



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Gian-Flurin Steinegger

Die Strafe und ihr Zweck im Kontext internationaler Strafgerichte Rechtsphilosophische Überlegungen zur internationalen Strafgerichtsbarkeit

Die Strafe und ihr Zweck im Kontext internationaler Strafgerichte

**Rechtsphilosophische Überlegungen zur internationalen
Strafgerichtsbarkeit**

Dissertation
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Gian-Flurin Steinegger
von Zofingen AG

genehmigt auf Antrag von
Prof. Dr. Matthias Mahlmann
und
PD Dr. Anne Kühler

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 17. November 2021

Der Dekan: Prof. Dr. Thomas Gächter



Die Strafe und ihr Zweck im Kontext internationaler Strafgerichte Copyright © by Gian-Flurin Steinegger is licensed under a [Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/), except where otherwise noted.

© 2023 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

Autor: Gian-Flurin Steinegger

Verlag: EIZ Publishing

Produktion, Satz & Vertrieb: buch & netz (buchundnetz.com)

ISBN:

978-3-03805-615-7 (Print – Softcover)

978-3-03805-616-4 (PDF)

978-3-03805-617-1 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-615>

Version: 1.01 – 20231009

Die vorliegende Dissertation wurde von Gian-Flurin Steinegger eingereicht und von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, vertreten durch den Dekan Prof. Dr. Thomas Gächter, am 17. November 2021 abgenommen.

Sie wurde betreut von Prof. Dr. Matthias Mahlmann und PD Dr. Anne Kühler.

Das Werk ist als gedrucktes Buch und als Open-Access-Publikation in verschiedenen digitalen Formaten verfügbar: <https://eizpublishing.ch/publikationen/die-strafe-und-ihr-zweck-im-kontext-internationaler-straferichte/>.

Die Publikation ist auch auf der Webseite der Zentralbibliothek Zürich abrufbar: <https://www.zb.uzh.ch/de/>

Meinen Eltern

Danksagung

Die vorliegende Dissertation ist in wesentlichen Teilen während meiner Zeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Philosophie und Theorie des Rechts, Rechtssoziologie und Internationales Öffentliches Recht von Prof. Dr. iur. Matthias Mahlmann an der Universität Zürich entstanden und konnte schliesslich während meiner Zeit als Gerichtsschreiber am Bundesverwaltungsgericht in St. Gallen abgeschlossen werden.

Zu tiefem Dank verpflichtet bin ich meinem Doktorvater Prof. Dr. iur. Matthias Mahlmann. Er hat mich auf das Thema des Werkes aufmerksam gemacht, mein Dissertationsprojekt mit grossem Interesse begleitet und unterstützt und mir doch bei der Ausgestaltung volle Freiheit gewährt. Frau PD Dr. iur. Anne Kühler danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens. Ein besonderer Dank gilt Herrn Dr. iur. Jürg Marcel Tiefenthal, Bundesverwaltungsrichter, der mich aus einer grossen Schaffenskrise befreit und mir mit seinem praktischen und fachlichen Rat immer wieder zur Seite gestanden hat. Ebenso danken möchte ich meinem direkten Vorgesetzten Herrn Dr. iur. Simon Mathias Thurnheer, Bundesverwaltungsrichter, der mir in grosszügiger Weise die notwendige zeitliche Flexibilität in meiner beruflichen Tätigkeit eingeräumt hat, damit ich meine Dissertation abschliessen konnte.

Ohne den Rückhalt und die liebevolle Unterstützung meiner Eltern Esther und Beat Steinegger wäre meine Promotion undenkbar gewesen. Ihnen ist diese Arbeit daher in Dankbarkeit gewidmet.

Zürich/St. Gallen, im Juli 2021

Gian-Flurin Steinegger

Inhaltsübersicht

Danksagung	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XV
Literaturverzeichnis	XVII
§ I Einleitung	1
A. Ausgangslage und Untersuchungsgegenstand	1
B. Vorgehen	3
C. Forschungsstand	4
D. Begriffe	5
§ II Ideengeschichtliche Betrachtung der Strafzweckfrage	9
A. Rechtsvorstellungen in frühen Kulturen	9
B. Der Strafzweck unter dem Einfluss des Christentums	21
C. Der Strafzweck im Theoriediskurs der Frühneuzeit und Aufklärung	26
D. Der Strafzweck in der Philosophie der Utilitaristen	39
E. Der Strafzweckgedanke von der Spätaufklärung bis zur Moderne	43
F. Exkurs: Angloamerikanische Straftheorien	57
§ III Systematisierung	67
A. Präventive Straftheorien	67
B. Retributive Straftheorien	73
C. Expressive Straftheorien	82
D. Vereinigungstheorien	86
§ IV Zur Genese des Völkerstrafrechts	89
A. Rechtsquellen der Frühzeit	89
B. Vorläufer internationaler Strafgerichtsbarkeit	94
C. Der Zweite Weltkrieg und das Nürnberger Militärtribunal	100
D. Ad-hoc-Gerichte – die Antwort auf komplexe regionale Kriege	106
E. Der Internationale Strafgerichtshof (IStGH)	109
§ V Völkerstrafrecht – neue Herausforderungen	115
A. Zwischen Kollektiven und Individuen	115
B. Die Täter und ihre Rahmenbedingungen	117
C. Die Seite der Opfer	121
D. Ein Vakuum für Konkurrenten	126
§ VI Die Strafe und ihr Zweck im Kontext internationaler Strafgerichte	135
A. Vorbemerkungen	135
B. Der Strafzweck unter der Funktion der Streitbeilegung	141
C. Der Strafzweck unter der Funktion der Stabilisierung normativer Erwartungen	159
D. Der Strafzweck unter der Funktion von Kontrolle und Legitimation öffentlicher Gewalt	166
E. Der Strafzweck im Völkerstrafrecht unter der Funktion der Rechtsfortentwicklung	174

§ VII <u>Schlussbetrachtung</u>	181
<u>Curriculum Vitae</u>	189

Inhaltsverzeichnis

Danksagung	VII	
Inhaltsübersicht	IX	
Abkürzungsverzeichnis	XV	
Literaturverzeichnis	XVII	
§ I	Einleitung	1
	A. Ausgangslage und Untersuchungsgegenstand	1
	B. Vorgehen	3
	C. Forschungsstand	4
	D. Begriffe	5
§ II	Ideengeschichtliche Betrachtung der Strafzweckfrage	9
	A. Rechtsvorstellungen in frühen Kulturen	9
	1. Der Strafzweck am Ursprung der Reflexion über Strafe	9
	2. Der Strafzweck in der antiken Welt	13
	a. Griechenland	13
	b. Hellenistische und römische Welt	20
	B. Der Strafzweck unter dem Einfluss des Christentums	21
	1. Augustinus	21
	2. Thomas von Aquin	24
	C. Der Strafzweck im Theoriediskurs der Frühneuzeit und Aufklärung	26
	1. Benedikt Carpzov	26
	2. Hugo Grotius, Thomas Hobbes und John Locke	27
	3. Samuel von Pufendorf und Christian Thomasius	32
	4. Charles-Louis de Montesquieu und Cesare Beccaria	35
	D. Der Strafzweck in der Philosophie der Utilitaristen	39
	1. Jeremy Bentham	40
	2. John Stuart Mill	41
	E. Der Strafzweckgedanke von der Spätaufklärung bis zur Moderne	43
	1. Immanuel Kant	43
	2. Johann Gottlieb Fichte	46
	3. Georg Wilhelm Friedrich Hegel	49
	4. Paul Johann Anselm von Feuerbach	52
	5. Franz von Liszt und Karl Binding	54
	F. Exkurs: Angloamerikanische Straftheorien	57
	1. Retributivismus	57
	a. Vorteil, Nachteil, Fairness	57
	b. Moralische Verantwortlichkeit	60
	2. Expressivismus	61
	a. Täterorientierte expressive Straftheorien	62
	b. Opferorientierte expressive Straftheorien	63
	c. Normorientierte expressive Straftheorien	64

§ III	Systematisierung	67
A.	Präventive Straftheorien	67
1.	Merkmale und Einordnung	67
2.	Prognose und Messbarkeit	68
3.	Instrumentalisierung und Menschenwürde	70
4.	Integrität und Entfremdung	72
B.	Retributive Straftheorien	73
1.	Merkmale und Einordnung	73
2.	Schuld	74
3.	Verdienst	75
4.	Talion, Vergeltung, Ausgleich	77
5.	Vorteil, Nachteil, Fairness	79
a.	Grundmodell	79
b.	Auktionsmodell	80
c.	Moralische Verantwortlichkeit	81
C.	Expressive Straftheorien	82
1.	Tadel und Täter	82
2.	Tadel und Opfer	83
3.	Widerspruch und Rechtsgemeinschaft	84
4.	Tadel und Übelszufügung	85
D.	Vereinigungstheorien	86
§ IV	Zur Genese des Völkerstrafrechts	89
A.	Rechtsquellen der Frühzeit	89
1.	Antikes Mesopotamien, Griechenland und Rom	89
2.	Grundideen zu einem Völkerstrafrecht im Mittelalter	90
3.	Renaissance und Humanismus	91
4.	Naturrechtslehre und Völkerrecht in der Aufklärung	92
5.	Menschen- und Bürgerrechte im Zeitalter der Revolutionen	93
B.	Vorläufer internationaler Strafgerichtsbarkeit	94
1.	Mixed Courts of Justice	95
2.	Haager und Genfer Konventionen	95
3.	Der Erste Weltkrieg und der Vertrag von Versailles	96
4.	Die Leipziger Prozesse	99
5.	Der Völkerbund	100
C.	Der Zweite Weltkrieg und das Nürnberger Militärtribunal	100
1.	Das Londoner Viermächte-Abkommen	101
2.	Die Nürnberger Prozesse	102
3.	Stillstand im «Kalten Krieg»	105
D.	Ad-hoc-Gerichte – die Antwort auf komplexe regionale Kriege	106
1.	Der Internationale Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien	106
2.	Der Internationale Strafgerichtshof für Ruanda	108
3.	Hybride Gerichte	109
E.	Der Internationale Strafgerichtshof (IStGH)	109
1.	Neue Ansatzpunkte für einen IStGH	110
2.	Zuständigkeit und Zusammensetzung des IStGH	111
3.	Ergebnisse und Grenzen des IStGH	112

§ V	<u>Völkerstrafrecht – neue Herausforderungen</u>	115
A.	<u>Zwischen Kollektiven und Individuen</u>	115
1.	<u>Makrokriminalität</u>	115
2.	<u>Individuelle Handlungen im Kollektiv</u>	115
B.	<u>Die Täter und ihre Rahmenbedingungen</u>	117
1.	<u>Makrokriminalität und Geschlecht</u>	117
2.	<u>Motive – Gründe – Rechtfertigungen</u>	119
C.	<u>Die Seite der Opfer</u>	121
1.	<u>Formen der Viktimisierung</u>	121
2.	<u>Stellung des Opfers</u>	122
3.	<u>Opferdefinition und Opferschutz</u>	123
D.	<u>Ein Vakuum für Konkurrenten</u>	126
1.	<u>Transitional Justice</u>	126
2.	<u>Reaktions- und Aufarbeitungsformen</u>	127
a.	<u>Nichtverfolgung und Amnestie</u>	129
b.	<u>Wahrheitskommissionen</u>	130
c.	<u>Wiedergutmachung</u>	131
d.	<u>Überprüfung des öffentlichen Dienstes</u>	132
§ VI	<u>Die Strafe und ihr Zweck im Kontext internationaler Strafgerichte</u>	135
A.	<u>Vorbemerkungen</u>	135
1.	<u>Ausgangslage</u>	135
2.	<u>Verständnis und Funktionen internationaler Gerichte</u>	137
3.	<u>Internationale Strafgerichte im Kontext des universellen Menschenrechtsschutzes</u>	138
B.	<u>Der Strafzweck unter der Funktion der Streitbeilegung</u>	141
1.	<u>Streitbeilegung und Konfliktbewältigung</u>	141
2.	<u>Täterorientierte expressive Straftheorien</u>	142
a.	<u>Beispielhafter Ausgangspunkt</u>	142
b.	<u>Tadel</u>	143
c.	<u>Moralische Gemeinschaft</u>	144
3.	<u>Übelszufügung</u>	146
a.	<u>Übelszufügung und Sanktionsart</u>	147
b.	<u>Übelszufügung und Proportionalität</u>	149
4.	<u>Grenzenlose Versöhnung?</u>	153
5.	<u>Die Opfer im Kommunikationsprozess</u>	155
6.	<u>Spezialprävention und Konfliktbewältigung</u>	157
C.	<u>Der Strafzweck unter der Funktion der Stabilisierung normativer Erwartungen</u>	159
1.	<u>Wechsel der Adressaten</u>	159
2.	<u>Stabilisieren versus Generieren</u>	160
3.	<u>Die Schwierigkeiten der Norminternalisierung im Völkerstrafrecht</u>	161
a.	<u>Strukturelle Defizite</u>	161
b.	<u>Demokratische Defizite</u>	164
D.	<u>Der Strafzweck unter der Funktion von Kontrolle und Legitimation öffentlicher Gewalt</u>	166
1.	<u>Kontrolle staatlicher Strafinstitutionen</u>	166
a.	<u>Komplementarität und Kontrolle</u>	166
b.	<u>Die Rolle der Strafe in der Kontrolle staatlicher Organe</u>	168

2.	Kontrolle durch Abschreckung des potentiellen Täters	169
a.	Das eingeschränkte Potential der Strafverfolgung	169
b.	Der Täter als Person	172
3.	Legitimation durch Kontrolle	173
E.	Der Strafzweck im Völkerstrafrecht unter der Funktion der Rechtsfortentwicklung	174
1.	Rechtsentwicklung im Völkerstrafrecht	174
2.	Rechtserzeugung durch Gerichte	176
3.	Die Position der Strafe in dieser Entwicklung	177
§ VII	Schlussbetrachtung	181
	Curriculum Vitae	189

Abkürzungsverzeichnis

Art.	Artikel
AVR	Archiv des Völkerrechts
BBKL	Biographisch-Bibliographisches Kirchenlexikon
BGHSt	Bundesgerichtshof in Strafsachen
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
CIC	Counter Intelligence Corps
ECCC	Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia
EJIL	European Journal of International Justice
Gestapo	Geheime Staatspolizei
HRRS	HRR-Strafrecht.de
ICC	International Criminal Court
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
ILC	International Law Commission
IMG	Internationaler Militärgerichtshof
IMG-Statut	Statut für den Internationalen Militärgerichtshof
IMGFO	Internationaler Militärgerichtshof für den Fernen Osten
IMGFO-Statut	Statut für den Internationalen Militärgerichtshof für den Fernen Osten
INEF	Institut für Entwicklung und Frieden
IStGH	Internationaler Strafgerichtshof
JbM	Jahrbuch für Menschenrechte
JICJ	Journal of International Criminal Justice
JILPAC	Journal of International Law of Peace and Armed Conflict
JStGH	Internationaler Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien
JZ	JuristenZeitung
NDB	Neue Deutsche Biographie
NGO	Non-governmental organization (Nichtregierungsorganisation)
NSDAP	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
RIA	Reallexikon der Assyriologie und Vorderasiatischen Archäologie

Rn.	Randnote
RStGH	Internationaler Strafgerichtshof für Ruanda
SCSL	Special Court for Sierra Leone
SD	Sicherheitsdienst des Reichsführers SS
SJIL	Stanford Journal of International Law
SS	Schutzstaffel
TPR	The Philosophical Review
TRC	Truth and Reconciliation Commission
UNO	Organisation der Vereinten Nationen
UNO-Charta	Charta der Vereinten Nationen
UNO-Pakt I	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
UNO-Sicherheitsrat	Sicherheitsrat der Vereinten Nationen
UNWCC	United Nations Commission for the Investigation of War Crimes
WEL	Am wenigsten entwickelte Länder
WTO	World Trade Organization (Welthandelsorganisation)
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZIB	Zeitschrift für Internationale Beziehungen
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZnR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZRG	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
ZRph	Zeitschrift für Rechtsphilosophie
ZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Literaturverzeichnis

- ABO YOUSSEF, OMAR AL-FAROUQ (2008): Die Stellung des Opfers im Völkerstrafrecht unter besonderer Berücksichtigung des ICC-Statuts und der Rechte der Opfer von Völkerstrafrechtsverbrechen in der Schweiz, Zürich/Basel/Genf ABRAHAMSOHN, KLAUS (2007): Das Keilschriftrecht. Recht und Gesetz im III. und II. Jahrtausend vor Chr. im Alten Orient, <https://web.archive.org/web/20070929072426/http://www.forhistiur.de/index_de.htm> (zum Artikel unter: <Sonstiges><Didaktika><Vorlesungen>) [letzter Zugriff am 24.07.2021]
- AHLBRECHT, HEIKO (1999): Geschichte der völkerstrafrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert, unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Straftatbestände und der Bemühungen um einen ständigen Internationalen Strafgerichtshof, Baden-Baden
- ALBRIGHT, MADELEINE (2002): Aussage vor dem UNO-Jugoslawien-Tribunal (17.12.2002), <<http://www.icty.org/x/cases/plavsic/trans/en/021217IT.htm>, 507 f.> [letzter Zugriff am 24.07.2021]
- AMBACH, PHILIPP (2005): Laufen hybride adhoc-Gerichte dem Internationalen Strafgerichtshof den Rang ab? Eine Bestandsaufnahme, in: Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften/JILPAC 18, 2, S. 106 ff.
- AMBACH, PHILIPP (2009): Eine Rahmenkonvention für die Errichtung hybrider internationaler Strafgerichte. Als Mittel zur Garantie moderner Völkerrechtsstandards im Rahmen zukünftiger ad hoc-Strafgerichtsbarkeit für Völkerrechtsverbrechen, Hamburg
- AMBOS, KAI (2010): Cesare Beccaria und die Folter – kritische Anmerkungen aus heutiger Sicht, in: ZStW, 122, S. 504 ff.
- AMBOS, KAI (2012): Das erste Urteil des Internationalen Strafgerichtshofs (Prosecutor v. Lubanga). Eine kritische Analyse der Rechtsfragen, ZIS online <http://www.zis-online.com/dat/artikel/2012_7_684.pdf> [letzter Zugriff am 24.07.2021]
- AMBOS, KAI (2018): Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht. Ein Studienbuch unter Mitarbeit von Alexander Heinze und Christopher Penkuhn, 5., völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, München
- ANDROULAKIS, NIKOLAOS K. (1996): Über den Primat der Strafe, in: ZStW 108, 2, S. 300 ff.
- ARENDT, HANNAH/JASPERS, KARL (1985): Briefwechsel 1926–1969, hrsg. von Lotte Köhler und Hans Saner, München
- ARISTOTELES (1985): Nikomachische Ethik. Auf der Grundlage der Übersetzung von Eugen Rolfes, hrsg. von Günther Bien, 4. Auflage, Hamburg

- ASMAL, KADER (1995): Zur Rolle der «Wahrheitskommission» in Südafrika, in: Hankel, Gerd/Stuby, Gerhard (Hrsg.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen. Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen*, Hamburg, S. 465 ff.
- AUGUSTINUS AURELIUS (2007): *Vom Gottesstaat. Aus dem Lateinischen übertragen von Wilhelm Thimme, eingeleitet und kommentiert von Carl Andersen*, München
- AUGUSTINUS AURELIUS: *Contra Faustum liber XXII, 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts*
- AURE, ANDREAS HARALD (2008): Der säkularisierte und subjektivierte Naturrechtsbegriff bei Hugo Grotius (13. Februar 2008), <forum historiae iuris, <https://forhistiur.de/2008-02-aure>> [letzter Zugriff am 24.07.2021]
- BABAIAN, SARAH (2018): *The International Criminal Court - An International Criminal World Court? Jurisdiction and Cooperation Mechanisms of the Rome Statute and its Practical Implementation*, Cham
- BAECHLER, JEAN-LUC/STEINEGGER, GIAN-FLURIN (Mitarbeit als Autor) (2019): A Different Level, a Different Purpose? Reflections on International Criminal Law from the Perspective of Penal Theory, in: Selvik Gunnar u. a. (Hrsg.), *Festschrift in Honour of Carl Baudenbacher*, Cham, S. 51 ff.
- BAR, CARL LUDWIG VON (1882): *Handbuch des Deutschen Strafrechts, Geschichte des Deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, Berlin
- BARTELT, SANDRA (2005): Die Zulässigkeit von Wahrheitskommissionen im Lichte des neuen Internationalen Strafgerichtshofs, in: AVR, S. 187 ff.
- BASSIOUNI, MAHMOUD CHERIF (1995): Das «Vermächtnis von Nürnberg»: eine historische Bewertung fünfzig Jahre danach, in: Hankel, Gerd/Stuby, Gerhard (Hrsg.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen. Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen*, Hamburg, S. 15 ff.
- BASSIOUNI, MAHMOUD CHERIF (2010): *The Philosophy and Policy of International Criminal Justice*, in: Bohlander Michael (Hrsg.), *Globalization of Criminal Justice*, Farnham/Burlington, S. 193 ff.
- BAUTZ, FRIEDRICH WILHELM: Augustinus, *Biographisch-Bibliographisches Kirchenlexikon (BBKL)*, Band 1, Sp. 272 ff.
- BECCARIA, CESARE (1988): *Über Verbrechen und Strafen*, übersetzt und hrsg. von Wilhelm Alff, Frankfurt am Main
- BECCHI, PAOLO (2011): Die Strafe als Versöhnung und die Strafzwecke bei Hegel. Ein kritischer Überblick, in: Hirsch, Andreas von/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt (Hrsg.), *Strafe – Warum?* Baden-Baden, S. 87 ff.
- BEHRENDT, URS PER (2005): *Die Verfolgung des Völkermordes in Ruanda durch internationale und nationale Gerichte. Zugleich ein Beitrag zu Inhalt und Funktion des Universalitätsprinzips bei der Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen*, Berlin
- BENTHAM, JEREMY (1780): *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford

-
- BENTHAM, JEREMY (1830): *The Rationale of Punishment*, London
- BERGER, DIRK A. (2010): *Krieg und Völkerrecht am Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit. Bellum iustum, bellum legale oder beides?*, Hamburg
- BIENK-KOOLMANN, SABINE (2009): *Die Befugnis des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen zur Einsetzung von adhoc-Strafgerichtshöfen*, Hamburg
- BINDING, KARL (1913): *Grundriss des Deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, Leipzig
- BOCK, STEFANIE (2010): *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, Berlin
- BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG (2006): *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie. Antike und Mittelalter*, 2. Auflage, Tübingen
- BOEDDINGHAUS, JONA (2007): *Wer entscheidet: Mein Gehirn oder Ich? Die Möglichkeit der freien Entscheidung bei Augustinus und in den Neurowissenschaften*, Freiburg im Breisgau
- BOGDANDY, ARMIN VON/VENZKE, INGO (2010): *Zur Herrschaft internationaler Gerichte: Eine Untersuchung internationaler öffentlicher Gewalt und ihrer demokratischen Rechtfertigung*, in: *ZaöRV*, 70, S. 1 ff.
- BOGDANDY, ARMIN VON/VENZKE, INGO (2014): *In wessen Namen?*, 2. Auflage, Berlin
- BOHNERT, CORNELIA (1992): *Zu Straftheorie und Staatsverständnis im Schulenstreit der Jahrhundertwende*, Freiburg im Breisgau
- BONACKER, THORSTEN (2012): *Globale Opferbereitschaft. Zum Charisma des Opfers in Transitional Justice-Prozessen*, in: *ZIB* 1, S. 5 ff.
- BOWER, TOM (1984): *Klaus Barbie. Lyon, Augsburg, La Paz - Karriere eines Gestapo-Chefs*. Aus dem Englischen von Niels Kadritzke, Berlin
- BRANDS, BERNHARD (1908): *Die Lehre von der Strafe bei Thomas von Aquin*, Düsseldorf
- BRAUER-GRAMM, HILDBURG (1966): *Hagenbach*, in: *NDB* 7, S. 487
- BRECHER, DANIEL CIL (2019): *Auf die Beine schießen ist besser? Deutschlandfunk Das Feature vom 27. August 2019*, <https://www.deutschlandfunkkultur.de/wieviel-schutz-das-voelkerstrafrecht-bietet-auf-die-beine.3720.de.html?dram:article_id=453120> [letzter Zugriff am 24.07.2021]
- BROWNING, CHRISTOPHER R. (1999): *Ganz normale Männer. Das Reserve-Polizeibataillon 101 und die «Endlösung» in Polen. Mit einem Nachwort (1998)*. Deutsch von Jürgen Peter Krause, Neuauflage, Reinbek bei Hamburg
- BRUNS, OLIVER (2018): *Antike Grundlagen der Entstehung moderner Menschenrechte*, München
- BURCHARD, CHRISTOPH (2017): *Die normative Offenheit der Strafrechtspflege: Eine beschreibende Annäherung*, in: Saliger, Frank u. a. (Hrsg.), *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, S. 535 ff.

- BURKE-WHITE, WILLIAM W. (2005): Complementarity in Practice: The International Criminal Court as a Part of a System of Multi-level Global Governance in the Democratic Republic of Congo, in: *Leiden Journal of International Law* 18, 3, S. 557 ff.
- CARPZOV, BENEDICT (1998): *Practica Nova*, in: Vormbaum, Thomas (Hrsg.), *Strafrechtsdenker der Neuzeit*, Baden-Baden, S. 26 ff.
- CASSESE, ANTONIO (1998): On the Current Trends towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law, *EJIL*, S. 2 ff.
- CASSESE, ANTONIO (2009): The Rationale for International Criminal Justice, in: ders. (Hrsg.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, S. 123 ff.
- CATTANEO, MARIO A. (2002): Montesquieus Strafrechtsliberalismus. Aus dem Italienischen von Thomas Vormbaum, Baden-Baden
- CODEX HAMMURABI (2009): Wilhelm Eilers (Hrsg.), 6. Auflage, Wiesbaden
- CONDE, FRANCISCO MUÑOZ/VORMBAUM, THOMAS (Hrsg.) (2010), *Rechtliche Transformation von Diktaturen in Demokratien und juristische Aufarbeitung der Vergangenheit* (Tagungsband Sevilla), Berlin
- CONZE, ECKART (2014): Frieden durch Recht, in: Safferling, Christoph/Kirsch, Stefan (Hrsg.), *Völkerstrafrechtspolitik. Praxis des Völkerstrafrechts*, Heidelberg, S. 127 ff.
- CRYER, ROBERT/BOISTER, NEIL (Hrsg.) (2008): *Documents on the Tokyo International Military Tribunal. Charter, Indictment and Judgments*, Oxford
- DANNECKER, GERHARD (1993): *Das intertemporale Strafrecht*, Tübingen
- DARGE, TOBIAS (2010): *Kriegsverbrechen im nationalen und internationalen Recht: Unter besonderer Berücksichtigung des Bestimmtheitsgrundsatzes*, Heidelberg
- DAVIS, MICHAEL (1983): How to Make the Punishment Fit the Crime, in: *Ethics* 4, S. 743 ff.
- DAVIS, MICHAEL (1992): *To Make the Punishment Fit the Crime. Essays in the Theory of Criminal Justice*, Boulder
- DEBRUNNER, MARGARETHA K. (1988): Das zweigliedrige ‹Strafrecht› des Aristoteles, Geschlagene Amtsträger und unfreiwillige Rechtsbeziehungen, in: *ZRG, Römischrechtliche Abteilung*, 105/1, S. 680 ff.
- DEMOKRITOS: Fragmente, B. Goldene Sprüche des Philosophen Demokrates, in: Diels, Hermann/Kranz, Walter (Hrsg.), *Die Fragmente der Vorsokratiker*, Berlin 1903, S. 401 ff.
- DER VERTRAG VON VERSAILLES (1978): Mit Beiträgen von Sebastian Haffner, Gregory Bateson, J. M. Keynes u. a., München
- DIE HAAGER LANDKRIEGSORDNUNG (1950): Textausgabe mit einer Einführung von Rudolf Laun, 5., vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, Hannover
- DRUMBL, MARK A. (2007): *Atrocity, Punishment and International Law*, Cambridge/New York

-
- DÜLMEN, RICHARD VAN (2014): Theater des Schreckens. Gerichtspraxis und Strafrituale in der frühen Neuzeit, 6. Auflage, München
- DUFF, ANTONY (2001): Punishment, Communication, and Community, Oxford/New York
- DUFF, ANTONY (2009): Can We Punish the Perpetrators of Atrocities?, in: Brudholm, Thomas/Cushman, Thomas (Hrsg.), The Religious in Responses to Mass Atrocity. Interdisciplinary Perspectives, Cambridge/New York, S. 79 ff.
- DUFF, ANTONY (2011): Responsibility, Citizenship and Criminal Law, in: Duff, Antony/Green, Stuart P. (Hrsg.), Philosophical Foundations of Criminal Law, Oxford/New York, S. 125 ff.
- DUFF, ANTONY (2014a): Process, not Punishment: The Importance of Criminal Trials for Transitional and Transnational Justice, in: University of Minnesota Law School, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 14–03
- DUFF, ANTONY (2014b): Aut Dedere Aut Judicare, in: University of Minnesota Law School, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 14–04
- EBERT, UDO (1991): Talion und Vergeltung im Strafrecht, ethische, psychologische und historische Aspekte, in: Jung, Heike/Müller-Dietz, Heinz/Neumann, Ulfrid (Hrsg.), Recht und Moral, Baden-Baden, S. 249 ff.
- EDZARD, DIETZ-OTTO (2004): Geschichte Mesopotamiens. Von den Sumerern bis zu Alexander dem Großen, München
- EHLERS, SARAH/MARKARD, NORA (2012): Opferbeteiligung in Den Haag: Lektionen aus dem Lubanga-Verfahren des Internationalen Strafgerichtshofs, Kritische Justiz 45, 3, S. 273 ff.
- ENGL, PETER LEANDER (1968): Die Güte im Gottesbild Senecas, Innsbruck
- EPIK, AZIZ (2017): Die Strafzumessung bei Taten nach dem Völkerstrafgesetzbuch, Tübingen
- ESER, ALBIN (Hrsg.) (2003–2006): Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen/National Prosecution of International Crimes, Band 1–7, Freiburg im Breisgau
- FAHL, CHRISTIAN (2020): Das schlechte Gewissen des Strafrechtlers und die Willensfreiheit, in: Bublitz, Jan Christoph/Bung, Jochen/Grünwald, Anette u. a. (Hrsg.), Recht – Philosophie – Literatur. Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, Teilband I, Berlin
- FALKENSTEIN, ADAM (1956): Neusumerische Gerichtsurkunden Nr. 41, in: Bayerische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse, Abhandlungen, NF, Veröffentlichungen der Kommission zur Erschließung von Keilschrifttexten, Heft 39, München
- FALLS, MARGARET (1987): Retribution, Reciprocity, and Respect for Persons, in: Law and Philosophy, 6, 1, S. 25 ff.

- FEINBERG, JOEL (1965): The Expressive Function of Punishment, in: *The Monist* 49, S. 397 ff.
- FEINBERG, JOEL (1970): Justice and Personal Desert, in: *Doing Deserving. Essays in the Theory of Responsibility*, New Jersey, S. 55 ff.
- FERENCZ, BENJAMIN B. (1980): *An International Criminal Court. A Step Toward World Peace. A Documentary History and Analysis*, Vol. 1: Half a Century of Hope, New York
- FEUERBACH, PAUL JOHANN ANSELM VON (1799): *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts. Erster Teil, Erfurt*
- FEUERBACH, PAUL JOHANN ANSELM VON (1998): *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, mit Anmerkungen von C. A. J. Mittermaier (1801/1847)*, in: Vormbaum, Thomas (Hrsg.), *Strafrechtsdenker der Neuzeit*, Baden-Baden, S. 327 ff.
- FICHTE, JOHANN GOTTLIEB (1966): *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre*, in: Lauth, Reinhard/Jacob, Hans (Hrsg.), *J. G. Fichte-Gesamtausgabe der Bayerischen Akademie der Wissenschaften*, Band 1,3 (Werke 1794–1796), Stuttgart, S. 291 ff.
- FICHTE, JOHANN GOTTLIEB (1970): *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre. Zweyter Theil oder Angewandtes Naturrecht*, in: Lauth, Reinhard/Jacob, Hans (Hrsg.), *J. G. Fichte-Gesamtausgabe der Bayerischen Akademie der Wissenschaften*, Band 1,4 (Werke 1797–1798), Stuttgart, S. 1 ff.
- FORM, WOLFGANG (2010): *Dealing with the Past. Transitional Justice - Maßnahmenkataloge für den Umgang mit der Vergangenheit*, in: Kuretsidis-Haider, Claudia/Garscha, Winfried R. (Hrsg.), *Gerechtigkeit nach Diktatur und Krieg. Transitional Justice 1945 bis heute. Strafverfahren und ihre Quellen*, Graz, S. 15 ff.
- FOUCAULT, MICHEL (2015): *Die Strafgesellschaft. Vorlesung am Collège de France 1972-1973. Aus dem Französischen von Andrea Hemminger*, Berlin
- FOUCAULT, MICHEL (2019): *Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses. Aus dem Französischen von Walter Seitter*, 21. Auflage, Frankfurt am Main
- FRINGS, MARKUS/JOX, RALF J. (Hrsg.) (2015): *Gehirn und Moral. Ethische Fragen in Neurologie und Hirnforschung*, Stuttgart
- FRISTER, HELMUT (1988): *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*, Bonn/Berlin
- GÄHDE, ULRICH/SCHRADER, WOLFGANG H. (Hrsg.) (1992): *Der klassische Utilitarismus. Einflüsse - Entwicklungen - Folgen*, Berlin
- GENTILI, ALBERICO (1933): *De jure belli libri tres. Ausgabe von 1612. Neu hrsg. vom Carnegie Endowment of International Peace, Division of International Law*, durch James Brown Scott, Oxford/London

-
- GIERHAKE, KATHRIN (2005): Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, Berlin
- GLESS, SABINE (2007): Strafe ohne Souverän?, in: ZStrR 125, 1, S. 24 ff.
- GOFFMAN, ERVIN (1972): Asyle. Über die soziale Situation psychiatrischer Patienten und anderer Insassen, Frankfurt am Main
- GOTI, JAIME MALAMUD (2010): Schuldzuweisung und Viktimisierung, in: Conde, Francisco Muñoz/Vormbaum, Thomas (Hrsg.), Rechtliche Transformation von Diktaturen in Demokratien und juristische Aufarbeitung der Vergangenheit (Tagungsband Sevilla), Berlin, S. 255 ff.
- GOTOVINA, ANTE (2012): Serben entsetzt über Freispruch für kroatischen General Ante Gotovina, in: DER SPIEGEL Politik (16. Dezember 2012), <<https://www.spiegel.de/politik/ausland/serben-entsetzt-ueber-freispruch-fuer-kroatischen-general-ante-gotovina-a-867667.html>> [letzter Zugriff am 24.07.2021]
- GRAEFRATH, BERNHARD (1995): Jugoslawien und die internationale Strafgerichtsbarkeit, in: Hankel, Gerd/Stuby, Gerhard (Hrsg.), Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen. Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen, Hamburg, S. 205 ff.
- GRECO, LUÍS (2010): Feindstrafrecht, Baden-Baden
- GRECO, LUÍS (2020): Identität, Authentizität und Schuld – Reflexionen anlässlich der jüngsten Prozesse gegen «alte Nazis», in: Bublitz, Jan Christoph/Bung, Jochen/Grünwald, Anette u. a. (Hrsg.), Recht – Philosophie – Literatur. Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, Teilband I, Berlin, S. 464 ff.
- GROTIUS HUGO (1869): Recht des Krieges und Friedens. Aus dem Lateinischen übersetzt, mit erläuternden Anmerkungen und einer Lebensbeschreibung des Verfassers versehen von J. H. Kirchmann, Zweiter Band, Berlin
- GSCHWEND, LUKAS (2009): Juristische Zeitgeschichte als völkerstrafrechtliche Hilfswissenschaft, in: Ziegler, Andreas R./Wehrenberg, Stefan/Weber, Renaud (Hrsg.), Kriegsverbrecherprozesse in der Schweiz, Bruxelles/Baden-Baden/Zürich, S. 35 ff.
- GÜNTGE, GEORG-FRIEDRICH (2018): Die Spielraumtheorie – Dominanz einer «unwissenschaftlichen» Strafzumessungslehre?, in: ZIS 9, S. 384 ff.
- GÜNTHER, KLAUS (2013): Warum Transitional Justice auf die Feststellung strafrechtlicher Schuld angewiesen ist - Zwölf Thesen, in: Neumann, Ulfried u. a. (Hrsg.), Transitional Justice. Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung, Frankfurt am Main, S. 271 ff.
- GÜNTHER, KLAUS/REUSS, VASCO (2014): Legitimation des Völkerstrafrechts in Deutschland – Völkerstrafrecht als Bürgerstrafrecht, in: Safferling, Christoph/Kirsch, Stefan (Hrsg.), Völkerstrafrechtspolitik. Praxis des Völkerstrafrechts, Berlin/Heidelberg, S. 127 ff.

- HAAN, VERENA (2008): Probleme bei der Zurechnung individueller Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht am Beispiel der Rechtsprechung des Jugoslawientribunals, in: Prittwitz, Cornelius/Böllinger, Lorenz/Jasch, Michael u. a. (Hrsg.), *Kriminalität der Mächtigen*, Baden-Baden, S. 236 ff.
- HABERMAS, JÜRGEN (2004): *Der gespaltene Westen*, Frankfurt am Main
- HÄRTER, KARL (2000): Zum Verhältnis von Policy und Strafrecht bei Carpzov, in: Jerouschek, Günter/Schild, Wolfgang/Gropp, Walter (Hrsg.), *Benedict Carpzov, Neue Perspektiven zu einem umstrittenen sächsischen Juristen*, Band 2, Tübingen, S. 181 ff.
- HAMEL, ROMAN (2009): *Strafe als Sprechakt. Die Bedeutung der Strafe für das Opfer*, Berlin
- HAMMERSCHMIDT, PETER (2014): *Deckname Adler: Klaus Barbie und die westlichen Geheimdienste*, Frankfurt am Main
- HANKEL, GERD (2003): *Die Leipziger Prozesse. Deutsche Kriegsverbrechen und ihre strafrechtliche Verfolgung nach dem Ersten Weltkrieg*, Hamburg
- HANKEL, GERD (2019): Das Völkerstrafrecht als politisches Instrument. Zwei Beispiele aus Afrika, in: Paech, Norman/Nowrot, Karsten (Hrsg.), *Krieg und Frieden im Völkerrecht*, Köln, S. 136 ff.
- HANKEL, GERD/STUBY, GERHARD (Hrsg.) (1995): *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen. Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen*, Hamburg
- HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS (1971): *Prolegomena zu einer Theorie der Strafe, in: Recht und Moral. Drei Aufsätze. Aus dem Englischen übersetzt und mit einer Einleitung hrsg. von Norbert Hoerster*, Göttingen
- HARTWIG, DIETER (2010): *Großadmiral Dönitz. Legende und Wirklichkeit*, Paderborn/München/Wien/Zürich
- HARZER, REGINA (2001): Franz von Liszt, in: Stolleis, Michael (Hrsg.), *Juristen. Ein biographisches Lexikon*, 2. Auflage, München, S. 381 f.
- HASSEL, KATRIN (2009): *Kriegsverbrechen vor Gericht. Die Kriegsverbrecherprozesse vor Militärgerichten in der britischen Besatzungszone unter dem Royal Warrant vom 18. Juni 1945 (1945-1949)*, Baden-Baden
- HASSEMER, WINFRIED (2008): *Strafrecht. Sein Selbstverständnis, seine Welt*, Berlin
- HEGEL, GEORG WILHELM FRIEDRICH (1818–1831): *Vorlesungen über Rechtsphilosophie, nach der Vorlesungsschrift von K. G. v. Griesheim 1824/25, Vierter Band*, Stuttgart
- HEGEL, GEORG WILHELM FRIEDRICH (1995): *Grundlinien der Philosophie des Rechts. Mit Hegels eigenhändigen Randbemerkungen in seinem Exemplar der Rechtsphilosophie*, in der Textedition von Johannes Hoffmeister, Hamburg

-
- HEGEL, GEORG WILHELM FRIEDRICH (2019): Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, hrsg. von Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel, 16. Auflage, Frankfurt am Main
- HERRO, ANNIE (2015): UN Emergency Peace Service and the Responsibility to Protect, New York
- HESS, CHRISTINE (2007): Von Dachau nach Den Haag. Systeme der Aufarbeitung schwerer Menschenrechtsverbrechen vom Zweiten Weltkrieg bis zur Gegenwart, in: Eiber, Ludwig/Sigl, Robert (Hrsg.), Dachauer Prozesse. NS-Verbrechen vor amerikanischen Militärgerichten in Dachau 1945-48. Verfahren, Ergebnisse, Nachwirkungen, Göttingen, S. 272 ff.
- HEYDECKER, JOE J./LEEB, JOHANNES (2015): Der Nürnberger Prozess. Mit einem Vorwort von Eugen Kogon und Robert M. W. Kempner. Überarbeitete Neuauflage zum 70. Jahrestag, Köln
- HILGENDORF, ERIC/SEMINARA, SERGIO (Hrsg.) (2018): Strafrechtsphilosophie der Aufklärung, Berlin
- HILGENDORF, ERIC/WEITZEL, JÜRGEN (Hrsg.) (2007): Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung. Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie, Berlin
- HILLIGER, FEDIA ALEXANDER (2018): Das Rechtsdenken Karl Bindings und die «Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens», Berlin
- HILPOLD, PETER (Hrsg.) (2015): The Responsibility to Protect (R2P). A New Paradigm of International Law?, Leiden
- HIRSCH, ANDREW VON (2005): Fairness, Verbrechen und Strafe. Straftheoretische Abhandlungen, Berlin
- HOBBS, THOMAS (2017): Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates, hrsg. und eingeleitet von Irving Fetscher, übersetzt von Walter Euchner, 16. Auflage, Frankfurt am Main
- HÖFFE, OTFRIED (1999): Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch, Frankfurt am Main
- HÖFFE, OTFRIED (2002): Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, 1., überarbeitete und aktualisierte Neuauflage, München
- HÖFFE, OTFRIED (2008): Artikel «Metaethik», in: ders. (Hrsg.), Lexikon der Ethik. 7., neu bearbeitete Auflage, München, S. 179 f.
- HÖFFE, OTFRIED (2013): Einführung in die utilitaristische Ethik, 5. Auflage, Tübingen
- HÖPFEL, FRANK (2016): Anspruch und Realität internationaler Strafgerichte – Einschätzungen eines ehemaligen Richters am UN-Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien, in: Neubacher, Frank/Bögelein, Nicole (Hrsg.), Krise - Kriminalität - Kriminologie, Mönchengladbach, S. 37 ff.

- HÖRNLE, TATJANA (2006): Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht, in: JZ 61, Heft 19, S. 950 ff.
- HÖRNLE, TATJANA (2017): Straftheorien, 2. Auflage, Tübingen
- HOLLING, JAN (2016): Internationaler Strafgerichtshof und Verbrechensprävention. Eine Analyse der Auswirkungen globaler Strafrechtspflege auf die Bekämpfung von Makrokriminalität, Berlin
- HOVEN, ELISA (2009): Gegenwart und Zukunft der Opferbeteiligung am Khmer Rouge-Tribunal, in: JILPAC 22, 4, S. 176 ff.
- HUME, DAVID (1978): Vom Völkerrecht [1739/40], in: David Hume, Ein Traktat über die menschliche Natur. Aus dem Englischen von Theodor Lipps, Band 2, Hamburg
- INTERNATIONALER MILITÄRGERICHTSHOF NÜRNBERG (1947): Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof: Nürnberg 14. November 1945 bis 1. Oktober 1946, 42 Bände, Band 1, Nürnberg
- IPSEN, KNUT (2018): Völkerrecht, 7. Auflage, München
- ISOKRATES (1993): Areopagitikos (Rede über den Areopag), in: Brodersen, Kai (Hrsg.), Bibliothek der Griechischen Literatur, Sämtliche Werke, Band I, übersetzt von Christine Ley-Hutton, Stuttgart
- ISOKRATES (1993): Rede an Nikoles, in: Brodersen, Kai (Hrsg.), Bibliothek der Griechischen Literatur, Sämtliche Werke, Band I, übersetzt von Christine Ley-Hutton, Stuttgart
- ISOKRATES (1993): Rede an Philipp, in: Brodersen, Kai (Hrsg.), Bibliothek der Griechischen Literatur, Sämtliche Werke, Band I, übersetzt von Christine Ley-Hutton, Stuttgart
- JÄGER, HERBERT (1967): Verbrechen unter totalitärer Herrschaft. Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität, Olten
- JÄGER, HERBERT (1989): Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt, Frankfurt am Main
- JÄGER, HERBERT (1995): Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrechts. Kriminalpolitisch-kriminologische Aspekte, in: Hankel, Gerd/Stuby, Gerhard (Hrsg.), Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen. Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen, Hamburg, S. 325 ff.
- JÄGER, HERBERT (2006): Hört das Kriminalitätskonzept vor der Makrokriminalität auf? Offene Fragen und Denkansätze, in: Neubacher, Frank/Klein, Anne (Hrsg.), Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts? Interdisziplinäre Beiträge zur Zukunft internationaler Strafgerichte, Berlin, S. 45 ff.
- JAKOBS, GÜNTHER (2004a): Staatliche Strafe, Bedeutung und Zweck, Paderborn
- JAKOBS, GÜNTHER (2004b): Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: HRRS, 3, S. 88 ff.

- JAKOBS, GÜNTHER (2011): Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen der Zurechnungslehre, Reprint der 2. Auflage 1991, Berlin/New York
- JEROUSCHEK, GÜNTER/SCHILD, WOLFGANG/GROPP, WALTER (Hrsg.) (2000): Benedict Carpvov. Neue Perspektiven zu einem umstrittenen sächsischen Juristen, Band 2, Tübingen
- JESCHEK, HANS-HEINRICH (1952): Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, Bonn
- JONGKIND, TINA (2010): Die Aufarbeitung des Genozids in Ruanda durch transitionale Justiz: Auswirkungen auf Reconciliation, Wahrheitsfindung und die demokratische Konsolidierung, in: Kuretsidis-Haider, Claudia/Garscha, Winfried R. (Hrsg.), Gerechtigkeit nach Diktatur und Krieg. Transitional Justice 1945 bis heute. Strafverfahren und ihre Quellen, Graz, S. 265 ff.
- JOX, RALF J. (2015): Wie frei sind wir wirklich? Erkenntnisse der Hirnforschung über Moral, in: Frings, Markus/Jox, Ralf J. (Hrsg.), Gehirn und Moral. Ethische Fragen in Neurologie und Hirnforschung, Stuttgart
- JURSA, MICHAEL (2008): Die Babylonier. Geschichte, Gesellschaft, Kultur, 2. Auflage, München
- KÄLIN, WALTER/KÜNZLI, JÖRG (2019): Universeller Menschenrechtsschutz, 4. Auflage, Basel
- KAISER, GÜNTHER (1995): «Kriminalität der Mächtigen» - Theorie und Wirklichkeit, in: Kühne, Hans-Heiner (Hrsg.), Festschrift für Koichi Miyazawa, dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses, Baden-Baden, S. 159 ff.
- KAISER, HANNO (1998): Widerspruch und harte Behandlung, Bonn
- KALECK, WOLFGANG (2012): Mit zweierlei Maß. Der Westen und das Völkerstrafrecht, Bonn
- KALOUS, ANGELA (2000): Positive Generalprävention durch Vergeltung, Regensburg
- KANT, IMMANUEL (2018): Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Metaphysik der Sitten. Erster Teil, hrsg. von Bernd Ludwig, 4., durchgesehene und verbesserte Auflage, Hamburg
- KARSTEDT, SUSANNE (2008): Kriminalität der Mächtigen – Kriminalität der Macht, in: Prittowitz, Cornelius/Böllinger, Lorenz/Jasch, Michael u. a. (Hrsg.), Kriminalität der Mächtigen, Baden-Baden, S. 9 ff.
- KELLEY, DOUGLAS (1947): 22 Männer um Hitler, Olten/Bern
- KEMPEN, BERNHARD/HILLGRUBER, CHRISTIAN/GRABENWARTER, CHRISTOPH (2021): Völkerrecht, 3. Auflage, München
- KEMPER, GREGOR (2004): Der Weg nach Rom. Die Entwicklung völkerrechtlicher Strafgerichtsbarkeit und die Errichtung des Ständigen Internationalen Strafgerichtshofs, Frankfurt am Main

- KHAKZAD, DENNIS (2015): Kriminologische Aspekte völkerrechtlicher Verbrechen. Eine vergleichende Untersuchung der Situationsländer des Internationalen Strafgerichtshofs, Mönchengladbach
- KIZA, ERNESTO/RATHGEBER, CORENE/ROHNE, HOLGER-C. (2006): Victims of War. An Empirical Study on War - Victimization and Victims' Attitude Towards Addressing Atrocities, Hamburg
- KNUST, NANDOR (2013): Strafrecht und Gacaca. Entwicklung eines pluralistischen Rechtsmodells am Beispiel des ruandischen Völkermordes, Berlin
- KNUST, NANDOR/PAMPALK, MADALENA (2010): Transitional Justice und Positive Komplementarität, in: ZIS 11, S. 669 ff.
- KOCH, ARND (2007): Binding vs. v. Liszt - Klassische und moderne Strafrechtsschule, in: Hilgendorf, Eric/Weitzel, Jürgen (Hrsg.), Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung, Berlin, S. 127 ff.
- KÖHLER, MICHAEL (2002): Einführung, in: Franz von Liszt: Der Zweckgedanke im Strafrecht [1882/83], Baden-Baden, S. V ff.
- KÖNIG, KAI-MICHAEL (2003): Die völkerrechtliche Legitimation der Strafgewalt internationaler Strafjustiz, Saarbrücken
- KRAMER-McINNIS, GEORGE (2008): Der «Gesetzgeber der Welt». Jeremy Benthams Grundlegung des klassischen Utilitarismus unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechts- und Staatslehre, Zürich/St. Gallen
- KRAUS, OSKAR (1905): Die Lehre von Lob, Lohn, Tadel und Strafe bei Aristoteles, Halle an der Saale
- KREICKER, HELMUT (2009): Immunität und IStGH. Zur Bedeutung völkerrechtlicher Exemtionen für den Internationalen Strafgerichtshof, in: ZIS 7, S. 350 ff.
- KREIMENDAHL, LOTHAR (Hrsg.) (2006): Aufklärung. Interdisziplinäres Jahrbuch zur Erforschung des 18. Jahrhunderts und seiner Wirkungsgeschichte. Themenschwerpunkt John Locke. Aspekte seiner theoretischen und praktischen Philosophie, München
- KURETSIDIS-HAIDER, CLAUDIA/GARSCHA, WINFRIED R. (Hrsg.) (2010): Gerechtigkeit nach Diktatur und Krieg. Transitional Justice 1945 bis heute. Strafverfahren und ihre Quellen, Graz
- LAFLEUR, LAURENT (2011): Der Grundsatz der Komplementarität. Der Internationale Strafgerichtshof im Spannungsfeld zwischen Effektivität und Staatensouveränität, Baden-Baden
- LAGODNY, OTTO (2001): Legitimation und Bedeutung des Ständigen Internationalen Strafgerichtshofes, in: ZStW 4, 113, S. 800 ff.
- LAMPE, ERNST-JOACHIM (1991): Recht und Moral staatlichen Strafens, in: Jung, Heike/Müller-Dietz, Heinz/Neumann, Ulfrid (Hrsg.), Recht und Moral, Baden-Baden, S. 249 ff.

-
- LANG, JOCHEN VON (2001): Das Eichmann-Protokoll, mit 48 faksimilierten Dokumenten
Tonbandaufzeichnungen der israelischen Verhöre, München 2001
- LAUN, RUDOLF (1947): Gegenwärtiges Völkerrecht, in: Laun, Rudolf, Reden und Aufsätze
zum Völkerrecht und Staatsrecht, Hamburg, S. 9 ff.
- LAZZARI, ALESSANDRO (2016): «Eine Fessel, die nicht schmerzt und nicht sehr hindert»,
in: Merle, Jean-Christophe (Hrsg.), Johann Gottlieb Fichte, Grundlagen des Natur-
rechts, 2. Auflage, Berlin/Boston, S. 157 ff.
- LINGEN, KERSTIN VON (2018): «Crimes against Humanity». Eine Ideengeschichte der Zivi-
lisierung von Kriegsgewalt 1864-1945, Paderborn
- LIPPERT, STEFAN (2000): Recht und Gerechtigkeit bei Thomas von Aquin. Eine rationale
Rekonstruktion im Kontext der Summa Theologiae, Marburg
- LISZT, FRANZ VON (1889): Kriminalpolitische Aufgaben, in: ZStW 9, S. 737 ff.
- LISZT, FRANZ VON (1998): Der Zweckgedanke im Strafrecht [1882/83], in: Vormbaum,
Thomas (Hrsg.), Strafrechtsdenker der Neuzeit, Baden-Baden, S. 468 ff.
- LOCKE, JOHN (2020): Zwei Abhandlungen über die Regierung, hrsg. und eingeleitet von
Walter Euchner, 16. Auflage, Frankfurt am Main
- LOHMEIER, DIETER (1994): Sklaven – Zucker – Rum. Dänemark und Schleswig-Holstein
im Atlantischen Dreieckshandel, Heide/Holstein
- LÜDERSSEN, KLAUS (1995): Abschaffen des Strafens?, Frankfurt am Main
- LUHMANN, NIKLAS (2008): Rechtssoziologie, 4. Auflage, Wiesbaden
- LUX, RÜDIGER (Hrsg.) (2002): Schau auf die Kleinen ... Das Kind in Religion, Kirche und
Gesellschaft. Sonderdruck, Leipzig
- MAHLMANN, MATTHIAS (2008): Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, Baden-
Baden
- MAHLMANN, MATTHIAS (2009): Rationalismus in der praktischen Theorie. Normentheorie
und praktische Kompetenz, 2. Auflage, Baden-Baden
- MAHLMANN, MATTHIAS (2018): Wiederständige Gerechtigkeit. Der Angriff auf Demo-
kratie, Verfassungsstaat und Menschenrechte und die Gesellschaftstheorie des
Rechts, Baden-Baden
- MAHLMANN, MATTHIAS (2020): Politische Verbrechen und europäische Kultur – Joseph
Conrads «Heart of Darkness» und die Gegenwelten der Gerechtigkeit, in: Bublitz,
Jan Christoph/Bung, Jochen/Grünwald, Anette u. a. (Hrsg.), Recht – Philosophie
– Literatur. Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, Teilband I, Berlin
- MAHLMANN, MATTHIAS (2021a): Konkrete Gerechtigkeit. Eine Einführung in Recht und
Rechtswissenschaft der Gegenwart, 5. Auflage, Baden-Baden
- MAHLMANN, MATTHIAS (2021b): Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 6. Auflage, Baden-
Baden

- MAIHOLD, HARALD (2005): Strafe für fremde Schuld? Die Systematisierung des Strafbegriffs in der Spanischen Spätscholastik und Naturrechtslehre, Köln/Weimar/Wien
- MALLINDER, LOUISE (2008): Amnesty, Human Rights and Political Transitions. Bridging the Peace and Justice Divide, Oxford
- MANDRELLA, ISABELLE (2012/13): Philosophische Ethik bei Thomas von Aquin, in: Bayerischer Philologenverband e. V. (Hrsg.), Ringvorlesung «Verantwortung leben» im Wintersemester 2012/13, <<http://www.verantwortung-leben.info/downloads/philosophische-ethik-bei-thomas-von-aquin.pdf>> [letzter Zugriff am 24.07.2021]
- MARXEN, KLAUS (1984): Rechtliche Grenzen der Amnestie, Heidelberg
- MAY, EVA-LOTTE (2009): Die südafrikanische Wahrheits- und Versöhnungskommission - Wahrheit, Versöhnung und Gerechtigkeit, in: Schmidt, Siegmund/Pickel, Gert/Pickel, Susanne (Hrsg.), Amnestie, Amnestie oder Aufarbeitung? Zum Umgang mit autoritären Vergangenheiten und Menschenrechtsverletzungen, Wiesbaden, S. 245 ff.
- MEDER, STEPHAN (2017): Rechtsgeschichte, 6. Auflage, Köln/Weimar/Wien
- MEISSNER, JÖRG (2003): Die Zusammenarbeit mit dem internationalen Gerichtshof nach dem Römischen Statut, München
- MELLOH, FLORIAN (2010): Einheitliche Strafzumessung in den Rechtsquellen des ICC-Statuts, Berlin
- MERLE, JEAN-CHRISTOPHE (Hrsg.) (2016): Johann Gottlieb Fichte, Grundlagen des Naturrechts, 2. Auflage, Berlin/Boston
- MEUSER, MICHAEL (2008): Gewalt, Macht, Geschlecht. Zur Geschlechtslogik reziproken männlichen Gewalthandelns, in: Prittwitz, Cornelius/Böllinger, Lorenz/Jasch, Michael u. a. (Hrsg.), Kriminalität der Mächtigen, Baden-Baden, S. 160 ff.
- MIETHKE, JÜRGEN (1993): Politische Theorien im Mittelalter, in: Lieber, Hans-Joachim (Hrsg.), Politische Theorien von der Antike bis zur Gegenwart, Bonn, S. 47 ff.
- MILL, JOHN STUART (2006): Utilitarianism/Der Utilitarismus, Englisch/Deutsch, hrsg. und übersetzt von Dieter Birnbacher, Stuttgart
- MÖLLER, CHRISTINA (2003): Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof - kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte, Münster
- MOFFETT, LUKE (2014): Justice for Victims Before the International Criminal Court, New York
- MONTESQUIEU, CHARLES-LOUIS DE SECONDAT (1951): Vom Geist der Gesetze. In neuer Übertragung eingeleitet und hrsg. von Ernst Forsthoff, Erster Band, Tübingen
- MORGENSTERN, CHRISTINE (2016): Was sind eigentlich «wirksame, verhältnismäßige und abschreckende» Strafen? Einige Überlegungen zur europäischen Kriminalpolitik und zur Rolle der Kriminologie, in: Neubacher, Frank/Bögelein, Nicole (Hrsg.), Krise - Kriminalität - Kriminologie, Mönchengladbach, S. 102 ff.

- MORRIS, HERBERT (1968): Persons and Punishment, in: *The Monist* 52, S. 475 ff.
- MURPHY, JEFFRIE G. (1971): Three Mistakes about Retributivism, in: *Analysis* 5, S. 166 f.
- MURPHY, JEFFRIE G. (1973): Marxism and Retribution, in: *Philosophy and Public Affairs* 2, 3, S. 217 ff.
- MURPHY, JEFFRIE G. (1990): Getting Even: The Role of the Victim, in: *Social Philosophy & Policy* 7, 2, S. 209 ff.
- NAUCKE, WOLFGANG (2007): Feuerbachs Lehre von der Funktionstüchtigkeit des gesetzlichen Strafens, in: Hilgendorf, Eric/Weitzel, Jürgen (Hrsg.), *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*, Berlin, S. 101 ff.
- NEMITZ, JAN CHRISTOPH (2002): Strafzumessung im Völkerstrafrecht. Ein Beitrag zur Strafzwecklehre und zur Strafzumessungsmethode unter besonderer Berücksichtigung des Römischen Statuts, Freiburg im Breisgau
- NEUBACHER, FRANK (2005): Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit. Politische Ideen- und Dogmengeschichte, kriminalwissenschaftliche Legitimation strafrechtlicher Perspektiven, Tübingen
- NEUBACHER, FRANK (2008): Grund und Zweck von Strafe im internationalen Strafrecht, in: Prittwitz, Cornelius/Böllinger, Lorenz/Jasch, Michael u. a. (Hrsg.), *Kriminalität der Mächtigen*, Baden-Baden, S. 110 ff.
- NEUMANN, HANS/PAULUS, SUSANNE (2013): Strafe/Mesopotamien, in: *RIA* 13, S. 197 ff.
- NEUMANN, ULFRIED/PRITTWITZ, CORNELIUS (Hrsg.) (2013): *Transitional Justice. Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, Frankfurt am Main
- NÜRNBERGER MENSCHENRECHTSZENTRUM (Hrsg.) (2011): *Von Nürnberg nach Den Haag - Der lange Weg zum Internationalen Strafgerichtshof, Nürnberg*
- ORTHMANN, WINFRIED (1985): *Der Alte Orient, vollständiger Nachdruck der Propyläen Kunstgeschichte in 22 Bänden, Band 18*, Berlin
- OSTENDORF, HERIBERT (Hrsg.) (1982): *Von der Rache zur Zweckstrafe. 100 Jahre Marburger Programm von Franz von Liszt [1882], neu hrsg. und erläutert von Heribert Ostendorf, Nachdruck der Ausgabe von 1883*, Frankfurt am Main
- PAECH, NORMAN (2019): Neues Völkerrecht für neue Kriege?, in: Paech, Norman/Nowrot, Karsten (Hrsg.), *Krieg und Frieden im Völkerrecht*, Köln, S. 158 ff.
- PAYK, MARCUS M. (2018): *Frieden durch Recht? Der Aufstieg des modernen Völkerrechts und der Friedensschluss nach dem Ersten Weltkrieg*, Berlin/Boston
- PETSCHOW, HERBERT (1975): Art. Hehlerei, in: *RIA*, Band 4, S. 247 ff.
- PICKEL, GERT (2009): Nostalgie oder Problembewusstsein? Demokratisierungshindernisse aus der Bewältigung der Vergangenheit in Osteuropa, in: Schmidt, Siegmur/Pickel, Gert/Pickel, Susanne (Hrsg.), *Amnesie, Amnestie oder Aufarbeitung? Zum Umgang mit autoritären Vergangenheiten und Menschenrechtsverletzungen*, Wiesbaden, S. 129 ff.

- PIETH, MARK (2020): Strafrechtsgeschichte, 2. Auflage, Basel
- PLATON: Nomoi [Gesetze], in: Werke 9/2, Teil 4/7, Buch IV–VII, Übers. und Kommentar von Klaus Schöpsdau, hrsg. von Ernst Heitsch, Göttingen 2003
- PLATON: Nomoi [Gesetze], in: Werke 9/2, Teil 8/12, Buch VIII–XII, Übers. und Kommentar von Klaus Schöpsdau, hrsg. von Ernst Heitsch, Göttingen 2011
- PLATON: Protagoras, in: Sämtliche Dialoge, Band 1, und mit Einleitungen, Literaturübersichten, Anmerkungen und Registern versehen, hrsg. von Otto Apelt, Hamburg 1988, S. 37 ff.
- POLLARD, SIDNEY (1992): Der klassische Utilitarismus. Einflüsse, Entwicklungen, Folgen, in: Gähde, Ulrich/Schrader, Wolfgang H. (Hrsg.), Der klassische Utilitarismus. Einflüsse - Entwicklungen - Folgen, Berlin, S. 10 ff.
- PRIEMEL, KIM CHRISTIAN/STILLER, ALEXA (2013): Wo <Nürnberg liegt>. Zur historischen Verortung der Nürnberger Militärtribunale, in: dies. (Hrsg.), NMT: die Nürnberger Militärtribunale zwischen Geschichte, Gerechtigkeit und Rechtschöpfung, Hamburg, S. 9 ff.
- PRITTWITZ, CORNELIUS (2013): Verantwortung als Schlüsselbegriff strafrechtlicher Versuche der Vergangenheitsbewältigung. «Individuelle vs. kollektive Verantwortung» und «Verantwortung für Vergangenheit und Zukunft», in: Neumann, Ulfried/Prittwitz, Cornelius (Hrsg.), Transitional Justice. Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung, Frankfurt am Main, S. 255 ff.
- PUFENDORF, SAMUEL (1997): Gesammelte Werke, Band 2: De officio, hrsg. von Gerald Hartung, Berlin
- PUFENDORF, SAMUEL (1998): De iure naturae et genitum [1672], in: Vormbaum, Thomas (Hrsg.), Strafrechtsdenker der Neuzeit, Baden-Baden, S. 50 ff.
- PUTSCH, CHRISTIAN (2013): Der ICC wehrt sich gegen Rassismuskritik, NEUE ZÜRCHER ZEITUNG (29. Mai 2013), <www.nzz.ch/der-icc-wehrt-sich-gegen-rassismuskritik> [letzter Zugriff am 24.07.2021]
- QUELLEN ZUR GESCHICHTE DER MENSCHENRECHTE (2014): Von der Amerikanischen Revolution zu den Vereinten Nationen, hrsg. von Bardo Fassbender, Stuttgart
- RADNER, KAREN (2017): Mesopotamien. Die frühen Hochkulturen an Euphrat und Tigris, München
- RAMB, MICHAEL (2005): Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer, Berlin
- RAUCH, WENDELIN (1956): Abhandlungen aus Ethik und Moraltheologie, Freiburg im Breisgau
- RAWLS, JOHN (1995): Two Concepts of Rules, in: TPR 64, S. 3 ff.
- ROGGEMANN, HERWIG (1998): Die Internationalen Strafgerichtshöfe. Einführung, Rechtsgrundlagen, Dokumente, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin

-
- ROHDE, DAVID (1997): *Endgame: The Betrayal and Fall of Srebrenica. Europe's Worst Massacre Since World War II*, New York; deutsche Fassung: *Die letzten Tage von Srebrenica. Was geschah und wie es möglich wurde*, Hamburg 1997
- ROLLINGER, ROBERT/LANG, MARTIN/BARTA, HEINZ (Hrsg.) (2012): *Strafe und Strafrecht in den antiken Welten. Unter Berücksichtigung von Todesstrafe, Hinrichtung und peinlicher Befragung*, Wiesbaden
- ROXIN, CLAUS/GRECO, LUÍS (2020): *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5., vollständig neu bearbeitete Auflage*, München
- RÜPING, HINRICH (2008): Christian Thomasius. Natürliches Strafrecht im absoluten Staat, in: Schulze, Reiner u. a. (Hrsg.), *Strafzweck und Strafform zwischen religiöser und weltlicher Wertevermittlung. Symbolische Kommunikation und gesellschaftliche Wertesysteme*, Münster, S. 105 ff.
- RÜPING, HINRICH (2011): *Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6., völlig überarbeitete Auflage*, München
- RUFFERT, MATTHIAS/WALTER, CHRISTIAN (2015): *Institutionalisiertes Völkerrecht. Das Recht der Internationalen Organisationen und seine wichtigsten Anwendungsfelder. Ein Studienbuch, 2., überarbeitete Auflage*, München
- SACHS, CASPAR (2015): *Moral, Tadel, Buße. Zur Straftheorie von Antony Duff*, Berlin
- SAFFERLING, CHRISTOPH (2010): Die Rolle des Opfers im Strafverfahren. Paradigmenwechsel im nationalen und internationalen Recht?, in: *ZStW 122*, S. 87 ff.
- SAFFERLING, CHRISTOPH (2011): *Internationales Strafrecht, Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, europäisches Recht*, Heidelberg
- SAFFERLING, CHRISTOPH/KIRSCH, STEFAN (Hrsg.) (2014): *Völkerstrafrechtspolitik*, Berlin/Heidelberg
- SATZGER, HELMUT (2020): *Internationales und europäisches Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht, Völkerstrafrecht, 9. Auflage*, Baden-Baden
- SCHABAS, WILLIAM A. (1997): *Sentencing by International Tribunals: A Human Rights Approach*, *Duke Journal of Comparative & International Law* 7, 2, S. 461 ff.
- SCHAFFSTEIN, FRIEDRICH (2000): Benedikt Carpzov und seine wechselnde Bewertung in der Strafrechtsgeschichte, in: Jerouschek, Günter/Schild, Wolfgang/Gropp, Walter (Hrsg.), *Benedict Carpzov. Neue Perspektiven zu einem umstrittenen sächsischen Juristen, Band 2*, Tübingen, S. 17 ff.
- SCHIAMANN, CAROLINE (2015): *Die Berücksichtigung von Opferinteressen in der Straftheorie*, Hamburg
- SCHMID, EVELYNE (2015): *Taking Economic, Social and Cultural Rights Seriously in International Criminal Law*, Cambridge
- SCHMIDHÄUSER, EBERHARD (1963): *Vom Sinn der Strafe*, Göttingen

- SCHMIDT, SIEGMAR/PICKEL, GERT/PICKEL, SUSANNE (Hrsg.) (2009): Amnesie, Amnestie oder Aufarbeitung? Zum Umgang mit autoritären Vergangenheiten und Menschenrechtsverletzungen, Wiesbaden
- SCHNEIDERS, WERNER (2001): Völkerrecht, in: Lexikon der Aufklärung. Deutschland und Europa, hrsg. von Werner Schneiders, München, S. 431 f.
- SCHNEPF, ROBERT (1998): Naturrecht und Geschichte bei Hugo Grotius, in: ZnR 20, S. 1 f.
- SCHÖPSDAU, KLAUS (2012): Strafen und Strafrecht bei griechischen Denkern des 5. und 4. Jahrhunderts, in: Rollinger, Robert/Lang, Martin/Barta, Heinz (Hrsg.), Strafe und Strafrecht in den antiken Welten. Unter Berücksichtigung von Todesstrafe, Hinrichtung und peinlicher Befragung, Wiesbaden, S. 1 ff.
- SCHOFIELD, THOMAS PHILIPP (1992): Jeremy Bentham und die englische Jurisprudenz im 19. Jahrhundert, in: Gähde, Ulrich/Schrader, Wolfgang H. (Hrsg.), Der klassische Utilitarismus. Einflüsse - Entwicklungen - Folgen, Berlin, S. 34 ff.
- SCHRAMM, EDWARD (2018): Internationales Strafrecht, Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, 2. Auflage, München
- SCHULZE, REINER u. a. (Hrsg.) (2008): Strafzweck und Strafform zwischen religiöser und weltlicher Wertevermittlung. Symbolische Kommunikation und gesellschaftliche Wertesysteme, Münster
- SCHWAN, ALEXANDER (1993): Politische Theorien des Rationalismus und der Aufklärung, in: Lieber, Hans-Joachim (Hrsg.), Politische Theorien von der Antike bis zur Gegenwart, Bonn, S. 157 ff.
- SEELMANN, KURT (2011): Hegels Straftheorien, in: Hirsch, Andreas von/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt (Hrsg.), Strafe – Warum?, Baden-Baden, S. 79 ff.
- SEGESSER, DANIEL MARC (2010): Recht statt Rache oder Rache durch Recht? Die Ahndung von Kriegsverbrechen in der internationalen wissenschaftlichen Debatte 1872–1945, Paderborn
- SEGESSER, DANIEL MARC (2013): Der Tatbestand Verbrechen gegen die Menschlichkeit, in: Priemel, Kim Christian/Stiller, Alexa (Hrsg.), NMT: die Nürnberger Militärtribunale zwischen Geschichte, Gerechtigkeit und Rechtschöpfung, Hamburg, S. 586 ff.
- SEHER, GERHARD (2000): Liberalismus und Strafe. Zur Strafrechtsphilosophie von Joel Feinberg, Berlin
- SELLARS, KRISTEN (2016): Trials for International Crimes in Asia, Cambridge
- SENECA, LUCIUS ANNAEUS (1993): Vom Zorn, Buch I–III, in: Seneca Lucius Annaeus: Dialoge. Der Dialoge erster Teil, Buch I–IV. Übersetzt, mit Einleitungen und Anmerkungen versehen von Otto Apelt, Hamburg
- SESSAR, KLAUS (2006): Von der Täterkriminalität zur Systemkriminalität, in: Neubacher, Frank/Bögelein, Nicole (Hrsg.), Krise, Kriminalität, Kriminologie, Mönchengladbach, S. 89 ff.

- SLOANE, ROBERT (2007): The Expressive Capacity of International Punishment: The Limits of the National Law Analogy and the Potential of International Criminal Law, in: SJIL 43, S. 39 ff.
- SPYCHER, DANIEL (2013): Die Legitimität der retributiven Kriminalstrafe. Von der Notwendigkeit des Vergeltungsgedankens in einem präventionsorientierten Strafrecht, Taunusstein
- STATUT FÜR DEN INTERNATIONALEN MILITÄRGERICHTSHOF (Anlage zum Londoner Viermächte-Abkommen vom 8. August 1945), in: Hankel, Gerd/Stuby, Gerhard (Hrsg.), Straferichte gegen Menschheitsverbrechen. Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen, Hamburg 1995, S. 516 ff.
- STEINBERG, GEORG (2004): Christian Thomasius als Naturrechtslehrer, Halle an der Saale
- STEINBERG, GEORG (2008): Sittliche Strafwürdigung als Rechtfertigung staatlichen Strafen nach Kant, in: Schulze, Reiner u. a. (Hrsg.), Strafzweck und Strafform zwischen religiöser und weltlicher Wertevermittlung. Symbolische Kommunikation und gesellschaftliche Wertesysteme, Münster, S. 175 f.
- STEMPEL, PHILIPP (2005): Der Internationale Strafgerichtshof - Vorbote eines Weltinnenrechts? Eine Studie zur Reichweite einer *rule of law* in der internationalen Politik, in: INEF Report, S. 78
- STRAWSON, PETER FREDERICK (1978): Freiheit und Übelnehmen, übersetzt von Christoph Taul, in: Pothast, Ulrich (Hrsg.), Freies Handeln und Determinismus, Frankfurt am Main, S. 201 ff.
- STRUB, CHRISTIAN (2008): Strafe als Katharsis der Stummen: Was heißt es zu lernen, Verantwortung für eine verletzte Norm zu übernehmen?, in: Heidbrink, Ludger/Hirsch, Alfred (Hrsg.), Verantwortung in der Zivilgesellschaft. Zur Konjunktur eines widersprüchlichen Prinzips, Frankfurt am Main/New York, S. 331 ff.
- STUBY, GERHARD (1995): Internationale Strafgerichtsbarkeit und staatliche Souveränität, in: Hankel, Gerd/Stuby, Gerhard (Hrsg.), Straferichte gegen Menschheitsverbrechen. Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen, Hamburg, S. 429 ff.
- STUCKENBERG, CARL-FRIEDRICH (2007): Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht. Versuch einer Elementarlehre für eine übernationale Vorsatzdogmatik, Berlin
- SWART, MIA (2010): Judicial Lawmaking at the ad hoc Tribunals: The Creative Use of the Sources of International Law and Adventurous Interpretation, in: ZaöRV 70, S. 459 ff.
- SWOBODA, SABINE (2016): Die Aufarbeitung von Völkerrechtsverbrechen aus der Zeit des Bürgerkriegs im ehemaligen Jugoslawien in den Jahren 1991-1995 - ein Beitrag zur Diskussion um Täterschafts- und Teilnahmeformen im Völkerstrafrecht, in: ZStW 128, 4, S. 931 ff.

