt, die Täter:innen nicht von ihrer Verantwortlichkeit nach dem Völkerrecht befreit.⁸ Die strafrechtliche Verantwortlichkeit wird also unmittelbar durch das Völkerrecht begründet.⁹ Dies ist für die praktische Wirksamkeit des Völkerstrafrechts von zentraler Bedeutung, da die völkerrechtlichen Kernverbrechen – Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und das Verbrechen der Aggression – typischerweise unter Beteiligung oder zumindest Billigung staatlicher Akteur:innen begangen werden, die den Täter:innen im nationalen Kontext Strafflosigkeit garantieren.¹⁰

Aber auch wenn die Internationalisierung von Strafrecht und Verbrechensbekämpfung mittlerweile weithin als eine Art alternativlose Notwendigkeit akzeptiert wird, sind die Details und insbesondere die legitimen Grenzen einer Internationalisierung des Strafrechts und einer Inpflichtnahme des Nationalen im Interesse der (wie auch immer zu konstituierenden) internationalen Gemeinschaft nach wie vor stark umstritten. Die nationale

7 European Commission (Fn. 3), S. 3; Bock, ZIS 2019, 298 (299).

8 ILC, Principles of International Law recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, with commentaries 1950, Yearbook of the International Law Commission 1950 (Volume II), S. 374.

9 Triffterer, ZStW 114 (2002), 321 (322); Ambos, Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht – Völkerstrafrecht – Europäisches Strafrecht – Rechtshilfe, 5. Aufl. 2018, § 5 Rn. 1.

10 Triffterer, ZStW 114 (2002), 321 (322); zur Struktur völkerrechtlicher Makrodelinquenz auch Bock, ZIS 2017, 410 (411) m.w.N.

„Urprägung“ des Strafrechts tritt immer wieder zu Tage. In diesem Sinne hat auch das BVerfG – das sich ja grundsätzlich völkerrechtsfreundlich positioniert – in seinem Lissabon-Urteil betont, dass die Strafrechtspflege, „sowohl was die Voraussetzungen der Strafbarkeit als auch was die Vorstellungen von einem fairen, angemessenen Strafverfahren anlangt, von kulturellen, historisch gewachsenen, auch sprachlich geprägten Vorverständnissen und von den im deliberativen Prozess sich bildenden Alternativen abhängig [ist], die die jeweilige öffentliche Meinung bewegen.“¹¹ Dementsprechend ist der wissenschaftliche wie politische Diskurs um die Internationalisierung des Strafrechts grundsätzlich von dem Spannungsverhältnis zwischen den Bestrebungen nach Rechtsvereinheitlichung einerseits und Wahrung kultureller Identitäten anderseits geprägt.

2. Normentheorie im internationalen Mehrebenensystem

Für die Normentheorie mit ihrer Unterscheidung zwischen primärer Verhaltens- und sekundärer Sanktionsnorm eröffnet der Prozess der Internationalisierung ein breites Forschungsfeld. Besondere Herausforderungen, die über das im nationalen Kontext Bekannte hinausgehen, ergeben sich dabei aus dem Zusammengreifen verschiedener Rechtsordnungen, die von unterschiedlichen Organen in unterschiedlichen (rechtskulturellen) Kontexten erlassen werden. Problematisch ist allerdings, dass es – wie *Joaquim Renzikowski* prägnant bemerkte – „die eine Normentheorie“ nicht gibt.¹² Vielmehr existiert sie in unterschiedlichsten Ausprägungen und Schattierungen, die zum Teil von unterschiedlichen rechtsphilosophischen Ausgangspunkten aus starten und gegebenenfalls sogar zu unvereinbaren, gegensätzlichen Ergebnissen kommen. Exemplarisch sei auf die umstrittene Frage verwiesen, ob und inwiefern der tatbestandliche Erfolg Normbestandteil ist.¹³ Vor diesem Hintergrund würde es den Rahmen dieses

11 BVerfGE 123, 267 (359 f.) = BVerfG NJW 2009, 2267 (2274).

12 *Renzikowski*, GA 169 (2022), 575.

13 Vgl. *Renzikowski*, Einführung: Was heißt und zu welchem Ende studiert man Normentheorie?, in: Aichele/Renzikowski/Rostalski (Hrsg.), Normentheorie: Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik – Buttenheimer Gespräche – , 2022, S. 9 (10); siehe einerseits *Freund/Rostalski*, GA 169 (2022), 543 (559), die davon ausgehen, dass sich Erfolgsverursachungen an sich nicht verbieten lassen. Die Verursachung des tatbestandlichen Erfolges sei lediglich Anknüpfungspunkt für die Frage, ob die handelnde Person insofern eine rechtlich missbilligte Schädigungsmöglichkeit geschaffen

Beitrags sprengen (und meine Kompetenzen als lediglich rechtstheoretisch interessierte Internationalistin bei Weitem übersteigen) eine umfassende normtheoretische Würdigung strafrechtlicher Internationalisierungsprozesse vorzulegen. Stattdessen sollen im Folgenden einige Grundfragen und Grundprobleme aus dem internationalen Strafrechtsdiskurs aufgegriffen und erste Überlegungen angestellt werden, inwiefern normtheoretische Ansätze gleich welcher Prägung bei ihrer Lösung weiterhelfen könnten. Im Sinne von *Urs Kindhäuser* soll Normentheorie dabei als „metatheoretisches Konzept“ begriffen werden, das dem Verständnis bestehender dogmatischer Institutionen dient, rechtliche Strukturen erhellen kann und mit dessen Hilfe „sich strafrechtliche Normen formulieren, in Relation zueinander setzen und gegenüber anderen Typen von Regeln abgrenzen lassen“.¹⁴

Der Bedarf nach einem (weiteren) theoretisch fundierten Analysetool ist im Internationalen Strafrecht, das sich zum Teil stark an praktischen Notwendigkeiten und politischen Machbarkeiten orientiert,¹⁵ durchaus gegeben. Nach den soeben angestellten Überlegungen geht es bei der Internationalisierung des Strafrechts im Kern um die Entwicklung staatenübergreifender Verhaltensnormen und die Sanktionierung von Verstößen gegen diese. Dabei entsteht ein komplexes Mehrebenensystem, in dem nationale Verhaltensnormen durch internationale Vorgaben modifiziert, nationale Sanktionsnormen an internationale oder international determinierte Verhaltensnormen anknüpfen und/oder genuin internationale Sanktionsnormen entstehen, die gegebenenfalls in Konflikt zu nationalen Regelungen stehen. Die Normentheorie kann meines Erachtens bei den hier entstehenden Normverflechtungen insbesondere dazu beitragen,

- Recht präzise zu erfassen,
- durch den Fokus auf die vorgelagerte Verhaltensnorm die materiellen Strafbarkeitsvoraussetzungen klarer zu bestimmen,
- rechtliche Divergenzen einzuordnen und
- Selektionsprozesse und Durchsetzungsdefizite zu bewerten.

oder nicht abgewendet habe; andererseits *Kindhäuser*, GA 169 (2022), 563 (567), dem zufolge Verursachungsverbote durch die Vermeidung der Verursachung eines Erfolges zu befolgen seien; für eine Unterscheidung zwischen Handlungs- und Verursachungsverböten auch *Ast*, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, 2010, S. 16 ff.

14 *Kindhäuser*, GA 169 (2022), 563.

15 Vgl. hierzu *Bock/Bülte*, The Politics of International Justice, in: Sayapin et al. (Hrsg.), International Conflict and Security Law: A Research Handbook, 2022, S. 957.

II. Mehr Präzision – Normadressat:innen im Völkerstrafrecht

Wie die Normentheorie zu mehr Präzision beitragen kann, sei exemplarisch anhand der Bestimmung der Normadressat:innen im Völkerstrafrecht aufgezeigt. Das Völkerstrafrecht wird gemeinhin als eine Kombination aus Völkerrecht und Strafrecht beschrieben. Nach einer bekannten Definition *Otto Triffterers* ist das Völkerstrafrecht „die Gesamtheit aller völkerrechtlichen Normen strafrechtlicher Natur, die an ein bestimmtes Verhalten – das internationale Verbrechen – bestimmte, typischerweise dem Strafrecht vorbehaltene Rechtsfolgen knüpfen, und die als solche unmittelbar anwendbar sind.“¹⁶ Völkerstrafrecht – so heißt es – kombiniere eine aus dem Völkerrecht stammende Primärnorm mit dem strafrechtlichen Prinzip der individuellen Verantwortlichkeit, wobei sich besondere Spannungen daraus ergäben, dass das Völkerrecht Staaten und das Strafrecht individuelle Menschen adressiere.¹⁷

Normtheoretisch ist dies zumindest verkürzt. Der Dualismus aus Verhaltensnorm „Du sollst A nicht tun!“ und Sanktionsnorm „Du sollst alle, die A tun, bestrafen!“¹⁸ setzt zwingend voraus, dass Adressat:in der Verhaltensnorm und zu sanktionierende Entität identisch sind. Ein Individuum kann nicht dafür bestraft werden, dass Staaten Recht missachtet haben;¹⁹ es ist nur dann individuell verantwortlich, wenn es eine an es gerichtete Verhaltensnorm übertreten hat. Für das Völkerstrafrecht gilt dabei in der Tat, dass die in Bezug genommene Primärrechtsordnung, das Völkerrecht, sich ursprünglich ausschließlich an Staaten richtet hat. Das Strafrecht kann dies nicht eigenständig ändern; es ist akzessorisch und erweitert nicht den Regelungsgehalt der Primärrechtsordnung. Die Entstehung des Völkerstrafrechts setzt damit als logisch vorgelagerten Schritt eine Veränderung

16 *Triffterer*, Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg, 1966, S. 34.

