

Die Internationalen Menschenrechte und das Strafrecht

Einige Anmerkungen zur Rechtslage in Deutschland und Brasilien

Von Prof. Dr. Martin Heger, Berlin*

Auch das materielle Strafrecht ist in Rechtsstaaten an die international bzw. regional anerkannten Menschenrechte gebunden. Das gilt vor allem für Grundfragen eines rechtsstaatlichen Strafrechts wie das Schuldprinzip, das Gesetzlichkeitsprinzip, das Verhältnismäßigkeitsprinzip und den Grundsatz der Humanität vor allem bei der Ausgestaltung der Strafen. Dazu gekommen ist in den letzten Jahrzehnten die Idee, dass der Kernbestand der international garantierten Menschenrechte auch durch Strafrecht abgesichert werden soll; hierfür zu nennen sind das Völkerstrafrecht einerseits und grundrechtliche Schutzpflichten der Staaten andererseits. Der vorliegende Beitrag beruht auf einem mit Anmerkungen versehenen Vortrag, welchen der Verf. aus Anlass des 25jährigen Jubiläums des Inkrafttretens der brasilianischen Verfassung am 13. März 2014 am brasilianischen Obersten Gerichtshof (Superior Tribunal de Justiça) in Brasília gehalten hat. Die Vortragsform ist beibehalten worden.

I. Einleitung

Die Grund- und Menschenrechte sind heute in demokratischen Staaten wie Deutschland und Brasilien regelmäßig in einem Grundrechtskatalog in der nationalen Verfassung verankert.¹ Diese binden zunächst den Strafgesetzgeber, denn von den Grundrechten gedecktes Verhalten darf nicht bei Strafe verboten werden. Auch die Strafjustiz muss bei der Anwendung der Strafnormen die Grundrechte beachten; in Deutschland spricht man insoweit von einer verfassungskonformen Interpretation der Strafgesetze. Seit einigen Jahrzehnten gibt es daneben auch auf internationaler Ebene Grund- und Menschenrechte, die von den jeweils daran gebundenen Staaten ebenfalls auf dem Gebiet ihres Strafrechts beachtet werden müssen. Für Deutschland spielen vor allem die Menschenrechtsgarantien der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK),² die 1952 in Kraft getreten ist, sowie die Grundrechte und Grundfreiheiten der Europäischen Union, die in deren Verträgen (EUV, AEUV, Grundrechte-Charta) verankert sind, eine wichtige Rolle.³

* Der Verf. ist Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, europäisches Strafrecht und neuere Rechtsgeschichte an der Humboldt-Universität zu Berlin.

¹ Zur Entwicklung von nationalen und internationalen Menschenrechten aus politikwissenschaftlicher Sicht vgl. nur *Fritzsche*, Menschenrechte, 2004, S. 45 ff.

² Dazu einführend nur *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016; *Peters/Altwicker*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 2012.

³ Zu den EU-Grundrechten vgl. *Heselhaus/Nowak* (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006; *Grabenwarter* (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 2: Europäischer Grundrechtsschutz, 2014; *Ehlers* (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2015.

II. Zur Eingrenzung des Themas

Wenn man über den Einfluss der seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen verankerten und teilweise sogar zu zwingendem Völkergewohnheitsrecht erstarkten Grund- und Menschenrechte auf das Strafrecht redet, steht dabei zumeist das Strafverfahrensrecht im Mittelpunkt.⁴ Nur beispielhaft zu nennen sind das Folterverbot (Art. 3 EMRK), die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK), der Anspruch auf ein faires Verfahren („fair trial“; Art. 6 Abs. 1 EMRK) und Beschränkungen der vorläufigen Festnahme (Art. 5 EMRK).⁵

Hier und heute möchte ich den Blick aber vorrangig auf das materielle Strafrecht wenden. Es geht mir also darum herauszuarbeiten, welchen Einfluss die inzwischen weltweit verbürgten Menschenrechte auf Inhalt und Anwendung der in den nationalen Strafgesetzbüchern kodifizierten Strafnormen haben. Dabei konzentriere ich mich schon mangels darüber hinausgehender Kompetenz auf die Situation in Deutschland, bin aber überzeugt, dass sich eine vergleichbare Situation nicht nur für die anderen kontinentaleuropäischen Staaten ergibt, sondern auch für diejenigen Lateinamerikas, schon weil deren Strafrechtsordnungen – soweit mir bekannt ist – durchaus verwandt zu der deutschen sind und es bereits traditionell enge wissenschaftliche Beziehungen der deutschen Strafrechtswissenschaft zu derjenigen im ibero-amerikanischen Raum gibt. Eine Orientierung an der deutschen Rechtslage ist aber auch deshalb von Interesse, weil einzelne bis heute prägende Grundprinzipien des Strafrechts wie der Grundsatz „nullum crimen, nulla poena sine lege“ vor rund 200 Jahren durch den berühmten Strafrechtler Paul Johann Anselm von Feuerbach,⁶ den Mitverfasser des Bayerischen StGB von 1813, in Deutschland erstmals formuliert worden ist (heute Art. 103 GG).⁷ Beginnen könnte man deshalb mit den Voraussetzungen, die sich aus menschenrechtlicher Sicht an die Strafgesetze und insbesondere an die darin kodifizierten Straftatbestände stellen lassen.

Ich möchte aber etwas anderes, für das Strafrecht vielleicht noch grundlegenderes zunächst in den Vordergrund stellen: nämlich die Strafe als die charakteristische und na-

⁴ Exemplarisch *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002.

⁵ Rechtsvergleichend zur Untersuchungshaft *Alves Machado*, Die Untersuchungshaft aus Sicht des brasilianischen und des deutschen Rechts, 2015; zur Haftbeschwerde bzw. „habeas corpus“ im brasilianischen Recht *M. Vormbaum*, ZIS 2011, 996.

⁶ Zu diesem vgl. nur *Radbruch*, Paul Johann Anselm von Feuerbach, Ein Juristenleben, 1934.

⁷ Vgl. dazu *Th. Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 3. Aufl. 2015, S. 40 ff. und 66; *Bott/Krell*, ZJS 2010, 694.

mensgebende Sanktion am Ende eines Strafverfahrens.⁸ Die Strafe war auch zunächst der maßgebliche Punkt im angesprochenen Gesetzlichkeitsprinzip, hieß dieses doch zunächst mit Feuerbach lange nur „nulla poena sine lege“. Und diese Kriminalstrafe unterscheidet bis heute das Strafrecht von allen anderen Rechtsgebieten, die zwar auch repressive Sanktionsregelungen enthalten (etwa Verwaltungs-, Vertrags- und Verbandsstrafen), aber eben keine Kriminalstrafe vorsehen. Eine Kriminalstrafe ist dabei anzunehmen, wenn das zugrunde liegende verbotene Verhalten nicht bloß mit irgendeiner Sanktion geahndet wird, sondern auch eine Freiheitsstrafe möglich ist⁹ und in der Verhängung dieser Strafe durch den Richter – in Deutschland explizit „im Namen des Volkes“ – eine sozial-ethische Missbilligung¹⁰ des Verhaltens zum Ausdruck gebracht wird.¹¹ Eine im Strafverfahren verhängte Geldstrafe ist damit etwas kategorial anderes als eine im Zivilprozess oder Verwaltungsstrafverfahren verhängte Geldsanktion in gleicher Höhe. Das Ziel der Verhängung einer Kriminalstrafe bestimmt Beginn und Fortsetzung des Strafverfahrens;¹² ohne fortbestehende Möglichkeit der Verhängung einer gesetzlich vorgesehenen Strafe entfällt jede Rechtfertigung für eine fortdauernde Strafverfolgung. Steht zu irgendeinem Zeitpunkt fest, dass sich der Beschuldigte nicht strafbar gemacht haben kann (weil er das vorgeworfene Verhalten nicht begangen hat oder sein Verhalten bei näherem Hinsehen gar nicht strafbar ist), muss das laufende Strafverfahren von der Staatsanwaltschaft eingestellt oder – wenn es schon zu einem Strafprozess gekommen ist – der Angeklagte von dem erhobenen Vorwurf freigesprochen werden. Die Ermöglichung einer Kriminalstrafe ist aber auch schon das Leitprinzip für den Gesetzgeber, wenn er darüber nachdenkt, ob ein Verhalten bei Strafe verboten sein soll oder nicht. Strafrecht ist ja – gerade wegen der zusätzlichen sozial-ethischen Missbilligung und dem davor erforderlichen relativ komplizierten Verfahren – nur ultima ratio, das heißt letztes Mittel für einen effektiven Schutz hochwertiger Rechtsgüter.