- TEITEL, RUTI G. (2000): *Transitional Justice*, Oxford
- TEITEL, RUTI G. (2014): *Globalization Transitional Justice. Contemporary Essays*, Oxford
- THOMAS VON AQUIN (1996): *Naturgesetz und Naturrecht. Theologische Summe, Fragen 90-97. Lateinischer Text mit Übersetzung, Anmerkung und Kommentar, übersetzt von Josef F. Groner, Anmerkungen und Kommentar von Arthur F. Utz*, Bonn
- THOMASIIUS, CHRISTIAN (1998): *Institutiones Jurisprudentiae Divinae [1688]*, in: Vormbaum, Thomas (Hrsg.), *Strafrechtsdenker der Neuzeit*, Baden-Baden, S. 67 ff.
- THOMASIIUS, CHRISTIAN (2003): *Grundlehren des Natur- und Völkerrechts*, hrsg. und mit einem Vorwort versehen von Frank Grunert, Hildesheim/Zürich/New York
- THUKYDIDES (1976): *Geschichte des Peloponnesischen Krieges, 2., überarbeitete Auflage*, eingeleitet und übertragen von Georg Peter Landmann, München
- TIEDEMANN, PAUL (2012): *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, 3. Auflage, Berlin
- TRECHSEL, STEFAN/NOLL, PETER/PIETH, MARK (2017): *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, 7. Auflage, Zürich
- TRIFFTERER, OTTO (1966): *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, Freiburg im Breisgau
- TSCHECHTSCHER, AXEL (2003): *Grundprinzipien des Rechts: Einführung in die Rechtswissenschaft mit Beispielen aus dem schweizerischen Recht*, Bern
- TURGIS, NOÉMIE (2010): *What is Transitional Justice?*, *International Journal of Rule and Law*, in: *Transitional Justice and Human Rights* 1, 12, S. 9 ff.
- URECH, FABIAN (2019): *Er stand im Ruf, «Menschen mit Leichtigkeit zu töten»: Kongollesischer Warlord wegen Kriegsverbrechen verurteilt*, in: *NEUE ZÜRCHER ZEITUNG* (8. Juli 2019), <<https://www.nzz.ch/international/er-stand-im-ruf-menschen-mit-leichtigkeit-zu-toeten-kongolesischer-warlord-wegen-kriegsverbrechen-verurteilt-ld.1494467>> [letzter Zugriff am 24.07.2021]
- VERSECK, KENO (2017): *Kroatien trauert – um einen Kriegsverbrecher*, in: *Der SPIEGEL Politik* (30. November 2017), <www.spiegel.de/politik/ausland/slobodan-prajjak-kroatien-wuerdigt-den-kriegsverbrecher-nach-selbstmord-a-1181117.html> [letzter Zugriff am 24.07.2021]
- VEST, HANS (2006): *Gerechtigkeit für Humanitätsverbrechen?*, Tübingen
- VINCK, PATRICK/PHAM, PHUONG/BALDO, SULIMAN u. a. (2008): *Living With Fear: A Population-Based Survey on Attitudes about Peace, Justice, and Social Reconstruction in Eastern Democratic Republic of the Congo*, Berkeley
- VITORIA, FRANCISCUS DE (1917): *De Indis sive de jure Belli Hispanorum in Barbaros*. Ausgabe von 1549. Neu hrsg. vom Carnegie Endowment of International Peace, Division of International Law, durch Ernest Nys, Washington
- VOJTA, FILIP (2018): *Enforcement of International Sentences in Light of the ICC Decision in Lubanga and Katanga Cases*, in: *Freedom From Fear Magazine* 14, Turin

-
- VORMBAUM, THOMAS (Hrsg.) (1998): *Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit, Band 1: 17. und 18. Jahrhundert*, Baden-Baden
- WEISSENBERG, TIMO (2005): *Die Friedenslehre des Augustinus*, Stuttgart
- WELZL, HANS (1958): *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, Berlin
- WELZL, HANS (1962): *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Auflage, Göttingen
- WERKMEISTER, ANDREAS (2015): *Straftheorien im Völkerstrafrecht*, Baden-Baden
- WERLE, GERHARD (2007a): *Das Völkerstrafrecht im Jahrhundert der Weltkriege und der Zivilisationsverbrechen*, in: Schmid, Harald/Krzymianowska, Justyna (Hrsg.), *Politische Erinnerung, Geschichte und kollektive Identität*, Würzburg, S. 170 ff.
- WERLE, GERHARD (2007b): *Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute*, in: JICJ 5, S. 953 ff.
- WERLE, GERHARD (2010a): *Die juristische Aufarbeitung der Vergangenheit. Strafe, Amnestie oder Wahrheitskommission?*, in: Conde, Francisco Muñoz/Vormbaum, Thomas (Hrsg.), *Transformation von Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung der Vergangenheit*, Berlin, S. 15 ff.
- WERLE, GERHARD (2010b): *Die Zukunft des Völkerstrafrechts*, in: Grundmann, Stefan u. a. (Hrsg.), *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin*, Berlin/New York, S. 1219 ff.
- WERLE, GERHARD/BURGHARDT, BORIS (2014): *Täterschaft und Teilnahme im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs*, in: Heger, Martin/Kelker, Brigitte/Schramm, Edward (Hrsg.), *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, München
- WERLE, GERHARD/JESSBERGER, FLORIAN (2020): *Völkerstrafrecht*, 5. Auflage, Berlin
- WERLE, GERHARD/VORMBAUM, MORITZ (2018): *Transitional Justice. Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Berlin
- WERNER, GEPHART (1990): *Strafe und Verbrechen. Die Theorie Émile Durkheims*, Opladen
- WILCKE, CLAUS (2002a): *Der Kodex Urnamma (CU): Versuch einer Rekonstruktion*, in: Tzvi, Abusch (Hrsg.), *Riches Hidden in Secret Places. Ancient Near Eastern Studies in Memory of Thorkild Jacobsen*, Indiana, S. 291 ff.
- WILCKE, CLAUS (2002b): *Konflikte und ihre Bewältigung in Elternhaus und Schule im Alten Orient*, in: Lux, Rüdiger (Hrsg.), *Schau auf die Kleinen ... Das Kind in Religion, Kirche und Gesellschaft*, Sonderdruck, Leipzig, S. 10 ff.
- WILCKE, CLAUS (2003): *Early Ancient Near Eastern Law. A History of its Beginnings. The Early Dynastic and Sargonic Periods*, in: Bayerische Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-Historische Klasse, *Sitzungsberichte* 2, S. 1 ff.
- WILCKE, CLAUS (2010): *Early Ancient Near Eastern Law. The Early Dynastic and Sargonic Periods. Revised Edition*, Winona Lake

- WILDBERGER, JULIA (2006): Seneca und die Stoa. Der Platz der Menschen in der Welt, Band 2, Berlin
- WILLECKE, STEFAN (2017): Der Trottel und die Tulpe. Er ging, wie er lebte – mit großer Theatralik. Eine persönliche Erinnerung an den Kriegsverbrecher Slobodan Praljak, in: ZEIT ONLINE (6. Januar 2017), <<https://www.zeit.de/2017/51/slobodan-praljak-kriegsverbrecher-kroatien-den-haag>> [letzter Zugriff am 25.07.2021]
- WILLIAMS, BERNARD (1979): Kritik des Utilitarismus, hrsg. und übersetzt von Wolfgang R. Köhler, Frankfurt am Main
- WÖRTERBUCH DER ANTIKE (2002): Begründet von Hans Lamer, fortgeführt von Stefan Link, 11., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Artikel Recht, S. 746 ff., Stuttgart
- WOHLERS, WOLFGANG/WENT, FLORIAAN H. (2011): Die Bedeutung der Straftheorie Hegels für die aktuelle strafrechtstheoretische Diskussion, in: Hirsch, Andreas von/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt (Hrsg.), Strafe – Warum?, Baden-Baden, S. 173 ff.
- WOLF, JEAN-CLAUDE (1992): Verhütung oder Vergeltung?, Freiburg im Breisgau/München
- WOLF, JEAN-CLAUDE (2006): Strafe im Naturzustand, in: Kreimendahl, Lothar (Hrsg.), Aufklärung, Interdisziplinäres Jahrbuch zur Erforschung des 18. Jahrhunderts und seiner Wirkungsgeschichte. Themenschwerpunkt John Locke, Aspekte seiner theoretischen und praktischen Philosophie, München, S. 223 ff.
- ZEY, CLAUDIA (2017): Der Investiturstreit, München
- ZIMMERMANN, FLORIAN (2012): Verdienst und Vergeltung, Tübingen
- ZÜRCHER, TOBIAS (2014): Legitimation von Strafe, Tübingen

Online-Ressourcen

- BUNDESGERICHTSHOF FÜR STRAFSACHEN (BGHSt): 7/28 1954 Strafzumessung - Spielraumtheorie, <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bs007028.html>> [letzter Zugriff am 25.07.2021].
- DER SPIEGEL Politik (1. Januar 2018): Uno-Tribunal sieht nach Praljaks Suizid keine eigenen Fehler, <www.spiegel.de/politik/ausland/den-haag-uno-tribunal-weist-nach-suizid-von-slobodan-praljak-schuld-zurueck-a-1185766.html> [letzter Zugriff am 25.07.2021]
- KIGALI GENOCIDE MEMORIAL <<https://www.kgm.rw>> [letzter Zugriff am 25.07.2021]
- LE SÉNAT, HAUTE COUR DE JUSTICE SOUS LA IIIÈ RÉPUBLIQUE: l'affaire Malvy (1918), <<http://www.senat.fr/evenement/archives/D40/malvy1.html>> [letzter Zugriff am 25.07.2021]
- LE SÉNAT, HAUTE COUR DE JUSTICE SOUS LA IIIÈME RÉPUBLIQUE: l'affaire Caillaux (1919), <<http://www.senat.fr/evenement/archives/D40/caill1.html>> [letzter Zugriff am 25.07.2021]
- LONDON-CHARTA, Text des Abkommens, <http://www.icls.de/dokumente/imt_londoner_abkommen.pdf> [letzter Zugriff am 25.07.2021]
- NEUE ZÜRCHER ZEITUNG (15. März 2019): Sanktionen der USA gegen ICC-Ermittler, <<https://www.nzz.ch/international/usa-sanktionieren-ermittler-des-internationalen-straferichtshofs-ld.1467590>> [letzter Zugriff am 25.07.2021]

Internationaler Strafgerichtshof (IStGH/ICC) und Ad-hoc-Strafgerichte

- ICC-01/04-01/06, der Fall Thomas Lubanga Dyilo, <<https://www.icc-cpi.int/drc/lubanga/Pages/Home.aspx>> [letzter Zugriff am 25.07.2021]
- ICC-01/04-01/07, der Fall Germain Katanga, <<https://www.icc-cpi.int/drc/katanga?ln=en>> [letzter Zugriff am 25.07.2021]
- ICC-01/04-02/06, der Fall Bosco Ntaganda, <<https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/ntagandaEng.pdf>> [letzter Zugriff am 25.07.2021]
- ICC-01/11-01/11, der Fall Saif Al-Islam Gaddafi, <<https://www.icc-cpi.int/Pages/cases.aspx?k=Gaddafi>> [letzter Zugriff am 25.07.2021]
- ICC-01/12-01/15, der Fall Ahmad al-Faqi al-Mahdi, <<https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/al-mahdiEng.pdf>>; <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-stat-al-mahdi-160822>> [letzter Zugriff am 25.07.2021]
- ICC-01/15, Georgien <<https://www.icc-cpi.int/georgia>> [letzter Zugriff am 25.07.2021]
- ICC-02/05-01/09, der Fall Omar Hassan Ahmad Al Bashir, <<https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir?ln=en>> [letzter Zugriff am 25.07.2021]

- ICC-02/11-01/15, der Fall Laurent Gbagbo, <<https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/gbagbo-goudeEng.pdf>> [letzter Zugriff am 25.07.2021]
- ICC, Antrag auf ein offizielles Ermittlungsverfahren gegen die Philippinen <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=210614-prosecutor-statement-philippines>> [letzter Zugriff am 25.07.2021]
- ICC, Factsheet Joining the International Criminal Court, <<https://www.icc-cpi.int/Publications/Joining-Rome-Statute-Matters.pdf>> [letzter Zugriff am 25.07.2021]
- ICC, Rules of Procedure and Evidence, <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonly-res/F1E0AC1C-A3F3-4A3C-B9A7-B3E8B115E886/140164/Rules_of_procedure_and_Evidence_English.pdf> [letzter Zugriff am 25.07.2021]
- ICC, Ukraine <<https://www.icc-cpi.int/ukraine>> [letzter Zugriff am 25.07.2021]
- ICC, Vorbereitende Untersuchungen zu Afghanistan, <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1479>> [letzter Zugriff am 25.07.2021]
- ICTR, Ruanda-Tribunal, <<http://www.bpb.de/internationales/weltweit/innerstaatliche-konflikte/54803/Ruanda>> [letzter Zugriff am 25.07.2021]
- ICTY, der Fall Karadžić (IT-95-5/18), <<https://www.icty.org/case/karadzic>> [letzter Zugriff am 25.07.2021]
- ICTY, der Fall Mladić (IT-09-92), <<https://www.icty.org/case/mladic>> [letzter Zugriff am 25.07.2021]
- Uganda Legal Information Institute, <<https://ulii.org/node/23788>> [letzter Zugriff am 25.07.2021]
- UN, MITC-13-38, der Fall Félicien Kabuga, <<https://www.irmct.org/en/cases/mict-13-38>> [letzter Zugriff am 25.07.2021]

§ 1 Einleitung

A. Ausgangslage und Untersuchungsgegenstand

Zweiundzwanzig Jahre nach dem Völkermord von Srebrenica, einem der schlimmsten Kriegsverbrechen der Nachkriegszeit,¹ wurde der ehemalige serbische General Ratko Mladić am 22. November 2017 vom Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien in Den Haag zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt.² Kurz vor seinem institutionellen Ende machte das Jugoslawien-Tribunal mit seiner wohl hochkarätigsten Verurteilung also nochmals auf sich aufmerksam. Die Reaktionen blieben nicht aus. Während vielerorts Genugtuung über die Verurteilung Mladićs zu verspüren war, stiess das Urteil auf dem Balkan – etwa in Teilen Serbiens, wo Mladić bisweilen noch immer als Kriegsheld gerühmt wird – wenig überraschend auf Ablehnung. Mit der Sanktion der lebenslangen Freiheitsstrafe hatte sich das Tribunal für die härteste aller ihm zur Verfügung stehenden Strafsanktionen entschieden. Spontan fühlt man sich einig mit all denjenigen, die aus einem intuitiven moralischen Gerechtigkeitsempfinden heraus eine solche Strafsanktion befürworteten, erscheint es doch in der Tat unvorstellbar, Grausamkeiten wie die von Mladić begangenen ungestraft zu lassen. Was aber ist all jenen zu entgegnen, die die ihm auferlegte lebenslange Freiheitsstrafe mit Blick auf seine Taten als inadäquat einstufen? Es ist durchaus möglich, die lebenslange Freiheitsstrafe – die Mladić seines Alters wegen wohl gar nicht mehr (gänzlich) verbüßen muss – als die geeignete Reaktion auf seine Taten zu hinterfragen. Gewiss gibt es Stimmen, die ihm gar die Todesstrafe wünschen. Aber, so werden sich andere fragen, bringt eine solche Strafe den Geschädigten seiner Verbrechen nachträglich wirklich eine Genugtuung?

Diese etwas ad hoc geäusserten Zweifel sollen vorgängig den Weg ebnen in die wohl grundlegendste rechtsphilosophische Fragestellung der Strafrechtswissenschaften (man kann sich zumindest nur schwer eine grundlegendere vorstellen), nämlich die Frage nach dem Sinn und Zweck von Strafe. Während sich die Debatte um den Strafzweck im nationalen Strafrecht in einer gewissen re-

¹ Zum Ganzen ROHDE 1997.

² Mit Urteil vom 8. Juni 2021 bestätigte die Berufungskammer des Internationalen Residualmechanismus (vgl. unten, § 4, D.2.) die lebenslange Haftstrafe gegen Ratko Mladić.

petitiven Stetigkeit befindet – teils ist von «ermüdenden Grabenkämpfen»³ die Rede –, wird sie durch die internationalen Strafgerichte auf anderen Ebenen neu entfacht. Angefeuert wird die Diskussion vor allem durch das ungeheure Ausmass der sogenannten völkerrechtlichen Verbrechen oder kurz: Kernverbrechen, namentlich die im Römischen Statut erstmals unter dieser Terminologie aufgeführten (als Kategorien jedoch auf die Nürnberger Prozesse zurückweisenden) Tatbestände Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Aggression, welches die Inanspruchnahme des Strafrechts an seine Belastungsgrenzen führt, ja das geltende Strafrecht als geradezu untauglich erscheinen lässt.

Vermutungen dieser Art bedrängten schon die Philosophin und politische Denkerin Hannah Arendt, als sie in ihrem Briefwechsel mit Karl Jaspers zu den nationalsozialistischen Verbrechen festhielt, dass sie sich «juristisch nicht mehr fassen» liessen und es für solche Verbrechen «keine angemessene Strafe» gebe.⁴ Arendts Bedenken hinsichtlich einer strafrechtlichen Erfassung dieser Verbrechen hat die Menschheit freilich nicht von dem Versuch abgehalten, mit dem Instrument des Strafrechts auf diese Art von Verbrechen zu reagieren. Den Ausgangspunkt dazu bot der von Arendt angesprochene Völkermord der Nationalsozialisten in Deutschland. In den berühmten Nürnberger Prozessen wurde den Hauptkriegsverbrechern des Zweiten Weltkrieges durch die alliierten Siegermächte der Prozess gemacht. Nürnberg steht seither als Chiffre für eine neue Prämisse des strafrechtlichen Tuns, eine Prämisse, die berücksichtigt, dass Staaten selber in Verbrechen involviert sein können, deren strafrechtliche Ahndung nicht mehr durch den Deckmantel der staatlichen Souveränität verhindert werden kann. In der Errichtung des Internationalen Strafgerichtshofes (IStGH) haben diese Bestrebungen ihren vorläufigen Höhepunkt gefunden. Trotz der Skepsis, die Arendt formuliert, haben sich also die Bemühungen um eine strafrechtliche Ahndung moderner Massenverbrechen seit Nürnberg verstärkt. Dies darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Zweifel und die Schwierigkeiten bezüglich der strafrechtlichen Ahndung dieser Form von Kriminalität geblieben sind. Während die völkerstrafrechtliche Ahndung von Makrokriminalität lange Zeit unter dem Paradigma des Reaktionismus stand, also der Absicht, die Gefahr der Straflosigkeit völkerstrafrechtlicher Verbrechen überhaupt erst zu begrenzen, scheint man mit der Etablierung des ständigen Internationalen Strafgerichtshofes an einen Punkt gekommen zu sein, wo der Reaktionismus hinter eine differenzierte und viel-

³ HASSEMER 2008, S. 10.

⁴ ARENDT/JASPERS 1985, S. 90.

leicht auch kritischere Ausrichtung der Institution zurücktreten muss. Nach der Euphorie seiner Errichtung scheint er in der Phase der Konsolidierung angekommen zu sein, also dort, wo die Arbeit einer solchen zeitlich und territorial nicht mehr nur auf die Konfliktgebiete beschränkten Institution sich selber finden und auch die Frage des Strafzwecks stärker in den Vordergrund gerückt werden muss.⁵

B. Vorgehen

Zunächst erfolgt ein ideengeschichtlicher Überblick über die Frage der Strafzwecke, also darüber, welche Rechtfertigungsgrundlagen der Strafe historisch zugeschrieben wurden. Die Auswahl konzentriert sich dabei auf den kontinentaleuropäischen und angloamerikanischen Rechtskreis. Die ideengeschichtliche Darstellung beginnt am Ursprung der Reflexion über Strafe im Alten Orient und führt über paradigmatische Positionen bis in die Gegenwart, ehe am Schluss ein Blick in die angloamerikanische Moralphilosophie erfolgt, innerhalb derer der Strafzweck auf breiter rechtlicher und moralischer Ebene diskutiert wird. Im Anschluss soll das gewonnene ideengeschichtliche Konzentrat systematisiert werden. Dabei wird zunächst eine duale Kategorisierung vorgenommen: in den Konsequentialismus und den Retributivismus. Die Erkenntnisse aus der Ideengeschichte werden vor dem Hintergrund dieser beiden Grundpositionen diskutiert und ihre jeweiligen Stärken und Schwächen aufgezeigt. Positionen, die gezielt mehrere Strafzwecke befürworten (sog. Vereinigungs- oder Mixtheorien), werden am Ende des systematischen Teils gesondert behandelt. In der Folge wird in die Strafrechtsebene des Völkerstrafrechts eingeführt. Dafür erfolgt zunächst eine rechtsgeschichtliche Analyse der wichtigsten Entwicklungsschritte des Völkerstrafrechts, die mit der Errichtung des ständigen Internationalen Strafgerichtshofs ihren vorläufigen Höhepunkt gefunden hat. Zudem wird die völkerstrafrechtliche Gerichtsbarkeit in ihren sie charakterisierenden Eigenschaften beschrieben. Dabei richtet sich der Fokus auf die im Vergleich zu staatlicher Kriminalität anders gelagerten Dimensionen von Makrokriminalität namentlich der Täter, der Opfer, deren kollektive Begehung und der Rolle des Strafrechts und seiner funktionalen Grenzen in gesellschaftlichen Übergangsprozessen (Stichwort: Transi-

⁵ Diese Einleitung folgt sinngemäss den Seiten 51-53 des zusammen mit Jean-Luc Baechler als Vorabpublikation zu dieser Arbeit in englischer Sprache verfassten Aufsatzes «A Different Level, a Different Purpose? Reflections on International Criminal Law from the Perspective of Penal Theory», der in der Festschrift für Carl Baudenbacher «The Art of Judicial Reasoning» erschienen ist (BAECHLER/STEINEGGER 2019).

tional Justice). Schliesslich sollen die gewonnenen Erkenntnisse auf die Frage des Strafzwecks im Kontext internationaler Strafgerichte konkret angewandt werden. Die Errichtung des Internationalen Strafgerichtshofs als ständige Institution reiht sich ein in das Erstarren internationaler Gerichte als markanter Entwicklungsschritt in der jüngeren Völkerrechtsgeschichte. Internationale Gerichte gelten heute zunehmend als Akteure globalen Regierens und haben sich als wichtiger Bestandteil des internationalen Menschenrechtsschutzes etabliert. Unter diesen Vorzeichen erschliessen wir die Frage nach dem Strafzweck völkerstrafrechtlicher Gerichte in einem von Armin von Bogdandy und Ingo Venzke so entwickelten multifunktionalen Verständnis solcher Gerichte, namentlich mit Blick auf Streitbeilegung, Stabilisierung normativer Erwartungen, Rechtschöpfung und Kontrolle und Legitimation öffentlicher Gewalt.⁶

C. Forschungsstand

In einem Zeitungsartikel stellte Rudolf Laun 1947 angesichts der Aufteilung Deutschlands in vier Besatzungszonen fest, dass die Besetzung Deutschlands völkerrechtliche Probleme «aufgerollt»⁷ habe, wie es sie bislang nicht gegeben habe. Im Hinblick auf den Schutz besetzter Gebiete sei man bisher davon ausgegangen, dass die Haager Konvention oder ein ihr «entsprechendes Völker-Gewohnheitsrecht»⁸ in solchen Fällen greife. Die Alliierten Mächte nähmen jedoch den Rechtsstandpunkt ein, dass dieses Recht für das gegenwärtige Deutschland nicht gelte, aber, so Laun, nur die Gesamtheit der Völker könne ein allgemeines Völkerrecht aufheben. Es existiere momentan aber zweierlei Recht, ein «neues Sonderrecht» für Deutschland und «das alte Recht für die Beziehungen der übrigen Staaten untereinander»⁹, das weiter gelte. Die Situation nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs mit seinen verheerenden Auswirkungen und Folgen, dem Mord an Millionen von Menschen und millionenfacher Zwangsarbeit forderten also entschieden die notwendige Ausarbeitung eines Völkerrechts und Völkerstrafrechts sowie die Schaffung eines territorial ungebundenen und eigenständigen Strafgerichtshofs. Mehr als fünfzig Jahre nach Launs Forderung trat das Römische Statut in Kraft.

⁶ VON BOGDANDY/VENZKE 2014, S. 16 ff.

⁷ LAUN 1947, S. 9.

⁸ Ebd.

⁹ Ebd., S. 10.

In diesem Zeitraum ist die Forschungsliteratur zum Völkerrecht und Völkerstrafrecht immer umfangreicher und nahezu unüberschaubar geworden, sowohl im deutschsprachigen als auch im englischsprachigen Raum. Es zeigte sich, dass das Völkerstrafrecht – so Lagodny - ein «enormes Entwicklungs- und Forschungspotential»¹⁰ hat. Nicht nur die Nürnberger Prozesse und folgende Verfahren, auch die kriegerischen Konflikte und massiven Menschenrechtsverletzungen nach dem Ende des Ost-West-Gegensatzes und der Auflösung bisher bestehender Staaten impulsierten die Forschung.¹¹ Die Einrichtung von Tribunalen in den 1990er-Jahren und Ad-hoc-Gerichten eröffneten ein neues Forschungsfeld unter dem Begriff «Transitional Justice». Das Forschungsgebiet gewann an Bedeutung bei der Frage, wie Transitionsprozesse gestaltet und begleitet werden können, die von Kriminalität in grossem Umfang geprägte Gesellschaften durchgehen.¹² Des Weiteren rückte in den Verfahren, die vor dem IstGH verhandelt wurden, die Stellung des Opfers immer stärker in den Vordergrund, woraus eine Reihe von grundlegenden Arbeiten entstand.¹³ Literatur und Judikatur wurden in der vorliegenden Arbeit bis Juli 2021 berücksichtigt.

D. Begriffe

Zum besseren Verständnis sind für die vorliegende Arbeit vorab verschiedene Begriffsbestimmungen vorzunehmen.

Völkerrecht, Völkerstrafrecht und internationales Strafrecht

Das Völkerrecht setzt sich zusammen aus straf- und völkerrechtlichen Normen. Werkmeister ordnet das Völkerstrafrecht «materiell» dem Strafrecht zu, «formell» gehören strafrechtliche Normen zum Völkerrecht.¹⁴ Das Völkerstrafrecht ist eine überstaatlich organisierte Rechtsordnung der internationalen Gemeinschaft¹⁵ und die «Gesamtheit aller Normen strafrechtlicher Natur, die

¹⁰ LAGODNY 2001, S. 826.

¹¹ Nach Erscheinungsjahr und stellvertretend für den Forschungsumfang: TRIFFTERER 1966; HANKEL/STUBY 1995; AHLBRECHT 1999; MÖLLER 2003; GIERHAKE 2005; SAFFERLING 2011; HÖRNLE 2017; SCHRAMM 2018; WERLE/JESSBERGER 2020; RUFFERT/WALTER 2015; WERKMEISTER 2015; HOLLING 2016; EPIK 2017; AMBOS 2018; SATZGER 2020.

¹² Stellvertretend für die umfangreiche Literatur: TEITEL 2000.

¹³ Stellvertretend: ABO YOUSSEF 2008; BOCK 2010.

¹⁴ WERKMEISTER 2015, S. 31 f.; TRIFFTERER 1966, Bestandsaufnahme, S. 172.

¹⁵ WERKMEISTER 2015, S. 32; TRIFFTERER 1966, Untersuchung, S. 29.

dem Völkerrecht angehören»¹⁶. Teil dieser Rechtsordnung ist die Strafbarkeit begründende Norm, nach der die Strafbarkeit von Individuen¹⁷ behandelt wird.¹⁸ Das Völkerstrafrecht findet dann Anwendung, wenn sogenannte Kernverbrechen («core crimes») vorliegen, also schwerste Verbrechen, die die Gemeinschaft der Völker betreffen.¹⁹ Dazu zählen Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Aggression. Geahndet werden diese Verbrechen nach dem Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (Römisches Statut). Es müssen verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein: Die Vorschrift muss a) individuell vorwerfbares Unrecht beschreiben, b) als Rechtsfolge eine strafrechtliche Sanktionierung androhen, c) Teil der Völkerrechtsordnung sein, d) Strafbarkeit vorsehen, unabhängig von der Transformation in staatliches Recht.²⁰

In Abgrenzung zum Völkerstrafrecht spricht man vom internationalen Strafrecht; es bezeichnet alle Bereiche des Strafrechts mit Auslandsbezug.²¹ Neben dem Völkerstrafrecht gelten auch das europäische und das zwischenstaatliche Strafrecht, das heisst «das Strafanwendungs-, Auslieferungs- und Rechtshilfe-recht».²² Zu Verbrechen, die dem internationalen Strafrecht zugerechnet und durch dieses geahndet werden, zählen beispielsweise Terrorismus oder Umweltdelikte.²³ Dabei haben nationale Gemeinschaften wie auch die internationale Gemeinschaft ein Interesse daran, dass es zu einer Strafverfolgung kommt.²⁴

Makrokriminalität

Eingeführt wurde der Begriff der Makrokriminalität von Herbert Jäger.²⁵ Es besteht eine enge Verbindung zwischen Makrokriminalität und Völkerstrafrecht aufgrund der Dimension von Völkerrechtsverbrechen, die kollektiv begangen werden und sich gegen die Völkergemeinschaft richten.²⁶ Makroverbrechen sind sowohl Teil als auch Produkt einer «gestörten gesamtgesellschaftli-

¹⁶ JESCHEK 1952, S. 9.

¹⁷ Bei HOLLING 2016, S. 4: «makrokriminelle Personen».

¹⁸ WERKMEISTER 2015, S. 31.

¹⁹ Ebd., S. 32 f.

²⁰ EPIK 2017, S. 7 f.

²¹ NEUBACHER 2005, S. 31 ff.

²² WERKMEISTER 2015, S. 34.

²³ Ebd., S. 33.

²⁴ Ebd.

²⁵ JÄGER 1989.

²⁶ MELLOH 2010, S. 47; NEUBACHER 2005, S. 18 f. (mit weiteren Verweisen).

chen Situation»²⁷. Unterschieden wird zwischen sogenannten Führungstätern in herausgehobener Machtposition,²⁸ die die Voraussetzungen und die Planungen für die Verbrechen schaffen; ferner Personen, die die Anordnungen entgegennehmen und sie per erhaltener Machtbefugnis an untergebene Personen weitergeben, an die sogenannten Gefolgschaftstäter.²⁹ Makrokriminalität weist bestimmte Merkmale auf: eine präzise Planung; den Versuch der methodischen Ausschaltung aller Gewissensregungen der Beteiligten bei gleichzeitiger Diffamierung und Entmenschlichung der Gruppe der Opfer, um das Unrechtsbewusstsein zu tilgen. Es dürfen keine Zweifel an der Richtigkeit des Vorgehens bei den Ausführenden aufkommen.³⁰ Dadurch verändert sich ihr Bewusstsein und die kriminelle Tat wird nicht mehr als Unrecht wahrgenommen, sondern als gesellschaftlich akzeptiertes Handeln.³¹

Strafzweck und Systematik

Die Argumente zur Frage nach dem Strafzweck lassen sich unterschiedlich kategorisieren. In Lehrbüchern und Übersichtsaufsätzen wird regelmässig eine duale Unterscheidung in einerseits relative und andererseits absolute Straftheorien vorgenommen. Soweit von diesen beiden Begriffen die Rede ist, bezeichnet «absolut» den Standpunkt, dass Strafe nur der Zweck zukommt, Schuld auszugleichen, «relativ» dagegen den Standpunkt, dass Strafe abhängig von einem bestimmten Zweck verhängt werden sollte. Unter dem Titel der absoluten Straftheorien steht im Wesentlichen die Absicht, Schuld auszugleichen und Gerechtigkeit wiederherzustellen. Relative Strafzwecke setzen dagegen auf einen sich in Zukunft beziehenden präventiven Nutzen. Regelmässig erfolgt dabei eine weitere Unterscheidung in einen generalpräventiven Nutzen, der sich am Adressatenkreis der unbestimmten Allgemeinheit ausrichtet und auf eine abschreckende beziehungsweise normstabilisierende Wirkung abzielt, und einen spezialpräventiven Nutzen, der sich am Täter ausrichtet und zu dessen Abschreckung beziehungsweise Resozialisierung führen soll. Diese Unterscheidung scheint indes nur eine mögliche zu sein - viele Autoren lassen sich in diese Dualität schwer einordnen oder liegen mit ihren Unterscheidungen sogar quer dazu. So etwa die expressiven Straftheorien, die den kommu-

²⁷ MELLOH 2010, S. 47.

²⁸ Ebd., S. 46 f.

²⁹ EPIK 2017, S. 9 f.

³⁰ Ebd.

³¹ Ebd.

nikativen Aspekt der Strafe betonen und wahlweise entweder den Täter oder die Opfer oder die unbestimmte Allgemeinheit als Adressatenkreis der Strafwirkung aussondern.³²

Wenngleich der ideengeschichtliche Teil dieser Arbeit chronologisch und ohne Kategorisierung erfolgt, finden sich bei den einschlägigen Autoren bereits Begriffe, die sich auf die erwähnte Kategorisierung beziehen. Die im dritten Teil dieser Arbeit vorzunehmende Systematisierung der Argumente erfolgt in der Einteilung in einerseits retributive Straftheorien (Retributivismus) und andererseits präventive Straftheorien (Konsequentialismus). Daneben werden expressive Straftheorien (Expressivismus) als weitere, gesonderte Position dargestellt, auch wenn es natürlich Überschneidungen gibt. Schliesslich wird der letzte Teil dieser Arbeit, in dem die Frage des Strafzwecks im Kontext internationaler Strafgerichte untersucht werden soll, unter diesen Begriffen weitergeführt. Dabei werden präventive Straftheorien – um eine gängige Kategorisierung beizubehalten – auch unter den zuvor skizzierten Aspekten von General- und Spezialprävention differenziert.

³² Nützlich zum aktuellen Diskussionsstand: HÖRNLE 2017, S. 3 ff.

§ 2 Ideengeschichtliche Betrachtung der Strafzweckfrage

A. Rechtsvorstellungen in frühen Kulturen

Im folgenden ersten Teil dieser Arbeit sollen die paradigmatischen Positionen zur Frage des Strafzwecks dargestellt werden, wie sie sich seit Beginn des Rechtsdenkens entwickelt und durchgesetzt haben. Das chronologische Aneinanderreihen von Ansätzen und konkreten Ausgestaltungen in den jeweiligen Epochen beziehungsweise durch die jeweiligen Autoren dient nicht zuletzt dazu, möglichst viele Aspekte und offene Fragen der Strafzweckdiskussion aufzugreifen. Gleichzeitig gilt es, den historischen Boden freizulegen, von dem aus der Bogen zu aktuellen Fragestellungen geschlagen werden kann. Die gewählte chronologische Darstellung nach Epochen und deren Vertretern ist bewusst kursorisch gehalten und folgt den jeweiligen Rechtsvorstellungen, ohne streng eine systematische Trennung in retributive und präventive Theorien einzuhalten.

1. Der Strafzweck am Ursprung der Reflexion über Strafe

Die Suche nach den frühesten rechtlichen Zeugnissen zur Strafe beziehungsweise zu deren Zweck führt nach Vorderasien in das Gebiet Mesopotamiens, in eines der damals bedeutendsten Entwicklungszentren des Alten Orients.³³ Hinweise über Strafen im strafrechtlichen Sinne finden wir dort vor allem in Rechtssammlungen und in den der staatlichen Gerichtsbarkeit entstammenden Gerichts- und Prozessurkunden, wobei nur wenige Beispiele für Deliktprozesse überliefert sind.³⁴ Eine Trennung zwischen Zivil- und Strafrecht im heutigen Sinne hat es im alten Vorderasien nicht gegeben, sodass die Anwendung dieser Begriffe den tatsächlichen Gegebenheiten jener Zeit nur unzureichend zu entsprechen vermag.³⁵ Die teilweise nur fragmentarisch überlieferten Rechtsurkunden verweisen darauf, dass mündlich tradierte Rechtsnormen

³³ ORTHMANN 1985, S. 13. Die Erfindung der Schrift ermöglichte es, aus der Tradition überkommene geistige und religiöse Werte festzuhalten und weiterzugeben. Damit verbunden war die Einrichtung der «Institution der Schreibschule».

³⁴ NEUMANN/PAULUS 2013, S. 197.

³⁵ Ebd.; zum Ganzen siehe WILCKE 2010.

– vermutlich auf Veranlassung von Herrscherpersönlichkeiten – schriftlich fixiert wurden und damit weitergegeben werden konnten.³⁶ In der sogenannten Akkadzeit erscheint erstmals das Wort «Richter», was darauf hindeutet, dass sich ein eigener Berufsstand etabliert hatte,³⁷ der anstelle des Priester-Königs Recht sprach.³⁸

Als Schöpfer der ältesten Rechtsnormen gelten die Sumerer, ein Volk aus dem 3. Jahrtausend v. Chr., welches vorrangig in Stadtstaaten organisiert war.³⁹ Sie entwickelten die Keilschrift, die sich weit über das sumerische Gebiet hinaus im gesamten Alten Orient als gültiges Schriftsystem etablierte und unter dem Oberbegriff «Keilschriftrecht» sämtliche in keilschriftlichen Quellen überlieferten Rechtserlasse dieser Zeit erfasst.⁴⁰ Nach turbulenten Machtkämpfen und wechselnden Gebietshoheiten kam es um etwa 2100 v. Chr. bei der Herausbildung des neusumerischen Reichs unter der dritten Dynastie der Stadt Ur zu einer Art Renaissance, in welcher es die Sumerer zu den Errungenschaften brachten, welche sie aus heutiger Sicht als Hochkultur auszeichnen.⁴¹ Vom damaligen König Ur-Nammu stammt der gleichnamige Codex, der am Beginn einer Reihe von Codices steht, die später in der altorientalischen Rechtskultur zum Codex Hammurabi zusammengefasst wurden.⁴²

Als erster Rechtserlass wird der Codex Ur-Nammu⁴³ auch mit der Rechtsfigur der Talion in Verbindung gebracht, nach welcher zwischen dem vom Opfer erlittenen Schaden und der dem Täter auferlegten Strafe ein Gleichgewicht hergestellt werden soll. Auf Tötung⁴⁴ und Raub stand die Todesstrafe, der Nasenbruch, etwa durch einen Ringer-Haken, wurde mit der Zahlung von $\frac{2}{3}$ Pfund

³⁶ ORTHMANN 1985, S. 11 ff.

³⁷ WILCKE 2010, S. 161 ff., S. 164, S. 166 ff.; WILCKE 2003, S. 36 f. Ich danke Herrn Prof. Dr. Claus Wilcke für diesen Hinweis zu den Anfängen einer wesentlichen Änderung im Rechtssystem.

³⁸ Ebd., S. 36.

³⁹ ABRAHAMSOHN 2007, Nr. 4.

⁴⁰ Ebd., Nr. 4.

⁴¹ Ebd., Nr. 58.

⁴² Ebd., Nr. 59. Siehe auch EDZARD 2004, Kap. Recht S. 123–126, ferner JURSA 2008, Kap. Recht und Rechtsprechung, S. 65 ff.

⁴³ RADNER 2017. Radner zufolge war es das Ziel des Ur-Namma, sein Herrschaftsgebiet in «einen einheitlichen Staat» zu verwandeln und ihm eine einheitliche Rechtsgrundlage zu geben. Diese Gesetzsammlung war in Stein gehauen öffentlich ausgestellt und sollte den Richtern mit Beispielen «Orientierung bieten», ebd., S. 44.

⁴⁴ WILCKE 2002a, S. 311.

Silber abgegolten.⁴⁵ Allerdings wird im Codex Ur-Nammu nicht nach der im späteren Codex Hammurabi angeführten «Spiegel»-Variante der Talion verfahren, nach der der Schaden des Opfers bei Körperverletzungen durch Zufügung eines gleichartigen Schadens abgegolten oder aber dasjenige Körperteil bestraft wird, mit dem die Tat begangen wurde (zum Beispiel Abhacken der Hand).

Nach dem Zusammenbruch des Reiches der Ur (der ihren Einfluss jedoch kaum verringerte) veröffentlichte König Lipit-Ištar um etwa 1930 v. Chr. im Stadtstaat Isin ein Gesetzbuch in sumerischer Sprache. Dieser Codex Lipit-Ištar enthielt ebenfalls strafrechtliche Tatbestände.⁴⁶ Aus der gleichen Zeit stammen zwei Tondokumente, der sogenannte Codex von Ešnunna. Gewisse Ähnlichkeiten legen nahe, dass er die Vorlage für den Codex Hammurabi bildete.⁴⁷ Hammurabi galt als besonders geschickter König; es gelang ihm, sein Reich um die Stadt Babylon zu behaupten und später zu einer weltbeherrschenden Stellung auszuweiten. Sein Codex war ein Versuch, durch Angleichung verschiedener Rechtstraditionen ein einheitliches Recht zu schaffen.⁴⁸ Wie in den zuvor beschriebenen Codices ist auch im Codex Hammurabi noch kein inhaltlich strukturierter Aufbau feststellbar. Im Vergleich zu den früheren Codices fallen die häufige Androhung der Todesstrafe sowie die Androhung von strafverschärfenden Mitteln wie Verbrennen, Pfählen und Schleifen auf.⁴⁹ Eine Rolle könnte dabei gespielt haben, dass die durch Hammurabi angestrebte Einigung relativ harte Strafpraxen verlangte.⁵⁰ Der Codex Hammurabi folgt nun weitgehend jener Variante der Talion, die bei Körperverletzung eine dem Opferschaden gleichartige Bestrafung anstrebt; allerdings nur unter gesellschaftlich Gleichrangigen:

Wenn ein Bürger den Zahn eines ihm ebenbürtigen Bürgers ausgeschlagen hat, so schlägt man seinen Zahn aus;⁵¹ wenn er den Zahn eines Untergebenen ausgeschlagen hat, so zahlt er $\frac{1}{3}$ Mine Silber.⁵²

⁴⁵ Ebd., S. 318.

⁴⁶ ABRAHAMSOHN 2007, Nr. 132.

⁴⁷ Ebd., Nr. 146.

⁴⁸ Ebd., Nr. 185.

⁴⁹ Ebd., Nr. 247.

⁵⁰ Ebd.

⁵¹ CODEX HAMMURABI 2009, § 200.

⁵² Ebd., § 201.

Bei inkommensurablen Verhältnissen ist zwischen Strafe und Schadensgrösse auch eine über das Mass der Talion hinausgehende Strafe möglich:

Wenn ein Bürger den kleinen Sohn eines Bürgers gestohlen hat, so wird er getötet.⁵³

Ein Zweck des Strafens wird in den erwähnten Codices nicht explizit genannt. Auch in Schul-Satiren ist lediglich vom (willkürlichen) Strafen durch das Lehrpersonal die Rede,⁵⁴ was zumindest impliziert, dass Fehlverhalten Strafen rechtfertigt und mithin grundloses Strafen Machtmissbrauch darstellt. Hinzu kam der Gedanke an Genugtuung beziehungsweise eine Form von Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes. Hier geht es vorrangig um die Kompensation des geschädigten Haushaltes, auch bei verstümmelnden Strafen bis hin zur Todesstrafe. Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang die neusumerische Gerichtsurkunde Nr. 41. Ihr liegt ein Sachverhalt zugrunde, bei dem die Todesstrafe wegen Mordes nicht vollstreckt werden konnte, weil der Täter zwischenzeitlich selbst erschlagen worden war. Den Erben des Geschädigten wurden stattdessen das Vermögen des Täters sowie seine Familienangehörigen als Sklaven zugesprochen.⁵⁵ Hier wird in der Forschung die Vermutung aufgestellt, die Todesstrafe habe möglicherweise der Erzwingung von Kompensationen gedient.⁵⁶ Dass die Rechtsfigur der Talion überhaupt Eingang in die ursprünglichsten Rechtssammlungen gefunden hat beziehungsweise dort erstmalig formuliert worden ist, ist auf den Versuch der Eindämmung unkontrollierter Racheakte zurückzuführen.⁵⁷ Bereits der Kodifizierungsvorgang selbst zeigt jedoch, dass es damals ein Nachdenken über die Strafe, ihre Formen, ihre Inhalte und ihren Zweck gegeben haben muss, «denn jede Kodifikation bedeutet Auswahl und Inhaltsbestimmung, Entscheidung und damit – wie auch immer rudimentäre und [nach heutiger Auffassung] irrational getrübe – Reflexion»⁵⁸.

⁵³ CODEX HAMMURABI 2009, § 14.

⁵⁴ WILCKE 2002b, S. 17.

⁵⁵ FALKENSTEIN 1956, S. 67 f.

⁵⁶ PETSCHOW 1975, S. 249.

⁵⁷ EBERT 1991, S. 257.

⁵⁸ MAHLMANN 2021b, Rn. 1 zu § 1.

2. Der Strafzweck in der antiken Welt

Griechenland und das Römische Reich weisen unterschiedliche Wege in der Rechtswissenschaft auf. Während sich im antiken Griechenland anstelle eines allgemeinen Systems des juristischen Denkens mehr die philosophische Diskussion über das Recht und Staatsrecht behauptete, bildeten sich im Römischen Reich in mehr als tausend Jahren Rechtskenntnisse, allgemeine Rechtsbegriffe und Rechtsnormen heraus.⁵⁹

a. Griechenland

Die Frage nach dem Strafzweck führt uns weiter in die griechische Antike zu den Positionen der griechischen Denker Demokrit, Protagoras, Platon, Aristoteles, Thukydides und Isokrates. Deren Gedanken entstanden vor dem Hintergrund der Gerichtspraxis Athens,⁶⁰ welche vor allem vom Gedanken der Vergeltung geprägt war.⁶¹ Unter den Sophisten kam es dann zu einem ersten theoretischen Nachdenken über den Strafzweck.⁶² Dabei stellt die Unschädlichmachung des Täters durch Verbannung aus dem Staat die einzige Gemeinsamkeit zwischen der Straftheorie Protagoras' (um 490-411 v. Chr.) und derjenigen seines jüngeren Landsmannes, des grossen Naturphilosophen Demokrit von Abdera (460-371 v. Chr.), dar, bei dem sie im Zentrum der Überlegungen steht. Demokrit betrachtet den Täter als gefährlichen Feind⁶³ und Störer der privaten Gemütsruhe.⁶⁴ Demgemäss fordert er seine rigorose Verurteilung und, in einer gewissen Analogie zur straflosen Tötung gefährlicher Tiere, seine Tötung.⁶⁵ Was den Abschreckungsgedanken betrifft, so argumentiert Demokrit, dass man die Sünde nicht aus Furcht vor der Strafe meiden solle, sondern, weil dies eine sittliche Pflicht sei:

Nicht aus Furcht, sondern aus Pflichtgefühl meide die Sünden.⁶⁶

Trotz der hohen Strafandrohung gibt er somit der ethischen Position den Vorrang, was aber nicht bedeutet, dass er von seinen rigorosen Strafvorstel-

⁵⁹ MEDER 2017, S. 18 f.; WÖRTERBUCH DER ANTIKE 2002, S. 746 ff.

⁶⁰ SCHÖPSDAU 2012, S. 1; BRUNS 2018, S. 73 ff.

⁶¹ SCHÖPSDAU 2012, S. 1.

⁶² VON BAR 1882, S. 204.

⁶³ DEMOKRITOS, Fragmente, B259, S. 451 f.

⁶⁴ Ebd., B258, B259, S. 451 f.

⁶⁵ Ebd., B257, B258, B259, S. 451 f.

⁶⁶ Ebd., B41, S. 418.

lungen keine abschreckende Wirkung erwartet hätte.⁶⁷ Thukydides (460-395 v. Chr.) hingegen legt seine Strafzwecküberlegungen in Form eines Rededuells zwischen Kleon und Diodot dar, das vor dem Hintergrund des Konflikts zwischen Athen und Mytilene stattfand. Die Stadt Mytilene war im Jahr 428 v. Chr. von ihrem Bündnispartner Athen abgefallen.⁶⁸ Nach anfänglichem Beschluss Athens, alle männlichen Mytilenaiern zu töten und deren Frauen und Kinder zu versklaven, wurde die Angelegenheit am Folgetag nochmals beraten.⁶⁹ In dieser Debatte positionieren sich Kleon und Diodot auf unterschiedliche Weise zu den geplanten Sanktionen gegenüber den Mytilenaiern. Diodot äussert sich dabei kritisch zur erhofften Strafwirkung aus der Tötungsabsicht und führt diesbezüglich unterschiedliche Argumente ins Feld. Zum einen rechnen nach seiner Auffassung die Leute trotz hoher Strafandrohungen damit, nicht erappt zu werden:

Und dennoch gibt Hoffnung Mut zur Gefahr, und noch nie hat einer in sicherer Voraussicht seines Unterganges einen gewagten Anschlag dennoch unternommen.⁷⁰

Zum anderen pflegten härtere Strafen historisch stets in einen Teufelskreis zu münden, der nur dann durchbrochen werden könne, wenn man sich ihre Wirkungslosigkeit eingestehe:

Es ist anzunehmen, daß vor Zeiten auch auf den schwersten Verbrechen mildere Strafen standen, und durch die Übertretungen sind allmählich fast alle beim Tode angelangt; und dennoch wird übertreten.⁷¹

Kleon argumentiert gegenüber seinem Kontrahenten Diodot als Fürsprecher der Prävention. Er will durch den sofortigen Tod aller Mytilenaiern eine möglichst grosse Abschreckungswirkung herbeiführen:

So straft sie, wie sie es verdient haben, und stellt für die anderen Verbündeten ein klares Beispiel auf, daß auf Abfall der Tod steht. Wenn sie das merken, so könnt ihr euch wieder besser euren Feinden widmen, statt mit den eigenen Verbündeten zu kämpfen.⁷²

⁶⁷ SCHÖPSDAU 2012, S. 6.

⁶⁸ SCHÖPSDAU 2012, S. 7.

⁶⁹ Ebd.

⁷⁰ THUKYDIDES 1976, Buch III/45, S. 224 ff., hier S. 226 f.

⁷¹ Ebd., Buch III/45, S. 226.

⁷² Ebd., Buch III/40, S. 223.

Stärkere Antriebe als die erhoffte Abschreckungswirkung einer Strafe sind anders gelagerte Motive: «Armut, die verwegen ist aus Not», aber auch «Hoffnung und Begierde»⁷³. Im Ergebnis ist nach Diodot ein auf Abschreckung begründetes System nicht imstande, die innerstaatliche Ordnung aufrechtzuerhalten.

Platons Straftheorie finden wir innerhalb der *Nomoi* in einem für seine Staatsvorstellung eigens geschaffenen Strafgesetzbuch. Wie bereits in der *Politeia*⁷⁴ tut sich Platon in seinen *Nomoi* mit der Vorstellung schwer, dass der Staat überhaupt auf das Strafen zurückgreifen müsse,⁷⁵ da dieses in einem Spannungsverhältnis zu seinem Staatsverständnis steht, welches auf Erziehung basiert. Folglich soll die Strafe nur dann zur Anwendung kommen, wenn alle erzieherischen Einflussnahmen versagt haben.⁷⁶ Platon knüpft in seiner Straftheorie an die bereits begangene Straftat an. Diese bedinge einen Schadensausgleich; wenn der Täter eine Straftat begeht,

[...] soll er bei einem größeren Schaden dem Geschädigten eine größere Entschädigung zahlen, bei einem kleineren Schaden eine kleinere, in jedem Fall aber genau in der Höhe, in der jemand jeweils einen anderen geschädigt hat, bis er den Schaden wiedergutmacht hat.⁷⁷

Zusätzlich erfolgt die Strafe für das begangene Unrecht:

[...] wobei er aber diese Strafe nicht wegen seiner Übeltat erleidet – Geschehenes lässt sich ja niemals ungeschehen machen –, sondern damit für die Folgezeit er selbst und diejenigen, die sehen, wie ihm Gerechtigkeit widerfährt, die Ungerechtigkeit gänzlich verabscheuen oder doch zu einem großen Teil von solch einem Missgeschick loskommen.⁷⁸

Platon stellt somit den Besserungszweck in den Mittelpunkt seiner Straftheorie: Ziel sei es, die Ungerechtigkeit zu heilen. Gebessert durch die Strafe wird einerseits der Täter selbst, wobei eine solche Besserung nach dem Wort des «Atheners» in Platons *Nomoi* nicht nur über den Weg der Strafe möglich sein soll, sondern ebenso über das Hervorrufen von Lust oder Schmerz, über Ehrertrag oder gar Geschenke.⁷⁹ Andererseits trägt der Täter zugleich zur Besse-

⁷³ Ebd., Buch III/45, S. 226 f.

⁷⁴ SCHÖPSDAU 2012, S. 51.

⁷⁵ PLATON, *Nomoi*, 9. Buch 853c, S. 36 ff.

⁷⁶ SCHÖPSDAU 2012, S. 10.

⁷⁷ PLATON, *Nomoi*, 11. Buch 933a, S. 123.

⁷⁸ Ebd., 11. Buch 934a–b, S. 123.

⁷⁹ Ebd., 9. Buch 862d, S. 46 ff.

rung der anderen bei, indem er durch die (Annahme der) Strafe ein Exempel setzt. Im Sinne der positiven Generalprävention soll daher die gesamte Bürgerschaft an den Prozessen teilnehmen.⁸⁰ Die Tatmotive differenziert Platon beziehungsweise der «Athener» in drei mögliche Varianten, nämlich (1) Zorn, (2) Lust und andere Begierden und (3) Unwissenheit, wobei nur die beiden ersteren strafrechtlich belangbare Motive darstellen. Der Grad der zu heilenden Ungerechtigkeit ergibt sich aus der Straftat.

Es bleibt die Frage nach der Bestrafung der unheilbaren Täter. Diese sollen aus mehrfachen Gründen aus der Stadt ausgeschlossen werden:

Da er vermutlich einsieht, daß es einerseits für alle Menschen dieser Art selber nicht besser ist, am Leben zu bleiben, daß sie aber andererseits den übrigen einen doppelten Nutzen erweisen, wenn sie aus dem Leben scheiden, indem sie erstens den andern ein warnendes Beispiel geben, kein Unrecht zu begehen, und sodann die Staat von schlechten Menschen befreien, so muß also der Gesetzgeber über solche Menschen als Strafe für ihre Vergehen den Tod verhängen, sonst aber auf gar keinen Fall.⁸¹

Auffallend ist hier das täterbezogene Argument Platons, das nicht nur den Nutzen für die Bevölkerung im Auge hat, sondern auch die Bewahrung des Täters vor weiterem Seelenunheil.⁸²

Massgebend für Aristoteles' Straftheorie ist das 5. Buch der *Nikomachischen Ethik*. Aristoteles (384–322 v. Chr.) knüpft mit seiner Konzeption an Platon an, grenzt sich jedoch zugleich von ihm ab.⁸³ Seine Straftheorie verweist zurück auf Platons Gerechtigkeitspositionen. Der Straftat folgt nach dem Prinzip der arithmetischen Gleichheit als Ausgleich die Strafe. Sie dient dazu, das Verhältnis von Gewinn beim Täter und von Verlust beim Opfer wieder auszugleichen. Zentrale Bedeutung kommt dabei der Person des Richters zu:

Der Richter stellt die Gleichheit her und macht es, wie wenn er eine in ungleiche Teile geteilte Linie vor sich hätte, von deren größerem Teil er das Stück, um welches derselbe größer ist als die Hälfte, wegnähme und zu dem kleineren Teil hinzutäte.⁸⁴

⁸⁰ Ebd., 6. Buch 767d–e, S. 70 f.

⁸¹ PLATON, *Nomoi*, 9. Buch 862e, S. 47.

⁸² SCHÖPSDAU 2012, S. 12.

⁸³ Ebd., S. 17.

⁸⁴ ARISTOTELES, *Nikomachische Ethik*, 1132a 25–30, S. 110.

Ausschlaggebend ist für Aristoteles neben dem Schaden auch der willensmäßige Einfluss des Täters auf die Tat; er differenziert hier zwischen unglücklichem Zufall, Fahrlässigkeit und willentlich begangenen Unrecht.⁸⁵ Damit zieht Aristoteles eine Trennlinie zwischen sich und Platon, der den Strafwillen als moralisches Versagen taxierte,⁸⁶ während bei Aristoteles vielmehr die präzise Ermittlung des Schadens in den Vordergrund zu treten scheint.⁸⁷ Innerhalb dieses Ausgleichs kann es auch bei Aristoteles strafende Elemente geben; diese bleiben aber Bestandteil des Ausgleichs und gehen nicht über diesen hinaus. Diesen strafenden Anteil am Ausgleich sieht Aristoteles beispielsweise bei Straftaten vor, welche sich nicht nur gegen Privatpersonen, sondern letztlich gegen den ganzen Staat richten, etwa das Schlagen eines Beamten.⁸⁸ Einerseits ist hier der platonische Besserungsgedanke wiederzuerkennen, andererseits scheint die Strafe für ein Vergehen gegen den Staat unter die universale Gerechtigkeit zu fallen.⁸⁹

Wie Platon schreibt auch Aristoteles der Strafe eine erzieherische Funktion zu, welche als sekundäres Erziehungsinstrument bei «Wirkungslosigkeit der Belehrung»⁹⁰ in Anwendung kommen soll:

Vielleicht genügt es aber nicht, in der Jugend die rechte Zucht und Sorge zu erfahren, sondern da man auch als Mann die guten Gewohnheiten und Bestrebungen beibehalten muß, so werden wir auch hierfür und somit überhaupt für das ganze Leben der Gesetze bedürfen, denn in der Mehrzahl fügen sich die Menschen mehr dem Zwang als dem Wort und mehr der Strafe als dem Gebot der Pflicht.⁹¹

Auch im Zusammenhang mit seinen Ausführungen zu Lust und Unlust als Handlungsmotiven im 2. Buch der *Nikomachischen Ethik* kommt Aristoteles auf die Strafe zu sprechen. «Platonisch» sind hier seine Darstellungen der Strafe als heilendes Mittel.⁹² Aristoteles' konkrete Ausführungen erinnern dabei wieder an sein Konzept der Gerechtigkeit. So vertritt er die Ansicht, dass Strafen wie Heilmittel wirkten, weil sie (die Strafen) Unlust erzeugten; diese aber stehe der Lust, nach welcher der Täter gestrebt habe (sein Motiv), ent-

⁸⁵ Ebd., 1135b 7–25, S. 119.

⁸⁶ PLATON, *Nomoi*, 9. Buch 863e ff., S. 48 ff.; SCHÖPSDAU 2012, S. 18.

⁸⁷ Ebd.

⁸⁸ ARISTOTELES, *Nikomachische Ethik*, 1132b 29–30, S. 110.

⁸⁹ DEBRUNNER 1988, S. 689 ff.

⁹⁰ SCHÖPSDAU 2012, S. 20.

⁹¹ ARISTOTELES, *Nikomachische Ethik*, 1180a 1–5, S. 257.

⁹² SCHÖPSDAU 2012, S. 21.

gegen.⁹³ Das Verfahren der Heilung vergleicht Aristoteles mit krummem Holz, das geradegebogen werden müsse. Aus Genussucht tue man das Schlechte, aus Furcht vor dem Schmerz unterlaufe man das Gute, weshalb die Entziehung der Genüsse und die Zufügung von Schmerzen das Heilmittel für den Übeltäter seien.⁹⁴ Als Sohn eines Arztes soll Aristoteles das Prinzip der Allopathie bestens bekannt gewesen sein.⁹⁵

Als radikaler Kritiker der gängigen Strafrechtspraxis trat Protagoras von Abdera in Erscheinung; er ist ideengeschichtlich als erster Vertreter einer ausschliesslich konsequentialistischen Ausrichtung des Strafzwecks zu betrachten. Er verurteilt die vergeltungsorientierte, auf die Vergangenheit gerichtete Strafe als vernunftlosen Racheakt und fasst den Zweck der Strafe dagegen als einen zukunftsgerichteten Rechtsakt auf, der den Täter, aber auch die Allgemeinheit von der Begehung weiterer Delikte abhalten soll.⁹⁶ Protagoras äussert sich aber auch im Hinblick auf die moralische Verbesserungsfähigkeit des Täters und fordert die Eliminierung des Unbelehrbaren:

[...] es gibt ein solches einzigartiges Gut, und dies ist weder die Baukunst noch die Schmiede- oder Töpferkunst, sondern die Gerechtigkeit, die Besonnenheit und Frömmigkeit, oder mit einem Wort die Mannestugend. Ist es um diese, deren alle teilhaftig sein müssen, und muß jedermann, auch wenn er etwas anderes erlernen und vollbringen will, es stets nur im Bunde mit dieser tun, nie aber ohne sie – wo nicht, so muß man den Betreffenden, gleichviel ob Knabe, Mann oder Weib, so lange belehren und züchtigen, bis er sich infolge der Züchtigung bessert, ist ihm aber durch Züchtigung und Belehrung nicht beizukommen, so muß man ihn als unheilbar aus der Stadt verbannen oder töten – [...].⁹⁷

Der Rhetor Isokrates (436–338 v. Chr.) äussert sich in verschiedenen Werken zu Strafe und Strafzweck.⁹⁸ In der Rede *Areopagitikos* fordert er dazu auf, die Verfassung von Solon und Kleisthenes sowie die damaligen Zustände wiederherzustellen.⁹⁹ Ausgangspunkt waren die offenbaren Missstände in der Gesellschaft.¹⁰⁰ Die Rede plädiert für mehr Sittlichkeit und Erziehung anstelle einer

⁹³ Ebd.

⁹⁴ KRAUS 1905, S. 25.

⁹⁵ Ebd.

⁹⁶ PLATON, Protagoras, S. 60.

⁹⁷ Ebd., S. 61.

⁹⁸ ISOKRATES, Rede an Nikoles, II 24, S. 24; ISOKRATES, Rede an Philipp, V 116 f., S. 105.

⁹⁹ ISOKRATES, Areopagitikos, VII 16, S. 137.

¹⁰⁰ Ebd., VII 15, S. 137.

überbordenden Gesetzesflut. Die Fülle und Detailliertheit von Gesetzen betrachtet Isokrates als Zeichen für eine schlechte Regierung. Wer richtig regieren wolle, müsse den Sinn für Gerechtigkeit im Herzen haben und dürfe

die Säulenhallen nicht mit Gesetzen auffüllen.¹⁰¹

Auffallend sind hier Isokrates' Präventionsabsichten im Hinblick auf die Jugend. Für diese verlangte er die Wiedereinführung sinnvoller Beschäftigungen:

Sie [unsere Vorfahren] glaubten, indem sie das Übel an der Wurzel packten, die Jugendlichen vor weiteren daraus folgenden Verfehlungen bewahren zu können. Bürger, die über einen ausreichenden Lebensunterhalt verfügten, veranlassten sie, sich mit Reiten, Sport, Jagd und Philosophie zu beschäftigen. Sie sahen, dass manche sich dadurch auszeichnen könnten, andere aber sehr viele Fehler vermeiden könnten.¹⁰²

Die Rede *Areopagitikos* verweist aber auch auf die Wichtigkeit ausreichend starker Institutionen:

Denn sie wussten, dass es zwei Wege gibt, von denen der eine zu ungerechtem Handeln verleitet, der andere verbrecherischem Treiben Einhalt gebietet: Dort nämlich, wo es keine Aufsicht in diesem Bereich gibt, und wo Rechtsentscheide ungenau sind, werden auch anständige Charaktere verdorben. Wo aber Bürger, die Unrecht tun, nicht leicht unentdeckt bleiben können und wo sie, wenn ihr Handeln aufgekommen ist, nicht Nachsicht erfahren, dort verschwindet auch bössartige Gesinnung.¹⁰³

Im Ergebnis kann sich Isokrates also trotz grosser präventiver Bestrebungen keinen Staat ohne wirksame Strafdrohungen vorstellen.¹⁰⁴

Wenn es allein durch Strafe nicht gelinge, eine innerstaatliche Ordnung aufrechtzuerhalten, dann bedürfe es neben dem Strafrecht einer (moralischen) Erziehung, unter welcher das Gesetz seine Wirkung entfalten könne; zu dieser Konsequenz kommen Isokrates, Platon und Aristoteles.¹⁰⁵

¹⁰¹ ISOKRATES, *Areopagitikos*, VII 41, S. 142.

¹⁰² Ebd., VII 45, S. 142.

¹⁰³ Ebd., VII 46, 47, S. 143.

¹⁰⁴ SCHÖPSDAU 2012, S. 10.

¹⁰⁵ Ebd., S. 8.

b. Hellenistische und römische Welt

In der Folge beginnt unter Alexander dem Grossen (356–323 v. Chr.) die Zeit der hellenistischen Philosophie. Diese wirkt auch nach dessen Tod und dem Aufstieg Roms zur Weltmacht weiter fort. Der hellenistischen Philosophie entspringt die Stoa, bei der die Ethik wieder ins Zentrum rückt.¹⁰⁶ Einer ihrer späten Vertreter, der römische Philosoph Lucius Annaeus Seneca (ca. 1–65 n. Chr.), reiht sich ideengeschichtlich nach Protagoras und Platon in die Reihe der Begründer der relativen Strafzwecke ein. Folglich ist Senecas Strafbegriff in seiner Grundausrichtung erzieherisch-pragmatisch auf die Zukunft gerichtet. Der Begriff der Wiedervergeltung im Sinne der Wiederherstellung der durch die Straftat gestörten Ordnung taucht in seinen Werken nicht auf. Der Zweck der Strafe liegt bei Seneca in erster Linie darin, Fehlverhalten zu korrigieren¹⁰⁷ in Form von moralischer Besserung des Täters; die «äußerlichen Unbilden»¹⁰⁸, denen der Täter durch die Strafe ausgesetzt ist, sind dagegen unerheblich. Zugleich treffen wir an verschiedenen Stellen seines Werkes auf die deutliche Akzentuierung des präventiven Aspekts: So handelt es sich bei seinem Werk *De clementia* um eine philosophische Denkschrift an den jungen Thronfolger Nero, dessen Kernaussage die Milde des Herrschers nach dem Vorbild der Götter ist – und diese Milde betrifft auch die Strafe.¹⁰⁹ Grausame Herrschaftsformen eines Herrschers hingegen führten in ein Leben in ständiger Unruhe und Angst.¹¹⁰ Zur Nützlichkeit der Strafe äussert sich Seneca wie folgt:

Bessern also muß man den Fehlenden, hier durch Mahnung, dort durch fühlbare Mittel, hier durch Milde, dort durch Strenge, und diese Besserung, die ebensowohl ihm wie anderen zugute kommt, soll erreicht werden nicht ohne Züchtigung, aber ohne Zorn. Denn wer zürnt dem, den er heilt?¹¹¹

Zur Abschreckungswirkung der Strafe heisst es mit Bezug auf Platon:

Bei jeder Bestrafung wird er sich der doppelten Bedeutung der Strafe bewußt bleiben: in dem einen Falle soll sie angewendet werden, um die Übeltäter zu bessern, in dem anderen, um sie aus der Welt zu schaffen. In beiden Fällen wird er seinen Blick nicht auf die Vergangenheit richten sondern auf

¹⁰⁶ MAHLMANN 2021b, Rn. 94 ff. zu § 1.

¹⁰⁷ WILDBERGER 2006, S. 526.

¹⁰⁸ Ebd.

¹⁰⁹ Ebd.

¹¹⁰ Ebd.

¹¹¹ SENECA, Vom Zorn, Buch I, c.15, S. 86.

die Zukunft – denn, wie Platon sagt, kein Vernünftiger straft, weil gefehlt worden ist, sondern um zu verhüten, daß nicht weiter gesündigt werde; denn das Vergangene kann nicht rückgängig gemacht werden, das Zukünftige läßt sich verhindern –, und diejenigen, die als warnende Beispiele für die schlimmen Folgen der Schlechtigkeit dienen sollen, wird er vor den Augen der Menge hinrichten lassen, damit sie nicht nur selbst den Tod über sich ergehen lassen, sondern auch andere durch diesen ihren Tod abschrecken.¹¹²

Seneca sah die göttliche Instanz ebenfalls in den strafenden Ausgleich involviert. So könnten etwa verborgene Taten wie die der Undankbarkeit nur von einer göttlichen Instanz bestraft werden, da sie für irdische Richter unsichtbar seien.¹¹³

B. Der Strafzweck unter dem Einfluss des Christentums

In der Spätantike nahm die christliche Religion mehr und mehr Einfluss auf die Rechtsvorstellungen im Römischen Reich, als unter Kaiser Konstantin das Christentum privilegiert und die Religionsfreiheit eingeführt worden war. Es bildeten sich zwei christliche Zentren in Rom und Konstantinopel und zwei autoritätsgebundene Rechtssysteme heraus: das Kirchenrecht und das weltliche Recht. Die Rezeption und Ausbreitung des römischen Rechts ist eng verbunden mit der Gründung von Universitäten und Rechtsschulen im frühen Mittelalter.¹¹⁴

1. Augustinus

Alle philosophischen und theologischen Ausführungen zur Strafe im Mittelalter sind durch die Kirche geprägt. Das gilt im frühen Mittelalter insbesondere für Augustinus (354-430), der «für das christliche Denken in Theologie und Philosophie eine solche Bedeutung»¹¹⁵ erlangt hat wie kaum ein anderer. Er war vielleicht *der* Vermittler zwischen dem antiken Denken und der antiken Philosophie und der christlichen Welt.¹¹⁶ Im Zentrum der Friedenslehre von Augustinus stehen die Ursünde Adams und Evas im Paradies und die Aus-

¹¹² Ebd., c.19, S. 94.

¹¹³ ENGL 1968, S. 124 ff.

¹¹⁴ MEDER 2017, S. 175 ff.

¹¹⁵ BÖCKENFÖRDE 2006, S. 192; BAUTZ, BBKL, Sp. 272 ff.

¹¹⁶ BÖCKENFÖRDE 2006, S. 192.

wirkungen auf den Menschen.¹¹⁷ Die Auseinandersetzung Augustinus' mit dem Sündenfall hat Folgen für sein Verständnis von Naturrecht, insofern er ein primäres von einem sekundären Naturrecht unterscheidet. Während das primäre Naturrecht sich auf den paradiesischen Zustand vor dem Sündenfall bezieht, meint das sekundäre dagegen das Naturrecht nach diesem, es bezieht sich also auf den geschwächten, durch den Sündenfall gestörten Naturzustand.¹¹⁸ An den Naturzustand nach der Sündentat knüpft Augustinus auch alle damit einhergehenden Folgen für die politische Ordnung; dazu gehört auch die Zwangs- und Strafgewalt.¹¹⁹ Er greift die von der Stoa und Marcus Tullius Cicero gebrauchten Begriffen der «lex aeterna», der «lex naturalis» und der «lex humana» wieder auf und transformiert sie in die christliche Weltsicht.¹²⁰ Die «lex aeterna» definiert Augustinus wie folgt:

Lex vero aeterna est ratio divina vel voluntas Dei ordinem naturalem conservari iubens, perturbari vetans.¹²¹

Sie ist danach nicht mehr, wie noch in der Stoa, die Ordnung der Natur beziehungsweise des Kosmos selbst, sondern wird auf den göttlichen Gedanken, die Ordnung schaffende Kraft («ordo ordinans»), zurückgeführt.¹²² Die «lex naturalis»¹²³ steht in einer engen Beziehung zur «lex aeterna» und wird von Augustinus als die göttlich geschaffene Ordnung der Natur betrachtet. Die «lex humana»¹²⁴ bildet das menschliche Gesetz. Dieses versteht er als ein konkretes, jedoch zugleich veränderbares Gefüge von Normen.¹²⁵ Die zentrale ethische Rechtfertigung der Strafe bildet die Gerechtigkeit.¹²⁶ Die Sündenhaftigkeit des Menschen wird bei Augustinus zum Begründungspunkt staatlicher Strafe. Ausgangspunkt ist die bewusste und freiwillige menschliche Handlung:

Desgleichen weiß ich, daß böser Wille nicht entstehen würde, wenn das Wesen, in welchem er entsteht, es nicht wollte, daß also der Abfall nicht notwendig, sondern freiwillig ist, weswegen ihm gerechte Strafe folgt.¹²⁷

¹¹⁷ WEISSENBERG 2005, S. 44.

¹¹⁸ BÖCKENFÖRDE 2006, S. 203.

¹¹⁹ Ebd.

¹²⁰ Ebd., S. 203 f.

¹²¹ AUGUSTINUS, *Contra Faustum*, Buch 22, T. 27, S. 621; BÖCKENFÖRDE 2006, S. 204.

¹²² Ebd., S. 204.

¹²³ Ebd., S. 205 f.

¹²⁴ Ebd., S. 206 f.

¹²⁵ Ebd., S. 206.

¹²⁶ RAUCH 1956, S. 212.

¹²⁷ AUGUSTINUS, *Vom Gottesstaat*, Buch 12, Kap. 8, S. 70 f.

Augustinus betrachtet die Straftat als etwas, das im Widerspruch zum göttlichen «ordo», also zu der von Gott geschaffenen Ordnung, steht. Die begangenen Übel sollen durch ein entgegengesetztes Erleiden von Übel ausgeglichen werden. Dies entspricht dem Gedanken der Vergeltung und der Sühne und ist nach Augustinus gerecht:

Denn auch die Naturen, die durch die Schuld bösen Willens verdorben wurden, sind nur, soweit sie verdorben wurden, böse, soweit sie aber Naturen sind, gut. Und wenn die sündige Natur der Strafe verfällt, so ist nicht bloß ihre Natur gut, sondern auch die Tatsache, daß sie nicht straflos bleibt. Denn das ist gerecht, und alles, was gerecht ist, ist unfraglich auch gut.¹²⁸

Das Böse hingegen nicht zu bestrafen und der Sündhaftigkeit nicht entschieden entgegenzutreten, hätte gravierende moralische Konsequenzen, und die Neigung zu sündigen würde noch ungehemmter ausfallen.¹²⁹ Die Bestrafung erfolge daher sogar zum eigenen Nutzen:

Wenn aber ein Hausgenosse dem häuslichen Frieden ungehorsam widerstrebt, muß er durch Worte oder Schläge oder ein anderes gerechtes und erlaubtes Zuchtmittel, wie es das Herkommen gestattet, gestraft werden, und zwar zum eigenen Nutzen, damit er der Friedensordnung, die er verlassen, wieder eingefügt werde.¹³⁰

Im Sinne der christlichen Theologie hat Augustinus neben der Abschreckung im Wesentlichen die Besserung des Sünders im Blick: Dieser dürfe keinen Gefallen an seinem Tun finden, daher sollten die Strafe und der zugefügte Schmerz heilsam wirken. Straflosigkeit hingegen sei Strafe im negativen, schädlichen Sinne.¹³¹ Augustinus betrachtet das Strafen als eine Pflicht, da es – gerecht vollzogen – einen Heilsweg in der gefallenen Welt darstelle, auf dem die göttliche Gnade wirken könne.¹³² Die Strafe bleibe aber auch dann nicht ohne Sinn, wenn sie nicht unmittelbar Reue hervorrufe oder zur Besserung des Bestraften beitrage. So nennt Augustinus zwar den Strafzweck der Abschreckung, lässt ihn jedoch hinter den primären Zweck der Besserung zurücktreten:

¹²⁸ AUGUSTINUS, Vom Gottesstaat, Buch 12, Kap. 3, S. 62 f.

¹²⁹ WEISSENBERG 2005, S. 128.

¹³⁰ AUGUSTINUS, Vom Gottesstaat, Buch 19, Kap. 16, S. 559 f.

¹³¹ WEISSENBERG 2005, S. 132.

¹³² Ebd., S. 133.

Es gehört also zur Pflicht eines untadeligen Mannes, nicht nur niemandem Böses zu tun, sondern auch Sünde zu verhüten und zu bestrafen, so dass entweder der Gezüchtigte selbst durch Schaden klug wird oder andere durch das Beispiel abgeschreckt werden.¹³³

2. Thomas von Aquin

Der augustinische Einfluss auf Thomas von Aquin (1225–1274) ist trotz der achthundert dazwischen liegenden Jahre gross. Neben der aristotelischen wird die augustinische Lehre zum zentralen Gegenstand seiner Rezeption. Wie Augustinus baut Thomas auf den stoischen Begrifflichkeiten der «lex aeterna», «lex naturalis» und «lex humana» auf; diese erhalten aber eine neuartige, nun unter aristotelischem Einfluss stehende Interpretation. Thomas betrachtet die Vernunft als Massprinzip menschlichen Handelns, welches durch die Willenskraft in Handlung umgesetzt wird.¹³⁴ Er beschreibt das Gesetz als eine Weisung der Vernunft durch einen Vorgesetzten, durch welche die Untergebenen geleitet werden.¹³⁵ Die «lex aeterna» bezeichnet Thomas als den

Plan der göttlichen Weisheit, insofern sie alle Akte und Bewegungen lenkt.¹³⁶

Obwohl die «lex aeterna» durch die Menschen nicht erkannt werden kann, bildet sie die Grundlage für die Ableitung der anderen Gesetze.¹³⁷

Die «lex naturalis» wiederum beschreibt er als die Teilhabe an der «lex aeterna»:

Und diese Teilnahme der vernunftbegabten Kreatur am Ewigen Gesetz heisst «Naturgesetz».¹³⁸

Diese Teilhabe an der «lex aeterna» stellt keine im stoischen Sinne verstandene Teilhabe an der göttlichen Vernunft beziehungsweise ein Glied dieser Vernunft dar. Thomas definiert die «lex naturalis» primär durch die Befähigung der menschlichen Vernunft, das Gute und das Böse zu erkennen. Er spricht vom

¹³³ AUGUSTINUS, Vom Gottesstaat, Buch 19, Kap. 16, S. 560.

¹³⁴ MANDRELLA 2012/13, S. 1.

¹³⁵ THOMAS VON AQUIN 1996, I–II, Frage 92, Art. 1, S. 51.

¹³⁶ Ebd., Frage 93, Art. 1, S. 63.

¹³⁷ LIPPERT 2000, S. 119 f.

¹³⁸ THOMAS VON AQUIN 1996, I–II, Frage 91, Art. 2, S. 33.

