Das Völkerstrafrecht als Herausforderung für das Gesetzlichkeitsprinzip?

Untersuchungen zur Frage der Verletzung von Art. 103 Abs. 2 GG im Gewand der völkerstrafrechtsfreundlichen Auslegung

Von Ref. iur. **Florian Schmid**, Heidelberg/Mannheim*

I. Einleitung und Gang der Untersuchung

Leichenschändungen sind als Kriegsverbrechen nach dem VStGB strafbar. Als der Bundesgerichtshof (BGH) unter dieser Überschrift im Juli 2017 die entwürdigende Behandlung verstorbener Personen als Kriegsverbrechen im Sinne von § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB¹ einstuft und damit seine bereits 2016 eingeschlagene Rechtsprechungslinie fortführt,² ließen die Antworten aus der Strafrechtswissenschaft nicht lange auf sich warten. Neben der Einordnung Verstorbener als geschützte Personen des humanitären Völkerrechts erfuhr vor allem das Wortlautverständnis (Leiche als „Person“) Kritik aus dem Schrifttum.³ Andere Stimmen wiederum begrüßten die Entscheidung des Gerichts.⁴

Der Beitrag möchte diese Rechtsprechungslinie aufgreifen, um einen noch nicht allzu ausgereiften und – angesichts der Auslastung der Völkerstrafrechtsreferate des Generalbundesanwalts (GBA)⁵ – durchaus praxisrelevanten Themenkomplex zu diskutieren: das Verhältnis des Gesetzlichkeitsprinzips des Art. 103 Abs. 2 GG zum Grundsatz völker(straf)rechtsfreundlicher Auslegung nationaler Straftatbestände.⁶ Unter Heranziehung der konkreten Rechtsprechungs-

linie soll untersucht werden, ob wirklich eine Erosion des Gesetzlichkeitsprinzips – wie sie anderorts bereits 2010 befürchtet wurde⁷ – droht (gar bereits eingetreten ist) oder sich das Vorgehen nicht vielmehr in anerkannten verfassungsrechtlichen Bahnen bewegt.

Eingangs gilt es zunächst, die Möglichkeit der Eingliederung einer an den Normen des internationalen Rechts orientierten Auslegung des VStGB in die völkerrechtsfreundliche Konzeption der deutschen Rechtsordnung zu untersuchen (hierzu II.). Sodann wird eruiert, inwiefern die in Rede stehende Rechtsprechungslinie in Widerspruch zu geltendem Verfassungsrecht in seiner bisherigen Ausgestaltung steht, ob also die Einordnung eines Verstorbenen als „Person“ dem Analogieverbot zuwiderläuft (hierzu III.). Anschließend widmet sich der Beitrag der Frage, ob ein hiernach festgestellter Verfassungsverstoß nicht im Wege einer Lockerung des Gesetzlichkeitsprinzips vermieden werden kann. Hierbei gilt es nicht nur verfassungsrechtliche, sondern auch völkerrechtliche Wertungen miteinzubeziehen (hierzu IV.). Der Beitrag kommt zu dem Ergebnis, dass sich eine Heilung des Verstoßes gegen das Gesetzlichkeitsprinzip nicht im Wege einer abstrakten Aufweichung seines Wertungsgehalts bewerkstelligen lässt (hierzu V.).

II. Dogmatische Einordnung des Grundsatzes der Völkerstrafrechtsfreundlichkeit

Wie ist die völkerstrafrechtsorientierte Auslegung des VStGB in die völkerrechtsfreundliche Konzeption der deutschen Rechtsordnung einzuordnen? Einer solchen Untersuchung bedarf es aus zweierlei Gründen: Zunächst einmal bedeutet die dogmatische Einordnung des Grundsatzes der Völkerstrafrechtsfreundlichkeit als Unterfall der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, dass ersterem eine identische verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt. Zugleich folgte aus einer solchen Einordnung aber auch, dass sich das Institut der Völkerstrafrechtsfreundlichkeit an denselben abstrakten Grundsätzen und Grenzen zu orientieren hat. Beide Gesichtspunkte spielen im Hinblick auf die Fragen eines Verstoßes

* Der Verfasser ist Rechtsreferendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Karlsruhe. Er dankt Frau Rechtsanwältin Dr. Anna Oehmichen, Herrn Dr. Mindia Vashakmadze sowie Herrn Raphael Schäfer für wertvolle Anregungen.