17 Vgl. *Ambos* (Fn. 9), § 5 Rn. 1; *Safferling*, Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, 2011, § 4 Rn. 2 (Ambivalenz, die „stets spürbare Spannungen“ mit sich bringt); auch *Gless*, Internationales Strafrecht – Grundriss für Studium und Praxis, 3. Aufl. 2021, Rn. 699; unter dem Stichwort „Völkerrechtssubjektivität“ *Esser*, Europäisches und Internationales Strafrecht, 3. Aufl. 2023, § 18 Rn. 9 ff.

18 *Renzikowski* (Fn. 13), S. 15.

19 Siehe auch *Dannenbaum*, Aggression and Atrocity – The Interstate Element, Politics, and Individual Responsibility, in: Bock/Conze (Hrsg.), *Rethinking the Crime of Aggression – International and Interdisciplinary Perspectives*, 2022, S. 225 (227).

im Völkerrecht selbst voraus.²⁰ Dieses muss aus sich heraus das Individuum als Rechtssubjekt und Adressaten einer Sollensnorm anerkennen, bevor die strafrechtliche Sekundärnorm dessen Sanktionierung bei Nichtbefolgung verlangen kann.

1. Der Nürnberger Internationale Militärgerichtshof und das Verbrechen des Angriffskrieges

Diese – auf den ersten Blick banal wirkende – Erkenntnis spielt beispielsweise bei der Würdigung des Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozesses eine zentrale Rolle. Einer der Kernkritikpunkte²¹ an der „Geburtsstunde der internationalen Strafjustiz“²² lautet, dass die Strafbarkeit des Angriffskrieges zum Zeitpunkt der Tat – also insbesondere zum Zeitpunkt des deutschen Überfalls auf Polen – völkergewohnheitsrechtlich nicht anerkannt war.²³ Genau genommen handelt es sich hierbei um zwei zu trennende Fragen. Nämlich:

- (1) Gab es eine an die militärische und politische Führungsriege des deutschen Staates gerichtete Verhaltensnorm mit dem Inhalt: „Du sollst keinen Angriffskrieg führen oder eine sonstige (völkerrechtswidrige) Angriffshandlung vornehmen!“?
- (2) Gab es eine an die Alliierten gerichtete Sanktionsnorm mit dem Inhalt: „Du sollst alle militärischen und politischen Führungspersonen, die einen Angriffskrieg führen oder sonstige (völkerrechtswidrige) Angriffshandlungen vornehmen, bestrafen!“?

20 Zu dieser Entwicklung im Überblick und m.w.N. *Bock/Bülte* (Fn. 15), S. 959 ff.

21 Überblick bei *Safferling* (Fn. 17), § 4 Rn. 36 ff.; *Satzger* (Fn. 5), § 13 Rn. 11; ausführlich *Haensel*, *DePaul Law Review* 13 (1964), 248; auch *Pannenbecker*, *DePaul Law Review* 14 (1965), 348; *Latenser*, *Whittier Law Review* 8 (1986), 557; *Andoor*, *ZJS* 2015, 473 (475 ff.).

22 *Safferling* (Fn. 17), § 4 Rn. 36.

23 Dies war ein zentraler Punkt der Verteidigung siehe Motion adopted by all Defense Counsel v. 19.11.1945, in: Trial of The Major War Criminals before The International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946, Volume I. Official Text in the English Language. Official Documents (1947), S. 168; siehe auch *Kraus*, *DePaul Law Review* 13 (1964), 233 (244 f.); *Pannenbecker*, *DePaul Law Review* 14 (1965), 348 (350 ff.); *Latenser*, *Whittier Law Review* 8 (1986), 557 (572 ff.) sowie *Esser* (Fn. 17), § 18 Rn. 17; *Andoor*, *ZJS* 2015, 473 (479).

Beide Fragen lassen sich nicht ohne weiteres bejahen. Anklage²⁴ und Gerichtshof (Internationaler Militärgerichtshof [IMT])²⁵ haben sich in ihren Ausführungen maßgeblich auf den Briand-Kellogg-Pakt aus dem Jahr 1928 gestützt. In diesem verpflichten sich die Vertragsstaaten – zu denen auch das Deutsche Reich zählte –, auf Krieg als Werkzeug nationaler Politiken zu verzichten und die zwischen ihnen erwachsenen Streitigkeiten allein mit friedlichen Mitteln zu lösen. Die hieraus ableitbare Verhaltensnorm „Du sollst keine militärische Gewalt in internationalen Beziehungen anwenden!“ adressiert allerdings Staaten, nicht Individuen.²⁶ Sie – wie es das Nürnberger Tribunal ohne vertiefte Begründung getan hat²⁷ – auf Individuen auszudehnen, dürfte mit dem damaligen Stand des Völkerrechts allenfalls schwer vereinbar sein. Dieses hat erst mit den großen Menschenrechtskonventionen (und damit frühestens ab den 1950er Jahren) das Individuum konsequent als Rechtssubjekt für sich entdeckt.²⁸ Darüber hinaus enthält der Briand-Kellogg-Pakt keinen Hinweis darauf, dass Vertragsverletzungen strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen;²⁹ er enthält damit keine (explizite) Sanktionsnorm. Das IMT hat dem entgegengehalten, dass dies

24 International Military Tribunal, The United States of America, The French Republic, The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the Union of Soviet Socialist Republics against Hermann Wilhelm Göring and others, Indictment, korrigierte Fassung v. 7.6.1946, in: Trial of The Major War Criminals before The International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946, Volume I. Official Text in the English Language. Official Documents (1947), S. 27 (40, 89).

25 International Military Tribunal, The United States of America, The French Republic, The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the Union of Soviet Socialist Republics against Hermann Wilhelm Göring and others, Judgment, 1.10.1946, in: Trial of The Major War Criminals before The International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946, Volume I. Official Text in the English Language. Official Documents (1947), S. 171 (218, 219 ff.).

26 Kraus, DePaul Law Review 13 (1964), 233 (245). Bezeichnenderweise stellte auch die Anklage darauf ab, dass Deutschland (und nicht die individuellen Angeklagten) die völkerrechtliche Pflicht zur friedlichen Streitbeilegung verletzt hatte, IMT Indictment (Fn. 24), S. 89.

27 IMT Judgment (Fn. 25), S. 220: „In the opinion of the Tribunal, the solemn renunciation of war as an instrument of national policy necessarily involves the proposition that such a war is illegal in international law; and that those who plan and wage such a war, with its inevitable and terrible consequences, are committing a crime in so doing.“

28 Zu dieser Entwicklung Bock/Bülte (Fn. 15), S. 963 ff.

29 Kraus, DePaul Law Review 13 (1964), 233 (245); Latenser, Whittier Law Review 8 (1986), 557 (573); auch Andoor, ZJS 2015, 473 (479).

auch für die Haager Landkriegsordnung gelte, aber dennoch zumindest bestimmte Verletzungen des Kriegsrechts strafrechtlich geahndet würden. Dies müsse erst recht für das gravierendere Verbrechen des Angriffskrieges gelten.³⁰ Dies mag auf den ersten Blick einleuchtend erscheinen, berücksichtigt aber nicht hinreichend, dass die Verfolgung und Sanktionierung von Kriegsverbrechen (in einem gewissen Umfang) bereits Eingang in die Staatenpraxis gefunden hatte.³¹ Insoweit ergaben sich Verhaltens- und Sanktionsnorm wohl aus dem Völkergewohnheitsrecht. Dies ist beim Verbrechen der Aggression anders – mit der Ableitung einer individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit aus dem Briand-Kellogg-Pakt betrat das IMT Neuland.³² Angesichts der fehlenden Staatenpraxis lässt sich auch bezweifeln, ob das Vertrauen der Angeklagten, nicht für Verletzungen des Gewaltverbotes strafrechtlich belangt zu werden, tatsächlich nicht schutzwürdig war.³³ Es bleibt das wohl eher moralische als dogmatisch fundierte Argument,³⁴ dass es ungerecht wäre, diejenigen unbestraft zu lassen, die in bewusster Missachtung völkerrechtlicher Regelungen ohne vorherige Warnung ihre Nachbarstaaten angegriffen und dadurch menschliches Leid in unvorstellbaren Ausmaßen verursacht haben.³⁵

2. Putin und der Angriff auf die Ukraine

Mit dem Angriff Russlands auf die Ukraine hat die Diskussion um Legitimität und Reichweite des Aggressionstatbestandes wieder an Aktualität gewonnen. Klar ist, dass Russland die territoriale Integrität der Ukraine und das völkerrechtliche Gewaltverbot verletzt hat. Die Versuche des russischen Präsidenten Wladimir Putin, den Einsatz bewaffneter Gewalt zu legitimieren, sind völkerrechtlich haltlos. Die Behauptung, die Militäraktion sei notwendig, um die Ukraine zu entnazifizieren und einen Genozid