Licht der natürlichen Vernunft; denn durch dieses unterscheiden wir, was gut ist und was böse ist; und das ist nichts anderes als der Abglanz des göttlichen Lichtes in uns.¹³⁹

Die «*lex humana*» umfasst nach Thomas das in einer Gesellschaft tatsächlich praktizierte Recht und soll die verschiedenen menschlichen Angelegenheiten untereinander regeln. Es muss in Einklang mit der «*lex naturalis*» stehen; diese hat jedoch nicht die Funktion eines hierarchisch übergeordneten Gesetzes.¹⁴⁰ Und doch darf das menschliche Gesetz nicht vom natürlichen Gesetz abweichen, da es sonst den Charakter eines Gesetzes verlöre.¹⁴¹ An diesen inneren Zusammenhang knüpft Thomas zumindest einen Strafzweck, indem er davon ausgeht, dass der Mensch durch die Unterwerfung unter die Gesetze seiner eigenen Vernunft folge und sich im Verbrechen in einen Widerspruch zu dieser stelle. Da er auf diese Weise die vernünftige Ordnung negiere, solle er seinerseits durch die Strafe Negation erfahren. Die Notwendigkeit der Strafe folgt also aus dem Begriff der gesetzlichen Ordnung des Verbrechens selbst.¹⁴² Thomas fordert hier, dass die verbrecherische «*actio*» im Sinne der Wiedervergeltung mit der zugefügten «*passio*» übereinstimmen müsse. Der Zweck der Strafe liegt folglich hauptsächlich in der Aufrechterhaltung der durch die «*lex humana*» begründeten Ordnung und steht unter dem Massprinzip der Wiedervergeltung.¹⁴³

Bei Thomas von Aquin können wir aber auch präventive Strafzwecke finden. Die Strafe wird in einer Reihe von relativen Zwecken begründet, die er unter dem Titel «*poena medicinalis*» («*medizinische Strafe*») zusammenfasst. Es handelt sich dabei um drei verschiedenartige Zwecke. So ist Strafe im Sinne der «*medicina sanativa peccati praeteriti*» dazu bestimmt, die Wunden zu heilen, die der Verbrecher seiner Seele durch die Straftat zugefügt hat; aber auch die Wunden all derer, für die die Straftat ein Ärgernis war.¹⁴⁴ Sodann ist die Strafe «*medicina praeservativa a peccato futuro*», insofern sie abschreckt, und «*medicina promotiva in aliquod bonum*», sofern sie bessert.¹⁴⁵

¹³⁹ Ebd., Frage 91, Art. 2, S. 33.

¹⁴⁰ BÖCKENFÖRDE 2006, S. 233.

¹⁴¹ THOMAS VON AQUIN 1996, I–II, Frage 95, Art. 2, S. 113.

¹⁴² BRANDS 1908, S. 43.

¹⁴³ Nachweis bei MAIHOLD 2005, S. 152; BRANDS 1908, S. 37.

¹⁴⁴ Ebd.

¹⁴⁵ Ebd.

C. Der Strafzweck im Theoriediskurs der Frühneuzeit und Aufklärung

Mit Beginn der Neuzeit, im Humanismus und im Zusammenhang mit der Aufklärung vollzog sich ein Wandel im Denken über Strafe und Strafzweck. Zum einen blieb die Straftheorie noch religiös fundiert, zum anderen lösten sich Strafrechtsdenker davon und führten die Diskussion über Strafe und Strafrecht unabhängig von den religiösen Auseinandersetzungen der Zeit. Der Mensch sollte aus der mittelalterlichen autoritativen Gebundenheit herausgelöst werden. Stand im alten Recht bei der Ahndung der Verstöße gegen die religiöse, soziale und moralische Ordnung nicht die Besserung des Täters, sondern die Wiederherstellung des Rechts im Fokus, richtete sich im Humanismus und in der frühen Aufklärung das Augenmerk der Strafrechtsdenker auf die Besserung des Täters. Ziel war der Rückgang der Kriminalität und die materielle Wiedergutmachung des gesellschaftlichen Schadens, den der Täter angerichtet hatte.¹⁴⁶

1. Benedikt Carpzov

Der während der Reformationszeit einflussreiche Rechtsgelehrte Benedikt Carpzov der Jüngere (1595–1666) galt bis über die Mitte des 18. Jahrhunderts hinaus als einer der bedeutendsten Kriminalisten Europas.¹⁴⁷ Seine Position zur Strafe ist geprägt von einem grundsätzlichen Dualismus zwischen einer göttlichen Begründung und – im Sinne der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung – utilitaristisch ausgerichteten Strafzwecken.¹⁴⁸ Carpzovs theokratische Straftheorie hat ihren Ausgangspunkt im lutherischen Protestantismus.¹⁴⁹ Deviantes Verhalten wird als Verstoß gegen die göttliche Ordnung verstanden und zieht eine göttliche Bestrafung nach sich. Die staatliche Strafautorität versteht Carpzov als von Gott eingesetzte und legitimierte Autorität, welche durch die Strafverfolgung den Zorn Gottes abzuwenden vermag.¹⁵⁰ Carpzov vergleicht seine Grundposition hinsichtlich des Zwecks der Strafe mit dem Umgang des Arztes mit dem Körper:

¹⁴⁶ Van Dülmen nennt hier die Einrichtung von Zucht- und Arbeitshäusern. Das System der Körperstrafen in der Gerichtspraxis und der Hinrichtungsrituale unterwarfen die Strafrechtsdenker erstmals einer Kritik. VAN DÜLMEN 2014, S. 7 ff., S. 184 f.; MEDER 2017, S. 209 f.

¹⁴⁷ SCHAFFSTEIN 2000, S. 20; im Ganzen JEROUSCHEK/SCHILD/GROPP 2000.

¹⁴⁸ HÄRTER 2000, S. 184.

¹⁴⁹ Ebd.

¹⁵⁰ Ebd.

Ebenso wie einem Arzt viele Todesfälle abträglich sind und derjenige, der die Krankheit abhält und verhindert, höheres Ansehen genießt als derjenige, der die eingetretene Krankheit mit Heilmitteln vertreibt, ist viel besser, wenn erreicht wird, daß keine Straftaten begangen werden, als wenn begangene Taten mit schweren Strafen belegt werden [...]. Eben dies geschieht, wenn die für das öffentliche Wesen Verantwortlichen jene Ursachen, aus denen sie Übeltaten am ehesten hervorgehen sehen, entweder – falls möglich – beseitigen oder aber nach Kräften unterdrücken und vermeiden [...].¹⁵¹

Daraus folgt eine dreifache Bestimmung seiner Strafzwecklehre: Der erste Zweck besteht in der Aufrechterhaltung der Ordnung des Staates beziehungsweise des Gemeinwesens; der Magistrat im Sinne der staatlichen Autorität müsse seine Position unbeeinträchtigt erhalten können.¹⁵² Der zweite von Carpzov definierte Zweck zielt auf die Besserung des Straftäters. Das strafbare Verhalten solle möglichst schnell korrigiert werden und so zusätzlich zur allgemeinen Sittlichkeit in der Gesellschaft beitragen.¹⁵³ Der dritte genannte Zweck zielt auf die allgemeine Abschreckung. Die Strafe solle in der breiten Öffentlichkeit wahrgenommen werden und die Furcht vor ihr die Leute davon abhalten, entsprechende Straftaten zu begehen.¹⁵⁴ Trotz der noch stark theokratisch gefärbten Strafauffassung wendet sich Carpzov bereits in die Richtung eines modernen Strafrechtsdenkens. Dies drückt sich vor allem in seinen utilitaristisch am Gemeinwohl und an der öffentlichen Ordnung orientierten general- und spezialpräventiven Strafzwecken aus.¹⁵⁵

2. Hugo Grotius, Thomas Hobbes und John Locke

Hugo Grotius (1583–1645), der an die aristotelisch-thomistische Naturrechtstradition anknüpft, war ein Wegbereiter der Aufklärung und gilt als Gründungsvater dieses modernen Naturrechtsdenkens.¹⁵⁶ Er entwickelte seine Gedanken in dem geistig freieren Klima der Niederlande und nicht in den von religiösen Auseinandersetzungen und Dogmen geprägten deutschen Territorien. Grotius bemüht sich um eine von konfessionellen Positionen befreite Rechts- und Staatsordnung. Die Aussage Grotius', wonach das Naturrecht auch dann gelte, wenn es keinen Gott gebe, machte den Weg frei, unbehelligt

¹⁵¹ CARPZOV 1998, Frage 101, Rn. 1.

¹⁵² Ebd., Rn. 11.

¹⁵³ Ebd., Rn. 13.

¹⁵⁴ Ebd., Rn. 16.

¹⁵⁵ HÄRTER 2000, S. 187.

¹⁵⁶ RÜPING 2011, Rn. 151; MEDER 2017, S. 265 ff.

von Konfessionszugehörigkeiten eine universale Friedensordnung durchzusetzen.¹⁵⁷ Basis sind nun die menschliche Vernunft sowie die soziale Veranlagung des Menschen beziehungsweise sein Streben nach einem friedlichen und geordneten Zusammenleben («appetitus societatis»¹⁵⁸). Dieses Konzept führte paradigmatisch in das Strafrechtsdenken der neueren Zeit, welches sich in der gesamten Aufklärungszeit etablieren wird.

Seine Ausführungen zur Strafe beginnt Grotius nicht mit Gedanken zu ihrem Zweck, sondern mit solchen zu ihrer Gerechtigkeit, indem er die Bestrafung für begangenes Unrecht als aus der Natur heraus für gerecht und legitim erklärt.¹⁵⁹ Die Strafe erfolgt als zwangsläufige Reaktion auf einen Normbruch, ist also in diesem Sinne vergeltungsorientiert.¹⁶⁰ Diese Legitimation allein rechtfertigt die Strafe aber nicht; es müsse mit ihr vielmehr zugleich ein bestimmter Zweck verfolgt werden. Grotius knüpft dabei an die präventiven Strafkonzeppte Platons, Aristoteles' und Senecas an, auf die er sich in seiner Schrift explizit bezieht.¹⁶¹ Nach Grotius ist

der Mensch dem anderen so verwandtschaftlich verbunden, dass er ihm nur schaden darf, um einer guten Folge willen.¹⁶²

Und mit Bezug auf die Scholastik heisst es,

die Absicht des Strafenden dürfe sich nicht mit dem Übel der Andern begnügen.¹⁶³

Die Strafe aus Rache bezeichnet Grotius gar als einen der Vernunft zuwiderlaufenden Akt:

[J]e weniger deshalb ein Mensch des Gebrauchs der Vernunft mächtig ist, desto mehr neigt er zur Rache.¹⁶⁴

¹⁵⁷ RÜPING 2011, Rn. 152.

¹⁵⁸ Vgl. AURE 2008, Abschnitt 17; SCHNEPF 1998, S. 8.

¹⁵⁹ GROTIUS 1869, Buch II, Kapitel XX, § I, S. 41.

¹⁶⁰ Ebd.

¹⁶¹ Ebd., § IV, S. 47 f.

¹⁶² Ebd., S. 46.

¹⁶³ Ebd., S. 48.

¹⁶⁴ Ebd., § V, S. 49.

Als Zwecke lässt Grotius gelten: die Besserung des Täters, die Sicherung vor ihm sowie die Abschreckung der anderen. Legitimiert sei die Strafe bereits dann, wenn einer dieser Zwecke erfüllt sei.¹⁶⁵

Die frühneuzeitliche Position des englischen Staatstheoretikers und Philosophen Thomas Hobbes (1588–1679) gründet auf einer wertphilosophisch-erkenntnistheoretischen und einer anthropologischen Prämisse.¹⁶⁶ Die erstere kritisiert die Inhalte der Naturrechtstradition und setzt sich für die Überzeugung ein, dass Gerechtigkeit nie vor oder über dem Staat existiere, sondern nur innerhalb seiner Rechtsordnung geschaffen werde.¹⁶⁷ Demnach werden Normen erst von Menschen gesetzt und haben keine vorstaatliche Existenz. Hobbes unternimmt folglich eine naturrechtliche Begründung des positiven Rechts.¹⁶⁸ Der Gesetzesgehorsam wird formal aus dem Befehl des Herrschers und nicht aus dem Wahrheitsgehalt des Befohlenen begründet.¹⁶⁹ Hobbes' zweite Annahme wird durch seine pessimistische Anthropologie verkörpert. Unter dem Eindruck der Jahre des Englischen Bürgerkriegs (1642–1649) erfährt Hobbes das menschliche Wesen als von Natur aus selbsterhaltungs- und machtgetrieben und das menschliche Leben als einsam, armselig, ekelhaft, tierisch und kurz.¹⁷⁰ Ausgehend von diesem Menschenbild definiert er seinen berühmten Urzustand eines «Krieges eines jeden gegen jeden» («bellum omnium contra omnes»).¹⁷¹ Die schlechten Eigenschaften der Individuen müssen durch die staatliche Macht im Zaum gehalten werden. Hobbes spricht davon, dass dieser Zustand des Krieges aller gegen alle nur durch die Zwangsgewalt des Staates gebannt werden könne.

Auf diesen Grundpositionen Hobbes' gründet auch sein Strafverständnis. Hobbes sieht demnach in der Strafe den alleinigen Zweck der Abschreckung, sie soll den potentiellen Täter von der Straftat abhalten:

Eine Strafe ist ein Übel, das die öffentliche Autorität demjenigen auferlegt, der getan oder unterlassen hat, was diese Autorität als Gesetzesübertretung beurteilt, und zwar zu dem Zweck, den menschlichen Willen zum Gehorsam anzuhalten.¹⁷²

¹⁶⁵ Ebd., § VIII, S. 53 f.

¹⁶⁶ DANNECKER 1993, S. 66.

¹⁶⁷ Ebd.; zu Hobbes siehe MAHLMANN 2021b, Rn. 3 ff. zu § 5.

¹⁶⁸ WELZL 1962, S. 116.

¹⁶⁹ DANNECKER 1993, S. 67.

¹⁷⁰ HOBBS 2017, Kap. 13, S. 94 ff.

¹⁷¹ Ebd., S. 96, S. 98.

¹⁷² Ebd., Kap. 28, S. 237. [Hervorhebung im Original]

Und:

[...] der Zweck der Strafe [ist] nicht Rache, sondern Abschreckung [...].¹⁷³

Die Strafe dient bei Hobbes zudem der Machterhaltung des Herrschers, da die alleinige gesellschaftsvertragliche Bindung zu schwach ist. Mit dieser Haltung steht Hobbes vorerst auf dem Boden einer reinen relativen Straftheorie.

Im Unterschied zu Hobbes entwirft der gleichfalls als Vordenker der Aufklärung geltende John Locke (1632–1704) ein positives Menschenbild;¹⁷⁴ er geht von einem Naturzustand aus, in welchem der Mensch frei, gleich und nur dem Gesetz der Natur, namentlich der Vernunft, unterworfen ist:

Im Naturzustand herrscht ein natürliches Gesetz, das jeden verpflichtet. Und die Vernunft, der dieses Gesetz entspricht, lehrt die Menschheit, wenn sie sie nur befragen will, daß niemand einem anderen, da alle gleich und unabhängig sind, an seinem Leben und Besitz, seiner Gesundheit und Freiheit Schaden zufügen soll.¹⁷⁵

Dieser Vorstellung vom Naturzustand ist allerdings die stete Unsicherheit inhärent, dass einzelne Personen versuchen, diesen Gleichheitszustand zu missachten und andere zu beherrschen. Folglich schliesst sich der Mensch zur Sicherung und Beibehaltung dieses Zustandes mit anderen zusammen.¹⁷⁶ Dabei überträgt er seine beiden originär erworbenen Gewalten («powers») beim Zusammenschluss der Gesellschaft auf den Staat. Zum einen ist dies das Recht, alles zu tun, was der eigenen Selbsterhaltung sowie der aller Mitglieder der Gesellschaft förderlich ist.¹⁷⁷ Zum anderen ist es das Recht auf die Bestrafung begangener Rechtsverletzungen.¹⁷⁸ Während dieses zweite Naturrecht vollständig und uneingeschränkt dem Staat übertragen wird, wird ersteres unter dem Vorbehalt des Zwecks der Selbsterhaltung sowie des Erhalts der übrigen Gesellschaft begrenzt.¹⁷⁹ Locke betrachtet die Staatsgewalt folglich als eine ursprünglich individuelle Befugnis, welche an die staatliche Autorität übertragen wird. Er spricht in diesem Zusammenhang auch von einem natürlichen Strafrecht, welches es jedem Menschen im Naturzustand mangels übergeordne-

¹⁷³ Ebd., S. 238.

¹⁷⁴ Zu Locke s. MAHLMANN 2021b, Rn. 22 ff. zu § 5.

¹⁷⁵ LOCKE 2020, II. Buch, 2. Kap. § 6, S. 203.

¹⁷⁶ Ebd., 9. Kap. § 123, S. 278.

¹⁷⁷ Ebd., § 129, S. 280.

¹⁷⁸ Ebd., § 130, S. 280 f.

¹⁷⁹ Ebd., § 129, S. 280.

ter Institutionen erlaube, einen gegen das Naturrecht verstossenden Täter zu bestrafen. Der Strafende muss dabei allerdings eine begründete Überzeugung haben, dass der Täter auch wirklich sträflich gehandelt hat; Bestrafungen auf der Basis des Verdachts wären im Naturzustand kontraproduktiv.¹⁸⁰ Dabei erfolgt die Autorisierung zur Bestrafung aus der Tat selber:

Mit seiner Übertretung des natürlichen Gesetzes erklärt der Missetäter, nach einer anderen Vorschrift als der der Vernunft und allgemeinen Gleichheit zu leben, die Gott den Menschen zu ihrer gegenseitigen Sicherheit als Maßstab für ihre Handlungsweise gesetzt hat. Er wird eine Gefahr für die Menschheit, denn er lockert und zerreißt jenes Band, das sie vor Ungerechtigkeit und Gewalttätigkeit schützen soll.¹⁸¹

Dies erfolgt mit der gleichen Strenge, wie sie auch der staatlichen Strafe zukommt:

[...] in dem Maße und mit genau der Strenge bestraft [...], wie erforderlich ist, daß sie dem Verbrecher teuer zu stehen komme und ihn zur Reue bewege, daß sie andere aber gleichzeitig davon abschrecke, eine ähnliche Tat zu begehen. Jedes Verbrechen, das im Naturzustand begangen werden kann, darf im Naturzustand genauso und mit derselben Strenge wie in einem Staate bestraft werden.¹⁸²

Locke erwähnt als Strafzwecke kompensatorische und präventive Zwecke und schreibt, dass derjenige, der einen Verbrecher gefasst hat,

[...] nur soweit Vergeltung an ihm [dem Verbrecher] üben [darf], wie ihm ruhige Überlegung und sein Gewissen vorschreiben und wie es in einem ausgewogenen Verhältnis zu der Übertretung steht, d. h. wie es der Wiedergutmachung und der Abschreckung dienen kann. Denn das sind die einzigen Gründe, aus denen ein Mensch einem anderen rechtmäßigen Schaden zufügen darf.¹⁸³

Zudem integriert Locke in seinen natürlichen Strafbegriff moralische Elemente, die sich «um den Begriff der <verdienten Strafe> gruppieren»¹⁸⁴. Danach soll es auch im Naturzustand eine gültige Auffassung darüber geben, was gerechte Strafen sind. Diese moralischen Elemente überträgt Locke *mutatis*

¹⁸⁰ WOLF 2006, S. 223 f.

¹⁸¹ LOCKE 2020, II. Buch, 2. Kap. § 8, S. 204. [Hervorhebung im Original]

¹⁸² Ebd., § 12, S. 206 f. [Hervorhebungen im Original]

¹⁸³ Ebd., § 8, S. 204. [Hervorhebungen im Original]

¹⁸⁴ WOLF 2006, S. 224. [Hervorhebung im Original]

mutandis auf die staatliche Strafe in der «civil society». ¹⁸⁵ Hier soll Strafe vor staatlicher Instrumentalisierung schützen und kompensatorischen und präventiven Zwecken Grenzen ziehen. ¹⁸⁶

3. Samuel von Pufendorf und Christian Thomasius

Der von Hobbes und Grotius beeinflusste Samuel von Pufendorf (1632–1694) wird 1661 in Heidelberg auf den ersten Lehrstuhl für Natur- und Völkerrecht berufen. Er entwickelt ein allgemeines naturrechtliches System. Aus seinem Hauptwerk *De iure naturae et gentium libri octo*, das er in Schweden verfasste (dt. *Acht Bücher vom Natur- und Völker-Rechte*, Augsburg 1711), geht hervor, wie ein aus der Beobachtung gewonnenes Bild ihm dazu dient, konkrete Naturrechtssätze zu formulieren. ¹⁸⁷ Aus der «imbecillitas», der Hilflosigkeit des auf sich allein gestellten Menschen, erfolgt die «socialitas», die Pflicht, mit anderen in Gemeinschaft zu leben und ihre Interessen zu fördern. ¹⁸⁸

Im Ausgang von diesem Staats- und Gesellschaftsvertragsmodell, nach dem jedermann dazu verpflichtet ist, dem Staat zu dienen und alles zu unterlassen, was der Gemeinschaft zuwiderlaufen könnte, gelingt es Pufendorf, den theoretischen Strafauffassungen seiner Zeit eine säkularisierte Straftheorie gegenüberzustellen. Die Strafe betrachtet er nach an ihrer Nützlichkeit ausgerichteten Zwecken. Wiedervergeltung lehnt er dezidiert ab. Die Strafe müsse immer einen auf die Zukunft gerichteten Zweck haben:

Man hat zwar bey denen Straffen auch allerdings auff begangenes Laster zu sehen/ weil sonst gar keine Straffe seyn würde/ doch muß man darbey auch einen zukünftigen Zweck suchen/ damit man einem zwar schuldigen/ doch uns verwandten Menschen/ nicht umsonst weh thun/ wegen solcher Sachen/ die nicht mehr geändert oder gebessert werden können. ¹⁸⁹

Pufendorf geht davon aus, dass die Strafandrohung selbst bereits eine grosse präventive Kraft besitze. Im Unterschied zu der später auf dieser These aufbauenden «Theorie des psychologischen Zwangs» von Paul Johann Anselm von Feuerbach spricht Pufendorf bereits von der Wirkung moralischen Zwangs auf die Willensentscheidung, ¹⁹⁰ dennoch sieht er die eigentliche Funktion der

¹⁸⁵ Ebd.

¹⁸⁶ WOLF 2006, S. 224.

¹⁸⁷ WELZL 1962, S. 139; MEDER 2017, S. 269 f.

¹⁸⁸ WELZL 1962, S. 139.

¹⁸⁹ PUFENDORF, *De iure*, VIII. Buch, Kap. III, § VIII, <776 f.>; zitiert nach VORMBAUM 1998, S. 58 f.

¹⁹⁰ WELZL 1958, S. 94 f.

Strafe im Wesentlichen in ihrer tatsächlichen Verhängung.¹⁹¹ Konkret erkennt er die folgenden drei Zwecke in seiner allein auf präventive Ziele ausgerichteten Straftheorie: Der erste und der zweite Zweck beinhalten einen Nutzen für alle.¹⁹² Für den Verbrecher selbst, indem er gebessert oder von weiteren Delikten abgehalten wird, und für die Allgemeinheit, indem durch allgemeine Abschreckung die Sicherheit gewährleistet werden kann:

Ubrigens ist der richtige Zweck derer Straffen die Verhütung künftiger Beleidigungen/ welcher erreicht werden kan/ wenn die Verbrecher entweder gebessert/ oder andere durch ihre Bestrafung/ von gleichen Missethaten abgeschreckt/ oder auch die ersten dermassen angegriffen werden/ daß sie das einmal geübte nicht mehr begehen können.¹⁹³

Der dritte Zweck hat den Schutz des Geschädigten im Fokus:

Der ander Zweck der Straffe ist der Nutzen dessen/ dem an Unterlassung deß Verbrechens gelegen gewesen/ das ist/ der dadurch beleidigt worden/ und zu versichern ist/ daß er forthin nicht mehr dergleichen erfahren solle.¹⁹⁴

Pufendorfs Straftheorie erfährt ihre konsequente Anwendung bei der Strafzumessung. Es gibt kein von Natur aus gerechtes Strafmaß. Die Strafe muss sich stets am Endzweck und an den im Täter dafür angelegten Voraussetzungen orientieren. Sie ist zu hart, wenn der Zweck auch durch mässigere Mittel erreicht werden kann, und sie fällt zu milde aus, wenn sie ihren Zweck verfehlt.¹⁹⁵

Unter dem Einfluss von Grotius, Hobbes, Pufendorf und John Locke bekämpfte der deutsche Jurist und Philosoph Christian Thomasius (1655–1728) den theokratischen Einfluss auf das Strafrecht und die damit zusammenhängenden strafrechtlichen Praktiken. So formuliert er in seiner Schrift *De crimine bigamiae* den Standpunkt, dass die Doppelehe zwar gegen positives göttliches Recht verstosse, nicht jedoch gegen das aus der menschlichen Vernunft entspringende Naturrecht.¹⁹⁶ In seiner Dissertation *An haeresis sit crimen?* (1697) äussert er sich in Bezug auf den Tatbestand der Ketzerei: Gemessen an den Kriterien eines vernunftbegründeten Naturrechts könne diese nur dann eine Bestrafung nach sich ziehen, wenn weltliche Strafzwecke tangiert seien, also

¹⁹¹ Ebd., S. 95.

¹⁹² PUFENDORF, *De officio*, II. Buch, Kap. 13, § 7, S. 169.

¹⁹³ PUFENDORF, *De iure*, VIII. Buch, Kap. 3, § 9, <778>, zitiert nach VORMBAUM 1998, S. 59.

¹⁹⁴ Ebd., § 11, <782>, zitiert nach VORMBAUM 1998, S. 60.

¹⁹⁵ WELZL 1958, S. 95.

¹⁹⁶ STEINBERG 2004, S. 58.

die soziale Ordnung dadurch gestört werde.¹⁹⁷ Dabei weitete er den Säkularisierungsgedanken auch theoretisch aus, indem er die in der Sittenlehre etablierten Gedanken der Scheidung von Recht und Moral mit der säkularisierten Strafzwecktheorie verband.¹⁹⁸ Später übertrug Thomasius den Säkularisierungsgedanken auch auf die Zauberei¹⁹⁹ und die Hexerei²⁰⁰. Zu einer vollständigen Säkularisierung kommt es jedoch in seinem Rechtsdenken nicht; gewisse alttestamentliche Vorschriften hinsichtlich des Totschlags und einiger Sexualdelikte anerkennt er weiter als bindende Rechtsquellen. Allerdings könne der regierende Fürst von einer Strafe absehen, wenn durch sie der innere Frieden gefährdet würde.²⁰¹

Im Zentrum seiner Lehre stehen die Werke *Institutiones jurisprudentiae divinae* von 1688 und *Fundamenta juris naturae et gentium* von 1705 (dt. *Grundlehren des Natur- und Völkerrechts*, Halle 1709). Während Thomasius in den *Institutiones* noch die Furcht des Menschen vor dem eigensüchtigen Anderen und das Angewiesensein auf äussere Güter als Staatsgründungsmotive angibt, spricht er in den *Fundamenta* von einem aggressiven menschlichen Streben als Motiv zum gesellschaftlichen Zusammenschluss.²⁰² Ebenso stellt er in den *Fundamenta* den in den *Institutiones* beschriebenen klassischen Vertragsgedanken (der «socialitas» bei Pufendorf ähnlich) infrage. In seinem Normverständnis unterscheidet Thomasius in den *Fundamenta* zwischen inneren Pflichten («honestum»)²⁰³, äusseren Pflichten («iustum»)²⁰⁴ und Regeln des Anstands und der Sitte («decorum»)²⁰⁵ und hat die Erzwingbarkeit als entscheidendes Kriterium der Rechtlichkeit im Blick. Die äusseren Pflichten sind durch ihre Durchsetzbarkeit charakterisiert.²⁰⁶ Die Durchsetzbarkeit erfordert ein staatliches Herrschaftsverhältnis, welches den Gewaltunterworfenen durch Furcht von der Begehung einer Straftat abhalten soll. Aus diesem Recht, Strafe zu verhängen, folgt die Pflicht, Strafe zu erdulden.²⁰⁷ Der enge Zusammenhang zwischen Strafe und Staatsgedanken ergibt in Bezug auf den Straf-

¹⁹⁷ RÜPING 2008, S. 111.

¹⁹⁸ STEINBERG 2004, S. 186.

¹⁹⁹ Ebd., S. 187.

²⁰⁰ Ebd.

²⁰¹ THOMASIUS 1998, Buch III, Kap. 7, §§ 129–139; in: VORMBAUM 1998, S. 78 ff.

²⁰² THOMASIUS 2003, Buch III, 6. Hauptstück, §§ 2–8.

²⁰³ Ebd., Buch I, 5. Hauptstück, § 8, 13: «angeborene Verpflichtung».

²⁰⁴ Ebd., § 16: «äusserliche Verpflichtung».

²⁰⁵ Ebd., § 47: «Anständigkeit».

²⁰⁶ RÜPING 2008, S. 109.

²⁰⁷ THOMASIUS 1998, Buch III, Kap. 7, § 68.

zweck, dass Strafe nicht mehr zwangsläufig eine vergeltende Reaktion auf den Normbruch darstellt, wie dies noch bei Grotius der Fall war. Wie bereits bei Hobbes und Pufendorf gründet der Strafzweck bei Thomasius auf Nützlichkeitsabwägungen und erscheint damit von jeder Form der Transzendenz befreit:

Für den Herrscher, der die Strafe verhängt, gilt als allgemeine Regel: *Bestrafe Verbrecher, soweit dies zum Wohl des Staates erforderlich ist.* Genauso ist es die Pflicht des Arztes, dem Kranken Heilmittel zu verschreiben, soweit dies zur Erlangung der Gesundheit erforderlich ist.²⁰⁸

Strafe soll sich ihrem Hauptzweck nach generalpräventiv im Sinne der Besserung nicht nur an den Täter, sondern an die Allgemeinheit richten:

Was aber Sühne, Sicherung und Besserung angeht, so wird zweierlei zu beweisen sein: zunächst daß von diesen Zwecken die Besserung, und zwar nicht diejenige des Täters, sondern diejenige der Allgemeinheit der Bürger Hauptzweck der Strafe im eigentlichen Sinne sei, sodann, daß daneben die übrigen Zwecke als Sekundärzwecke bestehen bleiben.²⁰⁹

Thomasius' Strafzwecklehre ist dabei nicht einseitig utilitaristisch und nur an der Staatsräson ausgerichtet.²¹⁰ Eine den Strafbegriff begrenzende Verhältnismäßigkeit folgt dabei nicht aus dem Begriff der Strafe selbst, sondern unter anderem aus Gründen der Humanität und der praktischen (Staats-)Klugheit.²¹¹

Wenngleich Thomasius in den *Fundamenta juris naturae et gentium* kein eigenständiges, in sich geschlossenes Strafrechtssystem zu entwickeln vermochte, so gelang es ihm doch, punktuell einzelne strafrechtliche Forderungen aufklärerischer Vernunft zu etablieren.²¹²

4. Charles-Louis de Montesquieu und Cesare Beccaria

Ein prominenter Verfechter der Aufklärung in Frankreich ist neben dem Philosophen Jean-Jacques Rousseau (1712–1778) zweifellos der Staatstheoretiker Charles-Louis de Montesquieu (1689–1755). Seine Werke entstehen unter der vorherrschenden Denkströmung der damaligen Naturrechtslehre. Einige we-

²⁰⁸ Ebd., Kap. 7, § 101. [Hervorhebung im Original]

²⁰⁹ Ebd., § 33.

²¹⁰ STEINBERG 2004, S. 58 f.

²¹¹ RÜPING 2008, S. 111.

²¹² Ebd., S. 112.

nige, aber wichtige Äusserungen zur Strafe und zu deren Zweck finden sich bereits in seiner Jugendschrift, den *Persischen Briefen*. Ausgangspunkt ist hier die Sage der Troglodyten, deren auf Tugendhaftigkeit beruhendes Miteinander durch eine Staatsmacht in Form eines verehrungswürdigen Weisen mit Krone abgelöst werden soll.²¹³ An diesem Beispiel illustriert Montesquieu seine nostalgische Vorstellung einer auf Tugend erbauten Ordnung, die besser und stabiler sei als eine Ordnung durch Zwang und Strafe.²¹⁴ Aus der Schlusspassage der Sage geht aber noch etwas anderes hervor: die Vision einer Gesellschaft, in der die Strafe immer seltener wird.²¹⁵

Montesquieu verweist in den *Persischen Briefen* dialogisch auf verschiedene wichtige Punkte seines Strafverständnisses, welches er in seinen später folgenden Werken weiter ausführt und differenziert. So schreibt Usbek an Rhedi, dass grausame Strafen dem Gesetzesgehorsam nicht förderlich seien. Weiter legt Montesquieu den Grundstein für seine später in *Vom Geist der Gesetze* (*De l'esprit de loi*, Genf 1748; erschien anonym, um die Zensur zu umgehen) differenziert behandelten Problembereiche der Strafe. Diese erstrecken sich vor allem auf den inneren Zusammenhang zwischen der Strafe und der Ausgestaltung eines politischen Systems beziehungsweise unterschiedlicher Regierungsformen.²¹⁶

Im Naturzustand Montesquieus – «avant l'établissement des sociétés» – gelten als ursprüngliche Naturgesetze das Streben nach Frieden, der Antrieb zur Nahrungssuche, das Gesetz der gegenseitigen Anziehung der Geschlechter und der Wunsch, in Gemeinschaft zu leben.²¹⁷ Sobald die Menschen in die Gesellschaft eintreten, verlieren sie ihre Gleichheit und treten in einen Kriegszustand ein. Daraus, so Montesquieu, entstünden die positiven Gesetze.²¹⁸ Vor diesem Grundverständnis der Gesellschaftsordnung hält Montesquieu im Hinblick auf die Strafe folgendes grundsätzliches Kriterium fest:

Jede Strafe, die sich nicht mit Notwendigkeit ergibt, ist ein Gewaltakt.²¹⁹

²¹³ CATTANEO 2002, S. 57.

²¹⁴ Ebd., S. 59.

²¹⁵ Ebd., S. 60.

²¹⁶ Ebd., S. 63.

²¹⁷ MONTESQUIEU 1951, Bd. 1, Buch I, Kap. 2, S. 13 f.

²¹⁸ Ebd., Buch I, Kap. 3, S. 14 f.

²¹⁹ Ebd., Buch XIX, Kap. 14, S. 421 f.

Zum Wesen der Strafe äussert sich Montesquieu sodann in verschiedenen Kapiteln des VI. Buches.²²⁰ Er kommt zurück auf seine Vorstellung eines Zusammenhangs zwischen der Strafform und der Regierungs- beziehungsweise Staatsform. Strenge Strafen verbindet er mit dem Prinzip der Angst im Despotismus, wohingegen in Monarchie und Republik moralische Antriebe wie Vaterlandsliebe oder die Furcht vor Schande eine hemmende Funktion hätten und die Höchststrafe in der Gesellschaft darin bestünde, überhaupt einer Straftat überführt zu werden.²²¹ Montesquieu rückt also die präventive Seite der Strafe in den Vordergrund. Weitsichtig, ja fast schon prophetisch ist Montesquieus daran anknüpfende Feststellung, wonach nicht die Milde der Strafe, sondern die Straflosigkeit für die Zunahme von Verbrechen verantwortlich sei.²²² Montesquieus humanistische Grundposition äussert sich aber auch in anderen Aussagen zur Strafe. Grausame Strafen, so Montesquieu, führten mangels Vollstreckungsmöglichkeit oft zu Straflosigkeit; solche Strafandrohungen seien letztlich unzweckmässig und wirkungslos,²²³ unter anderem auch deshalb, weil sich die Menschen an die Härte der Strafe gewöhnen könnten und der Gesetzgeber damit ständig gezwungen sei, die Strafe weiter zu verschärfen.²²⁴ Auch wenn sich Montesquieu in seinem Werk mit dem Zweck der Strafe nicht systematisch befasst, kann festgehalten werden, dass er zumindest auf Rache ausgelegte Vergeltung ausschloss und stattdessen eine Perspektive von Abschreckung und Besserung vertrat.²²⁵ Weitere Ausführungen Montesquieus betreffen das Verhältnis von Strafe und Verbrechen zueinander. Aus dem Präventionszweck müsse sich hier je nach Delikt eine proportionale Abstufung in der Straffolge ergeben. Vergeltung im Sinne der Talion weist Montesquieu als Strafzweck den despotischen Staaten zu, die sich mit möglichst einfachen Gesetzen begnügten und daher:

vielfach das Recht der Wiedervergeltung [anwendeten]. Auch gemäßigt regierte Staaten lassen es bisweilen zu, aber mit dem Unterschied, daß jene es ganz streng durchführen, diese es aber fast immer mildern.²²⁶

²²⁰ CATTANEO 2002, S. 72.

²²¹ MONTESQUIEU 1951, Bd. 1, Buch VI, Kap. 9, S. 118 f.

²²² Ebd., Kap. 12, S. 121 f.

²²³ CATTANEO 2002, S. 76.

²²⁴ MONTESQUIEU 1951, Bd. 1, Buch VI, Kap. 13, S. 123 f.

²²⁵ CATTANEO 2002, S. 77.

²²⁶ MONTESQUIEU 1951, Bd. 1, Buch VI, Kap. 19, S. 132.

Cesare Beccaria (1738–1794), ein bedeutender italienischer Rechtsphilosoph und Jurist der Aufklärungszeit, schuf mit seiner Abhandlung über Verbrechen und Strafen *Dei delitti e delle pene* (1764) ein bis heute bedeutendes kriminalpolitisches Manifest.²²⁷ Ähnlich wie Hobbes begründet Beccaria den Staat und das Recht auf einem Vertrag und setzt die zu erlangende Sicherheit als Motiv des Vertragsschlusses voraus.²²⁸ Während Hobbes jedoch die gesamte Freiheit des Individuums der Staatsgewalt anvertraut, gehen Beccarias Überlegungen in die Richtung, dass nur ein möglichst kleiner Teil der individuellen Freiheit zwecks Sicherheit des Rechtes preisgegeben werden soll.²²⁹ Diesen Freiheitsanteil der Menschheit zu treuen Händen eines Fürsten zu legen, genügt aber nicht; es bedarf darüber hinaus des Schutzes vor den «privaten Anmaßungen einzelner Menschen»²³⁰, die versucht sind, nicht nur den eigenen Teil zurückzuerobern, sondern sich auch der anderen Teile zu bemächtigen.²³¹ Das Instrument dafür sah Beccaria in der Strafe:

Man wollte fühlbare und hinreichende Motive haben, um den despotischen Geist eines jeden Menschen davor zu warnen, die Gesetze der Gesellschaft im vormaligen Chaos wieder untergehen zu lassen. Diese fühlbaren Motive sind die Strafen, die über den Gesetzesbrecher verhängt wurden.²³²

Eingebettet in das Ideengut der Aufklärungsphilosophie bezieht Beccaria seine Inspiration aus der Strafwirkung der negativen Generalprävention:

Besser ist es, den Verbrechen vorzubeugen als sie zu bestrafen. Dies ist der Hauptzweck der guten Gesetzgebung, die in der Kunst besteht, die Menschen zum größtmöglichen Glück oder zum geringstmöglichen Unglück zu führen, um alle Berechnung der Güter und der Leiden des Lebens mit einem einzigen Ausdruck zu bezeichnen.²³³

Er gelangt zu Ergebnissen, die das Strafrecht einerseits effektiver, lückenloser, mitunter auch härter machen, andererseits aber dort mildern, wo sich die bis dahin geläufigen Grausamkeiten des Straf- und Strafprozessrechts als irrational und nutzlos erwiesen haben:

²²⁷ AMBOS 2010, S. 504.

²²⁸ BECCARIA 1988, § II, S. 60.

²²⁹ Ebd.

²³⁰ Ebd., S. 59 f.

²³¹ Ebd.

²³² Ebd., § I, S. 58.

²³³ Ebd., § XLI, S. 167.

Damit eine Strafe ihre Wirkung habe, genügt es, daß sie ein Übel ist, welches den aus dem Verbrechen erwachsenden Vorteil überwiegt; und bei diesem Überschuß des Übels muß die Unausbleiblichkeit der Strafe und der Verlust des Vorteils, den das Verbrechen bringen mag, mitgerechnet werden. Was darüber hinausgeht, ist folglich überflüssig und somit tyrannisch.²³⁴

Im Resultat gelangt Beccaria zu einer utilitaristisch begründeten Ersetzung des grausamen religiösen Strafrechts durch ein säkulares und humaneres Strafrecht und fügt sich auf diese Weise in die Reihe zahlreicher anderer aufklärerischer Denker ein.²³⁵ Es sollen nach Beccaria nur diejenigen Handlungen bestraft werden, die dem Staat gefährlich sind, und es soll nur so viel Strafe verhängt werden, wie zur Erreichung des negativ-generalpräventiven Strafzwecks unumgänglich nötig ist. Zudem hat der Staat die Verpflichtung, auch durch andere Mittel als durch Strafe Verbrechen zu verhüten; beziehungsweise er hat zu prüfen, ob nicht andere Mittel diesem Zweck besser dienen und die Strafe in manchen Fällen besser wegfallen sollte.²³⁶

D. Der Strafzweck in der Philosophie der Utilitaristen

Die Philosophie der Utilitaristen entstand in England in der Phase der Frühindustrialisierung und sollte dazu beitragen, gerechtfertigte Prinzipien für Staat und Gesellschaft zu liefern, und zwar im Wesentlichen mit dem Ziel, die schlimmsten Auswüchse des rasanten technologischen und gesellschaftlichen Wandels zu begrenzen. Jeremy Bentham, John Stuart Mill und andere Vertreter des Utilitarismus lieferten die philosophische Basis bei der Transformation der bisherigen Lebensweisen - Dorf und Agrarwirtschaft - zur Grossstadt und Fabrik. Bentham wird ein grosser Einfluss auf den rechtswissenschaftlichen Diskurs des späten 19. Jahrhunderts zugeschrieben, insbesondere hinsichtlich seines Bestrebens, Rechtssicherheit zu schaffen und eine staatliche Rechtsordnung zu kodifizieren.²³⁷

²³⁴ BECCARIA 1988, § XXVII, S. 121.

²³⁵ AMBOS 2010, S. 504.

²³⁶ BECCARIA 1988, § XII, S. 83 f.

²³⁷ POLLARD 1992, S. 29 f.; SCHOFIELD 1992, S. 80; MEDER 2017, S. 277; KRAMER-MCINNIS 2008, S. 167 ff.

1. Jeremy Bentham

Auf den englischen Juristen und Philosophen Jeremy Bentham (1748–1832), einen prominenten Sozialreformer und Mitbegründer des Utilitarismus, gehen weitreichende Reformen im Straf- und Strafprozessrecht zurück.²³⁸ Sein utilitaristisches Gedankengut spiegelt sich in seinen Ausführungen zur Strafe wider. Nicht Rache und rückwärtsgewandte Vergeltung, sondern nur die Prävention von Übeln kann die Basis staatlichen Strafens sein – Spezialprävention gegenüber dem Täter, Generalprävention gegenüber allen Mitgliedern der Gesellschaft.²³⁹ Im Sinne des grössten Glücks der grössten Zahl von Menschen muss das Strafen einen Zustand nach sich ziehen, der insgesamt besser beziehungsweise weniger schlecht ist als die Folgen der Unterlassung von Strafe.²⁴⁰ Bentham betrachtet die Strafe als ein Übel und grenzt sich so von retributiven Strafauffassungen ab, nach denen verdiente Strafe als sittlich gut betrachtet wird.²⁴¹ Nicht Zurechnung und Schuld, sondern nur die Folgen des Strafens können einen Rechtfertigungsgrund für die Strafe bilden. Die Straftheorien der Aufklärungszeit speisen sich überwiegend aus Motiven, wie Bentham sie vertritt:

All punishment being in itself evil, upon the principle of utility, if it ought at all to be admitted, it ought only to be admitted in as far as it promises to exclude some greater evil.²⁴²

Der utilitaristische und folglich präventive Strafansatz richtet seine Folgen auf den Täter und die Allgemeinheit. Zum einen gelte es, den Täter von der Begehung weiterer Delikte abzuhalten. Dies soll nach Bentham gelingen, indem man ihm entweder einen Lustgewinn in Aussicht stellt oder ihm aber Furcht vor der Bestrafung einflösst.²⁴³ Zum anderen soll in der Gesellschaft eine möglichst breite Abschreckungswirkung entstehen, das heisst, die Strafe soll von möglichst vielen Personen als Exempel wahrgenommen werden. Die Nutzenmaximierung bezüglich der verhängten Strafsanktion zum daraus resultierenden Effekt sowohl auf den Täter als auch auf die Gesellschaft geht bei Bentham so weit, dass er bereit wäre, auf eine Strafsanktion ganz zu verzichten beziehungsweise

²³⁸ KRAMER-McINNIS 2008, vor allem Kap. 7: Strafrecht und Kriminalpolitik, S. 187 ff.

²³⁹ BENTHAM 1830, S. 19.

²⁴⁰ WOLF 1992, S. 38.

²⁴¹ Ebd., S. 41.

²⁴² BENTHAM 1830, S. 23.

²⁴³ WOLF 1992, S. 41.

hungsweise diese in andere Formen zu überführen, wenn dies die gleiche heilsame Wirkung nach sich zöge:

[...] die wirkliche Strafe sollte so klein als möglich sein, die scheinbare Strafe so groß als möglich sein. Wenn die Erhängung eines Mannes in effigie im Geist der Leute den selben heilsamen Eindruck des Schreckens hervorbringen würde, so wäre es Torheit oder Grausamkeit, einen Menschen jemals in persona zu hängen.²⁴⁴

Bentham macht auch vor rechtsstaatlichen Prinzipien nicht halt, indem er die Bestrafung Unschuldiger unter utilitaristischen Gesichtspunkten im Zweifelsfall für legitim hält.²⁴⁵

Sein konsequent utilitaristisches Verständnis von Strafe führt Bentham schliesslich zu modellhaften Entwürfen für ein Gefängnis, welches seinen Vorstellungen vom Strafvollzug gerecht werden soll. Es sei so zu konzipieren, dass eine ständige Überwachung durch eine einzige Person möglich sei.²⁴⁶ Durch Arbeit und strenge Disziplin sollen die Insassen unter Geringhaltung der Vollzugskosten resozialisiert werden. Dieses Gefängnismodell steht symbolisch für den utilitaristischen Ansatz, mit dem Bentham sich von den zu seiner Zeit vorherrschenden absoluten Straftheorien zu lösen versuchte.²⁴⁷

2. John Stuart Mill

Ausführungen zum Strafbegriff John Stuart Mills (1806–1873) sind in hohem Masse interpretationsbedürftig, da sich Mill zum Begriff der Strafe nicht konkret geäußert hat. Seine Philosophie ist geprägt von drei wesentlichen Elementen: dem Utilitarismus, dem Freiheitsprinzip (im Sinne einer strikten Einhaltung individueller Handlungsfreiheiten) und einem «spezifischen Menschenbild»²⁴⁸. Das Freiheitsprinzip wird bei Mill zu Grund und Grenze staatlicher Strafbefugnis. In seiner Schrift *On Liberty* (1859) behandelt er das Ausmass des staatlichen Einwirkens auf das Individuum, wobei er die Strafe als einen dafür paradigmatischen Fall nicht explizit thematisiert. Dennoch lassen sich seine möglichen Positionen zumindest skizzenhaft ableiten.²⁴⁹

²⁴⁴ Nachweis WOLF 1992, S. 41.

²⁴⁵ Ebd., S. 39.

²⁴⁶ Zum Panoptikum: KRAMER-MCINNIS 2008, S. 229 ff.; zu Plänen für Gefängnisse im 18. Jahrhundert vgl. FOUCAULT 2019, Abb. 15, 16, 17, ohne Seitenangabe.

²⁴⁷ BENTHAM 1830, S. 351 ff.

²⁴⁸ SEHER 2000, S. 19 f.

²⁴⁹ Ebd., S. 28.

In Bezug auf den Begriff der Strafe unterscheidet Mill zwischen unmoralischem und untunlichem Verhalten und setzt das unmoralische Verhalten als Kriterium für die Strafwürdigkeit eines Verhaltens ein. Dies erweckt den Anschein, als arbeite Mill mit einem engen, nämlich Strafwürdigkeit voraussetzenden Moralbegriff. Dieser Eindruck wird jedoch sogleich relativiert, wenn man sich vor Augen führt, dass Strafe für Mill nicht nur ein staatlicher Hoheitsakt ist; er subsumiert unter den Begriff der Strafe vielmehr auch Gewissensbisse oder soziale Missbilligung. Auf diese Weise erreicht Mill einen relativ grossen Deckungsbereich zwischen Tunlichkeit (im Sinne gebotenen Handelns) und Moralität, weil den allermeisten untunlichen Handlungen wenigstens ein schlechtes Gewissen folgen wird.²⁵⁰

Mill betrachtet die Pflicht («duty») als Wesensmerkmal im Zusammenhang mit einer Unrechtshandlung, was im Ergebnis bedeutet, dass nur das Nichteinhalten von moralischen Verpflichtungen ein strafbares Verhalten sein kann. Des Weiteren greift er eine traditionelle naturrechtliche Unterscheidung auf und gliedert moralische Verpflichtungen in vollkommene und unvollkommene Pflichten auf, wobei die Unterscheidung allein im Bestehen beziehungsweise Nichtbestehen eines entsprechenden Rechts einer anderen Person beruht.²⁵¹

Die Verletzung einer moralischen Verpflichtung bedingt Strafe. Diese Strafe muss bei Mill zwingend nach utilitaristischen Kriterien erfolgen. Staatliche Strafe kommt nur bei schwerwiegenderen moralischen Pflichtverletzungen in Betracht; dies führt zu der Problematik, dass moralische Verpflichtungen beziehungsweise deren Nichteinhaltung klassifiziert werden muss. Dabei sind unvollkommene Pflichten niedrigeren Ranges als vollkommene Pflichten, was bedeutet, dass staatliche Strafe nur bei Verletzung vollkommener Pflichten gefordert ist. Es bleibt die Frage, ob davon alle vollkommenen Pflichten betroffen sind. Denn auch die vollkommenen Pflichten bedürfen hinsichtlich ihrer Strafbarkeit einer Eingrenzung, um die Grenzen *gerechter* staatlicher Strafe aufzuzeigen, da rein utilitaristische Ansätze wegen ihres starken Bezugs auf den Nutzen und die Praxis nicht zielführend wären. Mill erweitert seinen impliziten Strafbegriff demzufolge um das Kriterium der Gerechtigkeit und kommt zu dem Schluss, dass nur moralische Pflichten, welche zugleich gegen ein Gerechtigkeitsgebot verstossen, eine staatliche Strafe nach sich ziehen. Das staatliche Freiheitsprinzip wird so zum Massstab für den Umfang und die Reichweite staatlichen Strafens. Einerseits legt es den Grund für staatliches

²⁵⁰ Ebd., S. 29; MILL 2006, S. 144.

²⁵¹ SEHER 2000, S. 30; MILL 2006, S. 148.

Strafen fest, indem es den Schutzbereich oberster Gerechtigkeitsprinzipien definiert,²⁵² andererseits begrenzt es die staatliche Strafe, indem es in Fällen weniger essenzieller Verstöße eine Zwangsausübung verbietet.²⁵³

E. Der Strafzweckgedanke von der Spätaufklärung bis zur Moderne

In der Spätaufklärung und nach der bürgerlichen Revolution setzte eine erneute Diskussion über die Strafzwecke ein. Die vor allem philosophisch geführten und begründeten Theorien setzten Rechtspolitiker und Juristen um. Die bereits in der Aufklärung begonnene Umwandlung brutaler Leibesstrafen in Strafen durch Wegsperrern in Umerziehungs- und Arbeitshäuser fand im 19. Jahrhundert eine Fortsetzung in Freiheitsstrafen (Gefängnisse) und Geldstrafen²⁵⁴ nach dem Konzept der «Sozialgefährlichkeit».²⁵⁵

1. Immanuel Kant

Immanuel Kants (1724–1804) Ausführungen zur Strafe sind in Anbetracht seines Gesamtwerkes knapp gehalten und in Interpretation und Rezeption umstritten.²⁵⁶ Kant kann die Position des klassischen Retributivismus zugeschrieben werden. Er stellt die Schuld als Bezugspunkt zur Strafe in den Mittelpunkt seiner Straftheorie:

Richterliche Strafe (*poena forensis*), die von der natürlichen (*poena naturalis*), dadurch das Laster sich selbst bestraft und auf welche der Gesetzgeber gar nicht Rücksicht nimmt, verschieden, kann niemals bloß als Mittel, ein anderes Gute zu befördern, für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er *verbrochen* hat; denn der Mensch kann nie

²⁵² SEHER 2000, S. 32 f., MILL 2006, S. 177.

²⁵³ Ebd.

²⁵⁴ PIETH 2020, S. 71.

²⁵⁵ Ebd., S. 73. Nach Michel Foucault beginnt die Geschichte des Strafwesens mit dem 19. Jahrhundert und gehört im Wesentlichen nicht zur «Geschichte der Moralvorstellungen»; sie sei vielmehr ein «Kapitel aus der Geschichte des Körpers». Der Körper werde nicht mehr gebrandmarkt, sondern «abgerichtet» und «zurechtgebogen» (im Gefängnis). Die Medizin als Wissenschaft halte Einzug in die Strafrechtspraxis (Ziel der Heilung); eine Veränderung im Strafrechtswesen gründe auf der Beziehung zwischen der politischen Macht und den Körpern. FOUCAULT 2015, S. 353 ff.

²⁵⁶ WOHLERS WENT 2011, S. 174 f. (mit weiteren Verweisen).

bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, wowider ihn seine angeborene Persönlichkeit schützt, ob er gleich die bürgerliche einzubüßen gar wohl verurteilt werden kann. Er muß vorher *strafbar* befunden sein, ehe noch daran gedacht wird, aus dieser Strafe einigen Nutzen für ihn selbst oder seine Mitbürger zu ziehen.²⁵⁷

Damit positioniert sich Kant gegen weit verbreitete aufklärerische Positionen, welche die Schuld hinter Nützlichkeitsaspekte als Bezugspunkt der Strafe zurücktreten lassen. Beccarias in *Dei delitti e delle pene* geäußerte Behauptungen zur Unrechtmässigkeit der Todesstrafe erfolgten nach Kant aus «aus teilnehmender Empfindelheit einer affektierten Humanität»²⁵⁸, dies alles sei «Sophisterei und Rechtsverdrehung»²⁵⁹. In seinen Ausführungen heisst es zum Talionsprinzip:

wenn es gleich nicht nach dem Buchstaben möglich sein kann, so kann es doch der Wirkung nach [sein];²⁶⁰

er folgt damit einer formalen Interpretation dieses Prinzips. Formal deshalb, weil Kant die Talion – also den Schuldausgleich – nur der Form nach gewährleistet sehen will. Er beschränkt sich jedoch nicht bei allen Delikten auf diese Vorstellung der Talion; bei einzelnen Deliktsformen stützt er sich auf eine materiale Form des Talionsprinzips. So schreibt er mit Blick auf die Straffolge bei Tötung:

Hat er aber gemordet, so muß er *sterben*.²⁶¹

Kant ging davon aus, dass das Talionsprinzip nicht dem Buchstaben nach zu erfüllen, aber gleichwohl durchzusetzen sei. Die staatliche Sanktion müsse als «allein proportionierlich mit der inneren Bösartigkeit der Verbrecher»²⁶² zu halten sein. Er veranschaulicht diese Ansicht an folgendem Beispiel:

Selbst, wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflösete (z. B. das eine Insel bewohnende Volk beschlösse, auseinander zu gehen, und sich in alle Welt zu zerstreuen), müßte der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das wi-

²⁵⁷ KANT 2018, S. 155. [Hervorhebung im Original]

²⁵⁸ Ebd., S. 159.

²⁵⁹ Ebd.

²⁶⁰ Ebd., S. 156. [Hervorhebung im Original]

²⁶¹ Ebd., S. 157. [Hervorhebung im Original]

²⁶² KANT 2018, S. 260. [Hervorhebung im Original]

derfahre, was seine Taten wert sind, und die Blutschuld nicht auf dem Volke hafte, das auf diese Bestrafung nicht gedungen hat; weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann.²⁶³

Auch den positiv-spezialpräventiven Resozialisierungsgedanken lehnt Kant als nicht strafrechtfertigend ab. Obwohl sich dieser Gedanke auf den Täter beziehe, würde dieser durch derart heteronome Erwägungen zum Objekt herabgewürdigt.²⁶⁴ Die Zweckmässigkeit des Utilitarismus könne niemals als Massstab für ihre Gerechtigkeit dienen:

Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ, und, wehe dem! welcher die Schlangenwindungen der Glückseligkeitslehre durchkriecht, um etwas aufzufinden, was durch den Vorteil, den es verspricht, ihn von der Strafe oder auch nur einem Grade derselben entbinde, nach dem pharisäischen Wahlspruch: <es ist besser, daß ein Mensch sterbe, als daß das ganze Volk verderbe>; denn, wenn die Gerechtigkeit untergeht, so hat es keinen Wert mehr, daß Menschen auf Erden leben.²⁶⁵

Die Willkürlichkeit des utilitaristischen Ansatzes untermalt Kant weiter, indem er sagt, dass auch ein noch so nützlicher Zweck – wie etwa ein zum Wohle der gesamten Bevölkerung am Täter durchgeführtes medizinisches Experiment – niemals eine Strafbefreiung oder Strafmilderung rechtfertigen könne, da dies der Gerechtigkeit widerstrebe:

Was soll man also von dem Vorschlage halten: einem Verbrecher auf den Tod das Leben zu erhalten, wenn er sich dazu verstände, an sich gefährliche Experimente machen zu lassen, und so glücklich wäre, gut durchzukommen; damit die Ärzte dadurch eine neue, dem gemeinen Wesen erspriessliche, Belehrung erhielten? Ein Gerichtshof würde das medizinische Collegium, das diesen Vorschlag täte, mit Verachtung abweisen; denn die Gerechtigkeit hört auf, eine zu sein, wenn sie sich für irgend einen Preis weggibt.²⁶⁶

Kant äussert sich jedoch – wie andere Denker der deutschen Aufklärung und des Deutschen Idealismus – auch zu präventiven Strafzwecken, und dies affirmativer, als man zunächst meinen sollte. So lehnt er trotz seiner einschlägigen vergeltungsorientierten Position und des damit einhergehenden Instrumentalisierungsverbots spezial- und generalpräventive Gesichtspunkte als Neben-

²⁶³ Ebd., S. 157.

²⁶⁴ STEINBERG 2008, S. 178.

²⁶⁵ KANT 2018, S. 155 f. [Hervorhebung im Original]

²⁶⁶ KANT 2018, S. 155 f.

folge der Strafe nicht kategorisch ab. Im Falle einer allzu grossen Häufung der Verhängung der Todesstrafe und einer daraus folgenden übermässigen Dezimierung von Untertanen könne im Notfall auch (im Sinne einer Begnadigung) auf eine andere Form der Bestrafung zurückgegriffen werden.²⁶⁷ Allerdings scheint das weniger ein Zugeständnis an die Spezial- oder Generalprävention als eine pragmatische Überlegung zu sein. Dies zeigt, wie schwer sich Kant mit Zwecken der Nützlichkeit tut. In seinem retributiven Standpunkt zur Strafe gibt es keinen Platz für das Verzeihen, und das Recht zur Begnadigung wird von ihm als das unter allen Rechten des Souveräns «schlüpfrigste» bezeichnet.²⁶⁸ Kants strenger Bezug zur Schuld führt ihn zum Talionsprinzip; dieses bilde die einzige Möglichkeit, Strafe gerecht festzulegen:

Nur das Wiedervergeltungsrecht (*ius talionis*) [...] kann die Qualität und Quantität der Strafe bestimmt angeben; alle anderen sind hin und her schwankend, und können, anderer sich einmischenden Rücksichten wegen, keine Angemessenheit mit dem Spruch der reinen und strengen Gerechtigkeit enthalten.

2. Johann Gottlieb Fichte

Johann Gottlieb Fichte (1762–1814), Vertreter des Deutschen Idealismus, äussert sich zum Strafrecht in § 20 seiner *Grundlage des Naturrechts* (1796). Zunächst positioniert er sich in seiner Argumentation kritisch gegenüber Kants Vorstellung von der durch den Kategorischen Imperativ begründeten Strafe:

Gegen diese Theorie der Strafen überhaupt, und insbesondere der Todesstrafen wird ein absolutes Strafrecht aufgestellt, nach welchem die richterliche Strafe nicht als Mittel, sondern selbst als Zweck betrachtet werden, und sich auf einen unerforschlichen kategorischen Imperativ gründen soll. Da man in dieser Theorie wegen der vorgeschützten Unerforschlichkeit sich des Beweises seiner Behauptung überheben kann, hat man gut, diejenigen welche anders denken, der Empfindelei, und einer affectirten Humanität zu bezüchtigen, und sie kurz und gut Sophisten und Rechtsverdreher zu nennen; ganz gegen die gerühmte und mit Recht zu fordernde Gleichheit (der Gründe) und Freiheit, (seine mit Gründen unterstützte Meinungen vorzutragen,) auf dem Gebiete der Philosophie.²⁶⁹

²⁶⁷ KANT 2018, S. 158; zu Kant siehe MAHLMANN 2021b, Rn. 1 ff. zu § 9, Rn. 23 zu § 9, Würdigung.

²⁶⁸ KANT 2018, S. 161.

²⁶⁹ FICHTE 1966, S. 76.

Fichte knüpft bei seiner Kritik an Kant somit an dessen Vorstellung des Rechtsgesetzes an. Danach sei ein Rechtsgesetz nicht automatisch mit einer Handlungsaufforderung verknüpft. Nach Fichte soll der Bürger in der Gesellschaft nicht per se – im Sinne eines Kategorischen Imperativs – verpflichtet sein, die Rechtsgesetze zu befolgen, ohne dabei sicher sein zu können, dass die anderen dies ebenfalls tun. Vielmehr soll der Bürger nur für diejenigen seine Freiheit einschränken müssen, die im Gegenzug ebenfalls bereit sind, diese Einschränkung in Kauf zu nehmen. Stimme er diesen Gesetzen jedoch zu, haben sie für ihn so lange Geltung, wie er und die anderen sich daran halten. Es bedarf demnach eines bewussten Beitritts zur Rechtsgemeinschaft.²⁷⁰ Das Rechtsgesetz nach Fichte und das Sittengesetz nach Kant sind folglich in einem jeweils anderen Sinn in sich gültig. Das *Rechtsgesetz* ist nur innerhalb derjenigen Sphäre kategorisch gültig, deren Grenzen durch meinen Entschluss und den der anderen Beteiligten festgelegt wurden. Das *Sittengesetz* hingegen ist unabhängig sowohl von meiner Zustimmung wie auch von der Zustimmung der anderen.²⁷¹ Fichtes Haupteinwand gegenüber der Position Kants richtet sich auf den besonderen Rang und die besondere Verbindlichkeit des Sittengesetzes in seiner Theorie. Auf der Grundlage des Sittengesetzes bildet bei Kant das Rechtsgesetz nur die Anwendung des Kategorischen Imperativs auf die äusseren Handlungen. Fichte dagegen sieht die ursprüngliche Autorität, Verstösse zu ahnden, nur als von Gott hergeleitet möglich. Eine Strafbegründung muss folglich einen anderen Ausgangspunkt wählen, insofern das Rechtsgesetz den innerweltlichen Verhältnissen den Rahmen setzt.²⁷² Fichte knüpft bei der Begründung seiner Straftheorie an Beccarias Präventionsgedanken an, formuliert letztlich aber keine reine Präventionstheorie.²⁷³ Zentral ist seine Annahme, nach der ein Rechtsverhältnis durch die Straftat so beschädigt wird, dass der Täter all seine Rechte gegenüber dem Staat verliert und in einen Zustand der Rechtlosigkeit gerät, in der Terminologie Fichtes «vogelfrei»²⁷⁴ wird:

Jede Vergehung schließt aus vom Staate, (der Verbrecher wird *Vogelfrei*; d. h. seine Sicherheit ist so wenig garantiert, als die eines Vogels, *exlex, hors de la loi*.) Diese Ausschliessung müßte durch die Staatsgewalt exekutirt werden.²⁷⁵

²⁷⁰ LAZZARI 2016, S. 158.

²⁷¹ Ebd., S. 158 f.

²⁷² Ebd., S. 160.

²⁷³ LAZZARI 2016, S. 161.

²⁷⁴ FICHTE 1970, S. 59.

²⁷⁵ Ebd. [Hervorhebung im Original]

Weil nach Fichte der Staat jedoch ein grundsätzliches Interesse an der Erhaltung seiner Bürger hat, soll der Täter wenigstens dort, wo die öffentliche Sicherheit gewährleistet werden kann, seinen Ausschluss aus der Gesellschaft und den Status der Rechtlosigkeit mit einer milderen Strafe «abbüssen» können. Die Erklärung der Rechtlosigkeit des Schuldigen bleibt also *ultima ratio*:

Dies könnte nur durch einen Vertrag Aller mit Allen geschehen; der späterhin Norm für die exekutive Gewalt würde. Der Inhalt dieses Vertrages würde folgender seyn: Alle versprechen Allen, sie, inwiefern dies mit der öffentlichen Sicherheit vereinbar ist, um ihrer Vergehungen willen nicht vom Staate auszuschliessen, sondern ihnen zu verstatten, diese Strafe auf andere Weise abzubüßen. Wir wollen diesen Vertrag den *Abbüßungsvertrag* nennen.²⁷⁶

Da Fichte die Strafbegründung nicht auf der kategorisch-vergeltungstheoretischen Ebene aufbaut, sondern auf der Ebene der Prävention, ergeben sich aus seinem Werk drei grundlegende Strafzweckpositionen:

- 1) Die Strafe ist Mittel für den Endzweck des Staates, die öffentliche Sicherheit.
- 2) Die einzige Absicht der Bestrafung ist die, dass durch die Androhung derselben das Vergehen verhütet werde.
- 3) Der Zweck des Strafgesetzes ist der, dass der Fall seiner Anwendung gar nicht vorkommt.²⁷⁷

Für Fichte fungiert das nicht explizit ausgesprochene Prinzip des Fortbestehens der Rechtsgemeinschaft als einziger legitimer Zweck staatlicher Zwangsausübung.²⁷⁸ Dieses Fortbestehen, welches Fichte auch «Treue und Glauben»²⁷⁹ nennt, bezeichnet einen Zustand, in welchem die Mitglieder der Gesellschaft im Sinne einer Erwartungshaltung auf rechtmässiges Handeln der anderen vertrauen dürfen. Durch die Zwangsausübung mittels Strafe soll der rechtmässige Zustand, sollen also «Treue und Glauben» im fichteschen Sinne wiederhergestellt werden. Dieser Prozess erfolgt neben der Ausrichtung von Schadensersatz durch die Verhütung solcher Vergehen für die Zukunft.²⁸⁰

²⁷⁶ Ebd., S. 60. [Hervorhebung im Original]

²⁷⁷ FICHTE 1970, S. 60.

²⁷⁸ LAZZARI 2016, S. 162.

²⁷⁹ FICHTE 1966, S. 424.

²⁸⁰ LAZZARI 2016, S. 162.

Johann Gottlieb Fichtes Straftheorie kann ebenso im Lichte präventiver Ziele ausgelegt werden. Sie ist dann in erster Linie eine Theorie der Strafandrohung. Bemerkenswert sind seine Gedanken zur Ausgestaltung der Abschreckungstheorie. Im Tatbegehungsfall ist aus Rücksicht auf den Zweck der Abschreckung genau diese Strafe zu vollziehen, auch dann, wenn sich im Einzelfall gezeigt hat, dass ihre abschreckende Wirkung ausblieb. Die Strafgerechtigkeit hat demnach ein öffentlicher Akt zu sein, von welchem möglichst alle Kenntnis nehmen sollen, um sich nicht der Hoffnung der Straflosigkeit hinzugeben.²⁸¹ Dies gilt auch für die Verhältnismässigkeit der Strafe. Diese ist für Fichte schon deshalb zentral, weil nur vor ihrem Hintergrund der Gedanke der Abschreckung realisiert werden kann:

Der Geist dieses Principis ist, wie wir gleichfalls gesehen haben, dies: es muß dem ungerechten Willen, oder der Unbesonnenheit, ein hinlängliches Gegengewicht gegeben werden.²⁸²

Freilich blieben Fälle, wo aufgrund der Deliktsart oder der besonderen Situation des Straftäters ein gleicher, durch die Strafe herbeigeführter Verlust nicht greife, beispielsweise bei gänzlicher Mittellosigkeit des Schuldigen und der Verunmöglichung einer materiellen Gegenleistung.²⁸³ Weiterhin seien auch Fälle denkbar, wo die Verbüßung nicht mehr möglich sei, beispielsweise bei absichtlich vorbedachtem Mord.²⁸⁴

3. Georg Wilhelm Friedrich Hegel

Georg Wilhelm Friedrich Hegels (1770–1831) Position zur Strafe, wie sie in den 1820 erschienenen *Grundlinien der Philosophie des Rechts* beschrieben ist, geht von einem doppelten System aus. Doppelt, weil es zwei sich unterscheidende Prinzipien zugrunde legt. Man kann sie grob in das «Gesetzesargument» («Selbstsubsumtionsargument») und das «Anerkennungsargument»²⁸⁵ aufteilen.

Das Gesetzesargument (subjektive Begründung der Strafe) stützt sich auf § 100 der *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Der Kern des Gesetzesarguments

²⁸¹ FICHTE 1970, § 20 I, S. 61.

²⁸² Ebd.

²⁸³ Ebd., § 20 IV, S. 67 f.

²⁸⁴ FICHTE 1970, § 20 V, S. 72.

²⁸⁵ SEELMANN 2011, S. 79.

besagt, dass der Täter mit seiner Tat ein allgemeines Gesetz aufstellt, unter welches er selber subsumiert werden darf. Er wird durch die Strafe als «als Vernünftiges geehrt»²⁸⁶.

Die Verletzung, die dem Verbrecher widerfährt, ist nicht nur an sich gerecht – als gerecht ist sie zugleich sein an sich seiender Wille, ein Dasein seiner Freiheit, sein Recht –, sondern sie ist auch ein Recht an den Verbrecher selbst, d. i. in seinem daseienden Willen, in seiner Handlung gesetzt. Denn in seiner als eines Vernünftigen Handlung liegt, daß sie etwas Allgemeines, daß durch ein Gesetz aufgestellt ist, das er in ihr für sich anerkannt hat, unter welches er also als unter sein Recht subsumiert werden darf.²⁸⁷

Auf der Willensseite bestätigt der Verbrecher mit seiner Handlung, dass es erlaubt sei, den Willen zu verletzen. Wird er nun unter sein eigenes Gesetz subsumiert, ist die Strafe nichts anderes als die Verletzung seines Willens durch das in seiner Tat gesetzte und von ihm anerkannte Recht, also sozusagen sein Recht:

Wie er getan, soll ihm geschehen – Gesetzsein – es ist sein Wille, sein Gesetz. Das, was er getan, wird zu einer Macht, feindselig gegen ihn, – er hat sie erregt – die Eumeniden schlafen – treten erst hervor – gerufen. Es ist die eigene Tat, die sich an ihm geltend macht – – das Allgemeine, wozu er itzt das Besondere ist – vorher hat er einen anderen darunter subsumiert – itzt wird er darunter subsumiert.²⁸⁸

Das Anerkennungsargument Hegels (objektive Begründung der Strafe) stützt sich auf § 97 der *Grundlinien der Philosophie des Rechts*:

Die geschehene Verletzung des Rechts als Rechts ist zwar eine positive, äußerliche Existenz, die aber in sich nichtig ist. Die Manifestation dieser ihrer Nichtigkeit ist die ebenso in die Existenz tretende Vernichtung jener Verletzung – die Wirklichkeit des Rechts, als seine sich mit sich durch Aufhebung seiner Verletzung vermittelnde Notwendigkeit.²⁸⁹

Hegel bestimmt das Verbrechen als Zwang, auf den die Strafe als entgegengesetzter Zwang folge. Zwang wird also durch Zwang aufgehoben.²⁹⁰ Auf das Verbrechen als Zwang erfolgt eine Restitution des Rechts. Dies geschieht bei

²⁸⁶ HEGEL 2019, § 100, S. 191.

²⁸⁷ Ebd., § 100, S. 190. [Hervorhebungen im Original]

²⁸⁸ HEGEL 1995, S. 369.

²⁸⁹ HEGEL 2019, § 97, S. 185. [Hervorhebungen im Original]

²⁹⁰ Ebd., § 93, S. 179 f.

Hegel einerseits über den Zivilersatz, andererseits über die Strafe,²⁹¹ wobei der Strafe die Funktion zukommt, die positive Existenz des Verbrechens durch die Verletzung des besonderen Willens des Verbrechers aufzuheben.²⁹²

Diese Aufhebung des Verbrechens erfolgt bei Hegel über die Wiedervergeltung. Der Grund hierfür ist, dass die Strafe ihrem Begriff nach «Verletzung der Verletzung» ist und zwischen dem Verbrechen und seiner Aufhebung «eine begriffliche Identität besteht»²⁹³. Die Wiedervergeltung ist nach Hegel indes keine artgleiche Talion, sondern eine Vergeltung dem «Wert der verbrecherischen Tat»²⁹⁴ nach. Die artgleiche Talion, wie sie von Kant vertreten wurde, lehnt Hegel mit folgenden Argumenten ab: Einerseits führe eine artgleiche Talion zu teilweise absurden Konsequenzen – er verweist hier symbolisch auf Vergeltung durch Aug um Aug oder Zahn um Zahn («wobei man sich vollends den Täter als einäugig oder zahnlos vorstellen kann»²⁹⁵); andererseits sei das Verbrechen im Wesentlichen die Verletzung eines Allgemeinen, und daher müsse auch ihr «begriffliches Gegenstück», die Wiedervergeltung, diesen «Allgemeinheitsbezug» aufweisen. Die Talion, die sich auf die konkrete, dem Opfer zugefügte Verletzung konzentriere, könne dies jedoch nicht gewährleisten.²⁹⁶

In Abgrenzung zu der kritisierten «Theorie des psychologischen Zwangs», die die Strafe als warnende Abschreckung behandelt, soll nach Hegel verhindert werden, dass Verbrechen unbestraft gelingen können, denn durch eine Nichtbestrafung von Verbrechen würde die soziale Integration gefährdet. Hegel verfolgt demnach einen aus heutiger Perspektive am ehesten der «Theorie der positiven Generalprävention» nahen Strafzweck, der den Bestand der Gesellschaft und somit die Gesellschaft in sich stärken will.²⁹⁷ Aber auch spezialpräventive Ziele erwähnt Hegel als Strafzweck, und zwar in dem Kontext, dass ein bestimmter Entwicklungsstand in einer Gesellschaft die Strafe als negatives Beispiel obsolet werden lasse und die Besserung des Täters im Zentrum stehen müsse.²⁹⁸ Zu bedeutsam seien hier Hegels präventive Zweckvorstellungen zur

²⁹¹ RAMB 2005, S. 36.

²⁹² Ebd., S. 37.

²⁹³ Ebd., S. 37 f. [Hervorhebung im Original]

²⁹⁴ Ebd., S. 38.

²⁹⁵ HEGEL 2019, § 101, S. 194.

²⁹⁶ RAMB 2005, S. 38.

²⁹⁷ BECCHI 2011, S. 94.

