

Zur Erosion des Verfassungssatzes „Keine Strafe ohne Gesetz“*

Von Vizepräsident des BGH a.D. Prof. Dr. Burkhard Jähnke, Jena

I. Das Gesetzlichkeitsprinzip in der Rechtsordnung

1. Herkunft und Bedeutung des Gesetzlichkeitsprinzips

Der Satz, dass jemand für eine Tat nur bestraft werden darf, wenn die Strafbarkeit vor Begehung der Tat gesetzlich bestimmt war, entstammt im Wesentlichen dem Denken der Aufklärung.¹ Der dieser Universität in besonderer Weise verbundene Rechtslehrer, Gesetzesverfasser und Praktiker *Anselm von Feuerbach* hat ihn in lateinische Worte gefasst: *nulla poena sine lege*.² Der Satz fand im 19. Jahrhundert Eingang in die Strafgesetzbücher der deutschen Partikularstaaten,³ in das StGB für den Norddeutschen Bund⁴ und von dort in das Reichsstrafgesetzbuch.⁵ Heute gilt er als § 1 StGB.

Darüber hinaus nahm ihn die Weimarer Reichsverfassung als Art. 116 auf, das Grundgesetz als Art. 103 Abs. 2. Selbst der Nationalsozialismus hatte ihn zwar in weitem Umfang durch Einzelmaßnahmen, aber nicht generell außer Kraft gesetzt.⁶ Seither hat Deutschland ihn in einer Reihe von Konventionen als völkerrechtlich und innerstaatlich verbindlich anerkannt, so in Art. 7 der Europäischen Menschenrechtskonvention und in Art. 15 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte der Vereinten Nationen. Ferner hat der *nulla-poena*-Satz in Art. 49 der Europäischen Grundrechtscharta, die Bestandteil des Lissabonner Vertrages ist, Eingang gefunden. Die drei zuletzt genannten Regelwerke sind allerdings mit einer Ausnahme versehen, auf die ich zurückkommen werde.

* Der Beitrag gibt den leicht veränderten und mit Fußnoten versehenen Text der Antrittsvorlesung wieder, welche der *Verf.* am 8.6.2010 aus Anlass seiner Ernennung zum Honorarprofessor an der Universität Jena gehalten hat.

¹ *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 19; *Dannecker*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 1 Entstehungsgeschichte; *Tröndle*, in: *Jescheck/Ruß/Willms* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 10. Aufl. 1985, § 1 Rn. 3 ff.

² *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, 1. Aufl. 1801 (Neudruck 1996), § 24 (S. 20).

³ Beispiele: Bayern: Art. 3 StGB v. 10.11.1861: zuvor wurde seine Geltung als allgemeines Rechtsprinzip angenommen (*Stenglein*, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern und das Gesetz über die Einführung des Strafgesetzbuches und des Polizei-Strafgesetzbuches, Bd. 1, Das Einführungsgesetz und des Strafgesetzbuches allgemeine Bestimmungen, 1861 [Nachdruck 1989], S. 367 f.). Preußen: § 2 StGB v. 14.4.1851.

⁴ § 2 StGB für den Norddeutschen Bund v. 31.5.1870, RGBI. 1870, S. 197.

⁵ § 2 RStGB v. 15.5.1871, RGBI. 1871, S. 127.

⁶ *Welzel* (Fn. 1), S. 19; *Dannecker* (Fn. 1), § 1 Entstehungsgeschichte.

Man wird heute jedenfalls sagen dürfen, dass der Satz – als Prinzip – universelle Geltung hat⁷ und zu den fundamentalen rechtsstaatlichen Grundsätzen zählt. Seine deutsche Variante ist im internationalen Vergleich sogar besonders streng.⁸ Das Bundesverfassungsgericht postuliert seine prinzipiell strikte Geltung.⁹

Doch sehe ich im Bereich dieses rechtsstaatlichen Fundamentalprinzips Entwicklungen, die seine umfassende Geltung im nationalen Bereich nachhaltig zu mindern geeignet sind. Diese Entwicklungen mögen zu begrüßen oder abzulehnen sein, aber man muss sich ihnen stellen und sie deshalb zunächst analysieren. Das ist das Ziel dieses Beitrags.

Ich werde dabei so vorgehen, dass zunächst im Abriss der Inhalt und die Wurzeln des *nulla-poena*-Satzes skizziert werden. Sodann sollen Entwicklungen bei zwei Ausprägungen des Satzes, welche ich für bemerkenswert halte, dargelegt werden, nämlich bei dem Rückwirkungsverbot und bei dem Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit. In einer Zusammenfassung werde ich meine Feststellungen dann der wissenschaftlichen Diskussion überlassen.

2. Inhalt des Gesetzlichkeitsprinzips

Aus dem *nulla-poena*-Prinzip werden herkömmlicherweise ein Verbot rückwirkender Gesetze, ein Gebot der Gesetzesbestimmtheit und ein Analogieverbot – das Verbot der Anwendung einer Strafvorschrift auf vergleichbare, aber vom Wortlaut nicht erfasste Sachverhalte – hergeleitet, jeweils soweit damit Wirkungen zu Lasten des Betroffenen verbunden sind. Während sich die ersten beiden Ausprägungen des Prinzips an den Gesetzgeber richten, gilt das Analogieverbot für den Rechtsanwender, also die Justizpraxis.¹⁰

⁷ *Jescheck*, in: Kühne (Hrsg.), Festschrift für Koichi Miyazawa, dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses, 1995, S. 363 (S. 364).

⁸ *Satzger*, NStZ 2002, 125 (127); *Werle*, JZ 2001, 885 (893); *ders.*, Völkerstrafrecht, 4. Aufl. 2010, Rn. 100.

⁹ BVerfGE 95, 96 (133).

