

Sabine Gless, Basel

## Strafe ohne Souverän?<sup>1</sup>

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Strafe durch den Souverän
  - A) Innere Souveränität und Rechtsstaatlichkeit
    - 1. «nullum crimen, nulla poena sine lege»
    - 2. Gleichheit
    - 3. Kontrollierbarkeit
  - B) Innere Souveränität und Rechtssicherheit
    - 1. Für den Adressaten erwartbare und akzeptable Strafgesetze
    - 2. Strafklage am Tatort
  - C) Äussere Souveränität
- III. Strafe ohne Souverän
  - A) Rechtsbeziehung zum Individuum und Rechtsstaatlichkeit
    - 1. «nullum crimen, nulla poena sine lege»
    - 2. Gleichheit
    - 3. Kontrollierbarkeit
  - B) Rechtsbeziehung zum Individuum und Rechtssicherheit
    - 1. Für den Adressaten erwartbare und akzeptable Strafnormen
    - 2. Strafklage vor einem internationalen Straftribunal
  - C) Rechtsbeziehung zwischen Völkerstrafgewalt und nationaler Strafgewalt
  - D) Internationaler Strafgerichtshof
- IV. Fazit

### I. Einleitung

Das Verhältnis von Strafe und Souverän beschäftigt die juristische und auch die schöngestige Literatur seit jeher. Weit bekannt ist etwa die Auseinandersetzung in Schillers *Wilhelm Tell* um Freiheit, Strafrecht, Gerechtigkeit – und Souveränität.<sup>2</sup> Wenig behandelt, fast rätselhaft erscheint dagegen die Frage nach der «*Strafe ohne Souverän*». Doch lässt sich diese leicht erschliessen, stellt man sich etwa Folgendes vor:<sup>3</sup> *Während einer viel beachteten Tell-Premiere im Theater Basel kommt es zu Tumult und Tötlichkeiten. Nachdem der Erste tot zu Boden gesunken ist, öffnen sich die*

1 In der Vortragsform belassene, um Fussnoten ergänzte Antrittsvorlesung der Verfasserin an der Universität Basel vom 17. November 2006.

2 Vgl. *Friedrich F. Schiller, Wilhelm Tell, dritter Aufzug, dritte Szene.*

3 Nach *Mani Matter* «Si bei der Willhelm Täll ufgfuehrt», aus: «I han es Zündhölzli azündt» (1973).

Türen. Herein tritt die Kriminalpolizei – aber nicht in der Uniform von Basel-Stadt, sondern in österreichischer Kleidung und ausgewiesen durch österreichische Dienstmarken. Als diese Beamten die aus ihrer Sicht Verdächtigen verhaften wollen, verbreitet sich im Raum noch mehr Unruhe. Die Türen gehen erneut auf und herein treten jetzt Damen und Herren in hellblauer Kleidung mit der Aufschrift «UN-Kripo». Sie weisen sich als Ermittlungsbehörde der Vereinten Nationen aus, erklären sich angesichts der ausländischen Staatsangehörigkeit des Toten für zuständig und wollen ihrerseits die Verdächtigen mitnehmen. Ein irrales Szenario, denn verhaften dürfen nur die örtlichen Behörden. Zur Strafverfolgung ist nur der Territorialsouverän, die Staatsmacht berechtigt, auf deren Hoheitsgebiet eine Straftat geschieht.<sup>4</sup> Warum ist das so? Was bedeutet Strafe durch den Souverän? Was ist und was bedeutet Strafe ohne Souverän?

Diese Fragen werde ich jeweils schlaglichtartig unter zwei Aspekten beleuchten: erstens unter dem Gesichtspunkt der Rechtsstaatlichkeit und zweitens unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit. Beide Institute sind einerseits hinsichtlich der «inneren Souveränität» betroffen, also in der Rechtsbeziehung zwischen Staat und Bürger,<sup>5</sup> und andererseits mit Blick auf die «äussere Souveränität», also in der zwischenstaatlichen Rechtsbeziehung,<sup>6</sup> jeweils mit Konsequenzen für die Rechtsetzung und die Rechtsdurchsetzung.<sup>7</sup>

## II. Strafe durch den Souverän

Strafe durch den Souverän bedeutet, dass, wer die Macht in einem bestimmten Gebiet ausübt, dort auch die Strafgewalt haben muss. Das ist die Kernaussage innerer und äusserer Souveränität mit Blick auf das Strafrecht.<sup>8</sup> Denn strafe ein Opfer einen Täter auf eigene Faust, so gefährdete diese Selbstjustiz die innere Souveränität. Schickte ein Staat eine Strafmission auf fremdes Gebiet, so stellte er die äussere Souveränität des anderen Staates in Frage.

4 Vgl.: O. A. *Ger mann*, Rechtsstaatliche Schranken im internationalen Strafrecht, ZStrR 69 (1954) 237 ff.

5 Dazu: J. *Dennert*, Ursprung und Begriff der Souveränität, Stuttgart 1964, 104 ff.

6 Dazu: H. *Quaritsch*, Souveränität: Entstehung und Entwicklung des Begriffs in Frankreich und Deutschland vom 13. Jh. bis 1806, Berlin 1986, 62 ff.

7 Grundlegend zum Souveränitätsbegriff: J. *Bodin*, Les Six Livres de la République (Paris 1583), in der Übersetzung von G. *Niedhardt*, Stuttgart 1976 (Nachdruck 1999), 19.

8 Dazu aus unterschiedlichen Epochen: N. *Capus*, Der Kriminalisierungsprozess ausserhalb nationalstaatlicher Strafgewalt, in: C. *Opitz/B. Studer/J. Tanner* (Hrsg.), Kriminalisieren–Entkriminalisieren–Normalisieren, hrsg. von C. *Opitz/B. Studer/J. Tanner*, Zürich 2006, 211–223; J. *Köhler*, Internationales Strafrecht, Stuttgart 1917, 92; C. *Kress*, Völkerstrafrecht und Weltrechtspflegeprinzip im Blickfeld des Internationalen Gerichtshofs, ZStW 114 (2002) 823; F. *Meili*, Lehrbuch des Internationalen Strafrechts und Strafprozessrechts, Zürich 1910, 113 ff.; L. *Preuss*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1935, 239 ff. mit Verweis auf J. *Story*, Conflict of Laws, (S. 248).

Die Kantone haben früh erkannt, dass ein Staat nach aussen und innen nur ernst genommen wird, wenn er das Recht zum Strafen hat. Das zeigt etwa die historische Episode des «Galgenkrieges» zwischen Basel und Solothurn im Jahr 1531:<sup>9</sup> Seinerzeit trugen Bewohner von Reigoldswil einen Ermordeten vom sog. Grauenboden – einem Gebiet nördlich des Passwang – hinunter in ihr Dorf, über das Basel die Gerichtsbarkeit innehatte. Den Grauenboden aber hatte Solothurn kurz zuvor von Basel gekauft. Weil das Opfer, das einzige Beweisstück, jetzt auf Basler Territorium war, wollte die Stadt ihre Blutgerichtsbarkeit ausüben. Solothurn – das den Grauenboden nach dem Kauf zu seinem Gerichtsbezirk zählte – sah das als Verletzung seiner Territorialhoheit an. Nach einem Vermittlungsversuch aus Bern eskalierte das Ganze. Basel beanspruchte in der Folge gleich die Gerichtsbarkeit über verschiedene, formal zu Solothurn gehörende Dörfer, u.a. Gempfen. Daraufhin liess Solothurn den berühmten Galgen in Gempfen errichten, den Basel gleich darauf zerstörte. «Es war der Galgenkrieg ...» – bis Basel und Solothurn einlenkten. Basel erhielt die Hochgerichtsbarkeit in Nunningen und anderen Orten, aber Solothurn diejenige in Gempfen.