²⁹⁸ HEGEL 1818–1831, S. 551.

staatlichen Strafe, als dass man ihn vorschnell als reinen Vergelter bewerten dürfe, wie Becchi bilanziert, der in den general- wie auch spezialpräventiven Elementen von Hegels Ansatz dessen «Originalität» sieht.²⁹⁹

Hegels Position mit Blick auf (nach der herkömmlichen Einteilung) relative Strafzwecke ist ambivalent. Einerseits scheinen präventionstheoretische Erwägungen sogar von entscheidender Bedeutung zu sein,³⁰⁰ andererseits stellt sich Hegel dem Verständnis entgegen, dass relative Strafzwecke ausreichen würden, um eine gerechte Strafe zu definieren.³⁰¹ Stellvertretend für seine Position sei hier auf die scharfe Kritik an Paul Johann Anselm von Feuerbach verwiesen:

Die Feuerbachische Straftheorie begründet die Strafe auf Androhung und meint, wenn jemand trotz derselben ein Verbrechen begehe, so müsse die Strafe erfolgen, weil sie der Verbrecher früher gekannt habe. Wie steht es aber mit der Rechtlichkeit der Drohung? Dieselbe setzt den Menschen als nicht Freien voraus und will durch die Vorstellung eines Übels zwingen. Das Recht und die Gerechtigkeit müssen aber ihren Sitz in der Freiheit und im Willen haben und nicht in der Unfreiheit, an welche sich die Drohung wendet. Es ist mit der Begründung der Strafe auf diese Weise, als wenn man gegen einen Hund den Stock erhebt, und der Mensch wird nicht nach seiner Ehre und Freiheit, sondern wie ein Hund behandelt.³⁰²

4. Paul Johann Anselm von Feuerbach

Modernes Strafrecht und mit ihm der Präventionsgedanke bilden sich bereits im ausgehenden 18. Jahrhundert heraus, als humanitäre und säkulare Gedanken den Zweck von Strafe und die Frage nach einer straffreien Gesellschaft dominieren. Der Rechtsgelehrte Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775–1833) folgt in seinen Überlegungen zu diesen Fragen zunächst jenen säkularen Begründungsschritten, die seit dem 16. und dem 17. Jahrhundert beziehungsweise seit Hobbes als säkulare Denkformen bekannt sind, und arbeitet diese dann weiter aus.³⁰³ So lässt auch er seine Begründungen beim Naturzustand beginnen. Seine Vorstellung von diesem Naturzustand ist durch Rechtlosigkeit gekennzeichnet. Dabei sei es ein intrinsischer Wunsch der Menschheit, diesen Zustand der Rechtlosigkeit zu verlassen und in einen Zustand der Ruhe und

²⁹⁹ BECCHI 2011, S. 94 f.

³⁰⁰ RAMB 2005, S. 49.

³⁰¹ Ebd.

³⁰² HEGEL 2019, § 99, Zusatz.

³⁰³ NAUCKE 2007, S. 101, S. 105 f.

Ordnung überzutreten. Dies soll durch einen Vertrag geschehen.³⁰⁴ Die vertragstheoretische Grundlage führt auch bei Feuerbach zu der Frage, wie Sicherheit und Ordnung in diesem durch den Vertrag geschaffenen Zustand erreicht beziehungsweise dauerhaft gewährleistet werden können. Feuerbach beantwortet sie auf eine ganz eigene Weise: Weil es einem Staat niemals möglich sein könne, alle Menschen physisch von der Begehung von Straftaten abzuhalten, müsse man es den Bürgern psychisch unmöglich machen, straffällig zu werden. Der Staat könne

doch nicht alle Bürger an Ketten legen, um sie als rechtliche Bürger zu besitzen.³⁰⁵

Weil der physische Weg offensichtlich verschlossen ist und zu absurden Ergebnissen führen würde, setzt Feuerbach also bei psychischen Zwangsmitteln an. Ausgehend von einem in seinen Augen nicht etwa visionären, sondern durchaus erreichbaren Zustand der straffreien Gesellschaft entwickelt er die Lehre vom psychologischen Zwang: Durch das Gesetz wird dem Bürger ein so grosses (Straf-)Übel angedroht, dass die Abschreckungswirkung von vornher-ein jegliche Tatbegehungsabsichten unterläuft.

Damit nun die allgemeine Erkenntnis der Nothwendigkeit solcher Uebel mit Beleidigungen begründet werde, so muss I) ein Gesetz dieselben als notwendige Folge des That bestimmen (gesetzliche Drohung). Und damit die Realität jenes gesetzlich bestimmten idealen Zusammenhanges in der Vorstellung Aller begründet werde, muss II) jener ursächliche Zusammenhang auch in der Wirklichkeit erscheinen, mithin, sobald die Uebertretung geschehen ist, das in dem Gesetz damit verbunden Uebel zugefügt werden (Vollstreckung, Execution). Die zusammenstimmende Wirksamkeit der vollstreckenden und gesetzgebenden Macht zu dem Zwecke der Abschreckung bildet den psychologischen Zwang.³⁰⁶

Neben der Wirkung der Drohung müssen die Gesetze beziehungsweise die Tatbestände klar abgegrenzt sein, so dass sich der Bürger jederzeit im Klaren darüber sei, was er tun dürfe und was nicht. Des Weiteren – und hier mutet Feuerbach überaus modern an – setzt er seine Straftheorie bei der Durchsetzbarkeit an, welche gegeben sein und unmittelbar auf die Tat folge müsse.³⁰⁷ Wie konsequent und mit welcher Überzeugung Feuerbach seine Theorie des

³⁰⁴ Ebd., S. 106.

³⁰⁵ FEUERBACH 1799, S. 40.

³⁰⁶ FEUERBACH 1998, § 14.

³⁰⁷ NAUCKE 2007, S. 107.

psychologischen Zwangs verfolgt, zeigen seine Vorstellungen und Beschreibungen der strafrechtlichen Gesetzesdogmatik. Das Gesetz ist nach ihm unantastbar.³⁰⁸ Fragen der Schuld und der Zurechnungsfähigkeit betrachtet er als Bedrohung seiner Konstruktion und weist ihnen eine lediglich untergeordnete Funktion zu. So sind etwa Strafmilderungen bei verminderter Zurechenbarkeit bei Feuerbach ausgeschlossen. Auch wird der Vorsatz bei einer Handlung grundsätzlich angenommen.³⁰⁹

Diese Lehre Feuerbachs trifft nun am Ende des 18. Jahrhunderts auf die theoretischen Überlegungen Kants und löst eine breite Debatte aus. Der Versuch Feuerbachs, Kant in die eigene Lehre über die Nützlichkeit des gesetzlichen Strafens zu integrieren, scheitert grundlegend, da sich die Begründung von Philosophie und Ethik bei Kant nicht mit einer empirisch fundierten Nützlichkeitsargumentation in Einklang bringen lässt.³¹⁰

5. Franz von Liszt und Karl Binding

Der Name Franz von Liszt (1851–1919) steht für paradigmatische Veränderungen vor allem in der deutschen Strafrechtswissenschaft. Namentlich gilt er als Begründer der modernen beziehungsweise soziologischen Strafrechtsschule.³¹¹ In seinem berühmten «Marburger Programm» stellt von Liszt die gegenwärtige strafrechtliche Situation an den Pranger. Hintergrund seiner Forderungen war die industrielle Revolution im Deutschen Kaiserreich mit all ihren strukturellen Veränderungen.³¹² Inspirationen für sein Marburger Manifest boten ihm zwei im Ergebnis völlig konträre Schriften dieser Zeit: zum einen die Streitschrift *Gegen die Freiheitsstrafe* (1879) von Otto Mittelstädt (1834–1899), der in streng generalpräventiver Manier die vermehrte Anwendung von harten Strafsanktionen fordert, um den Kampf gegen das Verbrechen zu gewinnen. Zum anderen der Reformvorschlag Emil Kraepelins (1856–1926), eines Wegbereiters der modernen Psychiatrie, der die konsequente Ausrichtung der Strafe an spezialpräventiven Zielsetzungen forderte.³¹³ Von Liszt betrachtete das zu dieser Zeit vorherrschende Strafrechtsdogma der tatorientierten Vergeltung als ein Versagen. Es habe sich als gänzlich untauglich erwiesen und sei zu überwinden:

³⁰⁸ Ebd., S. 109.

³⁰⁹ Ebd., S. 110.

³¹⁰ Ebd., S. 114.

³¹¹ KÖHLER 2002, S. V.

³¹² KOCH 2007, S. 129.

³¹³ Ebd., S. 130 f.

Eine Strafe, die das Verbrechen fördert: das ist die letzte und reifste Frucht der «vergeltenden Gerechtigkeit»!³¹⁴

Von Liszt geht von einem dreistufigen Entwicklungskonzept des Strafrechts aus. Entwicklungsgeschichtlich sei die Strafe ursprünglich instinktmässig und triebartig vollzogen worden und nicht durch Zweckvorstellungen mit Blick auf bestimmte Handlungsreaktionen der Menschen.³¹⁵ Demnach hat die Strafe nach von Liszt also einen von ihrem Zweck unabhängigen Ursprung.³¹⁶ Im späteren Verlauf ihrer Entwicklung erfolge der Übergang der Sanktionsbefugnis auf eine Autorität, später auf eine staatliche Autorität. Diese Verstaatlichung der Strafe nennt von Liszt «Objektivierung» und bezeichnet sie als zweite Stufe innerhalb ihrer Entwicklungsgeschichte.³¹⁷ Auf der dritten Stufe erwähnt von Liszt dann die Strafe als Zweckstrafe, nämlich zum Zweck des Rechtsgüterschutzes.³¹⁸

Hinsichtlich der Strafzwecke kann von Liszt als Vertreter einer Vereinigungstheorie bezeichnet werden. Die Strafe, verstanden als Zwang, hat danach eine Doppelnatur: Sie ist ein mittelbarer, psychologischer Zwang im Sinne von Besserung und Abschreckung und zugleich ein unmittelbarer, mechanischer Zwang im Sinne von Unschädlichmachung.³¹⁹ Seinen drei zentralen Strafzwecken Besserung, Abschreckung und Unschädlichmachung weist von Liszt drei Kategorien von Verbrechern zu: Danach steht die Besserung für die besserungsfähigen und besserungswilligen Verbrecher; die Abschreckung für die besserungsfähigen, aber nicht besserungswilligen Verbrecher und die Unschädlichmachung für die weder besserungsfähigen noch besserungswilligen Verbrecher.³²⁰ Von Liszt kritisierte das einseitige Strafverständnis seiner Zeit und forderte eine Ausweitung im Sinne der «Gesamten Strafrechtswissenschaften» auf die die Rechtswissenschaft, namentlich das Strafrecht, unterstützenden Wissenschaften:

Nur in dem Zusammenwirken der genannten Disziplinen mit der Wissenschaft des Strafrechts ist die Möglichkeit eines erfolgreichen Kampfes gegen

³¹⁴ VON LISZT 1889, S. 749. [Hervorhebung im Original]

³¹⁵ BOHNERT 1992, S. 11.

³¹⁶ Ebd., S. 13.

³¹⁷ Ebd., S. 20.

³¹⁸ BOHNERT 1992, S. 40.

³¹⁹ KOCH 2007, S. 132.

³²⁰ Ebd., S. 133.

das Verbrechertum gegeben. Unserer Wissenschaft gebührt die Führung in diesem Kampfe.³²¹

Von Liszt, der als «Vater» der «spezialpräventiven Straftheorie»³²² gilt, richtete sich mit dem Marburger Programm, das sich mit den Ursachen des Verhaltens des Straftäters auseinandersetzt,³²³ gegen metaphysische Begründungen der Vergeltungsstrafe, um die nach wie vor geltenden Straftheorien von Kant und Hegel zu überwinden.³²⁴ Er forderte damit den renommierten Rechtswissenschaftler Karl Binding (1841–1920)³²⁵ heraus, der sich sogleich als vehementer Kritiker Franz von Liszts positionierte. Der «Schulenstreit» war ein Konflikt, der am Rechtsverständnis zweier Rechtswissenschaftler entbrannte.³²⁶ Binding sah die Rechtswissenschaft zu sehr an anderen Wissenschaften orientiert, insbesondere an jüngeren Wissenschaften wie der Psychologie und der Soziologie. Seine weitreichenden Kritikpunkte lassen viele Rückschlüsse auf seine eigene Position zur Strafe und deren Zweck zu. Binding bekannte sich zu einem tatvergeltenden Schuldstrafrecht. Strafe bedeutete für ihn «Rechts-m a c h t b e w ä h r u n g»³²⁷; ein von Binding geprägter Begriff, nach dem durch die Strafe die Autorität des verletzten Gesetzes gewahrt bleiben soll:

Strafe ist eine Einbusse an Rechten oder Rechtsgütern, welche der Staat einem Delinquenten von Rechts wegen auflegt zur Genugtuung für einen irreparablen schuldhaften Rechtsbruch, um die Autorität des verletzten Gesetzes aufrecht zu halten.³²⁸

Alleinige Grundlage bilde die Schuldenergie und die Schwere des Taterfolgs; präventive Massstäbe, so Binding, dürften niemals Grundlage staatlicher

³²¹ VON LISZT 1998, S. 47.

³²² HARZER 2001, S. 392.

³²³ Ebd.; Text des Marburger Programms in: OSTENDORF 1982, S. 23 ff.

³²⁴ HARZER 2001, S. 392.

³²⁵ Binding war einer der herausragenden Strafrechtswissenschaftler des 19. Jahrhunderts und vertrat das Vergeltungsstrafrecht gegen eine Präventionstheorie. Er wird als Vertreter einer Übergangszeit von einer tendenziell rationalistischen zu einer eher zweckbezogenen Methode in der Rechtswissenschaft charakterisiert, siehe HILLIGER 2018, S. 397. Allerdings schadete er seinem Ruf mit der Ko-Autorschaft zu einer Schrift über die *Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens* (1920), siehe ebd., S. 281 ff. Diese Publikation lieferte den Nationalsozialisten später ideologische Grundlagen.

³²⁶ HILLIGER 2018, S. 47 f.

³²⁷ BINDING 1913, S. 228. [Hervorhebung im Original]

³²⁸ Ebd., S. 226.

Strafe sein.³²⁹ Insbesondere kritisierte Binding den Versuch von Liszts, den verschiedenen Tätergruppen verschiedene Strafzwecke zuzuordnen.³³⁰ Bemerkenswert ist die Position Bindings zur Tätergruppe der Unverbesserlichen, namentlich derjenigen Täter, welche immer wieder rückfällig werden und offenbar keiner Strafwirkung zugänglich sind. Hier plädierte er dezidiert für harte Strafen. Jenseits einer «Limonade des Mitleids»³³¹ sollen auch lebenslange Freiheitsstrafen und sogar die Todesstrafe in Frage kommen dürfen. Zumindest bei schweren Delikten erfolge diese «Unschädlichmachung» des Täters unter der Voraussetzung der schuldangepassten Vergeltung. Unverbesserlichkeit im Bereich leichter Delikte soll dagegen durch die Möglichkeit polizeilicher Nachhaft bekämpft werden, wie es schon von Liszt vorgebracht hatte.³³²

F. Exkurs: Angloamerikanische Straftheorien

Bisher lag der Fokus auf der Entwicklung der Straftheorien, wie sie vor allem im europäischen Raum erfolgte. Der folgende Exkurs zu angloamerikanischen Straftheorien, in welchem die prägenden Positionen, der moderne Retributivismus und der Expressivismus vorgestellt werden, verlässt die chronologische Darstellung zugunsten eines systematischen Überblicks.

1. Retributivismus

a. Vorteil, Nachteil, Fairness

Vor allem durch den Einfluss der Arbeiten von Herbert Morris³³³ und Jeffrie G. Murphy³³⁴ hat die sogenannte «Benefit and burden»-Theorie (dt. «Theorie von Vorteil und Bürde») ihre grundsätzliche Ausgestaltung erfahren. Diese Theorie geht davon aus, dass unter dem normativen Rahmen des Rechts im gesellschaftlichen Zusammenleben allen die gleichen Vor- und Nachteile zukommen sollen. Unter Vorteil wird dabei der Schutz durch das Recht verstanden, also etwa der Schutz vor Übergriffen durch Dritte.³³⁵ Der Nachteil

³²⁹ Ebd., S. 228.

³³⁰ Ebd., S. 207 f.

³³¹ Ebd., S. XV.

³³² Ebd., S. XVIII.

³³³ MORRIS 1968, S. 475 ff.

³³⁴ MURPHY 1973, S. 217 ff.

³³⁵ MORRIS 1968, S. 477.

bezieht sich auf die persönliche Handlungsfreiheit, welche durch den normativen Rahmen des Rechts eingeschränkt wird.³³⁶ Mit der Straftat erlangt der Täter einen ungerechtfertigten Vorteil. Dieser unfair erlangte Vorteil lässt sich unterschiedlich definieren. Einerseits kann die zu Unrecht erlangte Beute der unrechtmässige Vorteil des Täters sein. Andererseits kann auch die fehlende Selbstbeherrschung, sich an die gesellschaftlichen Regeln zu halten, als unfair erlangter Vorteil gesehen werden.³³⁷ Der Ausgleich dieses Vorteils wird durch das normative Prinzip der Fairness legitimiert:

Such a model will proceed as follows: In order to enjoy the benefits that a legal system makes possible, each man must be prepared to make an important sacrifice – namely, the sacrifice of obeying the law even when he does not desire to do so. Each man calls on others to do this, and it is only just or fair that bear a comparable burden when his turn comes. Now if the system is to remain just, it is important to guarantee that those who disobey will not thereby gain an unfair advantage over those who obey voluntarily. Criminal punishment thus attempts to maintain the proper balance between benefit and obedience by insuring that there is no profit in criminal wrongdoing.³³⁸

Morris und Murphy legten mit ihrer «Benefit und burden»-Konstruktion den Grundstein zu einer Vielzahl weiterer, auf diesem Gedanken aufbauender Konzepte. Ein in diesem Zusammenhang viel diskutiertes Modell ist jenes von Michael Davis.

Davis sieht die (verbotene) Frucht der Tat in der Emotion des unerlaubt erlangten Vorteils. Von dieser Emotion des «illicit pleasure» profitiere allein der Täter:

He has something they do not. The unfair advantage is the «illicit pleasure» in every crime whether jaywalking or murder, prostitution or stealing.³³⁹

Der Strafe kommt nach Davis nun der Zweck zu, diesen unfairen (gefühlsmässigen) Vorteil auszugleichen. Die Bemessungsgrundlage sucht er dabei in einem Gedankenexperiment, dem zufolge der Staat unter seinen Bürgern Lizenzen versteigert, mit welchen das der Lizenz jeweils zugewiesene Delikt straflos begangen werden kann. Diese Freibriefe werden zur Aufrechterhaltung der

³³⁶ Ebd.

³³⁷ KAISER 1998, S. 150.

³³⁸ MURPHY 1971, S. 166.

³³⁹ DAVIS 1983, S. 743.

öffentlichen Sicherheit nur in begrenzter Anzahl auktioniert.³⁴⁰ Unter diesen (freien) Marktbedingungen sollen sich die Preise im Ergebnis so festsetzen, dass anhand des Preises, der für eine Lizenz bezahlt wird, eine Proportionalität zur Schwere des jeweiligen Delikts festgestellt werden kann. Nach Davis' Grundannahme würde die unsichtbare Markthand die Preise für schwere Delikte proportional steigen lassen. Diese Annahme stützt er auf folgende Überlegungen:

There are three reasons for that: first, the quantity of licenses would have to decrease as the seriousness of the crime licensed increased. (The more serious the crime, the fewer the social order can tolerate, all else equal.) Second, the demand, for licenses is likely to increase with the seriousness of the crime. (If that seems unlikely given moral constraints on potential buyers, ask yourself whether you would prefer to have a license to steal or a license to jaywalk.) And last (and most important), the seriousness of a crime would itself put a floor under the market price. The more people prefer not to risk something, the more they would always be worth at least they would pay.³⁴¹

Davis' Argumentation geht von einer vollständigen Normtreue in der Gesellschaft aus. Dies ruft den naheliegenden Einwand hervor, dass auch weiterhin lizenzlose Delikte begangen werden könnten. Um solche Delikte zu verhindern, kreiert Davis den Deliktstyp der Wilderei («poaching»). Darunter fallen alle Delikte, welche ohne zuvor erworbene Lizenz begangen wurden. Die Bestrafung dieser Delikte erfolgt für alle Delikte einheitlich. Dabei ist die Strafe bewusst so hoch gewählt, dass sie im Vergleich auch zum höchsten Preis, welcher für eine lizenzierte Tat maximal bezahlt würde, immer noch als verhältnismässig hoch erscheint. Für die Bestrafung der Wilderei nimmt Davis bewusst auch inhumane Strafen bis hin zur Todesstrafe in Kauf:

The objection cannot be saved by pointing out that it is possible to <poach> rather than buy a license. <Poaching> must itself be a crime. (Were it not, there could be little reason to buy a license.) And, for our purposes, <poaching> must be a crime of a special sort, that is, one which carries penalties of a different order or kind from those we are equating with the penalties an ordinary legal system imposes. <Poaching> as we understand it here, is a crime against the market we are imagining, a crime against the way we are modeling the problem, a <meta-crime> having no counterpart in the domain we are using the model to understand. So, for example, life imprisonment, death or some inhumane penalty might be reserved for poachers.³⁴²

³⁴⁰ Ebd., S. 744.

³⁴¹ Ebd.

³⁴² DAVIS 1992, S. 111.

b. Moralische Verantwortlichkeit

Margaret Falls legt mit ihrer «Moral accountability»-Theorie einen Gegenentwurf zur «Benefit and burden»-Theorie vor. Ihre Kritik zielt zum einen darauf, dass sich die «Benefit and burden»-Theoretiker auf Kant berufen. Dafür bestehe insofern keine Legitimationsgrundlage, als für Kant die Unterdrückung der Neigung zu widerrechtlichem und unmoralischem Handeln keine Bürde, sondern im Gegenteil einen hohen Gewinn darstelle:

[...] Kant places himself firmly within the tradition that says the burden of restraining one's immoral inclinations is actually a benefit, an ultimately valuable benefit lost by those who choose the apparent immediate gain of acting illicitly.³⁴³

Zum anderen sei der «Benefit and burden»-Theorie das retributive Element der Proportionalität inhärent, welches mit dem Respektprinzip (gegenüber dem Täter) in Widerspruch stehe:

The second is that the theory hides and cannot resolve an apparent contradiction between the principle of respect and retributivism's principle of proportionality.³⁴⁴

Falls zielt mit ihrer «Moral accountability»-Theorie demzufolge nicht auf einen intrinsischen Verbrechensgewinn, sondern betrachtet die Strafe als ein Verdienst, um den Täter, was eine Konsequenz des Anliegens darstelle, als ein moralisches Wesen zu respektieren und von seinem unwürdigen Leben abzubringen:

Far from presenting punishment as the removal of crime's intrinsic benefits, the moral accountability theory describes punishment as act which has the possibility of redirecting the criminal away from a life unbefitting a moral agent. Yet, it says, persons deserve punishment no more for sake of reforming them than for removing ill-gotten gain. For beings who are to be treated as moral agents, choosing to do wrong in and of itself merits the counteraction which holds them accountable for choosing it, and that counteraction is punishment.³⁴⁵

³⁴³ FALLS 1987, S. 33.

³⁴⁴ Ebd., S. 27.

³⁴⁵ Ebd., S. 44 f.

Damit sieht sie sich freilich mit der Schwierigkeit konfrontiert, dass die verdienstbezogene Strafe den Täter zwar als moralisches Wesen anerkennt und die Schwere der Strafe der Tat entsprechen muss, jedoch zugleich das Respektprinzip gegenüber dem Täter verletzen könnte.³⁴⁶ Aus diesem Grund entwirft Falls wiederum ein eigenes Konstrukt von «Verdienst». Einerseits spricht sie vom verdienten Verdienst («earned desert»).³⁴⁷ Nach dem Prinzip des verdienten Verdienstes verdient der Täter die Strafe für seine Tat (A verdient B für C). Andererseits spricht Falls vom unverdienten Verdienst («unearned desert»). Dieser beinhaltet den Respekt gegenüber der Person, und dieser Respekt steht allen Menschen ausnahmslos und allein aufgrund ihrer Existenz zu. Falls leitet die Rechtfertigung der Strafe nun aus dem Prinzip des unverdienten Verdienstes ab. Aus dem unverdienten Verdienst, also dem Respekt gegenüber der Person und der damit einhergehenden Behandlung dieser Person als moralisches Wesen, folgt die Pflicht, sie für ihre Tat verantwortlich zu machen. Diesen Akt des Verantwortlichmachens, so Falls, kann der Staat nur über das Instrument der Strafe erreichen.³⁴⁸ Im Ergebnis erfolgt somit die Strafe, also der verdiente Verdienst, aus dem Prinzip des unverdienten Verdienstes. Dem Prinzip des verdienten Verdienstes inhärent ist eine Aussage über die Proportion der Strafe: sie muss proportional zur Schwere der Tat erfolgen.³⁴⁹ Margaret Falls' Vorstellung vom unverdienten Verdienst geht aber noch darüber hinaus. Das Respektprinzip enthält nicht nur eine Aussage zur Proportion – der Täter muss auch in der Lage bleiben, die Strafe als moralisches Wesen entgegennehmen und darauf reagieren zu können. Dieser Ausfluss aus dem Respektprinzip untersagt folglich Strafen, welche diese Fähigkeit des Täters frontal angreifen, namentlich die Todesstrafe, die Verstümmelung, die Folter und andere qualvolle Behandlungen.³⁵⁰

2. Expressivismus

Expressive Straftheorien werden von der Einsicht geleitet, dass Strafe auch eine besondere Form von Kommunikation darstellt und diese Kommunikation für die Legitimation von Strafe von Bedeutung ist.³⁵¹ Ihre «symbolic significance», die sie von anderen Strafen unterscheidet, erkannte bereits Joel Fein-

³⁴⁶ KAISER 1998, S. 163.

³⁴⁷ FALLS 1987, S. 40 f.

³⁴⁸ Ebd., S. 42.

³⁴⁹ FALLS 1987, S. 45.

³⁵⁰ Ebd., S. 46.

³⁵¹ KAISER 1998, S. 167.

berg.³⁵² Massgeblich für die Theorie der expressiven Straftheorien sind Überlegungen Peter Frederick Strawsons. Er unterscheidet zwei Formen der Reaktion auf menschliches Fehlverhalten. Man könne dem Täter mit einer objektivierenden oder eben mit einer reaktiven Haltung gegenüberreten, die ihn als Teilnehmer an sozialen Interaktionen und Beziehungen betrachte.³⁵³ Allen expressiven Strafkonzepthen ist gemein, dass sie das kommunikative Element (Widerspruch genannt) von der eigentlichen Strafsanktion (harte Behandlung oder Übelszufügung genannt) unterscheiden. Der im Strafausspruch beinhaltenete moralische Tadel kann sich nunmehr an verschiedene Adressaten richten. Richtet sich der Tadel an den Täter oder an das Opfer, spricht man von täterorientierten beziehungsweise opferorientierten expressiven Straftheorien; richtet sich der Tadel hingegen an die unbestimmte Allgemeinheit, spricht man von normorientierten expressiven Straftheorien.³⁵⁴ Die Abspaltung des Tadels von der Strafe an sich bringt es mit sich, dass es eine zweiteilige legitimationstheoretische Fragestellung zu beantworten gibt, nämlich jene nach dem Tadel an sich und der Zufügung des Strafübels.³⁵⁵ Alle drei Varianten sollen anhand eines je paradigmatischen Beispiels kurz skizziert werden.

a. Täterorientierte expressive Straftheorien

Eine einflussreiche täterorientierte expressive Straftheorie stammt von Robin Antony Duff. Duffs Straftheorie liegt das Menschenbild eines «moral agent» zugrunde.³⁵⁶ Er versteht darunter eine Person mit einem spezifischen moralischen Gespür, die in der Lage ist, «richtig» und «falsch» oder «gut» und «böse» zu unterscheiden.³⁵⁷ Das zentrale Kommunikationselement mit dem Täter ist der (moralische) Tadel.³⁵⁸ Der rechtliche Tatbestand und mithin der Anknüpfungspunkt für die Strafe ist für Duff ein zu missbilligender moralischer Sachverhalt, der einen bestimmten Grad an Öffentlichkeit aufweist.³⁵⁹ Das sozial-ethische Unwerturteil (Tadel) soll dabei auch im Interesse des Täters selbst liegen.³⁶⁰ So bezeichnet Duff die Ziele, die mittels des Tadels verfolgt werden sollten, als die «drei R von Strafe»: Der Täter solle falls möglich «Reue» («re-

³⁵² FEINBERG 1965, S. 400.

³⁵³ HÖRNLE 2017, S. 34; zum Ganzen STRAWSON 1978, S. 201 ff.

³⁵⁴ HÖRNLE 2017, S. 31.

³⁵⁵ KAISER 1998, S. 167.

³⁵⁶ DUFF 2014b, S. 8.

³⁵⁷ SACHS 2015, S. 61.

³⁵⁸ Ebd., S. 124.

³⁵⁹ Ebd., S. 155.

³⁶⁰ HÖRNLE 2017, S. 35.

pentance») empfinden und zu einer moralischen Selbstläuterung («reform») finden, woraufhin eine Versöhnung («reconciliation») mit der Gemeinschaft stattfinden solle.³⁶¹ Duff begreift die harte Behandlung (Übelszufügung) als Fortsetzung des Kommunikationsprozesses, der die Missbilligung zum Ausdruck bringt. Die harte Behandlung verkörpert sich bei Duff im Wesentlichen in einer Bussleistung. Dabei unterscheidet er eine innere und eine äussere Dimension. Einerseits soll die Übelszufügung dazu dienen, den Übeltäter in seinem Gang zur Reue zu unterstützen; andererseits betrachtet Duff die Busse als eine Art Sühneleistung, als einen Akt der Entschuldigung beim Gemeinwesen.³⁶² Die harte Behandlung in Form der Busse soll somit dem Tadel und der Entschuldigung Nachdruck verleihen.³⁶³ Im Unterschied zu einer rein mechanischen Anwendung des Strafrechts bedarf es nach Duffs Vorstellungen somit im Idealfall der aktiven Teilnahme des Täters. Der Täter soll das, was ihm vorgeworfen wird, möglichst gut verstehen und die Gelegenheit zur Sühne erhalten.

b. Opferorientierte expressive Straftheorien

Im Zentrum dieser Variante expressiver Straftheorien steht die Frage, ob es legitime Interessen eines Opfers an der Verurteilung und Bestrafung des Täters geben kann.³⁶⁴ Ein solches Konzept stammt von Jeffrie G. Murphy. Murphy recurriert zur Plausibilisierung seiner Theorie auf die menschlichen Emotionen. Zwar gebe es durchaus übertriebene Emotionen – Murphy verweist hier auf Heinrich von Kleists Novelle *Michael Kohlhaas* und den übergebührliehen Rachefeldzug des Protagonisten.³⁶⁵ Jedem vernünftigen Menschen sei ein gewisses Mass an gerechtigkeitsbasierender Rachsucht und Hass inhärent, das nicht gleichzusetzen sei mit böswilligen Gefühlen von Rache oder Rassismus.³⁶⁶ Die gesellschaftliche skeptische Haltung gegenüber solchen Gefühlen führt Murphy im Wesentlichen auf die christliche Kultur zurück, in der solche Gefühle eher negativ belegt seien und der Fokus auf dem Element der Vergebung liege.³⁶⁷ Diese mithin vernünftigen Gefühle von Rachsucht und Hass sollen im Dialog mit dem Täter Ausdruck finden mit dem Ziel, Opferbedürf-

³⁶¹ SACHS 2015, S. 141.

³⁶² Ebd., S. 198.

³⁶³ Ebd.

³⁶⁴ HÖRNLE 2017, S. 37.

³⁶⁵ MURPHY 1990, S. 214.

³⁶⁶ Ebd., S. 212.

³⁶⁷ Ebd., S. 215 f.

nisse zu befriedigen und privaten Racheakten vorzubeugen.³⁶⁸ Dennoch bleibt Murphy selbst letztlich kritisch gegenüber seiner eigenen Position, die versucht, die Strafe über die Bedürfnisse des Opfers zu definieren, und zwar aus zwei Gründen. Erstens argumentiert Murphy für ein Recht auf Gleichbehandlung im Staat. Dieses Recht auf Gleichbehandlung könnte ins Wanken geraten, zöge man die Gefühle der Opfer als massgebend für die Strafe heran: Da sich die Gefühle der Opfer zwingend unterschiedlich ausprägten, liesse sich keine Gleichbehandlung der Täter im Sinne des Schuldprinzips verwirklichen. Denn dann wäre nicht die durch den Staat in möglichst objektiver Weise bestimmte Schwere der Schuld massgeblich, sondern einzig die Stärke und der Umfang der Bedürfnisse des Opfers.³⁶⁹ Zweitens soll nach Murphy das Schuldprinzip absolut massgebend bleiben, was der Strafgestaltung auf Basis menschlicher Emotionen der Opfer im Wege steht.³⁷⁰ Letztlich geht es bei Murphy also um ein Austarieren zwischen berechtigten menschlichen Emotionen von Opfern und absoluten Verfahrensprinzipien wie Schuld und Gleichbehandlung, die im Strafrechtssystem ebenso wichtig sind.³⁷¹ In Bezug auf die unterschiedlichen Rechtfertigungsebenen von einerseits Widerspruch (Tadel, Missbilligung) und andererseits harter Behandlung (also dem, was wir als Strafe verstehen: Busse, Gefängnis etc.) ist allerdings zu vermuten, dass Murphy die harte Behandlung als verstärkendes Mittel des Widerspruchs sehr wohl begrüsst, um den Opferinteressen besser zu entsprechen. Anders kann ich mir seine Bedenken gegenüber der möglichen Ungleichbehandlung der Täter aufgrund unterschiedlicher Opferinteressen nicht erklären.

c. Normorientierte expressive Straftheorien

Ausser Täter und Opfer kann auch die unbestimmte Allgemeinheit als Adressat eines Kommunikationsvorgangs fungieren. Die im deutschsprachigen Raum bekannteste Ausformulierung einer normorientierten expressiven Straftheorie ist die «Positive Generalprävention», die massgeblich durch den deutschen Strafrechtswissenschaftler Günther Jakobs geprägt wurde. Während sich im angloamerikanischen Bereich normorientierte expressive Straftheorien auf die Bestätigung moralischer Normen konzentrieren, hat das Konzept Jakobs die Bestätigung rechtlicher Normen im Auge. Aufgrund der Ähnlichkeit zu moralischen Konzepten und der grossen Bedeutung der Theorie Jakobs im

³⁶⁸ Ebd., S. 219.

³⁶⁹ Ebd., S. 220 f.

³⁷⁰ Ebd., S. 220.

³⁷¹ MURPHY 1990, S. 220.

deutschsprachigen Raum soll diese Theorie hier als paradigmatisch vorgestellt werden. Jakobs greift bei der Ausformulierung seiner Straftheorie auf den Soziologen Niklas Luhmann (1927–1998) zurück und dessen rechtssoziologisches Konzept, welches das Recht als eine «Generalisierung von Verhaltenserwartungen»³⁷² beschreibt. Um sich als Mensch in einer von Komplexität und Kontingenz geprägten Welt zurechtzufinden, bedarf es nach Luhmann einer Reduktion der denkbaren Verhaltens- und Erlebnismöglichkeiten im Bereich der sozialen Kontakte.³⁷³ Dies geschieht einerseits durch wechselseitige Verhaltenserwartungen, andererseits kann man sich bereits im Vorfeld auf den Fall der Erwartungsenttäuschung einstellen. Je nach antizipierter «Enttäuschungsabwicklung»³⁷⁴ lassen sich kognitive und normative Erwartungen unterscheiden. Kognitive Verhaltenserwartungen, die nicht erfüllt werden, werden im Normalfall im Sinne eines Lernprozesses korrigiert. Normative Verhaltenserwartungen dagegen stellen Erwartungen dar, welche zwar enttäuscht werden können, bei denen der mögliche Enttäuschungsfall jedoch bereits im Voraus als irrelevant angesehen wird. Luhmann nennt dies «kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartungen»³⁷⁵. Dieses System von Luhmann wird von Jakobs nun auf das Strafrecht übertragen. Das Strafrecht leiste, so Jakobs, einen Beitrag zum Erhalt der staatlichen und gesellschaftlichen Gestalt, indem es Erwartungen garantiere, welche für das soziale Zusammenleben unverzichtbar seien.³⁷⁶ Die Straftat betrachtet Jakobs als eine Desavouierung der Norm – der Täter behauptet explizit oder implizit, die Norm müsse nicht beachtet werden.³⁷⁷ Dieser Normkonflikt erlangt bei Jakobs eine öffentliche Bedeutung, da hier grundlegende Normen des Zusammenlebens betroffen sind.³⁷⁸ Der auf Kosten des Täters vollzogene Widerspruch gegen den Normbruch sei Strafe.³⁷⁹ Jakobs weist der Strafe in Anlehnung an seinen Strafbegriff folgende expressive Zwecke zu: «Einübung in Normvertrauen»³⁸⁰; darunter versteht Jakobs die kontrafaktische Stabilisierung von Verhaltenserwartungen, die eine Art Vertrauensschaden bei denjenigen kompensiert, welche den Nichteintritt des in den strafrechtlichen Normen

³⁷² LUHMANN 2008, S. 94. [Hervorhebung im Original]

³⁷³ Ebd., S. 31 ff.

³⁷⁴ Ebd., S. 42. [Hervorhebung im Original]

³⁷⁵ LUHMANN 2008, S. 43.

³⁷⁶ KALOUS 2000, S. 33.

³⁷⁷ JAKOBS 2011, 1. Abschnitt, Rn. 9.

³⁷⁸ Ebd., Rn. 8.

³⁷⁹ Ebd., Rn. 10.

³⁸⁰ Ebd., Rn. 15. [Hervorhebung im Original]

umschriebenen Verhaltens erwarten. Mit den Zwecken der «Einübung in Rechtstreue»³⁸¹ und der «Einübung in die Akzeptation der Konsequenzen»³⁸² zielt Jakobs auf die Konsequenzen einer Straftat, die dem, der das normbrechende Verhalten an den Tag legt, grundsätzlich Kosten auferlegen. Etwaige abschreckende Wirkungen der Strafe, sei es auf den Täter oder aber die Allgemeinheit, lässt Jakobs nur als sekundäre – wünschenswerte, aber einer Strafe nicht inhärente – Funktion gelten.³⁸³ Was die Notwendigkeit der Übelszufügung (harte Behandlung) angeht, findet Jakobs klare Worte, dass es nicht reiche, einen Verbrecher nach seiner Tat als Verbrecher zu «bezeichnen», vielmehr müsse ein Verbrecher auch so «behandelt» werden.³⁸⁴

³⁸¹ Ebd. [Hervorhebung im Original]

³⁸² Ebd. [Hervorhebung im Original]

³⁸³ Ebd., Rn. 16.

³⁸⁴ JAKOBS 2004a, S. 30.

§ 3 Systematisierung

In der rechtsgeschichtlichen Diskussion um die Straftheorien hat man verschiedene Anstrengungen unternommen, die Vielfalt straftheoretischer Positionen zu kategorisieren, also etwa nach gemeinsamen Merkmalen zu ordnen. In dem vorliegenden Kapitel werden wir einer dualen Kategorisierung folgen und auf der einen Seite rückwärtsgewandte, auf der anderen Seite präventive Straftheorien benennen und das chronologisch-geschichtliche Substrat des ersten Teils somit systematisieren, das heisst, die geschichtlich gewachsenen Grundpositionen in ihrer heute relevanten Gestalt erfassen. So sollen die einzelnen präventiven sowie rückwärtsgewandten Theorien auf gemeinsame Merkmale hin befragt und mit Blick auf ihre jeweiligen, für unsere übergeordnete Fragestellung bedeutsamen Stärken und Schwächen herausgearbeitet werden.³⁸⁵ Die Ergebnisse der Systematisierung bilden die Grundlage für den letzten Teil dieser Arbeit, der sich der Strafe und ihrem Zweck im Kontext internationaler Strafgerichte widmet.

A. Präventive Straftheorien

1. Merkmale und Einordnung

Präventive Straftheorien orientieren sich an den Folgen der Strafe. Im philosophischen Sprachgebrauch werden Theorien, die die Bewertung einer Handlung an ihren Folgen bemessen, als konsequentialistische Theorien beschrieben. Das bekannteste konsequentialistische Begründungsmodell finden wir im Utilitarismus. Die Provenienz des utilitaristischen Gedankengutes wird häufig mit den bereits genannten britischen Philosophen Bentham und Mill in Verbindung gebracht, denen in Bezug auf die utilitaristische Ethik in der Tat grosse Verdienste zuzuschreiben sind. Durch ihre Werke ist der Utilitarismus vor allem in der englischsprachigen Welt zu einer der wichtigsten moralphilosophischen Strömungen avanciert und hat sich im Laufe der Zeit in eine unüberschaubare Vielzahl von Arten und Unterarten ausdifferenziert.³⁸⁶ Im Zentrum steht die Frage, welche Ziele und Prinzipien moralisch richtigem Handeln

³⁸⁵ Die vorliegende Systematisierung (§ 3) folgt inhaltlich und strukturell dem Aufbau von ZÜRCHER 2014, S. 34 ff.

³⁸⁶ HÖFFE 2013, S. 9.

zugrunde liegen, welche Handlungsmöglichkeiten wir also nach welchen Kriterien wählen sollen, um daraus die moralisch richtige Handlung abzuleiten.³⁸⁷ Diese rationale Wahl erfolgt anhand folgender Prinzipien: Die Richtigkeit einer Handlung bemisst sich allein an ihren objektiven Folgen. Diese Folgen werden an ihrem Nutzen gemessen und dieser Nutzen wiederum bemisst sich an dem maximalen Glück respektive dem geringsten Übel. Dabei zählt nicht nur der Nutzen für den Einzelnen; angestrebt wird vielmehr der grösstmögliche Nutzen für alle von der Handlung Betroffenen.³⁸⁸ Nach utilitaristischen Kriterien wäre demnach jede Strafe angezeigt, die im Ergebnis – im Unterschied zum Zustand ihrer Nichtverhängung – mehr gute respektive weniger schlechte Folgen hat.³⁸⁹ Die wichtigsten utilitaristischen Handlungskriterien sollen nun für die Beurteilung präventiver Straftheorien beigezogen werden.

2. Prognose und Messbarkeit

Keine Strafrechtsordnung dieser Welt könnte sich den Versuch erlauben, für eine gewisse Zeit ihre Mechanismen auszusetzen, um die Präventivwirkung von Strafen zu überprüfen. Indes verschaffen uns gewisse Vorkommnisse dazu etwas Einblick. So traten im kanadischen Montreal im Herbst 1969 sämtliche Mitglieder der Polizei und der Feuerwehr in Streik, was die Stadt in ein existenziell bedrohliches Chaos stürzte. Innerhalb kürzester Zeit kam es zu einer massiven Zunahme von Brandstiftung, Raubüberfällen und Plünderungen.³⁹⁰ Daraus lässt sich im mindesten ableiten, dass sich das mit Strafe belegte Verbrechen angesichts einer Strafandrohung – verbunden mit den entsprechenden Justiz- und Polizeiorganen – zumindest nicht offen behaupten kann.³⁹¹ Insbesondere die abschreckende Wirkung von Strafe ist jedoch umstritten und lässt sich empirisch nur schwer nachweisen. Als massgeblich für eine Abschreckungswirkung erweist sich die persönliche Einschätzung der Entdeckung der Straftat indes nur für bestimmte Delikte, ausgenommen sind etwa Gewalt- und Drogendelikte. Relativ übereinstimmend wird heute auch davon ausgegangen, dass die Erhöhung der Strafe nicht zur Steigerung der abschreckenden Wirkung von Strafe beiträgt.³⁹² Aufgrund der schwierigen empirischen Überprüfbarkeit bleibt die Folgenabschätzung somit ein sehr unsicherer Fak-

³⁸⁷ Ebd., S. 10.

³⁸⁸ Ebd., S. 10 f.; BENTHAM 1780, S. 1 ff.; MILL 2006, S. 20 ff.

³⁸⁹ ZÜRCHER 2014, S. 40.

³⁹⁰ DER SPIEGEL, Nr. 42, 1969, S. 138.

³⁹¹ SCHMIDHÄUSER 1963, S. 52.

³⁹² MORGENSTERN 2016, S. 108 (mit weiteren Verweisen).

tor einer jeden präventiven Straftheorie. Es war David Hume – ein empiristischer Philosoph –, der das metaethische Prinzip beschrieben hat, wonach nicht logisch von einem Sein auf ein Sollen geschlossen werden kann («Humes Gesetz»). Nicht identisch, aber ähnlich spricht George Edward Moore 1903 in seinem Werk *Principia ethica* von einem «naturalistischen Fehlschluss» als dem Versuch, das Gute mithilfe empirischer oder von ihm als metaphysisch bezeichneter Begriffe zu definieren. In diesem Fall nämlich würden aus der Beschreibung der Natur ethische Gebote abgeleitet, was bedeutete, der Natur beziehungsweise der Realität eine Ethik zu unterstellen, die es dann nur noch zu übernehmen gälte. Vorausgesetzt, Naturtatsachen seien eindeutig und liessen keinen Handlungsspielraum zu, bliebe die menschliche Freiheit als Voraussetzung für Verantwortung aussen vor. Hier wäre der Mensch von vornherein nicht schuldfähig.³⁹³

Um sich wenigstens von der Nachweisschuld des Nutzens (im Sinne der Prävention) einer jeden Strafverhängung zu lösen (und Strafe im Einzelfall mithin auch dann zu verhängen, wenn sie weniger Nutzen bringen sollte als die Nicht-Bestrafung), könnte man mit in der utilitaristischen Diskussion entstandenen Sekundärprinzipien argumentieren. Sekundärprinzipien sind Prinzipien wie etwa das Tötungsverbot, das Prinzip, sich an Versprechen zu halten, oder das Prinzip, nicht zu lügen. Diese Prinzipien sind für sich genommen fähig, das Glück der Menschen zu maximieren, also den utilitaristischen Glücksvermehrungskriterien insoweit zu entsprechen, als sie im Ganzen mit dem obersten Glücks- und Nutzensvermehrungsgebot harmonieren. Folglich soll von diesen Sekundärprinzipien nie abgewichen werden, sie sollen vielmehr auch dann angewendet werden, wenn die Anwendung im Individualfall gegen das Sekundärprinzip mehr Nutzen bringen würde (rule-utilitarianism). Ein Beispiel dafür wäre das Verbot der Lüge. Für die Legitimation von Strafe hiesse das, dass das Strafrecht als Ganzes (mit all seinen Regeln) nutzenvermehrend sein müsste und dieser Nachweis nicht für jede einzelne Strafverhängung erbracht werden müsste.³⁹⁴

Hinsichtlich solcher Sekundärprinzipien stellt sich jedoch sofort die Frage nach ihrer Begründbarkeit. Bereits hier lässt sich die Gefahr aufzeigen, dass der Utilitarismus erneut in die Beliebigkeitsfalle tappt. Denn der Argumentation zufolge sollen ja beispielsweise Lügen das Glück der Menschen nicht maximieren können. Dagegen liesse sich einwenden, dass sich etliche Beispiele finden lassen, die belegen, dass Lügen nicht nur den Lügner, sondern auch

³⁹³ HÖFFE 2008, S. 204 f.

³⁹⁴ ZÜRCHER 2014, S. 43.

zahlreiche Belogene (zumindest temporär) glücklich machen – man denke nur an ideologische oder politische Falschaussagen. Schon von daher stellt sich die Frage, ob die sogenannten Sekundärprinzipien in der Sache weiterhelfen können. Verzichtet man darauf, sie vom Glücks- und Nutzensvermehrungsgebot abzuleiten, wird sich das Problem ergeben, sie auf irgendeine andere Weise begründen zu müssen. Hier böte sich letztlich nur eine nicht konsequentialistische Begründung an – etwa im Anschluss an Kant, der diese Prinzipien in der grundsätzlichen Freiheit des Menschen verankert, über Richtig und Falsch entscheiden zu können und zu müssen, insofern der Mensch sich solchen Entscheidungen nicht entziehen kann.

3. Instrumentalisierung und Menschenwürde

Ein weiterer gegen den utilitaristischen Ansatz gerichteter Einwand lautet, dass eine am Nutzen ausgerichtete Zweckbestimmung zu Instrumentalisierungen führen könne. Prominent vertreten wird dieses Argument von Kant, der den Täter durch präventive Strafe zum Objekt herabgewürdigt sieht.³⁹⁵ Die Frage nach der Gefahr einer Instrumentalisierung des Täters bei präventiven Strafabsichten ist daher mit Blick auf die einzelnen Ausgestaltungsvarianten präventiver Straftheorien zu stellen. Die negative Spezialprävention wird üblicherweise so verstanden, dass der Täter durch Beifügung eines Übels (Strafe) von der Begehung weiterer Delikte abgehalten werden soll. Bei diesem Strafzweck sind solange keine Schwierigkeiten mit der Menschenwürde auszumachen, als das Übel, welches man einem Straftäter zufügen will, um ihn von künftigen Straftaten abzuschrecken, niemals eine Intensität haben darf, die zur Zerstörung oder Gefährdung der Persönlichkeit des Delinquenten führt und damit zu einer Verletzung der Menschenwürde. Da beispielsweise Grausamkeit genau diese Folge hat, kann eine grausame Strafe unter keinen Umständen gerechtfertigt werden. Die «Unschädlichmachung» eines Straftäters dadurch, dass er in Haft gehalten wird, verletzt die Menschenwürde dann nicht, wenn die Haftbedingungen so sind, dass sie ein menschenwürdiges Leben erlauben.³⁹⁶ Fraglich bleibt, wie eine Haftanstalt im Sinne einer «totalen Institution» im Sinne Erving Goffmans unter dem Aspekt der Menschenwürde zu bewerten ist.³⁹⁷ Goffman zufolge wird der «allumfassende oder totale Charakter [...] symbolisiert durch Beschränkungen des sozialen Verkehrs mit der Aussenwelt

³⁹⁵ Vgl. oben [§ 2, E.1](#).

³⁹⁶ TIEDEMANN 2012, S. 350 f.

³⁹⁷ Für den Hinweis auf Goffman danke ich Herrn Professor Dr. Paul Tiedemann.

sowie der Freizügigkeit».³⁹⁸ Wenn ein Mensch aus seiner gewohnten Umgebung in eine Anstalt komme, so werde «sein Ich [...] systematisch, wenn auch häufig unbeabsichtigt, gedemütigt».³⁹⁹ Mit dem Eintritt in eine totale Institution komme es zu einem Rollenverlust, denn persönliche Gegenstände würden gegen diejenigen ausgetauscht, welche die Anstalt zur Verfügung stelle.⁴⁰⁰

Die positive Spezialprävention steht hingegen in einem eher spannungsgeladenen Verhältnis zur Menschenwürde. Klaus Lüderssen bezeichnet die damit verbundenen Eingriffe in persönliche Freiheitsrechte eines Täters gar als unvereinbar mit der Menschenwürde.⁴⁰¹ Sicherlich unterscheiden sich bei der positiven Spezialprävention Intensität und Umfang der Einflussnahme auf den Täter. Während eine zwangsweise angeordnete Psychotherapie, wo der Täter immerhin die Möglichkeit hat, seine Teilnahme zu verweigern oder zu schweigen, noch keine Verletzung der Menschenwürde darstellt, wäre eine gezielte Gehirnwäsche, um aus einem Täter jemanden anderen zu machen, mit der Menschenwürde unvereinbar.⁴⁰² Die grössten Bedenken hinsichtlich der Menschenwürde ergeben sich indes unter dem Blickwinkel der Generalprävention, und zwar in ihrer negativen wie auch in ihrer positiven Ausgestaltung.⁴⁰³ Im Zentrum steht hier der Verdacht, dass die Generalprävention den Täter nicht um seiner selbst willen, sondern für die Allgemeinheit bestraft sehen wolle. Der Schutzbereich der Menschenwürde erfasst den absoluten Schutz persönlicher Authentizität und Identität eines Menschen. Ein Mensch wird beispielsweise dann zum reinen Instrument degradiert, wenn er unter Folter ein Geständnis ablegen muss, er ist dann nicht mehr er selber, sein Selbstverhältnis ist zerstört.⁴⁰⁴ Dagegen wird kein Mensch zum blossen Objekt degradiert, nur weil ihm im Interesse anderer eine Sanktion auferlegt wird, sonst müsste auch der Zwang zur Steuerzahlung als Verletzung der Menschenwürde taxiert werden.⁴⁰⁵ Mithin stellen die positive und die negative Generalprävention unter dem Blickwinkel von Menschenwürde und Instrumentalisierung nur dann eine Problematik dar, wenn die Strafe zum Zwecke der Generalprävention über die Schuld des Täters hinausginge. Gegen den Instrumentalisierungs- und Menschenwürde-Einwand haben sich Vertreter präventiver Strafabsichten mit ei-

³⁹⁸ GOFFMANN 1972, S. 15.

³⁹⁹ Ebd., S. 25.

⁴⁰⁰ Ebd., S. 25 ff.

⁴⁰¹ LÜDERSEN 1995, S. 136.

⁴⁰² TIEDEMANN 2012, S. 466.

⁴⁰³ Ebd.

⁴⁰⁴ Ebd., S. 467.

⁴⁰⁵ Ebd.

genen (utilitaristischen) Nützlichkeitsabwägungen zur Wehr gesetzt. So hat bereits Bentham den Versuch unternommen, das Schuldprinzip utilitaristisch zu begründen, indem er die Frage nach der Zweckmäßigkeit der Strafe an die Schuld knüpfte.⁴⁰⁶ Zum Verhältnis von Schuld und Strafe können im Utilitarismus grundsätzlich zwei Stossrichtungen unterschieden werden. Zum einen kann man sich auf den Standpunkt stellen, dass eine Strafe ohne Schuld schlicht keinen Nutzen bringe.⁴⁰⁷ Zum anderen kann man argumentieren, dass eine Strafe ohne Schuld sogar mehr Schaden als Nutzen bringe, weil die gesellschaftlichen Auswirkungen eines solchen (willkürlichen) Systems einen allfälligen präventiven Nutzen übersteigen würden.⁴⁰⁸ Streng genommen ist jede über das Verdienst des Täters hinausgehende Strafe mit einer – in der Differenz des Überschusses – Bestrafung eines Unschuldigen gleichzusetzen. Wird die präventive Theorie konsequent angewandt, sind solche Überschüsse hinzunehmen, was mit Blick auf die Menschenwürde indessen nicht unproblematisch erscheint.⁴⁰⁹

4. Integrität und Entfremdung

Die Problematik der Entfremdung respektive der menschlichen Integrität ist ein weiterer gegen den Utilitarismus formulierter Einwand. Er geht auf den Philosophen Bernard Williams (1929–2003) zurück. Mit dem Begriff der Integrität meint Williams den Menschen in seiner Individualität, mit seinen eigenen Wünschen und Vorstellungen von einem guten Leben, das mit der utilitaristischen Vorstellung vom Menschen als einem reinen Nutzenmaximierer kollidieren kann.⁴¹⁰ Williams expliziert die Zwangslage, die der Utilitarismus schaffen kann, anhand des Beispiels des arbeitslosen Biochemikers George, der aus Gewissensgründen eine gut bezahlte Stelle in der Biochemiewaffenindustrie nicht annimmt und damit in Kauf nimmt, dass ein anderer die Stelle bekommt, der sich mit grösserem Eifer als er um die Fortentwicklung von Biochemiewaffen bemühen wird.⁴¹¹ Der Utilitarismus würde von George fordern, die Stelle anzutreten, weil er damit in der Lage käme, einerseits eine bessere finanzielle Situation für seine Familie zu schaffen und gleichzeitig (zumindest subversiv) die Biochemiewaffenforschung in ihrem Fortschritt zu

⁴⁰⁶ BENTHAM 1780, S. 170 ff.

⁴⁰⁷ FRISTER 1988, S. 20.

⁴⁰⁸ Ebd., S. 22 f.

⁴⁰⁹ ZIMMERMANN 2012, S. 164.

⁴¹⁰ WILLIAMS 1979, S. 63.

⁴¹¹ Ebd., S. 61.

verlangsamen. Allerdings verstiesse die Annahme dieser Stelle gegen die innersten Überzeugungen von George und er müsste, wollte er den Geboten des Utilitarismus gerecht werden, die Stelle gegen seine Überzeugung annehmen.⁴¹² Der Utilitarismus, so Williams, darf sich daher nicht einseitig auf die Glücksmaximierung aller beschränken, sondern muss sich eingestehen, dass das allgemeine Ziel der Maximierung von Glück nicht impliziert, dass jeder Mensch in seinem Handeln nur nach Glück strebt – andere Pläne, beispielsweise Georges Wunsch nach Abschaffung biochemischer Waffen, haben einen gleichrangigen Wert.⁴¹³ Hinsichtlich der präventiven Strafziele können wir festhalten, dass die konsequente und alleinige Ausrichtung auf präventive Ziele – typischerweise die Abschreckung – zwingend Schranken braucht, um die inhärente Tendenz zum Grenzenlosen, die diesen Theorien innewohnt, in den Griff zu bekommen. Dennoch darf die Prävention selbst nicht als das grundlegende Prinzip verstanden werden, welches lediglich gegen seine negative Tendenz des Überbordens geschützt werden müsste. Es gibt ebenso legitime menschliche Anliegen, die darüber hinausweisen. So ist beispielsweise die Strafe als staatliches Ordnungsinstrument grundsätzlich auch dann abzulehnen, wenn es dadurch zu einer höheren Anzahl von Straftaten käme, da beispielsweise der ideelle Wunsch nach einer christlichen Gemeinschaft, die dem Unrecht auf der Basis der Vergebung begegnet, nicht weniger legitim ist als die konsequente Ausrichtung auf Prävention. Es gilt demnach, dafür Sorge zu tragen, dass der Nutzen nicht zu einem Element verkommt, dem schlechthin alles untergeordnet wird. Die Kategorie des Nutzens kann weder die Todesstrafe rechtfertigen oder die Bestrafung Unschuldiger noch darf sie den Blick dafür verstellen, dass es womöglich auch andere sinnvolle Umgangsweisen mit Delinquenz geben kann.

B. Retributive Straftheorien

1. Merkmale und Einordnung

Der Retributivismus gilt neben dem Konsequentialismus als die zweite grosse Position der Strafethik. Während im Konsequentialismus der Nutzen das gemeinsame Merkmal der Theorie bildet, stellt sich auch beim Retributivismus die Frage nach dem die Theorie bezeichnenden gemeinsamen Merkmal. Man könnte zunächst mit dem Vergangenheitsbezug der Theorie argumentieren,

⁴¹² WILLIAMS 1979, S. 62.

⁴¹³ Ebd., S. 77.

mit welchem retributive Straftheorien regelmässig charakterisiert werden. Obwohl dieser Vergangenheitsbezug tatsächlich besteht, wird er hier nicht als massgebend für den Retributivismus erachtet, zumal auch konsequentialistische Theorien (zumindest) ein in der Vergangenheit liegendes Delikt als Anlass zur Bestrafung nehmen.⁴¹⁴ Auch die Zweckfreiheit, die retributiven Straftheorien regelmässig zugeschrieben wird, erweist sich nicht als das massgebliche Element, da Strafe nicht als zweckfreies Geschehen gesehen werden kann.⁴¹⁵ Wir rekurren zur Bestimmung eines den Retributivismus durchgehend charakterisierenden Merkmals auf einen aus der Moralphilosophie stammenden und im Zusammenhang mit Strafe relativ jungen Begriff, den des Verdienstes. Bevor wir uns einem Prinzip des Verdienstes konkret zuwenden können, müssen wir uns der einem Verdienstkonzepth vorgelagerten und für den Retributivismus eigentlich grundlegenden Frage zuwenden, jener nach der Schuld.

2. Schuld

Retributive Straftheorien sind untrennbar mit dem Konzept der Schuld verbunden. Im strafrechtlichen Sinne wird Schuld als ein Teil des Verbrechensbegriffs verstanden. Es geht also um die Frage, inwiefern einem Täter ein Verhalten (Tun oder Unterlassen) als sein eigenes zugerechnet werden kann.⁴¹⁶ Die Strafe wird in ein Verhältnis zur Schuld gestellt, bietet also ein Richtmass für deren Ausmass und begrenzt sie zugleich. Zwar kennt die Geschichte auch (Straf-)Prozesse gegen Tiere.⁴¹⁷ Dennoch scheint Schuld etwas grundsätzlich Menschenbezogenes zu sein, obwohl (oder gerade weil) wir Menschen unter bestimmten Bedingungen vom Vorwurf der Schuld befreien, etwa kleine Kinder oder psychisch erkrankte Menschen, denen wir zwar Rechts-, aber keine Schuldfähigkeit zuerkennen. Das Gefühl von Schuld baut zunächst auf einer menschlichen Eigenerfahrung auf. Man weiss von sich selber (oder nimmt dies zumindest an), dass uns ein freier Wille dazu befähigt, eine bestimmte Entscheidung zu treffen und bestimmte Handlungen vorzunehmen oder auf sie zu verzichten.⁴¹⁸ Schuld wird an die Fähigkeit, dem eigenen Willen entspre-

⁴¹⁴ ZÜRCHER 2014, S. 59 f.

⁴¹⁵ HÖRNLE 2017, S. 61.

⁴¹⁶ TRECHSEL/NOLL/PIETH 2017, S. 122 ff.

⁴¹⁷ TSCHENTSCHER 2003, S. 32 f. (mit weiteren Hinweisen).

⁴¹⁸ Eine Entscheidung, so Boeddinghaus, könne als frei gelten, «wenn sie erstens bewusst getroffen wurde, zweitens keinerlei Zwang unterliegt und drittens als alleinige Ursache der ihr folgenden Handlung gelten kann». BOEDDINGHAUS 2007, S. 9.

chend Einsichten zu bilden, sowie an Verantwortung und Regeleinsicht geknüpft (Einsichts- und Steuerungsfähigkeit), und wer sich nicht an die Regeln hält, wird demnach schuldig. Wenn im Strafrecht von Schuld gesprochen wird, ist der freie Wille des Menschen impliziert. Ein sinnvolles Konzept von Schuld verlangt, dass sich der Delinquent in der Situation, welche ihm zum (strafrechtlichen) Vorwurf gemacht wird, auch anders hätte verhalten können. Die Debatte um Schuld ist mithin unlösbar mit der Debatte um Willensfreiheit verknüpft. Auf menschliche Lebensweisen und Kulturschöpfungen rekurriert nicht zuletzt das Strafrecht, in dem die Zurechenbarkeit von Handlungen erneut mit der Fähigkeit zur freien Selbstbestimmung verbunden ist.⁴¹⁹ Das Strafrecht schiene also geradezu seinen Sinn zu verlieren, wenn wir die mit dem Konzept der Willensfreiheit verbundene Verantwortungszuschreibung in Zweifel ziehen würden. Alle Straftheorien, alle Überlegungen zum Strafzweck würden obsolet. Mit der Frage nach der menschlichen Freiheit ist also eine bestimmte Selbstauffassung des Menschen verbunden, die letztlich in den kaum lösbaren, jedoch durch die aktuelle Hirnforschung wieder auf den Plan gerufenen Fragehorizont nach der Determiniertheit beziehungsweise Offenheit unseres Willens gehört.⁴²⁰

3. Verdienst

Der Verdienstbegriff wird wie Schuld ethisch-moralisch verwendet (die Begriffe gehen also ineinander über), wobei der Verdienstbegriff neutraler und in der Tendenz eher positiv gebraucht wird. Der oft zitierte Mann auf der Strasse (wenn er denn Vertreter einer retributiven Straftheorie sein sollte) wird auf die Frage, weshalb auf ein Delikt Strafe folgen soll, wohl nicht sagen, weil man die Tat vergelte, sondern weil der Täter sie verdiene.⁴²¹ Aus dem Alltag sind uns auch weitere Situationen bekannt, in denen wir etwas für verdient halten,

⁴¹⁹ MAHLMANN 2021b, Rn. 1 zu § 31.

⁴²⁰ Die modernen Verfahren der «funktionellen Gehirnbildgebung» erlauben es, Einblicke in die Prozesse zu erhalten, die im Gehirn des Menschen ablaufen. Die Hirnforschung konzentriert sich ganz auf die messbaren Vorgänge und die Naturgesetze, denen sie folgen. Die Frage, die sich aber stellt, ist, ob der Mensch im Hinblick auf Entscheidungsfreiheit selbst bestimmen kann, was er will und wie er handeln will, oder ob er ausschliesslich von diesen naturgesetzlichen Vorgängen bestimmt wird. Mit den Worten Gerhard Roths: «Mir scheint der Satz <Nicht das Ich, sondern das Gehirn hat entschieden!> korrekt zu sein.» BOEDDINGHAUS 2007, S. 32; JOX 2015, S. 23. Wenn neurovegetative Vorgänge die Entscheidungen bestimmen, kann sich keine Schuldfrage stellen. Zur aktuellen Debatte um Schuld, Willensfreiheit und das «schlechte Gewissen des Strafrechtlers» vgl. FAHL 2020, S. 335 ff.

⁴²¹ ZIMMERMANN 2012, S. 11.

das können Erfolg, Tadel, Anerkennung oder vielleicht gar der Tod sein.⁴²² Sicherlich gehört zu diesen Intuitionen eben auch jene, dass ein Straftäter seine Strafe verdiene.⁴²³ Der Begriff des Verdienstes macht also eine Aussage zur Frage, weshalb auf ein Delikt eine Strafe folgen soll. Oder anders formuliert: Ein Täter wird für sein Delikt bestraft, weil er die Strafe verdient.

Wenngleich sich Joel Feinberg im Wesentlichen der Tatbestandsseite der Strafe zuwendet, namentlich der Frage, welche menschlichen Verhaltensweisen durch den Staat legitimerweise bestraft werden dürften, und in seinen Arbeiten den Zweck von Strafe nicht thematisiert, sie vielmehr als faktisch existierendes Sanktionsinstrument voraussetzt,⁴²⁴ lässt sich das Konzept verdienstbezogener Strafe an seinen Überlegungen illustrieren. Feinberg stellt drei Voraussetzungen an den Begriff des Verdienstes. Eine Person müsse für den Verdienst infrage kommen («eligibility condition»), eine Person müsse sich für den Verdienst qualifizieren («qualifying condition») und eine Person müsse es wert sein, den Verdienst zu erhalten («desert base».⁴²⁵ Feinberg illustriert sein Verdienstkonzept mit dem Beispiel eines Leichtathletikwettkampfes. Wenn die Person X einen Hochsprungwettkampf gewinne, weil sie von allen Teilnehmenden die höchste Höhe übersprungen habe, habe sie Anspruch auf den dafür vorgesehenen Preis («qualifying condition».⁴²⁶ Damit sei aber nicht gesagt, dass die Person X auch ein würdiger Sieger sei. Sie könne auch nur durch einen glücklichen Zufall (weil sich zum Beispiel die Spitzenhochspringer allesamt verletzt haben) zum Sieg gelangt sein.⁴²⁷ In diesem Fall sei dann Glück die Erklärung der Qualifikationsbedingung und nicht das Verdienst.⁴²⁸ Dieser Gedanke lässt sich auf den Strafprozess übertragen. Dieser stellt die Qualifikationsbedingung für die Strafe dar. Im Falle eines Justizirrtums fehlt es zwar am Verdienst, aber trotzdem käme man zu dem Ergebnis, dass die Strafe rechters ist, da es für die Erfüllung der rechtlichen Qualifikationsbedingung genügt, zu zeigen, dass der Täter in einem rechtsstaatlich fairen Prozess verurteilt worden ist.⁴²⁹ Oder mit anderen Worten: Man hat die Strafe verdient, wenn man nicht fälschlicherweise aufgrund eines Justizirrtums zu einer Strafe verurteilt wurde. Ein solches Abstellen auf die rechtli-

⁴²² ZÜRCHER 2014, S. 61.

⁴²³ Ebd.

⁴²⁴ SEHER 2000, S. 37, 46.

⁴²⁵ FEINBERG 1970, S. 58.

⁴²⁶ Ebd.

⁴²⁷ Ebd., S. 64.

⁴²⁸ Ebd.

⁴²⁹ KAISER 1998, S. 143.

che Förmlichkeit des Prozesses (mithin der Strafe) sagt aber noch nichts über die moralisch wahre Basis des Verdienstes aus. Deshalb wurde der Verdienstbegriff von gewissen Autoren erweitert. Zum einen betrifft dies die Frage der Zurechenbarkeit. Soll jemand etwas verdienen, muss er dafür (moralisch) verantwortlich gemacht werden können (die Aussage «X verdient Strafe, weil das Wetter schlecht ist» verfängt offensichtlich nicht). Dann wird aus dem Verdienstbegriff auch eine Aussage zur Proportionalität abgeleitet, ganz in dem Sinne, dass Verdienst eine gewisse Angemessenheit *a priori* bedinge. So widerspricht die Aussage «X erhält die Todesstrafe für einen gestohlenen Apfel» dieser Angemessenheit.⁴³⁰

Zusammengefasst ergibt sich mithin folgender, für sämtliche retributiven Straftheorien verbindlicher Verdienstbegriff: «Strafe ist das von einer zuständigen Stelle für eine vergangene und zurechenbare Tat intentional gegen den Täter verhängte und der Bedeutung seiner Tat angemessene Übel. Sind diese Bedingungen erfüllt, so hat der Täter seine Strafe verdient.»⁴³¹ Im Folgenden soll im Sinne der Systematisierung auf die paradigmatischen Positionen des Retributivismus eingegangen werden, wobei jeweils auf deren Ursprung, wie er im ideengeschichtlichen Teil dargestellt wurde, verwiesen wird.

4. Talion, Vergeltung, Ausgleich

Die Talion ist die wohl früheste und bekannteste Ausgestaltungsform innerhalb der retributiven Straftheorien. Ihr liegt die Idee einer absoluten Gleichheit von Tatschuld und Strafe zugrunde. Sie findet sich bereits in den frühesten Rechtserlassen der Menschheitsgeschichte. Grosse Beachtung erhielt das Konzept der Talion in seiner Relevanz später von Kant und Hegel. Kant hielt noch strikt an einer formellen Talion fest, in dem Sinne, dass dem Täter möglichst exakt der gleiche Schaden zugefügt werden müsse, den das Opfer durch ihn zu erleiden gehabt habe. Für Kant stellt dies die einzige Möglichkeit der Verwirklichung einer reinen und strengen Gerechtigkeit dar. Kant spricht in dieser Hinsicht bezeichnenderweise von der Strafe, die sich der Verbrecher «selbst über den Hals zieht»⁴³². Hegel dagegen prägte die Vorstellung der materiellen Talion, die nicht eine absolute, sondern lediglich eine qualitative Gleichheit anstrebt.⁴³³

⁴³⁰ Ebd. (mit weiteren Verweisen).

⁴³¹ Ebd. (mit weiteren Verweisen).

⁴³² KANT 2018, S. 189.

⁴³³ EBERT 1991, S. 252.

Es wird deutlich, dass die verschiedenen Ausprägungen nicht zuletzt durch eine unterschiedliche Auffassung dessen zustande kommen, was unter eigentlicher «Gleichheit» verstanden wird. Indem sich die Talion nur am Taterfolg orientiert, vergisst respektive vernachlässigt sie Elemente und Umstände in der Person des Täters oder des Opfers, die die Tragweite der Tat beziehungsweise auch der Strafe beeinflussen können.⁴³⁴ Weil die Talion nicht fähig ist, auch Tatmotive und persönliche Umstände einzubeziehen, zieht sie unter Umständen eklatante Ungerechtigkeiten nach sich.⁴³⁵ Weiter kann die Talion dort nicht helfen, wo sich einer Tat keine Opfer zuordnen lassen oder wo sich die Tat gegen die unbestimmte Allgemeinheit richtet, etwa bei Staatsverbrechen oder Urkundenfälschungen.⁴³⁶

Historisch belegt ist ihre positive Funktion hingegen in der Einschränkung und Überwindung der Privatrache und somit als rechtlicher Fortschritt.⁴³⁷ Gerade in einfachen, sich noch entwickelnden Gesellschaftsstrukturen war das leicht nachvollziehbare, zumindest *prima vista* ein festes Mass vorgebende Talionsprinzip hilfreich, wenn eine Gesellschaft vor der Aufgabe stand, die Unrechtsvergeltung der öffentlichen Willkür zu entziehen. So markiert die Talion oftmals den Beginn eines öffentlichen Strafrechts.⁴³⁸ Die Talion führt neben ihren praktischen Schwierigkeiten jedoch zu dem entscheidenden Problem, dass sie lediglich eine Art der Strafberechnung beschreibt, für die Frage der Rechtfertigung einer Strafe jedoch keinen Gewinn bringt, da die Frage, welche Delikte bestraft werden sollen, davon nur unzureichend betroffen ist. Anders formuliert: Zu ihrer formellen Verwirklichung bedarf es stets eines Strafgesetzes, welches einerseits bestimmt, welche Delikte überhaupt bestraft werden sollen, und andererseits darüber verfügt, welche Schwere der entsprechenden Straftat zukommt. Dies macht die Talion von allen retributiven Strafbegründungen besonders anfällig für den Einwand des Legalismus: Strafe erfolgt, weil der Tatbestand erfüllt wurde – unabhängig von der Qualität der normativen Grundlage.⁴³⁹

Der im Zusammenhang mit der Talion stets wiederauftauchende Begriff der Vergeltung ist nicht mit ihr gleichzusetzen. Obgleich man die Talion bisweilen als Idealform der Vergeltung betrachtet, kann Vergeltung auch weit über das

⁴³⁴ Ebd., S. 254.

⁴³⁵ Ebd.

⁴³⁶ Ebd.

⁴³⁷ Ebd., S. 258.

⁴³⁸ Ebd.

⁴³⁹ ZÜRCHER 2014, S. 64.

von der Talion angestrebte proportionale Mass hinausgehen.⁴⁴⁰ Des Weiteren wird der Begriff der Vergeltung häufig mit der formellen Talion und archaischer Rache gleichgesetzt und ist insofern vorbelastet und führt in unserer Frage nicht weiter. Klar scheint indes, dass die Einrichtung der Talion auf rechtliche und ethische Grenzen unserer heutigen normativen Vorstellungen stösst, in welchen Tötung, Verstümmelung und unmenschliche Behandlung keinen Platz mehr finden dürfen.⁴⁴¹ Straftheorien, die diesen Versuch noch wagen, sind zu Konstruktionen gezwungen, die mit der ursprünglichen Idee der Talion nicht mehr viel gemein haben.⁴⁴²

5. Vorteil, Nachteil, Fairness

a. Grundmodell

Die «Benefit and burden»-Theorien können als das wohl einflussreichste Konkretisierungskonzept des Verdienstbegriffes beschrieben werden und erlangten auch unter anderen Bezeichnungen (zum Beispiel «Theory of Reciprocity», «Unfair-advantage Theory», «Fairness Theory») einflussreiche Verbreitung.⁴⁴³ In Anknüpfung an das Grundmodell, welches im ideengeschichtlichen Teil dieser Arbeit bereits beschrieben wurde,⁴⁴⁴ geht diese Retributivismus-Variante in ihren Voraussetzungen, welche vor allem durch die Arbeiten von Morris und Murphy geprägt wurden, davon aus, dass das gesellschaftliche Zusammenleben für jeden sowohl Vor- als auch Nachteile bietet. Erblickt man nun, wie gewisse Vertreter solcher Theorien, den unfair erlangten Vorteil in der Beute, steht man vor der Schwierigkeit, dass nicht alle Strafdelikte einen materiellen Ertrag aufweisen, womit ein solcher dann auch nicht entzogen werden kann.⁴⁴⁵ Modelle, die dem Täter aufgrund seiner fehlenden Selbstbeherrschung, sich an die Regeln zu halten, den (kompletten) staatlichen Schutz entziehen wollen, würden im Ergebnis in einen für den Täter rechtlosen Zustand einwilligen, mit rechtsstaatlich unhaltbaren Konsequenzen.⁴⁴⁶ Bisweilen wurde deshalb versucht, das Synallagma von Schutz und Gehorsam auf einzelne Rechtsgüter aufzuspalten, so dass beispielsweise der Dieb nur den

⁴⁴⁰ EBERT 1991, S. 250.

⁴⁴¹ Ebd., S. 253.

⁴⁴² Ebd.

⁴⁴³ KAISER 1998, S. 149.

⁴⁴⁴ Vgl. oben [§ 2, F.1.a.](#)

⁴⁴⁵ SPYCHER 2013, S. 113 (mit weiteren Verweisen).

⁴⁴⁶ Ebd., S. 114 (mit weiteren Verweisen).