¹⁰ Aus dem Bestimmtheitsgrundsatz werden zunehmend Gebote einer engen Auslegung von Gesetzesvorschriften hergeleitet, vgl. jüngst etwa *Rönnau/Soyka*, NStZ 2009, 12. Zur voreiligen argumentativen Verwendung des Prinzips in der Rechtsprechung BGHSt 42, 158 (161) mit Besprechung *Streng*, in: Hettinger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 629 (S. 641); zuletzt etwa BGH StV 2009, 412 Rn. 16, 20. Methodologisch ist das fragwürdig. Das Bestimmtheitsgebot liefert keine Maßstäbe dafür, ob eine Norm enger oder weiter auszulegen ist; wird ihr Anwendungsbereich zu weit gezogen, kann das Analogieverbot eingreifen. Beruht das Urteil auf einer Auslegung innerhalb der Normgrenzen, ist Art. 103 Abs. 2 GG daher überhaupt nicht berührt. Vgl. BVerfG NJW 2001, 1848; NJW 2005, 2140; JR 2009, 290. Allgemein zum Verhältnis zwischen Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot auch *Kuhlen*, in: Dannecker u.a. (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto

Im deutschen Recht begründet das Prinzip ferner ein Verbot strafbegründenden oder strafscharfenden Gewohnheitsrechts. Das wird im angloamerikanischen Rechtskreis elastischer gehandhabt. Dort, wo nicht statute law, sondern case law gilt, hat auch Gewohnheitsrecht einen legitimen Platz.¹¹ Zwangsläufig ist hier auch das Gebot der Gesetzesbestimmtheit weniger strikt. Und wenn im internationalen oder europäischen Rahmen Kompromisse bei der Rechtsetzung geschlossen werden müssen, liegt diesen Kompromissen bei jedem beteiligten Staat das eigene Rechtsdenken zu Grunde. Einflüsse des angloamerikanischen Rechtskreises sind daher unvermeidlich. Das Völkerrecht schließlich ist weitgehend von derartigen Kompromissen und von Gewohnheitsrecht mit notwendig unscharfen Konturen beherrscht.¹²

3. Wurzeln des Gesetzlichkeitsprinzips

Der Grundsatz wird herkömmlich auf zwei Wurzeln zurückgeführt.¹³ Es entsprach dem Selbstverständnis absoluter Herrscher, dass sie und niemand sonst Inhaber der Strafgewalt waren und also die Grenzen der Strafbarkeit festzulegen, damit zugleich aber den Untertanen vor richterlicher Willkür zu bewahren hatten. Aus der *Feuerbachschen* Theorie von der psychologischen Zwangswirkung der Strafe folgte andererseits, dass die Strafe vor der Tat konkret und bestimmt angedroht sein musste, um eine abschreckende Wirkung auf den möglichen Täter entfalten zu können. In mannigfachen Facetten und mit vielen Nuancen spiegeln sich diese Wurzeln im heutigen Verständnis der Norm.

Der erste Gesichtspunkt – der der Normsetzungsbefugnis des Herrschers – drückt sich in moderner Terminologie durch Begriffe wie Gesetzesvorbehalt, Parlamentsvorbehalt, Gewaltenteilung aus. Dem zweiten, ursprünglich straftheoretischen Gesichtspunkt entsprechen heute die Begriffe der Vorhersehbarkeit und des Vertrauensschutzes. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fasst beides zusammen. Danach will Art. 103 Abs. 2 GG sicherstellen, dass die Normadressaten vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist; in Grenzfällen einer mittels Auslegung gebotenen Sinnerschließung soll dem Normadressat wenigstens das Risiko der Bestrafung erkennbar sein. Darüber hinaus will die Norm gewährleisten, dass die Entscheidung über strafwürdiges Verhalten im Voraus vom Gesetzgeber und nicht erst nachträglich von der vollziehenden oder der rechtssprechenden Gewalt gefällt wird.¹⁴

zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 89; *Dannecker* (Fn. 1), § 1 Rn. 337.

¹¹ Art. 7 Abs. 1 MRK stellt nicht auf das Vorhandensein eines förmlichen Gesetzes, sondern auf das „Recht“ ab; vgl. EGMR NJW 2001, 3035 Rn. 50, 57.

¹² *Werle* (Fn. 8), Rn. 100.

¹³ Dazu *Jähnke*, in: Geiß/Nehm/Brandner/Hagen (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, 2000, S. 393, 399 mit Nachweisen.

¹⁴ BVerfGE 95, 96 (131); 105, 135 (153), st. Rspr.; ebenso zum Vertrauensgrundsatz EGMR NJW 2001, 3035 Rn. 77.

II. Das Rückwirkungsverbot

Meine Damen und Herren, nehmen Sie an, im Balkan-Krieg hat sich ein Angehöriger einer der Kriegsparteien an einer Massenvergewaltigung beteiligt. Danach, 2002, hat Deutschland ein Völkerstrafgesetzbuch erlassen, um den speziellen Charakter solcher Taten als Verbrechen gegen die Menschlichkeit erfassen zu können. Gilt das Gesetz für die vorher verübte Massenvergewaltigung? Eindeutig nein, denn das Völkerstrafgesetzbuch legt sich keine rückwirkende Kraft bei. Hätte der Gesetzgeber ihm rückwirkende Kraft beilegen können? Darauf ist die Antwort nicht mehr so eindeutig.

1. Einschränkungen des Rückwirkungsverbotens im internationalen Recht

Wie erwähnt, enthält Art. 7 MRK einen Absatz 2, der in gleicher Weise im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Art. 15) und in der Europäischen Grundrechtscharta (Art. 49) wiederkehrt. Danach schließt das Rückwirkungsverbot nicht aus, dass jemand wegen einer Tat bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den von allen zivilisierten Völkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war. Aufgrund solcher Erwägungen konnte etwa Eichmann seinerzeit in Israel zum Tode verurteilt werden, obwohl er seine Mordtaten begangen hatte, bevor es den Staat Israel und seine Gesetze überhaupt gab.¹⁵ Massenvergewaltigungen werden nicht anders zu beurteilen sein.

Art. 7 Abs. 2 MRK war mit Rücksicht auf die Nürnberger Prozesse eingefügt, deren förmliche Rechtsgrundlagen erst nachträglich geschaffen worden waren. Gerade deshalb hatte die Bundesrepublik zu diesem Absatz auch einen Vorbehalt dahin erklärt, dass sie die Vorschrift lediglich im Rahmen des Art. 103 Abs. 2 GG anwenden werde. Diesen Vorbehalt hat sie bei den späteren Konventionen nicht wiederholt. Die Neubekanntmachung des Textes der MRK in der ab 1.11.1998 geltenden Fassung¹⁶ enthält keinen Hinweis mehr darauf und schließlich hat sie ihn auch förmlich zurückgenommen.¹⁷ Auch die Charta der europäischen Grundrechte gilt in Deutschland ohne jeden Vorbehalt.