⁸ Zum Denken von der Strafe zum Strafrecht vgl. nur *Kühl*, in: Dölling (Hrsg.), *Jus humanum, Grundlagen des Rechts und Strafrecht*, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 439, und *ders.*, in: Kühl/Reichold/Ronellenfisch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. 2015, § 30 Rn. 6 ff. Dies wird auch deutlich im Titel des Werkes von *Lampe*, *Strafphilosophie*, 1999.

⁹ Die sog. Engel-Kriterien des EGMR (EuGRZ 1976, 221) sind etwas weiter.

¹⁰ Dazu näher *Kühl*, in: Arnold/Burkhardt/Gropp/Heine/Koch/Lagodny/Perron/Walther (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht*, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 149.

¹¹ Grundlegend *Kühl*, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht*, 2001, S. 9 f.

¹² *Heger*, *Strafprozessrecht*, 2013, Rn. 31 f.

III. Zu den Strafen

1. Abschaffung der Todesstrafe

Geht man nun wieder zwei Jahrhunderte zurück in der Strafrechtsgeschichte, so war das damals bereits von staatlichen Institutionen betriebene Strafrecht – die hohe Strafgerichtsbarkeit – dadurch charakterisiert, dass die Richter Strafen an „Leib und Leben“ verhängen konnten, das heißt für auch deshalb sogenannte „Kapitalverbrechen“ Körperstrafen bis hin zur Todesstrafe. Gefängnisse und damit die Freiheitsstrafe entwickelten sich erst langsam. Mildere Strafen wie Auspeitschen etc. konnte dagegen auch der Grundherr an den auf seinem Landgut beschäftigten Bauern und ihren Familien verhängen.

Vor allem bei schweren Verbrechen stand dabei die Verhängung der Todesstrafe im Vordergrund. Und auch wenn es bereits im 18. Jahrhunderte Diskussionen um deren Sinn und Berechtigung gegeben hat und etwa Franz v. Liszt,¹³ der als der damals vielleicht berühmteste deutschsprachige Strafrechtslehrer im ausgehenden 19. Jahrhundert in Berlin gelehrt hat, sich gegen die Todesstrafe gewandt hat, sollte diese archaische Strafform in Europa zumeist bis weit nach dem Zweiten Weltkrieg fortleben. Dagegen haben einige Staaten Südamerikas bereits im 19. Jahrhundert die Todesstrafe abgeschafft.

Neben der vermuteten, aber – wie wir heute wissen – nicht bewiesenen Abschreckungswirkung war es vor allem nach einem Mord wohl das alttestamentarische Grundprinzip eines „Auge um Auge, Zahn um Zahn“ (Exodus 21, 23-25), das die meisten Staaten an dieser Strafe festhalten ließ. Erst ihre Pervertierung zur Eliminierung politischer Gegner in totalitären Staaten führte Ende der 1940er Jahre dazu, dass die beiden vormals faschistischen Staaten Deutschland und Italien die Todesstrafe abgeschafft haben. Sowohl die traditionellen westlichen Demokratien wie Großbritannien, Frankreich und die USA als auch die kommunistischen Diktaturen Osteuropas hielten dagegen zunächst ausnahmslos daran fest. In der 1953 in Kraft getretenen Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), mit der völkerrechtlich für Europa wesentliche Mindeststandards für die Grund- und Menschenrechte etabliert worden sind, findet sich zwar in Art. 3 EMRK ein Verbot für alle unmenschlichen und erniedrigenden Strafen; in Art. 1 EMRK ist die Menschenwürde garantiert und in Art. 2 EMRK das Recht auf Leben. Dass alle diese grundlegenden Postulate aber von den Verfassern der Konvention Anfang der 1950er Jahre keinesfalls als ein Widerspruch zur Verhängung und Vollstreckung einer Todesstrafe verstanden worden sind, zeigt sich ganz deutlich an der Regelung in Art. 2 Abs. 1 S. 2 EMRK, wonach die Verhängung und Vollstreckung einer Todesstrafe ausdrücklich nicht als Verstoß gegen die EMRK angesehen wird, sofern sie nur zur Tatzeit gesetzlich vorgeschrieben war; es galt also auch

¹³ Zu diesem als Strafrechtler und Kriminalpolitiker vgl. nur *Munoz Conde*, in: Grundmann/Kloepfer/Paulus/Schröder/Werle (Hrsg.), *Geschichte, Gegenwart und Zukunft*, Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, 2010, S. 439.

insoweit lediglich „nulla poena sine lege“. Daraus folgte, dass aus Sicht des internationalen Menschenrechtsschutzes bis Ende der 1970er jeder Staat frei entscheiden konnte, ob er die Todesstrafe anwenden will oder nicht. In der Bundesrepublik Deutschland verbot zwar Art. 102 GG diese Strafe, aber eine völkerrechtliche Grundlage für dieses Verbot gab es nicht.

Erst 1983 kamen einige Mitgliedstaaten der EMRK überein, in einem 6. Zusatzprotokoll zur EMRK die Todesstrafe zumindest in Friedenszeiten abzuschaffen. Damit wurde erstmals völkervertraglich eine Grundlage geschaffen, diese Strafe in der Zukunft auszuschließen. Es dauerte zwar Jahrzehnte, bis alle Staaten des Europarats – das heißt alle europäischen Staaten bis auf Weißrussland (Belarus) – diesem Zusatzprotokoll beigetreten sind, aber heute ist dadurch tatsächlich in fast ganz Europa die Todesstrafe auch völkerrechtlich abgeschafft. In einem weiteren 13. Zusatzprotokoll wurde dann 2002 die Todesstrafe auch in Kriegszeiten abgeschafft, so dass zu dem heutigen Menschenrechtsstandard in Europa gehört, dass auch bei schweren Verbrechen und auch in Notsituationen nicht mehr auf die Todesstrafe zurückgegriffen werden darf.

Brasilien hat – mit Ausnahme des Sonderstrafrechts – die Todesstrafe bereits in Art. 72 § 21 der Verfassung 1891 abgeschafft; die letzte Hinrichtung datiert sogar schon von 1876. Inzwischen sind die meisten Staaten Lateinamerikas (jüngst – 2015 – Surinam; Ausnahmen bilden Guyana sowie einige Staaten in der Karibik und in Zentralamerika) diesem Beispiel gefolgt, so dass heute für beide Kontinente – Europa wie Südamerika – diese archaische Strafe weitgehend nicht mehr existiert. Von einer weltweiten Ächtung der Todesstrafe und damit einer völkergewohnheitsrechtlichen Abschaffung dieser Strafe kann aber nicht die Rede sein, schon weil neben den USA vor allem zahlreiche Staaten Asiens daran jedenfalls für einzelne, besonders schwer wiegende Verbrechen festhalten wollen.¹⁴ Derzeit wird noch in 66 von über 200 Staaten, das heißt in einem knappen Drittel der Staatengemeinschaft, die Todesstrafe angewendet; bedenkt man allerdings, dass in den meisten anderen Staaten die Todesstrafe erst in den letzten drei Jahrzehnten abgeschafft worden ist, sieht man, dass sich das Verständnis der Menschenrechte insoweit weltweit deutlich geändert hat. Man könnte sagen, die anderen Kontinente haben sich zunehmend am Vorbild Südamerikas orientiert.