Während dieser Zeit entwickelte sich der öffentliche Strafanspruch parallel zum staatlichen Gewaltmonopol und löste in Europa Blutrache und Fehde ab.<sup>10</sup> Richtstätten, Galgenplätze und Martersäulen wurden im Mittelalter sichtbare Zeichen der Hoheitsgewalt der neuen staatlichen Territorialmächte.<sup>11</sup> Die Strafgewalt ging allmählich durch verschiedene Landfrieden auf den frühneuzeitlichen Staat über.<sup>12</sup> Die Strafgewalt der Kantone der Eidgenossenschaft hat letztlich förmlich der Westfälische Frieden von 1648 besiegelt.<sup>13</sup> Seither kann und muss die Obrigkeit Straftaten auf *ihrem* Gebiet wirksam von Amtes wegen verfolgen.<sup>14</sup>

9 Vgl. die Lemmata «Galgenkrieg» und «Gempfen» im Historischen Lexikon der Schweiz (Bd. 5), Basel 2006, m.w.N.

10 Siehe hierzu das Lemma «Gewaltmonopol» im Historischen Lexikon der Schweiz (Bd. 5).

11 R. Voltmer, in: R. Voltmer (Hrsg.), Hexenverfolgung und Herrschaftspraxis, hrsg. von R. Voltmer, Trier 2005, 3, m.w.N. in Anm. 14.

12 Zum Ewigen Reichslandfrieden Maximilians I. von 1495 und zur Constitutio Criminalis Carolina von 1532 vgl. H. Rüping/G. Jerouschek, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 4. Aufl., München 2002, m.w.N. Das Bewusstsein der Eidgenossen für die Bedeutung eigener Strafgewalt zeigt sich auch in der Ablehnung der Wormser Beschlüsse von 1495 und des neuen Reichskammergerichts – einem Konfliktherd im Vorfeld des Schwabenkrieges von 1499, hierzu Th. Maissen, Worum ging es im Schwabenkrieg?, in NZZ vom 18.9.1999, 83.

13 Diesen Landfrieden hat der Basler Bürgermeister Wettstein für die Eidgenossenschaft zunächst fast eigenmächtig verhandelt und ausgerufen, dazu im Einzelnen: F. Egger, Wettsteins Leistung am Westfälischen Friedenskongress, in: M. Jorio (Hrsg.), 1648, Die Schweiz und Europa, hrsg. von M. Jorio, Zürich 1999, 79 ff.

14 Zur Bedeutung des Westfälischen Friedens für die Strafgerichtsbarkeit in Europa bis heute: A. Eser/Ch. Burchard, Interlokales «ne bis in idem» in Europa? Vom «westfälischen» Souveränitätspathos zu europäischem Gemeinschaftsdenken, in: H.-J. Derra (Hrsg.), Festschrift für J. Meyer, hrsg. von H.-J. Derra, Baden-Baden 2006, 500 ff.

Strafe durch den Souverän hat sich seit dem Mittelalter gewandelt: Heute wird sie durch eine demokratische Legitimationskette auf das Staatsvolk zurückgeführt, das als Souverän durch Wahlen und Abstimmungen die Verantwortung übernimmt für die Gesetze, die strafbares Verhalten und Rechtsfolge bestimmen, ebenso wie für die Gesetze, welche die Rechtsdurchsetzung ermöglichen, sowie für die Rechtsdurchsetzung selbst. Denn das Volk wählt die Strafrichter. Strafverfolgungsbehörden müssen Volksvertretern Rede und Antwort stehen.

Parallel zu dieser politischen Veränderung wanderte die Strafgewalt vom Kleinräumigen zum Grossräumigen. Im Bereich des materiellen Strafrechts haben die Kantone nach einigen Jahrhunderten der Bundesgesetzgebung Vorrang eingeräumt und damit ein eidgenössisches Strafgesetzbuch ermöglicht.<sup>15</sup> Bald tritt eine gesamtschweizerische Strafprozessordnung in Kraft.<sup>16</sup> Doch trotz dieser Entwicklung erschiene es – jedenfalls noch – undenkbar, die Strafkompetenz, etwa zugunsten eines europäischen Strafrechts, aufzugeben. Es hat sich also nicht so viel geändert seit *Meili* 1910 in seinem Lehrbuch zum Internationalen Strafrecht konstatierte: «Die Zeit ist zweifellos noch nicht gekommen, um ein einheitliches Weltstrafrecht zu schaffen, obwohl ein dahinzielender Gedanke schon geäussert worden ist.»<sup>17</sup>

Was bedeutet diese territoriale Bindung der Strafkompetenz für uns? Vorrangig wohl zweierlei: das Streben nach Rechtsstaatlichkeit ganz allgemein und nach Rechtssicherheit, als Kerngehalt der Rechtsstaatlichkeit für den Rechtsunterworfenen im Besonderen.

#### A) *Innere Souveränität und Rechtsstaatlichkeit*

Bestrafung durch den Territorialsouverän verspricht Rechtsstaatlichkeit.

##### 1. «nullum crimen, nulla poena sine lege»

Grund dafür ist zum Ersten, dass auf nationaler Ebene ein – demokratisch legitimiertes – Gesetz eine klare Grenze zwischen strafbarem und straflosem Verhalten zieht. Strafbar ist nur, wer eine Tat begeht, die das Gesetz ausdrücklich mit Strafe bedroht. So bestimmt es auch Art. 1 StGB.

Mit gutem Grund gilt dieses Prinzip des «nullum crimen, nulla poena sine lege» – in seinen verschiedenen Ausprägungen – als eine Grundfeste der inneren

15 Vgl. Art. 335 StGB; G. *Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht AT I: Die Straftat, 3. Aufl., Bern 2005, § 1, N 20.

16 F. *Riklin*, Die Strafprozessrechtsreform in der Schweiz, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA) 153 (2006), 495 ff.

17 *Meili* (Fn. 8), 161.

Souveränität, also der Rechtsbeziehung zwischen Staat und Individuum:<sup>18</sup> Als Verbot von strafbegründendem oder strafschräpfendem Gewohnheitsrecht – «*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*» – garantiert es, dass die Bürgerschaft ihre durch die Strafgewalt bedrohte Freiheit durch einen formalen Akt selbst einschränkt.<sup>19</sup> Als Bestimmtheitsgebot gewährleistet es, dass jeder Einzelne weiss oder zumindest wissen kann, was strafbar ist.<sup>20</sup> Nur so kann die Strafdrohung zu rechts-treuem Verhalten motivieren und ihre präventive Wirkung entfalten.<sup>21</sup>

## 2. Gleichheit

Die Bestrafung durch den Territorialsouverän sichert ferner formale Gleichheit *vor dem Gesetz* und bei der *Rechtsdurchsetzung*: Die Territorialmacht droht nicht nur allen Personen, die sich im Staatsgebiet aufhalten, mit Strafe für den Fall, dass sie eine kriminelle Handlung begehen.<sup>22</sup> Das Gewaltmonopol sichert auch die allgemeine Durchsetzung von Strafe und damit ein Stück Gerechtigkeit.<sup>23</sup> Denn wir empfinden eine Strafe nur dann als gerecht, wenn sie jedem anderen auch droht, der dieselbe Tat begeht. Praktisch trifft es zwar nicht immer alle. Doch ist eine gleichmässige und systematische Strafdurchsetzung bis heute zu Recht eine *Maxime* unserer Strafrechtspflege.<sup>24</sup>

## 3. Kontrollierbarkeit

Territorial gebundenes Strafrecht erscheint ferner für die Rechtsunterworfenen kontrollierbar: Zum einen bestimmt die Bürgerschaft bei der Strafgesetzgebung mit – etwa durch öffentliche Meinungsbildung, durch die Wahl politischer Repräsentanten oder allenfalls auch durch die Stimmabgabe im

18 Vgl. etwa: BGE 118 IA 305, 318 f.; J. *Hurtado Pozo*, Principe de la légalité et interprétation en droit pénal, ZStrR 110 (1992) 221 ff.; A. *Wolffers*, Zum Legalitätsprinzip im Schweizerischen Strafrecht, ZBJV 122 (1986) 569 ff.

19 A. *Donatsch/B. Tag*, Strafrecht I – Verbrechenlehre, 8. Aufl., Zürich 2006, 31 f.

20 Zum Bestimmtheitsgebot für Völkerstraftatbestände im Schweizer Recht: P. *Popp*, Kommentar zum Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927, Besonderer Teil, St. Gallen 1992, Art. 109 N 2; R. *Roth/M. Henzelin*, La répression des violations du droit international humanitaire en Suisse, in: C. *Pellandini* (ed.), Répression nationale des violations du droit international humanitaire, Genève (1997), 200 f.; H. *Vest*, Zum Universalitätsprinzip bei Völkerrechtsverbrechen: Bemerkungen de lege ferenda, ZStrR 121 (2003) 49 f.; allg. zum Bestimmtheitsgebot: S. *Trechsel/P. Noll*, Schweizerisches Strafrecht AT I, 6. Aufl., Zürich 2004, 53.