2. Einschränkungen im deutschen Recht

Die hinter Art. 7 Abs. 2 MRK stehenden Erwägungen wurden auch für die neuere Rechtsentwicklung in Deutschland aktuell.

¹⁵ Schilderung und Würdigung des Urteils des Bezirksgerichts Jerusalem bei *Baumann*, JZ 1963, 110; zur rein strafrechtlichen Würdigung neuestens *Ebert*, in: Sitzungsberichte der Sächsischen Akademie der Wissenschaften zu Leipzig, Philologisch-historische Klasse, 140 (2010), Heft 6.

¹⁶ Bekanntmachung v. 17.5.2002, BGBl. II 2002, S. 1054.

¹⁷ *Werle*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2005, Einl. VStGB Rn. 20 Fn. 58; *Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2. Aufl. 2006, Art. 7 Rn. 13; *Werle*, in: Dupuy u.a. (Hrsg.), Völkerrecht als Wertordnung, Festschrift für Christian Tomuschat, 2006, S. 655 (S. 664).

Die DDR hatte ein Grenzregime errichtet, das mit Mauer, Stacheldraht und Schießbefehl deutlich im Widerspruch zu den auch von ihr ratifizierten oder anerkannten Freiheitsgewährleistungen stand. Als nach dem Fall der Mauer Todeschützen und Mitglieder der Staatsführung (leider in dieser Reihenfolge) wegen der Tötungen an der innerdeutschen Grenze angeklagt wurden, stellte sich die Frage, ob dem Grenzgesetz der DDR, welches als gesetzliche Rechtfertigung der Praxis diente, rückwirkend die Anerkennung zu versagen sei. Bundesgerichtshof, Bundesverfassungsgericht, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte und der Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen haben die Frage – im Ergebnis einhellig – bejaht.¹⁸ Zur Begründung führte der BGH die berühmte „Radbruch’sche Formel“ an, wonach ein Gesetz keine Rechtsqualität erlange, wenn der Widerspruch des positiven Rechts zur Gerechtigkeit ein unerträgliches Maß erreicht.¹⁹ Zusätzlich postulierte er – nicht ganz widerspruchsfrei²⁰ – eine menschenrechtsfreundliche Auslegung des Rechts der DDR durch ihre Machthaber. Das Bundesverfassungsgericht argumentierte von der einen Wurzel des Rückwirkungsverbot, dem Vertrauensprinzip, her und meinte, die Vertrauensgrundlage entfalle, wenn ein Staat zwar Straftatbestände normiert, aber die Strafbarkeit gleichwohl für Teilbereiche ausschließt, indem er dazu auffordert, allgemein anerkannte Menschenrechte in schwerwiegender Weise zu missachten. In dieser ganz besonderen Situation müsse der Vertrauensschutz hinter die materielle Gerechtigkeit zurücktreten. Der EGMR beruft sich nicht förmlich auf Art. 7 Abs. 2 MRK. Er verwendet ebenfalls die Kategorie des Vertrauensschutzes, um im übrigen zu argumentieren, die DDR-Führung habe den Schießbefehl selbst erlassen; da er gegen das Recht verstieß, könnten seine Mitglieder sich darauf nicht berufen.²¹ Die Tragfähigkeit dieser Argumentation wird dann allerdings bei der Verurteilung eines einfachen Grenzsoldaten nicht mehr geprüft, obwohl dazu Anlass bestanden hätte.²²

Mit der gebotenen Vorsicht wird jedenfalls festgehalten werden dürfen, dass das Verständnis des Art. 103 Abs. 2 GG sich im Ergebnis stark den Maximen angenähert hat, die in Art. 7 Abs. 2 MRK zum Ausdruck kommen.

Dies alles mag in außergewöhnlichen Situationen, wie sie ein Systemumbruch nun einmal darstellt, unvermeidbar sein. Doch trägt jede Ausnahme bekanntlich die Tendenz in sich, sich auszudehnen, die Grenze immer weiter zu verschieben. Eine solche Gefahr besteht auch hier.

¹⁸ BGHSt 39, 1; 40, 241; 41, 101; BVerfGE 95, 96; EGMR NJW 2001, 3035; NJW 2001, 3042; Menschenrechtsausschuss der UN, NJW 2004, 2005; zu vergleichbarer Argumentation im Falle der Rechtsbeugung durch DDR-Richter BGHSt 40, 30 (43).

¹⁹ Radbruch, SJZ 1946, 105 (107).

²⁰ Saliger, Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, 1995, S. 43.

²¹ EGMR NJW 2001, 3035 Rn. 88, 89.

²² EGMR NJW 2001, 3042 Rn. 74, 75.

3. Zusätzliche internationale Einflüsse

Internationale Rechtsgrundsätze gewinnen zunehmend an Bedeutung für die deutsche Rechtsordnung. So hat Deutschland das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs in Den Haag ratifiziert²³ und seine Straftatbestände damit als Völkerrecht, sogar als Völkergewohnheitsrecht²⁴ anerkannt. Zwar sind die Normenkreise prinzipiell zu trennen. Völkerrecht und Völkerstrafrecht sind vom deutschen Straf- und Verfassungsrecht zu unterscheiden. Das eine ist internationales, das andere nationales Recht. Das ist allerdings mitunter ziemlich verwirrend: Deutschland hat ein „Völkerstrafgesetzbuch“ erlassen, das zwar der Umsetzung des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs dient. Aber formell und materiell handelt es sich dabei um innerstaatliches deutsches Recht, durch das deutsche Straftatbestände mit dem Zweck geschaffen wurden, eine Aburteilung von völkerrechtlichen Verbrechen nach nationalem Recht zu ermöglichen.²⁵ Das Völkerstrafgesetzbuch ist also trotz seines Namens rein nationales Recht und an den übergeordneten Normen des Grundgesetzes zu messen. Nur – die nationalen und die internationalen Rechtskreise durchdringen sich gegenseitig immer mehr, und die Komplexität dieses Verhältnisses drängt zur Vereinfachung.