2. Verbot von unmenschlicher und erniedrigender Bestrafung

Im Kontext mit dem völkerrechtlichen Verbot von Folter hat sich auch ein Verbot von unmenschlichen oder erniedrigenden Bestrafungen durchgesetzt. Neben grausamen Strafen sind damit auch solche verboten, die den Bestraften in besonderem Maße entwürdigen und als Menschen bloßstellen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hatte dies etwa für einige Formen der Prügelstrafe angenommen.¹⁵ Aber auch generell für den Vollzug einer Freiheitsstrafe gilt,

¹⁴ Zur weltweiten Einstellung gegenüber der Todesstrafe vgl. nur *Neubacher/Bachmann/Goeck*, ZIS 2011, 517 m.w.N.

¹⁵ EGMR EuGRZ 1979, 163 (Tyrer).

dass dieser nicht so ausgestaltet sein darf, dass dadurch der Gefangene in besonderem Maße entwürdigt wird. Im Fall „Soehring“ hatte der EGMR dann erstmals die Auslieferung in die USA angesichts der konkret zur erwartenden Umstände bei einer Verhängung der Todesstrafe – das sog. Death Row Syndrom – als Verstoß gegen Art. 3 EMRK gewertet;¹⁶ und im Fall „Öcalan“¹⁷ hat er auch angesichts der dem Angeklagten drohenden Gefahr einer Verurteilung zum Tode einzelne Verstöße gegen Verteidigungsrechte als so gravierend eingestuft, dass dadurch das Strafverfahren insgesamt nicht mehr als „fair“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK bewertet werden konnte.¹⁸

3. Strafzwecke

Ein anderer Aspekt ist bereits angeklungen. Während man früher – in Deutschland bis in die 1950er Jahre – den Hauptzweck der Verhängung einer Kriminalstrafe in der Vergeltung für das begangene Unrecht gesehen hat¹⁹ (frei nach dem Talionsprinzip: „Auge um Auge, Zahn um Zahn“) und daneben von der Bestrafung der Täter eine Abschreckungswirkung für diese und die gesamte Gesellschaft erhofft wurde (sogenannte Spezial- und Generalprävention) trat seit Ende der 1960er Jahre der Grundsatz der Resozialisierung in den Vordergrund. Der Täter sollte – so besonders nachdrücklich § 2 S. 1 StVollzG (1977) – durch den Vollzug der Strafe befähigt werden, danach ein straffreies Leben in der Gesellschaft zu führen. Auch wenn die damit verbundenen Hoffnungen und Erwartungen sich leider nicht in kriminologisch-empirischen Studien erhärten ließen, wird das Ziel der Resozialisierung vor allem bei der Art des Strafvollzugs heute international vertreten. Vor kurzem hat daher auch der Europäische Gerichtshof (EuGH) für die Europäische Union anerkannt, dass mit Blick auf den sogenannten Europäischen Haftbefehl eine unterschiedliche Behandlung von in einem EU-Staat lebenden Inländern und Ausländern nur solange gerechtfertigt sein kann, als dadurch die Resozialisierung der Ausländer nicht erschwert wird.²⁰

IV. Grundprinzipien des materiellen Strafrechts

1. Schuldprinzip

Die Verhängung einer Kriminalstrafe setzt angesichts des damit verbundenen sozial-ethischen Unwerturteils ein Verschulden des Angeklagten voraus. Das Bundesverfassungsge-

¹⁶ EGMR NJW 1990, 2183.

¹⁷ EGMR NVwZ 2006, 1267.

¹⁸ Zur Fairness im deutschen Strafverfahren vgl. nur *Gaede*, Fairness durch Teilhabe, Das Recht auf konkrete und wirk-same Teilhabe durch Verteidigung gem. Art. 6 EMRK, 2006, und jüngst *Jahn*, ZStW 127 (2015), 549 m.w.N.

¹⁹ Jüngst aber wieder für eine Betonung der Vergeltung als Grundlage der Strafe (unter der freilich provokanten Überschrift: „Vergeltung als Strafzweck“) *Walter*, ZIS 2011, 636.

²⁰ EuGH Slg. 2009, I-9621 (Wolzenburg), und EuGH NJW 2013, 141 (Lopes da Silva Jorge); dazu auch *Heger/Wolter*, in: *Ambos/Rackow/König* (Hrsg.), *Rechtshilfe* in Strafsachen, 2014, 2. Hauptteil Rn. 674.

richt hat daher das Schuldprinzip zu dem Kernprinzip des Strafrechts überhaupt erhoben, obwohl es in der deutschen Verfassung nicht einmal explizit enthalten ist.²¹ Dagegen enthält etwa die italienische Verfassung ein ausdrückliches Bekenntnis zum Schuldprinzip.²² Gleichwohl ist das Schuldprinzip in einem strengen Sinne nicht auf internationaler Ebene verbürgt. Zwar verbietet das Menschenwürdepostulat, dass der Angeklagte zu einem bloßen Objekt staatlicher Willkür wird; daher wäre es natürlich unzulässig, einen erkanntermaßen Unschuldigen allein deshalb zu verurteilen, weil man für einen Missstand einen Verantwortlichen als „Sündenbock“ braucht. Auch die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK)²³ begründet nicht das strafrechtliche Schuldprinzip, denn bei der Unschuldsvermutung geht es um eine prozessuale Regel, nicht um die materiellen Anforderungen an das Vorliegen einer Straftat. Die Unschuldsvermutung endet bereits mit dem rechtsförmig erbrachten Beweis aller Voraussetzungen der Strafbarkeit, ohne dass damit gesagt ist, dass auch alle Merkmale eines Straftatbestandes vom Verschulden umfasst sein müssen. Daher stellen etwa strict liability-Delikte²⁴ des englischen Rechts kein Problem im Lichte der Unschuldsvermutung dar.²⁵ Aber auch in Staaten, die verbal das Schuldprinzip als notwendiges Kernprinzip des Strafrechts anerkennen, besteht Uneinigkeit, was darunter im Einzelnen zu verstehen sein soll. Meint man damit – wie in Deutschland die zumindest noch ganz herrschende Meinung – eine persönliche Vorwerfbarkeit des Verhaltens,²⁶ lassen sich Kriminalstrafen für Unternehmen oder andere juristische Personen nur schwer begründen.²⁷ Gleichwohl kennt inzwischen die Mehrzahl der EU-Mitgliedstaaten, darunter auch dem deutschen Rechtskreis zugehörigen Staaten wie Österreich, aber auch etwa die traditionell mit dem deutschen

rechtsdenken eng verbundene Schweiz²⁸ ein solches Unternehmensstrafrecht.²⁹

2. Verhältnismäßigkeit

Seit für staatliche Eingriffe in Grundrechte der Bürger sich durchgesetzt hat, dass diese verhältnismäßig sein müssen und unverhältnismäßig schwere Eingriffe damit einen Grundrechtsverstoß begründen, wird auch mit Blick auf das Strafrecht über die Auswirkungen dieses Verhältnismäßigkeitsprinzips diskutiert. Allerdings wird dem Gesetzgeber zumindest in Deutschland vom Bundesverfassungsgericht ein weiter Spielraum eingeräumt, so dass er weitgehend frei darin ist zu entscheiden, ob ein Verhalten auch unter Strafe gestellt wird oder nicht. Das hat das Bundesverfassungsgericht erst vor wenigen Jahren mit Blick auf das in Deutschland strafbewehrte Verbot des Inzests unter Geschwistern (§ 173 StGB) betont.³⁰ Darin liegt zwar eine Einschränkung der Persönlichkeitsrechte von Bruder und Schwester, die eben nicht miteinander sexuell verkehren dürfen; doch ist diese nicht vollkommen willkürlich, sondern vom Gesetzgeber – wenn auch zugegebenermaßen relativ schwach³¹ – begründet worden. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat diese Einschätzung gebilligt, so dass auch im Lichte des in Art. 8 EMRK enthaltenen Rechts auf Privatheit eine nationale Inzest-Strafnorm nicht gegen die Konventionensgarantien verstößt.³²