¹ Wortlaut des § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB: „Wer im Zusammenhang mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt [...] eine nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Person in schwerwiegender Weise entwürdigend oder erniedrigend behandelt, wird [...] mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.“

² BGHSt 62, 272; zuvor bereits BGH NJW 2016, 3604; dem folgend: OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 12.7.2016 – 5-3 StE 2/16-4-1/16, Rn. 148 ff. (juris); KG Berlin, Urt. v. 1.3.2017 – (2A) 172 OJs 26/16 (3/16), Rn. 70, 73, 76 (juris); zustimmend: OLG Stuttgart, Urt. v. 11.1.2018 – 6-32 OJs 917, Rn. 86 f. (juris).

³ *Ambos*, NJW 2017, 3672; *ders.*, Journal of International Criminal Justice 16 (2018), 1105 (1114 ff.); *Berster*, ZIS 2017, 264; *Bock/Bülte*, HRRS 2018, 100; *Safferling/Petrossian*, JA 2019, 401 (405).

⁴ *Büingener*, ZIS 2017, 755 (758 ff.); *Tiemann*, ZIS 2019, 553 (558 f.); *Werle/Epik*, JZ 2018, 261; der Sache nach zustimmend: *Geiß/Zimmermann*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 3. Aufl. 2018, VStGB § 8 Rn. 204.

⁵ Vgl. nur *Büingener*, ZIS 2017, 755; *Frank/Schneider-Glockzin*, NSStZ 2017, 1 (3 ff.); *Ritscher*, ZIS 2019, 599.

⁶ Zu Begriff und Methode der völkerstrafrechtsfreundlichen Auslegung vgl. *Bock*, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Alternativen zur Freiheitsstrafe, 2013, S. 117 (122); *Darge*, Kriegsverbrechen im nationalen und internationalen Recht,

2009, S. 258 ff.; *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 484 ff.; *Werle*, in: Joecks/Miebach (Fn. 4), VStGB Einl. Rn. 43; *ders.*, JZ 2012, 373 (375, 379); zum übergeordneten Themenkomplex des Verhältnisses von Art. 103 Abs. 2 GG und des Völkerstrafrechts vgl. *Satzger*, JuS 2004, 943 (944 ff.); *ders.*, in: Kudlich/Montiel/Schuhr (Hrsg.), Gesetzlichkeit und Strafrecht, 2012, S. 361; *Jähnke*, ZIS 2010, 463; *Kuhli*, Das Völkerstrafgesetzbuch und das Verbot der Strafbegründung durch Gewohnheitsrecht, 2010, S. 45 f., 156 ff., 245 f.; *Dannecker/Schuhr*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 1 Rn. 32; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 84.

⁷ *Jähnke*, ZIS 2010, 463 (470).

gegen das Gesetzlichkeitsprinzip sowie dessen möglicher Lockerung auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts eine zentrale Rolle.

1. Die Herleitung der völkerstrafrechtsorientierten Auslegung in Rechtsprechung und Schrifttum

Ehe zur Frage der dogmatischen Fundierung einer solchen am Völkerrecht orientierten Auslegung nationaler Straftatbestände Stellung genommen wird, erscheint ein kurzer Überblick über die Begründungsansätze in Rechtsprechung und Literatur angezeigt.

Die fachgerichtliche Rechtsprechung artikuliert in ihren bisher zu § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB ergangenen Entscheidungen nicht explizit einen – verfassungsrechtlich determinierten – Grundsatz völkerstrafrechtsfreundlicher Auslegung. Stattdessen weist sie vielmehr die Intention des Gesetzgebers als entscheidenden Anknüpfungspunkt der Gesetzesinterpretation aus. Der Normgeber habe das VStGB mit der Zwecksetzung erlassen, dass die Strafvorschriften des Rom-Statutes umgesetzt würden und sichergestellt werde, dass Deutschland stets in der Lage sei, die in die Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs (International Criminal Court, ICC) fallenden Verbrechen selbst zu verfolgen.⁸ Damit greift die Rechtsprechung indes primär auf den Willen des historischen Gesetzgebers zurück. Dieser verkörpert – abhängig vom jeweils vertretenen Konzept zur Auslegungszielbestimmung – entweder das Telos der Norm⁹ oder ist unter dem Gesichtspunkt der historischen Auslegung¹⁰ zu berücksichtigen. Jedenfalls finden Aspekte der klassischen Methodenlehre Anwendung, ohne dass ein Rückgriff auf verfassungsrechtliche Legitimationsansätze erfolgt.