Ein Beispiel: Nach dem Statut des Internationalen Strafgerichtshofs begeht ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit, wer im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung – unter anderem – einen Menschen tötet (Art. 7 Abs. 1 lit. a). Im völkerstrafrechtlichen Schrifttum wird diese Vorschrift auf die Situation im geteilten Deutschland angewandt. Man sagt, die Maßnahmen der DDR zur Verhinderung der Ausreise seien ein systematischer und ausgedehnter Angriff auf eine Zivilbevölkerung und die Tötungen an der Grenze daher Menschenrechtsverbrechen gewesen. Die Bestrafung der Täter sei aus diesen Gründen mit dem Völkergewohnheitsrecht vereinbar, ein Rückwirkungsverbot bestehe nicht.²⁶ Das ist eine sehr weit reichende These. Wäre sie zu akzeptieren, würde das Rückwirkungsverbot auf völkerrechtlicher Ebene in vielen Bereichen gegenstandslos und fraglich ist, ob innerstaatliches

²³ Zustimmungsgesetz zum Statut v. 4.12.2000, BGBl. II 2000, S. 1393; Gesetz zur Ausführung des Römischen Statuts v. 21.6.2002, BGBl. I 2002, S. 2144; Text des Statuts auch bei Albrecht, Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert, 1999, S. 425.

²⁴ Siehe aber die Vorbehalte verschiedener Staaten, dargestellt bei Stein, in: Triffterer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Theo Vogler, 2004, S. 183.

²⁵ Zu den Gründen dafür und den Problemen Werle, JZ 2001, 885; Satzger, NStZ 2002, 125. Gesetzesmaterialien: BMJ (Hrsg.), Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches mit Begründung, 2001; Regierungsentwurf, BT-Drs. 14/8524; Bericht des BT-Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/8892.

²⁶ Werle, NJW 2001, 3001 (3005); a.A. Ebert, in: Britz u.a. (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafs, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 171 (S. 178).

Verfassungsrecht, obwohl es einen höheren Rang hat, dagegen einen ausreichenden Schutz bietet.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss innerstaatliches Recht, das der Umsetzung von Völkerrecht dient, im Lichte der Normen und der Praxis des Völkerrechts ausgelegt werden.²⁷ Das Bundesverfassungsgericht ist dazu berufen, eine fehlerhafte Anwendung oder Nichtbeachtung von Völkerrecht zu verhindern und zu beseitigen.²⁸ Das wird auch für die Verfassungsinterpretation durch das Bundesverfassungsgericht selbst zu gelten haben. Darüber hinaus ist nach Erschöpfung des Rechtsweges gegen die Entscheidungen deutscher Gerichte die Individualbeschwerde zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eröffnet. Die Rechtsprechung dieses Gerichtshofs ist von den deutschen Gerichten stets zu berücksichtigen; ob dies geschehen ist, wird ebenfalls vom Bundesverfassungsgericht kontrolliert.²⁹ Es liegt daher nicht fern, eine große Konfusion herbeizuführen und das Rückwirkungsverbot auf dem Teilgebiet des Völkerstrafrechts generell auch innerstaatlich als weitgehend gegenstandslos zu betrachten.³⁰ Wie anders wäre Art. 7 Abs. 2 MRK nach dem Wegfall des deutschen Vorbehalts mit dem Verfassungsrecht zu harmonisieren? Noch mehr: Was soll man eigentlich von einem Gesetzgeber halten, der eine Europäische Grundrechtscharta beschließt, die in einem wesentlichen Punkt vom Grundgesetz abweicht? Ist das rechtspolitisch durchzuhalten?

4. Weitere Relativierungen des Rückwirkungsverbot?

Ein hier anwesender Strafrechtslehrer hat konstatiert, dass das Rückwirkungsverbot in eine Krise geraten ist.³¹ Wenn das so ist, stellt sich aber die Frage, ob eine Aushöhlung des Rückwirkungsverbot auf außergewöhnliche Situationen wie einen Systemumbruch beschränkt werden kann. Auch neues nationales Recht müsste folgerichtig zur Relativierung des Rückwirkungsverbot führen können, sofern ihm „allgemeine Rechtsüberzeugungen aller zivilisierten Völker“³² oder gar „grundlegende Gebote der Gerechtigkeit“ zugrunde liegen. Gerechtigkeit ist nicht teilbar. Und wenn Gerechtigkeit nicht teilbar ist: Was hindert dann eigentlich noch, Art. 103 Abs. 2 GG unter einen allgemeinen Gerechtigkeitsvorbehalt zu stellen? Wie schnell mitunter fundamentale

²⁷ BVerfG, Beschl. v. 12.12.2000 – 2 BvR 1290/99, Rn. 26 = NJW 2001, 1848; Werle, in: Hettinger u.a. (Fn. 10) S. 675 (S. 690).

²⁸ BVerfGE 109, 13 (23).

²⁹ BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, Rn.62, 63 = NJW 2004, 3407.

³⁰ Dagegen Ebert (Fn. 26), S. 171, der deshalb eine Ergänzung von Art. 103 Abs. 2 GG vorschlägt (S. 184).

³¹ Ebert (Fn. 26), S. 181

³² Vgl. zum Völkerrecht Ambos, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 1 Rn. 12, wonach das Rückwirkungsverbot generell bei der Verletzung universell anerkannter Rechtsgüter nicht gilt; abweichend wohl Werle, NJW 2001, 3001 (3002). Auch für den Internationalen Strafgerichtshof gilt das Rückwirkungsverbot in Form einer Zuständigkeitsgrenze, Art. 24 Abs. 1, 22 Abs. 1 des Statuts.

Verfassungsprinzipien angetastet werden, zeigt die jüngste Gesetzgebung zur nachträglichen Anordnung³³ und zum Wegfall der Befristung der ersten Sicherungsverwahrung. Unter Gesichtspunkten der Gefahrenabwehr hat der deutsche Gesetzgeber die Höchstfrist für die erste Unterbringung in der Sicherungsverwahrung rückwirkend beseitigt. Formal mag der nulla-poena-Satz dadurch nicht verletzt sein, weil die Sicherungsverwahrung keine Strafe, sondern eine Maßregel der Sicherung ist.³⁴ Gleichwohl handelt es sich in der Sache um die staatliche Reaktion auf eine Straftat. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg ist der Auffassung des deutschen Gesetzgebers daher zu Recht entgegengetreten.³⁵

III. Der Bestimmtheitsgrundsatz

Vielleicht sind die dem Rückwirkungsverbot drohenden Gefahren gegenwärtig nicht beträchtlich. Im Bereich des Verfassungsprinzips der Gesetzesbestimmtheit, der anderen Ausprägung des nulla-poena-Satzes, sind sie real.