30 IMT Judgment (Fn. 25), S. 220 f.

31 Das wird auch im Urteil herausgestellt: IMT Judgment (Fn. 25), S. 221.

32 Siehe *Latenser*, Whittier Law Review 8 (1986), 557 (574).

33 So aber z.B. *Andoor*, ZJS 2015, 473 (482).

34 Kritisch daher *Kraus*, DePaul Law Review 13 (1964), 233 (245).

35 In diesem Sinne IMT Judgment (Fn. 25), S. 219: „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.“

an der russischen Minderheit in den Regionen Luhansk und Donezk zu verhindern, geht bereits deswegen ins Leere, weil keine hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte für die Begehung eines Völkermordes vorliegen.³⁶ Die Berufung auf das Institut der humanitären Intervention³⁷ ist daher rechtsmissbräuchlich. Zudem wäre es offenkundig unverhältnismäßig, militärische Gewalt, die dem Schutz der russischen Zivilbevölkerung in Luhansk und Donezk dienen soll, auf andere Teile der Ukraine auszuweiten. Ebenso wenig kann der vage Verweis auf Pläne zur Militarisierung einer Grenzregion oder Bestrebungen zur Erlangung von Atomwaffen genügen, um das völkerrechtliche Selbstverteidigungsrecht³⁸ auszulösen.³⁹ Völkerstrafrechtlich betrachtet handelt es sich im Sinne des Art. 8*bis* des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH-Statut) um eine in Art, Schwere und Umfang offenkundige Verletzung der Charta der Vereinten Nationen.⁴⁰

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob Putin Adressat einer (internationalen) Verhaltensnorm ist, die ihm das Führen eines Angriffskrieges verbietet. Das Gewaltverbot der UN-Charta richtet sich – wie schon der Briand-Kellogg-Pakt – an Staaten, nicht an Individuen. Immerhin sieht seit 2012 Art. 8*bis* IStGH-Statut vor, dass bestimmte Personen für die Planung,

-
- 36 Vgl. IGH, *Ukraine vs. Russian Federation, Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Request for the Indication of Provisional Measures*, Order v. 16.3.2022, Rn. 59 (no „evidence substantiating the allegation of the Russian Federation that genocide has been committed on Ukrainian territory“); hierzu *Gauseweg*, *OSTEUROPA* 72 (2022), 101.
 - 37 Überblick über das umstrittene Institut der Humanitären Intervention bei *Kreß*, *The State Conduct Element*, in: *Kreß/Barriga* (Hrsg.), *The Crime of Aggression: A Commentary*, 2017, S. 412 (524); *Fremuth*, *The Crime of Aggression and the Prohibition of the Use of Force – Reflections on the Relationship between the Rome Statute and General Public International Law*, in: *Bock/Conze* (Hrsg.), *Rethinking the Crime of Aggression – International and Interdisciplinary Perspectives*, 2022, S. 171 (191 ff.).
 - 38 Überblick über die umstrittenen Grenzen des völkerrechtlichen Selbstverteidigungsrechts bei *Kreß* (Fn. 37), S. 473 ff.; *Fremuth* (Fn. 37), S. 190 f.
 - 39 Siehe hierzu *Tomuschat*, *OSTEUROPA* 71 (2022), 33; *Nußberger*, *OSTEUROPA* 72 (2022), 51; aus völkerstrafrechtlicher Sicht *Bock*, *OSTEUROPA* 72 (2022), 87 (89); siehe auch die Entscheidung des IGH (Fn. 36), durch die Russland verpflichtet wurde, den Krieg gegen die Ukraine einzustellen sowie die Verurteilung der russischen Aggression durch die UN-Generalversammlung, Res. A/ES-11/L.1 v. 1.3.2022.
 - 40 *Bock*, *OSTEUROPA* 72 (2022), 87 (89); zu Inhalt und Funktion der völkerstrafrechtlichen Schwellenklausel *Kreß* (Fn. 37), S. 508; *Fremuth* (Fn. 37), S. 200; *Bock*, Individuelle Verantwortlichkeit für staatliche Angriffshandlungen. Überlegungen zum Verbrechen der Aggression, in: *Bublitz et al.* (Hrsg.), *Recht – Philosophie – Literatur. Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag*, 2020, S. 1433 (1440).

Vorbereitung, Einleitung oder Ausführung von Angriffshandlungen vom IstGH belangt werden können. Eine solche Sanktionsnorm indiziert möglicherweise die Existenz einer entsprechenden Verhaltensnorm.⁴¹ Allerdings wurden die Aggressionsvorschriften des IstGH-Statuts bislang nur von 45 Staaten ratifiziert; sie genießen damit keine weltweite Anerkennung. Zudem sind die einschlägigen Zuständigkeitsregeln bewusst restriktiv gefasst. Der IstGH kann seine Gerichtbarkeit über das Verbrechen der Aggression grundsätzlich nur dann ausüben, wenn die individuelle Tathandlung im Zusammenhang mit einer Angriffshandlung steht, die von einem Vertragsstaat ausgeht. Staatsangehörige von Nichtvertragsstaaten, zu denen Russland gehört, können insoweit nicht vom IstGH verfolgt werden (Art. 15*bis* Abs. 4 und 5 IstGH-Statut).⁴²

Rechtliche Unsicherheiten bestehen daher in mehrerlei Hinsicht: Zunächst ist zweifelhaft, ob überhaupt eine völkerrechtliche Norm existiert, die (bestimmten) Individuen mit internationaler Gültigkeit die Durchführung etc. von Angriffskriegen untersagt. Selbst wenn man dies bejaht, bleibt unklar, ob es eine (völkerrechtliche) Sanktionsnorm gibt, die im Falle von Zuwiderhandlungen eine Bestrafung von individuellen Personen verlangt oder zumindest gestattet und wem ggf. das *ius puniendi* zusteht. (Der internationalen Staatengemeinschaft? Allen Staaten in Vertretung der internationalen Staatengemeinschaft? Dem angegriffenen Staat?) Die aktuelle völkerstrafrechtspolitische Debatte klammert diese Punkte weitgehend aus und fokussiert sich auf die Frage, ob und wie bestehende Lücken im völkerstrafrechtlichen Gesamtsystem durch die Gründung eines Sondertribunals für das Verbrechen der Aggression gegenüber der Ukraine geschlossen werden können.⁴³ Dass es als ungerecht und ungenügend empfunden wird, dass der Chefankläger des IstGH im Ukraine-Konflikt nur wegen Kriegs-

41 Es ist umstritten, ob Verhaltensnormen aus Sanktionsnormen abgeleitet werden können: dagegen Freund/Rostalski, GA 169 (2022), 543 (546 ff.); kritisch hierzu Kindhäuser, GA 169 (2022), 563 (564 ff.).

42 Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der UN-Sicherheitsrat den IstGH mit Ermittlungen beauftragt (Art. 15*ter* i.V.m. Art. 13 lit. b) IstGH-Statut). Eine entsprechende Resolution wird es im Ukraine-Krieg aber angesichts des Vetorechts Russlands nicht geben.

43 Überblick über verschiedene Ausgestaltungsmöglichkeiten und den hiermit verbundenen Problemen bei Bülte/Gruber/Vasovic, Zwischen normativem Anspruch und prozessualer Wirklichkeit – Teil I und II. Zum Vorschlag eines Ad-hoc-Tribunals für das Verbrechen der Aggression gegenüber der Ukraine, 21.9.2022, Völkerrechtsblog, <https://voelkerrechtsblog.org/de/zwischen-normativem-anspruch-und-prozessualer-wirklichkeit-teil-i/> (zuletzt abgerufen am 1.9.2024).

verbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Völkermord,⁴⁴ nicht aber wegen des Verbrechens des Angriffskrieges ermitteln darf, ist nachvollziehbar. Die Missachtung des völkerrechtlichen Gewaltverbotes ist gleichsam Auslöser und Wurzel aller im Ukraine-Krieg begangener Gewalt- und Gräueltaten.⁴⁵ Zudem decken die Kriegsverbrechen nur einen Bruchteil der in einem bewaffneten Konflikt begangenen Rechtsgutsverletzungen ab. Sie setzen nämlich voraus, dass die Grenzen des humanitären Völkerrechts überschritten werden. Insbesondere die völkerrechtskonforme Tötung eines Mitglieds der gegnerischen Streitkräfte stellt kein Kriegsverbrechen dar und kann aufgrund des Kombattantenprivilegs auch nicht als Tötung nach nationalem Recht verfolgt werden.⁴⁶ Nur über das Verbrechen des Angriffskrieges lässt sich damit strafrechtlich fassen, dass der:die Täter:in eine Situation herbeigeführt hat, in der Menschen getötet werden dürfen.⁴⁷ Dies ändert aber nichts daran, dass die Schaffung eines neuen (internationalen) Durchsetzungsmechanismus nur dann legitim sein kann, wenn ein hinreichendes normatives Fundament in Form einer (völkerrechtlichen) Verhaltens- und Sanktionsnorm besteht. Die Normentheorie kann mit ihrem analytischen Ansatz dazu beitragen, dass solche Grundsatzfragen im Völkerstrafrecht nicht aus dem Blick geraten und vorschnell im Sinne des machtpolitisch Gewollten beantwortet werden.