21 Vgl. H. *Dubs*, Die Forderung der optimalen Bestimmtheit belastender Rechtsnormen, in: Probleme der Rechtssetzung, Referate zum Schweizerischen Juristentag 1974, Basel 1974, 223 ff.

22 Zum umfassenden Strafanspruch des Territorialstaates vgl. etwa: *Meili* (Fn. 8), 241 ff.

23 BGE 108 IV 146 ff.; *Preuss* (Fn. 8), 246.

24 R. *Hauser/E. Schweri/K. Hartmann*, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 48 N 1.

Referendum.<sup>25</sup> Zum anderen kontrolliert die Bevölkerung eines Landes auch die Rechtsdurchsetzung im eigenen Staat. Dies geschieht mithilfe der (ohne grössere Schwierigkeiten wahrnehmbaren) Öffentlichkeit in den Gerichtsverfahren, durch Laienbeteiligung in Strafverfahren, durch lokale Meinungsbildung u.Ä.<sup>26</sup> Die Kontrolle erstreckt sich nicht nur auf die Urteilsfindung, sondern auch auf den Einsatz von Ressourcen durch Strafverfolgungsbehörden: Ermittlungskapazitäten, Gefängnisplätze und sogar Strafen sind Mittel, die nicht beliebig zur Verfügung stehen und deren Einsatz durch lokale Gepflogenheiten geprägt ist.<sup>27</sup>

## B) Innere Souveränität und Rechtssicherheit

Die Strafkompetenz des Territorialsouveräns gewährt ferner in besonderer Weise Rechtssicherheit für den Einzelnen.

### 1. Für den Adressaten erwartbare und akzeptable Strafgesetze

Grund hierfür ist zunächst wiederum das Territorialitätsprinzip: Alle auf dem Hoheitsgebiet weilenden Personen sind der Strafgewalt dieses Staates unterworfen – und grundsätzlich nur dieser.<sup>28</sup> Sie sollen sich *auf das nationale Strafgesetz als gültige Grenze* zwischen straflosem und strafbarem Tun verlassen können.<sup>29</sup>

Darüber hinaus gründet die lokale Strafrechtspflege in der Regel auf Normen, die für den Adressaten erkennbar und «akzeptabel» sind, die etwa auch örtliche Gegebenheiten berücksichtigen. *Käme es zu Tumulten und Handgreiflichkeiten während einer Theaterveranstaltung in Basel, so bestimmte das Schweizer Strafgesetz die Grenzen zwischen straflosem «Puff», vergleichsweise milde bestrafte Tätlichkeit und strafbarer Körperverletzung. Strafflos ist – laut Bundesgericht – eben nur der Körperkontakt, der nicht «das [hier] allgemein übliche Mass physischer Einwirkung auf einen Menschen überschreitet».*<sup>30</sup> *Wegen einer Tätlichkeit ist jedenfalls strafbar, wer einem anderen weh tut*<sup>31</sup> – etwa durch einen Schlag auf das Gesicht oder einen Stoss in

25 Zur Einschränkung souveräner nationaler Rechtspolitik in einigen Bereichen vgl. etwa für den Bereich der Bekämpfung von Geldwäscherei: N. Capus, Country Report: Combating money laundering in Switzerland, in: M. Pieth/G. Aiolfi (Hrsg.), A Comparative Guide to Anti-Money Laundering, hrsg. von M. Pieth/G. Aiolfi, Cheltenham 2004, 114 ff.

26 Hauser/Schweri/Hartmann (Fn. 24), § 52 N 8 ff. und § 22 N 4.

27 Vgl. zu kantonalen Unterschieden: N. Queloz, Commentaire de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de fixation et de motivation de la peine: faut-il vraiment clouer les juges fédéraux au pilori?, RPS ZStR 116 (1998) 138.

28 Meili (Fn. 8), 106 ff.

29 Vgl. etwa: K. Seelmann, Strafrecht Allgemeiner Teil, Basel 2005, 27; G. Arzt, Zur identischen Strafnorm beim Personalitätsprinzip und bei der Rechtshilfe, ZBJV 124 (1988) 417 ff.

30 BGE 117 IV 14.

31 BGE 69 IV 4, 107 IV 42.

die Kulisse. Wer einen anderen am Körper oder an der Gesundheit schädigt, beispielsweise durch einen Hieb mit einer Hellebarde in den Bauch, macht sich einer Körperverletzung schuldig.<sup>32</sup>

## 2. Strafklage am Tatort

Strafe durch den Territorialsouverän sichert ferner die Strafklage am Tatort, die wiederum ein Strafverfahren nach lokalem Strafprozessrecht garantiert.<sup>33</sup> Dieser Umstand erscheint lapidar, ist aber bedeutend: Erst nach der Monopolisierung des «ius puniendi» durch den Staat galt: Eine Strafe darf nur dann verhängt werden, wenn die Schuld des Täters in einem ordnungsgemässen Strafverfahren festgestellt ist. Der Blutrache und der Fehde mag ein formalisiertes Prozedere vorausgegangen sein.<sup>34</sup> Das justizförmige Verfahren aber ist *der* Ertrag der Ansiedlung des Strafrechts bei den staatlichen Gerichten.<sup>35</sup> Die Erstzuständigkeit kantonaler Gerichte sichert eine lokale Verankerung der Strafrechtspflege. Dieses Stück Souveränität hüten die Kantone mit besonderer Aufmerksamkeit, wie die Debatte um den vereinheitlichten Bundesstrafprozess zeigt. Bis jetzt wird in der Schweiz in 26 bzw. 29 verschiedenen Verfahren über Schuld oder Nichtschuld entschieden, weil es eben ganz unterschiedliche Überzeugungen hinsichtlich der Frage gibt, ob juristisch ausgebildete oder Laienrichter aus der Gemeinde in der Schuldfrage entscheiden sollen? Ob resp. wann einem minderjährigen Zeugen geglaubt werden kann? Ob Richter selbst Ermittlungen anstellen oder einen von den Strafverfolgungsbehörden ermittelten Sachverhalt zugrunde legen sollen?<sup>36</sup>

Ob Strafverfolgung nach fremden Regeln und durch «Fremde» durchgeführt wird oder nach den lokalen Regelungen durch Strafverfolgungsbehörden, welche die örtlichen Gegebenheiten kennen, ist ein gewaltiger Unterschied – den man rein positiv oder auch negativ bewerten mag.<sup>37</sup>

32 Vgl. G. Stratenwerth/G. Jenny, Schweizerisches Strafrecht BT I: Straftaten gegen Individualinteressen, 6. Aufl., Bern 2003, § 3 N 5 ff.

33 Zum Gesetzesmässigkeitsprinzip im Prozessrecht, BSK StGB I–P. Popp, in: Basler Kommentar Strafgesetzbuch I, Art. 1–110 StGB, hrsg. von M. A. Niggli/H. Wiprächtiger, Basel 2003, Art. 1 N 1; aus US-amerikanischer Sicht mit Überlegungen zum Jury-Verfahren: Preuss (Fn. 8), 246 f.

34 Vgl. etwa: Th. Vogel, Fehderecht und Fehdepraxis im Spätmittelalter am Beispiel der Reichsstadt Nürnberg, Frankfurt a. M. 1998, 167 ff.; Ch. Terharn, Die Herforder Fehden im späten Mittelalter, Berlin 1994, 42 ff.

35 Zur Entwicklung: Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Nachdruck 3. Aufl., Göttingen 1995, 178 ff.; vgl. auch Hauser/Schweri/Hartmann (Fn. 24), § 2 N 4.

36 Zur Entstehung des Entwurfs einer Schweizerischen Strafprozessordnung siehe: Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12. 2005, BBl 2006 1085 ff., <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/1085/pdf>.

37 Hierzu grundlegend: A. Eser/U. Sieber/J. Arnold (Hrsg.), Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht: vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse, Bd. 1, Freiburg 2000.