Schutz vor staatlichen Eingriffen in sein Eigentum verliert.⁴⁴⁷ Auch hier kann lediglich der Verlust des staatlichen Schutzes gerechtfertigt werden, indes nicht der darüber hinausgehende Eingriff in die Rechtsgüter des Täters.⁴⁴⁸

Die Einwände gegen Güter-Lasten-Theorien können neben ihrer konkret theoretischen Ausgestaltung auch grundlegender gesehen werden. So kann diesen Theoriemodellen unterstellt werden, dass sie nicht alle Subjekte eines marktwirtschaftlichen Systems gleichermaßen einbeziehen können. So ist etwa fraglich, inwiefern der Bettler vom Eigentumsschutz in der Gesellschaft profitiert, wenn wir nach diesem Konzept davon ausgehen, dass die Bürde, sich an die Gesetze zu halten, *jedem* Einzelnen Vorteile verschaffen soll. Ein Angriffspunkt gegen diese Theorie verbirgt sich auch im Begriff des Vorteils selbst, der das strafrechtliche Delikt zumindest begrifflich positiv bewertet – die Vergewaltigung einer Frau etwa als strafrechtliches Delikt müsste dann ja als Nutzen verstanden werden, der auch von anderen Männern gern in Anspruch genommen werden würde.⁴⁴⁹ Auch normativ ist der Vorteil nur schwer vorstellbar – das Recht gilt für den Täter weiter, daher bleibt er während der Tat und auch nach der Tat genauso unfrei wie der rechtskonforme Bürger.⁴⁵⁰

b. Auktionsmodell

Das auf dem Grundmodell von Murphy und Morris aufbauende und im ideengeschichtlich-historischen Teil vorgestellte Auktionsmodell von Michael Davis⁴⁵¹ mag ein interessantes Gedankenspiel sein, bleibt aber als Straftheorie aus verschiedenen Gründen nicht überzeugend. Der Autor versucht mit seinem Auktionsmodell zu explizieren, dass der Preis für eine Lizenz, mit welcher man straflos ein Delikt begehen könne, mit zunehmender Schwere des Delikts ansteigen würde. Anhand der Preise ergebe sich dann die Proportionalität als Index für die Bemessung des unfair erlangten Vorteils. Davis stützt diese Überlegung auf die umgekehrte Annahme, dass schwerere Straftaten zugleich einem stärkeren Verlangen danach entspringen, strafbare Handlungen zu begehen, als dies bei weniger schweren Vergehen der Fall ist. Diese Voraussetzung verkürzt die komplexe Ausgangslage des Täters, da dieser seine Deliktsabsichten nicht (nur) nach der Schwere der Tat bemisst. Des Weiteren verbirgt sich hinter Davis' Konzept eine unrealistische Vorstellung totaler Normtreue. Warum

⁴⁴⁷ KAISER 1998, S. 151 f. (mit weiteren Verweisen).

⁴⁴⁸ Ebd., S. 151.

⁴⁴⁹ ZIMMERMAN 2012, S. 159.

⁴⁵⁰ Ebd., S. 157.

⁴⁵¹ Vgl. oben [§ 2, F.1.a.](#)

sollte der Täter für seine Tat eine Lizenz kaufen wollen, wenn er einen Vorteil will? Als kluger Nutzenmaximierer würde er viel eher die Tat begehen und damit rechnen, gar nicht bestraft zu werden.⁴⁵² Auch die Erweiterung des Auktionsmodells, die darin besteht, die unlicenzierte Tat als Wilderei («poaching») einzustufen und mit einer Einheitsstrafe zu ahnden, die weit über den Preis der Lizenz hinausgeht, führt uns nicht weiter. Davis opfert mit der bewussten Inkaufnahme inhumaner Behandlung allzu viele rationale Errungenschaften.⁴⁵³ Es bleibt somit ein anregendes Gedankenspiel von rein metaphorischer Plausibilität.⁴⁵⁴

c. Moralische Verantwortlichkeit

Margaret Falls entwickelt ihre Straftheorie vor allem auf dem Gedankengut von Kants Talions- und Strafverständnis, macht aber auch eine Replik auf die «Benefit and burden»-Theorien. Diesen wirft sie zunächst vor, sie hätten Kant zu Unrecht als Gewährsmann ihrer Theorien herangezogen. Kant sehe sich vielmehr einer Tradition verpflichtet, die behaupte, die Bürde, seine unmoralischen Neigungen zu unterdrücken, sei eigentlich ein Gewinn und kein Nachteil. Vor diesem Hintergrund expliziert Falls den Begriff der moralischen Verantwortlichkeit und bezieht diesen auf die Strafe (!): Die moralische Verantwortlichkeit verlange Respekt gegenüber dem Täter. Falls spricht folglich auch vom «Respektprinzip». In ihrer Unterscheidung zwischen verdientem und unverdientem Verdienst lässt sie die proportionale Zurechnung von Strafe demnach nur so lange gelten, als nicht ihr zweites Prinzip, das Respektprinzip, verletzt werde.

Im Ergebnis ist Falls Theorie trotz aufwändiger Darstellung leicht nachvollziehbar und wiederholt im Grunde einen bekannten Einwand gegen die Proportionalität in der Strafbemessung, nämlich die Kritik an einer mechanischen Talion im Sinne der Gleichartigkeit der Strafe zum Delikt. Falls übersieht hier, dass die Talion auch im Sinne der Gleichwertigkeit (anstelle der Gleichartigkeit) diskutiert wurde («Talion und die Problematik der Gleichheit», s. o.). Auch das praktische Einwirken des Respektprinzips auf die Strafe wirft Fragen auf. Ihr Verständnis von moralischer Verantwortlichkeit, welches sie auf die Strafe bezieht, legt zugrunde, dass der Straftäter auf die Strafsanktion reagieren können muss – darin, dass der Täter als moralisches Wesen angesprochen würde, liege ja gerade der Wert der Strafe. Zu bedauern ist, dass Falls hier die Gren-

⁴⁵² KAISER 1998, S. 156.

⁴⁵³ So auch ebd., S. 157.

⁴⁵⁴ ZIMMERMANN 2012, S. 159 f.

zen der Proportionalität beziehungsweise das Einspringen des Respektprinzips ausschliesslich vom menschlichen Körper abhängig zu machen scheint – so schreibt sie, dass etwa Tötung, Folter oder Verstümmelung Strafen seien, die eben diesem Respektprinzip widersprechen würden. Diese Begrenzung ist straftheoretisch durchaus willkommen; allein auf die Körperlichkeit abzustellen, reduziert den Menschen jedoch wieder auf den Status eines Objekts und schliesst Strafen aus, die die seelischen Grenzen der Proportionalität übersteigen beziehungsweise übersehen, dass auch subjektive Kriterien in die Bemessung der Strafe einfließen können.⁴⁵⁵

C. Expressive Straftheorien

1. Tadel und Täter

Wir haben im ideengeschichtlichen Teil die gängigen Adressaten expressiver Strafkonzeppte und eine jeweils zur Exemplifizierung geeignete Straftheorie dazu kennengelernt. Bevor wir auf den in expressiven Straftheorien unterschiedlich begründeten Rechtfertigungszusammenhang von Tadel und Übelszufügung näher eingehen, sollen die von den erwähnten Autoren in ihren expressiven Straftheorien mit dem Tadel beziehungsweise dem Widerspruch angestrebten Wirkungsabsichten einer kritischen Würdigung unterzogen werden.

Der von Duff durch den Tadel beim Täter angestrebte Läuterungsprozess basiert im Wesentlichen auf einer dazu notwendigen aktiven Teilnahme des Täters und führt insofern zu Schwierigkeiten, als diese Teilnahme nicht erzwungen werden kann. Hier wird die Nähe des Autors zu Sühnetheorien offensichtlich, und Einwände gegenüber Vorstellungen von Sühne und Busse lassen somit auch Duffs Theorie nicht unberührt. Sühne ist eine sittliche Leistung, die nicht erzwungen werden kann und daher nur dann auferlegt werden darf, wenn der Täter danach verlangt.⁴⁵⁶ Duffs Konzeption steht demnach in der Gefahr, Tugend- und Sittlichkeitsvorstellungen erzwingen zu wollen. Kern dieser Kritik sind bereits auf Kant zurückgehende Bedenken, dass das Strafrecht die Innerlichkeitsgrenze der Personen nicht missachten, mithin nicht zum Gesinnungs- und Charakterstrafrecht verkommen dürfe.⁴⁵⁷ Duff nimmt diese Bedenken insoweit auf, als er an die Massgabe der aktiven Teil-

⁴⁵⁵ KAISER 1998, S. 165 f.

⁴⁵⁶ SCHMIDHÄUSER 1963, S. 46.

⁴⁵⁷ SACHS 2015, S. 103.

nahme des Täters, mithin etwa an seine Gesprächsbereitschaft und Offenheit, keine Konsequenzen knüpft. Seine Stellung soll sich dadurch weder verbessern noch verschlechtern.⁴⁵⁸ Zudem macht Duff das strafrechtliche Unrecht an einem gewissen Grad von Öffentlichkeit fest und sieht insofern einen absoluten Schutzbereich von Autonomie vor.⁴⁵⁹

Trotz dieser Einwände gelingt es Duff, eine Straftheorie mit einer Reihe von interessanten Ansätzen zu formulieren. Auch wenn seine Ansprüche wohl letztlich überhöht sind, zeigt er anschaulich, was für eine «reiche moralische Substanz» das Strafrecht haben kann.⁴⁶⁰

2. Tadel und Opfer

Vertreter opferorientierter expressiver Straftheorien sehen die Tatopfer als die (zumindest mittelbaren) Adressaten des sich an den Täter richtenden Tadels. Solche Theoriemodelle leiden zunächst an ganz praktischen Schwierigkeiten, die darin bestehen, dass die rechtliche Verbürgung von strafrechtlichen Tatbeständen Situationen schafft, in denen gar keine Opfer benannt oder identifiziert werden können. Nicht selten kommen der Strafe auch andere Kompensationsleistungen mit Blick auf das Opfer zuvor. Die von Murphy vorgebrachte Idee, dass der gegenüber dem Täter geäußerte Tadel im Wesentlichen dazu da sei, beim Opfer Gefühle von Hass und Rache aufzufangen und privater Rache vorzubeugen, scheint ein problematisches Unterfangen zu sein. Niemand wird ernsthaft bestreiten, dass Rache, Hass und andere negative Emotionen durchaus legitime Gefühle des Opfers einer Straftat sein können. Sollen sie jedoch einen wesentlichen Beitrag zu einer Straftheorie leisten, muss man mit ihnen mehr machen können, als sie nur zu respektieren. Man müsste sie zumindest kanalisieren und in einen nachvollziehbaren Bezug zur Strafe stellen können. Das geschieht bei Murphy offensichtlich nicht – folglich ist sein Appell an einen nicht zu moralisierenden Umgang mit negativen Gefühlen bei den Opfern zu begrüssen. Darauf aber eine Theorie von Strafe errichten zu wollen, scheint nicht überzeugend zu sein. Das Gefühl der Empörung, das Strafe häufig auslöst, ist kein Rechtfertigungsgrund für die Strafe – schon gar nicht unter den Vorzeichen einer retributiven Straftheorie. Allenfalls könnte man in präventiver Hinsicht auf mit Strafe normalerweise assoziierte Gefühle hinweisen: Weil Strafe mit negativen Gefühlen verbunden ist, hat sie eine abschreckende Wirkung. Das ist jedoch eine ganz andere Art der

⁴⁵⁸ Ebd., S. 231.

⁴⁵⁹ Ebd., S. 230.

⁴⁶⁰ Ebd., S. 326.

Rechtfertigung. Aber auch das scheint nicht ganz zu stimmen: Die abschreckende Wirkung geht von der Strafe und nicht von Gefühlen aus; sie äussert sich vielmehr in emotionaler Form, also etwa in der Angst vor Strafe. In retributiver Hinsicht wird man wohl eher auf den Tadel selbst als angemessene moralische Reaktion auf eine Straftat abstellen müssen. Die Straftat «verdient» demnach den moralischen Tadel als angemessene Reaktion. Zweifellos steht es einem System, welches die Gewalt monopolisiert und somit die Reaktion stellvertretend für das Opfer ausübt, in einem gewissen Umfang zu, dies auch zur Befriedigung der Opferseite zu tun (und nicht nur zur Befriedigung des staatlichen Rechtssystems), da es sich ansonsten selbst in eine schwierige Lage bringen würde. Werden jedoch die Interessen der Opfer für das staatliche monopolisierte Eingreifen zu vordringlich, droht umgekehrt die Gefahr, dass die Unabhängigkeit einer staatlich monopolisierten Strafgewalt belastet wird, was Murphy, angesichts seiner geäusserten Selbsteinwände, offenbar auch selbst bedenkt.

3. Widerspruch und Rechtsgemeinschaft

Neben dem Täter und dem Opfer kann auch die (unbestimmte) Rechtsgemeinschaft als Adressat des sich an den Täter richtenden Tadels fungieren. Zur Exemplifizierung haben wir im ideengeschichtlichen Teil die von Günther Jakobs vertretene Form der positiven Generalprävention kurz dargestellt. Strafe ist nach Jakobs unter Bezugnahme auf Luhmanns Normtheorie demnach – wir zitieren Stichworte Jakobs – «Widerspruch» gegen den Normbruch, mit dem Ziel der «Einübung von Normvertrauen», der «Einübung in Rechtstreue» und der «Einübung in die Akzeptation der Konsequenzen».⁴⁶¹ Solche Theoriemodelle leiden zunächst unter dem Problem der schwierigen empirischen Überprüfbarkeit und wären prinzipiell nur unter einem Totalausfall strafrechtlicher Institutionen ernsthaft zu beurteilen.⁴⁶² Der Fokus auf die Stabilisierung der Norm muss zudem mit dem Einwand rechnen, dass gewisse Normen – im Strafrecht etwa schwere Delikte gegen Leib und Leben – der Problematik der Erosion womöglich weniger stark ausgesetzt sind, ganz einfach, weil ihre Geltung unbestritten ist und somit nicht durch Stabilisierung am Leben erhalten werden muss.⁴⁶³ Auch besteht die Gefahr, dass als in der Bevölkerung als ungerecht empfundene Strafen dem Ziel der positiven Generalprävention, nämlich der Festigung der Rechtstreue, entgegenlaufen könn-

⁴⁶¹ Vgl. oben [§ 2, F.2.c.](#)

⁴⁶² HÖRNLE 2017, S. 28.

⁴⁶³ Ebd., S. 29.

ten, weshalb solche Theoriemodelle auch der (schwierigen) Frage nach der Strafgerechtigkeit ausgesetzt sind.⁴⁶⁴ Darüber hinaus impliziert die Stabilisierung von Normen grundsätzlich ein intaktes Normensystem im Hintergrund – welches in wenig entwickelten Gesellschaften möglicherweise ganz oder in Teilen fehlen kann.⁴⁶⁵

4. Tadel und Übelszufügung

Strafe schliesst Tadel ein – sie lebt aber noch von einem zweiten konstitutiven Element, das wir hier Übelszufügung nennen. Damit gemeint sind die Entbehnungen, die dem Täter neben dem Tadel zugefügt werden sollen. Zwar existieren Straftheorien, nach denen Strafe einzig im kommunikativen Tadel zu suchen ist und eine Übelszufügung nicht für notwendig gehalten wird.⁴⁶⁶ Halten wir dagegen daran fest, dass Tadel und Übelszufügung zwei feste Elemente von Strafe sein sollen, stellt sich die Frage, weshalb der Tadel alleine nicht ausreicht, um das Unwerturteil adäquat gegenüber dem Täter zum Ausdruck zu bringen. Die Gründe dafür liegen auf der Hand: Regelmässig wird es durch den (alleinigen) Tadel nicht gelingen, die Ernsthaftigkeit des Unwerturteils zu verdeutlichen. Das hängt im Wesentlichen damit zusammen, dass die Möglichkeiten an Differenzierungen, die mit dem Tadel zum Ausdruck gebracht werden sollen, eingeschränkt sind und die Vermittlung eines Unwerturteils einer grossen Spannweite an Ausdrucksformen bedarf.⁴⁶⁷ Auf nur sprachlicher Ebene würde es also schwerfallen, das Unwerturteil quantitativ zu präzisieren, zumal das Gewicht einer nur verbalen Botschaft in unseren Breitengraden ohnehin eingeschränkt ist⁴⁶⁸ und unsere Gesellschaft nicht zu denen gehört, in der ein König oder eine andere Autorität oder Instanz die Macht hat, durch ein blosses Wort als Reaktion auf eine Straftat die Übelszufügung überflüssig werden zu lassen.⁴⁶⁹ Grundsätzlich sind nach Kaiser drei Kombinationen von Widerspruch und Übelszufügung denkbar, die man in der Systematik wie folgt benennt: (1) *Akzessorischer Expressivismus*: Hier geht es um die Missbilligung durch Übelszufügung. Diese Zufügung von Übel ist aber so zu verstehen, dass das Übel nicht dominiert, sondern lediglich die Missbilligung zusätzlich verdeutlicht, wobei hier insbesondere auf den Zweck einer verstär-

⁴⁶⁴ ZIMMERMANN 2012, S. 165.

⁴⁶⁵ KALOUS 2000, S. 120 f.

⁴⁶⁶ SACHS 2015, S. 170 (mit weiteren Verweisen).

⁴⁶⁷ HÖRNLE 2017, S. 44 f.

⁴⁶⁸ Ebd., S. 44.

⁴⁶⁹ VON HIRSCH 2005, S. 53.

kenden Kommunikation der Missbilligung geachtet wird. Akzessorisch bedeutet hier also so viel wie «hinzugefügt», «beigefügt». (2) *Nominalistisch akzessorischer Expressivismus*: Dies ist, einfach gesagt, als eine verschärfte Form des zuvor erwähnten Expressivismus zu verstehen, es ist eine stärker das Übel betonende und einbeziehende Hinzufügung. Dies erfolgt aber nicht um willen des Übels selbst. Nach wie vor ist das Übel eine Hinzufügung zur Missbilligung, wobei die Verstärkung darin besteht, dass das Übel die Stärke der Missbilligung *symbolisiert*. Das Übel selbst wird aber nicht als ein Gut betrachtet. (3) *Realistisch akzessorischer Expressivismus*: Dies ist die stärkste Form des Expressivismus. Hier erfolgt nun genau das, was unter der zweiten Variante noch ausgeschlossen wurde: Das Übel selbst und die harte Behandlung eines Täters werden jeweils als ein Gut betrachtet. Das Übel wird praktisch mit der Missbilligung selbst gleichgesetzt. Hier ist allerdings aus unserer Sicht die Bezeichnung nicht mehr angemessen, da dann das Übel keinesfalls mehr akzessorisch, also hinzugefügt, sondern ja gerade mit der Missbilligung identisch ist. Die Varianten eins und zwei kann man noch in gewisser Hinsicht vom strengen Retributivismus differenzieren, die letzte wohl nicht mehr.⁴⁷⁰

D. Vereinigungstheorien

Die Vorzüge, aber auch die gewichtigen Nachteile, die wir in der Systematik gegenüber den Grundpositionen der Strafethik geäußert haben, könnten dazu verleiten, Elemente aus dem Retributivismus und den präventiven Straftheorien zu kombinieren und zu einer neuen Straftheorie zusammenzuführen. Wir sprechen dann von sogenannten Vereinigungs- oder Mixtheorien. Solche «Versöhnungsprojekte» bestehen im Wesentlichen darin, die zentralen Probleme der Grundpositionen – den überschüssenden Gerechtigkeitswahn des Retributivismus, wie ihn Kant mit seinem Inselbeispiel geradezu auf die Spitze trieb, und die potentielle Grenzenlosigkeit des Konsequentialismus, bis hin zur Bestrafung Unschuldiger – zu umgehen.⁴⁷¹

Vereinigungstheorien finden sich nunmehr in verschiedenen Ausprägungen. Vergeltende Vereinigungstheorien gehen davon aus, dass Vergeltung in modernen Gesellschaften kein Selbstzweck (mehr) sein dürfe und sich mithin auch als präventiv notwendig erweisen müsse.⁴⁷² Eine Ausprägung vergeltender Vereinigungstheorien ist die sogenannte «Spielraumtheorie», die auf ei-

⁴⁷⁰ Vgl. zum Ganzen KAISER 1998, S. 169 ff.

⁴⁷¹ ZÜRCHER 2014, S. 78.

⁴⁷² WERKMEISTER 2015, S. 350.

nen Leitentscheid des Deutschen Bundesgerichtshofes für Strafsachen zurückgeht,⁴⁷³ der sich aber auch die wissenschaftliche Literatur überwiegend angeschlossen hat.⁴⁷⁴ Die Spielraumtheorie geht davon aus, dass sich für ein individuelles Delikt keine alleinige und richtige Strafe bestimmen lässt, vielmehr lässt sie dafür buchstäblich einen (gewissen) Spielraum offen. Dieser Spielraum bewege sich zwischen «schon angemessener» und «noch angemessener» Strafe. Innerhalb dieses Spielraums sollen dann spezial- und generalpräventive Argumente über die tatsächlich zu verhängende Strafe (mit) zu berücksichtigen sein.⁴⁷⁵ Präventive Vereinigungstheorien orientieren sich ausschliesslich am Rechtsgüterschutz, wobei General- und Spezialprävention gleichsam nebeneinanderstehen.⁴⁷⁶ Das einzige Einfallstor für die Vergeltung bildet das Schuldprinzip, wobei dadurch die Strafe lediglich nach oben begrenzt werden soll.⁴⁷⁷

Sodann können auch expressive Straftheorien als Vereinigungstheorien verstanden werden. Von Hirsch stellt in seiner sich für die Exemplifizierung dieser Theoriegruppe besonders geeigneten Straftheorie den Tadel zunächst unter das Prinzip des Verdienstes, sieht darin aber auch eine opferbezogene und normative Botschaft an Dritte.⁴⁷⁸ In der Übelzufügung erkennt er sodann typisch präventive Elemente; sie liefere einen «prudential reason», als Person von der Begehung einer Straftat Abstand zu nehmen.⁴⁷⁹ Etwas quer dazu steht die Vereinigungstheorie von John Rawls. Er weist dem Richter und dem Gesetzgeber in Bezug auf die Strafe unterschiedliche Positionen und Rollen zu. Die Funktion des Richters orientiert sich am rückwärtsgewandten Ansatz, die Funktion des Gesetzgebers dagegen an einer präventiven Auffassung von Strafe:

One can say, then, the judge and the legislator stand in different positions and look in different directions: one to the past, the other to the future. The justification of what the judge does, qua judge, sounds like the retributive view; the justification of what the (ideal) legislator does, qua legislator, sounds like the utilitarian view.⁴⁸⁰

⁴⁷³ Vgl. das Urteil des BGHSt 7, 28 vom 10. November 1954, Strafzumessung – Spielraumtheorie <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bs007028.html>>.

⁴⁷⁴ EPIK 2017, S. 53 (mit weiteren Verweisen).

⁴⁷⁵ Zum Ganzen GÜNTGE 2018, S. 385 ff.

⁴⁷⁶ ROXIN/GRECO 2020, § 3 Rn. 37.

⁴⁷⁷ Ebd., Rn. 51.

⁴⁷⁸ VON HIRSCH 2005, S. 48 ff.

⁴⁷⁹ Ebd., S. 54.

⁴⁸⁰ RAWLS 1995, S. 6.

Die Schwierigkeiten der Vereinigungstheorien – auch wenn wir hier nur auf wenige, und zunächst ohne differenzierte Auseinandersetzung, eingegangen sind – lassen sich schnell erklären. Durch die Kombination verschiedener Elemente aus den beiden Grundpositionen verlieren die neu kombinierten Elemente keineswegs ihre zuvor skizzierte Problematik. So vermag etwa das Beziehen des Schuldprinzips in präventive Straftheorien die mangelnden empirischen Kenntnisse über präventive Wirkungszuschreibungen von Strafe nicht zu schmälern. Ebenso entlasten präventive Exemte in vergeltenden Theorien nicht von den schwierigen Fragen der Tat-Schuld-Relation. Wäre dem nicht so, hätten Vereinigungstheorien längst einen Schlusstrich unter die Strafzweckdiskussion gezogen. Ein pauschales Urteil über Mixtheorien fällen kann man indes nicht, da diese doch sehr unterschiedlich ausgestaltet sein können. Insofern ist keine Möglichkeit erkennbar, philosophische Mixtheorien prinzipiell zu befürworten oder zu verneinen.

Grundsätzlich können Mixtheorien durchaus sinnvoll sein; immerhin ermöglichen sie es, einem strikten Entweder-Oder zu entkommen. So liesse sich beispielsweise aus der Perspektive eines strengen Konsequentialismus die Frage stellen, ob man nicht einen Massenmörder oder gar Völkermörder, sofern zuvor ergriffene nützliche Sanktionen nachweislich eine Besserung herbeiführen konnten, gegebenenfalls vorzeitig aus der Haft entlässt. Eine solche Überlegung wäre zumindest nicht prinzipiell ausgeschlossen. Andererseits wirft das natürlich die Frage auf, ob dies angesichts der Vielzahl der Opfer und der noch grösseren Zahl an leidenden Angehörigen moralisch zu rechtfertigen wäre. Auch kann man natürlich hinterfragen, ob es überhaupt «reine» Positionen gibt, ob also nicht bestehende konsequentialistische Rechtspositionen bereits retributivistische Anteile implizieren und umgekehrt. Bezeichnenderweise sind die Schwierigkeiten von Vereinigungstheorien auch in der Rechtspraxis nicht unbemerkt geblieben. So argumentiert das Schweizerische Bundesgericht:

Die Strafzwecke bilden ein komplexes Verhältnis wechselseitiger Ergänzung, wobei je nach Sachzusammenhang das eine oder das andere Kriterium stärker hervortritt.⁴⁸¹

⁴⁸¹ BGE 134 IV 1, 12, E. 5.4.1.

§ 4 Zur Genese des Völkerstrafrechts

A. Rechtsquellen der Frühzeit

1. Antikes Mesopotamien, Griechenland und Rom

Bemühungen um strafrechtliche Verantwortungszuschreibungen vonseiten der Regierenden und Verantwortungsträger sind bereits in der frühesten Geschichte nachweisbar, so im Codex Hammurabi, in dem unter anderem der Schutz des Schwachen gegenüber dem Starken als Zweck der Gesetzessammlung genannt wird. In diesem Codex finden sich auch erste Zeugnisse für die strafrechtliche Verfolgung von Richtern. Nach Art. 5 des Epilogs sollte ein Richter dann bestraft werden, wenn sich im Nachhinein herausstellte, dass sein Urteil fehlerhaft war.⁴⁸² Allerdings ist dies noch keine Kontrolle durch das Volk, sondern durch den König, der selbst unangetastet bleibt.⁴⁸³ In der Antike wird als Vorläufer internationaler Strafjustiz auch auf Berichte Xenophons verwiesen. Einer der Berichte beschreibt, wie der Admiral Lysander im Jahr 405 v. Chr. nach Zerstörung der attischen Flotte mit seinen Verbündeten habe entscheiden müssen, wie mit den Kriegsgefangenen zu verfahren sei. Bei dieser Versammlung sei man übereingekommen, sämtliche Kriegsgefangenen hinzurichten, mit Ausnahme eines Offiziers, der sich gegen die Verübung von Grausamkeiten ausgesprochen habe.⁴⁸⁴ Jedoch konnte sich in der Antike die strafrechtliche Kontrolle der Mächtigen in der griechischen Polis, der Urform der Demokratie, und ihrer Idee des Naturrechts nicht durchsetzen. Eine solche Kontrolle war dem Herrschaftsverständnis der Antike fremd.⁴⁸⁵ Für die antiken Herrschaftsverbände ist jedoch ein völkerähnliches Recht nachweisbar.⁴⁸⁶ Das Recht im Römischen Reich erlaubte im Krieg und gegen den Feind jedes Mittel, denn ein Rechtsanspruch auf Schonung bestand nicht, er lag im Ermessen des Siegers.⁴⁸⁷

⁴⁸² CODEX HAMMURABI 2009, § 5.

⁴⁸³ NEUBACHER 2005, S. 259.

⁴⁸⁴ KÖNIG 2003, S. 39.

⁴⁸⁵ NEUBACHER 2005, S. 267.

⁴⁸⁶ IPSEN 2018, Rn. 3 zu § 2.

⁴⁸⁷ DARGE 2010, S. 54.

2. Grundideen zu einem Völkerstrafrecht im Mittelalter

Auch das Mittelalter stellte weder die Gesellschaftsordnung infrage noch die Universalmacht von Kaiser und Papst. Der Kirchenvater Augustinus prägte im 4. Jahrhundert die Aussage, dass jede Staatsform, die sich nicht für das Wohl der Gesamtbevölkerung einsetze und ohne Gerechtigkeit handle, «Räuberbanden» gleiche; auch übte er Kritik an der Straflosigkeit der Herrschenden.⁴⁸⁸ Thomas von Aquin, der die griechischen Denker rezipierte, verfasste keine explizite Lehre von der Kontrolle des Strafrechts der Mächtigen.⁴⁸⁹ Er bezeichnete die Tyrannei als die schlechteste aller Staatsformen; eine Tötung des Tyrannen sei jedoch nicht erlaubt. Grund dafür war die nach wie vor herrschende Überzeugung, dass die Regierung, ob gut oder schlecht, von Gott eingesetzt sei und nicht abgesetzt werden dürfe.⁴⁹⁰ Der Investiturstreit im frühen 11. und im 12. Jahrhundert verdeutlicht den Kampf um die weltliche und geistliche Macht und damit die Rechtshoheit. In seiner Konsequenz führte der Investiturstreit zu einer «Entflechtung von geistlicher und weltlicher Sphäre».⁴⁹¹ Der Papst als Oberhaupt der gesamten lateinischen Kirche gewann die Rechtshoheit und Strafgewalt über die geistlichen Angelegenheiten, was unter dem Aspekt des universalen Anspruchs der Kirche als Vorläufer der Grundidee eines Völkerstrafrechts gesehen werden kann. Allerdings waren die Rechte auf geistliche Angelegenheiten begrenzt und blieben von machtpolitischer Instrumentalisierung keineswegs verschont.⁴⁹² Das Königtum behielt zwar seine sakrale Legitimation, musste aber auf sein Recht, Bischöfe in ihr Amt einzusetzen, verzichten. Als weltliche Macht hatte das Königtum seine Rechtshoheit und Strafgewalt immer wieder mit konkurrierenden Mächten auszuhandeln. Die Trennung der Sphären bedeutete eine Machteinbusse für das Königtum und für den Papst, wodurch vor allem die Partikularstaaten an Macht und Einfluss gewannen; der Gedanke einer «internationalen» Strafgerichtsbarkeit wurde zurückgedrängt und durch «nationalstaatliche» Paradigma abgelöst.⁴⁹³

Als symptomatisch für diese Situation kann der Prozess um Peter von Hagenbach im ausgehenden 15. Jahrhundert gelesen werden. Peter von Hagenbach war von Herzog Karl von Burgund nach der Verpfändung der Besitzungen am Oberrhein, zu welchen auch die Stadt Breisach gehörte, zum dortigen Land-

⁴⁸⁸ AUGUSTINUS, Vom Gottesstaat, 4. Buch; NEUBACHER 2005, S. 269; DARGE 2010, S. 55.

⁴⁸⁹ NEUBACHER 2005, S. 268 f.

⁴⁹⁰ Ebd., S. 271.

⁴⁹¹ ZEY 2017, S. 8.

⁴⁹² MIETHKE 1993, S. 59 ff.

⁴⁹³ NEUBACHER 2005, S. 274.

vogt eingesetzt worden und hatte ein auf Einschüchterung und Gewalt basierendes Schreckensregime errichtet. Der herzogliche Schutz entfiel nach dem Tode Karls von Burgund. Hagenbach wurde gefangen genommen, inhaftiert und 1474 vor ein achtundzwanzigköpfiges Ad-hoc-Gericht der «Niederer Vereinigung» gestellt (Bund der Schweizer Eidgenossen und einiger Reichsstädte), dem sich Erzherzog Siegmund von Österreich anschloss. Die Anklage lautete auf Mord, Vergewaltigung sowie Verstöße gegen «Gottes- und Menschenrechte»⁴⁹⁴. Das Gericht befand, dass «Mord, Gewalt und Eidbruch ein Herr nicht befehlen, [...] ein Diener nicht ausüben [dürfe]»⁴⁹⁵. Obwohl Hagenbach die Zuständigkeit des Gerichts bestritt und sich auf einen «Befehlsnotstand»⁴⁹⁶ berief, wurde er zum Tode verurteilt und hingerichtet.⁴⁹⁷ Für die Richter war er verantwortlich für seine Taten, auch wenn der angeklagte Hagenbach vorbrachte, nur auf höheren Befehl gehandelt zu haben. Insofern gilt das Tribunal von Breisach als Vorläufer der Internationalen Strafgerichtshöfe wie Tokio und Den Haag.⁴⁹⁸ Im heutigen Sinne war das Gericht nicht «international», denn die Richter kamen alle aus den südlichen Landesteilen des Heiligen Römischen Reichs.⁴⁹⁹ Nach heutigen Massstäben wird dem Vorgang jedoch eine «bemerkenswerte Übung in der Durchführung eines neutralen Gerichtsverfahrens» attestiert.⁵⁰⁰

3. Renaissance und Humanismus

Die Zeit der Renaissance und der Übergang zur frühen Neuzeit rückten erneut den Menschen ins Zentrum. Pico della Mirandola (1463–1494) entwickelte im 15. Jahrhundert Thesen von der Würde der Menschen, die der Papst allerdings verdammt, da hier der Mensch in den Mittelpunkt des Universums gestellt werde.⁵⁰¹ Der Humanist Desiderius Erasmus von Rotterdam übte scharfe Kritik an den zeitgenössischen Herrschern.⁵⁰² Hugo Grotius⁵⁰³, Francisco de Vitoria⁵⁰⁴ und der italienische Jurist und königliche Professor für Zivilrecht an der

⁴⁹⁴ HOLLING 2016, S. 9.

⁴⁹⁵ Ebd., S. 8 ff.; BRAUER-GRAMM 1966, S. 487.

⁴⁹⁶ HOLLING 2016, S. 9.

⁴⁹⁷ NEUBACHER 2005, S. 274; DARGE 2010, S. 57 f.

⁴⁹⁸ KEMPER 2004, S. 13.

⁴⁹⁹ HOLLING 2016, S. 9 f.

⁵⁰⁰ Ebd., S. 10.

⁵⁰¹ NEUBACHER 2005, S. 275.

⁵⁰² Ebd., S. 276.

⁵⁰³ GROTIUS 1869, Buch III, XI, § IV ff.

⁵⁰⁴ DE VITORIA 1917, S. 46.

Universität Oxford, Alberico Gentili⁵⁰⁵, reklamierten bereits die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit für Machthaber und Regierende und machten sich so zu Ahnvätern *avant la lettre* des heutigen Völkerstrafrechts.⁵⁰⁶ Eine strafrechtliche Kontrolle von Mächtigen blieb indes «Utopie»⁵⁰⁷. Mit der Reformation verringerte sich die Macht von Papst und Kaiser zugunsten der wachsenden Macht der Territorialstaaten,⁵⁰⁸ deren Herrscher in der Zeit des Absolutismus schrankenlose Herrschaftsansprüche geltend machten, wodurch die Chancen auf strafrechtliche Individualverantwortung auf den Nullpunkt zurücksanken. Paradigmatisch für diese Zeit sind etwa die Überlegungen des englischen Staatstheoretikers und Philosophen Thomas Hobbes, der Verletzungen, die einem Herrscher zugefügt werden, grundsätzlich nie als Strafe, sondern als einen feindseligen Akt begreift.⁵⁰⁹ In den Verhandlungen von Münster und Osnabrück (Westfälischer Friede) nach dem Ende des Dreißigjährigen Krieges waren souveräne Fürsten die aushandelnden Vertragspartner,⁵¹⁰ sie regelten politische, territoriale und religiöse Ansprüche und Angelegenheiten. Kriegsverbrechen und Verletzungen der Kriegsbräuche waren nicht Gegenstand der Verhandlungen. Die Verträge werden dennoch als Dokumente eines «beginnenden europäischen Völkerrechts» gesehen, «indem sie Souveränität und Gleichheit der Staaten als Leitprinzipien der zwischenstaatlichen Beziehungen postulieren»⁵¹¹.

4. Naturrechtslehre und Völkerrecht in der Aufklärung

In der Zeit der Aufklärung näherten sich die von Hobbes getrennten Sphären von Staat und Moral wieder an, was aber nicht zugleich bedeutete, dass damit die Auffassung, der Herrscher könne nicht zur strafrechtlichen Verantwortung gezogen werden, ganz überwunden war.⁵¹² Repräsentativ dafür steht die Position Immanuel Kants, für den eine Bestrafung von Regierenden undenkbar war, da er das Strafrecht zwingend mit einer Subordination zwischen Herrschenden und Untergebenen verband. Somit schied für ihn die Möglichkeit

⁵⁰⁵ GENTILI, Lib. III cap. II, S. 473.

⁵⁰⁶ NEUBACHER 2005, S. 281; BERGER 2010, vor allem das Kapitel zu (Völker-)Recht und Krieg bei Hugo Grotius, S. 87 ff.

⁵⁰⁷ NEUBACHER 2005, S. 280.

⁵⁰⁸ KÖNIG 2003, S. 45.

⁵⁰⁹ NEUBACHER 2005, S. 284.

⁵¹⁰ IPSEN 2018, Rn. 17 zu § 2.

⁵¹¹ KEMPEN/HILLGRUBER/GRABENWARTER 2021, Rn. 9 zu § 2.

⁵¹² NEUBACHER 2005, S. 289.

eines Völkerstrafrechts zwischen Staaten aus.⁵¹³ Für David Hume sind Selbstsucht und Ehrgeiz «dauernde Quellen von Krieg und Zwietracht» sowohl zwischen Nationen als auch Individuen. Obwohl sich Nationen und Individuen darin glichen, seien sie dennoch verschieden und müssten sich nach anderen Gesetzen richten, was zu einer neuen Reihe von Gesetzen führe, «die wir das Völkerrecht nennen»⁵¹⁴. Subjekt des «Völkerrechts» sind nach wie vor die Herrscher, die Staaten, nicht die Individuen. Die Souveränität des Herrschenden verbot jegliche Einmischung.⁵¹⁵ Im 17. Jahrhundert und dann in der Aufklärung traten neben den Philosophen zunehmend auch Rechtswissenschaftler mit ihren Schriften an die Öffentlichkeit, so Samuel Pufendorf, der den Weg ebnete für «das rechtsetzende Handeln der Staaten»⁵¹⁶. Ausgehend von der (rechtlichen) Forderung Pufendorfs, die Fürsten dazu zu verpflichten, die Menschenwürde zu achten, folgte die Etablierung weitergehender Menschenrechte wie des Willkürverbots, der Gewissens- und Konfessionsfreiheit sowie des Rechts auf Gleichberechtigung und Selbstbestimmung.⁵¹⁷ Im Folgenden wird etwa bei Thomasius die Idee sichtbar, staatliche Macht und Herrschaftsgewalt – anders als bei Hobbes – in die Vertragstheorien einzubeziehen und sie dadurch zu begrenzen.⁵¹⁸ Bezeichnend dafür ist die Position Beccarias, der zufolge sich das Verbot der Todesstrafe aus dem Gesellschaftsvertrag selbst ergibt, da von keinem Menschen angenommen werden könne, dass er den Entscheid, ihn zu töten, auf andere Menschen übertragen wollen würde.⁵¹⁹ Auch wenn die Aufklärung es nicht vermochte, die strafrechtliche Verfolgung von Herrschern vollständig durchzusetzen, hat doch ihr Gedankengut, namentlich die Propagierung von Individualismus und Liberalismus, wichtige Impulse gegeben.⁵²⁰

5. Menschen- und Bürgerrechte im Zeitalter der Revolutionen

Die Überlegungen der aufklärerischen Philosophen und Juristen zu Rechtsfragen flossen aber in die Unabhängigkeitserklärung der 13 vereinigten Staaten von Amerika 1776 (hier vor allem Lockes Theorien) sowie in die Erklärung der

⁵¹³ NEUBACHER 2005, S. 289; SCHWAN 1993, S. 157 ff., hier S. 246 ff.; KANT 2018, S. 154.

⁵¹⁴ HUME 1978, S. 320 ff.

⁵¹⁵ WERLE/JESSBERGER 2020, Rn. 2 f.; NEUBACHER 2008, S. 111.

⁵¹⁶ SCHNEIDERS 2001, S. 431; WELZL 1958, S. 130 ff.

⁵¹⁷ NEUBACHER 2005, S. 286.

⁵¹⁸ Ebd., S. 287.

⁵¹⁹ Ebd.

⁵²⁰ Ebd., S. 289.

Menschen- und Bürgerrechte der französischen Nationalversammlung von 1789 ein⁵²¹ und führten zu einem doppelten Bruch mit den bisher geltenden Prinzipien. In Frankreich stellten zum einen die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte 1789 und die Erklärungen der französischen Nationalversammlung 1790 gegen Eroberungs- und Angriffskriege einen Paradigmenwechsel am Übergang zum 19. Jahrhundert dar. Die Ächtung des Angriffskrieges und eine individuelle strafrechtliche Verantwortung, wie von der Nationalversammlung ausgesprochen, wurde unter Napoléon Bonaparte obsolet.⁵²² Zum anderen waren der Hochverratsprozess gegen König Ludwig XVI., gegen den «Bürger Louis Capet» und seine Enthauptung (und die der Königin Marie Antoinette) bisher unerhörte Vorgänge. Das Modell der Französischen Revolution geriet in der Zeit der Restauration in Kritik,⁵²³ als sich im Zuge der Neuordnung Europas gemäss den Verhandlungen des Wiener Kongresses 1814/15 und in den Jahrzehnten danach eine starke Gegenbewegung entwickelte. Sie führte zu einem überhöhten Hegemonialstreben, einem übersteigerten Souveränitätsanspruch und liess wenig Raum für eine zumindest gesamteuropäische Strafgerichtsbarkeit.⁵²⁴ Daher mutet die 1863 von Henry Dunant (der als Begründer der Internationalen Rotkreuz-Bewegung gilt) einberufene Konferenz zum Schutz verwundeter Soldaten («Genfer Konvention») geradezu revolutionär an, so sehr war das Völkerrecht dieser Zeit ein Recht, das ganz auf der Souveränität der Staaten gründete.⁵²⁵ Die Konvention regelt humanitäre Standards im Krieg und den Schutz von Personen, die nicht mehr in die Kriegshandlungen involviert sind. Sie gilt als eine der Wurzeln des modernen Kriegsvölkerrechts.⁵²⁶

B. Vorläufer internationaler Strafgerichtsbarkeit

Es dauerte rund zweihundert Jahre, bis der Weg zu einer internationalen Strafgerichtsbarkeit, wie sie heute mit dem Internationalen Strafgerichtshof in Den Haag vorliegt, zurückgelegt war. Erst nach zwei verheerenden Weltkrie-

⁵²¹ Die französische Erklärung der Rechte des Menschen und des Bürgers (26. August 1789), in: QUELLEN ZUR GESCHICHTE DER MENSCHENRECHTE 2014, S. 42 ff.

⁵²² KÖNIG 2003, S. 49 f.

⁵²³ NEUBACHER 2005, S. 293.

⁵²⁴ Ebd., S. 297.

⁵²⁵ Ebd., S. 299.

⁵²⁶ DARGE 2010, S. 70; KEMPEN/HILLGRUBER/GRABENWARTER 2021, Rn. 25 ff. zu § 44, Rn. 33 ff. zu § 45.

gen und zahlreichen regionalen kriegerischen Konflikten und mehreren Zwischenschritten war der Weg frei für eine internationale Gerichtsbarkeit, der nahezu alle Staaten ihre Zustimmung gaben und Zugehörigkeit bekundeten.

1. Mixed Courts of Justice

Als einen weiteren Vorläufer der internationalen Strafgerichtsbarkeit können die sogenannten «Mixed Courts of Justice» oder «Mixed Commissions» angesehen werden (1807–1871).⁵²⁷ Anlass für die Einsetzung dieser Gerichte, die sich aus Juristen oder Diplomaten der Vertragsparteien zusammensetzten, war der internationale Sklavenhandel, der weitgehend ausserhalb Europas stattfand, für Europa aber im Rahmen des Dreieckshandels «Sklaven, Zucker, Rum» einen wichtigen Wirtschaftsfaktor darstellte.⁵²⁸ Die Sklavenschiffe segelten unter den Flaggen europäischer Seehandelsnationen. Patrouillenschiffe überwachten die Seerouten und fungierten als «Exekutivorgan»⁵²⁹ der Gerichte, denen sich Frankreich und die USA unter «Souveränitätsvorbehalten»⁵³⁰ nicht oder nur spät anschlossen. In der Beurteilung über die Funktion der «Mixed Courts» dominiert die Ansicht, dass sie sich nicht mit heutigem internationalem Strafrecht und ebensolchen Strafgerichten vergleichen lassen, da nicht die Schiffseigner oder die Crew durch die Tribunale bestraft, sondern lediglich die Schiffe eingezogen werden konnten.⁵³¹ Nur selten wurden Eigner und Mannschaft durch nationale Gerichte verurteilt; dennoch trug die Einrichtung dieser «Mixed Courts of Justice» dazu bei, dass bis Mitte der 1860er Jahre der maritime Sklavenhandel nahezu komplett zum Erliegen kam.⁵³²

2. Haager und Genfer Konventionen

Die Durchsetzung der Idee einer individuellen strafrechtlichen Verantwortung von Regierenden sollte sich erst durch die bislang unvorstellbare Dimension des Ersten Weltkrieges ernsthaft aufdrängen. Allerdings markieren die Friedenskonferenzen, die 1899 und 1907 in Den Haag stattfanden und zu den Haager Konventionen führten, bereits einen wichtigen Schritt in der Geschichte der internationalen Beziehungen, da bei dieser Gelegenheit erstmals Pläne zur Erhaltung des Weltfriedens konkretisiert wurden. Eines der wichtigsten Re-

⁵²⁷ HOLLING 2016, S. 13.

⁵²⁸ Dazu im Ganzen LOHMEIER 1994.

⁵²⁹ HOLLING 2016, S. 13.

⁵³⁰ Ebd.

⁵³¹ Ebd., S. 24.

⁵³² Ebd., S. 18.

sultate der Haager Konventionen war die Ausarbeitung der «Haager Landkriegsordnung», die drei grundlegende Prinzipien etablierte: 1. Auch in einem bewaffneten Konflikt gibt es kein Recht auf einen rechtsfreien Raum; 2. es existieren Beschränkungen bei der Wahl der Mittel zur Schädigung des Feindes, und 3. Zivilisten und entwaffnete Soldaten sind grundsätzlich zu verschonen.⁵³³ In Ergänzung zur Genfer Konvention von 1864, die den Schutz verwundeter Militärpersonen festschrieb, griffen die Haager Konventionen somit alle wichtigen Themen des humanitären Völkerrechts auf, einschliesslich der Problematik des Umgangs mit besetzten Gebieten.⁵³⁴ Die Haager Landkriegsordnung beruft sich mehrfach auf die Menschlichkeit, die «humanité», als den obersten Zweck der Vereinbarungen.⁵³⁵ Das Regelwerk kennt noch keine kollektiven Freiheitsrechte;⁵³⁶ ebenso wenig enthält es eine «explizite Regelung über eine individuelle Strafbarkeit bei Verstößen»⁵³⁷.

3. Der Erste Weltkrieg und der Vertrag von Versailles

Wir gehen in unserem geschichtlichen Rückblick nun zu jenem Zeitabschnitt über, in dem das Völkerstrafrecht die Wendung nimmt, die für seine Entwicklung im 20. Jahrhundert den Grundstein gelegt hat: dem Ersten Weltkrieg. Noch während des Kriegsgeschehens wurde auf alliierter Seite darüber diskutiert, wie die Verstösse «gegen internationale Verträge und kriegsvölkerrechtliche Grundsätze», begangen durch die Mittelmächte, geahndet werden können. Auch über eine «strafrechtliche Verfolgung der eigentlichen Kriegsverantwortung»⁵³⁸ wurde nachgedacht. Die französische Regierung erklärte, dass sie gegen «Völkerrechtsverletzer»⁵³⁹ vorgehen wolle, und beabsichtige, den deutschen Kaiser vor ein interalliiertes Gericht zu stellen. Als sich im Herbst 1918 das Ende des Ersten Weltkrieges abzeichnete, begannen sich unter den kriegsführenden späteren Siegermächten sogleich Diskussio-

⁵³³ Der Schweizer Rechtswissenschaftler Johann Caspar Bluntschli (1808–1881), dessen Arbeiten zu einem modernen Kriegsrecht Einfluss auf die Ausarbeitung der Landkriegsordnung hatten, forderte ein «Interventionsrecht der Staaten bei Verstößen gegen Menschenrechte»; SEGESSER 2013, S. 588.

⁵³⁴ Dritter Abschnitt, Artikel 42 bis 56, in: DIE HAAGER LANDKRIEGSORDNUNG 1950, Textausgabe.
⁵³⁵ DIE HAAGER LANDKRIEGSORDNUNG 1950, Einführung, S. 39.

⁵³⁶ Ebd., S. 40.

⁵³⁷ DARGE 2010, S. 72; vgl. auch AHLBRECHT 1999, S. 28 f.

⁵³⁸ PAYK 2018, S. 498.

⁵³⁹ KÖNIG 2003, S. 62.

nen darüber zu entfachen, wem unter welchen Umständen und auf welchen Grund-lagen der Prozess zu machen sei. Im November 1918 erklärte der britische Premierminister David Lloyd George:

The Kaiser must be prosecuted. The war was a crime. Who doubts that? It was a frightful, a terrible crime. It was a crime in the way in which it was planned, in the deliberate wantonness with which it was provoked. It was also a crime in its action [...]. Surely the war was a crime.⁵⁴⁰

Diese Aussage Lloyd Georges steht symbolisch für den Beginn einer Abkehr von den Regelungen der Haager Konventionen hin zu einer Vorstellung von individueller strafrechtlicher Verantwortung von Regierungspersonen.⁵⁴¹ Für die Absicht einer Individualbestrafung des deutschen Kaisers (und einiger seiner Minister) setzten die späteren Siegermächte des Ersten Weltkrieges eine eigene Kommission ein.⁵⁴² Für Frankreich wurden die beiden Rechtsprofessoren Ferdinand Larnaude und Albert Geouffre de Lapardelle mit der Ausarbeitung eines Gutachtens beauftragt.⁵⁴³ Dieses Gutachten enthält wegweisende Ausführungen zur Entstehung völkerstrafrechtlicher Strafbarkeiten auf der Grundlage des nationalen Strafrechts.⁵⁴⁴ Massgeblichen Einfluss auf diese Entwicklung gewann der Fall um den französischen Minister Louis-Jean Paul Malvy, der wegen zweifelhafter Verratsvorwürfe zunächst seines Amtes enthoben und später des Landes verwiesen wurde.⁵⁴⁵ Der Prozess um Malvy stellte insofern ein innerstaatliches Novum dar, als erstmals ein Politiker durch Entzug seiner Immunität zur persönlichen Verantwortung gezogen wurde und ihm in dem Verfahren nicht nur sein persönliches Verschulden, sondern auch dasjenige seiner Untergebenen angerechnet werden konnte.⁵⁴⁶ Auf Malvys Verbannung folgten wegen Verstosses gegen die innere Sicherheit auch Urteile gegen Joseph Caillaux und Louis Loustalot, zwei ebenfalls ranghohe Politiker.⁵⁴⁷ Von hier war es nicht mehr weit zu dem Gedanken, auch einen ausländischen Staatsmann vor ein internationales Gericht zu stellen. Ein ebenso

⁵⁴⁰ SELLARS 2016, S. 27.

⁵⁴¹ Ebd.

⁵⁴² GSCHWEND 2009, S. 44.

⁵⁴³ SEGESSER 2010, S. 213 f.

⁵⁴⁴ SELLARS 2016, S. 28.

⁵⁴⁵ Ebd., S. 29.

⁵⁴⁶ SELLARS 2016, S. 29.

⁵⁴⁷ Ebd., S. 31.

wichtiger Aspekt hinsichtlich der Idee einer Bestrafung des Kaisers sollte sein, dass das Gericht, welches Louis-Jean Malvy verurteilt hatte, bereits ein unter der damaligen französischen Gesetzgebung zulässiges Sondergericht war.⁵⁴⁸

Als der «Rat der Vier» – vertreten durch die Staatspräsidenten der Siegermächte David Lloyd George, Georges Benjamin Clemenceau, Thomas Woodrow Wilson und Vittorio Emanuele Orlando – über das weitere Vorgehen bezüglich des Umgangs mit dem deutschen Kaiser verhandelte, war man sich zunächst noch uneins. Lloyd George und Clemenceau proklamierten die Vorzüge eines Gerichts, Wilson äusserte eher Skepsis und befürchtete einen europäischen Präzedenzfall.⁵⁴⁹ In der deutschen Öffentlichkeit war die Ablehnung gegen die sich abzeichnenden Bemühungen der alliierten Regierungen um die Bestrafung Wilhelms II. gross. Selbst bei liberalen Intellektuellen machte sich Unmut breit; so wehrte sich etwa Max Weber gegen die «Greuelpropaganda» der Alliierten.⁵⁵⁰ Am 18. Januar 1919 wurde die Pariser Friedenskonferenz durch eine Plenarversammlung der Siegermächte eröffnet. Kurz darauf beschloss die Konferenz die Einsetzung einer offiziellen Kommission, die darüber zu beraten hatte, auf welcher rechtlichen Grundlage Prozesse gegen die kriegsverschuldenden Parteien durchzuführen waren. Der dem «Rat der Vier» überreichte und weitestgehend übernommene Entwurf führte zu den Strafbestimmungen der Artikel 227 bis 230 des «Gesetz(es) über den Friedensschluss zwischen Deutschland und den alliierten und assoziierten Mächten vom 16. Juli 1919» (Versailler Friedensvertrag), nach welchen sich Kaiser Wilhelm II. wegen «schwerster Verletzung des internationalen Sittengesetzes und der Heiligkeit der Verträge» vor einem Spezialtribunal zu verantworten hatte, während die anderen Deutschen, denen ein «Verstoß gegen die Gesetze und Gebräuche des Krieges» zur Last gelegt werden konnte, durch Militärgerichte der Alliierten zur Verantwortung gezogen werden sollten.⁵⁵¹ Diktiert sind die Bestimmungen von dem Verlangen nach Bestrafung, nicht von Vorstellungen von Prävention. Die Grundlage war «die Zuweisung der eindeutigen Schuld am Ausbruch des Ersten Weltkriegs an das Deutsche Reich» durch Art. 231 des Versailler Vertrags (sogenannte Kriegsschuldthese).⁵⁵²

⁵⁴⁸ Ebd., S. 30; LE SÉNAT, HAUTE COUR DE JUSTICE SOUS LA III^E RÉPUBLIQUE: l'affaire Malvy (1918) (online); LE SÉNAT, HAUTE COUR DE JUSTICE SOUS LA III^ÈME RÉPUBLIQUE: l'affaire Caillaux (1919) (online).

⁵⁴⁹ SELLARS 2016, S. 31 f.

⁵⁵⁰ SEGESSER 2010, S. 221.

⁵⁵¹ DER VERTRAG VON VERSAILLES 1978, Vertragstext S. 117 ff.; DARGE 2010, S. 74; AHLBRECHT 1999, S. 32 f.

⁵⁵² Ebd., S. 36; DARGE 2010, S. 74 ff.

4. Die Leipziger Prozesse

Die Auslieferung des Kaisers scheiterte, da die holländische Regierung am politischen Asyl für Wilhelm II. festhielt. Aus diesem Grund kam nur noch eine Bestrafung nach Art. 228 infrage, das heisst ein Prozess vor einem alliierten Gericht.⁵⁵³ Da jedoch die innerdeutsche Gesetzgebung eine solche Auslieferung ausschloss, traten die Alliierten unerwartet von ihren Auslieferungsforderungen zurück. Sie behielten sich allerdings vor, «voll und ganz ihr Recht auszuüben und die Schuldigen vor ihr eigenes Gericht zu stellen», sollte das Verfahren in Deutschland darauf hinauslaufen, «die Schuldigen [der] gerichtlichen Bestrafung für deren Vergehen zu entziehen».⁵⁵⁴ Das Auslieferungsverlangen der Alliierten hatte auf das soziale Klima in Deutschland und die innenpolitische Situation eine Auswirkung, die vonseiten der Alliierten unterschätzt worden war: Es sorgte in der Gesellschaft für einen «Schulter-schluss»⁵⁵⁵ über gesellschaftliche und politische Richtungen hinweg. Die geänderte Haltung der Alliierten im Hinblick auf Deutschland als Prozessort macht Hankel auch an Spannungen und Uneinigkeiten unter den Alliierten zwei Jahre nach Kriegsende fest.⁵⁵⁶ Zwischen 1921 und 1927 führte das Reichsgericht in Leipzig auf der Grundlage alliierter Auslieferungslisten etliche Strafverfahren zur Aufarbeitung deutscher Kriegsverbrechen durch. Aus diesen, grösstenteils unter Ausschluss der Öffentlichkeit geführten Prozessen gingen jedoch letztlich nur sechs Verurteilungen hervor. Rechtliche Grundlage der Prozesse war ausschliesslich das deutsche Recht.⁵⁵⁷ Auch wenn die Beweggründe für die Kriegsverbrecherprozesse nach dem Ersten Weltkrieg primär in der Vergeltungsabsicht der Siegermächte zu suchen waren, gaben doch die Prozesse deutlich zu verstehen, dass Kriegsgräueltaten solchen Ausmasses nicht mehr lediglich als Kollateralschaden betrachtet wurden, sondern strafrechtliche Reaktionen nach sich zogen. Nicht zustande kam ein Straftribunal, vor dem die türkischen Massaker an den Armeniern verhandelt werden sollten;⁵⁵⁸ im Vertrag von Lausanne 1922 sind diese Gräueltaten nicht mehr erwähnt.⁵⁵⁹

⁵⁵³ Art. 228: «Die deutsche Regierung räumt den alliierten und assoziierten Mächten die Befugnis ein, die wegen eines Verstoßes gegen die Gesetze und Gebräuche des Krieges angeklagten Personen vor ihre Militärgerichte zu ziehen.» Zit. nach HANKEL 2003, S. 29.

⁵⁵⁴ Ebd., S. 47.

⁵⁵⁵ Ebd.

⁵⁵⁶ Ebd., S. 48.

⁵⁵⁷ HANKEL 2003, S. 77; SEGESSER 2010, S. 225 ff.; NEUBACHER 2005, S. 308 ff.; HASSEL 2009, S. 55.

⁵⁵⁸ WERLE/JESSBERGER 2020, Rn. 14.

⁵⁵⁹ PAYK 2018, S. 517.

5. Der Völkerbund

Aus den Erfahrungen des Ersten Weltkrieges entstand der Völkerbund, der im Januar 1920 seine Arbeit aufnahm. Er sollte der Kriegsverhinderung dienen und die Mitgliedsstaaten einem «Schiedsmechanismus»⁵⁶⁰ unterwerfen. In der Zwischenkriegszeit war man bemüht, die Grundlagen eines Völkerstrafrechts zu schaffen und eine «internationale Strafgerichtsbarkeit zu etablieren»⁵⁶¹. Der Völkerbund konnte jedoch Aggressionskriege nicht verhindern. Er erwies sich als schwach gegenüber den politischen Entwicklungen in den Folgejahren.⁵⁶² Eine «universalistische Epoche» löste die Epoche «alteuropäischer Ordnung»⁵⁶³ ab. In den 1930er Jahren gab es Bestrebungen zur Schaffung eines internationalen Strafrechts und zur Einrichtung eines internationalen Strafgerichtshofs; dem Völkerbund wurde ein entsprechender Vorschlag unterbreitet. Vorbehalte vonseiten zahlreicher Staaten führten dazu, dass der Vorschlag in seiner ursprünglichen Fassung verändert wurde, ehe er zusammen mit zwei Konventionen zur Bekämpfung des Terrorismus unterzeichnet wurde, die jedoch nie in Kraft traten.⁵⁶⁴

C. Der Zweite Weltkrieg und das Nürnberger Militärtribunal

Als Adolf Hitler mit dem Angriff auf Polen den Zweiten Weltkrieg entfachte, stand die Frage der Kriegsschuld noch nicht im Fokus der Weltöffentlichkeit. Seine Ressentiments gegenüber dem «Versailler Diktat» unterstrich Hitler bereits in seiner ersten Rede vor dem Reichstag am 1. September 1939. In dieser Rede betonte er, dass nicht das Deutsche Reich der Angreifer im Zweiten Weltkrieg sei, sondern die als Versailler Vertrag bezeichnete Friedensordnung von Versailles.⁵⁶⁵

⁵⁶⁰ KÖNIG 2003, S. 72 f.

⁵⁶¹ Ebd., S. 71 f.

⁵⁶² PAYK 2018, S. 558.

⁵⁶³ Ebd., S. 559.

⁵⁶⁴ SEGESSER 2010, S. 295 ff.

⁵⁶⁵ SEGESSER 2010, S. 303.

1. Das Londoner Viermächte-Abkommen

Bereits 1941 begannen Diskussionen zwischen den USA, Grossbritannien und Russland um die Ahndung der von den Deutschen begangenen Kriegsverbrechen, die, durch das Kriegsgeschehen verzögert, am 20. Oktober 1943 in London zur Gründung einer Kommission führten, die aus 27 Vertretern aus 16 Ländern sowie zwei Mitgliedern des französischen Nationalkomitees bestand: die United Nations Commission for the Investigation of War Crimes (UNWCC).⁵⁶⁶ Die UNWCC sollte Beweismaterial sammeln und Listen von Kriegsverbrechern anlegen. Am 30. Oktober 1943 unterzeichneten in Moskau die USA, Grossbritannien und die Sowjetunion die «Drei-Mächte-Erklärung». Die Unterzeichnenden (auch im Namen der inzwischen 32 Mitglieder) verpflichteten sich – nach heftigen Widerständen vor allem seitens der Sowjetunion und Grossbritanniens, die Kriegsverbrecher standrechtlich erschossen lassen wollten –, den Verantwortlichen den Prozess zu machen.⁵⁶⁷ Es hatte sich der Gedanke einer strafrechtlichen Ahndung durchsetzen können. Im Londoner Viermächte-Abkommen vom 8. August 1945 wurde die Grundlage für die Bestrafung der deutschen Hauptkriegsverbrecher mit dem daraus hervorgehenden Statut für den Internationalen Militärgerichtshof (IMG/IMG-Statut) gelegt.⁵⁶⁸ Gemäss der «Londoner Charta», die heute als «Geburtsurkunde des Völkerrechts»⁵⁶⁹ angesehen wird, sollten die Angeklagten wegen Verbrechens gegen den Frieden (Planen, Vorbereiten, Einleiten und Durchführen eines Angriffskrieges oder eines Krieges unter Verletzung internationaler Verträge, Verschwörung zur Ausführung eines der genannten Kriege), Kriegsverbrechen (Verletzungen der Kriegsgesetze oder Kriegsgebräuche), Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Mord, Ausrottung, Versklavung, Deportation) sowie wegen Verschwörung zur Begehung dieser Verbrechen angeklagt werden.⁵⁷⁰ Ebenfalls festgehalten wurde hier, dass eine ausgeübte staatliche Funktion des Täters diesen in keiner Hinsicht vor der Verfolgung durch das Völkerstrafrecht schützen konnte. Zum ersten Mal wurden Personen aufgrund von Verbrechen gegen das Völkerrecht zur Verantwortung gezogen.⁵⁷¹ In Ausfüh-

⁵⁶⁶ Ebd., S. 313 ff., S. 350, S. 372; DARGE 2010, S. 84 f.; FERENCZ 1980, S. 61 ff. & Document Ten; HASSEL 2009, S. 60; VON LINGEN 2018, S. 271 ff.

⁵⁶⁷ SEGESSER 2010, S. 315, S. 384.

⁵⁶⁸ Statut für den Internationalen Militärgerichtshof (Anlage zum Londoner Viermächte-Abkommen vom 8. August 1945), in: HANKEL/STUBY 1995, S. 516 ff.; SEGESSER 2013, S. 591 ff.

⁵⁶⁹ WERLE/JESSBERGER 2020, Rn. 15; SEGESSER 2010, S. 385; Text des Londoner Abkommens (online).

⁵⁷⁰ SEGESSER 2010, S. 385; NEUBACHER 2005, S. 319, Text des Londoner Abkommens (online).

⁵⁷¹ WERLE 2007a, S. 173.

rung der «Moskauer Deklaration» von 30. Oktober 1943 und Art. 6 des Londoner Abkommens erliess der Alliierte Kontrollrat am 20. Dezember 1945 das sogenannte Kontrollratsgesetz Nr. 10 (Gesetz des Alliierten Kontrollrates), das als Rechtsgrundlage für die Aburteilung von Tätern dienen sollte, die sich Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen Frieden oder die Menschlichkeit schuldig gemacht, aber sich nicht vor dem International Military Tribunal zu verantworten hatten und denen vor speziellen Besatzungsgerichten oder den nationalen Gerichtshöfen der jeweiligen Staaten der Prozess gemacht wurde.⁵⁷² Übernommen wurde das Bestrafungsmodell des Statuts.⁵⁷³

2. Die Nürnberger Prozesse

Die Nürnberger Prozesse begannen am 18. Oktober 1945 in Berlin und wurden ab dem 20. November 1945 in der amerikanischen Besatzungszone Nürnbergs weitergeführt. Ziel des Tribunals war «ein <ordentliches> Strafgericht und kein <ausserordentliches> Siegertribunal»⁵⁷⁴. Die Urteile erfolgten nach vielen Verhandlungstagen am 30. September und am 1. Oktober 1946.⁵⁷⁵ Drei Angeklagte wurden freigesprochen, sieben zu Haft und zwölf zum Tode durch Strang verurteilt. Darüber hinaus wurden vier Organisationen – das Korps der Politischen Leiter der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei (NSDAP), die Geheime Staatspolizei (Gestapo), der Sicherheitsdienst des Reichsführers SS (SD) und die Schutzstaffel (SS) – als verbrecherisch erklärt.⁵⁷⁶ Geprägt waren die Nürnberger Prozesse zugleich von der Tu-quoque- («auch du»)-Argumentation, also der Frage, ob sich nicht auch die alliierten Siegermächte mit Blick auf solche Kriegsverbrechen einem Strafverfahren hätten stellen müssen. Kritische Stimmen verwiesen u. a. auf die Bombenangriffe auf deutsche Städte mit grossen zivilen Opfern oder auf die Massaker an gefangenen polnischen Offizieren bei Katyn 1940.⁵⁷⁷ Diese Argumentation wurde nicht zuletzt deshalb vorgebracht, weil die Strafverfahren nicht von einem unabhängigen internationalen Gerichtshof durchgeführt wurden, sondern von den Siegermächten selbst; unter den amtierenden Juristen war ein sowjetischer Vertreter, der an den Schauprozessen im Rahmen der Säuberungen ab 1937 mitge-

⁵⁷² KEMPER 2004, S. 107.

⁵⁷³ HASSEL 2009, S. 96.

⁵⁷⁴ BASSIOUNI 1995, S. 19.

⁵⁷⁵ DARGE 2010, S. 86.

⁵⁷⁶ KEMPER 2004, S. 143.

⁵⁷⁷ HOLLING 2016, S. 43 f.

wirkt hatte.⁵⁷⁸ Im Zusammenhang mit den Nürnberger Prozessen wurde dem Tu-quoque-Einwand wenigstens teilweise entsprochen. Allerdings herrschte Uneinigkeit zwischen den amerikanischen und den russischen Anklägern hinsichtlich Admiral Karl Dönitz' Schuld, die Beratungen zogen sich über 20 Tage hin. Dönitz' Verteidiger Dr. Kranzbühler hatte das Argument vorgebracht, «dass auch die U-Boot-Führung der Alliierten zum Vergleich herangezogen werden müsse»⁵⁷⁹, was auf amerikanischer Seite durch den Richter Francis B. Biddle aufgenommen wurde, der mit seiner Ansicht, der deutsche Seekrieg sei «sauberer»⁵⁸⁰ geführt worden als der der Alliierten, sogar für Freispruch plädierte. Kemper zufolge wurde Dönitz von dem Vorwurf des uneingeschränkten U-Boot-Krieges mit der Begründung freigesprochen, auch die USA hätten im U-Boot-Krieg gegen Japan internationales Seekriegsrecht verletzt.⁵⁸¹ Hierbei zählte die Aussage des US-amerikanischen Admirals Chester W. Nimitz: «Nach allgemeinem Grundsatz retteten die U-Boote der Vereinigten Staaten von Amerika nicht, wenn unnötige und zusätzliche Gefahr für das U-Boot daraus entstand oder das U-Boot dadurch gehindert wurde, einen weiteren Angriff durchzuführen.»⁵⁸² Die Beratung endete mit einem Kompromiss, dem auch Frankreich zustimmte; Dönitz wurde zu zehn Jahren Haft verurteilt.⁵⁸³

Zukunftsweisend für die Entwicklung des Völkerstrafrechts waren auch der Umgang mit Immunität und die sogenannte «Act-of-State-Doktrin». Die Möglichkeit der Berufung auf Immunität wurde bereits in Art. 7 des IMG-Statuts ausgeschlossen. Auch die Act-of-State-Doktrin, nach der staatlich autorisiertes Handeln nicht völkerrechtlich belangt werden kann, wurde durch den Internationalen Militärgerichtshof zurückgewiesen.⁵⁸⁴ Ebenfalls bahnbrechend war Art. 8 des IMG-Statuts, nach dem die Berufung auf höherrangigen Befehl («superior order») den Angeklagten nicht von seiner Verantwortung freisprach.⁵⁸⁵ Auch Gruppen und Organisationen konnten als verbrecherisch eingestuft werden; die Grundlage dazu bildeten die Artikel 9 bis 11 des IMG-Statuts. Art. 12 sah zudem die Möglichkeit von Verurteilungen *in absentia* vor.

⁵⁷⁸ Ebd.

⁵⁷⁹ HEYDECKER/LEEB 2015, S. 625.

⁵⁸⁰ Ebd., S. 626.

⁵⁸¹ KEMPER 2004, S. 128.

⁵⁸² Nachweis bei HARTWIG 2010, S. 84.

⁵⁸³ HEYDECKER/LEEB 2015, S. 625.

⁵⁸⁴ Ebd., S. 129.

⁵⁸⁵ Ebd., S. 107; STATUT FÜR DEN INTERNATIONALEN MILITÄRGERICHTSHOF (Anlage zum Londoner Viermächte-Abkommen vom 8. August 1945), in: HANKEL/STUBY 1995, S. 518.

Nach Art. 26 war keine Revision möglich und Art. 27 ermöglichte die Todesstrafe sowie jede andere Form der Bestrafung, die das Gericht für angemessen hielt.⁵⁸⁶

Im Vergleich zu dem später folgenden Internationalen Strafgerichtshof (IStGH)⁵⁸⁷ galten die Nürnberger Prozesse dabei nicht als subsidiär und komplementär zuständig, sondern beanspruchten exklusive Zuständigkeit.⁵⁸⁸ Dabei spielte nicht zuletzt die auf verschiedenen Ebenen geübte Kritik an den Nürnberger Prozessen eine Rolle. Der Vorwurf von «Siegerjustiz» bezog sich vor allem auf den Umstand, dass die Richter allesamt aus den Reihen der Alliierten stammten und dass das IMG-Statut sowie die Verfahrensordnung eine Verurteilung begünstigt hätten.⁵⁸⁹ Der zentrale Kritikpunkt betraf jedoch die mutmassliche Verletzung des rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbots, da das IMG-Statut Deliktskategorien schuf, für die zum Zeitpunkt der Tat kein Strafmass festgelegt war. Dennoch wird seit Nürnberg die Notwendigkeit der strafrechtlichen Verfolgung von Kriegsverbrechern nicht mehr infrage gestellt –

die zivilisierte Menschheit kann Akte schwerster Menschenrechtsverletzungen selbst in Kontext von Krieg und Chaos nicht mehr akzeptieren. Sie ist nicht mehr bereit, derartige Ereignisse als zwar tragisches, aber unvermeidliches Schicksal zu vergessen und verdrängen.⁵⁹⁰

Alle heutigen völkerstrafrechtlichen Instrumente haben daher ihre wesentlichen Wurzeln in den Nürnberger Prozessen. Mit ihnen schien die sich über weite Strecken der Geschichte behauptende Sonderbehandlung von Amtsträgern, Regierungspersonen oder anderen einflussreichen Machthabern ein Ende zu finden. Deutlich zum Tragen kommt diese Botschaft in der folgenden, berühmt gewordenen Passage aus den Nürnberger Prozessen:

Verbrechen gegen das Völkerrecht werden von Menschen und nicht von abstrakten Wesen begangen und nur durch die Bestrafung jener Einzelpersonen, die solche Verbrechen begehen, kann den Bestimmungen des Völkerrechts Geltung verschafft werden.⁵⁹¹

⁵⁸⁶ Ebd., S. 518 f., S. 523.

⁵⁸⁷ Vgl. unten [§ 4, E.](#)

⁵⁸⁸ WERLE/JESSBERGER 2020, Rn. 307.

⁵⁸⁹ DARGE 2010, S. 86.

⁵⁹⁰ GSCHWEND 2009, S. 44.

⁵⁹¹ INTERNATIONALER MILITÄRGERICHTSHOF NÜRNBERG 1947, Urteil vom 1. Oktober 1946, S. 189, S. 249.

3. Stillstand im «Kalten Krieg»

Die Errungenschaften der Nürnberger Prozesse und ihrer Nachfolgeprozesse vermochten den folgenden Jahren jedoch keine weiteren Impulse zu geben, im Gegenteil: Die Errichtung eines ständigen internationalen Strafgerichtshofes blieb zunächst aus.⁵⁹² Bereits im ersten Jahr der Nürnberger Prozesse war jedoch auch in Tokio ein Militärtribunal ausgerichtet worden, der Internationale Militärgerichtshof für den Fernen Osten (IMGFO). Das Statut für den IMGFO⁵⁹³ weist zwar Ähnlichkeiten zu dem Statut des Internationalen Militärgerichtshofes von 1945 auf, war jedoch, da die USA die einzige Besatzungsmacht in Japan darstellten, kein gemeinsamer Akt der Alliierten.⁵⁹⁴ Die Tokioter Prozesse, in denen nach dem Zweiten Weltkrieg Verantwortliche der Kaiserlich Japanischen Armee zur Rechenschaft gezogen wurden, begannen am 3. Mai 1946 und endeten am 12. November 1948. Sämtliche Angeklagten wurden für schuldig erklärt; 7 wurden zum Tode und 16 zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt.⁵⁹⁵

Das «*Nie wieder!*», das die Nachkriegsgesellschaften prägte, die Ohnmacht und grosse Bestürzung über die unvorstellbaren Grausamkeiten des Zweiten Weltkrieges bahnten zunächst den Weg zur Verwirklichung der prominenten Friedensprojekte des 20. Jahrhunderts: der Gründung der Vereinten Nationen, der Schaffung des Europarates sowie der Europäischen Gemeinschaft. Die Staatenwelt verlieh sich verschiedene neue Rechtsgrundlagen, darunter die UNO-Charta mit ihrem Gewaltverbot, das Verbot des Völkermordes sowie universelle und regionale Menschenrechtsinstrumente und umfangreiche Kodifikationen des humanitären Völkerrechts. Trotz dieser erfreulichen Entwicklungen wurde das Ziel einer friedlichen Welt nicht erreicht. Aufgrund des Fehlens einer internationalen Gerichtsbarkeit wurden Verbrechen, die in den Auseinandersetzungen mit den Kolonien («umkämpfte Dekolonisation»⁵⁹⁶) unter Beteiligung Grossbritanniens, Frankreichs, Portugals und der Niederlande begangen worden waren, nicht oder nur unzulänglich vor nationalen Gerichten verhandelt; die meisten Verbrechen blieben ungesühnt.⁵⁹⁷ In den USA fanden zu Kriegsverbrechen während des Vietnamkriegs vor Militärgerichten Kriegsgerichtsverfahren statt, die mit nur einer Verurteilung endeten; das Ur-

⁵⁹² HESS 2007, S. 274.

⁵⁹³ Charter of the International Military Tribunal for the Far East vom 19. Januar 1946, in: CRYER/BOISTER 2008, S. 7 ff.

⁵⁹⁴ KEMPER 2004, S. 147.

⁵⁹⁵ WERLE/JESSBERGER 2020, Rn. 33.

⁵⁹⁶ KALECK 2012, S. 34.