44 Bei Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen bezieht sich die Zuständigkeit des IStGH auf alle Taten, die auf dem Gebiet eines Mitgliedstaates (Territorialitätsprinzip) oder von einem:r Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates (aktives Personalitätsprinzip) begangen wurden (Art. 12 Abs. 2 IStGH-Statut). Zwar haben weder die Ukraine noch Russland das IStGH-Statut ratifiziert; allerdings hat die Ukraine die Gerichtsbarkeit des IStGH gem. Art. 12 Abs. 3 IStGH-Statut ad-hoc, also bezogenen auf eine bestimmte Situation, anerkannt. Auch wenn diese Erklärung im Zusammenhang mit der Krim-Krise abgegeben wurde, ist sie offen formuliert und zeitlich unbefristet. Sie ermöglicht es dem IStGH damit, die Ukraine auch bezüglich der aktuellen Kriegsgeschehnisse wie einen Vertragsstaat zu behandeln; hierzu Bock, *OSTEUROPA* 72 (2022), 87 (94), zu den materiellen Verbrechensvoraussetzungen ebenda, 87 (90 ff.).

45 In diesem Sinne bereits IMT Judgment (Fn. 25), S. 186: „To initiate a war of aggression, therefore, is not only an international crime; it is the supreme international crime differing only from other war crimes in that it contains within itself the accumulated evil of the whole.”

46 Hierzu Zimmermann, GA 157 (2010), 507 m.w.N. zum Meinungsstand.

47 Zum Unrechtsgehalt des Aggressionsverbrechens überzeugend Dannenbaum (Fn. 19), S. 240 ff.

III. Verhaltensnormorientierung und Auslegung von Straftatbeständen

Darüber hinaus kann eine klare Trennung von Verhaltens- und Sanktionsnorm bei der Auslegung von international geprägten Straftatbeständen helfen und dazu beitragen, die Strafbarkeitsvoraussetzungen klarer zu benennen. Dies soll anhand von zwei Beispielen – eins aus dem Unionsrecht und eins aus dem Völkerstrafrecht – illustriert werden.

1. Europarechtskonforme Auslegung strafbewährter Verhaltensnormen

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) hat das Unionsrecht Vorrang vor dem nationalen Recht.⁴⁸ Kollidiert eine mitgliedstaatliche Regelung mit einer Unionsvorschrift,⁴⁹ so ist sie zwar nicht nichtig, aber unanwendbar.⁵⁰ Für das Strafrecht folgt hieraus, dass ein Straftatbestand, der im Widerspruch zum Unionsrecht steht, unanwendbar ist. Er wird gleichsam durch das vorrangig zu beachtende europäische Recht neutralisiert.⁵¹ Verhindert werden solche Normkollisionen und die damit einhergehende Verdrängung nationalen Rechts durch eine unionsrechtskonforme Auslegung nationaler Regelungen.⁵² Mitgliedstaatliche Rechtsvorschriften – dies gebietet bereits die in Art. 4 Abs. 3 EUV

48 Grundlegend EuGH, Urteil v. 5.2.1963, Rs. 26/62, Slg. 1963, I, 24 ff. – Van Gend & Loos; EuGH, Urteil v. 15.7.1964, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251, 1268 ff. – E.N.E.L.; siehe auch EuGH, Urteil v. 9.3.1978, Rs. 106/77, Slg. 1978, 629, 644 Rn. 14/16-24 – Simmenthal; EuGH, Urteil v. 7.2.1991, Rs. C-184/89, Slg. 1991, I-297, I-321 Rn. 19 – Nimz; EuGH, Urteil v. 22.6.2010, verb. Rs. C-188/10 und C-189/10; Slg. 2010, I-5667, I-5731 Rn. 52 – Melki.

49 Ausführlich zum Begriff der Kollision *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 497 ff.

50 EuGH, Urteil v. 9.3.1978, Rs. 106/77, Slg. 1978, 629, 644 Rn. 21/23 – Simmenthal; EuGH, Urteil v. 7.2.1991, Rs. C-184/89, Slg. 1991, I-297, I-321 Rn. 19 – Nimz; EuGH, Urteil v. 22.10.1998, verb. Rs. C-10/97 bis C-22/97, Slg. 1998, I-6307, I-6333 Rn. 21 – IN.CO.GE.'90 Srl; EuGH, Urteil v. 11.1.2007, Rs. C-208/05, Slg. 2007, I-181, I-236 Rn. 69 – ITC; EuGH, Urteil v. 22.6.2010, verb. Rs. C-188/10 und C-189/10, Slg. 2010, I-5667, I-5728 Rn. 43 – Melki; EuGH, Urteil v. 18.7.2013, Rs. C-124/12, Rn. 53 – Maritza East; EuGH, Urteil v. 8.9.2015, Rs. C-105/14, Rn. 49 – Taricco.

51 Vgl. *Satzger* (Fn. 49), S. 487 f.; *Ambos* (Fn. 9), § 11 Rn. 49; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. 2021, Kap. 9 Rn. 10 ff.; *Gless* (Fn. 17), Rn. 466; *Fronza*, Primacy, Duty of Loyalty and Interpretation, in: *Ambos/Rackow* (Hrsg.), The Cambridge Companion to European Criminal Law, 2023, S. 86 (95 ff.) sowie EuGH, Urteil v. 8.9.2015, Rs. C-105/14, Rn. 49, 52 – Taricco.

52 *Satzger* (Fn. 49), S. 521; *Esser* (Fn. 17), § 2 Rn. 68; *Hecker* (Fn. 51), Kap. 10 Rn. 1.

verankerte allgemeine Loyalitätspflicht – sind soweit wie möglich im Lichte von Wortlaut und Zweck des Unionsrechts (inklusive der nicht unmittelbar geltenden Richtlinien)⁵³ auszulegen.⁵⁴ Dies gilt nicht nur für diejenigen Normen, die unmittelbar der Umsetzung europäischer Vorgaben dienen, sondern für das gesamte nationale Recht.⁵⁵

Im Strafrecht ist nun regelmäßig nicht die Sanktionsnorm, sondern die ihr vorgelagerte Verhaltensnorm von der europarechtskonformen Auslegung betroffen. Dies zeigt sich an der bekannten BGH-Entscheidung zu Internetbetrügereien.⁵⁶ In dem zugrundeliegenden Fall betrieb T im Internet einen kostenpflichtigen Routenplaner. Die Nutzer:innen mussten vor Inanspruchnahme des Dienstes ihren Namen und Kontaktdaten eingeben. Die Seite war so konzipiert, dass es zwar theoretisch erkennbar war, dass es sich um einen kostenpflichtigen Dienst handelte, dies aber mit einem nicht unerheblichen Aufwand verbunden war (Herunterscrollen einer langen Website, aufmerksame Lektüre des Kleingedruckten etc.). Der BGH prüfte eine Strafbarkeit wegen Betruges und bestätigte zunächst seine allgemeine Linie, dass eine Täuschung durch beziehungsweise trotz wahrer Angaben grundsätzlich möglich sei. § 263 StGB sei zu bejahen, wenn der:die Täter:in die Eignung der – inhaltlich richtigen – Erklärung, einen Irrtum hervorzurufen, planmäßig einsetzt und damit unter dem Anschein äußerlich verkehrsgerechten Verhaltens gezielt die Schädigung des:der Adressat:in

53 Grundlegend EuGH, Urteil v. 10.4.1984, Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891, 1909 Rn. 26 – Colson; EuGH, Urteil v. 10.4.1984, Rs. 79/83, Slg. 1984, 1921, 1942 Rn. 26 – Harz; vertiefend zur richtlinienkonformen Auslegung im Strafrecht *Satzger* (Fn. 49), S. 538 ff.

54 Siehe nur EuGH, Urteil v. 10.4.1984, Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891, 1909 Rn. 26 – Colson; EuGH, Urteil v. 10.4.1984, Rs. 79/83, Slg. 1984, 1921, 1942 Rn. 26 – Harz; EuGH, Urteil v. 8.10.1987, Rs. 80/86, Slg. 1987, 3969, 3986 Rn. 12 – Kolpinghuis Nijmegen; EuGH, Urteil v. 13.11.1990, Rs. C-106/89, Slg. 1990, I-4135, I-4159 Rn. 8 – Marleasing; EuGH, Urteil v. 12.12.1996, verb. Rs. C-74/95 und C-129/95, Slg. 1996, I-6609, I-6636 Rn. 24 – X; EuGH, Urteil v. 4.7.2006, Rs. C-212/04, Slg. 2006, I-6057, I-6131 Rn. 108 – Adeneler; EuGH, Urteil v. 11.1.2007, Rs. C-208/05, Slg. 2007, I-181, I-235 Rn. 68 – ITC; EuGH, Urteil v. 22.6.2010, verb. Rs. C-188/10 und C-189/10, Slg. 2010, I-5667, I-5739 Rn. 50 – Melki; EuGH, Urteil v. 18.7.2013, Rs. C-124/12, Rn. 53 – Maritza East; EuGH, Urteil v. 13.2.2014, Rs. C-18/13, Rn. 36 – Maks Pen EOOD; EuGH, Urteil v. 18.12.2014, verb. Rs. C-131/13, C-163/13 und C-164/13, Rn. 52 – Italmoda.