Aus dem Schuldprinzip wird häufig hergeleitet, dass bei der Strafzumessung die Schuld des Täters maßgeblich sein muss. So besagt in Deutschland § 46 StGB, die Strafe müsse tat- und schuldangemessen sein.³³ Während einige daraus ableiten wollen, dass die Schuld nur die Obergrenze der zulässigen Strafe markiert,³⁴ sehen andere in der Schuld auch eine Untergrenze, so dass eine zu niedrige Strafe ebenfalls einen Verstoß gegen den Schuldgrundsatz darstellen kann.³⁵ Daran anknüpfend ist inzwischen auf der Ebene der Europäi-

²¹ Ständige Rspr. seit BVerfGE 20, 323 (331); 95, 96 (104); 101, 1 (13).

²² Art. 27 Abs. 1 der ital. Verf. – Vgl. dazu *Maiwald*, Einführung in das italienische Strafrecht und Strafprozessrecht, 2009, S. 29.

²³ Dazu vgl. nur *Kühl*, Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung, 1993; *Stuckenberg*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1998. Aus spanischer Sicht jüngst *Nieva-Fenoll*, ZIS 2016, 138.

²⁴ Dazu vgl. nur *Dubber*, Einführung in das US-amerikanische Strafrecht, 2005, S. 74 ff.

²⁵ Näher zur subjektiven Tatseite und zur Schuld im englischen Strafrecht *Safferling*, Vorsatz und Schuld, Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht, 2008, S. 343 ff.

²⁶ Siehe nur *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 10 Rn. 2 ff. m.w.N.

²⁷ Zur in Deutschland durch einen Entwurf Nordrhein-Westfalens für ein Unternehmensstrafrecht erneut entfachten Debatte vgl. nur die Beiträge in ZIS 1/2015.

²⁸ Zu dessen Einführung 2003 vgl. nur *Niggli/Schmuki*, Anwaltsrevue 2005, 347.

²⁹ Dazu grundlegend *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995; *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, 1996.

³⁰ BVerfGE 120, 224.

³¹ Vgl. nur die krit. Anmerkungen im Schrifttum, z.B. *Greco*, ZIS 2008, 234; *Hörnle*, NJW 2008, 2085; *Zabel*, JR 2008, 453; *Ziethen*, NStZ 2008, 617; *Roxin*, StV 2009, 544.

³² EGMR, NJW 2013, 215, m. Anm. *Kubiciel*, ZIS 2012, 282; krit. *Jung*, GA 2012, 617. – Zum generellen Streit um die Legitimierbarkeit einer Inzeststrafbarkeit vgl. *Kanwischer*, Der Grenzbereich zwischen öffentlichem Strafanspruch und intimer Lebensgestaltung (§ 173 StGB), 2013, S. 178 (dagegen); *Schramm*, Ehe und Familie im Strafrecht, 2011, S. 399 (dafür).

³³ Vgl. dazu nur *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 46 Rn. 22 ff.

³⁴ Z.B. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 3 Rn. 54.

³⁵ Z.B. *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 879 f.

schen Union in Art. 49 Abs. 3 GRCh ein Rekurs auf die Verhältnismäßigkeit zwischen Straftat und Strafe enthalten. Bei der Ausgestaltung ihrer nationalen Strafnormen müssen danach die EU-Mitgliedstaaten zukünftig aufgrund dieser EU-Vorgaben bedenken, dass die von dem Straftatbestand inkriminierten Verhaltensweisen nicht außer Verhältnis zu den verhängten Strafen stehen. Das möchte ich kurz an einem Beispiel verdeutlichen: In Umsetzung von Vorgaben der EU zum Umweltstrafrecht³⁶ wurde in Deutschland eine Strafnorm für fahrlässige Verstöße gegen das Jagdrecht modifiziert (§§ 38 f. BJagdG). Die Vorgängernorm sah als Höchststrafe sechs Monate Gefängnis vor. Im Zuge der Umsetzung sollte diese Höchststrafe nach dem Referentenentwurf auf drei Jahre Gefängnis angehoben und damit versechsfacht werden.³⁷ Dazu kam es letztlich nicht, aber nach dem Abschluss der Umsetzung der EU-Vorgaben wurde angesprochen, dass eine derartige Ausweitung des Strafrahmens im Lichte der von Art. 49 Abs. 3 GRCh gebotenen Verhältnismäßigkeit von Straftat und möglicher Strafe jedenfalls fragwürdig gewesen wäre. Für lediglich fahrlässige Jagdrechtsverstöße wären drei Jahre Gefängnis auch im schlimmsten denkbaren Falle schlicht zu viel gewesen; der deutsche Gesetzgeber hat daher die Strafrahmengrenze mit Recht bei einem Jahr Gefängnis gezogen.

3. Gesetzlichkeitsprinzip (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)

Wie ich bereits erwähnt habe, gilt vielen nicht nur in Deutschland der Grundsatz *nullum crimen, nulla poena sine lege* als die Grundlage des materiellen Strafrechts. In vielen Ländern wird dieses Prinzip auch als Legalitätsprinzip tituliert, doch ist dies aus deutscher Sicht missverständlich, weil wir mit „Legalitätsprinzip“ den Verfolgungs- und Anklagezwang durch die Staatsanwaltschaft meinen.

Grob gesagt soll der Täter vor Begehung seiner Tat erkennen können, ob diese strafbar ist und welche Strafe dafür vorgesehen ist. In Deutschland ist dieser Grundsatz in der Verfassung in Art. 103 Abs. 2 GG verankert. Auf europäischer Ebene findet er sich ähnlich in Art. 7 EMRK und Art. 49 GRCh. Allerdings sind die daraus zu ziehenden Folgerungen nicht identisch. Während in Deutschland der *nullum crimen*-Grundsatz sehr streng gilt, geht es auf internationaler Ebene vor allem um einen Vertrauensschutz des Täters, der nicht durch eine spätere Strafbarkeit überrascht werden soll.³⁸

In Deutschland liest man folgendes aus dem *nullum crimen*-Grundsatz heraus:³⁹

- (1) Nur geschriebene Strafgesetze sind zulässig, so dass strafbegründendes Gewohnheitsrecht ausscheidet (*nullum crimen sine lege scripta*)
- (2) Alle Strafgesetze müssen in der Form parlamentarischer Gesetze ergehen, so dass es nicht ausreicht, wenn die Regierungen Strafvorschriften in Rechtsverordnungen erlässt (*nullum crimen sine lege parlamentaria*)
- (3) Die einzelnen Regelungen müssen hinreichend bestimmt sein und dürfen nicht nur allgemein gehalten sein (*nullum crimen sine lege stricta*)
- (4) Die Strafnorm darf nicht rückwirkend angewandt werden, so dass das Strafgesetz vor Begehung der Straftat bereits in Kraft gewesen sein muss (*nullum crimen sine lege praevia*)

Man sieht sogleich, dass an diesen Maßstäben nicht alle Strafnormen in der ganzen Welt gemessen werden können. Das ist nicht so sehr eine Frage der Rechtsstaatlichkeit, als vielmehr auch der unterschiedlichen Rechtstraditionen vor allem des anglo-amerikanischen Rechtskreises und des romanisch-germanischen Rechtskreises, der ja Kontinentaleuropa mit Lateinamerika verbindet. So beruht das englische Strafrecht traditionell⁴⁰ auf *common-law*-Straftatbeständen,⁴¹ die weder als Parlamentsgesetze ergangen sind noch überhaupt schriftlich fixiert sein müssen, sondern deren Inhalte erst im Zuge von Gerichtsentscheidungen sichtbar gemacht worden sind. Das lässt sich natürlich nicht mit der sprachlichen Bestimmtheit geschriebener Rechtsnormen vergleichen.