C) *Äussere Souveränität*

Auch hinsichtlich der äusseren Souveränität, welche die staatliche Strafgewalt nach innen erst ermöglicht, verspricht die Strafe durch den Territorialsouverän Rechtsstaatlichkeit und Rechtssicherheit. Nur so lange die Staaten untereinander das völkerrechtliche Einmischungsverbot respektieren, kann der Territorialsouverän im Hoheitsgebiet autonom und verbindlich Strafrecht setzen und durchsetzen.<sup>38</sup> Dieser Umstand ist auch der Hintergrund für die kontroverse Auseinandersetzung um die Geltung eines Universalitätsprinzips in Zusammenhang mit der Verfolgung von Völkerstraftaten.<sup>39</sup>

Doch gilt diese Souveränität gegenüber allen anderen Staaten nicht uneingeschränkt: Seit geraumer Zeit<sup>40</sup> kennen europäische Rechtsordnungen Regelungen für ein «internationales Strafrecht». Darunter versteht man traditionell Regeln, welche die nationale Strafgewalt über die Landesgrenzen hinaus ausdehnen, also Strafe auch für ein Verhalten ausserhalb des Staatsgebietes androhen. Voraussetzung ist nach allgemeiner Meinung, dass ein legitimer Anknüpfungspunkt für die Strafgewalt vorliegt,<sup>41</sup> etwa weil Opfer oder Täter eigene Staatsangehörige sind.<sup>42</sup>

*In dem angeführten Beispielsfall könnte Österreich etwa nachfolgend zu Tumult, Tötlichkeit und Tod im Theater einen Strafanspruch anmelden, wenn Getöteter oder mutmassliche Täter österreichische Staatsangehörige wären. Ebenso droht Schweizern, die im Ausland eine Straftat begehen, unter bestimmten Umständen eine Strafe zu Hause oder Personen – wenngleich künftig unter restriktiveren Kautelen – eine Strafe in der Eidgenossenschaft, wenn sie sich im Ausland an Schweizern vergreifen.*<sup>43</sup>

38 Zum traditionellen Verständnis von Souveränität: A. Peters, *Völkerrecht Allgemeiner Teil*, Zürich 2006, 30; G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum, *Völkerrecht*, Bd. I/1, 2. Aufl., Berlin 1988, 214 f. und 321 f.

39 Dazu etwa: M. Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international*, Basel 2000, N 371 ff.; Th. Kress, (Fn.8), 828 ff.; T. Weigend, *Grund und Grenzen universaler Gerichtsbarkeit*, in: J. Arnold et al., (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht*, Festschrift für Albin Eser, hrsg. von J. Arnold et al., München 2005, 955 f. und 962 f.

40 Zur Entwicklung in der Schweiz etwa: Meili (Fn. 8), 211 f.

41 Vgl. zur «jurisdiction to prescribe» Permanent International Court of Justice, Series A, Nr. 10, 4, 19 (1927) «Lotus Entscheidung» sowie das Votum von C. van den Wyngaert, in IGH v. 14.12.2002, Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), no. 54–58; zur Legitimität solcher Anknüpfungspunkte etwa: Meili (Fn. 8), 405: «Die Gerichtshoheit des internen Staates darf international nicht durch List künstlich geschaffen werden.»

42 Zum passiven und aktiven Personalitätsprinzip im alten Recht: BSK StGB I–P. Popp, in: *Basler Kommentar Strafgesetzbuch I*, Art. 1–110 StGB, hrsg. von M. A. Niggli/H. Wiprächtiger, Basel 2003, vor Art. 3 N 18 u. 24; U. Cassani, *Die Anwendbarkeit des Schweizerischen Strafrechts auf internationale Wirtschaftsdelikte*, ZStrR 114 (1996) 239 ff.

43 Zur Reform des Strafanwendungsrechts (Artt. 4–9 StGB) vgl., A. Eicker, *Das Schweizerische Internationale Strafrecht vor und nach der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs*, ZStrR 124 (2006), 295 ff.; G. Heine, *Der kommende Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches*, ius. full 2 (2004) 117 f.; H. Wiprächtiger, *Revision des Allgemeinen Teils des StGB, Änderungen im Schatten des Sanktionenrechts*, ZStrR 123 (2005) 406 ff.

Doch auch wenn eine Erstreckung der Strafdrohung über die eigenen Landesgrenzen zulässig ist – eine Rechtsdurchsetzung auf fremdem Staatsgebiet ist völkerrechtlich verboten.<sup>44</sup>

*Österreichische Ermittlungsbeamte dürfen niemanden ohne Einwilligung der zuständigen Territorialbehörden verhaften. Ebenso wenig dürfen Schweizer Behörden jemanden aus dem Ausland in die Schweiz entführen.*

Durchsetzen darf ein Staat eine Strafdrohung nur auf eigenem Territorium.<sup>45</sup> Der Täter muss sich also im Hoheitsgebiet aufhalten. «Die Nürnberger hängen keinen – sie hätten ihn denn zuvor!»<sup>46</sup> Die an den Territorialstaat gebundene Strafgewalt ist Teil der modernen Friedensordnung zwischen den Staaten.

### III. Strafe ohne Souverän

Was aber ist mit Räumen und Situationen, in denen eine Bestrafung durch einen Souverän – jedenfalls auf den ersten Blick – nicht möglich ist?

Hier sind drei Konstellationen zu unterscheiden: (1.) Räume, in denen kein Souverän existiert, (2.) Fälle, in denen zwar ein Souverän vorhanden ist, dieser aber nicht auf den Täter zugreifen kann, und (3.) Situationen, in denen der vorrangig zur Strafverfolgung berufene Souverän nicht willens oder nicht in der Lage ist, zu strafen.

Zur ersten Konstellation, der Räume, in denen kein Souverän existiert: Klassisches Beispiel für einen staats- und damit rechtsfreien Ort ist die hohe See, auf der Piraten ihr Unwesen treiben.<sup>47</sup> Heute haben «Internetbetrüger» sie abgelöst, die ihre Opfer im virtuellen Raum suchen, der bekanntlich überall und nirgendwo ist.<sup>48</sup> Für die Zukunft steht uns das Strafrecht im Weltall bevor.<sup>49</sup> Darf dort niemand oder dürfen alle strafen? Eine eindeutige Antwort auf diese Frage gibt es nicht.

Eine nahe liegende Lösung bieten vertragliche Vereinbarungen: Völkerrechtliche Konventionen können die Strafgewalt *einem* Staat zuweisen. Diesen Weg geht etwa der Antarktisvertrag von 1959, der straffällige Forscher der alleinigen Strafgewalt

44 Grundlegend zur «jurisdiction to enforce»: Internationaler Ständiger Gerichtshof/Permanent International Court of Justice, Series A, Nr. 10, 18 (1927) «Lotus Entscheidung»; vgl. auch Weigend (Fn. 39), 955 f. und 964.

45 W. Kälin/A. Epiney/M. Ceroni/J. Kürzli, Völkerrecht. Eine Einführung, 2. Aufl., Bern 2006, 171 f.

46 Das soll Epplein von Gailingen, ein hohenlohischer Raubritter, mit einem Sprung über die Nürnberger Burgmauer bewiesen haben.

47 Vgl. zur strafrechtlichen Bekämpfung von Piraterie mit Hilfe internationaler Vereinbarungen etwa: K.-M. König, Die völkerrechtliche Legitimation der Strafgewalt internationaler Strafjustiz, Baden-Baden 2003, 50 ff.

48 K. Cornils, Der Begehungsort von Äusserungsdelikten im Internet, JZ 54 (1999) 394 ff.

49 Vgl. etwa: K. Ambos, Internationales Strafrecht, München 2006, § 3 N 20.

walt ihres Heimatstaates unterstellt<sup>50</sup> oder die Rheinschifffahrtsakte von 1868, durch welche die Rheinanliegerstaaten ein jeweils zuständiges Schifffahrtsgericht bestimmt haben.<sup>51</sup>

Eine zweite, eher langfristige Antwort ist materielle Rechtsangleichung.<sup>52</sup> Denn würden alle Staaten auf einen Sachverhalt das gleiche Recht anwenden, dann wären jedenfalls unterschiedliche Normbefehle an die Rechtsunterworfenen ausgeschlossen: Jeder wüsste überall, was er darf und was nicht. Diesen Weg will die Konvention des Europarats gegen Internetkriminalität von 2001 für das weltweite Netz eröffnen – bisher aber nur mit mässigem Erfolg.<sup>53</sup>

Vertragliche Lösungen sind die Ausnahme, wo sie nicht greifen, zeigt sich, dass, wenn ein klares Abgrenzungskriterium – wie das Territorium – fehlt, nationale Weltrechtsansprüche schnell zu einer justiziellen Unordnung führen, weil verschiedene Staaten für dieselbe Tat Anknüpfungspunkte vorweisen können – wie die Staatsangehörigkeit von Opfer oder Täter.