55 EuGH, Urteil v. 13.11.1990, Rs. C-106/89, Slg. 1990, I-4135, I-4159 Rn. 8 – Marleasing; EuGH, Urteil v. 4.7.2006, Rs. C-212/04, Slg. 2006, I-6057, I-6131 Rn. 108 – Adeneler; *Satzger* (Fn. 49), S. 519; *Hecker* (Fn. 51), Kap. 10 Rn. 10 ff.

56 BGH NJW 2014, 2595.

verfolgt.⁵⁷ Diese Voraussetzungen waren im Routenplaner-Fall unproblematisch gegeben; zudem lag ein Verstoß gegen die Preisangabenverordnung vor.⁵⁸

Im nächsten Schritt stellte sich dann allerdings die Frage, ob dieses Ergebnis – Vorliegen einer strafrechtlich relevanten Täuschung – im Lichte des europäischen Rechts relativiert werden muss. Nach der einschlägigen europäischen Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken⁵⁹ gilt eine Geschäftspraxis, die sachlich richtige Angaben enthält, nur dann als irreführend, wenn sie geeignet ist, eine:n Durchschnittsverbraucher:in zu täuschen (Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken). Nach dem europäischen Verbraucherleitbild ist der:die Durchschnittsverbraucher:in „angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch“ (Erwägungsgrund 18 der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken). Übertragen auf das Strafrecht stellt sich damit die Frage, ob eine Täuschung durch Wahrheit nur dann angenommen werden kann, wenn die Aussage geeignet ist, bei einer informierten, aufmerksamen und verständigen Person einen Irrtum hervorzurufen. Der BGH hielt eine solche europarechtskonforme Auslegung „des Betrugstatbestandes“ allerdings nicht für geboten. Zur Begründung führte er an, dass die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken allein darauf ziele, die Dispositionsfreiheit von Verbraucher:innen vor unlauteren Beeinflussungen bei oder vor Vertragsschlüssen zu schützen, nicht aber darauf, Personen, die zu einem durchschnittlichen Selbstschutz nicht in der Lage seien, dem Schutz des Strafrechts zu entziehen. Die Richtlinie sei daher strafrechtlich irrelevant.⁶⁰

Dies überzeugt nicht. Zwar ist es richtig, dass die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken nicht unmittelbar auf eine Angleichung der mitgliedstaatlichen Strafrechtsordnungen gerichtet ist. Das muss sie aber auch

57 Grundlegend BGHSt 47, 1 = BGH NJW 2001, 2187; vertiefend und m.w.N. zur umstrittenen Konstellation der Täuschung bei/trotz wahrer Angaben *Hefendehl* in: Münchener Kommentar, StGB, Band 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 156 ff.; auch *Krack*, ZIS 2014, 536 (538 ff.).

58 BGH NJW 2014, 2595 (2596).

59 Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABL. EU 2005 L 149/22.

60 BGH NJW 2014, 2595 (2597).

nicht. Sie konkretisiert vielmehr die dem Betrugstatbestand zugrundeliegende Verhaltensnorm. Diese könnte – wenn man den Eintritt des Erfolges der Verhaltensnorm zuschlägt und nicht als Strafwürdigkeitskriterium auffasst – lauten: „Du sollst nicht das Vermögen einer anderen Person durch Täuschung schädigen!“⁶¹ Aus der europäischen Richtlinie wird sich im Zuge eines Umkehrschlusses entnehmen lassen, dass Geschäftspraktiken, die dort nicht erfasst sind, nicht irreführend und damit zulässig sind. Eine europarechtlich gestattete Geschäftspraktik kann aber (auch und vor allem wegen des Vorrangs des Unionsrechts) nicht gegen das Täuschungsverbot verstoßen; sie ist nicht verhaltensnormwidrig und kann damit auch nicht in einer Bestrafung wegen Betruges münden.⁶² Dies bedeutet im Übrigen nicht, dass das vom BGH gefundene Ergebnis – nämlich, dass A wegen Betruges zu bestrafen ist – falsch ist. Auch ein:e informierte:r, aufmerksame:r und verständige:r Verbraucher:in muss nicht damit rechnen, dass eine typischerweise kostenfreie Leistung kostenpflichtig angeboten wird; er:sie wird auch nicht immer das gesamte Kleingedruckte lesen. Im Vorgehen des T lässt sich daher sehr wohl ein Verhaltensnormverstoß im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts (und damit zugleich ein Verstoß gegen das durch § 263 StGB abgesicherte Täuschungsverbot) sehen.⁶³

2. Auslegung völkerrechtlicher Verhaltens- und nationaler Sanktionsnormen

Dass die Normentheorie bei der Auslegung internationaler beziehungsweise internationalisierter Strafnormen helfen kann, zeigt auch der völkerstrafrechtliche Leichenschändungsfall des BGH.⁶⁴ Hier war der Angeklagte nach Syrien ausgereist, um am bewaffneten Jihad teilzunehmen. Er schloss sich einer Oppositionsgruppe an, die gegen die syrische Armee kämpfte und wurde dort an der Waffe ausgebildet. Im Rahmen eines Angriffs auf einen Checkpoint der syrischen Armee, an dem der Angeklagte nicht beteiligt war, wurden mindestens zwei gegnerische Soldaten gefangen genom-

61 Ausführlich Ast, Die normtheoretische Analyse des Betrugs, in: Schneider/Wagner (Hrsg.), Normtheorie und Strafrecht, 2018, S. 201.

62 Ausführlich Hecker (Fn. 51), Kap. 10 Rn. 19; auch Krack, ZIS 2014, 536 (541); Cornelius, NSTZ 2015, 310 (315 f.).

63 Siehe auch Heger, HRRS 2014, 467 (471); Krack, ZIS 2014, 536 (542); Cornelius, NSTZ 2015, 310 (315 f.) sowie die Hilfsargumentation in BGH NJW 2014, 2595 (2597).

64 BGHSt 62, 272 = BGH NJW 2017, 3667.

men und getötet. Während des Tötens oder danach enthaupteten Kämpfer der Gruppe die beiden Soldaten, spießten die abgetrennten Köpfe auf Metallstangen und stellten sie vor einer Schule auf. Der Angeklagte posierte in militärischer Kleidung mit den Überresten der Getöteten, hockte sich in unmittelbarer Nähe zu einem der aufgespießten Köpfe zwischen die beiden Metallstangen auf den Boden und nahm eine entspannte Haltung ein. Anschließend ließ er sich in dieser Pose von vorn aus der Nähe fotografieren, so dass der abgetrennte Kopf eines der Opfer und dessen durch schwere Verletzungen entstelltes Gesicht gleichsam in Großaufnahme deutlich zu sehen waren. Später wurden diese Bilder im Internet veröffentlicht.

Angeklagt war das Kriegsverbrechen der entwürdigenden Behandlung. Gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB macht sich strafbar, wer im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt eine nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Person in schwerwiegender Weise entwürdigend oder erniedrigend behandelt. Entscheidungsrelevante Frage war nun, ob auch Verstorbene „nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Personen“ sein können. Der BGH hat dies bejaht. Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, dass die Parallelstrafvorschrift des Statuts des IStGH ausweislich der Verbrechenselemente auch auf Verstorbene anwendbar sei und dies zudem dem gesicherten Stand des Völkergewohnheitsrechts entspreche. Eine hiermit korrespondierende Auslegung der deutschen Strafvorschriften verstieße auch nicht gegen das Analogieverbot.⁶⁵

Inhaltlich kann man über diese Aussagen streiten.⁶⁶ An dieser Stelle soll es aber genügen, aufzuzeigen, wie normentheoretische Überlegungen Struktur in die Argumentation bringen können: Inhaltlich geht es zunächst um die Frage, ob es eine international verbindliche Verhaltensnorm gibt, die besagt: „Du sollst Verstorbene in bewaffneten Konflikten nicht entwürdigend behandeln!“. Der Verweis auf das IStGH-Statut ist insoweit nur dann hilfreich, wenn man davon ausgeht, dass sich aus der Strafnorm selbst Verhaltensnormen ableiten lassen.⁶⁷ Hier kommt hinzu, dass nicht das IStGH-Statut selbst explizit die Sanktionierung der entwürdigenden Behandlung verstorbener Personen verlangt. Dass der Tatbestand entsprechend verstanden werden soll beziehungsweise kann, ergibt sich lediglich aus einer Fußnote in den Verbrechenselementen, bei denen es sich aber nur