Und auch das Rückwirkungsprinzip wird dort – wie auch in vielen anderen Ländern – flexibler gehandhabt. Konnte der Täter nicht auf Straflosigkeit vertrauen, kommt es nicht entscheidend darauf an, ob eine ganz konkrete Strafnorm bereits vor Tatbegehung in Kraft gewesen ist oder nicht. Verdeutlichen möchte ich dies an einem Beispiel aus dem Sexualstrafrecht, das in einer Vielzahl von Ländern in ähnlicher Weise abgelaufen ist. Traditionell war die Vergewaltigung innerhalb einer Ehe weder nach englischem noch nach deutschem Recht strafbar. In Deutschland folgte dies aus der Fassung des damals geltenden § 177 StGB, der als Tathandlung explizit allein die Abnötigung des „außerehelichen Beischlafs“ kannte; in England akzeptierte die Rechtsprechung den Rechtfertigungsgrund einer bestehenden Ehe.⁴² In England kam es dann Anfang der 1990er Jahre erstmals zu Verurteilungen von Ehemännern wegen Vergewaltigung ihrer Frau, wenn die Ehe faktisch keinen Bestand mehr hatte;⁴³ da die

³⁶ Richtlinie 2008/99/EG (ABl. EU 2008, L 328, S. 28); zu dieser u.a. Zimmermann, ZRP 2009, 74. – Zur Entwicklung bis dahin ausführlich Heger, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts, 2009.

³⁷ Vgl. Heger, HRRS 2012, 211 (221).

³⁸ Vgl. nur Eser, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 49 Rn. 13.

³⁹ Vgl. dazu nur Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 103 Rn. 53 ff.

⁴⁰ Aus deutscher Sicht grundlegend bereits Radbruch, Der Geist des englischen Rechts, 2. Aufl. 1947.

⁴¹ Vgl. nur Mansdörfer (Hrsg.), Die Straftatlehre des *common law*, 2005.

⁴² Safferling, Internationales Strafrecht, 2011, § 4 Rn. 93 Fn. 221.

⁴³ Vgl. Safferling (Fn. 42), § 4 Rn. 93 ff. m.w.N.

zugrunde liegende Einschränkung der Rechtfertigungsnorm des common law dem auf Vorentscheidungen beruhenden Gewohnheitsrecht entstammte, war für die englischen Gerichte bei ihrem Wechsel der Rechtsprechung entscheidend, ob zur Tatzeit die Täter – d.h. hier die Ehemänner – erkennen konnten, dass ihr Verhalten inzwischen als strafbar eingestuft werden dürfte. Dafür sprach vor allem ein allgemeiner Anschauungswandel in Bezug auf das Verhältnis von Mann und Frau und das Wesen der Ehe; der seit dem 17. Jahrhundert für die Strafflosigkeit der Vergewaltigung im englischen Recht angeführte Grund, dass sich dabei der Mann nur – wenn auch mit Gewalt – nimmt, was ihm aufgrund des Eheversprechens zusteht, hatte sich jedenfalls bei Zerrüttung der ehelichen Lebensgemeinschaft erkennbar überlebt. In Deutschland kam es dagegen allein auf den Wortlaut der maßgeblichen Strafnorm an, so dass erst ab 1997, als der Gesetzgeber im Tatbestand der Vergewaltigung das Erfordernis gestrichen hat, dass der Täter das Opfer zum „außerehelichen Beischlaf“ genötigt haben muss,⁴⁴ auch die Vergewaltigung innerhalb der Ehe strafbar wurde.⁴⁵ Auf Fragen der Vorhersehbarkeit für den Täter kam es nicht an. Die deutsche Regelung ist natürlich absolut rechtssicher; allerdings konnte sie dem Wandel der gesellschaftlichen Anschauungen auch nur nach einer gesetzlichen Änderung folgen, so dass insoweit die common-law-Rechtsprechung flexibler und in der Sache vielleicht auch gerechter ist. Vor allem konnte die Gesetzesänderung in Deutschland nur für die Zukunft wirken, während ein Wandel der Rechtsvorstellungen bereits zur Tatzeit auch rückwirkend durch die Gerichte festgestellt werden kann, solange ein solcher Wandel zur Tatzeit wenigstens absehbar war.

Das zeigt besonders deutlich der unterschiedliche Blick auf die NS-Kriegsverbrechen, die in den Nürnberger Prozessen durch die alliierten Hauptsiegermächte aufgrund von zuvor geschaffenen Tatbeständen abgeurteilt worden sind. Vor allem aus anglo-amerikanischer Sicht verstieß dies schon deshalb nicht gegen das Rückwirkungsverbot, weil die NS-Hauptkriegsverbrecher zur Zeit der Begehung ihrer Straftaten auch ohne ausdrückliche Straftatbestände hätten realisieren können, dass auf völkerrechtlicher Ebene ihre Taten nicht bloß als rechtswidrig, sondern auch schon als strafbar angesehen worden sind. Deutsche Juristen tun sich damit schwerer, fordert man hier doch traditionell das Vorliegen eines geschriebenen Straftatbestandes, der vor Tatbegehung in Kraft getreten ist und das fragliche Verhalten erfasst. Deshalb werden bis heute in Deutschland die noch lebenden NS-Kriegsverbrecher nicht nach dem für die Nürnberger Prozesse erstmals etablierten Völkerstrafrecht,⁴⁶ sondern allein nach

⁴⁴ Zu diesem 33. StÄG vgl. nur *Heger*, in: Lackner/Kühl (Fn. 33), Vor § 174 Rn. 9 m.w.N.

⁴⁵ Dazu auch rechtsvergleichend ausführlich *Wetzel*, Die Neuregelung der §§ 177-179 StGB unter besonderer Berücksichtigung des ehelichen Bereichs und ausländischer Rechtsordnungen, 1998. Vgl. auch *Brüggemann*, Zu Entwicklung und Wandel des Sexualstrafrechts in der Geschichte unseres StGB, Die Reform der Sexualdelikte einst und jetzt, 2013.

⁴⁶ Zum Kontrollratsgesetz Nr. 10 vgl. nur *Werle*, Völkerstrafrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 34 ff.

den klassischen Strafnormen – hier namentlich wegen Mordes (§ 211 StGB)⁴⁷ – verfolgt und verurteilt.

Aber auch wenn die Taten der NS-Helfer – wie namentlich der Massenmord an den europäischen Juden – unzweifelhaft vorsätzliche Tötungen aus Gründen des Rassenhasses darstellen und damit den Mordtatbestand verwirklichen – blieb im Lichte des traditionellen engen nullum crimen-Prinzips das Problem, dass diese Morde vielfach durch Nazi-Gesetze bzw. Rechtssätze (wie einen sog. Führerbefehl) nach außen hin legitimiert gewesen sind. Weil der nullum crimen-Grundsatz in Deutschland auch die allgemeinen Regeln für Straftaten und damit auch Rechtfertigungsgründe erfasst, wurde darüber diskutiert, ob auch solche Nazi-Gesetze als Rechtfertigungsgründe in Betracht kommen können. Mit dem bekannten Rechtsphilosophen Gustav Radbruch setzte sich die sogenannte Radbruchsche Formel⁴⁸ durch, wonach insbesondere unerträglich ungerechte Gesetze nicht wirksam sind;⁴⁹ um solche Gesetze handelt es sich natürlich bei den Normen zur Legitimation von Massenmord, so dass diese Normen nicht mehr zur Rechtfertigung von diesen Morden herangezogen werden konnten.