⁵⁹⁷ Ebd., S. 34 ff.

teil wurde kurze Zeit später wieder aufgehoben.⁵⁹⁸ Insbesondere der «Kalte Krieg» hemmte Bestrebungen in der Weiterentwicklung des Völkerstrafrechts.⁵⁹⁹ Erst die Veränderungen in Osteuropa 1989 und in den Folgejahren führten zu einer Wiedergeburt der Kodifikationsbestrebungen im Völkerstrafrecht.⁶⁰⁰ Der «Epochenumbruch» setzte aber auch in Europa und aussereuropäisch neue komplexe Situationen und neuen Nationalismus in Gang.⁶⁰¹

D. Ad-hoc-Gerichte – die Antwort auf komplexe regionale Kriege

Die sogenannte Neuordnung Europas brachte regionale Konflikte hervor, vor allem im ehemaligen Jugoslawien mit Massenverbrechen an der Bevölkerung. Menschenrechtsverletzungen und Massenverbrechen fanden gleichzeitig auch in Afrika statt. Eine ständige internationale Gerichtsbarkeit war noch immer nicht geschaffen, stattdessen setzte der UNO-Sicherheitsrat sogenannte Ad-hoc-Tribunale ein zur Aufklärung und Verurteilung der Menschenrechtsverletzungen in den Konfliktstaaten.

1. Der Internationale Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien

Der Jugoslawien-Krieg brachte Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Völkermord mit sich – all das im Herzen Europas, beim Massaker von Srebrenica sogar unter Anwesenheit von Truppenkörpern der Vereinten Nationen.⁶⁰² Hintergrund dieses Krieges waren aufkeimende ethnische, religiöse und ökonomische Konflikte sowie Unabhängigkeitsbestrebungen im Vielvölkerstaat Jugoslawien zur Zeit der politischen und gesellschaftlichen Umwälzungen im Osteuropa der 1980er-Jahre.⁶⁰³ Der UNO-Sicherheitsrat hatte sich daher wiederholt mit der kritischen Situation im zerfallenden Jugoslawien auseinandergesetzt. Als Reaktion auf die zu Beginn der 1990er-Jahre verübten Massenverbrechen im Zusammenhang mit den Balkankonflikten setzte er im Mai 1993 mit der Resolution 827 den Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (JStGH/ICTY) – einen so ge-

⁵⁹⁸ Ebd., S. 43.

⁵⁹⁹ KEMPER 2004, S. 169.

⁶⁰⁰ Ebd., S. 179.

⁶⁰¹ NEUBACHER 2005, S. 372.

⁶⁰² MÖLLER 2003, S. 170, S. 179 ff.

⁶⁰³ Zum Hintergrund der Konflikte: ebd., S. 181 f.; SWOBODA 2016, S. 931 ff.

nannten Ad-hoc-Strafgerichtshof – ein.⁶⁰⁴ Es war nach den Nürnberger und den Tokioter Tribunalen das erste Mal, dass ein internationales Straftribunal eingesetzt wurde,⁶⁰⁵ jedoch mit zeitlich und sachlich begrenzter Zuständigkeit.⁶⁰⁶

Nach Aussagen der früheren amerikanischen Aussenministerin Madeleine Albright vor dem Tribunal 2002 bestand zu Beginn wenig Vertrauen in dessen Funktionsfähigkeit – «[...] nobody thought that there would ever be a court that actually functioned [...]»⁶⁰⁷ –, aber sie gab zu, dass sie sich alle geirrt hätten. Vor dem JStGH wurden insgesamt 161 Personen angeklagt, 83 Personen verurteilt, 19 Angeklagte freigesprochen, gegen weitere Personen gingen die Verhandlungen weiter.⁶⁰⁸ Im März 2019 wurde Radovan Karadžić zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt.⁶⁰⁹ Die Errichtung des Straftribunals richtete sich nach Kapitel VII der Charta der Vereinten Nationen, dessen Artikel sich auf Massnahmen bei Bedrohung oder Bruch des Friedens und bei Angriffshandlungen beziehen. Der JStGH unterscheidet sich also von den Nürnberger Tribunalen darin, dass er nicht von den Siegermächten ins Leben gerufen wurde, sondern vermittelt über den UNO-Sicherheitsrat; er fungierte als ein Nebenorgan, als ein «Hilfsorgan»⁶¹⁰ des Sicherheitsrates. Gemäss Artikel 2 bis 5 des Statuts ist der JStGH befugt, schwere Verletzungen der Genfer Abkommen von 1949, Verstösse gegen die Gesetze oder Gebräuche des Krieges, Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit strafrechtlich zu verfolgen; Artikel 7 behandelt die «individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit»⁶¹¹; im allgemeinen Teil lehnt es sich stark an die Regelungen des IMG-Statuts an.⁶¹² Der JStGH hat wesentlich zur Weiterentwicklung und Präzisierung des Völkerstrafrechts beigetragen.⁶¹³

⁶⁰⁴ BIENK-KOOLMANN 2009, S. 23; HESS 2007, S. 275 f.

⁶⁰⁵ MÖLLER 2003, S. 170.

⁶⁰⁶ GRAEFRATH 1995, S. 298.

⁶⁰⁷ Madeleine Albright vor dem UNO-Jugoslawien-Tribunal am 17. Dezember 2002: ALBRIGHT 2002; vgl. auch KALECK 2012, S. 53.

⁶⁰⁸ SWOBODA 2016, S. 935.

⁶⁰⁹ Die fast zehnjährige Verfahrensdauer ist nicht ungewöhnlich in solchen Verfahren. Zum Beispiel dauerte der Prozess gegen Angehörige des Reserve-Polizeibataillons 101 von 1962 bis 1972, BROWNING 1999, S. 13; ICTY, der Fall Karadžić (IT-95-5/18); siehe auch ICTY, der Fall Mladić (IT-09-92).

⁶¹⁰ GRAEFRATH 1995, S. 298; HESS 2007, S. 275.

⁶¹¹ Der ganze Wortlaut des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien, in: HANKEL/STUBY 1995, S. 525 ff., Zitat S. 527.

⁶¹² WERLE/JESSBERGER 2020, Rn. 52.

⁶¹³ Ebd., Rn. 53; HESS 2007, S. 277.

2. Der Internationale Strafgerichtshof für Ruanda

Im November 1994 schuf der UNO-Sicherheitsrat mit der Resolution 955/1994 die Rechtsgrundlage für ein erneutes Ad-hoc-Tribunal, diesmal für den Internationalen Strafgerichtshof für Ruanda (RStGH/ICTR), mit Standort in Arusha (Tansania).⁶¹⁴ Hintergrund war ein besonders grausamer Konflikt zwischen den in der Mehrzahl befindlichen Hutu und der Minderheit der Tutsi, begangen zwischen Januar und Dezember 1994. Der Völkermord war zum Zeitpunkt des Arbeitsbeginns des Tribunals weitgehend beendet.⁶¹⁵ In den elf Jahren seiner Tätigkeit hat das Tribunal 93 Fälle bearbeitet und 63 Gefängnisstrafen verhängt. Es gab 14 Freisprüche, zwei Anklagen wurden zurückgezogen und zehn Fälle übergab der RStGH an die nationale ruandische Gerichtsbarkeit.

Der Internationale Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien war nicht nur Vorbild für das RStGH, sondern mit diesem auch institutionell verbunden; so gab es bis 2003 nur einen Chefankläger und die beiden Tribunale teilten sich eine Berufungskammer.⁶¹⁶ Beide Gerichte machten ihre so bezeichnete «historic mission» immer wieder vom Gelingen der strafrechtlichen Verurteilung von Hauptvertretern der jeweiligen Konflikte, etwa Ratko Mladić und Radovan Karadžić aus Ex-Jugoslawien und Félicien Kabuga aus dem Ruander Völkermord,⁶¹⁷ abhängig. Mit der im Jahre 2010 beschlossenen Überleitung in einen Residualmechanismus sind diese Tribunale in ihre Endphase eingetreten.⁶¹⁸ Im Unterschied zum IStGH folgten die Ad-hoc-Gerichte einem System, das ihnen grundsätzlich Vorrang vor der innerstaatlichen Strafverfolgung einräumte.⁶¹⁹

Die Straftribunale gelten als besonders geeignet, den jeweiligen speziellen Erfordernissen in konkreten menschenrechtsverletzenden Sachverhalten die rechtliche Aufarbeitung anzupassen.⁶²⁰ Um schwerste Verbrechen gegen die Menschenrechte zu verhindern und wirksam zu bekämpfen, ist eine funktionierende Strafverfolgung notwendig, auch um Rache und Selbstjustiz vorzubeugen, die leicht nach Beendigung eines Konfliktes auftreten können.⁶²¹

⁶¹⁴ BIENK-KOOLMANN 2009, S. 29; zur Resolution S. 96-100; BEHRENDT 2005, S. 156 f.; vgl. auch KNUST 2013.

⁶¹⁵ HESS 2007, S. 277.

⁶¹⁶ WERLE/JESSBERGER 2020, Rn. 55.

⁶¹⁷ UN, MICT-13-38 der Fall Félicien Kabuga.

⁶¹⁸ WERLE/JESSBERGER 2020, Rn. 357.

⁶¹⁹ Ebd., Rn. 310.

⁶²⁰ HESS 2007, S. 281 f.; AMBACH 2009, S. 44; AMBACH 2005, S. 107.

⁶²¹ HESS 2007, S. 272; HOLLING 2016, S. 242.

3. Hybride Gerichte

Neben Ad-hoc-Strafgerichten entstanden auch Sondergerichtshöfe, sogenannte Hybride Gerichte, zu Teilen von der UNO und einem Nationalstaat eingesetzt; sie werden für einen bestimmten Zeitraum tätig und stützen sich auf nationale wie internationale Rechtsgrundlagen. Nationale und internationale Juristen besetzen das Richteramt und die Anklagebehörden. Der Sitz der Gerichte ist in dem Land, in dem die Taten begangen wurden. Ein solches Gericht ist beispielsweise der «Special Court for Sierra Leone». Er untersuchte bis 2013 Menschenrechtsverletzungen, die seit 1996 begangen worden waren. Weitere Hybride Gerichte beschäftigten sich mit Bosnien-Herzegowina und dem Libanon.⁶²² Mit der Einrichtung der Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC) 2003 zur Aufarbeitung der Verbrechen der Roten Khmer wurde auch zum ersten Mal eine Nebenklägerbeteiligung nach kontinental-europäischem Muster in einem internationalen Strafverfahren eingeführt; die Nebenkläger wurden damit als «Prozessparteien (Civil Parties) aktiv in das Verfahren einbezogen»⁶²³. Die Arbeit der Hybriden Gerichte wird als wichtiger Beitrag auf dem Weg zu «lückenloser strafrechtlicher Verantwortlichkeit in allen Teilen der Welt»⁶²⁴ beurteilt. Die «Verortung im Tatstaat»⁶²⁵ führe zu mehr Transparenz und gewisser Bürgernähe als ein Verfahren in einem anderen Staat. Allerdings sei eine mögliche lokale politische Einflussnahme nicht auszuschliessen.

E. Der Internationale Strafgerichtshof (IStGH)

The establishment of the Court is still a gift of hope to future generations, and a giant step forward in the march towards universal human rights and the rule of law. (Kofi Annan, 1998)⁶²⁶

Mit der Etablierung eines ständigen und territorial ungebundenen internationalen Strafgerichtshofes wurde ein lang ersehntes und von Rückschlägen gezeichnetes Ziel endlich Realität. Damit war ein wichtiges Instrument für die Achtung und Durchsetzung von Menschenrechten geschaffen. Gross waren

⁶²² SATZGER 2020, Rn. 31 zu § 13.

⁶²³ HOVEN 2009, S. 176; MOFFETT 2014, S. 126.

⁶²⁴ AMBACH 2005, S. 118.

⁶²⁵ HOLLING 2016, S. 80.

⁶²⁶ BABAIAN 2018, S. 11.

der Enthusiasmus und die Erwartungen an den IStGH nach seiner Tätigkeitsaufnahme am 11. März 2003. Über zwanzig Jahre nach seiner Gründung scheint er nun aber in den «Mühen der Ebenen» angekommen zu sein.

1. Neue Ansatzpunkte für einen IStGH

Die Bemühungen um die Errichtung eines Internationalen Strafgerichtshofes reichen bis vor den Ersten Weltkrieg zurück. 1937 scheiterte ein erster Versuch mit der «Convention pour la création d'une Cour pénale internationale», die zwar von insgesamt 13 Staaten unterschrieben wurde, jedoch nie in Kraft trat.⁶²⁷ Nach den Nürnberger und den Tokioter Prozessen hatte die Völkermordkonvention von 1948 in Art. VI die Möglichkeit eines internationalen Strafgerichtshofes ausdrücklich vorgesehen. In diesem Zusammenhang erhielt die Völkerrechtskommission (International Law Commission, ILC) den Auftrag, die Nürnberger Prinzipien auszuformulieren und ein internationales Strafgesetzbuch sowie die Grundlagen für einen internationalen Strafgerichtshof auszuarbeiten. Obwohl in den beiden Statut-Entwürfen von 1951 und 1953 bereits detailliertere Vorgaben formuliert waren, scheiterte das Unternehmen – wie vorstehend aufgezeigt⁶²⁸ – an dem beginnenden Kalten Krieg zwischen den Westmächten unter Führung der USA und dem sogenannten Ostblock.⁶²⁹ 1989 erhielt die International Law Commission von der UNO-Generalversammlung erneut den Auftrag, sich mit den Möglichkeiten der Errichtung eines Internationalen Strafgerichtshofes zu befassen; ein erster Entwurf wurde ihr 1994 vorgelegt.⁶³⁰ Die UNO-Generalversammlung setzte einen Ad-hoc-Ausschuss ein, dessen Bericht zur Grundlage eines Vorbereitungsausschusses für die Konferenz in Rom wurde.⁶³¹ Nach fünf Verhandlungswochen in Rom verabschiedete die von der UNO einberufene Staatenkonferenz im Juli 1998 das bereits erwähnte Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofs. Bis 2018 haben 123 Staaten das Statut ratifiziert, 27 Staaten haben zwar unterschrieben, allerdings nicht ratifiziert, acht Staaten lehnen das Römische Statut ab, darunter grosse und einflussreiche Länder wie die USA, China oder Russland. Südafrika, Burundi und die Philippinen sind zwischen 2017 und 2018 aus dem

⁶²⁷ WERLE/JESSBERGER 2020, Rn. 58.

⁶²⁸ Vgl. oben [§ 4, C.3.](#)

⁶²⁹ KEMPER 2004, S. 166; NEUBACHER 2005, S. 338.

⁶³⁰ WERLE/JESSBERGER 2020, Rn. 59 f.

⁶³¹ Ebd., Rn. 59.

IStGH ausgetreten,⁶³² wobei die Chefanklägerin des IStGH Fatou Bom Bensouda am 14. Juni 2021 ein offizielles Ermittlungsverfahren gegen die Philippinen wegen mutmasslicher Verbrechen gegen die Menschlichkeit im sogenannten «Drogenkrieg» beantragte.⁶³³

2. Zuständigkeit und Zusammensetzung des IStGH

Einigung bestand über die Tatbestände des Völkermordes, der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und über Kriegsverbrechen. Das Verbrechen der Aggression wurde anlässlich der Überprüfungskonferenz von Kampala 2010 als Ergänzung des Römischen Statuts aufgenommen.⁶³⁴ Der IStGH ist Völkerrechtssubjekt und operiert weitgehend unabhängig von der Zustimmung des Sicherheitsrates, dem allerdings das Vetorecht zusteht.⁶³⁵ Ein prägendes Element des Statuts ist der Grundsatz der Komplementarität, das heisst, der IStGH kann nur dann einschreiten, wenn ein Staat nicht willens oder nicht in der Lage ist, selber die Strafverfolgung durchzuführen. Die Zuständigkeit erstreckt sich örtlich auf das Gebiet eines Vertragsstaates, wo ein Verbrechen begangen wurde (Tatortprinzip), und auf das Gebiet eines Nationalstaates, dessen Angehöriger der Beschuldigte ist (Täterprinzip).⁶³⁶ Der Gerichtshof besteht aus einem Präsidium, bestehend aus drei Richtern sowie drei Kammern mit insgesamt 18 Richtern.⁶³⁷ Insgesamt gilt das Römische Statut als ein fortschrittliches Statut, welches moderne rechtliche Standards berücksichtigt.⁶³⁸ Es sieht drei Auslösemechanismen vor; so kann jeder Mitgliedstaat, der UNO-Sicherheitsrat oder aber der IStGH *ex officio* als Auslöser strafrechtlicher Ermittlungen fungieren.⁶³⁹ Ein internationaler, multilateraler Vertrag bildet die Grundlage des IStGH. Als Vorteil gegenüber den Ad-hoc-Tribunalen verspricht man sich davon, dass die Vertragsstaaten sich aufgrund der «frei-

⁶³² IStGH, Zahlen und Fakten; Grafik zu den Mitgliedsstaaten (bis 2011), in: NÜRNBERGER MENSCHENRECHTSZENTRUM 2011, S. 91; siehe auch MEISSNER 2003.

⁶³³ <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=210614-prosecutor-statement-philippines>>.

⁶³⁴ WERLE/JESSBERGER 2020, Rn. 70 f., 1495; BABAÏAN 2018, S. 15; IStGH, Zahlen und Fakten <<http://www.bpb.de/nachschlagen/zahlen-und-fakten/globalisierung/52814/internationale-gerichtsbarkeit>>.

⁶³⁵ KHAKZAD 2015, S. 26.

⁶³⁶ BEHRENDT 2005, S. 84 ff., vgl. Art. 12 Römisches Statut.

⁶³⁷ Vgl. Art. 34 ff. Römisches Statut.

⁶³⁸ KHAKZAD 2015, S. 28.

⁶³⁹ WERLE/JESSBERGER 2020, Rn. 335.

willigen Selbstbindung»⁶⁴⁰ kooperativer Verhalten als bei einer diktierten Zusammenarbeit. Das Statut des IStGH wurde im Konsens aller betroffenen Parteien geschaffen, was ihm die «größtmögliche völkerrechtliche Legitimität»⁶⁴¹ verleiht.

3. Ergebnisse und Grenzen des IStGH

Die meisten Untersuchungen des Internationalen Strafgerichtshofs zu Vorkommnissen (sogenannte Situationen) finden in Staaten oder Regionen auf dem afrikanischen Kontinent statt, insbesondere dem subsaharischen Teil Afrikas.⁶⁴² Verurteilungen erfolgten bis dato unter anderem gegen den kongolesischen Kriegsverbrecher Thomas Lubanga Dyilo⁶⁴³ und den Milizenführer Germain Katanga⁶⁴⁴. Beide wurden zu Haftstrafen verurteilt. Mit den Haftbefehlen 2009 und 2010 gegen den Staatspräsidenten des Sudan, Omar Hassan Ahmad Al Bashir,⁶⁴⁵ belangte die Chefanklägerin Fatou Bom Bensouda in Den Haag erstmals ein amtierendes Staatsoberhaupt; Al Basir wurde trotz Haftbefehl jedoch nie nach Den Haag überstellt.⁶⁴⁶ Nachdem der UNO-Sicherheitsrat 2011 die Situation in Libyen an den Gerichtshof überwiesen hatte, ergingen Haftbefehle gegen den inzwischen verstorbenen Machthaber Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi und gegen weitere Familienangehörige.⁶⁴⁷ In Zusammenhang mit den gewaltsamen Ausschreitungen nach den Präsidentschaftswahlen in Kenia Ende 2007 nahm die Anklagebehörde Anfang 2008 Ermittlungen gegen verschiedene hohe Politikvertreter des Landes wegen Menschenrechtsverstößen auf. Die Verdächtigen befinden sich auf freiem Fuß, erschienen jedoch 2011 freiwillig zur Verhandlung über die Zulassung der Anklage in Den Haag.⁶⁴⁸ Auch in der Elfenbeinküste haben Gewaltausbrüche nach der Präsidentschaftswahl Ende 2010 zu einem Haftbefehl gegen Laurent Koukou Gbagbo geführt – dieser wurde in der Folge nach Den Haag überstellt. Allerdings sprach die Erste Kammer Gbagbo Januar 2019 frei.⁶⁴⁹ Im Frühjahr

⁶⁴⁰ BEHRENDT 2005, S. 159.

⁶⁴¹ Ebd.

⁶⁴² Situations and Cases: ICC: <<https://www.icc-cpi.int/Pages/Main.aspx#>>.

⁶⁴³ ICC-01/04-01/06, der Fall Thomas Lubanga Dyilo; AMBOS 2012.

⁶⁴⁴ ICC-01/04-01/07, der Fall Germain Katanga; MOFFETT 2014, S. 107 ff.

⁶⁴⁵ ICC-02/05-01/09, der Fall Omar Hassan Ahmad Al Bashir.

⁶⁴⁶ SATZGER 2020, S. 462 (Tabelle der Verfahren); zur Frage der völkerrechtlichen Immunitäten: KREICKER 2009, S. 350 ff.

⁶⁴⁷ ICC-01/11-01/11, der Fall Saif Al-Islam Gaddafi; SATZGER 2020, S. 468.

⁶⁴⁸ SATZGER 2020, S. 467.

⁶⁴⁹ ICC-02/11-02/15, der Fall Laurent Gbagbo.

2013 eröffnete der IStGH eine Untersuchung gegen Ahmad al-Faqi al-Mahdi aus Mali,⁶⁵⁰ dem die Zerstörung verschiedener historisch bedeutsamer Monumente vorgeworfen wird. Kurz nach Ausstellung des Haftbefehls im September 2015 wurde al-Mahdi nach Den Haag überstellt. Im Prozess bekundete er seine Schuld und zeigte Reue. Ende September 2016 wurde al-Mahdi zu einer neunjährigen Freiheitsstrafe verurteilt. Im Juli 2019 erfolgte der Schuldspruch in allen 18 Anklagepunkten gegen den ehemaligen kongolesischen Warlord Bosco Ntaganda nach einem vier Jahre dauernden Prozess.⁶⁵¹

Mitte 2017 gab es neun sogenannte Vorbereitende Untersuchungen, aus denen keine Ermittlungen hervorgehen müssen. Ausserdem werden Vorfälle auf registrierten Schiffen der Komoren, Griechenlands und Kambodschas («Konvoi nach Gaza») untersucht.⁶⁵² Und auch die Ukraine, die das Römische Statut zwar unterzeichnet, aber nicht ratifiziert hat, lässt durch den IStGH die Menschenrechtsverletzungen im Zusammenhang mit den Maidan-Protesten in Kiew und anderen Landesteilen zwischen November 2013 und Februar 2014 untersuchen sowie die Situation in der Ostukraine und die Annexion der Krim.⁶⁵³

Ein wesentlicher Teil der Aufgaben des IStGH besteht auch darin, den Opfern Schutz, insbesondere den Schutz ihrer Privatsphäre, zuzusichern und für ihre Sicherheit zu sorgen, da sie wichtige Zeugen in den Prozessen sind. Des Weiteren sind Wiedergutmachung, Rückerstattung und Entschädigung durch den Gerichtshof zu bestimmen. Ein Treuhandfonds, eingerichtet durch die Vertragsstaaten, stellt die finanziellen Mittel zur Verfügung.⁶⁵⁴

Wie werden Arbeit und Reichweite des IStGH aktuell beurteilt? Hat sich die Vision Kofi Annans von 1998 erfüllt? Die Beurteilungen fallen sehr unterschiedlich aus, auch wenn die Einrichtung des IStGH mit klarer Zuständigkeit als Erfolg gewertet wird. Zu beobachten sei etwa, dass der Verfolgungswille von Drittstaaten zunehme.⁶⁵⁵ Im Hinblick auf die Entwicklung des Völkerstrafrechts sieht Werle ein Mehrebenensystem, bestehend aus internationalen Strafgerichten, nationalen Strafgerichten (Tat- und Heimatorte) sowie dritten Staaten und national-international zusammengesetzten Strafgerichten, die

⁶⁵⁰ ICC-01/12-01/15, der Fall Ahmad al-Faqi al-Mahdi.

⁶⁵¹ URECH 2019, NEUE ZÜRCHER ZEITUNG vom 8. Juli 2019.

⁶⁵² IStGH, Zahlen und Fakten <<http://www.bpb.de/nachschlagen/zahlen-und-fakten/globalisierung/52814/internationale-gerichtsbarkeit>>.

⁶⁵³ ICC, Ukraine: <<https://www.icc-cpi.int/ukraine>>.

⁶⁵⁴ NÜRNBERGER MENSCHENRECHTSZENTRUM 2011, S. 79 ff.

⁶⁵⁵ WERLE 2007a, S. 180, S. 184.

«koordiniert und lückenlos zusammenwirken»⁶⁵⁶. Kritisch wird die mögliche oder tatsächliche politische Einflussnahme auf den Strafgerichtshof gesehen, die finanzielle Abhängigkeit von den Mitgliedsstaaten, die fehlende Geschlossenheit der Staaten sowie insbesondere das Fehlen der Grossmächte.⁶⁵⁷ Nach 2000 sei das Völkerrecht durch neue Kriege, massive Völkerrechtsverletzungen und Unilateralismus in eine «ernste Krise» geraten.⁶⁵⁸ Auch wird gegen den IStGH Stimmung gemacht, insbesondere von den USA, die eine Untersuchung von Handlungen amerikanischer Soldaten in Afghanistan in den Jahren 2003 und 2004 verhindern wollen, um ihre Staatsbürger zu schützen.⁶⁵⁹ Denn die konsequente Durchsetzung des Völkerstrafrechts lässt «die normative Begrenzung des staatlichen Handlungsspielraums spürbar werden, berührt die Frage nach der Strafverfolgungskompetenz die Staatensouveränität in besonders empfindlicher Weise»⁶⁶⁰. Afrikanische Kritiker sprechen - angesichts der Ermittlungen, Verhandlungen und Urteile - auch von einem «neokoloniale[n] europäische[n] Gericht»⁶⁶¹. Der IStGH dürfe nicht «als Stellvertreter von Interessen des Westens» auftreten.⁶⁶² Es wird sogar danach gefragt, ob ein neues Völkerrecht für neue Kriege erforderlich sei, um die Zivilbevölkerung wirklich zu schützen, solange weiterhin ein Konkurrenzkampf um Ressourcen, Einflussphären und Märkte tobt.⁶⁶³

⁶⁵⁶ WERLE 2010b, S. 1238; siehe auch: STUBY 1995, S. 451 ff.

⁶⁵⁷ BRECHER 2019, S. 10 ff.; HANKEL 2019, S. 136 f.

⁶⁵⁸ STEMPEL 2005, S. 3.

⁶⁵⁹ NEUE ZÜRCHER ZEITUNG vom 15. März 2019 (online): «ICC-Vorbereitende Untersuchungen zu Afghanistan»; vgl. <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1479>>.

⁶⁶⁰ WERLE 2010b, S. 1231.

⁶⁶¹ BRECHER 2019, S. 13; WERLE 2010b, S. 1235.

⁶⁶² STEMPEL 2005, S. 53.

⁶⁶³ PAECH 2019, S. 158 ff.

§ 5 Völkerstrafrecht – neue Herausforderungen

A. Zwischen Kollektiven und Individuen

Völkerstrafrecht will Individualstrafrecht sein – die Zuschreibung von individueller Schuld und die Möglichkeit der strafrechtlichen Durchdringung der staatlichen Souveränität gelten als seine Haupterrungenschaften. Hintergrund ist die Absicht, makrokriminelle Täter zu individualisieren und nicht mehr hinter Kollektiven zurücktreten zu lassen.⁶⁶⁴

1. Makrokriminalität

Makrokriminelle Straftaten sind Taten, die von Individuen begangen werden, die aber im Kollektiv agieren, «Grosskollektive», wie sie auch in der Literatur genannt werden.⁶⁶⁵ Der Begriff des Kollektivs meint hier nicht das nur summarische Zusammenrechnen von Einzelhandlungen; mit diesem Begriff wird vielmehr ausgedrückt, dass Individuen so zusammenarbeiten, wie sie es als Einzelpersonen nicht tun könnten. Von Makrokriminalität wird dann gesprochen, wenn Kollektive Taten innerhalb eines gesamtgesellschaftlichen Geschehens und kriegerischer Konflikte begehen, in «Gesellschaft und Staat involviert» sind. Dazu gehören Phänomene wie Genozid, Kriegsverbrechen, Staatsterrorismus und nukleare Massenvernichtung, wobei diese Form der Kriminalität oftmals von Regierenden angeordnet oder ausgelöst oder sogar noch gefördert wird. Diese «kriminellen Ereignisse» richten sich gegen Individuen und Minderheiten.⁶⁶⁶

2. Individuelle Handlungen im Kollektiv

Damit drängt sich die Frage auf, wo die Grenzen der Zuweisung von individuellen Handlungen im Kollektiv zu verorten sind. Zunächst ergibt sich die Schwierigkeit der individuellen strafrechtlichen Verantwortungserschliessung

⁶⁶⁴ Zu der Frage der verschiedenen Formen von Verantwortlichkeit siehe WERLE/BURGHARDT 2014, S. 851; WERLE 2007b, S. 953 ff.; PRITTWITZ 2013, S. 255 ff.

⁶⁶⁵ JÄGER 1995, S. 325.

⁶⁶⁶ Ebd., S. 327; siehe auch KAISER 1995, S. 159 ff.

aus der rechtlichen Dogmatik selbst. Völkerstrafrechtliche Tatbestände sind komplexe Tatbestände, die schwere Menschenrechtsverletzungen beinhalten. Voraussetzung ist bei dieser Form von Delinquenz meist eine über einen konkreten Taterfolg hinausgehende Intention, ohne deren Nachweis der Tatbestand grundsätzlich nicht erfüllt wird. Es muss also ein Zurechnungsbezug zur Gesamttat begründet werden können.⁶⁶⁷ Makrokriminelle Taten sind demnach in ihrer Erfüllung voraussetzungsreich und ihr Nachweis anhand von triftigen Beweisen ist überaus anspruchsvoll. Oft ist es kaum möglich, den Beginn, den Verlauf und das Ausmass der Verfolgungskampagnen rechtsgenügend zu ermitteln.⁶⁶⁸ Einzeltaten werden häufig in der Masse sowie in «verworrenen und komplexen Situationen begangen»⁶⁶⁹, etwa während Kampfhandlungen, Plünderungen oder Massakern. Diese Taten stellen keine «Abweichungen» dar, sondern sind gewissermassen «Normalität»; das Verhalten in «extremen Kollektivverbrechen»⁶⁷⁰ trägt Züge von Anpassung, Konformität, Gehorsam, Angst, gruppenspezifischen Zwängen und Agieren in Stresssituationen.⁶⁷¹ Der Einzelne kann dabei auf sehr verschiedenen Ebenen oder Schauplätzen aktiv werden und beteiligt sein (Politik, Verwaltung, Befehlsstand, Kampfgebiet).⁶⁷² Christopher Robert Browning unterscheidet zwischen «systematischer Umsetzung von Regierungspolitik» und dem «Ausrasten», wenn Disziplin und Befehlsstruktur zusammengebrochen sind.⁶⁷³ Die kriminellen Taten werden darüber hinaus nicht einfach nur von irgendeiner Personengruppe verübt, sondern von Angehörigen des Militärs oder paramilitärischer Organisationen, von Mitgliedern der Polizei, des Sicherheitsdienstes oder auch von Privatpersonen.⁶⁷⁴ Taten und Täter sind wie in einem «Netzwerk»⁶⁷⁵ verwoben. Die Komplexität der Konflikte (wie zum Beispiel im Jugoslawienkrieg) und die Zahl der konkurrierenden und parallel nebeneinander agierenden Akteure sind oft oder meist undurchschaubar.⁶⁷⁶ Die Identifikation der unmittelbaren Tatabführenden erweist sich folglich als schwierig. Auch die Kompetenzverhältnisse lassen sich oft nicht einfach zurückverfolgen, da möglicherweise ganz un-

⁶⁶⁷ HAAN 2008, S. 247 f.

⁶⁶⁸ Ebd., S. 240.

⁶⁶⁹ Ebd.

⁶⁷⁰ JÄGER 1995, S. 331; JÄGER 2006, S. 45.

⁶⁷¹ HOLLING 2016, S. 245 f.

⁶⁷² WERLE/BURGHARDT 2014, S. 858.

⁶⁷³ BROWNING 1999, S. 210 (alle Zitate).

⁶⁷⁴ HAAN 2008, S. 240; SEGESSER 2013, S. 593, zählt dazu die Zugehörigkeit zu einer kriminellen Organisation im NS-Staat wie SS, SD oder Gestapo.

⁶⁷⁵ JÄGER 1995, S. 329.

⁶⁷⁶ SWOBODA 2016, S. 938 f.

terschiedliche Führungs- und Hierarchiestufen nebeneinander existieren.⁶⁷⁷ Nicht selten werden im Zusammenhang mit kriegerischen Handlungen Aufgaben an private Sicherheitsorganisationen abgetreten («outsourcing»), was den Nachweis der individuellen Verantwortung erneut erschwert und die Gefahr der Verdunkelung erhöht.⁶⁷⁸ Unterschätzt wird oft nicht zuletzt die zeitliche Dimension: Der grösste Teil der kriminellen Handlungen, mit denen sich etwa das nationale Strafrecht auseinanderzusetzen hat, gehört in die Alltagskriminalität, die durchaus auch spontan erfolgen kann. Makrokriminalität hingegen muss in ihrem zeitlich-geschichtlichen Ablauf als ein Prozess verstanden werden, der nicht von heute auf morgen geschieht. Und auch wenn die Durchbrechung und Ahndung eines makrokriminellen Systems gelingt, nimmt wiederum der Prozess des Abbaus seiner Strukturen viel Zeit in Anspruch. Auch hier lässt sich nicht von heute auf morgen ein neues System aufbauen – gerade das Beispiel des Nationalsozialismus in Deutschland zeigt, wie weit sich dieser Prozess zeitlich und geschichtlich in beide Richtungen erstreckt. Mit Blick auf die individuelle Zurechnung von Schuld erschweren diese langen Zeiträume die Eruierung der konkreten Einzelhandlung. Das Ausmass dieser Schwierigkeiten wird regelmässig auch bei der richterlichen Einschätzung von Sachverhalten offenkundig, die teilweise stark voneinander abweichen können.⁶⁷⁹ Die Frage nach Individualität und Kollektivität einer Handlung lässt sich aber auch erhellen, wenn der Fokus auf die Täter selbst gerichtet wird: Was sind das für Menschen, die von völkerstrafrechtlichen Gerichten angeklagt und verurteilt werden, und wie verstehen sie ihre eigene Rolle in ebendiesem Kollektiv?

B. Die Täter und ihre Rahmenbedingungen

1. Makrokriminalität und Geschlecht

Makrokriminelle Täter sind überwiegend Männer. Dass Frauen fehlen, hat nicht nur etwas mit der niedrigeren Gewaltbereitschaft von Frauen zu tun, sondern auch mit ihrem traditionellen Ausschluss von Gewaltaktivitäten – nicht nur im Bereich illegitimer, sondern auch (zunächst) legitimer Gewalt. So sind Militär und Polizei in weiten Teilen nach wie vor Männergemeinschaften.⁶⁸⁰ Makrokriminelle Delinquenz bringt eine häufig hohe, buntgemischte

⁶⁷⁷ HAAN 2008, S. 248.

⁶⁷⁸ KARSTEDT 2008, S. 21.

⁶⁷⁹ HAAN 2008, S. 236, S. 243 ff.

⁶⁸⁰ MEUSER 2008, S. 170.

Anzahl von Tätern hervor, die meist ganz unterschiedliche Tatbeiträge leisten. Eine Kategorisierung dieser Täter ist aufgrund des sich immer wieder anders zeigenden Delinquenzablaufs grundsätzlich schwierig. Wir möchten hier eine, wenn auch letztlich vage bleibende Gruppierung vornehmen, insofern ich die Täter, die an der Spitze politischer und militärischer Hierarchien stehen und dadurch über die Entscheidungsmacht verfügen, makrokriminelle Delikte ausführen zu lassen, von der restlichen Täterschaft abgrenze. Da sich das Völkerstrafrecht in den allermeisten Fällen mit dieser kleineren Gruppe befasst, nennen wir diese Täter mit Christina Möller makrokriminelle Haupttäter⁶⁸¹ im Unterschied zu den makrokriminellen Gefolgschaftstätern.⁶⁸²

Der US-amerikanische Psychiater Douglas M. Kelley pflegte einen intensiven Kontakt mit verschiedenen ranghohen Naziverbrechern, die vor Beginn der Nürnberger Prozesse im Camp Ashcan inhaftiert waren. In Kelleys später veröffentlichtem Buch *22 Cells in Nuremberg (22 Männer um Hitler)* (1947) attestierte er beispielsweise Hermann Göring extreme Züge, hielt ihn jedoch keineswegs für einen Psychopathen.⁶⁸³ Die notorische These von der psychischen Abnormität makrokrimineller Haupttäter konnte durch die kriminologische Forschung bislang nicht bestätigt werden. Das bedeutet umgekehrt keineswegs, dass es nicht immer wieder psychiatrische Auffälligkeiten bei makrokriminellen Haupttätern gegeben hätte – Adolf Hitler, Pol Pot oder Slobodan Milošević hatten zweifellos psychopathische Charakterzüge. Daraus kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, gesunde Menschen seien zu derlei Taten nicht fähig, schon deshalb nicht, weil makrokriminelle Systeme einer grossen Anzahl an ausführenden Tätern bedürfen, die die Befehle der Machthaber auf regelmässig brutale und unmenschliche Art umsetzen.⁶⁸⁴ Auch die Tatsache, dass makrokriminelle Haupttäter oft eine lange politische oder militärische Laufbahn hinter sich haben, ohne die sie nicht zu ihrer einflussreichen politischen oder militärischen Position hätten gelangen können, spricht dagegen. Solche Laufbahnen sind nämlich voraussetzungsreich und von sozialer Anpassung geprägt.

⁶⁸¹ MÖLLER 2003, S. 450.

⁶⁸² Ebd., S. 286, S. 469.

⁶⁸³ KELLEY 1947, S. 64 ff.

⁶⁸⁴ KHAKZAD 2015, S. 57.

2. Motive – Gründe – Rechtfertigungen

Ebenso wichtig ist die Frage, welche Motive die Täter zu ihrem Handeln treiben. Die kriminologische Forschung nennt hier verschiedene Faktoren. Als Hauptmotiv wird die Angst vor Machtverlust betrachtet, auch wenn vordergründig andere, zum Beispiel ideologische Absichten vorgeschoben werden.⁶⁸⁵ Im Bereich der makrokriminellen Gefolgschaftstäter verändern sich sowohl die Rollen als auch die Motive. Hier hat das Kollektiv nämlich eine dämpfende Funktion. Die Arbeitsteilung in kleine Arbeitsschritte (etwa Nachrichten übermitteln, Pläne erstellen) führt zu Verantwortungsverlust; Fragen der moralischen Verantwortung gehen in den routinierten Abläufen tendenziell unter, was dazu führt, dass sich die gegebene Situation unmerklich einschleift.⁶⁸⁶ Auffallend ist die oft völlig verzerrte Selbsteinschätzung solcher Täter, die in der kriminologischen Forschung mit Mechanismen wie Neutralisation und Dehumanisierung erklärt wird.⁶⁸⁷ Paradigmatisch sind in diesem Zusammenhang die Aussagen Adolf Eichmanns anlässlich seines Prozesses in Jerusalem 1961:

Ich war nichts anderes als ein getreuer, ordentlicher, korrekter, fleißiger – und nur von idealen Regungen für mein Vaterland, dem anzugehören ich die Ehre hatte, beseelter – Angehöriger der SS und des Reichssicherheitsamtes. Ein innerer Schweinehund und ein Verräter war ich nie. Trotz gewissenhafter Selbstprüfung, muss ich für mich feststellen, dass ich weder ein Mörder noch ein Massenmörder war. Um aber haargenau bei der Wahrheit zu bleiben, möchte ich mich selbst der Beihilfe zur Tötung bezichtigen, weil ich ja Deportationsbefehle, die ich erhielt, weitergab und weil zumindest ein Teil dieser Deportierten, wenn auch von einer ganz anderen Einheit, getötet wurde.⁶⁸⁸

Andere Rechtfertigungsmechanismen ergeben sich aus der Struktur der Delinquenz selbst. Der gegen individuelle strafrechtliche Schuld in kollektiven Zusammenhängen regelmässig formulierte Einspruch ist der des Befehlsnotstandes. Seit dem berühmten, erstmals 1961 durchgeführten Milgram-Experiment, das die Bereitschaft völlig durchschnittlicher Personen nachwies, autoritären Anweisungen unkritisch Folge zu leisten, sind die Zweifel an der individuellen Verantwortung wieder gestiegen.⁶⁸⁹ Innerhalb militärischer Strukturen ist der Befehl das meistpraktizierte Führungsinstrument; seine

⁶⁸⁵ KHAKZAD 2015, S. 58 f.

⁶⁸⁶ Ebd., S. 75; BROWNING 1999, S. 212.

⁶⁸⁷ KHAKZAD 2015, S. 63.

⁶⁸⁸ VON LANG 2001, S. 350 f.; SESSAR 2006, S. 96.

⁶⁸⁹ NEUBACHER 2005, S. 216 ff.; KHAKZAD 2015, S. 66 ff.

Verweigerung steht meist unter strengen Straffolgen. Daher erweist es sich als schwierig, zwischen der Not der Befolgung und dem Faktum der Delinquenz eine klare Grenze zu ziehen. Die kriminologische Forschung hat gezeigt, dass die Berufung auf übergeordnete Befehlsgewalt auch als taktische Schutzbehauptung missbraucht und durchaus selbstsüchtige Motive unter den Vorwand des Befehlsnotstandes gestellt wurden. So haben Untersuchungen im Zusammenhang mit den nationalsozialistischen Verbrechen keinen Fall erkennen lassen, in dem Befehlsverweigerung Bestrafungen an Leib und Leben nach sich gezogen hätte; allerdings kam es zu Versetzungen, die mit militärischen Herabstufungen verbunden sein konnten.⁶⁹⁰ So stellen Opportunismus, mögliche Aufstiegschancen oder schlicht die Identifikation mit dem Befehl die üblichen Gründe für die Befehlsausführung dar.⁶⁹¹

Weitere Gründe, die für die Annahme von individueller strafrechtlicher Zurechnung und gegen den Einwand des Befehlsnotstandes sprechen, ergeben sich aus sogenannten Exzesstaten, also Taten, die wissentlich über den Befehl hinausgehen. Die Motive können hier vielfältig sein, nicht selten kommt es aber in der Folge von Übergehorsam und Willfährigkeit gegenüber Vorgesetzten zu solchen Exzessen.⁶⁹² Neben individuellen Voraussetzungen und Motivlagen der einzelnen Täter bedarf Makrokriminalität auch der dazu nötigen gesellschaftlichen Strukturen bzw. eines entsprechenden Nährbodens.⁶⁹³ Bei den meisten von Makrokriminalität betroffenen Ländern fällt eine ebenso massive wie einseitige Machtkonzentration bei politischen oder militärischen Entscheidungsträgern auf. Sie ist häufig mit über lange Zeiträume gewachsenen diktatorischen Herrschaftsstrukturen verbunden, die demokratische Partizipation, Mitbestimmung sowie ein funktionierendes, unabhängiges Rechtssystem von vornherein ausschliessen. Auch fehlende Bildung, der unterschiedliche Zugang zu medizinischer Versorgung sowie Korruption und Vetternwirtschaft sind Ausprägungen dieser Asymmetrie. Besonders anfällig sind Gesellschaften, die von anhaltenden Grundkonflikten geprägt sind, die sich auf eine solche asymmetrische Ressourcenverteilung zurückführen lassen.⁶⁹⁴ Es hat sich erwiesen, dass auch langjährige Fremdherrschaft zu einem Mangel an zivilgesellschaftlichen Strukturen führt, wie nach der Entkolonialisierung deutlich wurde.⁶⁹⁵ Dies wird meist noch verstärkt durch die demogra-

⁶⁹⁰ NEUBACHER 2005, S. 227 ff.; JÄGER 1967, S. 102 ff., S. 158 ff.

⁶⁹¹ NEUBACHER 2005, S. 229.

⁶⁹² Ebd., S. 229 f.

⁶⁹³ SESSAR 2006, S. 92 f.

⁶⁹⁴ KHAKZAD 2015, S. 257 ff.; HOLLING 2016, S. 180 f.

⁶⁹⁵ KHAKZAD 2015, S. 249 f.

fische Entwicklung solcher Gesellschaften. Regelmässig finden sich dort überdurchschnittlich hohe Geburtenraten, die später in eine grosse Zahl junger, oft perspektivloser Menschen münden.⁶⁹⁶ Beispiele aus dem Balkankrieg zeigen, dass auch das Streben nach einer ethnisch und religiös homogenen Bevölkerung Auslöser für völkerrechtliche Verbrechen sein kann.⁶⁹⁷

C. Die Seite der Opfer

Makrokriminalität bringt nicht nur andere Täter, sondern auch andere Opfer hervor. Die individuelle Zurechnung von Verantwortung bei makrokriminellen Tätern hat ihre Gegenseite konsequenterweise in der Position der Opfer, die ebenfalls als Individuen (und nicht bloss als Kollektiv) in Erscheinung treten sollen.

1. Formen der Viktimisierung

Die Kriegs- und Konfliktgebiete dieser Welt hinterlassen täglich Tausende von Opfern. Typische Elemente sind neben Versklavung und Vertreibung auch die Vernichtung (Ausrottung) aus ökonomischen, politischen, ethnischen oder religiösen Gründen. Man erschiess, deportiert, köpft, lässt verhungern, lässt zu Tode arbeiten, lässt erfrieren, schickt auf Todesmärsche oder wirft aus Flugzeugen.⁶⁹⁸ Diese Straftaten bedeuten für die überlebenden Opfer materielle Einbussen, physische Verletzung und psychische Folgen wie dauerhafte traumatische Störungen und andere Belastungen.⁶⁹⁹ Systemunrecht ist diesbezüglich besonders belastend, weil es hier systematisch und wiederholt zu Viktimisierung kommen kann – eine schutzlose Bevölkerung steht hier einem überlegenen, organisierten Machtapparat gegenüber, der häufig über grössere Zeiträume hinweg Folter und andere Formen unmenschlicher Behandlung zum Einsatz bringt. Nicht selten kommt es auch zu einer Vermischung von Täter- und Opfergruppen.⁷⁰⁰ Fraglich bleibt auch, inwieweit die Verletzung sogenannter wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte (beispielsweise Hunger, verwehrt Zugang zu Bildungsmöglichkeiten oder einem Gesundheitssystem) vom Völkerstrafrecht erfasst werden sollte.⁷⁰¹ Im Unterschied zu

⁶⁹⁶ Ebd., S. 261 f.

⁶⁹⁷ Ebd., S. 261.

⁶⁹⁸ SESSAR 2006, S. 93 f.

⁶⁹⁹ BOCK 2010, S. 52 ff.

⁷⁰⁰ KHAKZAD 2015, S. 271 f.

⁷⁰¹ Vgl. zum Ganzen SCHMID 2015, S. 41 ff.

nationalen Strafrechtsordnungen hat das Völkerstrafrecht keinen Anspruch auf monopolisierte Straf Gewalt. Das Völkerstrafrecht operiert demnach nicht auf der Grundlage einer durch monopolisierte Gewalt entstandenen Pflicht zur Strafverfolgung. Daraus kommt ihm eine gewisse operative Freiheit zu, die sich auch in seiner Selektivität niederschlägt. Dieser Umstand zieht zugleich den legitimierungstheoretischen Schwachpunkt nach sich, dass sich das Völkerstrafrecht eben nicht, oder zumindest nicht gleich stark wie das nationale Strafrecht, mit der Befriedigung von Opferbedürfnissen legitimieren kann.⁷⁰²

2. Stellung des Opfers

Die Stellung des Opfers hat sich in den letzten Jahrzehnten stark verändert – auch die gesellschaftliche Wahrnehmung öffentlicher Strafverfahren hat sich gewandelt. Das Opfer ist sozusagen aus seinem Schatten herausgetreten; Opferrhetorik beherrscht die Diskussion um Delinquenz sowohl im mikro- als auch im makrokriminellen Kontext.⁷⁰³ Gerade im Römischen Statut des IstGH wird den Opfern eine herausragende Stellung eingeräumt. Das Opfer wird nicht mehr nur als Zeuge und Mittel der Informationsbeschaffung gesehen, sondern es soll aktiv Einzug in das Prozessgeschehen halten.⁷⁰⁴ An welchem Teil des Verfahrens die Opfer teilnehmen dürfen, richtet sich nach der Unterscheidung zwischen dem «Verbrechenskomplex»⁷⁰⁵ und dem jeweiligen Fall, es wird also unterschieden zwischen «victim of situation» und «victim of a case»⁷⁰⁶. Die Opfer haben demnach hinsichtlich des erlittenen Schadens einen Kausalzusammenhang nachzuweisen im Kontext der «situation» oder des dem Angeklagten vorgeworfenen Verbrechens.⁷⁰⁷ Die Zeugenrechte sind in Art. 55 Abs. 1 des Römischen Statuts festgelegt. Allerdings hat das Opfer gemäss den «Rules of Procedure and Evidence» (Rule 65) sowohl eine Aussagepflicht, wenn es vor dem Gerichtshof erschienen ist, als auch ein Auskunfts- und Aussageverweigerungsrecht (Rule 73).⁷⁰⁸ Die Opferbeteiligung wird in der Literatur auch als Lektion aus den Verfahren vor den Ad-hoc-Tribunalen für Jugoslawien und Ruanda interpretiert,⁷⁰⁹ denn diese Tribunale sahen noch keine Beteiligung der Geschädigten vor.

⁷⁰² GÜNTHER/REUSS 2014, S. 157.

⁷⁰³ SAFFERLING 2010, S. 88; BONACKER 2012, S. 5 ff.

⁷⁰⁴ BOCK 2010, S. 37; MOFFETT 2014, S. 49.

⁷⁰⁵ ABO YOUSSEF 2008, S. 105.

⁷⁰⁶ Ebd.

⁷⁰⁷ Ebd., S. 105 f.

⁷⁰⁸ BOCK 2010, S. 373 f.; Rules of Procedure and Evidence (online), Art. 65, S. 21; Art. 73, S. 25 f.

⁷⁰⁹ EHLERS/MARKARD 2012, S. 279.

In einer bisher einzigartigen Studie des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht wurden Opferbedürfnisse untersucht.⁷¹⁰ Dazu wurde eine repräsentative Auswahl von Opfern aus insgesamt elf Konfliktgebieten getroffen, die befragt wurde. Den Studienergebnissen ist zu entnehmen, dass die Mehrheit der befragten Opfer sich eine Strafverfolgung der mutmasslichen Täter wünscht.⁷¹¹ Mit einer solchen Strafverfolgung verbänden die Opfer eine positive Wirkung auf den Heilungsprozess und auf die Versöhnung.⁷¹² Dreiviertel der befragten Opfer verlangten, am Verfahren beteiligt zu werden.⁷¹³ Als wichtigstes Partizipationsbedürfnis der Opfer zeigte sich die Möglichkeit, im Prozess ihre Stimme erheben zu können («to tell their story»)⁷¹⁴. Die Möglichkeit, in einer Wahrheitskommission die Stimme erheben zu können, fand indes weniger Zuspruch.⁷¹⁵ Nach einer Form der Wiedergutmachung gefragt, wünschten sich 42 % der Befragten eine finanzielle Entschädigung, 40 % eine Entschuldigung, 30 % ein öffentliches Gedenken an die Opfer, nur 3 % hegten Rachegefühle und 24 % der befragten Opfer wollten ihr Leiden einfach nur vergessen.⁷¹⁶ Die Studienresultate decken sich mit den (ersten) Erfahrungen vor dem IStGH. So partizipierten in der Periode vom 1. August 2017 bis 31. Juli 2018 über zwölftausend Opfer an Verfahren vor dem IStGH.⁷¹⁷

3. Opferdefinition und Opferschutz

Ein einheitliches Völkerstrafprozessrecht existiert bis dato nicht, vielmehr wird Völkerstrafrecht durch eine Vielzahl von Spruchkörpern – im Sinne der «lex fori» – durchgesetzt.⁷¹⁸ Indes fanden die umfangreichen prozessualen Erfahrungen vor allem aus den Ad-hoc-Tribunalen für Jugoslawien und Ruanda Eingang in das Römische Statut des IStGH.⁷¹⁹ Jedoch geht das Statut hinsichtlich der Opferdefinition weiter als bei den genannten Ad-hoc-Tribunalen. Vor

⁷¹⁰ Unter Verweis auf die Primärquelle orientieren wir uns an der Zusammenfassung der Studienresultate durch SAFFERLING 2010, S. 101 ff.

⁷¹¹ KIZA/RATHGEBER/RHONE 2006, S. 97; SCHIEMANN 2015, S. 22 ff., jedoch nicht für Makroverbrechen.

⁷¹² KIZA/RATHGEBER/RHONE 2006, S. 127.

⁷¹³ Ebd., S. 104.

⁷¹⁴ Ebd., S. 105.

⁷¹⁵ Ebd., S. 109 ff.

⁷¹⁶ Ebd., S. 118 f.

⁷¹⁷ Vgl. Report of the ICC to the UN, 20. August 2018, UN Doc. A/73/334, S. 4.

⁷¹⁸ SAFFERLING 2010, S. 103.

⁷¹⁹ Ebd.; zur Beweis- und Verfahrensordnung: Rules of Procedure and Evidence (online).

dem IStGH gelten als Opfer nicht nur natürliche Personen, denen Leid zugefügt wurde im Sinne des Römischen Statuts, sondern auch Organisationen oder Institutionen werden als Opfer anerkannt, wenn ihr Eigentum – das können Immobilien wie Krankenhäuser sein oder Einrichtungen der Bildung und Wissenschaft, der Kunst oder Religion – beschädigt oder zerstört wurden.⁷²⁰

Im Zentrum der völkerstrafprozessualen Vorschriften zum IStGH stehen im Wesentlichen der Opferschutz und die Frage nach der Verfahrensbeteiligung und schliesslich der Entschädigung (Art. 68)⁷²¹. Besondere Stellung nimmt der Schutz ein, der durch Ausschluss der Öffentlichkeit und durch Anonymität zugesichert werden kann.⁷²² Wie der Schutz gewährt werden kann, ist nach wie vor eine umstrittene Frage, da der Gerichtshof nicht über die polizeilichen Mittel verfügt, um die Opfer vor Einschüchterungs- und Repressionsversuchen zu schützen.⁷²³ Auch der Schutz vor einer «sekundären Viktimisierung» durch posttraumatische Belastungsstörungen oder andere Stressfaktoren soll vermieden werden.⁷²⁴ Es ist leider eine traurige Tatsache, dass im Zusammenhang mit völkerstrafrechtlichen Verfahren immer wieder Zeugen eingeschüchtert werden, wie dies im Verfahren gegen Lubanga der Fall war,⁷²⁵ oder gar umgebracht worden sind.⁷²⁶ Zeuginnen und Zeugen und Opfer in umkämpften Gebieten wie dem Kongo aufzusuchen und sicher nach Den Haag zu bringen, stellte die Ermittler des IStGH vor erhebliche Schwierigkeiten, da sie vor allem in ländlichen Gebieten auffielen und nicht selten selbst in Gefahr gerieten. Deshalb arbeiten sie mit vor Ort agierenden NGOs zusammen, den sogenannten «intermediaries».⁷²⁷ Aus dieser Zusammenarbeit ergaben sich jedoch neue Schwierigkeiten, weil einige Organisationen auf eigene Agenda arbeiteten, falsche Opfer präsentierten oder Opfer bedrohten.⁷²⁸ Die Klarstellung der Vorgänge nahm viel Zeit und Ressourcen in Anspruch. Auf der anderen Seite beschwerten sich die Opferorganisationen über mangelnde

⁷²⁰ EHLERS/MARKARD 2012, S. 277 f.

⁷²¹ ROGGMANN 1998, Bd. 1, S. 70 f.; SAFFERLING 2010, S. 104 ff.

⁷²² ABO YOUSSEF 2008, S. 132 ff.; BOCK 2010, S. 209 f.

⁷²³ ABO YOUSSEF 2008, S. 135; SAFFERLING 2010, S. 105 f., S. 113.

⁷²⁴ BOCK 2010, S. 403 f.

⁷²⁵ EHLERS/MARKARD 2012, S. 275 f.

⁷²⁶ ABO YOUSSEF 2008, S. 125.

⁷²⁷ EHLERS/MARKARD 2012, S. 276.

⁷²⁸ Ebd.

Anerkennung der «intermediaries» durch das Personal des IStGH.⁷²⁹ Dementsprechend kommt den diesbezüglichen Schutzmechanismen völkerstrafrechtlicher Gerichte grösste Bedeutung zu.

Die durch das Statut des IStGH vorgesehenen Schutzmechanismen gleichen jenen aus den domestischen Strafrechtsordnungen (zum Beispiel Ausschluss der Öffentlichkeit, Einsatz von elektronischen Mitteln zur Beweiserhebung).⁷³⁰ Die effektiven Beteiligungsmöglichkeiten der Opfer sind in verschiedenen Vorschriften verbürgt. In jedem Fall braucht der Zugang zum Strafprozess für ein Opfer die formelle Zulassung, die im Wesentlichen vom Kriterium der Beeinträchtigung der persönlichen Interessen der Opfer abhängig gemacht wird.⁷³¹ Als wichtigste Opferbefugnisse zu nennen sind Eröffnungs- und Schlussstellungen im Verfahren und das Recht auf einen Opfervertreter, gegebenenfalls mit Prozesskostenhilfe bei Mittellosigkeit.⁷³² Dieser Vertreter wiederum hat noch darüber hinausgehende Partizipationsrechte, indem er etwa eine mündliche oder schriftliche Stellungnahme im Verfahren abgeben oder Anträge stellen kann.⁷³³ Des Weiteren kommt den Opfern im Sinne der Wiedergutmachung ein Recht auf Rückerstattung, Entschädigung oder Rehabilitation zu.⁷³⁴ Grundsätzlich ist aus der rechtlichen Konkretisierung dieser Ansprüche in den bisherigen Verfahren eine Tendenz zu verzeichnen, dass der zunehmende Einfluss der Opfer und ihrer Anwälte zu Lasten des Angeklagten auszufallen scheint, was auch mit der prozessual angloamerikanischen Grundstruktur des Verfahrens zusammenhängt.⁷³⁵ Die Interessen der Opfer bewegen sich in einem Spannungsfeld von Beteiligungsrechten und den Rechten der Angeklagten.⁷³⁶ Der Umgang mit den Opfern, ihre Möglichkeit der Partizipation, aber auch die Aufnahme ihrer Bedürfnisse trägt stark zur Legitimität völkerstrafrechtlicher Gerichte bei.

Die internationale Strafgerichtsbarkeit und die Ad-hoc-Tribunale sind nicht die einzigen Verfahren, die sich mit der Bewältigung von grossen und systematischen Menschenrechtsverletzungen befassen. Auch die seit den 1990er-Jahren wirkenden Wahrheitskommissionen (Südafrika, Chile, Argentinien, Sierra

⁷²⁹ Ebd.

⁷³⁰ SAFFERLING 2010, S. 105.

⁷³¹ Vgl. Art. 68 Abs. 3 IStGHSt.

⁷³² SAFFERLING 2010, S. 107.

⁷³³ Ebd.

⁷³⁴ ABO YOUSSEF 2008, S. 135 ff.

⁷³⁵ SAFFERLING 2010, S. 111 f.

⁷³⁶ EHLERS/MARKARD 2012, S. 281; BOCK 2010, S. 217.

Leone und andere) versuchen, einen Weg zur Wahrheitsfindung und Versöhnung zu gehen, Brücken zu bauen, um ein Land zu rechtsstaatlicher Ordnung zu führen.⁷³⁷ Die Frage stellt sich, ob diese und andere Formen der Aufarbeitung eine Konkurrenz für den IstGH darstellen und in einem Vakuum zwischen strafrechtlicher Verfolgung und Straflosigkeit agieren, wenn Umbrüche in politischen Systemen auch das ganze Rechtssystem vor enorme Probleme stellen.⁷³⁸

D. Ein Vakuum für Konkurrenten

Staaten, die durch einen Krieg oder kriegerischen Konflikt gegangen sind, haben durch Massenverbrechen und Menschenrechtsverletzungen einen Bruch in ihrer Gesellschaft erlebt. Um den Transitionsprozess in eine friedliche Gesellschaft so zu gestalten, dass Opfer anerkannt werden und zu ihrem Recht kommen, Täter und Unrecht benannt werden und Wiedergutmachung erlangt werden kann, bieten neben dem Völkerstrafrecht andere Konfliktlösungsarten die Chance zu einem gelungenen Übergangsprozess.

1. Transitional Justice

Mit der Frage nach der Gestaltung des Transitionsprozesses, den die von Kriminalität in grossem Umfang geprägten Gesellschaften durchschreiten müssen, also danach, wie solche Prozesse im besten Fall begleitet werden sollen, welche Synergien und Eigenheiten, aber auch welche Schwierigkeiten hinter den verschiedenen Formen von Konfliktlösungs- und Reaktionsformen stehen – damit beschäftigt sich seit den 1990er-Jahren das wachsende Forschungsfeld der «Transitional Justice», wobei der Begriff nicht hinreichend bestimmt ist.⁷³⁹ Transitional Justice – so eine unter verschiedenen Antworten – sei die Reaktion auf Probleme von Gesellschaften im Transitionsprozess und arbeite interdisziplinär; sie bilde eine Brücke zwischen den Disziplinen Gesetz, Politikwissenschaften, Soziologie, Psychologie, Geschichte, Moral und Ethik, um möglichst angemessene Antworten zu finden.⁷⁴⁰ Diese Interdisziplinarität berge die Gefahr, dass der Sinn des Konzepts beliebig werde; es sei sich im Diskurs auf den Grundgedanken zu besinnen.⁷⁴¹ Transitional Justice arbei-

⁷³⁷ ASMAL 1995, S. 469 f.

⁷³⁸ NEUMANN/PRITZWITZ 2013, Vorwort (ohne Seitenangabe).

⁷³⁹ Zur Diskussion des Begriffs siehe unter anderen TURGIS 2010, S. 9 f.; TEITEL 2000, S. 213 ff.

⁷⁴⁰ TURGIS 2010, S. 12 f.; TEITEL 2014, S. 3 f.

⁷⁴¹ TURGIS 2010, S. 14.

tet mit Kompromissen; sie leistet einen möglichen Beitrag dazu, dass Gesellschaften wieder zu neuer Politik und zu neuem Zusammenleben finden können, jenseits von rassistischer, ethnischer oder religiöser Spaltung.⁷⁴² Innerhalb eines Übergangsprozesses nimmt das Völkerstrafrecht zweifellos einen wichtigen Platz ein; daneben haben sich allerdings auch andere, vom Strafrecht abweichende Konfliktlösungsmechanismen etabliert. Es wird daher auch von «semi-juristischen»⁷⁴³ Modellen zur Ahndung von Verbrechen gesprochen.⁷⁴⁴ Transitional Justice umfasst somit eine weit über das Recht hinausgehende Anzahl von Reaktionsformen auf einen gesellschaftlichen Umbruch. Innerhalb eines Transitionsprozesses können neben dem Strafrecht daher grundsätzlich mindestens fünf weitere Formen der Reaktion auf makrokriminelle Gewalt zur Anwendung kommen: ausser Strafverfolgung auch Amnestie, das Einrichten von Wahrheitskommissionen (Aufklärung, Versöhnung), Wiedergutmachung, Überprüfung des öffentlichen Dienstes und ausserstrafrechtliche Sanktionen.⁷⁴⁵ Gesellschaften, die sich nach Krieg, schweren Menschenrechtsverletzungen, Repression und Entmündigung vor die Aufgabe gestellt sehen, den Forderungen nach Gerechtigkeit nachzukommen und gleichzeitig den sozialen Frieden herzustellen und zu wahren, benötigen mehr «Instrumente» zur Aufarbeitung als nur reine Strafverfolgung. Angepasst an politische und kulturelle Unterschiede wird auch die Aufarbeitung mit einer autoritären Vergangenheit aussehen.⁷⁴⁶ Im besten Fall kann die Aufarbeitung «Teil des politischen Lernens mit Präventivfunktion» sein.⁷⁴⁷ Zum einen darf jedoch nicht der Eindruck erweckt werden, dass schwere Menschenrechtsverletzungen aufgrund von Amnestie straffrei bleiben,⁷⁴⁸ zum anderen darf die strafrechtliche Verfolgung nicht als «Instrument der politischen Vergeltung»⁷⁴⁹ missbraucht werden.

2. Reaktions- und Aufarbeitungsformen

Strafrecht operiert typischerweise mit der binären Codierung von Recht und Unrecht (Luhmann) bzw. von Schuld und Unschuld, während die Realität durchaus komplexer ist. Wenngleich in der Strafzumessung Abstufungen mög-

⁷⁴² WERLE/VORMBAUM 2018, S. 12; TEITEL 2000, S. 225.

⁷⁴³ FORM 2010, S. 17; siehe auch GÜNTHER 2013, S. 271 ff.

⁷⁴⁴ KNUST/PAMPALK 2010, S. 669 ff.

⁷⁴⁵ WERLE/VORMBAUM 2018, S. 6 f.; WERLE 2010a, S. 15 f.

⁷⁴⁶ SCHMIDT/PICKEL/PICKEL 2009, S. 7 f.

⁷⁴⁷ Ebd., S. 8; FORM 2010, S. 15.

⁷⁴⁸ BARTELT 2005, S. 189 f.

⁷⁴⁹ Ebd., S. 192.

lich sind, muss das breite Kontinuum zwischen Schuld und Unschuld also letztlich auf eine Aussage – Schuld oder Unschuld – reduziert werden können. Dieser Umstand fordert insbesondere das Völkerstrafrecht heraus. Durch den technischen, wirtschaftlichen und politischen Wandel entstehen immer komplexere Formen von Kriminalität – da sich Makrokriminalität regelmässig innerhalb dieser Dimensionen abspielt, ist diese Entwicklung hier besonders empfindlich spürbar. Eine weitere Schwierigkeit strafrechtlichen Einschreitens liegt in der Wertaussage, die jedem strafrechtlichen Tun innewohnt. Bereits das Einschreiten als solches hat eine stigmatisierende Wirkung: Strafrechtliche Urteile über Schuld und Unschuld sind Wertungen, eine Verurteilung des Täters somit ein klarer Akt der Missbilligung. Diese Wertung ist für das Strafrecht Chance und Hindernis zugleich.

Sodann zeichnen sich makrokriminelle Delikte wie erwähnt durch vielschichtige Wirkungs-, Struktur- und Aufbauzusammenhänge aus, was ihre strafrechtliche Erfassung, insbesondere den Nachweis, erschwert. Das schlägt sich auf die Verfahrensdauer nieder. Im Fall Thomas Lubanga machte der IStGH durch eine überaus detailorientierte Untersuchung auf sich aufmerksam. Das Urteil erging am 14. März 2012 und umfasst über 600 Seiten. Vier Monate später erfolgte der Strafbemessungsentscheid; die Bestätigung durch die Berufungskammer dauerte bis Dezember 2014. Eine Präzisierung mit Berechnungen zu den Reparationszahlungen erfolgte erst im März 2015.⁷⁵⁰ Diese lange Zeitdauer ist nicht nur aus der Perspektive der Menschenrechte relevant (Unschuldsvermutung, begrenzte Untersuchungshaft usw.), sondern macht auch eine gewisse Trägheit völkerstrafrechtlicher Prozesse offenkundig. Sachverhalte, die in völkerstrafrechtlichen Prozessen verhandelt werden, haben zudem fast immer eine historische Relevanz. Gerade nach kriegerischen Auseinandersetzungen wird die zumeist prekäre Frage der Schuld von immenser Bedeutung für eine nationale Identität. Der regelmässig erst mit grossem zeitlichem Abstand durchgeführte völkerstrafrechtliche Prozess torpediert hier womöglich einen natürlichen gesellschaftlichen Heilungsprozess, in dem die Frage der Schuld zunehmend an Brisanz verloren hat.⁷⁵¹ Unbefriedigend bleibt auch die Erkenntnis, dass das Völkerstrafrecht erst als Reaktion auf Makro-kriminalität belebt werden kann. Diese funktionalen Grenzen ergeben sich auch durch seine grosse, systembedingte Selektivität im strafrechtlichen

⁷⁵⁰ HÖPFEL 2016, S. 48 f.; ICC-01/04-01/06, der Fall Thomas Lubanga Dyilo.

⁷⁵¹ GOTI 2010, S. 259 (für Argentinien).

Tätigwerden, was insbesondere dem IStGH den Vorwurf der Zahnlosigkeit eingebrockt hat.⁷⁵²

a. Nichtverfolgung und Amnestie

Die zweite, dem Strafrecht genau entgegengesetzte Variante ist die Nichtverfolgung. Sie kann sich zunächst aus der schlichten Untätigkeit der Strafverfolgungsbehörden selbst ergeben. Man spricht dann von faktischer Amnestie, im Unterschied zur Generalamnestie, die ebenfalls eine Nichtverfolgung anstrebt, diese aber rechtlich absichert, was nicht selten von den ehemaligen Machthabern selbst veranlasst wird.⁷⁵³ Nächst der Generalamnestie sind weitere Varianten von Amnestien möglich. Wenn sich die Straflosigkeit auf sämtliche Verbrechen bezieht, die in einem bestimmten Zeitraum begangen worden sind, spricht man von einer Blankettamnestie.⁷⁵⁴ Das geschah mit dem Amnesty Act 2000 in Uganda, wo die Strafverfolgung für alle Bürger Ugandas ausgesetzt wurde, die sich seit dem 2. Januar 1986 in bewaffneten Rebellengruppen wie der Lord's Resistance Army (LRA) oder anderen Gruppen am Kampf gegen die Regierung Ugandas beteiligt hatten.⁷⁵⁵ Wenn sich eine Blankettamnestie hingegen nur auf Straftaten ausgesonderter Personenkreise (zum Beispiel die Polizei) bezieht, spricht man von Gruppenamnestie.⁷⁵⁶ Wenn sie sich hingegen auf bestimmte Straftaten beschränkt, aber besonders schwere Straftaten (typischerweise völkerstrafrechtliche Verbrechen) ausnimmt, bildet dies den klassischen Fall einer Teilamnestie.⁷⁵⁷ Schliesslich können Amnestien auch an Bedingungen (zum Beispiel Waffenruhe) geknüpft sein, hier spricht man von bedingten Amnestien.⁷⁵⁸

Amnestien stehen in einer durchaus ambivalenten Beziehung zum angestrebten Wandel: Zum einen wird das Versprechen der Straflosigkeit oft als Kooperations- oder Abtretensbedingung der überkommenen Machtelite reklamiert, zum anderen steht ein solches Zugeständnis von Straflosigkeit der Strafverfolgung durch den IStGH sowie dem grundsätzlichen Paradigma des Endes der Straflosigkeit entgegen. Amnestien können sich im Transitionsprozess aber

⁷⁵² HÖPFEL 2016, S. 48.

⁷⁵³ WERLE 2010a, S. 17 f.; ausführlich zu Amnestie: MALLINDER 2008; Liste von Amnestie-Verfahren, ebd., S. 415 ff.

⁷⁵⁴ WERLE/VORMBAUM 2018, S. 68; BOCK 2010, S. 302 f.

⁷⁵⁵ Uganda Legal Information Institute (online); MOFFETT 2014, S. 220 f.; BOCK 2010, S. 298.

⁷⁵⁶ WERLE/VORMBAUM 2018, S. 68.

⁷⁵⁷ Ebd.

⁷⁵⁸ Ebd., S. 69.

durchaus auch als echte Aufarbeitungsoption ergeben. Während sich nämlich bei der faktischen Untätigkeit der Justizbehörden überhaupt kein Bezug zum vergangenen Unrecht ergibt, enthält die Amnestie immerhin eine mittelbare Anerkennung des jeweils begangenen Unrechts.⁷⁵⁹ Zudem schliesst eine Amnestie weitere Instrumentarien der Konfliktbewältigung, wie etwa Wahrheitskommissionen, nicht aus.⁷⁶⁰ Historisch betrachtet war die Amnestie ein gängiges Mittel, um militärische Auseinandersetzungen zu beenden und Friedensprozesse einzuleiten. Gemäss Art. 6 Abs. 5 des Zweiten Zusatzprotokolls zum Genfer Abkommen vom 12. August 1949⁷⁶¹ sollen sich die an der Macht befindlichen Stellen bei Beendigung der Feindseligkeiten eine möglichst weitgehende Amnestie gewähren. Auch Kant war davon überzeugt:

Dass mit dem Friedensschluss auch die Amnestie verbunden ist, liegt schon im Begriff desselben.⁷⁶²

Trotz der wachsenden Vorbehalte gegenüber Amnestien, die sich vor allem mit dem Problem ihrer Durchbrechung rechtsstaatlicher Prinzipien, mit der Gefahr ihres Missbrauchs und mit der sich immer stärker durchsetzenden Überzeugung einer Strafverfolgungspflicht respektive dem gestärkten Willen, Straflosigkeit zu unterbinden,⁷⁶³ begründen, werden sie wohl «Zeitgenossen politischer Unruhen»⁷⁶⁴ bleiben.

b. Wahrheitskommissionen

Neben Strafverfolgung und Amnestie sind des Weiteren Wahrheitskommissionen als Reaktionsinstrument in Transitionsprozessen zu nennen. Während Wahrheitskommissionen zunächst als alternative Aufarbeitungsoptionen galten, sind sie heute als eine eigenständige, wenn auch stets hochindividuelle Option etabliert.⁷⁶⁵ Ihr rechtliches Fundament haben Wahrheitskommissionen in dem Recht auf Wahrheit, welches sich in verschiedenen nationalen und internationalen Übereinkünften verbürgt findet.⁷⁶⁶ Zu nennen wäre etwa die

⁷⁵⁹ Ebd., S. 70.

⁷⁶⁰ Ebd.

⁷⁶¹ Zusatzprotokoll vom 8. Juni 1977 zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll II), (SR 0.518.522).

⁷⁶² KANT 2018, S. 170. [Hervorhebungen im Original]

⁷⁶³ BARTELT 2005, S. 199.

⁷⁶⁴ MARXEN 1984, S. 3.

⁷⁶⁵ WERLE/VORMBAUM 2018, S. 83.

⁷⁶⁶ Vgl. zum Ganzen ebd., S. 83 ff.

südafrikanische Truth and Reconciliation Commission (TRC); ihre Rechte und Vollmachten wurden 1995 in einem nationalen Gesetz festgelegt, die Arbeit begann ein Jahr später. Ihre drei «Säulen» waren Wahrheit, Gerechtigkeit und Versöhnung.⁷⁶⁷ Typischerweise gleicht eine Wahrheitskommission einem Forum, in dem sowohl Opfer als auch Täter angehört werden respektive dazu aufgerufen sind, ihre Erlebnisse mit der Unrechtsvergangenheit zu schildern, mit dem Ziel der Wahrheitsfindung und Wahrheitsdokumentation.⁷⁶⁸ Die Errichtung kann durch staatliche oder nichtstaatliche Institutionen erfolgen.⁷⁶⁹ Essenz dieser Bemühungen ist ein Bericht, in dem die Menschenrechtsverletzungen anhand der Aussagen dokumentiert und so für die Gesamtbevölkerung zugänglich gemacht werden sollen.⁷⁷⁰ Gerade wegen der fehlenden Sanktionsmöglichkeiten soll es Wahrheitskommissionen gelingen, möglichst umfassend über die Unrechtsvergangenheit zu berichten. Weil in den Berichten meist auch die Namen der Täter genannt werden, hat dies für diese dennoch eine gewisse stigmatisierende Wirkung, was eine gewisse Genugtuung für die Opfer ergeben kann.⁷⁷¹ Hingegen dürfte die fehlende Sanktionsmöglichkeit diese Option der Aufarbeitung als zahnloses Instrument erscheinen lassen.⁷⁷² Diese Ambivalenz zeigt sich deutlich bei der Auswahl der Aufarbeitungsoptionen. Da bei der Strafverfolgungsoption aufgrund der Sanktionsmöglichkeit regelmäßig negative Auswirkungen auf das Aussageverhalten von Tätern zu verzeichnen sind, kommt eine parallele Anwendung von Wahrheitskommissionen und Strafverfolgung nur noch bei deren strikter Trennung in Betracht.⁷⁷³

c. Wiedergutmachung

Eine weitere Option bildet die Wiedergutmachung, die in verschiedenen Formen möglich ist. Nach den Grundprinzipien der Vereinten Nationen sind dies Restituierung, Entschädigung, Rehabilitierung, Befriedigung und sogenannte Garantien der Nicht-Wiederholung.⁷⁷⁴ Bei der Restituierung geht es um die buchstäbliche Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands. Beispielsweise

⁷⁶⁷ MAY 2009, S. 248, S. 250, zur Bilanz der TRC, ebd., S. 253 ff.