65 BGHSt 62, 272 (276 ff.) = BGH NJW 2017, 3667 (3668 ff.).

66 Vertiefend Berster, ZIS 2017, 264; Bock/Bülte, HRRS 2018, 100; Bergmann/Blenk/Cojger, GLJ 22 (2021), 276.

67 Dass dies umstritten ist, wurde bereits dargelegt, siehe die Nachweise in Fn. 41.

um nicht bindende Auslegungshilfen handelt (Art. 9 Abs. 1 IstGH-Statut).⁶⁸ Die Suche nach einer Verhaltensnorm muss also unmittelbar in der von IstGH-Statut und VStGB in Bezug genommenen Primärrechtsordnung, dem humanitären Völkerrecht, ansetzen. Der BGH verweist in diesem Zusammenhang auf Art. 8 des Zweiten Zusatzprotokolls zu den Genfer Konventionen, dem zufolge in bewaffneten Konflikten schnellstmöglich Maßnahmen getroffen werden sollen, um die Toten zu suchen, ihre Beraubung zu verhindern und sie würdig zu bestatten.⁶⁹ Diese Norm richtet sich allerdings zunächst nur an die Vertragsstaaten – es besteht also erneut das typisch völker(straf)rechtliche Problem, ob und inwieweit sich aus Regeln, die Staaten zu einem bestimmten Verhalten verpflichten, an Individuen gerichtete Verhaltensnormen ableiten lassen. Zudem enthält die Pflicht zur würdigen Bestattung allenfalls mittelbar ein Verbot der vorherigen entwürdigenden Behandlung. Das Internationale Komitee des Roten Kreuzes geht davon aus, dass die Verstümmelung von Leichen in bewaffneten Konflikten international verboten ist.⁷⁰ Nun konnte im vorliegenden Fall dem Angeklagten aber gerade nicht nachgewiesen werden, dass er die Leichen verstümmelt hatte – ihm wurde „nur“ das herabwürdigende Posieren mit den Leichen beziehungsweise die Herstellung und Verbreitung entsprechender Bilder zur Last gelegt. Dafür, dass auch dies gegen eine internationale Verhaltensnorm verstößt, lässt sich möglicherweise die internationale Rechtsprechung ins Feld führen. So hat das Jugoslawientribunal in einem Fall die würdelose Behandlung von Toten, ihre Bestattung in Massengräbern sowie Ausgrabungen und anschließende „Wiederbestattungen“ als Völkerrechtsverbrechen eingestuft.⁷¹ Ebenso hat das Ruandatribunal das Einführen einer Flasche in die Vagina eines weiblichen Leichnams als unmenschliche Behandlung angesehen.⁷²

68 Siehe auch *Berster*, ZIS 2017, 264 (266).

69 BGHSt 62, 272 (279) = BGH NJW 2017, 3667 (3669).

70 IKRK, Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law, 2005, Rule 113.

71 ICTY (TC II), Prosecutor v. Brđanin, Urteil v. 1.9.2004, IT-99-36, Rn. 1019; kritisch zur Prädenzwirkung dieser Entscheidung *Berster*, ZIS 2017, 264 (267), der darauf hinweist, dass die Leichenschändungen vom Gericht nur dazu genutzt wurden, den Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Form der Verfolgung zu belegen.

72 ICTR (TC I), Prosecutor v. Bagosora u.a., Urteil v. 18.12.2008, ICTR-98-41, Rn. 2219, wobei sich auch diese Ausführungen auf Verbrechen gegen die Menschlichkeit, nicht auf Kriegsverbrechen bezogen.

Erachtet man dies für ausreichend, um von einer Existenz einer internationalen Verhaltensnorm „Du sollst Verstorbene in bewaffneten Konflikten nicht entwürdigend behandeln!“ auszugehen,⁷³ stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage, ob und in welchem Umfang dieses Sollensverbot durch das VStGB abgesichert wird. Nur dann wäre die *deutsche* Justiz ermächtigt, die Verletzungen des international gewährleisteten postmortalen Ehrschutzes auf nationaler Ebene zu sanktionieren. Insoweit kommt es maßgeblich darauf an, ob nach den in Deutschland verbindlichen Auslegungsmethoden unter besonderer Beachtung des verfassungsrechtlichen Analogieverbotes der Begriff der Person in § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB auf Verstorbene erstreckt werden kann. Wie an anderer Stelle dargelegt, kann man dies durchaus bezweifeln.⁷⁴ Hier soll aber die Erkenntnis genügen, dass sich die Ermittlung der Verhaltensnorm im internationalen Mehrebenensystem am internationalen Recht orientieren kann, während die Reichweite der Sanktionsvorschrift gegebenenfalls unter Berücksichtigung spezifisch nationaler Vorgaben und rechtskultureller Wertungen zu bestimmen ist.

IV. Bewertung von rechtlichen Unterschieden

Diese Überlegung leitet zum nächsten Punkt über, nämlich zur Bewertung rechtlicher Divergenzen im Lichte der Normentheorie. Ein zentrales Ziel der Internationalisierung ist es, gemeinsame grenzüberschreitende Rechtsräume mit einheitlichen Regeln und Schutzstandards zu schaffen. Dies dient nicht nur der Verbesserung und Vereinfachung der internationalen Zusammenarbeit zwischen den nationalen Justizbehörden, sondern auch der Freizügigkeit der Bürger:innen. Diese sollen sich einerseits darauf verlassen können, dass sie in anderen Staaten ähnlichen Schutz vor Straftaten genießen wie in ihrem Heimatstaat.⁷⁵ Andererseits kann die Rechtsangleichung auch Handlungsfreiräume schaffen, wenn und soweit nämlich die Rechtsunterworfenen darauf vertrauen können, dass eine Handlung, die in einem Staat gestattet ist, nicht in einem anderen Staat sanktionsbewährt ist. Es geht also um die Schaffung von staatsübergreifend wirkenden Ver-

73 Siehe aber die beachtlichen Bedenken bei *Berster*, ZIS 2017, 264 (266 ff.).

74 Näher *Bock/Bülte*, HRRS 2018, 100.

75 Siehe z.B. die Argumentation in European Commission (Fn. 3), S. 5.

haltungserwartungen, die Orientierungssicherheit bei zunehmender Globalisierung von Handlungskontexten schaffen.⁷⁶

Um dieses Ziel zu erreichen, muss nicht nur eine staatenübergreifende, transnationale Verhaltensnorm entwickelt werden – sie muss auch in allen mitwirkenden Staaten identisch verstanden werden. Dies gilt insbesondere im Völkerstrafrecht, das einen weltweiten Geltungsanspruch erhebt und daher nach der Herausarbeitung universell konsensfähiger Kriterien zur Auslegung und Anwendung internationaler Strafvorschriften verlangt. Erforderlich ist ein die gesamte internationale Rechtsgemeinschaft einbeziehender Diskurs über Inhalt, Grenzen und Geltung strafbewehrter völkerrechtlicher Verhaltensnormen. An diesem Diskurs müssen sich insbesondere auch die nationalen Gerichte beteiligen, die mit ihren Recht konkretisierenden Entscheidungen rechtsgestaltend tätig werden. Mit Blick auf den Leichenschändungsfall heißt dies beispielsweise, dass alle Staaten bei der Anwendung des Völkerstrafrechts davon ausgehen müssten, dass das Verbot der entwürdigenden Behandlung auch einen postmortalen Ehrschutz beinhaltet. Anderenfalls wird der universelle Geltungsanspruch des Völker(straf)rechts unterlaufen.⁷⁷

Ähnliche Herausforderungen stellen sich (wenn auch nicht in dieser zugespitzten Form) bei der Rechtsangleichung beispielsweise im europäischen Kontext. Art. 36 der Istanbul-Konvention des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt verlangt von den Mitgliedstaaten, Vergewaltigung unter Strafe zu stellen. Vergewaltigung wird definiert als „nicht einverständliches, sexuell bestimmtes vaginales, anales oder orales Eindringen in den Körper einer

76 Allgemein zur Funktion von Verhaltensnormen, die sich nicht darin erschöpft, die Voraussetzungen für die Verhängung von Sanktionen festzulegen, *Renzikowski* (Fn. 13), S. 14.

77 Zur Bedeutung einer internationalen Öffentlichkeit und eines internationalen Diskurses für die Legitimität des internationalen Strafrechts auch *Bock*, *The National Prosecution of International Crimes and the (International) Public*, in: *Fremuth/Sauer Moser/Stavrou* (Hrsg.), *International Criminal Law before Domestic Courts*, 2024, S. 153; zur damit einhergehenden Forderung, völkerstrafrechtliche Urteile deutscher Gerichte ins Englische zu übersetzen *Boe*, *ZStW* 134 (2022), 926. Beachte in diesem Zusammenhang aber auch, dass nach *Freund/Rostalski*, *GA* 169 (2022), 543 (548 ff.), abstrakt-generelle Sätze wie „Du sollst nicht töten“ keine Normen seien, da die konkreten Anwendungsbedingungen nicht festgelegt würden. Vielmehr müsse die Einzelne selbst in einer gegebenen Situation die relevanten individuellen Verhaltensnormen bilden, kritisch hierzu *Kindhäuser*, *GA* 169 (2022), 563 (566 f.); *Renzikowski*, *GA* 169 (2022), 575.

anderen Person mit einem Körperteil oder Gegenstand“. Zwei wichtige Auslegungsfragen für die Verhaltensnorm „Du sollst nicht vergewaltigen!“ sind damit bereits geklärt. Erstens: Erfasst wird nicht nur das vaginale Eindringen. Zweitens: Verboten ist auch das Eindringen in den Körper einer: anderen mit einem Gegenstand; es muss also nicht zwingend zu einem unmittelbaren körperlichen Kontakt zwischen Täter:in und Opfer kommen. Es bleiben aber viele ungeklärte Fragen: Was bedeutet nicht-einvernehmlich? Nein-Ist-Nein oder Nur-Ja-Ist-Ja?⁷⁸ Welche Irrtümer beziehungsweise Täuschungen lassen die Freiwilligkeit des Einvernehmens entfallen?⁷⁹ Genügt jedes körperliche Eindringen oder muss nach Intensität differenziert werden und, wenn ja, wie? Ist beispielsweise der aufgedrängte Zungenkuss eine orale Vergewaltigung?⁸⁰ Und wie ist eine durch Täuschung verursachte Selbstpenetration rechtlich zu bewerten?⁸¹ Die Herausbildung gemeinsamer Rechtsstandards verlangt damit nicht nur die Einigung auf abstrakte Verhaltensnormen, sondern auch die Entwicklung gemeinsamer Individualisierungsregeln zur Konkretisierung des Sollensgebotes und somit zur Be-

78 Überblick über die verschiedenen Modelle bei *Pruin*, ZfStR 2021, 129; *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (185 ff.); zu den auch unter der Istanbul-Konvention fortbestehenden Interpretationsspielräumen *Renzikowski* in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 177 Rn. 44, 31; für einen Blick auf die Entwicklungen in Slowenien siehe *Šuta/Berglez/Šepec*, Problemy Prawa Karnego 6 (2022), 1; für eine Einschätzung der spanischen Reform siehe z.B. *García Sánchez*, Revista de Derecho Penal y Criminología 30 (2023), 113 (insb. 122 ff.); zur Debatte in Dänemark siehe z.B. *Vestergaard*, Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice 8 (2020), 5.