1. Beispiele der Erosion durch die Übernahme internationalen Rechts

Dazu ein aktuelles Beispiel: Im Norden Afghanistans entführen Taliban zwei Tanklastzüge mit Treibstoff. Der deutsche Befehlshaber veranlasst die Bombardierung der in einem Flussbett steckengebliebenen Fahrzeuge. Durch den zielgenauen und erfolgreichen Bombenabwurf kommen auch Zivilpersonen um, die sich wohl an den Zielobjekten aufgehalten hatten.

Die Bundesanwaltschaft hat gegen den Kommandeur unter dem Gesichtspunkt von Art. 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren durchgeführt.³⁶ Die Vorschrift lautet:

„Wer im Zusammenhang mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt [...]

3. mit militärischen Mitteln einen Angriff durchführt und dabei als sicher erwartet, dass der Angriff die Tötung oder Verletzung von Zivilpersonen oder die Beschädigung ziviler Objekte in einem Ausmaß verursacht wird, das außer Verhältnis zu dem insgesamt erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil steht, [...]

wird mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bestraft.“

³³ § 66b StGB mit Art. 1a EGStGB; zur generellen Problematik, auch unter dem Gesichtspunkt des „ne bis in idem“, BGHSt 50, 373 (380); 52, 205 (209); BVerfG NStZ 2010, 265; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 66b Rn. 5

³⁴ BVerfGE 109, 133 (167); dagegen für die Sicherungsverwahrung Best, ZStW 114 (2002), 88; offen gelassen von BVerfGE 105, 135 (157); fraglich BVerfGE 109, 190.

³⁵ EGMR StV 2010, 181; rechtskräftig nach Ablehnung der Verweisung an die Große Kammer durch Beschl. v. 10.5.2010 – Reg. Nr. 19359/04.

³⁶ Das Verfahren ist aus subjektiven Gründen eingestellt worden, s. Pressemitteilung des GBA v.19.4.2010 – 8/2010.

Wird durch die Tat der Tod einer geschützten Person verursacht, ist Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren ohne Milderungsmöglichkeit angedroht.

Das in der Vorschrift angesprochene Verhältnismäßigkeitsprinzip gilt für alle „Kollateralschäden“, auch für die absehbare Tötung von Zivilpersonen.³⁷ Meine Damen und Herren, würden Sie als Kommandeur unter der Drohung einer solchen Strafvorschrift bei einer Mindestfreiheitsstrafe von fünf Jahren Ihren Dienst versehen wollen? Wie kann man die Zahl von Menschenleben gegen militärischen Vorteil abwägen? Jedes Menschenleben hat rechtlich den gleichen Wert. Die absehbare Tötung einer Zivilperson kann nicht anders behandelt als die Tötung vieler Zivilpersonen. Ich vermag daher kein rationales Verfahren zu erkennen, welches die hier vorgesehene Abwägung mit rechtlich einwandfreien – und plausiblen – Ergebnissen ermöglicht.

Das Völkerstrafgesetzbuch soll uns weiter begleiten. § 7 Abs. 1 Nr. 1 VStGB lautet:

„Wer im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung einen Menschen tötet, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.“

Wenn man einmal von dem holprigen Deutsch absieht, stellt sich doch die Frage, ob die Staatsführung der DDR 40 Jahre lang systematische oder ausgedehnte Angriffe gegen ihre eigene Bevölkerung geführt hat, wie dies im Schrifttum zum Grenzregime der DDR angenommen wird.³⁸ Und die Kritik an der Weite und Unbestimmtheit des Wortes „Angriff“ verschärft sich, wenn man sich vorstellt, dass der einfache Grenzsoldat an der Mauer mit lebenslanger Freiheitsstrafe ohne die Möglichkeit einer Milderung hätte belegt werden müssen.

Als ähnlich problematisch erweist sich eine Reihe anderer Tatbestände des § 7 VStGB, der die Verbrechen gegen die Menschlichkeit aufführt. Ich greife Abs. 1 Nrn. 9 und 10 heraus.

Nr. 9 sieht Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren, in minder schweren Fällen nicht unter einem Jahr, gegen denjenigen vor, der im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung einen Menschen unter Verstoß gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts in schwerwiegender Weise der körperlichen Freiheit beraubt.

Nach den Vorstellungen der Gesetzesverfasser soll Freiheitsberaubung „in schwerwiegender Weise“ bedeuten, dass „insbesondere“ Freiheitsberaubungen von nur geringer Dauer ausgeschlossen werden.³⁹ Was bedeutet hier das Wort „insbesondere“? Welche anderen Freiheitsberaubungen sollen erfasst oder nicht erfasst sein? Kann man überhaupt in schwerwiegender Weise seiner Freiheit beraubt sein?

³⁷ BMJ (Fn. 25), S. 76: Begründung zu § 12 Abs. 1 Nr. 3.

³⁸ So Werle, NJW 2001, 3001 (3005). Der Begriff des Angriffs wird durch die Definition in Art. 7 Abs. 2 lit. a des römischen Statuts, welche der Regierungsentwurf des VStGB als Auslegungshilfe empfiehlt (BT-Drs. 14/8524, S. 20), nicht klarer.

³⁹ BMJ (Fn. 25), S. 46: Begründung zu § 8 Abs. 1 Nr. 9.

Besonders problematisch erscheint hier wie in vielen anderen Vorschriften des Völkerstrafgesetzbuchs die jeweils strafbegründende Verweisung auf allgemeine Regeln des Völkerrechts.⁴⁰ Das ist in vielen Fällen eine Verweisung auf Gewohnheitsrecht und genügt den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG schon deshalb nicht. Darüber hinaus stellt sich ein faktisches Problem als Rechtsfrage: Gewohnheitsrecht ist in dieser Materie nur äußerst mühevoll zu ermitteln, dies sicher selbst für Professoren des Völkerrechts. Richter, die eine durchschnittliche Oberlandesgerichts-Bibliothek zur Verfügung haben, scheitern an einer solchen Aufgabe. Der rechtsunterworfenen Bürger schließlich, auf den es in diesem Zusammenhang ankommt, ist hilflos. Der Einwand, dass sich das Völkerstrafgesetzbuch in erster Linie an Mitglieder der Staatsführung, Militärs und Beamte richtet, die in der Regel ausreichend geschult sind oder sein können,⁴¹ greift nicht. Völkerrechtsverbrechen sind, wie der Jugoslawienkonflikt gezeigt hat, nicht nur theoretisch Jedermann-Delikte. Und bei den Taliban in Afghanistan verhält es sich nicht anders.