In der Praxis löst sich ein durch parallele Rechtsetzung heraufbeschworener Konflikt aber ohnehin dadurch, dass eine Strafverfolgungsbehörde einer Person erst habhaft werden muss, weil – wie bereits gesagt – die Nürnberger nur hängen können, wen sie haben.

Diese Erkenntnis führt zur zweiten Konstellation, in der zwar der Tatort im Hoheitsgebiet eines funktionierenden Staatswesens liegt, ein Souverän also vorhanden, aber an der Ausübung seiner Strafgewalt gehindert ist, weil der Täter im Inland gar nicht greifbar ist. Das ist ein Fall für die internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Dieses Rechtsgebiet ist in vielfältiger Hinsicht für die Frage nach der Legitimität von Strafe ohne Souverän von Interesse. Denn Rechtshilfemassnahmen müssen innerstaatlich (insbesondere gegenüber den Betroffenen) durch viele Kautelen legitimiert sein, und nach aussen wahrt die Rechtshilfe die souveräne Entscheidungsfreiheit der Staaten.<sup>54</sup> Eine eingehende Untersuchung dieser «international arbeitsteiligen Strafverfolgung» muss an anderer Stelle erfolgen.

An dieser Stelle bleibt festzuhalten: In den beiden bereits geschilderten Konstellationen ist Strafe letztlich wiederum an einen Staat, einen Territorialsouverän, gebunden.

50 Vgl. Art. VIII des Antarktisvertrages vom 1.12.1959 (in Kraft getreten am 23.6.1961), SR 0.121.

51 Vgl. Art. I des Zusatzprotokolls vom 25. Oktober 1972 zu der am 17. Oktober 1868 in Mannheim unterzeichneten Revidierten Rheinschifffahrtsakte, SR 0.747.224.101.1.

52 B. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, Berlin 2005, 365 ff.

53 Übereinkommen über Computerkriminalität des Europarats vom 23.11.2001, CETS/SEV Nr. 185.

54 Vgl. dazu: L. Moreillon (ed.), *Entraide internationale en matière pénale*, Basel 2004, 125 ff.; R. Zimmermann, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, Bern 2004, 369 ff.

Drittens gibt es aber – und hier handelt es sich um die interessante Konstellation für die Frage nach der «Strafe ohne Souverän» – Situationen, in denen der vorrangig zur Strafverfolgung berufene Souverän nicht willens oder nicht in der Lage ist, zu strafen, weil der Staat selbst in die Unrechtstaten verwickelt oder weil er als Staatsgebilde zusammengebrochen ist, wie etwa Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg oder Ex-Jugoslawien und Ruanda nach den Bürgerkriegen.<sup>55</sup> Auch hier muss jedoch Strafe sein, und zwar gegenüber den schuldigen Individuen.<sup>56</sup> Denn es ist nicht die anonyme Staatsmacht, es sind immer einzelne Menschen, es sind Militärbefehlshaber und Staatsoberhäupter, die Befehle zum Völkermord, zu Kriegsverbrechen oder zu Vertreibungen geben und es sind KZ-Wächter, Soldaten und Hilfspolizisten, die Verbrechen ausführen.<sup>57</sup> Eindrucksvoll hat der jüdische Arzt Otto Wolken im Zeugenstand auf die individuelle Verantwortung des «mordenden Fussvolkes»<sup>58</sup> hingewiesen: «Ich bin hierher gekommen, frei von jedem Hass, frei von Rachegefühl. Seit damals sind zwanzig Jahre vergangen. Ich habe dank einer glücklichen Fügung überlebt. Was uns zu denken geben sollte, das ist die Tatsache, dass diese Mordmaschine nie in Gang gekommen wäre, wenn sich nicht Zehntausende zu ihrer Bedienung bereitgefunden hätten. Das ist die Schuld der Angeklagten [...]»<sup>59</sup> Die Schuld der Hintermänner, Befehlshaber und Bürokraten haben nach dem Zweiten Weltkrieg in Deutschland die durch die Siegermächte eingesetzten Richter des Militärgerichtshofs in Nürnberg beurteilt.<sup>60</sup> Nach den Bürgerkriegen in Ex-Jugoslawien und Ruanda haben von den Vereinten Nationen eingerichtete Ad-hoc-Straftribunale gerichtet oder tun es noch.<sup>61</sup>

Das ist «Strafe ohne Souverän». Es ist die Errungenschaft des Völkerstrafrechts. Völkerstrafaten hören auf, eine innere Angelegenheit eines Staates zu sein.<sup>62</sup> Personen, die das humanitäre Völkerrecht verletzt haben, können nicht mehr auf Straflosigkeit spekulieren, weil sich ein (Unrechts-)Staat schützend vor sie stellt.

Doch präsentiert dieses Ergebnis nicht nur eine Lösung, sondern auch neue Fragen: In welchem Verhältnis steht diese «Strafe ohne Souverän» zur «Strafe durch den Souverän» und deren Idealen von Rechtsstaatlichkeit und Rechtssicherheit?

55 Oder bei einem sog. «failed state», wenn nicht mehr eine Staatsmacht Kontrolle über ein Gebiet hat, wie seit Mitte der 90er-Jahre in Somalia.

56 Zu Sanktionen gegen Staaten, Peters (Fn. 38), 276 ff.

57 ICTY Prosecutor v. Dusko Tadic (Appeals Chamber, IT-94-1-AR72), no. 128.

58 Zur Unterscheidung zwischen Haupttätern und Ausführenden: H. Vest, Genozid durch organisatorische Machtapparate, Baden-Baden 2002, 26 ff.

59 Zitiert nach G. Werle/T. Wandres, Auschwitz vor Gericht, München, 1995, 59.

60 Vgl. etwa: J.-P. Bazelaire/T. Cretin, La justice pénale internationale, Paris 2000, 20 ff.

61 Gestützt auf Kapitel VII der UN-Charta (Zwangsmassnahmen zur Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit) durch Resolution 827 (1993) sowie 955 (1994); dazu auch: Vest (Fn. 58), 25.

62 Vgl.: K. Ambos, Anmerkung zu BGHSt 45, 64, NStZ 19 (1999), 405 f.; O. Lagodny/C. Nill-Theobald, Anmerkung zu BGHSt 45, 64, JR 54 (2000), 206; G. Werle, Rückwirkungsverbot und Staatskriminalität, NJW 54 (2001) 3002.

Hier gilt es, sich vor Augen zu halten, dass zwar auch im Völkerstrafrecht eine hierarchische Rechtsbeziehung zwischen Strafgewalt und Individuum existiert, diese aber kaum als «innere Souveränität» bezeichnet werden kann; ebenso wie es eine Rechtsbeziehung zwischen Strafgewalt und Staaten gibt, die sich aber nur teilweise mit der klassischen «äusseren Souveränität» deckt.<sup>63</sup>

#### A) *Rechtsbeziehung zum Individuum und Rechtsstaatlichkeit*

Wie gestaltet sich die – der «inneren Souveränität» vergleichbare – völkerrechtliche Beziehung zwischen Strafgewalt und Individuum mit Blick auf das Ideal der Rechtsstaatlichkeit?

##### 1. «nullum crimen, nulla poena sine lege»

Während bei der Strafe durch den Souverän das – demokratisch legitimierte – Gesetz eine ausdrückliche Grenze zwischen strafbarem und straflosem Verhalten zieht, ist Rechtsgrundlage für die Feststellung individueller Schuld im Völkerstrafrecht heute Konventionsrecht, also Völkervertragsrecht, sowie Völkergewohnheitsrecht.<sup>64</sup>

Konventionsrecht als Strafrecht – mit allgemeinen, an den einzelnen gerichteten Verbotssätzen und an die Verbotsverletzung geknüpften Rechtsfolgen – ist eine Erscheinung der jüngeren Zeit.<sup>65</sup> Es ist an nationalen Strafgesetzen orientiert. Das zeigt etwa der materiellrechtliche Teil des Römer Statuts<sup>66</sup> als prominentestes Beispiel.

Die ältere und immer noch bedeutende Rechtsquelle des Völkerstrafrechts ist Völkergewohnheitsrecht. Wie das Konventionsrecht gilt dieses zunächst nur zwischen den Staaten und richtet sich nicht unmittelbar mit einem strafbewehrten Normbefehl an den Einzelnen.<sup>67</sup> Anders als das Konventionsrecht beansprucht es

63 *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (Fn. 38), 214 f.; aus strafrechtlicher Sicht: *N. Capus*, *Le droit pénal, la globalisation et la souveraineté partagée*, in: *Revue Science Criminelle et Droit Pénal Comparé*, 2 (2005) 251 ff.