Darüber hinaus geht auf internationaler Ebene etwa Art. 7 Abs. 2 EMRK.⁵⁰ Danach schließt das europaweite nullum crimen-Gebot nicht aus, dass jemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt oder bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Völkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war. Deutschland hatte bei der Ratifizierung der EMRK Anfang der 1950er Jahre gegen diese Regelung einen Vorbehalt eingelegt, weil man zu diesem Zeitpunkt an einem ganz strikten Rückwirkungsverbot festhalten wollte. Inzwischen hat man diesen Vorbehalt aber aufgegeben, weil man erkannt hat, dass gerade bei der strafrechtlichen Bewältigung von staatlichem Unrecht ein allein formal begründetes Rückwirkungsverbot problematisch sein kann.⁵¹

Eng verbunden mit dem Grundsatz nulla poena sine lege ist der lex mitior-Grundsatz. Danach führt eine spätere Mildere der Strafraumen dazu, dass auch auf davor begangene und noch nicht abgeurteilte Straftaten nur der mildere Strafraumen zur Anwendung kommt. Wird ein zur Tatzeit strafbares Verhalten später für straflos erklärt, führt dieser Grundsatz rückwirkend zur Strafflosigkeit auch für bei ihrer Bege-

⁴⁷ Dieser Straftatbestand ist – mit Ausnahme der zunächst vorgesehenen Todesstrafe – seit 1941 inhaltlich unverändert.

⁴⁸ Dazu grundlegend *Saliger*, Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, 1995; *Adachi*, Die Radbruchsche Formel, Eine Untersuchung der Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs, 2006; *Forschner*, Die Radbruchsche Formel in den höchstgerichtlichen „Mauerschützenurteilen“, 2003 (abrufbar unter: <https://publikationen.uni-tuebingen.de/xmlui/bitstream/handle/10900/43690/pdf/Diss.PDF> [15.4.2016]).

⁴⁹ Radbruch, SJZ 1946, 105 (107).

⁵⁰ Dazu nur *Sinner*, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK, Kommentar, 2012, Art. 7 Rn. 26 ff.

⁵¹ Vgl. *Sinner* (Fn. 50) Art. 7 Rn. 28; *Renzikowski*, in: Amelung/Günther/Kühne (Hrsg.), Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9.7.2010, 2010, S. 407 (409).

hung noch strafbare Verhaltensweisen. Dieser Grundsatz, der in Deutschland in § 2 Abs. 3 StGB kodifiziert ist, hat sich vor allem innerhalb der Europäischen Union durchgesetzt. Als Leitentscheidung hierfür ist der Fall „Berlusconi“ zu nennen, über den der EuGH im Jahre 2005 zu entscheiden hatte.⁵² Der damalige italienische Ministerpräsident Silvio Berlusconi hatte angesichts gegen ihn und seine Geschäftspartner laufender Strafverfahren wegen Bilanzfälschung nachträglich die Verjährungsfristen für diese Delikte in Italien derart verkürzt, dass alle Vorwürfe bereits verjährt waren. Die damit faktisch eingeführte Strafflosigkeit der Bilanzfälschung in Italien widersprach zwar der europarechtlichen Verpflichtung zu einer effektiven Durchsetzung von Bilanzvorschriften.⁵³ Trotzdem verlangte der EuGH keine Strafverfolgung, weil wegen der zwischenzeitlich aufgrund der neuen Gesetzgebung bereits eingetretenen Verjährung eine weitere Strafverfolgung unzulässig wäre.⁵⁴

4. Rechtfertigungsgründe

Schon seit Inkrafttreten der EMRK gilt manchen das weite deutsche Notwehrrecht als menschenrechtswidrig. Das folgt daraus, dass nach der Notwehr-Definition des § 32 StGB auch zum Schutz von bloßen Sachwerten die Angreifer verletzt und im Extremfall – wenn es für den Erhalt der Sache kein milderes Mittel gibt – sogar getötet werden dürfen. Anders als im anglo-amerikanischen Recht⁵⁵ und im Völkerstrafrecht (vgl. Art. 31 IStGH-Statut)⁵⁶ gibt es im deutschen Notwehrrecht dabei keine echte Verhältnismäßigkeitsprüfung. Nur in Ausnahmefällen kann wegen eines krassen Missverhältnisses des verteidigten zu dem angegriffenen Gut Notwehr mangels Gebotenheit entfallen.⁵⁷ Darin sehen einige einen Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 lit. a) EMRK, weil danach Eingriffe in das Recht auf Leben nur zulässig sind, um je-

manden gegen rechtswidrige Gewalt zu verteidigen.⁵⁸ Zwar verpflichtet die EMRK zunächst nur die Staaten. Allerdings – so wird vertreten – könnte aus dieser völkerrechtlichen Verpflichtung für den Staat die Pflicht abzuleiten sein, sein Strafrecht so auszugestalten, dass es nicht zu rechtmäßigen vorsätzlichen Tötungen um des Sachschutzes Willen kommen darf; die herrschende Meinung in Deutschland lehnt dies aber wegen des erwähnten Staatsbezugs von Art. 2 EMRK ab.

V. Menschenrechtsschutz durch Strafrecht

1. Verfolgung schwerer Menschenrechtsverstöße

Das materielle Strafrecht in Deutschland dient dem Rechtsgüterschutz.⁵⁹ Indem bestimmte sozialschädliche Verhaltensweisen unter Strafe gestellt werden, soll möglichst verhindert werden, dass diese allzu oft vorkommen. Daher ist spätestens seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges und den sich daran anschließenden Kriegsverbrecherprozessen der alliierten Siegermächte in Nürnberg (gegen Vertreter Deutschlands)⁶⁰ und in Tokio (gegen Vertreter Japans)⁶¹ anerkannt, dass jedenfalls auf schwerste Menschenrechtsverletzungen und Kriegsverbrechen auch gegenüber den dafür individuell verantwortlichen Personen strafrechtlich vorgegangen werden soll.⁶²

Dieses Prinzip wurde in den letzten beiden Jahrzehnten wieder aktuell in der Folge des Bürgerkriegs im ehemaligen Jugoslawien, des Völkermordes in Ruanda und anderer extrem blutiger Konflikte in Afrika und Asien, für die jeweils internationale Gerichtshöfe (sogenannte Ad-hoc-Tribunale) gebildet wurden.⁶³ Zugleich versuchte man die gerade auch in

⁵² EuGH Slg. 2005, I-3565.

⁵³ Deswegen hat der EuGH im Fall „Taricco“ (Urt. v. 8.9.2015 – Az. C-105/14) jüngst die kurzen Verjährungsregelungen des italienischen Strafrechts bei der Sanktionierung von Verstößen gegen EU-Recht als unanwendbar angesehen. Allerdings waren die Taten hier noch nicht verjährt; es drohte nur angesichts der Komplexität Verjährung vor einem Abschluss des Strafverfahrens, so dass faktisch Strafflosigkeit eintreten dürfte.

⁵⁴ EuGH Slg. 2005, I-3565; dazu *Satzger*, JZ 2005, 998.

⁵⁵ Dazu vgl. *Dubber* (Fn. 24), S. 150 ff.; *Wössner*, Die Notwehr und ihre Einschränkungen in Deutschland und in den USA, 2006; *Wittemann*, Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa, 1997; *Nourse*, in: *Dubber/Hörmle* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014, S. 607 ff.

⁵⁶ Dazu *Werle* (Fn. 46), Rn. 587 ff.; *Ambos*, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2. Aufl. 2004, S. 830 ff.; *Weigend*, in: *Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter* (Hrsg.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen*, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 1439.