Nr. 10 (Verfolgung) sieht ebenfalls eine Mindestfreiheitsstrafe von drei Jahren vor, aber ohne die Möglichkeit der Milderung wegen Vorliegens eines minder schweren Falles. Nach dieser Vorschrift ist strafbar, wer im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung eine identifizierbare Gruppe oder Gemeinschaft verfolgt, indem er ihr aus politischen, rassischen, nationalen, ethnischen, kulturellen oder religiösen Gründen, aus Gründen des Geschlechts oder aus anderen nach den allgemeinen Regeln des Völkerrechts als unzulässig anerkannten Gründen grundlegende Menschenrechte entzieht oder diese wesentlich einschränkt.⁴²

Was sind hier „grundlegende“ Menschenrechte, wann werden sie „wesentlich“ eingeschränkt? Aus den Vorstellungen der Gesetzesverfasser ergibt sich, dass grundlegend „neben anderen insbesondere die Rechte auf Leben, Gesundheit oder Bewegungsfreiheit anzusehen“ sein sollen,⁴³ was eine unwesentliche Einschränkung ist, wird in den Motiven nicht erörtert. Man kann sich wohl vorstellen, dass die administrative Ausschaltung jüdischer Bürger aus dem staatlichen und gesellschaftlichen Leben durch den NS-Staat dazugehört hätte. Aber was bedeutet das heute?

Als ein weiteres Beispiel sei noch das Kriegsverbrechen des § 11 Abs. 3 VStGB erwähnt. Danach wird mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bestraft, wer im Zusammenhang mit einem internationalen bewaffneten Konflikt mit militärischen Mitteln einen Angriff durchführt und dabei als sicher

⁴⁰ Hierzu Satzger, NStZ 2002, 125 (131); ders., JuS 2004, 943 (946, auch betreffend § 7 Abs. 1 Nr. 4 VStGB).

⁴¹ „Expertenstrafrecht“, Dannecker (Fn. 1), § 1 Rn. 32; Werle/Jeffberger, JZ 2002, 725 (730); Satzger, JuS 2004, 943 (944).

⁴² Dazu lakonisch Ambos (Fn. 32), § 7 Rn. 214: „offensichtliche Unbestimmtheit des Tatbestandes“, s. ferner Rn. 245; zum Völkerstrafgesetzbuch deutlich Weigend, in: Triffterer (Fn. 24), S. 197 (S. 204).

⁴³ BMJ (Fn. 25), S. 47.

erwartet, dass der Angriff weit reichende, langfristige und schwere Schäden an der natürlichen Umwelt verursachen wird, die außer Verhältnis zu dem insgesamt erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil stehen.

Die in sich offene Verhältnismäßigkeitsklausel, der wir bereits an anderer Stelle ähnlich begegnet sind, wirft außerordentlich zahlreiche, aus dem Gesetz nicht zu beantwortende Fragen auf. Jeder General wird hoffen, mit dem Einsatz seiner Mittel auf einwandfreie Weise einen militärischen Vorteil zu erzielen. Welcher Erfolg ist dabei noch konkret, unmittelbar, verhältnismäßig und welcher ist es nicht mehr?⁴⁴ Auf wessen – militärische – Sichtweise ist abzustellen – die des Befehlshabers oder die eines vernünftigen, neutralen Beobachters?

Die Unbestimmtheit solcher Vorschriften⁴⁵ wird insgesamt potenziert dadurch, dass sie gehäuft unscharfe Begriffe verwenden. Die Vorhersehbarkeit des Ergebnisses im Einzelfall mindert sich dadurch weiter und kann eigentlich nur das Verdikt eines Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG nach sich ziehen.

2. Folgerungen für die Auslegung von Art. 103 Abs. 2 GG ?

Dennoch wird im Schrifttum trotz aller Bedenken die letzte Konsequenz der Verfassungswidrigkeit kaum gezogen. Man belässt es bei Bedenken und hofft auf konkretisierende Worte der internationalen Gerichtshöfe.⁴⁶ Oder man leitet aus der völkerrechtsfreundlichen Tendenz des Grundgesetzes eine Abschwächung des Bestimmtheitsgebotes für diesen Bereich ab, der zu einem Ausgleich im Wege praktischer Konkordanz führen solle.⁴⁷

Aber eine Auslegung durch internationale Gerichtshöfe wäre nur hilfreich, wenn das Völkerrecht – hier das Statut des Gerichtshofs – selbst etwas für eine Auslegung, für ihre Richtung und für ihre Grenzen hergäbe. Die Unergiebigkeit des Statuts ist aber gerade das Problem. Wäre es anders, wären die Gesetzesverfasser dem Vorbild gerne gefolgt.⁴⁸ Ein abgeschwächtes Maß an Tatbestandsbestimmtheit ist auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil das Völkerstrafgesetzbuch die Strafbarkeit des Täters nicht überhaupt erst, sondern lediglich zusätzlich (zum römischen Statut) begründet.⁴⁹ Das Argument wäre nur schlüssig, wenn die Tatbestände des Statuts

⁴⁴ Vgl. zum Statut des Internationalen Strafgerichtshofs *Am-bos* (Fn. 32), § 7 Rn. 246.

⁴⁵ Weitere Beispiele bei *Satzger* Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2010, § 16 Rn. 33 ff.

⁴⁶ *Weigend*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Fn. 1), Einl. Rn. 100; *ders.* (Fn. 42), S. 204.

⁴⁷ *Dannecker* (Fn. 1), § 1 Rn. 32; *Werle* (Fn. 17 – Münchener Kommentar), Einl. VStGB Rn. 37; *Satzger* JuS 2004, 943 (946).

⁴⁸ Dazu, dass das Bestimmtheitsgebot bei der Erarbeitung des Entwurfs ein ständiges Problem bildete, vgl. *BMJ* (Fn. 25), S. 40; *Weigend* (Fn. 42), S. 203: Gratwanderung zwischen Völkerrechtswidrigkeit und Verfassungswidrigkeit; *Werle/Jeßberger*, JZ 2002, 725 (730): viel Fingerspitzengefühl erforderlich.