⁷⁶⁸ WERLE/VORMBAUM 2018, S. 87.

⁷⁶⁹ Ebd., S. 86 f.

⁷⁷⁰ Ebd., S. 87.

⁷⁷¹ Ebd., S. 96; BOCK 2010, S. 305.

⁷⁷² MALLINDER 2008, S. 1 f., zu Amnestie ebd., S. 3 ff.

⁷⁷³ WERLE/VORMBAUM 2018, S. 99.

⁷⁷⁴ 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, A/RES/60/14 v. 16. Dezember 2005, S. 7 ff.

sollen Territorien zurückgegeben oder politische Gefangene befreit werden. Diese Form von Wiedergutmachung avisiert indes einen Idealzustand, der bei schweren Menschenrechtsverletzungen als Ziel nicht realisierbar ist.⁷⁷⁵ Als Wiedergutmachung denkbar sind auch alle möglichen Formen finanzieller Entschädigungen für begangene Menschenrechtsverletzungen.⁷⁷⁶ Wiedergutmachung kann sodann in Form einer Rehabilitierung stattfinden, was durch eine medizinische oder psychologische Betreuung der Opfer möglich gemacht werden oder auch eine moralische Form aufweisen kann, indem etwa Gerichtsurteile aufgehoben werden.⁷⁷⁷ Öffentliche Entschuldigungen, die Errichtung von Gedenkstätten für Opfer der Menschenrechtsverletzungen, wissenschaftliche Analyse, Akteneinsicht und die Thematisierung in Kunst, Kultur, Bildung und Medien zählen zur Wiedergutmachungsform der Befriedigung bzw. der gesellschaftlich-kulturellen Aufarbeitung.⁷⁷⁸ So wurden nach dem Genozid in Ruanda offizielle Gedenktage eingeführt und Gedenkstätten wie ein Genozid-Memorial in Kigali eingerichtet;⁷⁷⁹ zudem wurde die «National Unity and Reconciliation Commission» damit beauftragt, ein funktionierendes Bildungssystem zu schaffen.⁷⁸⁰ Mit den sogenannten Garantien der Nicht-Wiederholung ist schliesslich eine Wiedergutmachungsform gemeint, die Entwaffnungsprogramme, Kontrollen des Sicherheitsapparates sowie Trainings von Polizei, Richtern und Staatsanwälten beinhalten kann.⁷⁸¹

d. Überprüfung des öffentlichen Dienstes

Eine fünfte Aufarbeitungsoption ist die Überprüfung des öffentlichen Dienstes. Hierbei werden Staatsbedienstete der ehemaligen Diktatur einer Überprüfung unterzogen. Ein solche Überprüfung bezieht sich einerseits auf begangenes Fehlverhalten der entsprechenden Personen, soll andererseits aber auch eine Zukunftsprognose ermöglichen. Als Konsequenzen daraus können etwa berufliche Disqualifikationen bis hin zu Berufsverboten folgen.⁷⁸² Darüber hinaus spielen auch nicht formalisierte Reaktionsvarianten eine Rolle, etwa das Bekanntmachen von Straftaten durch Nichtregierungsorganisatio-

⁷⁷⁵ WERLE/VORMBAUM 2018, S. 107.

⁷⁷⁶ Ebd., S. 108.

⁷⁷⁷ Ebd.

⁷⁷⁸ Ebd.; SCHMIDT/PICKEL/PICKEL 2009, S. 10.

⁷⁷⁹ Kigali Genocide Memorial (online).

⁷⁸⁰ JONGKIND 2010, S. 278.

⁷⁸¹ WERLE/VORMBAUM 2018, S. 108.

⁷⁸² Ebd., S. 122; WERLE 2010a, S. 20 f.; PICKEL 2009, S. 138 f.

nen.⁷⁸³ Die Aufarbeitungsoptionen im Transitionsprozess müssen sinnvollerweise je nach Art und Ausmass des Konflikts, der Schwere der Delinquenz, der Anzahl von Tätern und Opfern und nicht zuletzt nach Leistungsfähigkeit eines Justizsystems gewählt werden, wobei vor allem die Art des Systemwechsels eine Rolle spielt.⁷⁸⁴

Trotz der rasanten Entwicklung von Transitional Justice ist sie immer noch eine junge Disziplin mit nach wie vor vielen offenen Fragen und Entwicklungswegen. Zu begrüßen sind sicherlich Bestrebungen, die zu einer zunehmenden Verrechtlichung der Transitional-Justice-Optionen führen sollen im Sinne eines Vergangenheitsbewältigungsrechts, das dem Belieben einer neuen Demokratie im Umgang mit der Auswahl und Durchführung von Aufarbeitungsoptionen – vor allem im Sinne der Opfer – gewisse Grenzen setzt.⁷⁸⁵

⁷⁸³ KARSTEDT 2008, S. 24.

⁷⁸⁴ WERLE/JESSBERGER 2020, Rn. 295.

⁷⁸⁵ WERLE/VORMBAUM 2018, S. 151 f.

§ 6 Die Strafe und ihr Zweck im Kontext internationaler Strafgerichte

A. Vorbemerkungen

1. Ausgangslage

Nach den verschlungenen Wegen durch die Ideengeschichte der Strafzwecktheorien, deren Systematisierung sowie der Auseinandersetzung mit der Genealogie und den typisierenden Eigenschaften der völkerstrafrechtlichen Ebene ist nun der Punkt erreicht, an dem die Erkenntnisse auf die Frage nach dem Strafzweck im Kontext des Völkerstrafrechts angewendet werden sollen. In einem gewissen Sinne kehren wir somit wieder zum Anfang zurück.

Im Vergleich zum nationalen Strafrecht operiert das Völkerstrafrecht nicht nur mit einer anderen Form von Delinquenz, sondern auch mit anderen Tätern und anderen Opfern. Die beschränkten Mittel und politische Rücksichten zwingen internationale Strafgerichte zudem zu schmerzhaften und rechtfertigungsbedürftigen Richtungsentscheidungen, welche die Notwendigkeit und Rangfolge ihrer Strafuntersuchungen betreffen.⁷⁸⁶ Hinzu kommt, dass sich internationale Strafgerichte seitens ihrer Stakeholder mit unterschiedlichen Erwartungen und Ansprüchen konfrontiert sehen, nach welchen sie gemessen und beurteilt werden.⁷⁸⁷ Sie implizieren den Schutz grundlegender, aber unterschiedlicher Werte; bisweilen jedoch wird auch schlicht das Ende der Straflosigkeit propagiert.⁷⁸⁸ Bereits das Römische Statut spricht von nicht weniger als vom Schutz des Friedens, der Sicherheit und des Wohls der Welt.⁷⁸⁹ Wer sollte hier Einwände vorbringen? Mit dieser Rückfrage lässt sich scheinbar alles begründen. Nicht zu knapp sind umgekehrt auch kritische Stimmen, die internationale Strafgerichte hauptsächlich wegen ihrer angeblichen Voreingenommenheit infrage stellen.⁷⁹⁰

⁷⁸⁶ BURCHARD 2017, S. 537.

⁷⁸⁷ Ebd., S. 538.

⁷⁸⁸ Ebd.

⁷⁸⁹ IStGHSt, Präambel.

⁷⁹⁰ Beispielhaft dafür ist der durch die Afrikanische Union an den IStGH gerichtete Vorwurf der Rassenhetze vor dem Prozess gegen Kenias Präsidenten Uhuru Kenyatta im Jahr 2013, vgl. PUTSCH 2013, NEUE ZÜRCHER ZEITUNG vom 29. Mai 2013.

Diese volatile Umgebung betrifft auch die Frage nach dem Strafzweck. Das Römische Statut selbst enthält keine ausdrücklichen Bestimmungen zur Frage des Strafzwecks,⁷⁹¹ indes lassen sich aus bestimmten Formulierungen gewisse Rückschlüsse ziehen. So ergibt sich etwa aus dem 5. Abschnitt der Präambel des Römischen Statuts, «[...] entschlossen [...] der Straflosigkeit der Täter ein Ende zu setzen und so zur Verhütung solcher Verbrechen beizutragen [...]», sinngemäss, dass dem IStGH sowohl ein retributives als auch ein präventives Strafverständnis zugrunde liegt.⁷⁹² Es mag vielleicht zunächst erstaunen, dass die Strafzwecke auch in den Judikaten des IStGH nur rudimentär konkretisiert werden und im Wesentlichen auf die herkömmlichen, aus dem nationalen Strafrecht übertragenen Strafzwecke Bezug genommen wird.⁷⁹³ Andererseits darf man von Personen, die Gesetze beschliessen oder Menschen verurteilen, auch nicht erwarten, dass sie allzu viel Zeit haben, sich moralphilosophische Gedanken zum Strafen zu machen. «Der Stuhl des Richters ist kein akademischer Stuhl und soll es auch nicht sein» – dies hat in diesem Sinne schon Herbert Lionel Adolphus Hart bemerkt.⁷⁹⁴ So ist folglich eine gewisse Bandbreite an Überzeugungen, Meinungen und Erwartungen eher in Lehre und Literatur zu finden. Auch wenn es Stimmen gibt, die die Legitimation völkerstrafrechtlicher Gerichte auf das herkömmliche, im nationalen Strafrecht entwickelte Strafzweckprogramm abstützen,⁷⁹⁵ überwiegen doch Strafzwecktheorien, die sich (in der einen oder anderen Weise) der Eigenheiten der völkerstrafrechtlichen Ebene annehmen. Wenig überraschend haben angesichts der Dimension und Schwere völkerstrafrechtlicher Delinquenz retributive Straftheorien ihre Anziehungskraft.⁷⁹⁶ Etwas überraschender ist dagegen das präventive Potential, das völkerstrafrechtlichen Strafen von manchen Autoren zugeschrieben wird.⁷⁹⁷ Schliesslich mehrten sich auch im Völkerstrafrecht Straftheorien, die das kommunikative, expressive Element der Strafe in den Vordergrund stellen.⁷⁹⁸ Mithin scheint das Völkerstrafrecht mit den vielen Aufgaben und Zielen, die ihm zu- und abgesprochen werden, an einem «Theorieüberangebot»

⁷⁹¹ GIERHAKE 2005, S. 14.

⁷⁹² Ebd., S. 14 f.; ausführlicher dazu: NEMITZ 2002, S. 16 ff.

⁷⁹³ Beispielhaft: Urteil des ICC-01/12-01/15, The Prosecutor v. Ahmad al Faqi Al Mahdi, Judgement and Sentence vom 27. September 2016. Darin erwähnt der IStGH vergeltende, general- und spezialpräventive Strafzwecke explizit (Absatz 66 f.).

⁷⁹⁴ HART 1971, S. 59.

⁷⁹⁵ WERLE/JESSBERGER 2020, Rn. 123.

⁷⁹⁶ BURCHARD 2017, S. 538.

⁷⁹⁷ Beispielhaft: BOCK 2010, S. 202.

⁷⁹⁸ BURCHARD 2017, S. 538.

zu leiden.⁷⁹⁹ Es lohnt sich daher, die Frage nach dem Strafzweck einstweilen doch noch einmal zurückzustellen und zunächst die Rahmenbedingungen abzustecken, unter denen sie untersucht werden kann und soll. Dazu werden wir kurz die wichtigsten Funktionen internationaler Gerichte skizzieren.

2. Verständnis und Funktionen internationaler Gerichte

Das Erstarken internationaler Gerichte in den letzten zwei Jahrzehnten gilt als eine der markantesten Entwicklungen in der jüngeren Völkerrechtsgeschichte.⁸⁰⁰ In der zeitgenössischen Literatur wird internationalen Gerichten verstärkt eine multifunktionale Ausrichtung zugeschrieben.⁸⁰¹ In einer ersten Funktion werden sie als ein Instrument der Streitbeilegung betrachtet. Dieses Verständnis entspringt einer staatenzentrierten Weltordnung, und die Aufgabe eines internationalen Gerichts besteht somit massgeblich darin, in einem Konflikt zwischen zwei Parteien zu entscheiden und diesen Konflikt beizulegen. Urteilt ein internationales Gericht im Sinne der Streitbeilegung, urteilt es im Namen aller am Streit beteiligten Parteien.⁸⁰² Internationale Gerichte werden auch in einer zweiten Funktion verstanden: Sie sollen normative Erwartungen stabilisieren, was zugleich bedeutet, dass das Gericht als Organ einer wertebasierten internationalen Gemeinschaft betrachtet wird.⁸⁰³ Es entscheidet somit nicht (nur) im Namen der an einem Streit beteiligten Parteien, sondern im Namen der ganzen Gemeinschaft. Internationalen Gerichten wird zunehmend eine dritte Funktion zugesprochen: Sie gelten als Akteure globaler Rechtsregime. Grund dafür ist ein verändertes Politikverständnis, das die internationalen Zusammenhänge aus einer globalen respektive globalisierten Perspektive betrachtet. Denn nicht zuletzt die zunehmende Vernetzung der Welt hat dazu beigetragen, dass sich Regime entwickeln konnten, die die Beziehungen der einzelnen Länder untereinander aus einer überstaatlichen Position regeln.⁸⁰⁴ Prominent sind diesbezüglich vor allem die Handelsregime der Welthandelsorganisation (World Trade Organization, WTO), die das Bedürfnis nach Vereinheitlichung internationaler Handelsbeziehungen abdecken.⁸⁰⁵

⁷⁹⁹ Ebd., S. 537.

⁸⁰⁰ VON BOGDANDY/VENZKE 2014, S. 11.

⁸⁰¹ Ebd., S. 16.

⁸⁰² Ebd., S. 43 ff.

⁸⁰³ Ebd., S. 65 ff.

⁸⁰⁴ Ebd., S. 107 ff.

⁸⁰⁵ Ebd., S. 115 ff.

Neben die Funktionen der Streitbeilegung, der Stabilisierung normativer Erwartungshaltungen und der globalen Rechtsregelung treten darüber hinaus weitere aus dem regimeorientierten Verständnis internationaler Gerichte hervorgehende Funktionen: die Funktionen der Rechtschöpfung, der Legitimation sowie der Kontrolle öffentlicher Gewalt.⁸⁰⁶ Ein staatenorientiertes Grundverständnis völkerstrafrechtlicher Gerichte ist – wie sogleich zu zeigen sein wird – offensichtlich unplausibel, da internationale Strafgerichte dem Gemeinschaftlichen besonders eng verbunden sind. Die Frage nach diesem Gemeinschaftlichen ist zugleich auch die Frage nach der demokratischen Legitimation solcher Gerichte, die von Bogdandy und Venzke mit ihrem Buch *In wessen Namen?* treffend auf den Punkt bringen. Sprechen solche Gerichte im Namen der Menschheit? Sprechen sie im Namen der internationalen Gemeinschaft (der Staaten)? Oder sprechen internationale Strafgerichte doch (nur) als Vertreter jener Gebiete, für die sie komplementär zum Einsatz gelangen? Wir müssen diese Frage hier weitestgehend offenlassen und schliessen uns zunächst der Formel an, wonach internationale Strafgerichte «im Namen der Völker und der Bürger» entscheiden, was auf einem «pluralen Verständnis demokratischer Legitimation» beruht.⁸⁰⁷

Die vier skizzierten Funktionen werden hier nicht als festes «Set» verstanden. Sie sind aber so abstrakt formuliert, dass sie eines weiteren Argumentationsaufwandes bedürfen. Eine sinnvolle Konkretisierung der Grundfunktionen internationaler Strafgerichte kann nur über das solchen Gerichten zugrunde liegende Instrument der Strafe sinnvoll erschlossen werden. Ziel der folgenden Untersuchung wird es nunmehr sein, die Frage nach dem Strafzweck unter den genannten Funktionen internationaler Gerichte zu konkretisieren. Dabei betrachten wir die Strafe als ein dynamisches (anpassungsfähiges) und normativ offenes Instrument.⁸⁰⁸

3. Internationale Strafgerichte im Kontext des universellen Menschenrechtsschutzes

Das Erstarken internationaler Gerichte geht einher mit einer sich in den letzten Jahren ebenfalls nachdrücklich entwickelnden internationalen Menschenrechtskultur.⁸⁰⁹

⁸⁰⁶ Ebd., S. 23 ff.

⁸⁰⁷ Ebd., S. 292.

⁸⁰⁸ Der Begriff der «normativen Offenheit» stammt in diesem Zusammenhang von BURCHARD 2017, S. 535.

⁸⁰⁹ MAHLMANN 2008, S. 487.

Wenn es eine Idee giebt, die durch die ganze Geschichte hindurch in immer mehr erweiterter Geltung sichtbar ist, wenn irgend eine die vielfach bestrittene, aber noch vielfacher misverstandne Vervollkommnung des ganzen Geschlechts beweist, so ist es die Menschlichkeit, das Bestreben, die Grenzen, welche Vorurtheile und einseitige Ansichten aller Art feindselig zwischen die Menschen stellen, aufzuheben, und die gesammte Menschheit, ohne Rücksicht auf Religion, Nation und Farbe, als Einen großen, nah verbrüdeten Stamm zu behandeln. Es ist dies das letzte, äusserste Ziel der Geselligkeit.⁸¹⁰

Dieser menschenrechtliche Gehalt, den Wilhelm von Humboldt hier beschreibt, ist gewiss kein Elysium; er ist einerseits Leitbild, hat sich jedoch in den letzten Jahrzehnten zugleich immer mehr – gerade für das Völkerstrafrecht in der Realisierung des Internationalen Strafgerichtshofs – in der Realität manifestiert.⁸¹¹ Der Preis, den die Menschheit dafür gezahlt hat, war indes hoch und die Entwicklung langsam und mühsam errungen. Zweifellos gibt es zudem aktuelle Tendenzen, die diesen universellen Menschenrechtsschutz wieder gefährden können.⁸¹²

Der rechtliche Schutz der Menschenrechte ist somit auch die Schlussfolgerung aus menschlichen Grunderfahrungen eines «Rückfall[s] in Barbarei», «entfesselten Grausamkeiten» und der «Hingabe an atavistische und irrationale Ideologien»⁸¹³, die gerade in der Makrocriminalität deutlich zum Ausdruck kommen. Man spricht heute von einem Regime des internationalen Menschenrechtsschutzes. In der UNO-Charta⁸¹⁴ kommt dieses Ziel in der Präambel sowie in Art. 1 prominent zum Ausdruck. Menschenrechte werden gegenwärtig international und national durch verschiedene Mechanismen geschützt; so im Rahmen der UNO-Charta, durch spezifische Konventionen, aber auch im nationalen Recht, etwa durch Art. 7 BV (Schutz der Menschenwürde). Die Idee der universellen Geltung von Menschenrechten hat sich in den letzten Jahrzehnten in rechtlichen Regelungen und Institutionen niedergeschlagen, wobei der Ursprung der menschenrechtlichen Idee bis in die Antike zurück-

⁸¹⁰ WILHELM VON HUMBOLDT, Über die Verschiedenheiten des menschlichen Sprachbaus, S. 147 f., Nachweis bei MAHLMANN 2008, S. 487.

⁸¹¹ MAHLMANN 2008, S. 487.

⁸¹² Ebd., S. 489. So auch MAHLMANN 2020 mit kritischem Bezug auf den klassischen Text «Heart of Darkness» von Joseph Conrad, der von der Geschichte des 20. Jahrhunderts als der einer «Schädelstätte» spricht und davor warnt, dass das 21. Jahrhundert diesem negativen Beispiel folgen könnte.

⁸¹³ MAHLMANN 2018, S. 97.

⁸¹⁴ Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945, (SR 0.120).

reicht.⁸¹⁵ In der Entwicklung der Menschenrechte sind nicht nur die berühmt gewordenen Kataloge von Bedeutung, sondern auch Regelungen, welche die Idee der Menschenrechte als solche zum Ausdruck bringen, mit Blick auf die Entwicklung des Völkerstrafrechts etwa die Idee des «ius in bello».⁸¹⁶ Neben der angesprochenen Präambel und Art. 1 Abs. 3 der UNO-Charta, die den unterschiedslosen Schutz der Menschenrechte zum Ausdruck bringen, wird der Menschenrechtsschutz auch in verschiedenen anderen Artikeln der UNO-Charta verbürgt. Damit wird die UNO ausdrücklich zum Schutz der Menschenrechte verpflichtet, was gemäss Art. 55 lit. c i. V. m. Art. 56 auch für die Vertragsstaaten gilt.⁸¹⁷ Als Ausdruck und Interpretation der UNO-Charta gilt die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, die durch den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte⁸¹⁸ (UNO-Pakt II) und den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte⁸¹⁹ (UNO-Pakt I) ergänzt wurde.

Massgeblich für alle Menschenrechte sind die Möglichkeiten ihrer Durchsetzung. Neben auf der UNO-Charta basierenden Durchsetzungsmechanismen, die beispielsweise über eine Resolution des Sicherheitsrates zur Einsetzung der beiden Ad-hoc-Tribunale zu Jugoslawien und Ruanda geführt haben, existiert auch eine vertragsbasierte Durchsetzung. Dazu gehört beispielsweise der Menschenrechtsausschuss des Internationalen Pakts für bürgerliche und politische Rechte (inklusive des ersten Fakultativprotokolls zu diesem Pakt)⁸²⁰, der aus 18 Experten besteht, die Berichte verfassen, aber auch Beschwerden behandeln können. Das internationale Strafrecht reiht sich nunmehr als ein wichtiger Akteur im internationalen Menschenrechtsschutz ein. Nicht immer kann mit vertraglichen Mitteln gegen Menschenrechtsverletzungen vorgegangen werden. Gerade wenn sich Staaten in sogenannte «failed states» (gescheiterte Staaten) verwandeln – wenn also die staatlichen Organe selbst zu Akteuren verbrecherischer Handlungen werden und eine strafrechtliche Ahndung von Verbrechen zwar möglich ist, aber regelmässig nicht stattfinden wird –, erlaubt der Internationale Strafgerichtshof nunmehr einen direkten, individu-

⁸¹⁵ MAHLMANN 2021a, Rn. 169 zu § 7.

⁸¹⁶ Ebd., Rn. 170 zu § 7.

⁸¹⁷ Ebd., Rn. 171 zu § 7.

⁸¹⁸ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, (SR 0.103.2).

⁸¹⁹ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966, (SR 0.103.1).

⁸²⁰ Fakultativprotokoll zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966.

ellen strafrechtlichen Zugriff.⁸²¹ Mithin wird die Frage nach Strafe und ihrem Zweck auch im Kontext des internationalen Menschenrechtsschutzes zu beantworten sein.

B. Der Strafzweck unter der Funktion der Streitbeilegung

1. Streitbeilegung und Konfliktbewältigung

Die erste Funktion, die wir internationalen Gerichten oben zugewiesen haben, bedarf nun zunächst einer Anpassung. Der Begriff des Streits beziehungsweise der Streitbeilegung ist im völkerstrafrechtlichen Kontext nämlich unpräzise. Bei einem Angeklagten und einem Ankläger wie etwa China und den Philippinen mit Blick auf das Südchinesische Meer oder dem als Kriegsverbrecher angeklagten Dusko Tadić und den Mitgliedern des Sicherheitsrates, den Vereinten Nationen sowie der damaligen Anklägerin Carla del Ponte gleichermaßen von «Streit» zu sprechen, scheint unplausibel.⁸²² Der Begriff des Streits respektive der Streitbeilegung ist insofern inadäquat, als er impliziert, dass durch das gerichtliche Judikat die Beilegung, mithin die Beendigung, des Streits zwischen den Konfliktparteien bewirkt werden kann und soll. Dass eine solche Funktion für internationale Strafgerichte offensichtlich unpassend ist, liegt auf der Hand. Es sind unterschiedliche Sachverhalte, ob eine Seegrenze zur Verhandlung steht oder ein strafrechtlicher Schuldvorwurf.

Indes fügt sich der für die Funktion der Streitbeilegung vorgesehene Adressatenkreis durchaus in den völkerstrafrechtlichen Fokus ein. Ähnlich wie es bei einem Streit der Fall ist, sind bei einem solchen Konflikt in erster Linie jene Adressaten angesprochen, die an diesem Konflikt beteiligt respektive (unmittelbar) davon betroffen sind. Wenn wir also im Folgenden nicht von Streit und Streitbeilegung sprechen, sondern von einem Beitrag zur Konfliktbewältigung, geht damit die Frage einher, welchen Beitrag das Strafrecht durch sein Instrument der Strafe zur Bewältigung eines solchen Konfliktes leisten kann. Wenn wir dieses Wirkungsvermögen von Strafe sogleich für den Konflikt respektive dessen Beteiligte aussondern, orientierten wir uns an den Straftheorien, die wir im zweiten und im dritten Paragraphen dieser Arbeit kennengelernt und systematisiert haben. Es liegt in der Natur des Strafrechts, dass es

⁸²¹ KÄLIN/KÜNZLI 2019, Rn. 6.63.

⁸²² VON BOGDANDY/VENZKE 2014, S. 19.

seine Adressaten als Opfer und Täter kategorisiert. Das gefragte Wirkungsvermögen wird unter der Funktion der Konfliktbewältigung also im Wesentlichen auf die beiden vom Strafrecht konzipierten Adressatenkreise abstellen. Gerade die im Folgenden zunächst beigezogenen expressiven Straftheorien zeigen indes, dass Völkerstrafrecht nur einen Beitrag zur Konfliktbewältigung leisten kann, wenn auch die moralisch-kommunikativen Aspekte in die Überlegungen des Strafzwecks einfließen.

2. Täterorientierte expressive Straftheorien

a. Beispielhafter Ausgangspunkt

Bei der letzten Urteilsverkündung des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien am 29. November 2017 ereigneten sich im Gerichtssaal groteske Szenen. Nachdem das Gericht die zwanzigjährige Haftstrafe gegen Slobodan Praljak wegen zahlreicher ihm zur Last gelegter Kriegsverbrechen bestätigt hatte, legte dieser den Kopf in den Nacken und trank nach den Worten «Slobodan Praljak ist kein Kriegsverbrecher, ich weise ihr Urteil zurück!» aus einer kleinen Flasche Gift, das in der Folge zu seinem Tod führte.⁸²³ Dieser Freitod Praljaks ist zweifellos tragisch und traurig. Indessen wird er durch seinen öffentlich inszenierten Suizid in Teilen seiner Heimat wohl umso mehr nicht als Kriegsverbrecher, sondern als Märtyrer betrachtet, der sich nur durch den selbst gewählten Tod der Strafverbüßung infolge einer von ihm dezidiert abgelehnten Gerichtsbarkeit entziehen konnte. Die kroatische Präsidentin Kolinda Grabar-Kitarović würdigte Praljak denn auch umgehend öffentlich als einen «Mann, der es vorzog, sein eigenes Leben zu nehmen, statt für Taten zu leben, von denen er überzeugt war, sie nicht begangen zu haben»⁸²⁴.

Wenngleich durch den Freitod Praljaks die Fragen zum Strafzweck in den Hintergrund gerückt sind, geht doch von ihm direkt keine Gefahr mehr aus. Sein Tod macht es unmöglich, dass er abermals an (völkerstrafrechtlicher) Delinquenz teilhaben kann. Und doch bleiben Fragen nach seiner Schuld und nach seiner gerechten Strafe. Und vor allem bleibt das Gefühl, hier habe sich jemand aus der Verantwortung gestohlen. Dieses Gefühl rührt wohl nicht zuletzt daher, dass Bestrafen eben nicht nur das kühle Berechnen von Zwecken

⁸²³ Vgl. SPIEGEL Politik vom 1. Januar 2018 (online): «Uno-Tribunal sieht nach Praljaks Suizid keine eigenen Fehler».

⁸²⁴ Vgl. VERSECK 2017, SPIEGEL Politik vom 30. November 2017.

ist, sondern auch – oder gar in erster Linie – ein kommunikativer Akt zwischen den massgeblichen Akteuren (Täter, Opfer, Richter etc.) der Gemeinschaft, der diese Akteure angehören beziehungsweise die sie vertreten. Ein Dialog also, in welchem gegenüber dem Täter die Verwerflichkeit seiner Taten zum Ausdruck gebracht werden soll. Dieses vermutlich unterschätzte kommunikative Element der Strafe, dieser Blickwinkel, dass die Strafverhängung auch als kommunikativer Akt, eben als Dialog, zwischen verschiedenen Akteuren gelesen werden kann, nehmen die sogenannten expressiven Straftheorien gewinnbringend auf.⁸²⁵ Sie sollen im Folgenden auf ihre Eignung im Völkerstrafrecht überprüft werden. Ihre zentralen Bausteine – Tadel und Übelszufügung – haben wir im ersten und im zweiten Teil dieser Arbeit bereits kennengelernt.

b. Tadel

Einen Täter mit Strafe zu tadeln, heisst, ihn als Mitglied einer moralischen Gemeinschaft anzusprechen, sein Verhalten nach diesen Standards zu messen und deren Einhaltung einzufordern.⁸²⁶ Dieser Tadel erfolgt indes nicht selbstlos – vielmehr soll damit beim Täter etwas ausgelöst werden. Duff spricht in seiner Straftheorie, die wir im zweiten und im dritten Paragraphen dieser Arbeit bereits kennengelernt haben, von den drei «R» von Strafe: «repentance», «reform» und «reconciliation»,⁸²⁷ zu Deutsch Reue, Reform und Versöhnung.⁸²⁸ Es geht losgelöst von den theoretischen Begrifflichkeiten also um einen Prozess der Einsicht des Täters in das Unrecht seiner Tat, woraus ein gesellschaftlicher Versöhnungsprozess resultieren soll. Entsprechend muss das Mitglied einer solchen moralischen Gemeinschaft als Person beschrieben werden, die imstande ist, einen solchen Vorwurf zu verstehen und darauf zu reagieren – mithin als ein «moralischer Akteur»⁸²⁹, dem es nicht offensteht, sich von seiner Willensfreiheit zu distanzieren.

Es spricht zunächst nichts dagegen, (auch) einen makrokriminellen Täter als einen solchen moralischen Akteur zu beschreiben. Dies setzt aber einerseits voraus, dass er sich für Moral interessiert, was ja offensichtlich nicht immer zu erwarten ist. Insofern ist Moral auch immer erst in Recht zu überführen,

⁸²⁵ Der Abschnitt «Beispielhafter Ausgangspunkt» wurde vorab veröffentlicht in BAECHLER/STEINEGGER 2019, S. 60.

⁸²⁶ ZÜRCHER 2014, S. 84.

⁸²⁷ DUFF 2001, S. 107.

⁸²⁸ Übersetzung nach SACHS 2015, S. 141.

⁸²⁹ ZÜRCHER 2014, S. 85.

das (auch) auf einen moralisch Uneinsichtigen angewendet werden kann. Andererseits bedarf es (strafrechtlich gesprochen) auch eines Mindestmasses an personaler Identität, mithin muss die Straftat dem Täter (moralisch) zugerechnet werden können.⁸³⁰ Die Beschreibung eines makrokriminellen Täters als moralischer Akteur allein reicht indes noch nicht, um ihn zu tadeln, mithin ihm seine Taten zum Vorwurf zu machen. Ein Verständigungsprozess von Vorwerfen und Verstandenwerden bedarf vielmehr auch einer gemeinsamen moralischen Verständigungsbasis. Berechtigt ist daher die Frage, ob es überhaupt gelingen kann, eine moralische Gesamtgemeinschaft beziehungsweise einen gemeinsamen moralischen Nenner im Adressatenkreis völkerstrafrechtlicher Gerichte nachzuweisen. Im Sinne der expressiven Straftheorien wäre dies nämlich die Voraussetzung dafür, den Täter zu tadeln, also ihm gegenüber einen moralischen Vorwurf zu erheben.

c. Moralische Gemeinschaft

Wenn Strafe als Vorwurf gegenüber dem Täter formuliert wird, als ein inkludierender Akt respektive als die Möglichkeit, den Täter mit dem gesellschaftlichen Ganzen zu versöhnen, dann bedingt dies, dass sowohl der Täter als auch das Opfer und der Richter einer moralischen Gemeinschaft angehören. Moralische Wertesysteme entwickeln sich aber lokal, regelmässig in Einzelstaaten, weswegen von strafrechtlicher Delinquenz zunächst einmal nur diese Wertegemeinschaft betroffen ist.⁸³¹ Das impliziert bereits der Komplementaritätsgrundsatz im Römischen Statut, wonach der makrokriminelle Fall eben am besten im einheimischen Strafrecht verhandelt werden soll.

Dies hat aber nicht nur moralische Gründe – auch unter den Aspekten der Rechtsstaatlichkeit und der Rechtssicherheit bietet das einzelstaatliche Strafrecht mehr Halt.⁸³² Eine moralische Welt- und Wertegemeinschaft in der Gestalt, dass sie völkerstrafrechtliche Delikte gleichsam als moralische Ungerechtigkeit empfindet, wäre die Grundlage für das Gelingen der Idee einer expressiven Straftheorie im Völkerstrafrecht. Umstritten sind hier jedoch die Möglichkeiten einer Begründung. Während in angelsächsischen Ländern Versuche zu finden sind, ethische Gebote primär empirisch zu begründen, ori-

⁸³⁰ Die Frage nach der personalen Identität stellt sich im Völkerstrafrecht in erster Linie in Bezug auf die teils sehr lange Zeitphase zwischen Tatbegehung und Bestrafung. Exemplarisch spricht GRECO von Oskar Gröning, der 2015 im Alter von 94 Jahren für Taten verurteilt wurde, die er 1942, mithin vor 70 Jahren, begangen hatte. Vgl. GRECO 2020, S. 443 f.

⁸³¹ DUFF 2011, S. 134.

⁸³² Zum Ganzen GLESS 2007, S. 24 ff.

entiert sich vor allem die deutsche Rechtsprechung dagegen vorwiegend am Begriff der Menschenwürde, schliesst also an die Moralphilosophie Immanuel Kants an. Diese versucht, moralische Urteile unabhängig von Vorstellungen, Gefühlen, Worten und Handlungen zu begründen, indem sie die Frage «Was soll ich tun?» auf im Menschen selbst liegende, nicht-empirische Bedingungen der Möglichkeit moralisch verbindlicher Sollensaussagen zurückführt: die Annahme der Freiheit des Willens und den «Kategorischen Imperativ». Ohne Freiheit wäre der «Kategorische Imperativ» nicht möglich. Kant sieht den Grund moralischer Urteile in der Autonomie und somit Würde des Menschen selbst verankert und betrachtet Moral als etwas, was das Vernunftgesetz vorgibt, dem gemäss die Welt zu gestalten ist.⁸³³

Dieses Verständnis von Moral und ihre Begründung allgemein für das Recht zu etablieren, stellt natürlich eine Herausforderung dar. Andererseits würde es eine ausgezeichnete Grundlage bilden, wenn sich zeigen liesse, dass alle Menschen hinsichtlich ihrer Fähigkeit, sich an moralischen Prinzipien zu orientieren, Gesetzen zu folgen, die sich die Vernunft selbst gibt, und auf diese Weise dem «Reich der Freiheit» anzugehören, übereinstimmen. Ein Blick auf die geschichtliche und gesellschaftliche Wirklichkeit entdeckt dann für das Strafrecht transkulturell auch überraschend viele Gemeinsamkeiten, sowohl was einen grossen Teil der Delikte als auch die Verfahrensprinzipien anbelangt.⁸³⁴ So werden höchstpersönliche Rechtsgüter wie Leib, Leben, Eigentum und Ehre seit jeher mit den Mitteln des Strafrechts geschützt, spätestens seit dem Codex Hammurabi⁸³⁵ auch in Schriftform.⁸³⁶ Und eine transkulturelle Übereinstimmung zeigt sich bereits in antiken Kulturen, die offenbar keine Schwierigkeiten bekundet haben, Fremde nach dem eigenen Strafrecht zu beurteilen.⁸³⁷ Bezeichnend schreibt der Historiker Theodor Mommsen im Jahr 1899 in seiner Monographie *Römisches Strafrecht*: Ob «Mord, Brandstiftung, Diebstahl, Sachbeschädigung» – gefragt werde «lediglich nach der ethischen Verschuldung nicht nach dem Personalstand des Täters»⁸³⁸.

Das Römische Statut, als eine Art Weltstrafgesetzbuch, kann demnach durchaus als Fortsetzung einer solchen (minimalen) moralischen Weltgemeinschaft gelesen werden. In diesem Sinne schreibt auch Jürgen Habermas den Inter-

⁸³³ MAHLMANN 2009, S. 13.

⁸³⁴ HÖFFE 2002, S. 367 f.

⁸³⁵ Vgl. oben, S. 10 ff.

⁸³⁶ HÖFFE 2002, S. 368.

⁸³⁷ Ebd.

⁸³⁸ Nachweis ebd., S. 368.

nationalen Strafgerichten eine hohe Legitimität zu, da sie eben den Kern der Menschlichkeit vertreten.⁸³⁹ Unter den skizzierten Vorbehalten dürfen wir im Ergebnis also von der Existenz einer solchen Gemeinschaft ausgehen.

3. Übelszufügung

Nach dem Gesagten kann es also gelingen, auf der Grundlage einer transkulturell abgestützten moralischen Gemeinschaft gegenüber dem makrokriminellen Täter einen Vorwurf zu erheben, ihn also mit den moralischen Mitteln des Tadels und der Missbilligung als moralischen Akteur anzusprechen. Eine der schwierigsten Fragen ist damit aber noch nicht beantwortet. Mit dem Tadel ist dem Täter nämlich praktisch noch keine Entbehrung auferlegt.⁸⁴⁰ Zwar kann der (öffentliche) Tadel für den Täter weitreichende Folgen haben – zu denken wäre etwa an negative Konsequenzen im Privat- oder Berufsleben wie Ausgrenzung oder Entlassung.⁸⁴¹ Uns vertraute nationale Strafrechtssysteme dürften hingegen alle Sanktionen kennen, die über die rein tadelnde Reaktion gegenüber dem Täter hinausreichen.⁸⁴²

Dies bestätigt sich durch einen erneuten Blick auf die transkulturellen Gemeinsamkeiten der Strafrechtsordnungen, die, betreffend die Auswahl und Gestaltung des Straf- respektive Sanktionensystems, auch hier einen nahezu weltumspannenden Konsens aufweisen.⁸⁴³ Die expressiven Straftheorien stellen uns hierfür das Element der Übelszufügung bereit. Gemeint ist damit die eigentliche Sanktion, etwa die Freiheits- oder Geldstrafe, Sanktionen also, die gemeinhin als die eigentliche Strafe verstanden werden. Wenn wir den Tadel zwar als notwendig, indes regelmässig als nicht zureichend beschreiben, so liegt dies im Wesentlichen daran, dass das Gewicht einer (rein) verbalen Botschaft im gesellschaftlichen Kontext limitiert ist, ergo die Möglichkeiten stark begrenzt sind, die notwendigen Differenzierungen des Tadels mit nur in Worten gefasster Kommunikation zum Ausdruck zu bringen.⁸⁴⁴ Daher erstaunt es nicht, dass expressive Straftheorien eine grosse Auswahl an Strafsanktionen bereithalten, was einer individualisierten Tadelsunterstützung dienen soll. Wenn wir mit dem Täter in einen moralischen Dialog treten und ihn durch

⁸³⁹ HABERMAS 2004, S. 173.

⁸⁴⁰ SACHS 2015, S. 169.

⁸⁴¹ Ebd.

⁸⁴² SACHS 2015, S. 169.

⁸⁴³ HÖFFE 1999, S. 15.

⁸⁴⁴ HÖRNLE 2017, S. 44 f.

den Akt der Urteilsverkündung für seine Taten tadeln, soll die darauffolgende Übelzufügung also als Fortsetzung und, in der gewünschten Differenzierung, notwendige Verstärkung dieses Tadels verstanden werden.

Tadel und Übelzufügung sind somit zwei Elemente, die aus guten Gründen auseinandergehalten werden können, indes sinnvoll aufeinander folgen müssen. Die Übelzufügung soll – um bei Duff zu bleiben – somit eigentlich zweierlei: Sie soll dem Täter einerseits die Möglichkeit bieten, über sein Verhalten nachzudenken und die von der Gemeinschaft erwünschten Schlüsse daraus zu ziehen.⁸⁴⁵ Andererseits soll durch die Übelzufügung auch nach aussen hin sichtbar werden, dass der Täter bereit ist, diesen Weg der Reue und Läuterung auf sich zu nehmen, was die Grundlage für einen Versöhnungsprozess zwischen Täter und Gesellschaft bereiten soll.⁸⁴⁶

Es sind in der Tat anspruchsvolle Bedingungen, die von Vertretern solcher Theorien an die Elemente des Tadels und der Übelzufügung gestellt werden und mit Blick auf die Übelzufügung im Völkerstrafrecht weitere Fragen aufwerfen. Zu ihnen zählen: (1) Stehen dem Völkerstrafrecht Sanktionsarten zur Verfügung, die sich mit den oben skizzierten Zielen der Übelzufügung decken? (2) Kann es sodann gelingen, ein proportionales Gleichgewicht zwischen Tat und Schuld herzustellen, welches dem menschenrechtlich gebotenen Schuldprinzip Rechnung trägt? (3) Wie verträgt sich die angestrebte Inklusion expressiver Straftheorien mit den Dimensionen völkerstrafrechtlicher Delinquenz?

a. Übelzufügung und Sanktionsart

Der skizzierte Zusammenhang zwischen Tadel und Übelzufügung bedarf einiger Ausführungen zu der Auswahl an Strafsanktionen, die expressive Straftheorien für die Verstärkung des Tadels bereithalten. Wenn wir an den oben von Duff skizzierten Kriterien festhalten, soll die als Übelzufügung in Frage kommende Sanktion so ausgewählt werden, dass sie einerseits die Grundlage dafür bieten kann, beim Täter Einsicht und Reue hervorzurufen, andererseits die nötige Aussenwirkung hat, um bei der Bevölkerung als Bussleistung und in einem zu erhoffenden Ergebnis als Entschuldigung akzeptiert werden zu kön-

⁸⁴⁵ SACHS 2015, S. 211.

⁸⁴⁶ Ebd.

nen.⁸⁴⁷ Das eröffnet der Strafbehörde einen gewissen Spielraum bei der Auswahl der Strafsanktion.⁸⁴⁸

Duff nennt zunächst die Mediation und die gemeinnützige Arbeit als Strafsanktionen, die aus ihrer Gestalt heraus jedoch lediglich für weniger gewichtige Delikte in Betracht kämen.⁸⁴⁹ Es kann vom Adressatenkreis völkerstrafrechtlicher Delikte nicht erwartet werden, Sanktionen wie diese als ernsthafte, adäquate Wirkung zu verstehen, die letztlich eine Versöhnung ermöglichen soll. Es mag als Ausdruck einer gewissen Phantasielosigkeit, indes auch als Zeichen einer breiten Übereinstimmung gesehen werden, dass auch expressive Straftheorien letztlich auf die herkömmlichen – nicht unumstrittenen, aber weit transkulturell nachweisbaren – Sanktionen von Geld- und Freiheitsstrafen rekurrieren. In den straftheoretischen Überlegungen Duffs ist die Gefängnisstrafe den schwersten Verbrechensarten vorbehalten, jenen, die die innersten und essenziellen Werte der Gemeinschaft missachten.⁸⁵⁰ Die makrokriminelle Delinquenz dürfte für Duff somit gerade der paradigmatische Fall für die Anordnung einer Freiheitsstrafe sein, auch wenn er sich selbst nicht explizit zu dieser Frage äussert. Das Römische Statut sieht im Falle einer Verurteilung als Hauptstrafe denn auch eine Freiheitsstrafe von bis zu 30 Jahren oder in besonders schwerwiegenden Fällen eine lebenslange Freiheitsstrafe vor. Als Nebenstrafen vorgesehen sind die Geldstrafe und die Einziehung von Vermögenswerten.⁸⁵¹ Es scheint zunächst wohl wenig zweifelhaft, dass die Sanktionsart der Freiheitsstrafe im Völkerstrafrecht die einzige geeignete und sich in menschenrechtlichen Grenzen abspielende Sanktionsart darstellt, die dazu taugt, den Übeltäter (im Sinne Duffs) das Unrecht seiner Tat erkennen zu lassen, und die gleichzeitig von einer ausreichenden Aussenwirkung und Symbolkraft zu sein scheint, um die Ernsthaftigkeit dieses Vorhabens nach aussen hin – stets mit Blick auf Duffs Fernziel der Versöhnung – glaubwürdig erscheinen zu lassen.

Solange sich internationale Strafgerichte nur mit schuldigen Tätern von sehr schweren Straftaten befassen, erscheint die Inhaftierung sicherlich als die einzig plausible Strafe. Dennoch darf man sich fragen, ob nicht auch Geldstrafen eine für das Völkerstrafrecht sinnvolle Sanktionsart darstellen könnten. Wieder in Anlehnung an Duff müsste man allerdings dagegen einwenden, dass die

⁸⁴⁷ SACHS 2015, S. 240.

⁸⁴⁸ Ebd.

⁸⁴⁹ Ebd., S. 247.

⁸⁵⁰ DUFF 2011, S. 150.

⁸⁵¹ Vgl. Art. 76 ff. Römisches Statut.

Sanktionsart der Geldstrafe im Völkerstrafrecht deshalb ungeeignet ist, weil sie sich nicht mit dem kommunikativen Prozess, den wir hier mit Blick auf die Konfliktbewältigung als zentral betrachten, vereinbaren lässt. Fragt man sich etwa, ob eine Geldstrafe die angemessene Sanktion für eine Vergewaltigung sein könne, liesse sich zunächst über die Verhältnismässigkeit argumentieren und behaupten, dass die Strafsanktion der Geldstrafe für eine Vergewaltigung unverhältnismässig sei. Das scheint zunächst plausibel. Dem Argument der Unverhältnismässigkeit könnte man wiederum so begegnen, dass die Geldstrafe derart hoch angesetzt würde, dass sie beim Täter sämtliche Ressourcen angreifen und auch erst über viele Jahre gänzlich beglichen werden können würde. Wir merken allerdings schnell, dass das Problem weniger in der Verhältnismässigkeit liegt als in der Strafsanktion an sich: Geldstrafen können den Verdacht nicht abstreifen, dass die Schuld des Täters in einem monetären Wert gemessen werden und dieser mithin seine Schuld abbezahlen kann. Eine Geldstrafe wird den Täter zudem nie auf dieselbe Weise ansprechen können wie eine Freiheitsstrafe; sie kann vielleicht einen formellen Tadel zum Ausdruck bringen, ist jedoch gänzlich ungeeignet für die reichhaltige Kommunikation von Strafe, die hier vertreten wird.⁸⁵² Daher eignet sie sich nicht für das Völkerstrafrecht. Offengelassen werden muss hier letztlich die Frage, ob wir, wenn wir von einem Urteilsverfahren im Sinne Duffs ausgehen – unter dem Vorbehalt, dass sich Täter und Opfer sowie die anderen Beteiligten diesbezüglich einig wären –, ein langjähriges Engagement des Täters in einer für ihn mühseligen Wiedergutmachungsarbeit als angemessene Reaktion auf ein völkerstrafrechtliches Delikt für akzeptabel halten würden.

b. Übelszufügung und Proportionalität

Mit der Bestimmung der Sanktionsart haben wir aber noch keine Aussage zum Strafmass getroffen. Wenn wir Strafen als Kommunikationsmittel, als einen Dialog zwischen Täter, Opfer und Gemeinschaft verstehen, gehen wir in einem präventiven Sinne davon aus, dass Strafen einem legitimen Zweck dienen, der sich zwar nicht in erster Linie auf die Beeinflussung der Straftatenhäufigkeit, jedoch auf den adäquaten Umgang mit vergangenem delinquentem Verhalten bezieht.⁸⁵³ Diese präventiven Überlegungen machen indes einen Rückgriff auf retributive Strafkonzeppte zur Bestimmung der Übelszufügung (als zweites Element neben dem Tadel) vorliegend nicht unzugänglich, zumal alle retributiven

⁸⁵² Vgl. zur ganzen Frage der Sanktionsart der Geldstrafe DUFF 2011, S. 158 ff.

⁸⁵³ HÖRNLE 2017, S. 31.

Straftheorien letztlich immer auch – oder sogar im Wesentlichen – Proportionalitätstheorien sind, weshalb sie für die Bestimmung der Übelzufügung hier ebenfalls herangezogen werden sollen.

Das retributive Konzept der Talion gilt heute zu Recht als unhaltbar. Es reicht, sich mit Blick auf völkerstrafrechtliche Verbrechen Kants Worte vor Augen zu halten, dass jedem das zuzufügen sei, was seine Taten wert seien. Hier würde sich, angesichts der Tatsache, dass in makrokriminelle Verbrechen regelmässig grosse Teile einer Bevölkerung involviert sind, wohl das Leben von weiten Teilen der Bevölkerung im Gefängnis abspielen oder gleich mit der Todesstrafe enden müssen.⁸⁵⁴ Ihr Angriff auf die Menschlichkeit ist so offensichtlich, dass das retributive Konzept der Talion als Proportionalitätshilfe für die Frage nach der gerechten Übelzufügung vorliegend nicht infrage kommt.

«Benefit and burden»-Konzeptionen eignen sich schon begrifflich nicht für das Völkerstrafrecht. Es würde bizarr anmuten, jemanden, der sich eines Genozids schuldig gemacht hat, als Trittbrettfahrer zu beschreiben, der sich unter Missachtung des Gebots, nationale, ethnische oder religiöse Gruppen nicht zu zerstören, einen ungerechtfertigten Vorteil verschafft hat.⁸⁵⁵ Das Theorie-Modell von «benefit and burden» zeigt exemplarisch, dass solche Spielarten sowohl eine relativ kohärente Gemeinschaft als auch eine relativ stabile gesellschaftspolitische oder rechtliche Ordnung voraussetzen, die durch gemeinsame Werte gekennzeichnet ist.⁸⁵⁶ Wenn genau diese Ordnung zusammenbricht, verschieben sich die Werthaltungen in einer Weise, dass die Vermessung von ökonomischen Vorteilen von Delinquenz schon aus diesem Grund nicht mehr sinnvoll möglich ist. Diese Einwände sind im Prinzip auch gegen das verdienstvolle Konzept der moralischen Verantwortlichkeit von Margaret Falls vorzubringen. Zwar bringt sie mit dem Respektprinzip ein neues Element ins Spiel der «Benefit and burden»-Theorien, welches unser hier vertretenes expressives Verständnis von Strafe stützt, weil es den kommunikativen Kanal zum Täter verteidigt. Insofern zeigt sich, dass die Kommunikation eben Respekt beinhalten muss. Indes bleiben die Grenzen des Respekts auch im Völkerstrafrecht unklar, wenn Falls sich dafür – wie erwähnt – ausschliesslich an körperlichen Sanktionen orientiert.

⁸⁵⁴ WERKMEISTER 2015, S. 132.

⁸⁵⁵ SLOANE 2007, S. 80.

⁸⁵⁶ Ebd., S. 81.

Die Frage nach der Proportionalität wird im Völkerstrafrecht noch durch einen weiteren einschneidenden Aspekt herausgefordert. Er betrifft die Frage der Proportionalität zwischen Strafen, die durch ein völkerstrafrechtliches Gericht, und solchen, die durch ein nationales Gericht ausgesprochen werden. In diesem Zusammenhang wird eine Strafe, die ein völkerstrafrechtliches Gericht verhängt, beispielsweise n Jahre Freiheitsstrafe, im Vergleich zu den Strafen, die von nationalen Gerichten für inländische Straftaten normalerweise verhängt werden, unverhältnismässig erscheinen oder, um es noch zuzuspitzen: Im Vergleich zu Staaten, die von sich behaupten, sehr harte Strafen zu verhängen, könnten die von völkerstrafrechtlichen Gerichten verhängten Strafen wegen der Art der Taten unverhältnismässig mild anmuten. Aber auch bei Staaten, die verhältnismässig milde Strafen verhängen, wäre es nicht einfach, die (Dis-)Proportionalität zu begründen. Wenn ein Mord nach einem nationalen Strafrecht n Jahre Freiheitsstrafe nach sich zieht, was wäre dann für einen Völkermörder (nicht) unverhältnismässig?

Das Regelungsfeld des Völkerstrafrechts verträgt sich somit, wie soeben erwogen, nicht mit den herangezogenen Spielarten retributiver Straftheorien. Es scheint nach dem Gesagten vielmehr wichtig, den Proportionalitätsdiskurs im Völkerstrafrecht zu entlasten. Wir sollten anerkennen, dass wir angesichts der Grenzen möglicher Strafen für internationale Gerichte (festgelegt durch Forderungen der Menschlichkeit, durch die Notwendigkeit, den Täter als einen noch einlösbaren «moralischen Akteur» zu sehen und zu behandeln) nicht nach der Verhältnismässigkeit zwischen dem völkerstrafrechtlichen und dem nationalen Strafschema schauen, sondern uns eher um die (Dis-)Proportionalität innerhalb jeder Strafskala bemühen sollten.⁸⁵⁷ Dafür empfiehlt es sich, im Sinne einer breiten transkulturellen Vereinbarkeit der proportionalen Begründung auf gewissermassen ursprüngliche, breit abgestützte Proportionalitätsargumente zurückzugreifen.

In diesem Sinne kann Proportionalität als ein *bestimmendes* oder als ein *begrenzendes* Prinzip verstanden werden. In einem begrenzenden Verständnis von Proportionalität wird diese als Argument gebraucht, um zu bestimmen, wann eine Strafe nicht mehr verdient ist. Das bedeutet, dass Schuld nur als Obergrenze der Strafe unverzichtbar bleibt, indes eine Abkoppelung der Strafe von der Schuld nach unten hin (zum Beispiel aus spezialpräventiven Gesichtspunkten) zulässig und möglich sein kann.⁸⁵⁸ Wenn Proportionalität hingegen

⁸⁵⁷ Diese Gedanken sind inspiriert durch die strafproportionalen Überlegungen von DUFF 2001, S. 132 ff.

⁸⁵⁸ GÜNTGE 2018, S. 386.

als bestimmendes Prinzip verstanden wird, so dient sie (einzig) dazu, die aus der Schuld des Täters hervorgehende verdiente Strafe des Täters festzulegen. Dafür wird eine weitere Differenzierung vorgenommen, nämlich in eine *ordinale* und eine *kardinale* Proportionalität. Die ordinale Proportionalität vergleicht die Tat mit anderen Taten und setzt diese zueinander ins Verhältnis. Nach der Schwere der Straftaten, die sich im Wesentlichen aus dem Grad der Schädlichkeit und der Vorwerfbarkeit ergibt,⁸⁵⁹ soll eine Rangfolge der Straftaten erfolgen. Die Abstände in dieser Rangfolge der Delikte müssen genügend Raum lassen, um eine tatsächliche Entsprechung zur Verwerflichkeit zu gewährleisten.⁸⁶⁰ Ist diese Rangfolge einmal erstellt, wechselt man zur kardinalen Proportionalität. Mit ihr soll es gelingen, die jeweiligen Delikte entsprechend ihrer Schwere in einer tatsächlichen Strafskala zu verankern. Diese Aufgabe ist anspruchsvoll, da man kein Strafmaß *per se* als das einzig angemessene für ein Delikt bestimmen kann. Deshalb beruht die Festsetzung solcher Ankerpunkte im Wesentlichen auf Konventionen.⁸⁶¹ Sind die Ankerpunkte indes einmal (auf Grundlage der Konvention) gesetzt, sind die restriktiveren Voraussetzungen der ordinalen Proportionalität umzusetzen, und dies eben unabhängig von beispielsweise spezialpräventiven Gesichtspunkten.⁸⁶²

Bezogen auf das Völkerstrafrecht könnte man nun einwenden, dass sich aufgrund der Dimensionen der Delinquenz gar kein Äquivalent in der Übelzufügung finden lässt. Diese Ansicht beruht indes stark auf der Notwendigkeit einer Gleichwertigkeit von Tatschwere und Sanktion. Verdient ist also auch im Völkerstrafrecht nicht die Strafe, die der Tatschwere eins zu eins entspricht, sondern die Strafe, die sich proportional zur Tatschwere verhält.⁸⁶³ Das Proportionale ist dann auf Grundlage einer zuvor getroffenen Konvention zu bestimmen. In diesem Sinne kann das Römische Statut durchaus als eine solche Konvention betrachtet werden. Durch das Androhen von Freiheitsstrafen im Römischen Statut wird eben gerade durch die daran teilnehmende Völkergemeinschaft zum Ausdruck gebracht, dass sie einen Ausgleich für möglich hält.⁸⁶⁴ Der kommunikative Zugang zum Täter, den expressive Straftheorien voraussetzen, sichert die proportionalen Grenzen des Verdienstes noch zusätzlich ab, indem Strafe immer nur dann gelingt, wenn der Täter dem Tadel zugänglich bleibt, mithin als «moral agent» angesprochen werden kann. Eine

⁸⁵⁹ VON HIRSCH 2005, S. 142 ff.

⁸⁶⁰ Ebd., S. 138.

⁸⁶¹ Ebd., S. 140.

⁸⁶² VON HIRSCH 2005, S. 140.

⁸⁶³ MELLOH 2010, S. 119.

⁸⁶⁴ Ebd.

Übelszufügung, die dem Täter nicht auch eine gewisse Fehlbarkeit und einen durch die Menschenwürde strikt begrenzten Eingriff in seine Grundrechte zugesteht, würden den vorliegend vertretenen Sinn von Strafe als kommunikativen Akt des Tadels verkennen.⁸⁶⁵ Die Eigenarten des Völkerstrafrechts verhindern eine Kommunikation von Tadel unter dem Primat der Tatproportionalität somit nicht.⁸⁶⁶

4. Grenzenlose Versöhnung?

Wir sind nun möglicherweise etwas irritiert, bislang keine (ernsthaften) Gründe gefunden zu haben, die es unmöglich machten, auch einen makrokriminellen Täter unter den Vorzeichen täterorientierter expressiver Straftheorien moralisch zur Verantwortung zu ziehen. Könnte uns an diesem Befund nicht stören, dass die makrokriminelle Delinquenz mit all ihren Dimensionen und ihrer Grausamkeit die Grenzen jeder strafrechtlichen Verantwortungszuschreibung torpedieren muss? Angefeuert wird die Diskussion vor allem durch das ungeheure Ausmass der völkerstrafrechtlichen Verbrechen, welches die Inanspruchnahme des Strafrechts an seine Belastungsgrenzen führt, ja geradezu als untauglich erscheinen lässt. Vermutungen dieser Art bedrängten schon die Philosophin und politische Denkerin Hannah Arendt, als sie in ihrem Briefwechsel mit Karl Jaspers zu den nationalsozialistischen Verbrechen festhielt, dass sie sich «juristisch nicht mehr fassen» liessen und es für solche Verbrechen «keine angemessene Strafe» gebe.⁸⁶⁷

Es liegt nahe, gegen expressive Straftheorien im Generellen und hier im Speziellen gegen die Straftheorie von Duff einzuwenden, dass sie angesichts ihrer ambitionierten Ziele (Reue, Besserung, Versöhnung) die tatsächlichen Verhältnisse verkenne oder gar utopisch sei.⁸⁶⁸ In der Tat nimmt im Völkerstrafrecht die Grenze der menschlichen Versöhnungsbereitschaft ganz neue Dimensionen an. Kommt vielleicht am Ende nicht jedes noch so minimale Verständnis, jedes moralische Ernstnehmen des Täters solcher Taten nicht immer einer Verharmlosung, einer irritierenden Zugänglichkeit gleich? Hier ist es wichtig, den Versöhnungsbegriff richtig zu verstehen. Gemeint ist im täterorientierten expressiven und hier im Duff'schen Verständnis keine persönliche Versöhnung mit dem Täter. Vielmehr geht es um eine Versöhnung mit ihm als Mitbürger,

⁸⁶⁵ Ebd., S. 120.

⁸⁶⁶ Ebd.

⁸⁶⁷ ARENDT/JASPERS 1985, S. 90.

⁸⁶⁸ SACHS 2015, S. 273.

um eine grundsätzliche Bereitschaft, mit dem Täter wieder in Rechtsfrieden zu treten, was beispielsweise bedeuten kann, dass man ihm gegenüber auf Akte der Feindseligkeit verzichtet.⁸⁶⁹

Dennoch bleibt die Frage, ob sich für die Dimensionen völkerstrafrechtlicher Delikte wirklich Worte des Tadels finden lassen, denen dann durch die Übelszufügung Nachdruck verliehen werden kann. Vielleicht lässt sich am ehesten Licht ins Dunkel bringen, wenn wir die Frage umkehren. Stellen wir uns einmal vor, wir würden den Täter nicht mehr als moralischen Akteur ansprechen und beispielsweise sagen, seine Taten seien moralisch nicht mehr zugänglich und mithin auch nicht mehr versöhnbar. Mit dieser Annahme stellen wir uns in eine Debatte um Personen und Feinde, die Günther Jakobs vor über zwanzig Jahren unter dem (martialischen) Titel «Feindstrafrecht» in der wissenschaftlichen Diskussion lanciert hat. Jakobs versucht, die materiellen Grenzen der Vorfeldkriminalisierung von Rechtsgutverletzungen anhand des Begriffspaares «Bürgerstrafrecht» und «Feindstrafrecht» zu bestimmen. Entweder definiere das Strafrecht den Täter als «Bürger», also als jemanden, der über eine vom Strafrecht zunächst nicht kontrollierte Privatsphäre verfügt, in die das Recht erst dann eindringen kann, wenn sich der Täter nach aussen hin störend verhält; oder aber das Strafrecht definiere den Täter als Feind, also als eine Gefahr für die geschützten Rechtsgüter, das heisst als jemanden, der auch für sein Inneres, für seine Gedanken zur Verantwortung gezogen werden kann.⁸⁷⁰

Feindstrafrechtliche Züge findet Jakobs in seinen Analysen nun auch im Völkerstrafrecht. Jakobs sieht das vom Völkerstrafrecht zu schützende Gut – die elementaren Menschenrechte – als längst nicht überall auf der Welt verwirklicht. Somit dränge sich die Unterscheidung auf, dass es vielerorts auf Erden nicht um das Erhalten, sondern überhaupt erst einmal um die Herstellung solcher Voraussetzungen gehe. Mit Verweis auf Kant befinde man sich ausserhalb dieses «bürgerlich-gesetzlichen» Zustands im Naturzustand, in welchem es keine gesicherte Personalität gebe. Genau das zeige sich ja auch im Vorgehen gegen solche Täter, indem man zunächst Kriege gegen sie führe und, sobald man sie an der Hand habe, scheinheilig ins Straf- und Strafprozessrecht wechsle. Völkerstrafrecht sei somit nicht Strafrecht gegen schuldige Personen, sondern gegen gefährliche Feinde.⁸⁷¹

⁸⁶⁹ Ebd., S. 218.

⁸⁷⁰ GRECO 2010, S. 13 (mit weiteren Verweisen), zur Straftheorie Jakobs vgl. oben [§ 2, F.2.c.](#)

⁸⁷¹ JAKOBS 2004b, S. 95.

Feindstrafrecht, hier verstanden als «legitimatorisch-affirmativer» Begriff, wird im Sinne der herrschenden Meinung auch hier abgelehnt, da es letztlich sämtliche Schranken der Strafgewalt annulliert.⁸⁷² Eine solche feindstrafrechtliche Annahme würde denn auch allem bisher Gesagten entgegenstehen. Allein der Umstand, dass ein Täter eine makrokriminelle Tat begangen hat, bedeutet noch nicht, dass er moralisch nicht zugänglich wäre. Natürlich trifft es zu, dass wir makrokriminellen Tätern einiges zugestehen müssen, wenn wir sie als moralische Akteure und nicht als gefährliche Feinde behandeln. Wir müssen ihnen zugestehen, dass sie moralisch ansprechbar bleiben, ihre Behandlung menschenrechtlich absichern und dürfen die Hoffnung auf eine Versöhnung nicht vorschnell aufgeben. Dafür bekommen wir aber auch etwas. Wir können den Täter mit der vollen moralischen Härte zur Verantwortung ziehen und ihm seine Tat vorwerfen. Eine Ablehnung von Feindstrafrecht heisst im Übrigen nicht, dass das Strafrecht nichts zur Gefahrenabwehr beitragen kann. Wir werden gleich sehen, dass Strafe sehr wohl als Instrument der Abschreckung und Unschädlichmachung dienen kann.

5. Die Opfer im Kommunikationsprozess

Bisher haben wir bezüglich der Frage nach dem strafrechtlichen Wirkungsvermögen im Zusammenhang mit der Konfliktbewältigung den Fokus auf den Täter gerichtet. Die strafprozessualen Strukturen geben es im Wesentlichen auch im völkerstrafrechtlichen Verfahren vor, dass der hauptsächliche kommunikative Akt zwischen dem Gericht und dem Täter selbst stattfindet. Direkt angesprochen wird also in erster Linie der Täter. Wir haben oben bereits gesehen, dass es trotz der strafprozessualen Fokussierung auf den Täter auch (expressive) Straftheorien gibt, die auf den Bedürfnissen der Opfer aufbauen. Um etwas über den Wert strafrechtlicher Kommunikation für das Opfer sagen zu können, ist es nötig, zunächst auf die Bedeutung einzugehen, die einer Straftat im Erleben des Betroffenen zukommen kann. Nur vor diesem Hintergrund lässt sich die Frage beantworten, ob und inwieweit das Strafrecht hier kommunikativ etwas bereitzustellen vermag.⁸⁷³

Straftaten führen bei den Opfern in der Regel zu schweren Traumatisierungen.⁸⁷⁴ Diese Traumatisierungen lassen sich durch einen völkerstrafrechtlichen Prozess oder die Bestrafung eines makrokriminellen Täters weder heilen noch rückgängig machen. Wenn wir Strafe im Wesentlichen als

⁸⁷² GRECO 2010, S. 53.

⁸⁷³ HAMEL 2009, S. 167.

⁸⁷⁴ Ebd., S. 167 ff. (mit weiteren Verweisen).

kommunikativen Akt und Ausdruck des Tadels verstehen, wird das Opfer insofern zum Adressaten der Botschaft des Gerichts an den Täter, als es sieht, dass gegenüber dem Täter eine Missbilligung geäußert wird, und zwar nicht irgendeine, sondern eine institutionalisierte. Es werden sozusagen institutionalisierte Tatsachen geschaffen.⁸⁷⁵ Es lässt sich feststellen, dass eine grosse Mehrheit der Opfer sich eine Strafverfolgung der Täter wünscht.⁸⁷⁶ Mit einer solchen Strafverfolgung verbunden die Opfer eine positive Wirkung auf den Heilungsprozess und auf die Versöhnung.⁸⁷⁷ Wie kein anderes Instrument in der Reaktion auf (völkerstrafrechtliche) Delinquenz vermag das Strafrecht eine Aussage darüber zu treffen, dass das, was geschehen ist, Unrecht bedeutet, mithin von einer rechtswidrigen Tat eines Täters herrührt, und dass sich die Opfer nicht mit alternativen Erklärungsversuchen herumschlagen müssen.⁸⁷⁸

Im kommunikativen Sinne hat die tadelnde Botschaft an den Täter jedoch eine Kehrseite. Im Verständnis der Opfer soll sie nämlich als Anerkennung der erlittenen Verletzungen verstanden werden können. Auch wenn das Strafrecht in seinen Eigenheiten Richter und Täter als massgebende Akteure bestimmt, wird ein gesellschaftlicher Transitionsprozess nicht gelingen können, wenn die Opfer keine adäquate Berücksichtigung finden. Wie bereits gezeigt, verlangt die massgebliche Betonung des expressiven Gehalts der Strafe zwar insbesondere von den Opfern, dem Täter zuzugestehen, selbst bei Makrocriminalität als fehlbare und moralisch zugängliche Person behandelt zu werden. Im Gegenzug dürfen sie indes darauf hoffen, dass der Täter zu Reue gelangt und die Strafe dazu nutzt, sich mit seinen Taten auseinanderzusetzen. Problematisch scheint hier indes der ubiquitäre Kommunikationszwang opferorientierter expressiver Straftheorien. Wer sagt, dass es nicht doch auch (viele) Opfer geben kann, die nicht die geringste Absicht haben, mit dem Täter zu kommunizieren, ja sein Ernstnehmen vielmehr damit verbinden, eine solche Kommunikation zu verweigern? Expressive Straftheorien auf der Basis der Opfer setzen beim Opfer zu viel voraus, nämlich, dass es bereit ist, die ihm zugefügte Delinquenz prinzipiell kommunikativ zu begreifen. Damit würden die Opfer aber selbst bestraft, weshalb opferorientierte expressive Straftheorien im Völkerstrafrecht bereits an dieser Tatsache scheitern müssen.⁸⁷⁹

⁸⁷⁵ Ebd., S. 178.

⁸⁷⁶ SAFFERLING 2010, S. 101.

⁸⁷⁷ KIZA/RATHGEBER/RHONE 2006, S. 127.

⁸⁷⁸ HÖRNLE 2006, S. 955.

⁸⁷⁹ STRUB 2008, S. 349 f.

6. Spezialprävention und Konfliktbewältigung

Die weitaus häufigste Sanktionsart, die von völkerstrafrechtlichen Gerichten ausgesprochen wird, ist die Freiheitsstrafe. Ganz unabhängig vom moralischen kommunikativen Wert von Strafe lassen sich in der Strafverhängung auch faktische Strafzwecke ausmachen. So etwa, dass der Täter durch die Verbüßung der Freiheitsstrafe unschädlich gemacht wird, ein Strafzweck, der üblicherweise als eine Form der negativen Spezialprävention beschrieben wird. Weshalb ist eine Unschädlichmachung des Täters für die hier im Mittelpunkt stehende Funktion der Konfliktbewältigung nunmehr mitentscheidend? Man könnte mit Blick auf unsere Ausführungen zu den Typisierungen des Völkerstrafrechts behaupten, dass makrokriminelle (Haupt-)Täter (spätestens) zum Zeitpunkt ihrer strafrechtlichen Verurteilung einsehen müssen, dass sie als Teil eines Gesamtvorhabens gescheitert sind. Zudem wird es mit dem Übergang in einen Transitionsprozess für die Täter zunehmend schwieriger, an ihre ursprünglichen Motive anzuknüpfen. Doch selbst unter der Annahme, die Strukturen, die Makrocriminalität ermöglicht haben, seien in einem Gebiet zusammengebrochen, kann nicht automatisch geschlossen werden, dass nun eine dauerhafte, gegen diese Form von Delinquenz resistente gesamtgesellschaftliche Situation vorliegt.⁸⁸⁰

Nicht zuletzt der Nationalsozialismus zeigt, dass für gewisse Täter über den Systemumbruch hinaus der Zugriff auf Machtstrukturen erhalten blieb.⁸⁸¹ Ein Beispiel dafür ist der Fall des Gestapo-Chefs von Lyon, Klaus Barbie. Barbie konnte sich rechtzeitig und mit der Hilfe verschiedener Gesinnungsgenossen nach Südamerika absetzen (1951, alias Klaus Altmann), wo er sich im Zusammenhang mit den Militärdiktaturen in Bolivien, insbesondere unter Hugo Banzer Suárez, unentbehrlich machte und sein «NS-Repressionswissen zu einer Komponente der Militärstrategien und geheimdienstlichen Repressionsmethoden der Banzer-Regierung» zur Verfügung stellte. Auch unter der folgenden Regierung unter García Meza blieb Barbie in den bolivianischen Repressionsapparat «eingebunden», wobei nicht nur «machthungrige Militärs», sondern auch «finanzstarke Drogenbarone» von diesem Wissen profitierten.⁸⁸² Obwohl Barbie international gesucht wurde, fand sich sein Name auf der Gehaltsliste des US-amerikanischen Heeresgeheimdienstes CIC (1947–1948, 1948–1951).⁸⁸³

⁸⁸⁰ WERKMEISTER 2015, S. 157.

⁸⁸¹ Ebd., S. 158.

⁸⁸² HAMMERSCHMIDT 2014, S. 316 ff., S. 323 ff.; zum Ganzen auch BOWER 1984.

⁸⁸³ Ebd., S. 379.

Der Unschädlichmachung des Täters kann zudem deshalb eine wichtige Bedeutung zukommen, weil der IStGH auch Verfahren in nicht befriedeten Konfliktgebieten übernehmen kann (Stichwort: «responsibility to protect»)⁸⁸⁴. Das Konzept besagt, dass jeder Staat grundsätzlich selbst die Verantwortung dafür trägt, seine Bevölkerung vor Völkermord, Kriegsverbrechen, ethnischen Säuberungen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu schützen. Der internationalen Gemeinschaft kommt die Aufgabe zu, Staaten bei der Wahrung dieser Verantwortung zu unterstützen, bzw. sie übernimmt dann die Schutzverantwortung, wenn Staaten dies unterlassen, und verpflichtet sich, friedliche Mittel zum Schutz von Zivilisten einzusetzen. Zwangsmassnahmen zu ergreifen, ist letztes Mittel, wozu auch durch den UNO-Sicherheitsrat mandatierte Interventionen zum Schutz der Zivilbevölkerung zählen.⁸⁸⁵ Der Unschädlichmachung des Täters kommt unter der Funktion der Konfliktbewältigung als Strafzweck somit eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu.

Der zweite unter den Begriff der negativen Spezialprävention subsumierte Strafzweck ist die Individualabschreckung, die den Täter mit der Zufügung eines Übels von der weiteren Begehung von Straftaten abhalten will. Ein solcher abschreckender Effekt könnte sich zunächst aus der Missbilligung beziehungsweise dem Tadel an sich ergeben. Zu denken ist hier an das Stigma, das bereits vom Tadel ausgeht. Nehmen wir die eigentliche Übelszufügung dazu, bauen wir das abschreckende Potential zwar aus, doch darf man hier nicht zu viel erwarten. Wir werden weiter unten nämlich sehen, wie schwierig es ist, eine abschreckende Wirkung mit Blick auf einen makrokriminellen Täter herbeizuführen. Mit der positiven Spezialprävention ist die Resozialisierung des Täters gemeint. Angesichts der oben beschriebenen Ziele, die der Täter mit seinem Gang durch den Tadel und die Übelszufügung (Reue, Besserung, Veröhnung) erreichen soll, sind die inhaltlichen Überschneidungen mit den unter der positiven Spezialprävention beschriebenen Zielen offensichtlich.

Und doch unterscheiden sich die Ziele in zentralen Punkten. Expressive Straftheorien stellen den Täter nicht *per se* als therapiebedürftig und entsozialisiert dar, sondern beabsichtigen durch das strafrechtliche Einwirken, dass der Täter von sich aus zu Reue und Besserung findet.⁸⁸⁶ Auch hier ist der Strafvollzug vor überhöhten Ansprüchen zu bewahren, was der Sichtweise der positiven

⁸⁸⁴ WERKMEISTER 2015, S. 157.

⁸⁸⁵ Zum Ganzen HILPOLD 2015; HERRO 2015.

⁸⁸⁶ SACHS 2015, S. 223.

Spezialprävention in ihrer strafbegrenzenden (und nicht strafbegründenden) Version entspricht. Damit ist gemeint, dass die Ausgestaltung menschenwürdig erfolgt und Formen von Haftschäden möglichst vermieden werden.⁸⁸⁷

Mit Blick auf den Vollzug von Freiheitsstrafen im Völkerstrafrecht sind hier die oft weite Distanz des Vollzugsorts zum Heimatort des Täters und somit das oft andere kulturelle Umfeld besonders zu berücksichtigen. Ein Blick auf die Vollzugsmodalitäten des IStGH zeigt denn auch, dass man den Vollzug von Freiheitsstrafen zunehmend auch unter Aspekten der positiven Spezialprävention zu gestalten beginnt. So wurden vom IStGH erstmals und präjudiziell zwei zu langjährigen Freiheitsstrafen verurteilte kongolesische Staatsangehörige – Thomas Lubanga Dyllo und Germain Katanga – am 19. November 2015 in die Demokratische Republik Kongo überstellt, wo sie den Rest ihrer Haftstrafe, überwacht durch den IStGH, im Heimatstaat verbüßen werden.⁸⁸⁸ Nachdem der Strafvollzug etwa unter dem Regime des ICTY noch wenig Sensibilität für diese Thematik aufwies und den Vollzug von Freiheitsstrafen den sich vertraglich dazu verpflichtenden Einzelstaaten überliess, zeigt sich nun offenbar ein zunehmendes Bewusstsein für die Wichtigkeit des Vollzugsortes, mithin der Möglichkeit für einen Täter, seine Haftstrafe in einem ihm (kulturell, familiär, sprachlich etc.) vertrauten Umfeld zu verbüßen.⁸⁸⁹ Das kann durchaus im Sinne der zuvor beschriebenen Form der positiven Spezialprävention gelesen werden.