79 Überblick über den deutschen Meinungsstand bei *Renzikowski* in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 177 Rn. 51 ff.; speziell zum Stealthing *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10; *Geneuss/Bublitz/Papenfuß*, JR 2021, 189; zur englischen Debatte z.B. CLRNN, Reforming the Relationship between Sexual Consent, Deception and Mistake, Consultation December 2021, <https://www.criminalbar.com/wp-content/uploads/2021/12/CLRNN3-Deception-Consultation-Paper.pdf> (zuletzt abgerufen am 1.9.2024) bzw. zur Common Law Perspektive siehe *Dyer*, Common Law World Review (online first, 2023), 4 ff.; für Blicke auf die spanische Perspektive siehe z.B. *Coca Vila*, InDret 3.2023, 430; *Castellví Monserrat*, InDret 4.2023, 171.

80 Überblick über den deutschen Meinungsstand bei *Renzikowski* in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 177 Rn. 157; die Frage beschäftigte z.B. auch bereits den Niederländischen Supreme Court mehrfach mit unterschiedlichem Ausgang, Netherlands: Forced Kiss Is Not Rape, Supreme Court Rules in Reversal, New York Times v. 12.3.2013, <https://www.nytimes.com/2013/03/13/world/europe/netherlands-forced-kiss-is-not-rape-supreme-court-rules-in-reversal.html> (zuletzt abgerufen am 1.9.2024).

81 Hierzu ausführlich aus deutscher Sicht *Wagner*, NStZ 2021, 592.

stimmung des Tuns oder Unterlassen, durch das ein:e Normadressat:in in einer konkreten Situation eine Norm zu befolgen hat.⁸²

Das Ziel der Rechtseinheit beziehungsweise der Rechtsvereinheitlichung wird weit weniger in Frage gestellt, wenn die Sanktionsvoraussetzungen unterschiedlich bestimmt werden – wenn es also national-kulturell bedingte Unterschiede bei der Bewertung gibt, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Sollensverstoß strafwürdig ist. Geht man beispielsweise mit *Kindhäuser* davon aus, dass Willentlichkeit nicht zum Inhalt der Verhaltensnorm gehört, sondern zur ex-post Beurteilung des verbotenen Verhaltens (und damit zur Sanktionsnorm),⁸³ dann erscheinen transnationale Divergenzen bei der Vorsatzbestimmung beziehungsweise der Festlegung der subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen weniger kritisch. Zwar wäre es aus Gründen der Gleichheit vor dem Recht durchaus vorzugswürdig, wenn Verletzungen internationaler und transnationaler Normen unter gleichen Voraussetzungen und Bedingungen bestraft würden. Allerdings wird die Verhaltensnorm „Du sollst nicht vergewaltigen!“ nicht auf einer prinzipiellen Ebene relativiert, wenn Staat A Verstöße gegen diese Norm nur dann als Straftat ahndet, wenn T mit direktem Vorsatz handelt, während Staat B dolus eventualis genügen lässt und Staat C bereits dann straft, wenn T sorgfaltspflichtwidrig nicht erkennt, dass O mit den vorgenommenen sexuellen Handlungen nicht einverstanden ist.

Vor diesem Hintergrund entkräftet sich auch ein wenig die Kritik an europäischen Harmonisierungsakten, die zwar sehr detaillierte Tatbestandsbeschreibungen beinhalten, bezüglich der allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen aber zumeist vage bleiben. So wird typischerweise regelmäßig nur verlangt, dass die Mitgliedstaaten die näher umschriebenen Handlungen unter Strafe stellen, wenn sie vorsätzlich begangen werden, ohne dass aber zugleich ein autonom-europäisches Vorsatzverständnis entwickelt würde. Es kommen also die divergierenden Vorsatzdefinitionen der Mitgliedstaaten zur Anwendung – rechtliche Unterschiede werden insoweit nicht abgebaut. Oder anders formuliert: die strafrechtlich zu bewährenden Verhaltensnormen werden sehr konkret gefasst, während den Mitgliedstaa-

82 Zu diesem Prozess allgemein *Kindhäuser*, Normen und Direktiven, in: Aichele/Renzikowski/Rostalski (Hrsg.), Normentheorie: Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik – Buttenheimer Gespräche –, 2022, S. 27 (40 ff.).

83 *Kindhäuser* (Fn. 82), S. 27.

ten bei der Bestimmung der Sanktionsvoraussetzungen aus Rücksicht auf ihre jeweiligen Rechtstraditionen erheblicher Spielraum gewährt wird.⁸⁴

V. Bewertung von Selektivitäten und Nichtverfolgungen

Bei den soeben angestellten Überlegungen schimmerte bereits die Frage durch, wie Nicht-Sanktionierungen von Normverstößen zu bewerten sind. Nach *Alexander Aichele* ist „eine praktische Norm [...] ein Sollenssatz, der dazu auffordert, irgendeine Handlung zu vollziehen oder zu unterlassen.“⁸⁵ Dieser Sollenssatz müsse universelle Geltung beanspruchen, was bedeute, dass der Norm alle Normadressat:innen folgten oder dass die Geltung der Norm durch Sanktionierung des Normbruchs erwiesen werde. Eine Norm ohne Sanktion sei sinnlos beziehungsweise verliere ihren Charakter als Rechtsnorm.⁸⁶ Es sei schlichthin unsinnig beziehungsweise widersinnig, einen verpflichtenden Sollenssatz aufzustellen, zugleich dessen Befolgung aber durch einen Verzicht auf Sanktionierung ins Belieben der Normadressat:innen zu stellen (und damit ein Nicht-Müssen zu postulieren).⁸⁷

Gerade im Völkerstrafrecht ist aber nun die strafrechtliche Nicht-Verfolgung von Normverstößen der Regelfall. Dies liegt unter anderem an der kollektiven Dimension der Taten.⁸⁸ Sie sind dadurch gekennzeichnet, dass sie unter Beteiligung eines Großteils der Bevölkerung begangen werden; die Zahl der Täter:innen ist nahezu unüberschaubar. Eine umfassende und lückenlose Bestrafung aller Verantwortlichen ist faktisch nicht möglich und gesellschaftlich regelmäßig auch nicht sinnvoll, will man noch hinreichende (auch menschliche) Ressourcen für einen gesellschaftlichen Wiederaufbau nach Beendigung des übergeordneten Gesamtkonflikts ha-

84 Siehe exemplarisch am Beispiel des Europäischen Finanzschutzstrafrechts *Bock*, Der Schutz der finanziellen Interessen der Union. Überlegungen zur Betrugsbekämpfungsrichtlinie 2017/1371, in: *Ambos/Bock* (Hrsg.), Aktuelle und grundsätzliche Fragen des Wirtschaftsstrafrechts / Questions actuelles et fondamentales du droit pénal des affaires, 2019, S. 155 (178 ff.).

85 *Aichele*, Bedingungen von Normativität. Zukunft, Kontingenz und was sonst noch damit zusammenhängt – eine Erinnerung, in: *Aichele/Renzikowski/Rostalski* (Hrsg.), Normentheorie: Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik – Buttenheimer Gespräche –, 2022, S. 21.

86 *Renzikowski* (Fn. 13), S. 15.

87 *Aichele* (Fn. 85), S. 25.

88 Siehe hierzu *Bock*, ZIS 2017, 410 (411) m.w.N.

ben.⁸⁹ Sie ist aber in normtheoretischer Hinsicht auch nicht notwendig. Die Verbindlichkeit und Geltungswirkung von Verhaltensnormen kann auch durch eine außerstrafrechtliche Sanktionierung von Normverstößen hergestellt werden.⁹⁰ Im Völkerstrafrecht spielen insoweit alternative Mechanismen wie Wahrheitskommissionen (die gegebenenfalls mit der Gewährung von Amnestien verbunden werden) und traditionelle Formen der Streitbeilegung eine entscheidende Rolle.⁹¹ In Gefahr gerät der Normcharakter des Völker(straf)rechts erst, wenn es aus politischen Gründen zu einer systematischen Nicht-Verfolgung beziehungsweise zu willkürlichen Selektionsprozessen kommt.