⁴⁹ *Satzger*, JuS 2004, 943 (946).

ihrerseits ausreichend bestimmt wären. Und eine Abschwächung des Bestimmtheitsgebotes wirft generell die Frage auf, ob die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes so weit gehen kann, dass ein grundlegendes verfassungsrechtliches Prinzip wie das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot partiell aufgegeben werden kann.⁵⁰

3. Unausweichlichkeit der Hinnahme einer Relativierung des Bestimmtheitsgebotes

Dennoch zeigt nähere Betrachtung, dass der Knüppel der Verfassungswidrigkeit in der Tat nicht vorschnell aus dem Sack geholt werden sollte. Denn eine Nichtigerklärung von Tatbeständen des Völkerstrafgesetzbuches würde unlösbare Komplikationen nach sich ziehen.

Diese liegen nicht in dem verständlichen Wunsch, falsche Signale zu vermeiden, die von der innerstaatlichen Unanwendbarkeit der Grundsätze des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs ausgehen würden. Sofern die deutsche Verfassung dies gebietet, müsste Derartiges, auch wenn es als Störfaktor der Entwicklung des Völkerstrafrechts erscheinen würde, hingenommen werden. Die Komplikationen ergeben sich vielmehr aus der Eigenart der Jurisdiktionsgewalt des Internationalen Strafgerichtshofs, wie sie in seinem Statut niedergelegt ist.

Die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen dem internationalen Gerichtshof und den deutschen Gerichten ist durch den Grundsatz der „Komplementarität“ gekennzeichnet. Nach Art. 17 Abs. 1 des Statuts ist die Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs nur gegeben, wenn der einzelne Staat nicht willens oder nicht fähig ist, die Sache ernsthaft zu verfolgen. Der Internationale Strafgerichtshof hat also lediglich eine Hilfs- oder Reservezuständigkeit. Die primäre Zuständigkeit der Einzelstaaten war eine wesentliche Vorbedingung für das Zustandekommen des Statuts und die Errichtung des internationalen Gerichts; sie war andererseits ein wesentlicher Grund für die Verabschiedung des Völkerstrafgesetzbuches, denn mit ihm wurde die Voraussetzung dafür geschaffen, dass sämtliche Völkerrechtsverbrechen als solche von deutschen Gerichten abgeurteilt werden können. Dieser letzte Gesichtspunkt war für den deutschen Gesetzgeber schließlich auch ein zwingender Grund dafür, die Tatbestände des Völkerstrafgesetzbuches besonders eng an die Vorgaben des römischen Statuts anzulehnen. So mussten, um die nationale Primärzuständigkeit in vollem Umfang zu gewährleisten, auch die tatbestandlichen Mängel im römischen Statut in das nationale Gesetz einfließen.

Was geschieht nun, wenn das deutsche Verfassungsgericht einen Tatbestand des Völkerstrafgesetzbuches für verfassungswidrig erklärt?

Nehmen wir nur Vorschriften des Völkerstrafgesetzbuches, denen keine Norm des allgemeinen deutschen Strafrechts entspricht. Dazu wird teilweise der Tatbestand der Verfolgung (§ 7 Abs. 1 Nr. 10 VStGB) zu zählen sein. Wo es nicht um Eingriffe in klassische Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit, Freiheit geht, sondern etwa um die Ausschaltung

⁵⁰ Deziert verneinend *Satzger*, NSStZ 2002, 125 (130); anders und zurückhaltend *ders.*, JuS 2004, 943 (946).

aus dem Berufsleben, hat der Tatbestand keine Entsprechung im allgemeinen Strafrecht. Ebenso wenig dürfte das Kriegsverbrechen in § 11 Abs. 3 VStGB (Umweltschädigungen) nach allgemeinem Strafrecht tatbestandsmäßig sein. In diesen Fällen wäre die Bundesrepublik – bei Wegfall der Vorschriften des VStGB – im Sinne des Art. 17 des römischen Statuts unfähig, das Delikt im nationalen Bereich abzuurteilen. Die Folge davon aber ist, dass die Reservezuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs auflebt und der Fall vor dieses Gericht gelangen wird.⁵¹ Der Täter ist nach Den Haag zu überstellen, auch wenn er Deutscher ist; dieser völkerrechtlichen Pflicht könnte sich Deutschland nicht entziehen.⁵² Von dem Internationalen Strafgerichtshof aber wird der Täter aufgrund einer Strafvorschrift verurteilt, die genau derjenigen entspricht, die in Deutschland verfassungswidrig ist. Mehr noch: Die Vorschrift des Statuts, welche Grundlage der Verurteilung in Den Haag wird, leidet unter genau demselben Mangel wie die deutsche, nämlich an inhaltlicher Unbestimmtheit. Die Nichtigerklärung eines Tatbestandes des Völkerstrafgesetzbuches durch das Bundesverfassungsgericht führt damit auf einem Umweg zu demselben Ergebnis wie dessen Anwendung. Es wäre also nichts gewonnen. Die Konsequenz kann wohl nicht sein, das Prinzip der Gesetzesbestimmtheit allein um des Prinzips willen zu verfolgen. Die Rigorosität der deutschen Auffassung wird einer elastischen Handhabung weichen müssen – nicht, weil die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes dazu drängt, sondern vielmehr, weil auch die Interpretation der Verfassung auf die Erzielung sinnvoller Ergebnisse bedacht sein muss.⁵³

In anderen Fällen der Verfassungswidrigkeit wäre die Zuständigkeit des römischen Gerichtshofs nach Art. 17 Abs. 1 seines Statuts wohl zu verneinen. Wo der Wegfall einer Norm des VStGB einen Rückgriff auf die allgemeinen Delikte des StGB wie Tötung, Körperverletzung, Vergewaltigung unberührt lässt, ist Deutschland in der Lage, den Fall selbst zu verfolgen; die Reservezuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs greift nicht ein.⁵⁴ Doch können diese Fälle

schwerlich anders behandelt werden als die zuvor erwähnten, in denen keine Norm des StGB den Ausfall des Völkerstrafgesetzbuches kompensiert. Denn der an die Bestimmtheit des Gesetzes anzulegende Maßstab kann nur ein einheitlicher sein. Der Umstand, dass ein Verhalten auch anderswo mit Strafe bedroht ist, ist nicht geeignet, diese Anforderungen inhaltlich zu bestimmen.