In einer anders gelagerten Entscheidung aus dem Jahr 2019 bezog sich der BGH nicht nur in der theoretischen Begründung seines Auslegungsvorgehens auf die gerade skizzierte Rechtsprechungslinie. Vielmehr setzte er sich muster-gültig mit den Normen des Rom-Statuts bzw. des IV. Genfer Abkommens sowie der einschlägigen Rechtsprechung des ICC und des UN-Jugoslawientribunals (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICTY) auseinander.¹¹

Die Auswertung der weiteren fachgerichtlichen Entscheidungen zeichnet – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – demgegenüber ein eher ernüchterndes Bild. Eine ebenfalls nicht weit zurückliegende Entscheidung des BGH zog an einigen Stellen explizit die internationale Spruchpraxis heran bzw.

verwies auf die einschlägigen völkerrechtlichen Verträge, verzichtete hingegen auf eine theoretische Herleitung.¹² Auch in der übrigen Judikatur zum VStGB erfolgte vielfach schlicht ein Rekurs auf internationale Verträge oder die internationale Spruchpraxis, ohne dass dieser jedoch theoretisch begründet wurde.¹³ Vor allem aber ließen die Entscheidungen des Öfteren nicht nur eine solche theoretische Begründung, sondern zudem auch eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung der Ad-Hoc-Straftribunale oder des ICC vollständig oder zumindest in der erforderlichen Tiefe vermissen.¹⁴ So wurde u.a. anlässlich des Verfahrens gegen den ehemaligen ruandischen Bürgermeister Onesphore R.¹⁵ kritisiert, der BGH habe sich überhaupt nicht mit der internationalen Rechtsprechung auseinandergesetzt.¹⁶ Vor Inkrafttreten des VStGB war dies durchaus der Fall.¹⁷ Indes erschöpfte sich die theoretische Herleitung zumeist in einem Verweis auf die Entstehungsgeschichte bzw. die völkerrechtliche Verwurzelung der Norm.¹⁸

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) führte in einer Entscheidung aus dem Jahr 2006 aus, dass die Rechtsprechung internationaler Gerichtshöfe im Sinne von Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG von denjenigen deutschen Gerichten zu beachten sei, die das internationale Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland anzuwenden hätten.¹⁹ Die Gerichte treffe eine verfassungsunmittelbare Pflicht, einschlägige Judikate der für Deutschland zuständigen internationalen (Straf-)Gerichte zur Kenntnis zu nehmen und sich mit ihnen auseinanderzusetzen.²⁰ Die Ableitung dieser Verpflichtung erfolgte zwar insbesondere unter Bezugnahme auf die Regelung des

¹² BGH, Urt. v. 20.12.2018 – 3 StR 236/17, Rn. 85, 149, 153 (juris); zumindest auf den Willen des Gesetzgebers rekurrend: BGH, Beschl. v. 17.10.2019 – AK 56/19, Rn. 34, 36 (juris).

¹³ BGH, Urt. v. 23.8.2018 – 3 StR 149/18, Rn. 23 (juris); BGH, Beschl. v. 11.8.2016 – AK 43/16, Rn. 25 f. (juris); BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 25 f., 32, 40 (juris); OLG Stuttgart, Urt. v. 28.9.2015 – 5-3 StE 6/10, Rn. 1783 (juris); OLG Frankfurt, Urt. v. 29.12.2015 – 4-3 StE 4/10-4-1/15, Rn. 255 (juris).

¹⁴ Vgl. z.B. BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 24 ff. (juris); BGH, Urt. v. 21.5.2015 – 3 StR 575/14, Rn. 13 ff. (juris).