⁵⁷ Dazu nur *Kühl* (Fn. 26), § 7 Rn. 157 ff.

⁵⁸ Dazu *Lührmann*, *Tötungsrecht zur Sachverteidigung?*, 1999, und – schon vom Titel her leicht polemisch – *Siciliano*, *Das Leben des fliehenden Diebes*, Ein strafrechtliches Politikum, 2003.

⁵⁹ Zur aktuellen Debatte vgl. nur *Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2002, und *Hefendehl*, GA 2007, 1; *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 33. Vgl. auch *Filó*, in: *Karsai/Nagy/Szomora* (Hrsg.), *Freiheit – Sicherheit – (Straf)Recht*, 2011, S. 65.

⁶⁰ Dazu nur *Weinke*, *Die Nürnberger Prozesse*, 2006; *Heydecker/Leeb*, *Der Nürnberger Prozeß*, 1979; *Ginsburgs/Kudriavtsev* (Hrsg.), *The Nuremberg Trial and International Law*, 1990; *Taylor*, *Die Nürnberger Prozesse*, 1992; *Smith*, *Der Jahrhundert-Prozess*, 1977; *Priemel/Stiller* (Hrsg.), *NMT, Die Nürnberger Militärtribunale zwischen Geschichte, Gerechtigkeit und Rechtschöpfung*, 2013; *Kastner*, *Die Völker klagen an, Der Nürnberger Prozess 1945-1946*, 2005; *Darnstädt*, *Nürnberg – Menschheitsverbrechen vor Gericht*, 2015; *Andoor*, ZJS 2015, 356, und *ders.*, ZJS 2015, 473.

⁶¹ Dazu näher *Osten*, *Der Tokioter Kriegsverbrecherprozess und seine Rezeption in Japan*, 2003; *Cassese*, *The Tokyo Trial and Beyond*, 1993.

⁶² Dazu nur *Werle* (Fn. 46), Rn. 15 ff.

⁶³ Dazu *Werle* (Fn. 46), Rn. 45 ff.; *Ambos*, *Strafflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen*, 1997, (abrufbar unter:

Militärdiktaturen verbreitete Straflosigkeit für die herrschende Klasse – in Deutschland vielfach in Anklang an das Spanische auch sogenannte „Impunidad“⁶⁴ – dadurch auszuhebeln, dass man schwere Menschenrechtsverstöße gestützt auf das Universalitätsprinzip (vgl. § 6 StGB) oder das passive Personalitätsprinzip (vgl. § 7 Abs. 1 StGB) auch in anderen Staaten verfolgt.⁶⁵ Signifikantestes Beispiel hierfür waren die Bemühungen der spanischen Justiz, den zu diesem Zeitpunkt in Großbritannien weilenden vormaligen chilenischen Diktator Augusto Pinochet wegen der Ermordung auch spanischer Staatsangehöriger in der Folge seines Militärputsches in Madrid vor Gericht zu stellen.⁶⁶ Bekanntlich wurde Pinochet später in Chile angeklagt, doch konnte wegen Verhandlungsunfähigkeit der Prozess nicht durchgeführt werden.

In Deutschland ermittelte die Justiz gegen die argentinischen Junta-Generale, weil zu den Todesopfern in der Folge ihres Putsches 1976 unter anderem auch eine deutsche Professorin zählte;⁶⁷ derzeit laufen Strafverfahren gegen in Deutschland lebende Mitwirkende in der „Colonia Dignidad“ in Chile, in der massive Menschenrechtsverletzungen vorgenommen worden waren. Im Herbst 2012 wurden vor der somalischen Küste aktive Piraten in Hamburg verurteilt;⁶⁸ inzwischen folgte die Verurteilung eines für den Völkermord in Ruanda Verantwortlichen durch das OLG Frankfurt.⁶⁹ Schwer wiegende Menschenrechtsverletzungen sollen dadurch nicht länger allein deshalb unbestraft bleiben, weil

<https://www.mpicc.de/de/forschung/publikationen/straf/s60.html> [15.4.2016]), S. 163 ff.; zur Untersuchungspflicht bei Menschenrechtsverletzungen *Jeßberger*, KJ 1996, 290, (293 ff.).

⁶⁴ Vgl. nur *Wolf*, Über Impunität und Verbrechen ohne Strafen, in: Prittwitz/Baurmann/Günther/Kuhlen/Merkel/Nestler/Schulz (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 305; *Ambos* (Fn. 63).

⁶⁵ Vgl. dazu nur *Jeßberger*, Der transnationale Geltungsbe- reich des deutschen Strafrechts, 2011, S. 168 ff.

⁶⁶ Vgl. dazu ausf. *Ahlbrecht/Ambos*, Der Fall Pinochet(s), Auslieferung wegen staatsverstärkter Kriminalität, 1999, sowie jüngst *Capdepon*, Vom Fall Pinochet zu den Ver- schwundenen des Spanischen Bürgerkriegs, Die Ausein- dersetzung mit Diktatur und Menschenrechtsverletzungen in Spanien und Chile, 2015 (speziell zum Streit um die Auslie- ferung S. 153 ff.). Allg. zur Vergangenheitsbewältigung in Chile bereits *Ambos*, in: Nolte (Hrsg.), Vergangenheitsbewäl- tigung in Lateinamerika, 1996, S. 139.

⁶⁷ Dazu *Ambos/Grammer*, in: Jahrbuch der juristischen Zeit- geschichte, Bd. 4, 2002/03, S. 529; *Kaleck*, Kampf gegen die Straflosigkeit, Argentinien Militärs vor Gericht, 2010.

⁶⁸ LG Hamburg, Urt. v. 19.10.2012 – 603 KLS 17/10 (juris).

⁶⁹ Die Verurteilung durch das OLG Frankfurt am 18.2.2014 „nur“ wegen Beihilfe zum Völkermord ist vom BGH mit Urt. v. 21.5.2015 (JZ 2016, 103 m. Anm. *Burghardt*, JZ 2016, 106) aufgehoben worden; am 29.12.2015 ist der Angeklagte nunmehr wegen mittäterschaftlich begangenen Völkermords zu lebenslanger Haft verurteilt worden (vgl.

<http://www.lto.de/recht/nachrichten/n/olg-frankfurt-4-3-ste-4-10-onesphore-rwabukombe-lebenslang-voelkermord-massake-r-ruanda/> [16.4.2016]).

der Tatortstaat nicht Willens oder nicht in der Lage ist, sie effektiv zu verfolgen.

Allerdings ist diese relativ selektive Verfolgung solcher Taten in einzelnen Staaten, die teilweise von der Nationalität der konkreten Opfer abhängt, sicher nicht die optimale Lösung. Deshalb hat ja die Weltgemeinschaft im Jahre 2002 gestützt auf das Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH) in Den Haag ein Weltstraengericht zur internationalen Verfolgung schwer wiegender Kriegs- und Menschlichkeitsverbrechen geschaffen.⁷⁰ Brasilien und Deutschland gehören zu den Unterstützern der ersten Stunde. Der Argentinier Luis Moreno Ocampo wurde sein erster Chefankläger. Und ebenfalls aus Südamerika wurde der frühere bolivianische Justizminister René Blattmann zu einem der Vizepräsidenten dieses Gerichtshofs; hier ergibt sich auch eine weitere Verbindung zwischen meiner Univer- sität – der Humboldt-Universität zu Berlin – und diesem Vortrag, denn von 2013 bis 2015 lehrte Professor Blattmann, dem bereits zur 200-Jahr-Feier der Berliner Juristenfakultät die Ehrendoktorwürde verliehen worden ist, als Gastprofessor an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, so dass die Berliner Studenten die Praxis des Völker- strafrechts und damit auch die weltweite effektive Durchset- zung der grundlegenden Menschenrechte aus dem Mund eines in Lateinamerika aufgewachsenen Juristen erfahren können.