4. Auswirkungen auf die Interpretation des Gesetzlichkeitsprinzips im übrigen

Diese Öffnung des Gesetzlichkeitsprinzips kann nicht auf das Völkerstrafrecht beschränkt bleiben. Das Bestimmtheitsgebot gilt für das gesamte deutsche Recht, es kann nicht partiell gelockert werden, und seine Anwendung muss einheitlich geschehen, weil es um ein grundrechtsgleiches Recht geht, dessen Maßstäbe für alle Bürger gleich sein müssen.

Der Einbruch des internationalen Rechts in das deutsche Verfassungsrecht ist auch kein singuläres Ereignis, das als unbedeutende Ausnahme bei der Interpretation des Art. 103 Abs. 2 GG unbeachtet bleiben könnte.

Schon das europäische Recht wirft eine große Zahl einschlägiger Probleme auf, insbesondere wegen der gebräuchlichen Gesetzestechnik, in deutschen Strafvorschriften mehr oder minder global auf Bestimmungen des EU-Rechts zu verweisen. Die Problematik solcher Blankettvorschriften ist nicht neu, aber im europäischen Bereich besonders aktuell wegen der Unübersichtlichkeit der EU-Rechtsquellen.⁵⁵ Zwar hat der Europäische Gerichtshof in Luxemburg den Bestimmtheitsgrundsatz zum Bestandteil der europäischen Rechtsordnung erklärt,⁵⁶ die inhaltliche Konkretisierung steht aber noch aus.

Darüber hinaus trägt die fortschreitende internationale Verflechtung Deutschlands immer weitere Einflüsse in das deutsche Recht. Übereinkommen wie die zur Bekämpfung von Korruption, zur Bekämpfung des Umgangs mit Drogen oder zum Schutze von Frauen und Kindern erzeugen oftmals einen gesetzgeberischen Transformierungsbedarf, der durchaus zu Schwierigkeiten wie beim römischen Statut führen kann. Absehbar ist, dass die gegenwärtige Finanzkrise international oder wenigstens europäisch abgestimmte Strafvorschriften hervorbringen wird, bei deren Umsetzung in deutsches Recht gleichfalls Spannungen entstehen.

Man kann das Problem der Gesetzesbestimmtheit deshalb nicht auf einen vermeintlichen Einzelfall – das Völkerstrafgesetzbuch – reduzieren. Es stellt sich umfassend. Und unsere Rechtsordnung muss sich der Frage stellen, ob ihre Einbindung in die Entwicklung der internationalen Gemeinschaft

klageverbrauch sowie der Wortwahl in Art. 17 Abs. 1 lit. c, Art. 20 („Verhalten“), insbesondere aber der Formulierung in Art. 20 Abs. 3 des Statuts („auch“) ist jedoch mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen, dass der Gerichtshof nicht zuständig sein soll, wenn die prozessuale Tat auf nationaler Ebene ernsthaft verfolgt wird; deren rechtliche Qualifikation ist irrelevant.

⁵⁵ Hecker, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2007, § 7 Rn. 83 f., 104.

⁵⁶ Hecker (Fn. 55), § 10 Rn. 52.

⁵¹ Dies berücksichtigt Dietmeier, in: Graul u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, 2002, S. 333 mit seiner Kritik am Projekt eines deutschen VStGB nicht; vgl. auch Weigend (Fn. 42), S. 202.

⁵² Die Verweigerung einer Überstellung wegen Defizits an rechtsstaatlichen Grundsätzen (Art. 16 Abs. 2 GG) würde unmittelbar in die Integrität des Statuts eingreifen, was dem BVerfG nach seiner eigenen ultra-vires-Lehre nicht zusteht.

⁵³ Nur im Ergebnis ebenso Satzger, JuS 2004, 943 (946); Werle/Jeffberger, JZ 2002, 725 (730).

⁵⁴ Das erscheint immerhin nicht ganz zweifelsfrei. Art. 17 Abs. 1 des Statuts spricht von der Verfolgung des „Falles“. Ob damit der prozessuale Tatbegriff des deutschen Rechts und des Art. 54 SDÜ gemeint ist oder aber die Verfolgung einer verletzten völkerstrafrechtlichen Norm, ergibt sich daraus nicht. Das Problem ist bei den Verhandlungen zum Statut gesehen worden (Tallgren/Coracini, in: Triffterer [Hrsg.], Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2. Aufl. 2008, Art. 20 Rn. 21, 27). Aus dem sachlichen Zusammenhang von Zuständigkeit und Straf-

den Preis einer Öffnung des Bestimmtheitsgebotes wert ist oder ob ihr dieser Preis zu hoch ist. Aber man kann nur eines. Entweder passt man das innerstaatliche Recht an, oder man muss auf die Übernahme internationalen Rechts verzichten.

Die Frage ist aufzuwerfen, aber ich beantworte sie lediglich mit dem Hinweis, dass wir Grund haben, unsere eigene Rechtsordnung zu verteidigen. Es gilt, das Bündnis für das deutsche Recht, welches das Bundesjustizministerium mit den Organisationen der Richter und Staatsanwälte, der Rechtsanwälte und der Notare geschlossen hat,⁵⁷ nach allen Richtungen auszubauen.

IV. Zusammenfassung

Ich fasse zusammen:

Der nulla-poena-Satz ist in seiner Rigorosität, welche bisher die deutsche Auffassung zu diesem Prinzip bestimmt hat, vermutlich nicht aufrecht zu erhalten. Insbesondere im internationalen Bereich zeichnen sich Entwicklungen ab, welche zu einer Erosion des Prinzips führen können.

1. Die Rechtsprechung zu den Mauerschützenfällen und die Befassung mit den Völkerrechtsverbrechen der jüngeren Geschichte haben die Einsicht gefördert, dass die Ausnahmeklauseln in den internationalen Konventionen zum Rückwirkungsverbot Aktualität erlangen können. Das wirft die Frage auf, ob sich diese Ausnahmen begrenzen lassen.

2. Die nationale Kodifikation der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen im Völkerstrafgesetzbuch führt notwendigerweise zu einer Relativierung des Bestimmtheitsgebotes im nulla-poena-Satz. Die Relativierung wird sich nicht auf das Gebiet des Völkerstrafrechts beschränken lassen, sondern in die gesamte Rechtsordnung hineinwirken.

3. Auch dies sind Folgen der Globalisierung. Im Wettstreit der Rechtsordnungen ist es die Aufgabe der deutschen Juristen, die eigenen Prinzipien offensiv zu vertreten.

⁵⁷ Siehe *Kamphausen*, DRiZ 2009, 9.