64 *W. Schomburg/O. Lagodny/S. Gless/T. Hackner-W. Schomburg/J. Nemitz*, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, München 2006, Einführung Hauptteil VI, N 6; *H. Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Baden-Baden 2005, § 11, N 5.

65 Insoweit stellt auch die Völkermord-Konvention vom 9.12.1948 (SR 0.311.11) keine Ausnahme dar, da sie eine Strafpflicht der Staaten und keinen unmittelbar an das Individuum gerichteten, mit einer bestimmten Strafdrohung flankierten Normbefehl statuiert.

66 S. u. III. D.

67 Vgl.: *König* (Fn. 47), 178 ff.; *Vest* (Fn. 58), 54 f.; zu den sich daraus ergebenden Problemen einer Zurechnung im Einzelfall: *M. Sassòli*, *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht (SZIER)* 12 (2002) 172 f.

Geltung – nicht weil die Staaten es förmlich anerkannt haben, sondern weil es als eine Norm des humanitären Völkerrechts mit der Überzeugung völkerrechtlicher Verbindlichkeit geachtet wird. Als Völkerrecht richtet es sich an die Staaten, nicht an den Einzelnen.<sup>68</sup> Die unmittelbar an den Einzelnen adressierte Strafnorm müssen erst die internationalen Straftribunale feststellen.<sup>69</sup> Völkergewohnheitsrecht war die wesentliche Grundlage für die Urteile in den Nürnberger Prozessen und ist noch heute eine bedeutende Rechtsquelle für die Rechtsprechung der Ad-hoc-Tribunale für Ex-Jugoslawien und Ruanda.<sup>70</sup> Es wird auch künftig für das Völkerstrafrecht eine gewichtige Rolle spielen.

Im Völkerstrafrecht gilt also das Prinzip «*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*» nicht.<sup>71</sup> Gewohnheitsrecht kann Strafe begründen. Das «entformalisierte», völkerrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip steht dem nicht entgegen.<sup>72</sup>

Das mag auf den ersten Blick kaum wie ein Problem erscheinen. Denn durch das Völkerstrafrecht werden nur jene gravierendsten Rechtsverletzungen erfasst, deren Strafwürdigkeit jedem bewusst sein sollte, wie der Völkermord, Vertreibungen, Kriegsverbrechen.<sup>73</sup>

Jedoch verkürzt eine solche Argumentation die umfassendere Bedeutung des strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips: «*Nullum crimen*» garantiert nicht nur die Rechtssicherheit des vielleicht gerade auf die Strafflosigkeit spekulierenden Täters, sondern will die Strafgewalt ganz allgemein an eine Regelung binden, die vor der Situation des Strafens feststeht und vor einer nachträglichen Schärfung des Gesetzes schützt.<sup>74</sup> Diese Garantie hat eine besondere Bedeutung, wenn das Recht in einer besonderen Situation durchgesetzt wird, nämlich durch ein ad hoc bestimmtes Straftribunal nach einem grossflächigen Konflikt, der die «verfassungsmässige Richterschaft» ausser Stande gesetzt hat, selbst zu richten.

68 Vgl. Peters (Fn. 38), 73 f.; N. Capus, Ewig still steht die Vergangenheit?, Bern 2006, 87.

69 Dazu etwa: G. Werle, Völkerstrafrecht, Tübingen 2003, N 132.

70 ICTY Prosecutor v. Dusko Tadic (Appeals Chamber, IT-94-1-AR72) Rn. 94 ff. sowie aus der jüngeren Rechtsprechung des ICTY («Stakic») Case No. IT-98-29-T Rn. 69 ff.

71 Grundlegend dazu: M. Ch. Bassiouni, Crimes Against Humanity in International Criminal Law, The Hague 1999, 123 ff. Zur Auseinandersetzung über die Bedeutung des Gesetzlichkeitsprinzips in Europa, insbesondere im Lichte von Art. 7 EMRK: A. Cassese, Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law, Journal of International Justice 2006, 410 ff.; C. Kress, Versailles – Nürnberg – Den Haag: Deutschland und das Völkerstrafrecht, Fakultätsspiegel Köln 2006, 13.

72 Ausführlich dazu: Werle (Fn. 62), NJW 54 (2001) 3001 f.; Ambos (Fn. 49), § 5 N 6.

73 Diese Erwägung steht auch hinter der Modifikation der «*nullum crimen*»-Garantie des Art. 7 EMRK nach dem Zweiten Weltkrieg.

74 G. Bemmman, Zur Frage der nachträglichen Verlängerung der Strafverfolgungsverjährung, JuS 1965, 339; G. Grünwald, Zur verfassungsrechtlichen Problematik der rückwirkenden Änderung von Verjährungsvorschriften, MDR 19 (1965) 521; U. Klug, Die Verpflichtung des Rechtsstaats zur Verjährungsverlängerung, JZ 20 (1965) 149; vgl. auch. Stratenwerth (Fn. 15), § 4 Rn N 11.

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass das Gesetzesmässigkeitsprinzip nicht isoliert betrachtet werden kann, sondern in Zusammenhang mit der Frage steht, welche Richter legitimerweise aus einem völkergewohnheitsrechtlichen Satz das konkret geltende Strafgesetz gewinnen können.

## 2. Gleichheit

Nicht nur die Rechtsetzung resp. Rechtsanwendung, sondern auch die Rechtsdurchsetzung im Völkerstrafrecht wirft neue Fragen auf: Strafe durch den Territorialsouverän verbürgt Gleichheit auch in Bezug auf die Rechtsdurchsetzung. Bei einem Blick auf die Weltbühne fragt man sich dagegen: Wer sorgt hier für eine systematische und gleichmässige Rechtsdurchsetzung der «Strafe ohne Souverän»?<sup>75</sup>

Nach unserem Gerechtigkeitsideal müsste auch im Völkerstrafrecht nicht nur gleiches Recht für, sondern auch der Anspruch gleicher Rechtsdurchsetzung gegenüber allen gelten, gegenüber Siegern und Besiegten, Mächtigen und Schwachen.

Eine internationale Strafgewalt kann aber, anders als eine nationale Instanz, nicht auf ein eigenes, «internationales Gewaltmonopol» zurückgreifen.<sup>76</sup> Ein internationales Straftribunal kann nicht – unabhängig vom Willen der Territorialstaaten – eine internationale Kriminalpolizei zur Verhaftung von Verdächtigten schicken. Es ist insofern von den Territorialstaaten abhängig und muss sich in der von den Staaten vorgegebenen machtpolitischen Konstellation darum bemühen, zu verhindern, «dass am Ende für das Völkerstrafrecht nur die Machtlosen als potenzielle und reale Angeklagte bleiben».<sup>77</sup>

## 3. Kontrollierbarkeit

Auch mit Blick auf andere Aspekte der Rechtsdurchsetzung fällt der Unterschied zum territorial gebundenen Strafrecht auf: Strafe durch den Souverän erscheint für den Rechtsunterworfenen kontrollierbar. «Strafe ohne Souverän» entzieht sich den traditionellen Überwachungsmechanismen: Völkerstrafrecht funktioniert schon naturgemäss auf einer weit entfernten und komplex organisierten Ebene. Reisen zu den Verhandlungen eines internationalen Strafgerichts können nur mit grösserem zeitlichem und materiellem Aufwand realisiert werden; die Verhandlungen und Prozessakten müssen aufwendig in verschiedene Sprachen

<sup>75</sup> Vgl. Capus (Fn. 68), 77 ff.; M. Cottier, Der Internationale Strafgerichtshof wird Wirklichkeit, N 15, Jusletter vom 22. April 2002 ([www.jusletter.ch](http://www.jusletter.ch)), N 15.

<sup>76</sup> K. Ambos/C. Steiner sprechen von «der Herausbildung und Konsolidierung eines (völkerstrafrechtlichen) Gewaltmonopols» (JuS 2001 10), ohne darzulegen, wie dieses in der Praxis wirken soll.

<sup>77</sup> Weigend (Fn. 39), 963.