Eine Pflicht jedenfalls zur Aufnahme von strafrechtlichen Ermittlungen entnimmt heute auch der EGMR aus dem Recht auf Leben (Art. 2 Abs. 1 EMRK). Stirbt jemand in polizeilichem Gewahrsam unter ungeklärten Umständen muss der Staat daher durch unabhängige Ermittlungsorgane – das heißt gerade nicht allein durch die Polizei selbst und auch nicht durch die Polizei- oder Militärjustiz, zumindest soweit deren Angehörige faktisch (etwa mit Blick auf ihrer Karriere) vom Wohlwollen der Polizei- oder Militärführung abhängig sind – mit allen gesetzlich zulässigen Mitteln aufzuklären versuchen, ob eine Straftat vorliegt und die dafür gegebenenfalls Ver- antwortlichen, also Polizeibeamte oder Militärangehörige, vor Gericht stellen.⁷¹

2. Strafpflichten aufgrund grundrechtlicher Schutzpflichten

Seit einigen Jahrzehnten ist in der deutschen Grundrechts- dogmatik anerkannt, dass Grundrechte nicht bloß Freiheits- recht sind, die darauf zielen, den Freiheitsraum der Bürger zu optimieren. Als weitere Dimension ist der Gedanke hinzuge- treten, dass aus Grundrechten auch Schutzpflichten für den Staat erwachsen, der sich schützend vor den jeweiligen Grundrechtsträger stellen muss, um Angriffe von Dritten abzuwehren.⁷² In den 1970er Jahren wurde dann in Deutsch- land erstmals darüber diskutiert, ob solche Schutzpflichten den Staat verpflichten, Angriffe auf einzelne Grundrechtsträ- ger auch mittels einer Strafbewehrung des Verhaltens abzu-

⁷⁰ Dazu nur *Werle* (Fn. 46), Rn. 56 ff.

⁷¹ EGMR NJW 1989 (Grams/Deutschland), und EGMR NJW 2001, 1991 (Ogur/Türkei).

⁷² Allgemein zur Schutzpflichtlehre *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2005.

wehren. Aus Grundrechten folgt dann eine Pflicht zur Schaffung oder Beibehaltung von Strafnormen, obwohl Strafnormen prinzipiell und primär auch bis heute als Eingriffe in die Grundrechte des potenziellen Straftäters verstanden werden. Dies überzeugt auch sicherlich, wenn es um etwa einen vorsätzlichen Todesfall geht. In einem solchen Fall sind andere als Strafsanktionen nicht denkbar; hier würde – selbst wenn sich der Tod nicht in staatlichem Gewahrsam ereignet hat – die Schutzpflichtlehre den Staat zur Schaffung effektiver Strafnormen gegen Mord und Totschlag verpflichten. In einigen Fällen verpflichtet auch das Völkerrecht die Völkergemeinschaft und damit die einzelnen Staaten zur Bestrafung schwerer Menschenrechtsverletzungen.⁷³

Die Diskussion um eine Strafbewerhungspflicht als Ausfluss einer grundrechtlich begründeten Schutzpflicht entzündete sich aber am Abtreibungsstrafrecht (§§ 218 ff. StGB) und damit einem Gebiet, auf dem in Deutschland seit fast einem halben Jahrhundert intensiv über das Verhältnis der Rechte der Mutter zu denen des ungeborenen Kindes diskutiert wird. Nachdem der Gesetzgeber 1974 mit dem 5. Strafrechtsreformgesetz⁷⁴ erstmals in der Bundesrepublik Deutschland⁷⁵ eine sogenannte Fristenlösung eingeführt hatte, so dass ein Schwangerschaftsabbruch in den ersten drei Monaten generell straflos sein sollte, entschied das Bundesverfassungsgericht, dass dieser Verzicht auf eine Strafbarkeit die Grundrechte des ungeborenen Lebens nicht hinreichend berücksichtige.⁷⁶ Weil der Gesetzgeber dadurch seiner Schutzpflicht für dieses Rechtsgut nicht nachgekommen sei, müsse er eine solche Strafnorm wieder einführen. Auch wenn die Idee einer Schutzpflicht sicherlich nicht falsch ist, mag man bezweifeln, ob die daraus gefolgerte Pönalisierungspflicht wirklich besteht. Jedenfalls solange es auch noch andere Möglichkeiten eines effektiven Schutzes gegeben hätte, ist das meines Erachtens nicht der Fall. Daher ist es auch zu begrüßen, dass das Bundesverfassungsgericht, als es 1992 erneut die Chance erhalten hatte, über eine nach der Wiedervereinigung von einer breiten Gruppe von Abgeordneten des Deutschen Bundestags entworfenen Fristenlösung zu entscheiden, diese im seinem nunmehr 2. Abtreibungs-Urteil nicht mehr in „Bausch und Bogen“ verworfen hatte, sondern vielmehr andeutete, dass ein grundloser Schwangerschaftsabbruch zwar unverändert im Lichte der Gesamtrechtsordnung nicht als gerechtfertigt bzw. rechtmäßig angesehen werden kann, wohl aber der Strafgesetzgeber nicht verpflichtet ist, ihn unter allen Umständen bei Strafe zu verbieten, wenn es – etwa in Form von Beratungs- und Hilfsangeboten für die Schwangere – andere, mildere Mittel zu dessen Vermeidung gibt.⁷⁷ Dem entspricht heute die Rechtslage in Deutschland: Die §§ 218 ff. StGB beruhen zwar seither im Grundsatz auf der Fristenlösung, doch ist innerhalb dieser Frist eine Abtrei-

bung nur dann straflos, wenn sich die Schwangere davor hat beraten lassen; weil obendrein in diesem Fall nach der Regelung in § 218a Abs. 1 StGB nur der Tatbestand von § 218 StGB „nicht verwirklicht“ ist, bleibt Raum für die Gesamtrechtsordnung, einen „nur“ fristgemäß vorgenommenen Schwangerschaftsabbruch – außerhalb der in § 218a Abs. 2 und 3 StGB expliziert als Rechtfertigungsgründe konzipierten medizinisch-sozialen und kriminologischen Indikation – trotz dessen Straflosigkeit als „rechtswidrig“ bzw. als „Unrecht“ im Sinnen der Gesamtrechtsordnung zu qualifizieren.⁷⁸

VI. Fazit

Die Grund- und Menschenrechte beeinflussen heute in erheblichem Maße die nationalen Strafrechtsordnungen. Dabei sind es vor allem die internationalen Menschenrechtsgarantien, die die Staaten immer wieder vor Herausforderungen stellen, wenn es darum geht, das teilweise jahrhundertalte nationale Kriminaljustizsystem⁷⁹ den heutigen völkerrechtlichen Vorgaben anzupassen. Insgesamt gesehen hat aber die Orientierung an menschenrechtlichen Standards in vielen Ländern zu einer Humanisierung des Strafrechts und vor allem der Strafen geführt, wie sie seit vielen Jahren als kriminalpolitisches Postulat unserer Zeit gefordert wird.⁸⁰

⁷³ Dazu *Werle* (Fn. 46), Rn. 224 ff. m.w.N.

⁷⁴ BGBl. I 1974, S. 1297.

⁷⁵ In der DDR galt eine solche damals bereits (zur dortigen Rechtslage vgl. *M. Vormbaum*, Das Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik, 2015, S. 391 f.).

⁷⁶ BVerfGE 39, 1.

⁷⁷ BVerfGE 88, 203.

⁷⁸ Vgl. nur *Kühl* (Fn. 33), Vor § 218 Rn. 7.

⁷⁹ Zu diesem Begriff vgl. nur *Vogel*, JZ 2004, 487.

⁸⁰ Nachdrücklich etwa von *Jescheck/Weigend* (Fn. 35) S. 27 f.