¹⁵ Vgl. hierzu: BGH, Urt. v. 21.5.2015 – 3 StR 575/14, Rn. 13 ff. (juris).

¹⁶ Safferling/Grzywotz, JR 2016, 186 (188).

¹⁷ BGH, Urt. v. 21.2.2001 – 3 StR 372/00, Rn. 13 ff., 16 f., 22 ff. (juris), befasste sich indes weniger mit der Auslegung deutschen Rechts als vielmehr mit der Ermittlung der für die Strafbarkeit erforderlichen, völkerrechtlichen Vorwertungen; völlig fehlende Auseinandersetzung mit der internationalen Spruchpraxis demgegenüber bei BGH, Beschl. v. 21.2.2001 – 3 StR 244/00 (juris), wobei sich der BGH dort auf bereits ergangene Rechtsprechung berufen konnte.

¹⁸ BGH, Urt. v. 30.4.1999 – 3 StR 215/98, Rn. 37 f., 44 f., 50, 59 (juris).

¹⁹ BVerfG NJW 2007, 499 (501 Rn. 56).

²⁰ BVerfG NJW 2007, 499 (501 Rn. 54).

⁸ Vgl. BGHSt 62, 272 (277 Rn. 19), unter Bezugnahme auf BT-Drs. 14/8524, S. 12 f.; BGH NJW 2016, 3604 (3606 Rn. 22); KG Berlin, Urt. v. 1.3.2017 – (2A) 172 OJs 26/16 (3/16), Rn. 74 (juris); OLG Stuttgart, Urt. v. 11.1.2018 – 6-32 OJs 9/17, Rn. 87 (juris).

⁹ Dannecker/Schuhr (Fn. 6), § 1 Rn. 296 f., 317 (subjektive Auslegungszielbestimmung).

¹⁰ Die Rechtsprechung vertritt eher eine objektive Auslegungszielbestimmung, vgl. BVerfGE 105, 135 (157); vermittelt: Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 1 Rn. 44.

¹¹ BGH, Beschl. v. 4.4.2019 – AK 12/19, Rn. 33 ff., 42, 47 f. (juris).

Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG.²¹ Die Systematik der Entscheidungsgründe verdeutlicht jedoch, dass das Gericht auch den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit zur Begründung der Berücksichtigungspflicht herangezogen sehen wollte.²² In jüngeren Entscheidungen setzte sich das BVerfG zwar mit Normen des Völkerstraf(verfahrens)rechts auseinander, eine vertiefte theoretische Herleitung erfolgte indes nicht.²³ Auch die wohl bekannteste Entscheidung des BVerfG zum Völkerstrafrecht aus dem Jahr 2000 befasste sich mit der internationalen Spruchpraxis. Die theoretische Grundierung dieses Vorgehens beschränkte sich indes auf einen Verweis auf das Rechtsstaatsprinzip und Art. 103 Abs. 2 GG.²⁴

Die Literatur versucht sich demgegenüber an einer breiteren dogmatischen Fundierung der Auslegungsdirektive. Einerseits wird der materiell-völkerrechtliche Ursprung²⁵ bzw. die „völkerrechtliche Vorprägung“²⁶ der Tatbestände des VStGB hervorgehoben. Zudem wird auf die sprachlichen Überschneidungen mit dem Rom-Statut verwiesen, die eine statut-konforme Auslegung nahelegten.²⁷ Aber auch rechtssystematisch gebiete sich eine derartige Interpretation, sei das Rom-Statut als Vertragsgesetz im Sinne des Art. 59 Abs. 2 GG doch ebenso Teil der deutschen Rechtsordnung wie es die Rechtssätze des Völkergewohnheitsrechts nach Art. 25 GG sind.²⁸ Des Weiteren sei der – auch von der Rechtsprechung ins Feld geführte – Wille des Gesetzgebers unter dem Gesichtspunkt teleologischer und historischer Interpretation zu berücksichtigen.²⁹ Vielfache Betonung erfährt außerdem der verfassungsrechtliche Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, aus dem sich der Grundsatz der völkerstrafrechtsfreundlichen Auslegung des VStGB erge-