Generell zeigt sich hier die Verwandtschaft des Völkerstrafrechts mit dem Völkerrecht, das traditionell unter Verdacht steht, kein „echtes“ Recht zu sein, sondern lediglich politische Spielregeln festzulegen, hängt seine Wirksamkeit doch in erheblichem Maße vom „good will“ der beteiligten Staaten ab.⁹² Dies wird auch im Zusammenhang mit dem Ukrainekrieg kritisch angemerkt, wenn das Völkerrecht im Angesicht der eklatanten Missachtung des Gewaltverbots durch Russland machtlos wirkt. Dabei darf man aber nicht verkennen, dass das Völkerrecht in den letzten 100 Jahren in vieler Hinsicht juridifiziert wurde: Mit dem Internationalen Gerichtshof steht ein juristisches Gremium zur rechtlichen Lösung zwischenstaatlicher Konflikte bereit und die Menschenrechtsregime geben sogar Individuen die Möglichkeit, Staaten für die Verletzung völkerrechtlicher Pflichten zur Verantwortung zu ziehen. Und auch der beständige Ausbau des Völkerstrafrechts hat hier einen entscheidenden Beitrag geleistet – völkerrechtliche Verhaltensnormen strafrechtlich zu bewähren, ist wohl die (rechtsstaatlich) stärkste Form der Verrechtlichung beziehungsweise Verhärtung ehemaligen „soft laws“.⁹³

Gerade deswegen muss es aber in besonderem Maße beunruhigen, wenn Sanktionsnormen aus politischen Gründen nicht befolgt werden. Berühmt-

89 Siehe zur Selektivität des Völkerstrafrechts *Ambos*, Treatise on International Criminal Law – Volume III: International Criminal Procedure, 2. Aufl. 2025, S. 385 ff.; *Bock*, ZIS 2017, 410 (414).

90 *Renzikowski* (Fn. 13), S. 15.

91 Zu den verschiedenen „Bausteinen“ von Transitional Justice Prozessen *Werle/Vormbaum*, Transitional Justice. Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 2018, S. 43 ff.

92 Vgl. nur *Janis*, Cornell International Law Journal 17 (1984), 61 (62 f.).

93 Ausführlich *Bock/Bülte* (Fn. 15), S. 958.

berühmtes Beispiel hierfür ist die Afghanistan-Entscheidung des IStGH.⁹⁴ Hier hatte die Vorverfahrenskammer zunächst die Aufnahme von Ermittlungen untersagt – und dass, obwohl es auch nach Ansicht der Kammer hinreichend Anlass zu der Annahme gab, dass völkerrechtliche Verbrechen unter anderem von den Taliban aber auch von Angehörigen des US-Militärs und der CIA begangen worden waren.⁹⁵ Allerdings sei es – so die Kammer – aufgrund des „komplexen und unbeständigen politischen Klimas“ und der geringen Unterstützung des IStGH durch die betroffenen Staaten unwahrscheinlich, dass die Taten effektiv aufgeklärt werden könnten. Die Anklagebehörde solle sich daher auf Situationen mit höheren Erfolgsaussichten konzentrieren; weitere Ermittlungen in Afghanistan seien nicht im Interesse der Gerechtigkeit.⁹⁶ Diese Entscheidung erging kurz nachdem die USA dem IStGH ein weiteres Mal mit Sanktionen gedroht hatten, wenn er gegen US-amerikanische Staatsbürger:innen vorgehen sollte; zeitgleich war der damaligen Chefanklägerin Fatou Bensouda das US-Visum entzogen worden.⁹⁷ Der hierdurch entstandene Eindruck der politischen Abhängigkeit des IStGH schädigte nicht nur das Ansehen des Gerichts.⁹⁸ Die faktische Rücknahme des Strafanspruchs stellte zugleich die Verbindlichkeit und damit den Normcharakter völkerrechtlicher Fundamentalgrundsätze wie des Folterverbots in Frage. Immerhin hob die Berufungskammer kurze Zeit später diese Entscheidung auf und machte den Weg für Ermittlungen in Afghanistan frei.⁹⁹ Allerdings gab der neue Chefankläger, Karim A. A. Khan, im September 2021 bekannt, dass er sich auf mögliche Verbrechen der Taliban konzentrieren und andere Taten zurückstellen werde.¹⁰⁰ Eine

94 IStGH (PTC II), Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Decision v. 12.4.2019, ICC-02/17-33.

95 IStGH (PTC II), Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Decision v. 12.4.2019, ICC-02/17-33, Rn. 47 f.

96 IStGH (PTC II), Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Decision v. 12.4.2019, ICC-02/17-33, Rn. 94 ff.

97 Siehe hierzu *Simons/Special*, U.S. revokes visa of I.C.C. prosecutor pursuing Afghan war crimes, New York Times v. 5.4.2019, <https://www.nytimes.com/2019/04/05/world/europe/us-icc-prosecutor-afghanistan.html> (zuletzt abgerufen am 1.9.2024).

98 *Bock/Bülte* (Fn. 15), S. 972 m.w.N.

99 IStGH (AC), Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Judgment v. 5.3.2020, ICC-02/17-138.

100 Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Karim A. A. Khan QC, following the application for an expedited order under article 18(2) seeking authorisation to resume investigations in the Situation in Afghanistan, 27.9.2021, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-international-criminal-court-karim-khan-qc-following-application> (zuletzt abgerufen am 1.9.2024).

internationale Verfolgung von US-Staatsangehörigen ist damit derzeit wohl ausgeschlossen – und die Frage nach der universellen Verbindlichkeit des Völkerrechts bleibt. Sie stellt sich im Übrigen auch im Ukraine-Krieg, in dem die Gefahr besteht, dass der Fokus einseitig auf die Taten russischer Soldaten:innen gelegt wird, Verbrechen der ukrainischen Seite hingegen ungesühnt bleiben.¹⁰¹ Auf der Makroebene haben die starken Bemühungen des Westens, das Völker(straf)recht zur Eindämmung und Bekämpfung der russischen Aggression zu nutzen, die Diskussion um seinen neo-kolonialistischen Charakter neu entfacht. Namentlich aus den Ländern des Globalen Südens wird der Vorwurf laut, das Völkerrecht komme nur dann zum Einsatz, wenn es westlichen Interesse diene. Die US-Invasion im Irak vor 20 Jahre habe demgegenüber keine nennenswerte internationale Reaktion hervorgerufen, geschweige denn zu einer Sanktionierung der verantwortlichen Personen geführt.¹⁰² Solche in machtpolitischen Überlegungen wurzelnden Asymmetrien in der Anwendung von Sanktionsnormen gefährden Normwirkung und Geltungskraft des Völker(straf)rechts.

Ein gewisses Gegengewicht (dessen Potential derzeit weder voll entfaltet noch voll erfasst ist) bilden die aus den Menschenrechten abgeleiteten Pönalisierungspflichten. So wird bestimmten Menschenrechten eine zweifache Schutzdimension zugesprochen: Zunächst dürfen die Staaten nicht an Menschenrechtsverletzungen mitwirken. Darüber hinaus sind sie aber auch verpflichtet, aktive Maßnahmen zum Schutz der Menschenrechte von Bürger:innen, die sich in ihrem Hoheitsgebiet aufhalten, zu treffen.¹⁰³ Hieraus ergibt sich wiederum die Pflicht, Maßnahmen zur Prävention, Ermittlung und Bestrafung von Konventionsverstößen zu treffen.¹⁰⁴ Wird sie verletzt – wird also in einem Vergewaltigungs- oder Mordfall nicht effektiv ermittelt – stellt beispielsweise der EGMR eine Konventionsverletzung fest und spricht dem Opfer gegebenenfalls eine Entschädigung in Geld zu. Dem betroffenen Individuum wird damit die Möglichkeit geben, die Befolgung der Sanktionsnorm „Du sollst alle, die A tun, bestrafen!“ einzufordern.

101 Bock, Das Völkerstrafgesetzbuch in der praktischen Anwendung: Ein Überblick, in: Jeßberger/Epik (Hrsg.), Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch: Anwendungspraxis und Reformbedarf, 2023, S. 43 (64).

102 Ausführlich *Ambos*, Doppelmoral: Der Westen und die Ukraine, 2022.

103 Siehe zum Beispiel EGMR, Urteil v. 5.6.2015, Nr. 46043/14, Rn. 177 – Lambert u.a./France.

104 EGMR, Urteil v. 28.3.2000, Nr. 22492/93, Rn. 62 – Kiliç/Turkey; IAGMR, Urteil v. 29.7.1988, Rn. 166 – Velásquez Rodríguez/Honduras; vertiefend und mit rechtsvergleichender Analyse *Huneus*, AJIL 107 (2013), 1.

Im Unterschied zu dem aus dem deutschen Recht bekannten Klageerzwingungsverfahren wird die Nichtbestrafung durch die Pflicht zur Leistung von Entschädigung sanktioniert. Möglicherweise wird hier der normtheoretische Dualismus aus Verhaltens- und Sanktionsnorm um eine dritte Ebene ergänzt, nämlich eine an die internationale Gemeinschaft gerichtete Metasanktionsnorm, die besagt: „Du sollst alle Entitäten sanktionieren, die Personen (menschenrechtswidrig) *nicht* bestrafen, obwohl sie A getan haben.“ Insoweit kann vielleicht nicht nur die Normentheorie helfen, Licht in das Dickicht des Internationalen Strafrechts zu bringen, sondern auch das Internationale Strafrecht Impulse zur Fortentwicklung der Normentheorie geben.