übersetzt werden etc. Die Allokation von Ressourcen der Strafverfolgung (etwa Ermittlungskapazitäten) zur Durchsetzung des Völkerstrafrechts ist für den Einzelnen nur schwerlich nachvollziehbar. Zwar werden ohnehin nie alle mutmasslichen Völkerrechtsverbrechen untersucht werden können. Die Anklagebehörden bei internationalen Straftribunalen haben deshalb zu Recht ein gewisses Auswahlermessen.<sup>78</sup> Aber wer kontrolliert auf internationaler Ebene die rechtspolitische Entscheidung, eine mutmassliche Menschenrechtsverletzung zu untersuchen und die andere nicht?<sup>79</sup>

Am Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien etwa hat die Anklagebehörde eine vergleichsweise starke Stellung. Sie ermittelt aus eigener Initiative, wenn ihr Informationen über Verbrechen in der Zuständigkeit des Gerichtshofs vorliegen.<sup>80</sup> Damit kommt ihr eine gewichtige Rolle zu, die ihr viel Macht bei der Durchsetzung des Völkerstrafrechts gibt. Diese muss sie allerdings in der Realität der machtpolitisch strukturierten Staatenwelt ausüben.

*Stellte man sich etwa vor, es würden auf dem Boden Ex-Jugoslawiens «undisclosed detention centers» des CIA vermutet, dann könnten die Organe des Jugoslawien-Tribunals theoretisch tätig werden.<sup>81</sup> Doch wären solche Ermittlungen selbst dann höchst unwahrscheinlich, wenn das Tribunal nicht aufgrund des zeitlich gesetzten Limits (bis 2010) ohnehin daran gehindert wäre, solche Ermittlungen allenfalls bis zum einem Hauptverfahren zu führen.*

Eine politische Öffentlichkeit – wie wir sie von der nationalen Ebene kennen – fehlt auf der Ebene der Völkergemeinschaft. Es existieren keine Instrumente einer formalen Einflussnahme oder auch nur ein für den Einzelnen politisch überschaubarer Raum.

#### B) *Rechtsbeziehung zum Individuum und Rechtssicherheit*

Während die Strafe durch den Souverän dem Rechtsunterworfenen Rechtssicherheit gewährt, stellt das Völkerstrafrecht diese Rechtssicherheit (fast notwendigerweise) in Frage. Denn der supranationale Normbefehl steht in Konkurrenz zum Strafgesetz der Territorialstaaten.

78 Vgl. dazu ausführlich.: Ch. Safferling, *Towards an International Criminal Procedure*, Oxford 2001, 172 ff.

79 Vgl. zum Problem der gleichmässigen Anwendung internationaler Normen: H. Köchler, *Global Justice or Global Revenge? International Criminal Justice at the Crossroads*, Wien 2003, 326 f.

80 Art. 18 des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes für Ex-Jugoslawien.

81 Vgl. Art. 1 des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes für Ex-Jugoslawien.

## 1. Für den Adressaten erwartbare und akzeptable Strafnormen

Dieser Konflikt zwischen überstaatlichem und innerstaatlichem Normbefehl ist aber unvermeidbar, will man ein Verhalten bestrafen, das zur Tatzeit nach dem Recht des Territorialstaates erlaubt, aber nach den Vorgaben des humanitären Völkerrechts verboten war. Ist ein mutmasslicher Täter damit im Völkerstrafrecht totaler Rechtsunsicherheit ausgeliefert? Nein. Die Rechtsprechung entschärft den Konflikt unter anderem dadurch, dass sie eine Bestrafung jedenfalls davon abhängig macht, ob der Täter eine Strafbarkeit jedenfalls vorhersehen konnte.<sup>82</sup>

*Das Jugoslawien-Tribunal etwa hat Angeklagte, die gemeinsam sieben Zivilisten (Männer im wehrfähigen Alter) in einer Art Hinrichtung erschossen hatten, vom speziellen Vorwurf des «Angriffs auf Leib und Leben von Zivilisten» freigesprochen. Begründung: Der – gegenüber der «normalen Tötung» verschärfte – völkergewohnheitsrechtliche Tatbestand sei zum Tatzeitpunkt durch die Rechtsprechung noch nicht hinreichend konkretisiert gewesen. Die Angeklagten hätten deshalb nicht erkennen können, dass sie sich einer solchen Tat schuldig machen.»<sup>83</sup>*

## 2. Strafklage vor einem internationalen Straftribunal

Wer sind nun diese Richter, denen im Völkerstrafrecht die Grenzziehung zwischen straflosem und strafbarem Tun in viel weiterem Umfang anvertraut ist als im nationalen Recht?

«Entweder müssen ... die Sieger die Geschlagenen richten, oder sie müssen es den Besiegten überlassen» – mit diesen Worten umschrieb das Nürnberger Gericht nach dem Zweiten Weltkrieg dieses Kernproblem des Völkerstrafrechts.<sup>84</sup>

Bislang urteilten in der Regel die Sieger oder ad hoc bestimmte Dritte über den Vorwurf von Völkerrechtsverbrechen. Auch wenn das legitime Anliegen der Internationalen Straftribunale unbestritten ist, so stehen zur Aburteilung ad hoc bestimmte Richter doch in gewisser Weise immer im Ruch der Befangenheit, weil sie – anders als verfassungsmässige Richter im nationalen Strafverfahren – nach dem aufzuarbeitenden Konflikt in die Richterrolle gewählt werden.<sup>85</sup> Denn das – etwa durch Art. 30 BV und Art. 6 EMRK garantierte – Recht auf ein Urteil durch den

<sup>82</sup> Nachweise bei Ambos (Fn. 49), § 5 N 6, Anm. 32.

<sup>83</sup> Vgl. ICTY Prosecutor v. Vasiljevic, Judgment 29.11.2002 (IT-98-32-T), para. 193 ff. (193).

<sup>84</sup> Sekretariat des Internationalen Militärgerichtshofes (Hrsg.), Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof, Nürnberg, 14. November 1945–1. Oktober 1946, Band II (o.A. 1948), 118.

<sup>85</sup> Vgl. dazu: Köchler (Fn. 79), 149 ff.

verfassungsmässigen Richter<sup>86</sup> soll Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Rechtsprechung, es soll den «neutralen Richter» sichern.<sup>87</sup>

C) *Rechtsbeziehung zwischen Völkerstrafgewalt und nationaler Strafgewalt*

Das Völkerstrafrecht stellt aber nicht nur die Rechtsbeziehung zwischen Individuum und Strafgewalt in Frage, sondern – jedenfalls soweit es nicht auf völkerrechtlichen Verträgen beruht<sup>88</sup> – auch den tradierten Begriff «äusserer Souveränität», wonach ein Staat selbstbestimmt und unabhängig von anderen agieren kann.<sup>89</sup> Wie gestaltet sich die Rechtsbeziehung zwischen souveränen Staaten und der Völkerstrafgewalt?<sup>90</sup> Wie ist es etwa zu bewerten, wenn ein Staat die Bedeutung einer völkerstrafrechtlichen Norm anders interpretiert als ein internationales Tribunal, dessen Jurisdiktion er nicht anerkennt?<sup>91</sup> Hat ein Staat dann das Recht, seine Rechtsbeziehung zu dem internationalen Gericht weiter souverän zu definieren?

Darf oder muss er gar, wenn er ein internationales Strafgericht nicht anerkennt, eigene Soldaten im Notfall mit Militärgewalt aus «internationaler Haft» befreien, wie die US-Regierung dies angekündigt hat?<sup>92</sup> Sie hat dies getan mit Blick auf eine Institution, die für die Zukunft die «Strafe ohne Souverän» sichern soll.

D) *Internationaler Strafgerichtshof*

Die Rede ist vom ständigen Internationalen Strafgerichtshof, den 120 Staaten auf der Grundlage einer in Rom intensiv verhandelten völkerrechtlichen Konvention errichtet haben: Er soll künftig auf der Grundlage des «Römer Statuts» über Völkerrechtsverbrechen richten.<sup>93</sup> Das Statut enthält (neben institutionellen Be-

86 Art. 58 30 BV.

87 Vgl. aus jüngerer Zeit BGer vom 11.12.2006, BGE 1P.655/2006; *Hauser/Schweri/Hartmann* (Fn. 24), § 5 N 10.

88 Anders insofern für das Römer Statut, vgl. Art. 12 Abs. 2 lit. a Römer Statut.

89 Zum wandelnden Verständnis von Souveränität allgemein: *Peters* (Fn. 38) 30.

90 Vgl. dazu: *A. Cassese*, Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des États et justice pénale internationale, in: *A. Cassese/M. Delmas-Marty*, *Crime internationaux*, hrsg. von *A. Cassese/M. Delmas-Marty*, Paris 2002, 13 ff.; *Henzelin*, (Fn. 39), N 371 ff.