C. Der Strafzweck unter der Funktion der Stabilisierung normativer Erwartungen

1. Wechsel der Adressaten

Unter der Funktion der Konfliktbewältigung haben wir oben den kommunikativen Gehalt der Strafe, mithin ihre moralisch-missbilligende Botschaft an den Täter, als wichtigen Strafzweck bestimmt. Die Frage nach dem Wirkungsvermögen von Strafe auf das Konfliktgebiet soll indes nicht das Ende der Analyse bedeuten. Im Sinne unseres zuvor skizzierten multifunktionalen Verständnisses internationaler (Straf-)Gerichte richten wir unseren Fokus nun auf den Adressatenkreis jener, die am Konflikt nicht (direkt) beteiligt sind. Internationale Strafgerichte sind unter allen internationalen Gerichten dem Ge-

⁸⁸⁷ WERKMEISTER 2015, S. 163; vgl. auch oben [§ 3, A.3.](#)

⁸⁸⁸ VOJTA 2018, S. 29 f.

⁸⁸⁹ Ebd., S. 32.

danken des Gemeinschaftlichen besonders eng verbunden, weshalb ein ausschliesslich staatenorientiertes respektive an den Adressaten von Täter und Opfer beziehungsweise am Konfliktgebiet ausgerichtetes Verständnis für internationale Strafgerichte unplausibel erschiene.⁸⁹⁰ Diese Erkenntnis bringt das Römische Statut bereits selbst zum Ausdruck, wenn es festhält, «dass die schwersten Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren, nicht unbestraft bleiben dürfen»⁸⁹¹. Natürlich ist die Betroffenheit der in diesem Abschnitt im Fokus stehenden Adressatengruppe eine andere. Ergo ist auch ein anderes strafrechtliches Wirkungsvermögen gefragt. Aus dem ersten und dem zweiten Teil dieser Arbeit stehen uns für die hier im Zentrum stehende Funktion der Stabilisierung normativer Erwartungen die – in wesentlichen Zügen übereinstimmenden, indes einerseits auf die Bekräftigung rechtlicher Normen, andererseits auf die Bekräftigung moralischer Normen fokussierenden – Theorien der positiven Generalprävention beziehungsweise der normorientierten expressiven Straftheorie zur Verfügung.⁸⁹² Die Terminologie ist vorliegend allerdings nicht relevant, da wir hier völkerstrafrechtliche Delinquenz gleichermassen moralisch wie auch rechtlich als verwerflich ansehen. Es soll im Folgenden also geprüft werden, inwieweit die einschlägigen Normen des Völkerstrafrechts respektive die damit verknüpften normativen Erwartungen der Adressaten solcher Gerichte einer Stabilisierung zugänglich sind.

2. Stabilisieren versus Generieren

Die Frage nach der Stabilisierung normativer Erwartungen durch internationale Strafgerichte bringt unweigerlich die Frage mit sich, ob wir es beim Völkerstrafrecht mit einer existierenden Normenordnung zu tun haben, was allererst die Voraussetzung wäre, um mittels Strafe die Geltung der verletzten Norm zu bekräftigen. Hierzu könnten wir uns zunächst auf den Standpunkt stellen, dass mit der Haager Landkriegsordnung, der Genfer Konvention (inklusive der beiden Zusatzprotokolle), dem sogenannten «Nürnberger Recht», den Statuten der Ad-hoc-Gerichtshöfe und jenen des IStGH eine Rechtsordnung vorläge, die einer solchen Stabilisierung zugänglich wäre.⁸⁹³ Von einem gesicherten, der Bestätigung zugänglichen Bestand dieser Rechtsordnung auszugehen, würde sich indes als legalistisch und unehrlich herausstellen, da

⁸⁹⁰ VON BOGDANDY/VENZKE 2014, S. 96.

⁸⁹¹ Römisches Statut, Präambel.

⁸⁹² HÖRNLE 2017, S. 31 f.

⁸⁹³ MÖLLER 2003, S. 518 f.

weder die einschlägigen Normen des Völkerstrafrechts noch die Verbotsnormen des humanitären Völkerrechts vielerorts als gleichermaßen verbindlich angesehen werden wie jene im nationalen Strafrecht.⁸⁹⁴

Diese Vorbehalte hinsichtlich eines der Bestätigung zugänglichen Bestandes solcher Normen sind auch im Schrifttum nicht unbemerkt geblieben. Eine diese Problematik aufgreifende und für das Völkerstrafrecht angepasste Reformulierung stammt beispielsweise von Christina Möller, die in diesem Zusammenhang von «Edukativer Systemprävention»⁸⁹⁵ spricht. Im Fokus ihrer Überlegungen stehen insbesondere jene Gebiete der Erde, in denen die verbindliche Achtung der Menschenrechte zwar rechtlich hergestellt ist, jedoch faktisch unbeachtet bleibt. Möller knüpft in ihren Überlegungen im Wesentlichen an das strafimmanente Stigma an. Konkret soll der Strafausspruch dazu dienen, in diesen Gebieten völkerstrafrechtliche Delinquenz «demonstrativ zu kriminalisieren»⁸⁹⁶, mit dem Ziel, die Menschenrechte als «durchsetzbares und vor allem durchgesetztes Recht aufzuwerten»⁸⁹⁷, was im Ergebnis zur «Schaffung neuer Rechts- und Sozialmoral»⁸⁹⁸ führen solle. Wengleich solche Ziele für den hoffnungsvollen Optimisten des internationalen Menschenrechtsschutzes erstrebenswert sein mögen und auf dem Weg dazu bereits kleine Schritte einen Erfolg darstellen, kann doch solchen Wirkungszuschreibungen von Strafe hier nur eingeschränkt gefolgt werden. Im Wesentlichen überschätzen solche Reformulierungsversuche die Möglichkeiten des (Völker-)Strafrechts und unterschätzen umgekehrt die weiteren Variablen, die zur Erreichung eines solchen Normbewusstseins respektive zum Gelingen von Normstabilisierung essenziell sind.

3. Die Schwierigkeiten der Norminternalisierung im Völkerstrafrecht

a. Strukturelle Defizite

In hochentwickelten Staaten geniessen Strafinstitutionen regelmässig eine hohe subjektive Legitimität, die sich darin widerspiegelt, dass solche nationalen Strafgerichte von der Bevölkerung anerkannt und akzeptiert werden.⁸⁹⁹

⁸⁹⁴ Ebd.

⁸⁹⁵ MÖLLER 2003, S. 522.

⁸⁹⁶ Ebd.

⁸⁹⁷ Ebd.

⁸⁹⁸ Ebd., S. 523.

⁸⁹⁹ HOLLING 2016, S. 137.

Strafrechtssysteme haben in hochentwickelten Staaten aber auch deshalb eine hohe Legitimität, weil sie sich häufig in für sie sehr positiv auswirkenden Gegebenheiten bewegen, auf welche das Strafrecht selbst nur bedingt Einfluss nimmt beziehungsweise Einfluss nehmen kann, jedoch enorm von ihnen profitiert. Mit solchen Gegebenheiten sind im Wesentlichen die politischen, ökonomischen und gesellschaftlichen Strukturen eines Landes gemeint. So ist nachgewiesen, dass diesbezügliche Defizite Kriminalität begünstigen, was regelmässig zu einem damit einhergehenden Verlust des Vertrauens in die staatlichen Institutionen, mitunter das Strafrecht insgesamt, führt.⁹⁰⁰

Die politischen, ökonomischen und gesellschaftlichen Strukturen in den Mitgliedstaaten des IStGH könnten kaum unterschiedlicher sein. Besonders deutlich artikulieren sich die Abhängigkeiten von Strukturschwäche und Kriminalitätsbegünstigung in den am wenigsten entwickelten Ländern im Adressatenkreis des IStGH. Ein Blick auf die noch junge Geschichte des IStGH zeigt anschaulich, dass die «Am wenigsten entwickelten Länder» (WEL) überdurchschnittlich häufig von Makrokriminalität und damit einhergehenden völkerstrafrechtlichen Untersuchungen betroffen sind.⁹⁰¹ Das labile Vertrauen in solchen Gebieten in die Justiz und deren Organe, kombiniert mit einem schwachen Bildungsstand, lässt ein brüchiges Normbewusstsein erahnen. So wurden punktuell Befragungen in der lokalen Bevölkerung nach Kenntnissen des IStGH und dessen Verfahren beziehungsweise nach dessen Wirkungsvermögen vorgenommen. Relativ breit angelegte Bevölkerungsbefragungen im Distrikt Ituri und in den Provinzen Nord- und Süd-Kivu in dem vom damaligen Dritten Kongo-Krieg am meisten betroffenen Osten der Demokratischen Republik Kongo zwischen September und Dezember 2007 ergaben, dass weniger als 30 % der dortigen Bevölkerung vom IStGH Kenntnis hatte.⁹⁰² Auch die Kenntnis der befragten Personen aus der lokalen Bevölkerung über den (damals noch bevorstehenden) Prozess gegen Thomas Lubanga lag bei unter 30 %.⁹⁰³ Auch wenn diese Untersuchungen nur gesondert und uneinheitlich erfolgten, ist dieses Ergebnis zumindest ein starkes Indiz dafür, dass in gewissen Staaten die Bevölkerung nur unzureichend von der Existenz des IStGH und dessen Verfahren weiss.⁹⁰⁴ Folglich fehlt es in solchen Gebieten bisweilen

⁹⁰⁰ Ebd., S. 150 ff.

⁹⁰¹ Ebd.

⁹⁰² VINCK/PHAM/BALDO 2008, S. 3.

⁹⁰³ Ebd.

⁹⁰⁴ HOLLING 2016, S. 92.

an den Grundvoraussetzungen, die eine Normstabilisierung und damit das Vertrauen in eine internationale Strafjustiz überhaupt erst möglich machen würden.

Die Verbesserungen solcher Strukturen, mit dem Ziel, das Vertrauen in eine weltweite Strafrechtsordnung zu stärken beziehungsweise überhaupt erst zu generieren, ist grundsätzlich von zwei Seiten her denkbar: einerseits über die Verbesserung der politisch-ökonomischen und gesellschaftlichen Strukturen solcher Länder selbst, andererseits über die internationale Strafjustiz. An Ansätzen, wie solche vor allem politischen und ökonomischen Defizite angegangen werden könnten, mangelt es nicht; verlangt wird in erster Linie die konsequente Verfolgung einer global-präventiven Wirtschafts- und Sozialpolitik.⁹⁰⁵

Die massgeblichen Zusammenhänge zwischen strukturellen Defiziten und der Entstehung von Makrokriminalität führen mithin zu der paradoxen Situation, dass das Völkerstrafrecht dem entscheidenden Begünstigungsfaktor von Makrokriminalität nur wenig entgegenzusetzen hat. Dieser Befund ist angesichts der sich im internationalen Menschenrechtsschutz immer wieder stellenden Frage nach der idealen Mittel- und Ressourcenverteilung nicht unerheblich. Die Ursachenbehebung ist indes nicht Aufgabe des Völkerstrafrechts. Eine völkerstrafrechtliche Verurteilung hat nach der hier vertretenen Auffassung in erster Linie einen moralischen Wert. Gesellschaften können nur schwer zur Ruhe kommen, wenn nicht zuvor klargestellt wurde, welches Verhalten auch in einem gesellschaftlichen Ausnahmezustand nicht hinzunehmen ist.⁹⁰⁶ Hierfür steckt das Völkerstrafrecht die moralischen Grenzen ab und stärkt den rechtlichen Schutz moralischer Mindeststandards. Es soll sich den Ursachen von Makrokriminalität dabei nicht verschliessen; es ist nur nicht seine primäre Aufgabe, diese Strukturen zu ändern, zumal ihm dazu nicht die adäquaten Mittel zur Verfügung stehen. Das heisst indes nicht, dass internationale Strafgerichte diese Defizite und die genannten Zusammenhänge nicht erwähnen könnten, umso weniger, als wir ja im Wesentlichen eine kommunikationsbasierte Straftheorie vertreten. Ganz konkret ist eine solche Kommunikation respektive Rezeption allen Organen internationaler Strafjustiz möglich und kann sich sowohl in Urteilen oder Verhandlungen als auch in Pressemitteilungen niederschlagen.⁹⁰⁷ Auf der anderen Seite birgt jede von Schuld ablenkende, auf

⁹⁰⁵ Ebd., S. 159 f.

⁹⁰⁶ VEST 2006, S. 181.

⁹⁰⁷ HOLLING 2016, S. 160 f.

die strukturellen Defizite als Nährboden verweisende Kommunikation die Gefahr einer Verharmlosung der Taten und einer Absolution des Täters in sich.⁹⁰⁸

b. Demokratische Defizite

Weitere Schwierigkeiten für die Funktion der Stabilisierung normativer Erwartungen ergeben sich aus der Art und Weise, wie die diesbezüglichen rechtlichen Grundlagen demokratisch verankert sind. In Nationalstaaten wird öffentliche Strafgewalt grundsätzlich durch demokratische Rückbindung legitimiert. Im Völkerstrafrecht ist zunächst offen, wie die demokratische Rückbindung über den Nationalstaat zum Subjekt aussehen soll. Meistens erfolgt sie über den demokratischen Mechanismus im Nationalstaat; dabei kann sie entweder direkt demokratisch oder aber über die Befugnisse eines Parlaments verlaufen. Ein Problem der völkerstrafrechtlichen Gerichtsbarkeit scheint somit darin zu liegen, dass ihr Handeln nicht im Kontext einer funktionsstüchtigen Legislative verankert ist und sich das Recht somit von der Politik als dem wichtigsten Mechanismus demokratischer Legitimation löst.⁹⁰⁹

Demokratische Rückbindung im Sinne von aktivem Wahlrecht oder Repräsentation stellt bei völkerstrafrechtlichen Gerichten jedoch nicht die einzige legitimationsstiftende Quelle dar. Genutztes und ungenutztes Potential lässt sich auch in der Person des Richters, in der Verfahrensart sowie in der Ausgestaltung der gerichtlichen Entscheidung finden.⁹¹⁰ Tritt ein Nationalstaat dem IStGH bei, so geschieht dies über einen binnenrechtlichen Ratifizierungsvorgang und weist somit in der demokratischen Rückbindung durchaus Unterschiede auf. Dies führt zu der Problematik, dass eine solche staatliche Zustimmung in sehr unterschiedlicher Weise mit der gesamtgesellschaftlichen Zustimmung in einem Nationalstaat einhergeht. Es gibt ganz verschieden geartete Beitrittsmotive – diese können auch durch politische Opportunität oder wirtschaftliche Interessen geprägt sein, die wenig mit den Zielen des IStGH gemein haben, ja ihnen womöglich sogar widersprechen.

Die demokratische Rückbindung kann auch durch den Vorgang der Implementierung der rechtlichen Normen leiden – völkerstrafrechtliche Verträge folgen einem Top-down-Ansatz, das Recht wird also «von oben her» in die Rechtsordnung implementiert, während demokratische Prozesse einem Bottom-up-

⁹⁰⁸ Ebd., S. 161.

⁹⁰⁹ VON BOGDANDY/VENZKE 2010, S. 2.

⁹¹⁰ Ebd., S. 215 ff.

Ansatz folgen.⁹¹¹ Das zeigt sich etwa innerhalb der binnenrechtlichen Ratifizierungsvorgänge: Der völkerrechtliche Vertrag wird üblicherweise nicht vom Parlament, sondern durch Diplomaten ausgehandelt, was eine offene demokratische Auseinandersetzung erschwert.⁹¹² Auch zeigen nationale Parlamente gegenüber Regierungsvorschlägen, die dem Abschluss internationaler Vereinbarungen dienen, meist eine grössere Folgebereitschaft, da sie in den Inhalten häufig weniger bewandert sind als in denen nationaler Vorlagen.⁹¹³ Da die Zugriffsmöglichkeiten für eine Modifizierung des Rechts, etwa zur Vertragsänderung, an hohe Anforderungen geknüpft sind (Einstimmigkeit oder qualifizierte Mehrheiten), sind internationale Verträge zudem schwieriger wieder in den politischen Einflussbereich der Legislative zurückzuübersetzen.⁹¹⁴

Die beschränkte Einflussnahme nationaler Parlamente zieht somit ein Spannungsverhältnis zwischen Internationalität und Pluralität dahingehend nach sich, dass nationale Eigenheiten in Bezug auf die Konfliktlösung nur bedingt Geltung finden.⁹¹⁵ Dies wiederum verstärkt die Abwehrhaltung derjenigen Gebiete, die der internationalen Gerichtsbarkeit ohnehin mit Vorbehalten begegnen. Als Ergebnis können wir festhalten, dass die beschriebenen demokratischen Defizite neben den oben genannten strukturellen Gründen geeignet sind, die Normakzeptanz beziehungsweise die Normgenerierung zu hemmen.⁹¹⁶ Letztlich ist aber wichtig, zu sehen, dass Strafe nicht nur Normen stabilisieren, sondern Konflikte geradezu neu entfachen, also kontraproduktiv wirken kann. Beispielhaft dafür ist etwa der Freispruch des kroatischen Generals Ante Gotovina, der von dem damaligen serbischen Präsidenten Tomislav Nikolić als eine politische Entscheidung bezeichnet wurde, die nicht zur Stabilisierung der Lage beitragen und erneut alte Wunden aufreissen werde.⁹¹⁷

⁹¹¹ Ebd., S. 161.

⁹¹² Ebd., S. 165.

⁹¹³ VON BOGDANDY/VENZKE 2014, S. 166.

⁹¹⁴ Ebd., S. 168.

⁹¹⁵ DRUMBL 2007, S. 125.

⁹¹⁶ HOLLING 2016, S. 138.

⁹¹⁷ Vgl. SPIEGEL Politik vom 16. November 2012 (online): «Serben entsetzt über Freispruch für kroatischen General Ante Gotovina».

D. Der Strafzweck unter der Funktion von Kontrolle und Legitimation öffentlicher Gewalt

1. Kontrolle staatlicher Strafinstitutionen

Neben Konfliktbewältigung und Stabilisierung normativer Erwartungen können internationale Strafgerichte nach dem hier vertretenen Funktionsverständnis internationaler Gerichte auch unter der Funktion von Kontrolle und Legitimation öffentlicher Gewalt verstanden werden. Kontrolle öffentlicher Gewalt betrifft in erster Linie die Frage nach der Kontrolle staatlicher Institutionen nach der Massgabe des Völkerrechts.⁹¹⁸ Im Völkerstrafrecht bezieht sich diese Kontrolle auf das Verhältnis von völkerstrafrechtlichem und nationalstaatlichem Gericht, vor allem unter dem Blickwinkel des internationalen Menschenrechtsschutzes. Dieser Kontrolle kommt regelmässig eine massgebende legitimatorische Funktion zu, da die Kontrolle staatlicher Organe durch internationale Gerichte eine nationale Herrschaftsausübung gestatten kann.⁹¹⁹ Es gilt im Folgenden, zu bestimmen, welches Wirkungsvermögen von Strafe mit dieser Kontroll- und Legitimitätsfunktion in Zusammenhang steht.

a. Komplementarität und Kontrolle

Der IStGH und die ihm zugehörenden Mitgliedstaaten stehen zueinander in einem Verhältnis der Komplementarität. Obwohl dieses Prinzip als Zuständigkeitsmechanismus für den IStGH erstmals zur Anwendung gelangte und einen relativ komplexen Mechanismus vorsieht, erwies sich dieses Prinzip als wegweisend für das Zustandekommen des Römischen Statuts.⁹²⁰ Der Grund dafür lag offenbar in einem zwischen den Mitgliedstaaten gefundenen Kompromiss zwischen Bewahrung und Achtung eigener Souveränität und dem doch optimistischen Willen, der Straflosigkeit von Makrodelinquenz ein Ende zu setzen.⁹²¹ Die Komplementaritätsvorschrift des Römischen Statuts macht ein völkerstrafrechtliches Einschreiten nur für jene Fälle zulässig, in denen der Mitgliedstaat nicht mehr willens und/oder in der Lage ist, die Strafverfolgung selbst ernsthaft in die Hand zu nehmen. Ob diese Voraussetzungen gegeben

⁹¹⁸ VON BOGDANDY/VENZKE 2014, S. 25.

⁹¹⁹ Ebd., S. 26.

⁹²⁰ LAFLEUR 2011, S. 352.

⁹²¹ Ebd., S. 353; dazu kritisch: GÜNTHER/REUSS 2014, S. 137, die das Komplementaritätsprinzip vor allem auf machtpolitische Interessen der Staaten und die strukturelle Schwäche des IStGH zurückführen.

sind, entscheidet indes allein der IStGH.⁹²² Auch wenn das Prinzip der Komplementarität von nationalstaatlichem und völkerstrafrechtlichem Strafrecht zunächst zwei gleichwertige, sich ergänzende Ebenen impliziert, ist ein völkerstrafrechtliches Einschreiten aufgrund der skizzierten Kompetenzverteilung auch gegen den Willen der Mitgliedstaaten möglich. Das Komplementaritätsprinzip des IStGH kann daher durchaus im Sinne einer Kontrollinstanz des IStGH gegenüber seinen Mitgliedstaaten verstanden werden.⁹²³ Etwas salopp gesagt, könnte man darin in der Tat ein System von Zuckerbrot und Peitsche erkennen. Das Zuckerbrot wäre dann die zunächst unberührte staatliche Souveränität, die Peitsche entspräche der Möglichkeit völkerstrafrechtlichen Einschreitens, falls nötig auch gegen den Willen eines Mitgliedstaates.⁹²⁴

Bereits das Völkerrecht selbst verpflichtet die Staaten unter gewissen Umständen dazu, Völkerrechtsverbrechen zu verfolgen, und vereinzelt findet sich in den völkerrechtlichen Regelwerken die Verpflichtung der Staaten, einschlägige Strafbestimmungen zu erlassen.⁹²⁵ Eine Pflicht zur Implementierung der Tatbestände besteht indes nicht.⁹²⁶ Auch vom Römischen Statut selbst geht keine solche Verpflichtung aus. Es entspricht indes dem Grundgedanken des Statuts, dass die Mitgliedstaaten ihre Strafgesetze an das materielle Völkerstrafrecht anpassen,⁹²⁷ wobei sich in der Legislativanpassung ein uneinheitliches Bild zeigt.⁹²⁸ Neben der Legislative wird auch die Strafverfolgungsbehörde der Mitgliedstaaten zum Adressat völkerstrafrechtlicher Kontrollwirkung. Hier artikuliert sich die Kontrollfunktion in der Möglichkeit, ein Strafverfahren unter den komplementären Voraussetzungen des Römischen Statuts aus der Hand geben zu müssen. Für viele Staaten mag ein solches Szenario – angesichts der Voraussetzungen, die für die Entstehung von Makrokriminalität erst vorherrschen müssten – zwar verständlicherweise als sehr unwahrscheinlich gelten. Indes bleibt die Kontrollfunktion der nationalen Strafverfolgung durch den IStGH nicht auf die reine Möglichkeit einer tatsächlichen Eröffnung eines völkerstrafrechtlichen Strafverfahrens beschränkt. Man könnte eine Kontrollfunktion bereits aus seiner schlichten Existenz ableiten, und von da bis zu seinem tatsächlichen Einschreiten sind zahlreiche Zwi-

⁹²² WERLE/JESSBERGER 2020, Rn. 313.

⁹²³ So auch ebd., Rn. 314 f., wo im Komplementaritätsprinzip eine Aufsichts- und Kontrollfunktion erkannt wird.

⁹²⁴ LAFLEUR 2011, S. 358.

⁹²⁵ WERLE/JESSBERGER 2020, Rn. 89.

⁹²⁶ Ebd.

⁹²⁷ Ebd., Rn. 91.

⁹²⁸ Vgl. zum Ganzen umfassend ESER 2003–2006.

schentöne möglich. So können etwa Bemerkungen der Anklagebehörde, dass eine entsprechende Lage in einem Mitgliedstaat sorgfältig beobachtet werde und je nach weiterem Verlauf Ermittlungen in Erwägung gezogen würden, bereits stimulierend auf die einzelstaatliche Strafverfolgungsbehörde wirken.⁹²⁹

b. Die Rolle der Strafe in der Kontrolle staatlicher Organe

Üblicherweise betrifft die Frage nach dem Strafzweck die Frage nach dem Wirkungsvermögen von Strafe auf den Täter. Davon unabhängig stellt sich die Frage, welchen Wirkungseinfluss das Instrument Strafe auf die ihr zugrundeliegende Strafinstitution auszuüben vermag. Oder anders gefragt: Welche Rolle spielt die Strafe in der oben skizzierten institutionellen Kontrolle zwischen völkerstrafrechtlichem und nationalem Gericht?

Das Instrument Strafe ist das prägende Element einer jeden Strafinstitution. Durch die institutionalisierte Erlaubnis, Personen unter gewissen Umständen für gewisse Handlungen durch Strafe zur Verantwortung zu ziehen, kommt ihr das Privileg zu, moralische Urteile zu fällen, namentlich einen Täter für seine Tat zu tadeln. Diese moralisch-stigmatisierende Wirkung von Strafe äussert sich nun nicht erst bei ihrer tatsächlichen Verhängung. Schon die Tatsache, dass der Strafinstitution im Strafverfahren das Privileg zukommt, ein moralisches Urteil über Personen zu fällen, mithin über Schuld und Strafe zu befinden, wirkt nicht nur auf den ganzen Strafprozess zurück, sondern verleiht der Institution Strafrecht ihre eigene (moralische) Prägung.⁹³⁰ Das zeigt sich auch in der spannungsgeladenen Atmosphäre, in welcher die Strafjustiz ihre Arbeit verrichtet, an den Mauern der Gerichte und Gefängnisse, die wiederum ihre eigene Sprache sprechen.⁹³¹ Erst die Strafe macht den Prozess zum *Strafprozess*, den Richter zum *Strafrichter* und die Institution zum *Strafgericht*.

Wenn wir oben unter dem Blickwinkel der Komplementarität von Gesichtverlust gesprochen haben, von Zuckerbrot und Peitsche, so sind dies Ausprägungen, die stark mit der missbilligend-moralischen Komponente von Strafe zusammenhängen. In ihrem Verhältnis zum IStGH steht für die Mitgliedstaaten nämlich viel auf dem Spiel. Sollte der IStGH von der Unwilligkeit und/oder Unfähigkeit des Vertragsstaates zur strafrechtlichen Verfolgung ausgehen, hat er die Möglichkeit, die Strafverfolgung selber in die Hand zu nehmen. In diesem Druckmittel, das Strafe bereits ohne ihre tatsächliche Verhängung einer Insti-

⁹²⁹ LAFLEUR 2011, S. 360.

⁹³⁰ ANDROULAKIS 1996, S. 310.

⁹³¹ Ebd., S. 311.

tution an die Hand geben kann, sehen wir einen weiteren wichtigen Zweck von Strafe. Dieser Druck wirkt einerseits stimulierend hinsichtlich der Einhaltung und Durchsetzung des überstaatlichen Vertragswerks. Andererseits bildet das Völkerstrafrecht – vor allem dann, wenn das völkerstrafrechtliche Gericht auf Begehren des Mitgliedstaates angerufen wird – die Möglichkeit eines ernstzunehmenden Ersatzes, der das Bedürfnis nach einem moralischen Urteil befriedigen kann. Dazu kommt, dass sich aus dem Komplementaritätsprinzip auch eine gewisse Entlastung für den Mitgliedstaat dahingehend ergeben kann, dass es ab einem gewissen Punkt nicht mehr ausschliesslich an ihm liegt, über das strafrechtliche Einschreiten zu entscheiden. Die Vereinten Nationen, die für die internationale Strafergerichtsbarkeit Verantwortung tragen, sind wirkungsmächtiger darin, etwa einem staatsterroristischen Regime Strafverfolgung anzudrohen, als dies ein einzelner Staat wäre.⁹³²

2. Kontrolle durch Abschreckung des potentiellen Täters

a. Das eingeschränkte Potential der Strafverfolgung

Keine Strafrechtsordnung der Welt könnte ernsthaft den Versuch wagen, die abschreckende Wirkung ihrer Strafsanktionen dadurch zu überprüfen, dass es die Strafverfolgung für eine gewisse Zeit aussetzt. Anders das Völkerstrafrecht: Eine völkerstrafrechtliche Strafverfolgung war über die Geschichte gesehen eher die Ausnahme als die Regel. Es bedarf indes keines Beleges, dass auch die Einsetzung des ISTGH die (weitere) Begehung von makrokrimineller Delinquenz nicht verhindern konnte.

Unter den gängigen Voraussetzungen eines Strafrechtssystems in einem Nationalstaat steht ein potentieller Delinquent meist einem überlegenen, machtvollen Staatsapparat gegenüber, während es im Völkerstrafrecht überhaupt erst einmal darum ging, einem (potentiellen) makrokriminellen Täter etwas entgegenzusetzen, nachdem sein Strafverfolgungsrisiko nahezu bei null lag.⁹³³ Wenngleich mit der Errichtung des ISTGH wieder die Hoffnung zurückgekehrt ist, (zukünftige) makrokriminelle Täter das Fürchten zu lehren, hält der ISTGH dazu nur relativ stumpfe Waffen bereit. Dass die Wirksamkeit einer Strafandrohung nämlich im Wesentlichen mit der Wahrscheinlichkeit der Entdeckung, also mit der Funktionsfähigkeit und Durchschlagskraft der Strafverfol-

⁹³² NEUBACHER 2005, S. 419.

⁹³³ Ebd., S. 417.

gungsbehörde, zusammenhängt, haben wir oben bereits beschrieben.⁹³⁴ Wenn man bedenkt, dass das Völkerstrafrecht gar keine eigenen Durchsetzungsorgane hat und auf die Kooperation der einzelnen Vertragsstaaten angewiesen ist, dann sind das denkbar schlechte Voraussetzungen für einen möglichen Nachweis der abschreckenden Wirkung völkerstrafrechtlicher Strafsanktionen.⁹³⁵

Neben dem Durchsetzungsdefizit sind internationale Strafgerichte im Grunde genommen mit jedem makrokriminellen Konflikt, in den sie einzuschreiten denken, überfordert. Allein schon die grosse Anzahl der Täter zwingt sie daher zu selektiven und somit schmerzhaften Richtungsentscheidungen. Diese Selektivität, die in einem beschränkten Masse jede Strafrechtsordnung trifft, äussert sich im Völkerstrafrecht im einem doppelten Sinne: zunächst in der Auswahl des makrokriminellen Konflikts an sich und später in der Auswahl eines für das Völkerstrafrecht relevanten Ausschnittes daraus.⁹³⁶ Verweigern Vertragsstaaten die Kooperation mit dem ISTGH, gibt es kaum Möglichkeiten zur Rechtsdurchsetzung. Das Völkerstrafrecht leidet also unter einem beträchtlichen Durchsetzungsproblem, da es beständig auf die Machbarkeit verwiesen ist, die im Wesentlichen vom Vertragsstaat abhängt.⁹³⁷ Internationale Strafgerichte sehen sich zudem mit gleichsam unverschuldeten Schwierigkeiten konfrontiert, da bedeutende Länder wie etwa die UNO-Sicherheitsrats-Mitglieder USA, China und Russland als weltpolitische Schwergewichte nicht vertreten sind.

Diese letztlich alle unter dem Stichwort «Selektivität» zusammenfallenden Umstände artikulieren sich nun in der empirischen Überprüfung der abschreckenden Wirkung einer völkerstrafrechtlichen Strafe. Die einschlägigen Variablen, welche der abschreckenden Wirkung von Strafe üblicherweise zukommen, sind neben der Existenz spezieller Strafnormen die Strafwahrscheinlichkeit, die Strafschnelligkeit und letztlich die Strafhöhe.⁹³⁸ Diese Faktoren erweisen sich für das Völkerstrafrecht im Vergleich zum nationalen Strafrecht – von dessen Übertragbarkeit wir hier ausgehen – als allesamt unterentwickelt. Trotz der Ratifizierung des Römischen Statuts durch über 160 Staaten ist im Völkerstrafrecht im Vergleich zum nationalen Strafrecht eine deutlich geringere Verbreitung positiver Sanktionsnormen zu finden. Zu-

⁹³⁴ Vgl. oben [§ 3, A.2.](#)

⁹³⁵ In diesem Sinne auch BASSIOUNI 2010, S. 229.

⁹³⁶ MÖLLER 2003, S. 298.

⁹³⁷ SAFFERLING 2011, Rn. 6 zu § 4.

⁹³⁸ HOLLING 2016, S. 181.

dem sind die Strafverfolgungsmöglichkeiten mit der Errichtung des IStGH zwar auf einem Höchststand angelangt – ein mögliches Bestrafungsrisiko ist jedoch im Vergleich zur Anzahl der Täter gering und liegt bei weniger als einem Promille.⁹³⁹ Auch hinsichtlich der Strafschnelligkeit verliert der IStGH an präventivem Potential, wenn man bedenkt, dass seine Verfahren in der Regel wesentlich länger dauern als nationale Strafverfahren. Und nicht zuletzt die Strafhöhe wird hinsichtlich des Abschreckungsaspekts bisweilen als zu tief eingeschätzt.⁹⁴⁰ Exemplarisch sei hier auf das historische, da das erste Urteil des IStGH gegen Thomas Lubanga vom 14. März 2012 hingewiesen. Dieses Urteil umfasste (ohne Strafzumessung und Entscheidung über die Wiedergutmachung) über 600 Seiten. Die Bestätigung der Berufungskammer erfolgte am 1. Dezember 2014, eine Präzisierung des Urteils, die Reparationszahlungen betreffend, am 3. März 2015. Das zeigt die einerseits detaillierte, andererseits aber auch ressourcen- und zeitintensive Arbeitsweise solcher Gerichte auf.⁹⁴¹

Zu diesen sich auf die Tätigkeit des völkerstrafrechtlichen Gerichts beziehenden Variablen kommen weitere, die Abschreckungswirkung völkerstrafrechtlicher Strafe potentiell hemmende Faktoren hinzu. Wir haben oben bereits beschrieben, dass die Erzeugung respektive Aufrechterhaltung von Strafnormtreue im Wesentlichen mit der Akzeptanz und Anerkennung der staatlichen Organe zusammenhängt. Es ist davon auszugehen, dass die vor allem in strukturschwachen Ländern vorherrschende Ansicht der Illegitimität staatlicher Organe auch auf das Vertrauen und die Legitimität völkerstrafrechtlicher Gerichte ausstrahlt.⁹⁴² Die Selektivität bleibt daher ein heikles Problem und mit Blick auf Gerechtigkeit und Gleichbehandlung eine beträchtliche Belastung.⁹⁴³ Wollte man eine internationale Strafgerichtsbarkeit auf eine Art Legalitätsprinzip mit Verfolgungs- und Anklagezwang verpflichten, so würde man ihr wiederum etwas nicht zu Leistendes auflasten. Dies wäre ebenso schwer umsetzbar wie die Anwendung eines Opportunitätsprinzips,⁹⁴⁴ auch wenn faktisch auch im Völkerstrafrecht ein Opportunitätsprinzip zumindest besteht. Das Völkerstrafrecht wird daher einschneidende Massnahmen mit Blick auf sonst unverzichtbare Einschränkungen von Gleichheitsvorstellungen hinneh-

⁹³⁹ Ebd.

⁹⁴⁰ Ebd.

⁹⁴¹ HÖPFEL 2016, S. 48 f.

⁹⁴² HOLLING 2016, S. 183.

⁹⁴³ JÄGER 1995, S. 336.

⁹⁴⁴ Ebd. Ein solches Opportunitätsprinzip findet auch im staatlichen Strafprozessrecht nur in leichteren Fällen Akzeptanz.

men müssen.⁹⁴⁵ Das führt letztlich zu der Situation, dass Makrokriminalität auch öffentlich und offensichtlich begangen werden kann, ohne strafrechtliche Konsequenzen nach sich zu ziehen.

b. Der Täter als Person

Neben diesen strukturellen Variablen müssen wir nochmals jenes Element ins Zentrum rücken, an welchem sich die negativ-generalpräventiven Theorien im Wesentlichen orientieren: den potentiellen oder tatsächlichen makrokriminellen Tätern. Es lohnt sich hier, an die oben vorgenommene (grobe) Unterscheidung zwischen makrokriminellen Haupttätern und den ihnen untergeordneten Gefolgschaftstätern anzuknüpfen, da sie als Adressaten völkerstrafrechtlicher Sanktionen jeweils anderen Voraussetzungen unterliegen.

Der makrokriminelle Haupttäter agiert regelmässig in politisch oder militärisch leitender Stellung. Er wird somit das strategische Abwägen von Vor- und Nachteilen, von Chancen und Risiken gewohnt sein, weshalb er auch einer abschreckenden Wirkung von Strafe zugänglich sein könnte.⁹⁴⁶ Allerdings wird eine – wenn sie denn überhaupt stattfindet – rationale Abwägung zwischen dem sich versprechenden Nutzen der Tat und der potentiellen Gefahr einer Bestrafung durch ein völkerstrafrechtliches Gericht einen möglichen Täter wohl kaum zum Umdenken bewegen. So wird denn auch eher die geringe Wahrscheinlichkeit einer Strafverfolgung in seinen Entscheidungen einfließen, sofern er sich (wie gesagt) überhaupt Gedanken dazu macht. Im Unterschied zu gemeinrechtlicher Delinquenz ist eine Ahndung von makrokrimineller Delinquenz auch an besondere strukturelle und gesellschaftliche Bedingungen geknüpft, in dem Sinne, dass ihre Ahndung zunächst die Veränderung der politischen Verhältnisse, beispielsweise die Beilegung eines Konflikts, voraussetzt.⁹⁴⁷ Dass potentielle makrokriminelle Täter in ihrer Nutzenabwägung nicht primär ihre Niederlage oder ihr Herrschaftsende fürchteten, sondern die anschliessend anstehende (ungewisse) Möglichkeit einer Bestrafung, ist in der Tat wirklichkeitsfremd.⁹⁴⁸ Zudem muss der makrokriminelle Täter – anders als beim nationalen Strafrecht – seine Delinquenz nicht in einem intakten Ordnungsgefüge verbergen. Er kann öffentlich und normkonform agieren; die Se-

⁹⁴⁵ Ebd. und S. 337.

⁹⁴⁶ MÖLLER 2003, S. 496.

⁹⁴⁷ JÄGER 1995, S. 340.

⁹⁴⁸ Ebd.

ektivität schafft hier sogar ein spezielles Feld, in dem Makrokriminalität offen begangen und trotzdem nicht verfolgt wird.⁹⁴⁹

Trotz dieser einschneidenden Vorbehalte gegenüber der abschreckenden Wirkung völkerstrafrechtlicher Sanktionen auf makrokriminelle Haupttäter sind in der Literatur verschiedene Beispiele bekannt, die eine Abschreckungswirkung auch auf solche Täter erkennen. So führte das Verfahren der Anklagebehörde des IStGH im Jahre 2003 in der Demokratischen Republik Kongo wegen Verstößen gegen das Römische Statut zu erheblichen Anstrengungen der politischen Behörden und zu einer umfangreichen Justizreform, mit dem Ziel, das Primat der eigenen Souveränität zu sichern.⁹⁵⁰ Auch die Verhaftung von Thomas Lubanga im Jahr 2006 zog die wachsende Einsicht nach sich, dass die Rekrutierung von Kindersoldaten als Kriegsverbrechen gilt, und führte folglich zu einer nachweislichen Reduktion in der Rekrutierung von Kindersoldaten.⁹⁵¹

3. Legitimation durch Kontrolle

Der beschriebenen Kontrollfunktion des IStGH gegenüber seinen Vertragsstaaten inhärent ist ein gewisses Misstrauen gegenüber der Fähigkeit und Willigkeit dieser Staaten in der Verfolgung von Makrodelinquenz. In dieser Lesart steht also das Misstrauen des Kontrollaspekts im Zentrum. Zugleich ist dieser Kontrolle jedoch auch eine Form von Legitimation des Vertragsstaates inhärent. Wer sich als Vertragsstaat nämlich durch ein völkerstrafrechtliches Gericht kontrollieren lässt, verschafft sich insofern Legitimation, als er das Regime hinter der Gerichtsbarkeit akzeptiert. Dieses legitimationsstiftende Element, welches sich durch die Unterwerfung unter die völkerstrafrechtliche Jurisdiktion ergibt, ist vor allem in Transitionsprozessen von entscheidender Bedeutung. Indem internationale Strafgerichte das Unrecht des vergangenen Regimes öffentlich aufarbeiten, legitimieren und stabilisieren sie die neue Ordnung. Nach Antonio Cassese, namhafter Experte und vormaliger Präsident des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien, zeigt die Bereitschaft eines Staates, sich völkerstrafrechtlichen Verfahren zu stellen, dessen Absicht, einen Schlussstrich unter die Vergangenheit zu ziehen («to break with the past»)⁹⁵² So erscheinen die Strafgerichte insgesamt

⁹⁴⁹ MÖLLER 2003, S. 506.

⁹⁵⁰ BURKE-WHITE 2005, S. 106.

⁹⁵¹ Ebd.

⁹⁵² CASSESE 1998, S. 10.

als Organe der internationalen Gemeinschaft, deren Werten sie Ausdruck und Wirkungskraft verleihen.⁹⁵³

Auch hier stellt sich die Frage, in welchem Zusammenhang die Strafe zu einer solchen Legitimitätsstiftenden Funktion beitragen kann. In unserem multifunktionalen Strafverständnis erleben wir Strafe als etwas Dynamisches. Ihre Wirkungsweise setzt nicht (punktuell) erst bei ihrer Verhängung oder Androhung ein, auch nicht erst im Strafprozess. Demnach erreicht Strafe auch bislang nicht auf ihre Wirkung hin untersuchte Gebiete. Im Bereich der Legitimation primär von Staaten im Transitionsprozess kommt ihr somit ebenfalls eine wichtige Funktion zu. So wird die Legitimitätsfunktion völkerstrafrechtlicher Gerichte auch über die Strafe aufgebaut: Die Strafe verdeutlicht die Ernsthaftigkeit des Vorhabens und des Regimes insgesamt. Als einziges Reaktionsinstrument im Transitionsprozess stellt das Strafrecht öffentlich Missbilligung her, sie urteilt in Täter und Opfer, in Gut und Böse. Eine Gesellschaft, die sich dieser Instanz stellt und ihre möglichen Konsequenzen – die Stigmatisierung durch Strafe – akzeptiert, verschafft sich insofern Legitimation, als sie sich einer neutralen Instanz unterwirft. Mit dem härtesten Mittel des Strafrechts korrespondiert immer auch eine gewisse Ernsthaftigkeit. Auf diese Weise werden die Menschenrechte in ihrer Wichtigkeit bestärkt; die Gesellschaft soll sehen, dass die Durchsetzung dieser Rechte des denkbar stärksten Instrumentes bedarf, eben der Strafe. In Bezug auf den Ausbau des Regimes ist aber auch die Kategorisierung hilfreich: Da der IStGH nur bei Mitgliedstaaten aktiv werden kann, übt sein Einschreiten zugleich Druck auf Nichtmitglieder aus. Bei Nichtmitgliedschaft zum Römischen Statut besteht Erklärungsbedarf. Auch hier bezieht der IStGH die Ernsthaftigkeit seines Vorhabens aus der Möglichkeit der Bestrafung.

E. Der Strafzweck im Völkerstrafrecht unter der Funktion der Rechtsfortentwicklung

1. Rechtsentwicklung im Völkerstrafrecht

Die Menschheits- und Massenverbrechen des Zweiten Weltkriegs führten im Völkerstrafrecht zu einem regelrechten Kodifizierungs- und Institutionalisierungsschub.⁹⁵⁴ In der rechtlichen Auseinandersetzung mit den nationalso-

⁹⁵³ VON BOGDANDY/VENZKE 2014, S. 103.

⁹⁵⁴ CONZE 2014, S. 19.

zialistischen Verbrechen während des Zweiten Weltkriegs bildete sich diejenige normative Ordnung heraus, die bis heute Bestand hat und sich nach der politischen Blockade durch den Ost-West-Konflikt angesichts der bewaffneten Auseinandersetzungen im damaligen Jugoslawien und Ruanda reaktivieren liess.⁹⁵⁵ Die beiden für die bewaffneten Konflikte im ehemaligen Jugoslawien und Ruanda geschaffenen Ad-hoc-Tribunale haben das Völkerstrafrecht in der Folge massgeblich weiterentwickelt. So hat die Rechtsprechung des Jugoslawien-Tribunals im Wesentlichen dazu beigetragen, dass Normen des Kriegsvölkerrechts auch in innerstaatlichen Konflikten Anwendung finden. Zudem hat es die Tatbestände des Kriegsverbrechens, des Verbrechen gegen die Menschlichkeit und des Völkermords weiterentwickelt und präzisiert. Das Jugoslawien-Tribunal schuf sodann ein rechtsstaatlichen Anforderungen genügendes Strafverfahrensrecht, was als markante Weiterentwicklung angesichts noch für das Internationale Militärgericht geltender Regelungen wie Todesstrafe, Abwesenheitsverfahren und fehlende Rechtsmittel gilt.⁹⁵⁶ Dem Ruanda-Tribunal sind insbesondere Verdienste bei der Weiterentwicklung des Völkermordtatbestandes zuzuschreiben.⁹⁵⁷

Die Ad-hoc-Gerichtshöfe gelten darüber hinaus als die entscheidenden Beschleuniger des Römischen Statuts.⁹⁵⁸ Während die Ad-hoc-Tribunale im Bereich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nur rudimentäre Regelungen enthielten, wirkt hier das Römische Statut dagegen innovativ.⁹⁵⁹ Exemplarisch sind die Regelungen des Römischen Statuts zum sogenannten Befehlsnotstand. Danach entheben Verbrechen, die auf Anordnung einer Regierung oder eines militärischen oder zivilen Vorgesetzten begangen wurden, den Täter grundsätzlich nicht seiner strafrechtlichen Verantwortlichkeit.⁹⁶⁰ Darin kommt zum Ausdruck, dass die Rechtsentwicklung im Völkerstrafrecht einen Stand erreicht hat, der sämtlichen Rechtsunterworfenen verdeutlicht, dass solche Taten nicht gerechtfertigt werden können, selbst wenn sie auf Anordnung oder auf der Grundlage von Gesetzen erfolgten.⁹⁶¹ Zudem sind im Römischen Statut nunmehr – einem «Allgemeinen Teil» ähnlich – umfassende Regelungen zu «General Principles» des Völkerstrafrechts enthalten.⁹⁶²

⁹⁵⁵ Ebd.

⁹⁵⁶ WERLE/JESSBERGER 2020, Rn. 53 f.

⁹⁵⁷ Ebd., Rn. 56.

⁹⁵⁸ STUCKENBERG 2007, S. 6.

⁹⁵⁹ WERLE/JESSBERGER 2020, Rn. 82.

⁹⁶⁰ Vgl. Art. 33 Römisches Statut.

⁹⁶¹ MAHLMANN 2021a, Rn. 215 zu § 7.

⁹⁶² WERLE/JESSBERGER 2020, Rn. 79.

2. Rechtserzeugung durch Gerichte

Das Problem der richterlichen Rechtsfortentwicklung, der Frage also, inwieweit die richterliche Fortentwicklung des Rechts für zulässig befunden wird, wird rechtstheoretisch seit jeher kontrovers diskutiert. Im Fokus der Debatte steht nicht weniger als der Kern der Gewaltenteilung. Ideengeschichtlich hat sich etwa Montesquieu als strikter Gegner einer Rechtsfortentwicklung durch Gerichte positioniert, da seiner Auffassung nach Rechtsprechung lediglich der Mund des Gesetzes ist.⁹⁶³ Diese Einsicht findet sich bereits im römischen Rechtsprinzip «iudicis est ius dicere sed non dare».⁹⁶⁴ Einem solchen Verständnis folgend, müssten nach dem zuvor Gesagten allerdings zahlreiche Judikate gerade der Vorgängerinstitutionen des IStGH als unbefriedigend, ja geradezu inakzeptabel anmuten.⁹⁶⁵

Wie auch immer man das schöpferische Element eines richterlichen Rechtspruchs im globalisierten Kontext theoretisch bewertet⁹⁶⁶ – im Kontext internationaler Gerichte ist richterliche Rechtsfortentwicklung eine Notwendigkeit und darf nicht als kompetenzwidrige Machtanmassung einer von politischen Einflüssen präformierten Gerichtsbarkeit taxiert werden.⁹⁶⁷ Gleichwohl sollte man die richterliche Rechtsfortbildung nicht mit der politischen Rechtserzeugung etwa eines Parlamentes gleichsetzen.⁹⁶⁸ Gerichte befassen sich ausschliesslich mit Fällen, die an sie herangetragen werden, während ein Parlament von sich aus aktiv wird. Hier ist jedoch auf die Sonderstellung der völkerstrafrechtlichen Anklagebehörde hinzuweisen, da sie über die Möglichkeit verfügt, selbst Strafuntersuchungen einzuleiten.⁹⁶⁹

Grundsätzlich hat die Rechtserzeugung durch ein Gericht zwei Dimensionen. In einer ersten Dimension erschöpft sie sich in einer gerichtlichen Entscheidung zweier Konfliktparteien.⁹⁷⁰ Die zweite Dimension der Rechtserzeugung reicht über das Verhältnis der Streitparteien hinaus, da jedes gerichtliche Urteil auch zu einem Argument im späteren (internationalen) Rechtsdiskurs werden kann.⁹⁷¹ Das universale Strafrechtsprinzip beispielsweise, wonach man nur

⁹⁶³ MONTESQUIEU 1951, Bd. 1, Buch XI, Kap. 6, S. 225.

⁹⁶⁴ SWART 2010, S. 460.

⁹⁶⁵ Ebd.

⁹⁶⁶ VON BOGDANDY/VENZKE 2014, S. 137 ff. (mit weiteren Verweisen).

⁹⁶⁷ Ebd., S. 145.

⁹⁶⁸ Ebd., S. 147.

⁹⁶⁹ Ebd., S. 145.

⁹⁷⁰ Ebd., S. 142.

⁹⁷¹ VON BOGDANDY/VENZKE 2014, S. 142.

aufgrund schlüssiger Beweise verurteilen darf, stellt unweigerlich die Frage nach den zulässigen Beweismitteln. Fragen wie diese lassen sich nur im internationalen Rechtsdiskurs beantworten, wobei konkurrierende politische Einschätzungen auftreten können. So haben Staaten, die für organisierte Kriminalität sensibel sind, Vorbehalte, auf gewisse Beweismittel zu verzichten. Die Aufgabe, im Rechtsdiskurs Gemeinsamkeiten zu entwickeln, wird auch dadurch erschwert, dass die nationalen Rechtsordnungen davon nicht unangetastet bleiben. Die Beweismittel beispielsweise, die ein Weltrechtssinn für zulässig hält, kann eine nationale Gerichtsbarkeit schwerlich auf Dauer abweisen. Andererseits droht auch stets die Gefahr, dass eine Rechtstradition dominiert, was den Rechtspruch präformieren kann.⁹⁷²

3. Die Position der Strafe in dieser Entwicklung

Wenn wir das Völkerstrafrecht als massgeblichen Akteur in der internationalen Durchsetzung von Menschenrechten beschreiben, ist das ihm zugrundeliegende Element und das zugleich schärfste Instrument des Rechts *per se* – die Strafe – unter menschenrechtlichen Gesichtspunkten zu konkretisieren und zu begrenzen. Strafrecht ist wirkungsmächtig; das ihm zugrundeliegende Monopol, institutionalisierte moralische Urteile zu fällen, mithin den Täter zu tadeln und seine Taten zu missbilligen und ihm gegenüber diesem Tadel mittels Übelszufügung zur nötigen Ausdruckskraft zu verhelfen, ist ein moralisches Privileg dieser Reaktionsform, gleichzeitig aber stets in hohem Masse rechtfertigungsbedürftig. Strafe versetzt die strafrechtliche Institution und die damit notwendig zusammenhängende Arbeit ihrer Akteure in einen ambivalenten Spannungszustand. Erst die Strafe macht die Institution zur *Strafinstitution*, den Richter zum *Strafrichter* und den Angeklagten zum *Straftäter*. Sie stellt den Betroffenen in einen Verdacht und hält ihn in einer Atmosphäre der Missbilligung, bevor sie womöglich den Kulminationspunkt der öffentlichen Verurteilung und Stigmatisierung erreicht.⁹⁷³

Indes greift es auch unter dem Aspekt der Rechtserzeugung zu kurz, wenn die Wirkung von Strafe nur an ihrer tatsächlichen Verhängung gemessen wird. Oben haben wir bereits beschrieben, dass ein strafrechtlicher Prozess, mithin ein strafrechtliches Forum, einen reichhaltigen kommunikativen Prozess beinhalten kann, auch wenn dieser Prozess letztlich nicht in die tatsächliche Verhängung einer Strafe mündet. Auch die Rechtsfortentwicklung bedarf nicht in

⁹⁷² HÖFFE 2002, S. 365.

⁹⁷³ ANDROULAKIS 1996, S. 317.

jedem Fall der tatsächlichen Verhängung einer Strafe, sie kann ebenso mittels Freispruch erfolgen. Die Offenheit von Menschenrechtsprinzipien steht allerdings stets in der Gefahr, ein völkerstrafrechtliches Gericht (als Weltstrafgericht) zu gefährden, weshalb dieses – wie nachstehend aufzuzeigen sein wird – für eine «transkulturelle Wohlbestimmtheit» sorgen muss.⁹⁷⁴

Den Ausführungen Otfried Höffes folgend, betrifft diese transkulturelle Wohlbestimmtheit mindestens fünf Punkte: Als Erstes betroffen ist die Strafbefugnis. Der transkulturelle Konsens allein ist hier noch kein hinreichender Grund, die Strafkompetenz gänzlich auf die Weltgesellschaft zu übertragen, weshalb die Primärzuständigkeit des Einzelstaates mit dem Komplementaritätsprinzip abgesichert werden muss. Zweitens betroffen ist das materielle Strafrecht, und zwar in dem Sinne, dass die Zuständigkeit des Weltstrafgerichts beschränkt ist auf unstrittig gravierende und die Betroffenheit des Einzelstaates übersteigende Delikte, was mit den Straftatbeständen des Römischen Statuts (Kriegsverbrechen, Genozid, Verbrechen gegen die Menschlichkeit) zum Ausdruck kommt.⁹⁷⁵ All dies sind Delikte, von denen insbesondere politische und militärische Führer wissen müssen, dass sich die Menschheit (transkulturell) über deren Unrechts- beziehungsweise Verbrechenscharakter einig ist. Drittens betrifft die transkulturelle Wohlbestimmtheit die Eingrenzung des für eine Bestrafung infrage kommenden Personenkreises, der auf das menschenrechtlich gebotene Schuldprinzip begrenzt werden muss. Schliesslich stehen auch Sanktionsart und Strafverfahren in der Gefahr einer kulturabhängigen Interpretation, weshalb das Weltstrafgericht auf menschenrechtsverletzende Strafen wie Leibesstrafen verzichtet und sich (maximal) auf die lebenslange Freiheitsstrafe zu beschränken hat. Im Bereich des Strafverfahrens sind die absoluten Prozessgrundsätze zur Schaffung von Verfahrensgerechtigkeit wie etwa Unparteilichkeit und Unschuldsvermutung einzuhalten, im Bereich der zulässigen Beweismittel ist auf den unstrittigen Anteil zu fokussieren und absolut ausgeschlossen ist etwa Folter zur Erzwingung von Geständnissen.⁹⁷⁶ Je besser es also gelingt, die Strafe im Tätigwerden völkerstrafrechtlicher Gerichte als menschenrechtskonformes Instrument für die verstärkte Ausdrucksweise ihrer Botschaft zu nutzen, desto mehr wird das Menschenrechtsregime als solches davon profitieren und sich in diesen Absichten weiterentwickeln. Bezeichnend appellierte William A. Schabas in diesem Sinne an

⁹⁷⁴ HÖFFE 2002, S. 370.

⁹⁷⁵ In diesem Sinne auch Antonio Cassese, der schwerwiegende Verstöße gegen internationale Werte als eine Angelegenheit der Weltgesellschaft betrachtet, vgl. CASSESE 2009, S. 127.

⁹⁷⁶ Vgl. zum Ganzen HÖFFE 2002, S. 370 ff.

die Richterinnen und Richter der Ad-hoc-Gerichte, falsche oder verwirrende Signale aus Den Haag oder Arusha könnten die Errungenschaften im internationalen Menschenrechtsschutz um Jahrzehnte zurückwerfen.⁹⁷⁷ Auch Rechtsfortentwicklung findet mithin stets vor dem Hintergrund des Instruments der Strafe statt.

⁹⁷⁷ Vgl. SCHABAS 1997, S. 516.

§ 7 Schlussbetrachtung

Was ist nun – nachdem wir uns auf fast 200 Seiten mit Strafe, ihrem Zweck und internationalen Strafgerichten auseinandergesetzt haben – von Hannah Arendts Zweifeln an der Möglichkeit einer strafrechtlichen Erfassung völkerstrafrechtlicher Delinquenz geblieben? Können wir makrokriminelle Täter wirklich bestrafen? Die Antwort auf diese Frage ist zunächst einfach: Sofern wir einen Täter fassen können, ihn in einem Strafprozess für schuldig befinden, ihn verurteilen und in ein Gefängnis bringen oder gar die Todesstrafe gegen ihn verhängen, lässt sich in einem formalen Sinn sagen: Ja, wir können makrokriminelle Täter bestrafen. Andere Fragen sind hingegen, *wie, warum* und *durch wen* völkerstrafrechtliche Täter bestraft werden sollen – *dass* sie aber bestraft werden können, steht ausser Frage.⁹⁷⁸ Mit Blick auf das Römische Statut lässt sich die Frage nach dem *Wie* bereits beantworten: Völkerstrafrechtliche Täter werden mit Freiheitsstrafen, allenfalls mit einer Geldstrafe bestraft.⁹⁷⁹ Schwieriger ist bereits die Frage, durch wen oder eben *in wessen Namen* solche Gerichte agieren. Sprechen sie im Namen der Menschheit? Im Namen der internationalen Gemeinschaft (der Staaten)? Oder agieren solche Gerichte doch (nur) als Vertreter der Gebiete, für die sie komplementär zum Einsatz gelangen? Wir mussten diese Frage weitgehend offenlassen und haben uns der Formel «im Namen der Völker und der Bürger» angeschlossen, die auf einem «pluralen Verständnis demokratischer Legitimation» beruht.⁹⁸⁰ Die vorliegende Arbeit widmete sich indes der letzten Kernfrage solcher Gerichte, der Frage nach dem *Warum* der Strafe. Sie führte uns geradewegs in *die* rechtsphilosophische Kernfrage jeder Strafrechtsordnung, die nach dem Strafzweck.

Unser zunächst kursorisch vorgelegter ideengeschichtlicher Abriss zur Frage des Strafzwecks hat gezeigt, dass ihr Diskurs stets mit ähnlichen Argumenten ausgetragen wurde. Dabei wurden das Argument, Strafe könne einen zukünftigen Nutzen herbeiführen (Stichwort: präventive Straftheorien oder konsequentialistische Straftheorien), wie die von Gerechtigkeitsüberlegungen geleitete Idee, Strafe könne für Vergangenes einen Ausgleich schaffen (Stichwort: vergeltende oder retributive Straftheorien), gleichermassen beansprucht. Die expressiven Straftheorien setzten hier neue Akzente. Nicht nur, weil sie sich

⁹⁷⁸ DUFF 2009, S. 79.

⁹⁷⁹ Vgl. Art. 76 ff. Römisches Statut.

⁹⁸⁰ VON BOGDANDY/VENZKE 2014, S. 292.

nicht ohne Weiteres in den Dualismus von Prävention und Retribution einfügen lassen – sie machen sich ein für Strafe wohl unterschätztes Element zu Nutzen: den kommunikativ-moralischen oder eben expressiven Gehalt der Strafe, der sich neben dem Täter auch an die Opfer und die unbestimmte Allgemeinheit richten kann. Systematisch waren präventive Straftheorien unter konsequentialistischen beziehungsweise utilitaristischen Gesichtspunkten zu begutachten. Während die wesentlichen Schwierigkeiten präventiver Straftheorien in ihrem Hang zum Grenzenlosen und der Unmöglichkeit einer empirischen Erforschung der Zukunft liegen, muss sich der Retributivismus einen Gerechtigkeitswahn vorwerfen lassen, den Kant mit seinem berühmt gewordenen Inselbeispiel auf die Spitze treibt. Gegen expressive Straftheorien liess sich systematisch im Wesentlichen einwenden, dass sie sich mit ihrem Anspruch, mit dem Täter in einen moralischen Dialog zu treten, zu einem voraussetzungsreichen Theoriegebilde machen, da sich dessen Bereitschaft zur Mitwirkung bisweilen als Klumpenrisiko erweisen kann.

Zunächst mussten indes die typisierenden Eigenschaften des Völkerstrafrechts freigelegt werden. Wenn den Bezugspunkt das staatliche Strafrecht bildet, unter dessen Voraussetzungen die Debatte um den Strafzweck entstand und geführt wurde, zeigte sich doch im Völkerstrafrecht ein gänzlich anderes Kriminalitätskonzept, eines, das vor allem durch die Begehung von Straftaten in Grosskollektiven geprägt ist und sich in der oft erdrückend hohen Anzahl von Opfern solcher Verbrechen niederschlägt. Indes ist seine Stellung nicht monopolisiert; es operiert in gesellschaftlichen Transitionsprozessen (Stichwort: Transitional Justice) lediglich als ein – wenn auch zentrales – Reaktionsinstrument. Die Auseinandersetzung mit der Frage nach dem Strafzweck bedurfte zudem eines Vorverständnisses völkerstrafrechtlicher Gerichte im internationalen Rechtsdiskurs. Internationale Strafgerichte sind heute als Teil der internationalen Gerichtsordnung zu sehen und gleichsam zu «multifunktionalen Akteuren globalen Regierens»⁹⁸¹ erstarkt. Diesem Verständnis folgend werden internationalen Gerichten vier Funktionen zugeschrieben: Streitbeilegung im Einzelfall, Rechtserzeugung sowie Kontrolle und Legitimation öffentlicher Gewalt. Ein solches multifunktionales Verständnis von völkerstrafrechtlichen Gerichten bedingt ein ebenso multifunktionales Verständnis der Strafe und ihres Zwecks. Strafe ist daher als zunächst multifunktionales und normativ offenes Instrument zu betrachten und unter den erwähnten Funktionen zu konkretisieren.

⁹⁸¹ VON BOGDANDY/VENZKE 2014, S. 3.

Da ein strafrechtlicher Schuldvorwurf eine andere Aussage ist als etwa die Frage nach der Verschiebung von Seegrenzen, erwies sich der Begriff des Streites beziehungsweise der Streitbeilegung als für ein völkerstrafrechtliches Gericht unpassend. Wir haben daher statt von Streitbeilegung von Konfliktbewältigung gesprochen. Unter der Funktion der Konfliktbewältigung rückt derjenige Adressatenkreis in den Fokus der Strafwirkung, der vom Konflikt unmittelbar betroffen ist, unter den Kategorien des Strafrechts also Täter und Opfer. Der groteske Tod Slobodan Praljaks und das Gefühl, hier habe sich jemand schlicht aus der Verantwortung gestohlen, haben uns vor Augen geführt, dass Strafe mehr sein kann als das kühle Berechnen von Strafnutzen oder Schuldausgleich. Sie lässt sich auch als moralisch-expressiver Dialog beschreiben – ein Gedanke, der sich insbesondere in den expressiven Straftheorien wiederfindet. Die Umstände völkerstrafrechtlicher Gerichte machen es den Vertretern expressiver Straftheorien indes nicht leicht. Zwar liess sich der moralische Background, dessen es für den Prozess des Vorwerfens und Verstandenwerdens bedarf, auch für solche Gerichtsbarkeiten nachweisen. Gleichzeitig ist aber nicht von der Hand zu weisen, dass Strafen am nachhaltigsten in der lokalen Gemeinschaft gelingt. Zwar hat die formelle Verurteilung Praljaks noch stattfinden können. Dass er sich durch seinen keineswegs notgedrungenen Tod der Strafsanktion entzogen hat, stellte keine «Kapitulationserklärung» vor der Autorität des Gerichtes dar,⁹⁸² sondern den Abbruch eines Dialogs und den Betrug um die Hoffnung der Opfer seiner Taten, aber auch der Allgemeinheit, in ihm ein Verständnis für das zu wecken, was er angerichtet hat, und durch die Verbüssung seiner Strafe einen Beitrag zur Versöhnung zu leisten.⁹⁸³ Internationale Strafgerichte vermögen einen Täter somit auch auf dieser Ebene für seine Taten zu tadeln und ihn für das begangene Unrecht zur Verantwortung zu ziehen. Dazu muss man ihm jedoch einiges zugestehen: Man muss ihn als einen zur Verantwortung fähigen Menschen ansprechen und kann ihn nicht als «hostis humanis generis» einfach wegsperren. Im Gegenzug soll Strafe den Täter dazu zwingen, zu begreifen, dass es wirkliches Leid war, das anderen Personen aus seiner Handlung entstanden ist, und dass ihn dieses Leid tangieren muss, weil es an Personen entstanden ist, die ihm nicht gleichgültig sein können, da sie seinesgleichen sind.⁹⁸⁴ Das ist die zentrale Botschaft und mithin der wichtigste Zweck, den Strafe für ein Konfliktgebiet aussenden kann.⁹⁸⁵

⁹⁸² Vgl. WILLECKE 2017, ZEIT ONLINE vom 6. Januar 2017.

⁹⁸³ Ähnliche Beispiele mit ähnlicher Schlussfolgerung finden sich bei SACHS 2015, S. 326 f.

⁹⁸⁴ STRUB 2008, S. 347.

⁹⁸⁵ Diese Schlussfolgerung wurde vorab veröffentlicht in BAECHLER/STEINEGGER 2019, S. 62 f.

Unter der Funktion der Stabilisierung normativer Erwartungen nahmen wir vor allem jenen Adressatenkreis ins Visier der Strafwirkung, der nur mittelbar von einem makrokriminellen Konflikt betroffen ist: die nicht weiter bestimmbare Allgemeinheit. Die Absicht, mittels Strafe in dieser undefinierten Allgemeinheit Normen zu stabilisieren, prallt unausweichlich auf die heterogenen Strukturen des Adressatenkreises des IStGH mit seinen unterschiedlichen Ausprägungen eines solchen internationalen Normbewusstseins hinsichtlich eines durch das Völkerstrafrecht geschützten zivilisatorischen Minimums. Auch wenn wir den moralischen Kern, der durch die Strafbestimmungen des Römischen Statuts geschützt werden soll, als transkulturell gültig beschrieben haben, ist doch die rechtliche Absicherung dieses moralischen Kerns zwar in gewissen Adressatenkreisen hergestellt, bleibt faktisch jedoch (weitgehend) unbeachtet. Dieses unterentwickelte Vertrauen in die rechtliche Absicherung eines zivilisatorischen Minimums an Menschlichkeit, wie es sich der IStGH zum Schutzziel gesetzt hat, zeigt sich vor allem in sehr strukturschwachen Ländern, die überdurchschnittlich oft von Makrokriminalität und damit einhergehenden völkerstrafrechtlichen Untersuchungen konfrontiert sind. Strukturelle Defizite stellten sich demnach als eine Hauptschwierigkeit in der Normstabilisierung durch völkerstrafrechtliche Bestrafung heraus. Als zweiter kritischer Faktor in Bezug auf die Schaffung eines internationalen Normvertrauens erwiesen sich die politisch-demokratischen Prozesse, in welchen Völkerstrafrecht zustande kommt respektive in den Vertragsstaaten integriert wird. Durch den mit demokratischen Mechanismen nur schwer zu vereinbarenden «Top-down-Ansatz» droht die Gefahr einer Entkoppelung vom Individuum, was entsprechende Konsequenzen für die Ausbildung von Normvertrauen nach sich zieht.⁹⁸⁶ Mit diesen strukturellen Defiziten stehen hier drängende weltpolitische Unsicherheiten auf dem Spiel, für die sich realpolitisch keine einfachen Lösungen finden lassen. Der völkerstrafrechtliche Strafausspruch ist für die Schaffung und Stärkung eines internationalen Normvertrauens geeignet. Allerdings gilt es, einen realistischen Blick zu wahren, denn dieses Ziel ist mitunter von weiteren Variablen abhängig, die vom operativen Völkerstrafrecht weitestgehend unberührt bleiben.

Neben Konfliktbewältigung und Stabilisierung normativer Erwartungen haben wir vorstehend die Kontroll- und Legitimationsfunktion unter dem Aspekt der Strafe und ihres Zwecks untersucht. Der Komplementaritätsgrundsatz kann zunächst als ein Kontrollmechanismus völkerstrafrechtlicher Gerichte gegenüber seinen Vertragsstaaten gelesen werden, wovon Judikative und Legislative

⁹⁸⁶ HOLLING 2016, S. 138.

der Vertragsstaaten gleichermaßen betroffen sind. Aufseiten der Legislative ist die Implementierung und Anwendung der einschlägigen völkerstrafrechtlichen Normen geboten, aufseiten der Judikative rücken die Strafverfolgungsbehörden in den Fokus der Kontrolle, indem die originäre Verpflichtung, völkerstrafrechtliche Täter einzelstaatlich zu verfolgen, überwacht wird. Diese institutionelle Kontrollwirkung zwischen völkerstrafrechtlichem Gericht und seinen Vertragsstaaten wird üblicherweise unter dem Aspekt des Strafzwecks nicht weiter beachtet, obwohl diese interinstitutionelle Wirkung zur Kernwirkung der Strafe zurückführt. Erst die Möglichkeit der Bestrafung – und mit hin das Privileg, institutionalisierte moralische Urteile über Schuld und Unschuld zu fällen – macht das Völkerstrafrecht zu dieser Kontrollinstanz, die für den (moralischen) Ausgleich des Unrechts zu sorgen hat. Positiv formuliert kann die Bereitschaft eines Staates, sich unter diese Wirkung zu stellen, gerade in gesellschaftlichen Transitionsprozessen ein entscheidender legitimatorischer Katalysator sein. Neben der institutionellen Wechselwirkung zielt die Kontrolle auch direkt auf den potentiellen makrokriminellen Täter. Die zugespitzte Frage, ob sich der makrokriminelle Täter wohl von der möglichen, durch ein völkerstrafrechtliches Gericht angedrohten Strafe abhalten lassen würde, haben wir nach den dafür im nationalen Strafrecht vorgesehenen Kriterien betrachtet, die die Aufklärungswahrscheinlichkeit als massgeblich für die Abschreckungswirkung betrachten. Kombiniert mit weiteren Faktoren wie dem der Täterpersönlichkeit, ergeben sich hier schwache Aussichten; dennoch sind Belege vorhanden, die eine mögliche abschreckende Wirkung untermauern.

Die dogmatisch noch wenig ausgeprägte Ebene des Völkerstrafrechts ist in hohem Masse auf Rechtsfortentwicklung angewiesen. Auch wenn die rechtstheoretische Verortung dieses Problems unterschiedlich ausfällt, ist sie im Völkerstrafrecht als legitim und notwendig zu erachten. Internationale Strafgerichte sind Akteure des internationalen Menschenrechtsschutzes. Wenn man sich dafür des dem Recht zustehenden einschneidendsten Instrumentes bedient – der Strafe und ihrer Institutionen –, bringt man damit zugleich die Ernsthaftigkeit des Vorhabens zum Ausdruck. Jegliche Rechtsfortentwicklung findet somit unter dem Paradigma ihrer spannungsträchtigen Kraft statt. Dafür ist Strafe jedoch im Völkerstrafrecht im Sinne einer transkulturellen Wohlbestimmtheit als menschenrechtskonformes Instrument zu konkretisieren, wovon die Fragen nach der originären Strafbefugnis, nach den Adressaten, nach der Sanktionsart und den Verfahrensprinzipien gleichermaßen betroffen sind.

Man darf von der Strafe im Völkerstrafrecht also einiges erwarten. Einem multifunktionalen Verständnis völkerstrafrechtlicher Gerichte folgend, ist sie mit ihrem moralischen Urteil vor allem konfliktbezogen einzusetzen. Daneben kann sie normative Erwartungen stabilisieren, Kontrolle und Legitimation ausüben und erweist sich als Motor für die (Rechts-)Fortentwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes.

Einer der grossen Straftheoretiker des vergangenen Jahrhunderts, Karl Engisch (1889–1990), sagte einmal, dass, wolle «man nicht das Recht geradezu substantiell verelenden lassen», die Bindung des Rechts an die Sittlichkeit eine Notwendigkeit darstelle.⁹⁸⁷ Diese Notwendigkeit zeigt sich im Strafrecht gerade darin, dass ein reines Zweckdenken, eine Mechanisierung und Verabsolutierung der Strafzwecke und Straftheorien die Frage der Bestrafung von ausen auf das menschliche Leben richten würden.⁹⁸⁸ Das gilt ganz besonders im Völkerstrafrecht. Eine Strafe für Völkermord, für ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder ein Kriegsverbrechen, die die moralische Substanz der Strafe ausklammert und die Sittlichkeit der Persönlichkeit des Täters ignoriert, muss in einer humanen Welt stets ein Fremdkörper bleiben.⁹⁸⁹ Strafe im Völkerstrafrecht muss eine Reaktion sein auf die Missachtung der elementarsten Werte einer Kultur und mithin rechtliche und moralische Elemente in sich vereinen, da eben ihr schützenswerter rechtlicher Bereich – das vielzitierte zivilisatorische Minimum – unmittelbar der Sozialmoral entspringt.⁹⁹⁰ Letztlich darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass internationale Strafgerichte mitsamt ihrer Strafmöglichkeiten stets eine unvollkommene Art von Strafrecht sein werden, weil Strafrecht eben am besten in der lokalen Gemeinschaft geschieht. Demnach bleibt das Völkerstrafrecht – um zum Schluss nochmals Duff zu Wort kommen zu lassen – stets die «zweitbeste Lösung»⁹⁹¹, was seine Existenzberechtigung jedoch in keiner Weise schmälert. Zu hoffen bleibt nach dem Gesagten, dass die bislang noch eher stiefmütterlich bedachte Debatte um die Frage des Strafzwecks im Völkerstrafrecht auch durch die Betonung des kommunikativen und somit moralischen Aspekts von Strafe neue Beachtung erfährt – da hier, auch und gerade für die Ebene des Völkerstrafrechts, noch viel unbeachtetes Potential liegen dürfte.⁹⁹²

⁹⁸⁷ Nachweis bei LAMPE 1991, S. 305.

⁹⁸⁸ Ebd.; RAUCH 1956, S. 199.

⁹⁸⁹ So auch LAMPE 1991, S. 305 (unter dem Blickwinkel des nationalen Strafrechts).

⁹⁹⁰ Ebd.

⁹⁹¹ DUFF 2014a, S. 20.

⁹⁹² In diesem Sinne auch BAECHLER/STEINEGGER 2019, S. 62 f.

Curriculum Vitae

Gian-Flurin Steinegger wurde 1981 geboren. Von 1997 bis 2002 besuchte er das Staatliche Primarlehrerseminar in Bern und studierte im Anschluss von 2002 bis 2008 Rechtswissenschaften an der Universität Bern, wo er den Titel des «Master of Law» erwarb. Von 2011 bis 2016 war er Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Philosophie und Theorie des Rechts, Rechtssoziologie und Internationales Öffentliches Recht von Prof. Dr. iur. Matthias Mahlmann an der Universität Zürich. In den Jahren 2016 bis 2021 diente er als Gerichtsschreiber am Bundesverwaltungsgericht (Abteilung IV/Asyl). Seit 2021 ist er als Jugendanwalt (Springer) bei der Jugendstrafrechtspflege des Kantons Zürich tätig. Im Militär bekleidet er den Rang eines Majors im Armeestab mit Lehrtätigkeit im Humanitären Völkerrecht.

Die Arbeit beschäftigt sich mit der Frage, welche rechtsphilosophischen und straftheoretischen Grundlagen das Völkerstrafrecht besitzt. Die Arbeit schliesst sich dabei einem vor allem kommunikativen oder auch expressiven Verständnisses des Zwecks der Strafe an. Sie kritisiert einerseits die utilitaristische Straftheorien, aber auch solche eines unbeschränkten Retributivismus. Vor dem Hintergrund dieser Weichenstellung entwickelt sie ein multifunktionales Verständnis der internationalen Strafgerichtsbarkeit.