91 Das Verbot des Vertrags zu Lasten Dritter gilt auch im Völkerrecht, «pacta tertiis nec nocent nec prosunt», Art. 34 Wiener Vertragsrechtskonvention (SR 0.111). Vgl. auch *Ph. Kirsch*, La Cour pénale face à la souveraineté des États, in: *Cassese/Delmas-Marty* (Fn. 90), 31 ff.

92 Grundlage für eine solche Aktion könnte der American Servicemembers' Protection Act of 2002 (Pub.L.No.107–77, § 630, 115 Stat. 748, 805 [28 Nov. 2001]) sein, der polemisch auch als «Hague Invasion Act» bezeichnet wurde.

93 Dazu etwa: *Vest* (Fn. 20), 313 f.; *R. Wjss*, Die Zusammenarbeit der Schweiz mit dem Internationalen Strafgerichtshof, ZStrR 123 (2002) 130 ff.

stimmungen) einen materiellrechtlichen, prozessualen und rechtshilferechtlichen Teil. Die Bundesversammlung hat das Statut für die Schweiz am 12. Oktober 2001 ratifiziert.<sup>94</sup> Bekanntlich sind nicht alle Staaten diesem Schritt in völkerstrafrechtliches Neuland gefolgt. Doch haben sich bis jetzt über 100 Staaten der Gerichtsbarkeit auch förmlich unterworfen.<sup>95</sup>

Die Ausübung der Völkerstrafgewalt durch den Internationalen Strafgerichtshof auf der Grundlage des «Römer Statuts» könnte viele der benannten Probleme lösen:

Zunächst das Manko einer gleichmässigen Rechtsdurchsetzung, welche nun durch drei «Auslösemechanismen» garantiert werden soll: Erstens kann ein Vertragsstaat der Anklagebehörde des Gerichtshofs eine Situation unterbreiten, in der mutmasslich Völkerstraftaten begangen wurden. Zweitens kann sich der UN-Sicherheitsrat mit einem Untersuchungsanliegen an die Anklagebehörde wenden.<sup>96</sup> Drittens kann der Ankläger von Amtes wegen Ermittlungen einleiten, wenn ihm Informationen über Verbrechen in der Zuständigkeit des Gerichtshofs vorliegen.<sup>97</sup>

Sodann haben sich die Vertragsparteien verpflichtet, zugunsten des Internationalen Strafgerichtshofs alle in ihrem Hoheitsgebiet angetroffenen Verdächtigen auf schnellem Wege nach Den Haag zu überstellen, etwa aus dem Schweizer Hoheitsgebiet auch Schweizer Bürger und Bürgerinnen.<sup>98</sup> Diese Machtleihe an den Internationalen Strafgerichtshof greift zwar weit, aber nur in den Hoheitsgebieten derjenigen Staaten, die den Gerichtshof anerkennen.<sup>99</sup> Sie greift damit zu kurz, wenn man das Ideal einer systematischen und gleichmässigen Rechtsdurchsetzung *weltweit* für das Völkerstrafrecht einfordern will, weil nicht alle Personen, die einer völkerrechtlichen Straftat verdächtig sind, auch eine entsprechende Strafe fürchten müssen.

Schliesslich entschärft das Römer Statut jedenfalls die mit dem «Nullum crimen»-Satz zusammenhängenden Probleme, weil es in dem materiellrechtlichen Teil allgemeine, an den einzelnen gerichtete Strafnormen enthält.<sup>100</sup> Inwieweit diese

94 ICC-Statut, SR 0.312.1.

95 Zum aktuellen Ratifizierungsstand: <http://www.icc-cpi.int>.

96 Der Sicherheitsrat stützte sich dann auf Kapitel VII der UN-Charta (Zwangsmassnahmen zur Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit). Damit kann die Zuständigkeit des Gerichtshofs ausgeweitet werden auf Staaten, die das Römer Statut nicht unterzeichnet haben, sogar durch die Mitwirkung von Staaten im Sicherheitsrat, die selber gar nicht Vertragsparteien des Gerichtshofs sind.

97 Doch greifen insofern verschiedene «checks and balances», etwa die Genehmigung von Ermittlungen durch die Vorverfahrenskammer, Art. 15 ICC-Statut.

98 Vgl. etwa: H.-H. Jescheck: «Das Römische Statut von 1998 gibt uns jetzt das *allgemeine, gleiche* Völkerstrafrecht ...», in: U. Sieber/H.-J. Albrecht (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, hrsg. von U. Sieber/H.-J. Albrecht, Berlin 2006, 160 (Hervorhebung im Original).

99 Zur Opposition verschiedener Staaten etwa: Cottier (Fn. 75), N 13.

100 Kress (Fn. 71), 43 f.

letztlich mit dem kontinentaleuropäischen Verständnis des «Nullum crimen»-Satzes vereinbar sind, bleibt etwa für Art. 7 (1) lit. k des Römer Statuts fraglich, der eine Aufzählung der nach dem Statut strafbaren Verbrechen gegen die Menschlichkeit mit der Tatbestandsalternative abschliesst: «...andere unmenschliche Handlungen ähnlicher Art, mit denen vorsätzlich grosse Leiden oder eine schwere Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der geistigen oder körperlichen Gesundheit verursacht werden.»<sup>101</sup>

Dessen ungeachtet ist es aber als Fortschritt festzuhalten, wenn vorab gewählte Richter des Internationalen Strafgerichtshofs Recht auf der Grundlage von Straftatbeständen sprechen, die vor und unabhängig von einem bestimmten strafrechtlichen Konflikt existieren, weil sie damit ein Urteil gewährleisten, dem nicht mehr der Ruch einer «Ad hoc»-Rechtsprechung anhaftet. Doch auch unter diesen neuen Rahmenbedingungen wird sich der Internationale Strafgerichtshof einen Ruf als *neutrales* Strafgericht<sup>102</sup> erarbeiten müssen, indem er seine Aufgabe erfüllt und in jedem Verfahren die *Einzeltschuld* eines Angeklagten für eine bestimmte Tat feststellt. Auf der Anklagebank darf nicht auch eine schuldig gewordene Staatsmacht sitzen, selbst wenn sie in Zusammenhang mit der Verletzung von Völkerstrafrecht eine Rolle spielt. Gegenstand eines Strafverfahrens kann nicht die Verarbeitung einer historischen, politischen Situation für Opfer und Nachwelt, sondern nur *persönliche Schuld* sein.

#### IV. Fazit

Strafe ohne Souverän ist Chance, Risiko und Aufgabe:

Völkerstrafrecht bietet die Chance für ein Ende der Ohnmacht gegenüber Personen, die zum Tatzeitpunkt auf Straflosigkeit spekulieren für ihr unrechtssystemkonformes Verhalten, weil sie davon ausgehen, dass der für die Strafverfolgung primär zuständige Territorialstaat sie nicht strafen wird. Hinter diese Errungenschaft des Völkerstrafrechts soll die Strafverfolgung nicht mehr zurückfallen.<sup>103</sup> Sie darf aber auch nicht die Augen verschliessen vor den Problemen, die mit dieser neuen Strafgewalt verbunden sind.

101 Kritisch dazu etwa auch: K. Ambos, Remarks on the General Part of International Criminal Law, Journal of International Criminal Justice 2006, 11; G. Fletcher/J. D. Ohlin, Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case, Journal of International Criminal Justice 2005, 551.

102 Hauser/Schweri/Hartmann (Fn. 24), § 5 N 10.

103 Vgl. Vest (Fn. 58), 54.

«Strafe ohne Souverän» birgt vielfältige Risiken. Es stellt die Strafenden in eine ungeheure Verantwortung, weil sie das bewährte Konzept der Strafe durch den Souverän für die Hoffnung auf eine neue Strafgerechtigkeit aufgeben. Die neue Strafgewalt braucht passende Instrumente und Mechanismen, welche Rechtsstaatlichkeit und Rechtssicherheit in der Rechtsbeziehung zu den mutmasslichen Tätern und die Beziehung zu dem Territorialstaat und seiner Strafgewalt ordnen, damit die Strafe durch die Völkergemeinschaft als adäquate und gerechte Reaktion gelten kann und nicht als Rache verstanden wird.

Es wird eine der wichtigsten Aufgaben der Strafrechtswissenschaft in den kommenden Jahren sein, diese Schritte in ein noch weitgehend unbekanntes Terrain konstruktiv zu begleiten.