be.³⁰ Berücksichtigung zu finden hätten neben den völkerrechtlichen Ursprungsnormen auch die Spruchpraxis internationaler, ggf. gar ausländischer Gerichte.³¹ Bisweilen findet sich auch im Schrifttum der Hinweis auf Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG.³² Vereinzelt wird zudem auf die Anwendbarkeit der Normen auf extraterritoriale Sachverhalte verwiesen, vgl. § 1 VStGB.³³ Aber auch die Notwendigkeit der Erfüllung völkergewohnheitsrechtlicher Bestrafungspflichten wird zu bedenken gegeben.³⁴ Andernorts findet sich der – eher praxisorientierte – Hinweis auf die vergleichbare besondere Beweissituation und Verantwortungslage im Falle völkerstrafrechtlicher Makrokriminalität.³⁵ Als interessant erweist sich zuletzt die vereinzelte Schlussfolgerung, aus der gesetzgeberischen Wertung, die Auslegung möglichst nahe an den völkerrechtlichen Mutternormen zu orientieren, folge die mittelbare Anwendbarkeit der in Art. 31 f. des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (WÜV) niedergelegten Regelungen. Dies führe dazu, dass auch die einschlägige internationale Rechtsprechung als Teil der „Übung“ über Art. 31 Abs. 2 lit. b WÜV bei der Auslegung des VStGB zu berücksichtigen sei.³⁶

Obgleich sich die zahlreichen Begründungsansätze durchweg als erkenntnisreich darstellen, sind angesichts des hiesigen, strafverfassungsrechtlichen Kontexts vor allem zwei Aspekte hervorzuheben: die völkerrechtliche Verwurzelung der Normen bzw. der ihnen zugrunde liegenden Bestrafungspflichten einerseits und die völkerrechtsfreundliche Grundhaltung der deutschen Rechtsordnung andererseits.

2. Dogmatische Einordnung des Prinzips der Völkerstrafrechtsfreundlichkeit

Nach alledem stellt sich die Frage, ob der besondere Charakter des Völkerstrafrechts – der Grundsatz einer unmittelbaren (strafrechtlichen) Verantwortlichkeit des Einzelnen (nicht der Staaten) nach Völkerrecht³⁷ – einen eigenständigen Auslegungsgrundsatz begründet oder sich die – hinsichtlich des „Ob“ unstrittig anerkannte – Auslegungsdirektive als Unterfall des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes darstellt. Letztere Deutungsweise führte dazu, dass sich Wertungsgehalt und Grenzen (das „Wie“ der Auslegungsdirektive) an den identischen abstrakten Grundsätzen zu orientieren hätten.

²¹ Diese Verortung wirft – zumal nicht näher begründet – Fragen auf, vgl. *Kreß*, GA 2007, 296 (300).

²² BVerfG NJW 2007, 499 (501 Rn. 54 ff.), das die Völkerrechtsfreundlichkeit unter lit. d), das obiter dictum zu Art. 16 Abs. 2 GG unter bb) aufführt; eine andere Einschätzung teilt offenbar *Kreß*, GA 2007, 296 (299 f.).

²³ BVerfG NSTZ 2011, 353 (354).

²⁴ BVerfG, Beschl. v. 12.12.2000 – 2 BvR 1290/99, Rn. 26 (juris).

²⁵ *Werle/Jeßberger* (Fn. 6), Rn. 485; *Werle* (Fn. 6), VStGB Einl. Rn. 43; ebenso: *Ambos*, NSTZ 2001, 628 (628 f.); *Bettendorf*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit deutscher Soldaten bei der Anwendung militärischer Gewalt, 2015, S. 162; *Kreicker*, in: *Eser/Kreicker* (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, 2003, S. 49 (79 f., 84 f.); *Weigend*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 4), VStGB § 2 Rn. 5.

²⁶ *Zimmermann*, ZRP 2002, 97 (99); *ders.*, NJW 2002, 3068 (3069); ebenso: *Bock* (Fn. 6), S. 121 f.

²⁷ *Werle/Jeßberger* (Fn. 6), Rn. 486; *Werle* (Fn. 6), VStGB Einl. Rn. 43.

²⁸ *Werle/Jeßberger* (Fn. 6), Rn. 486; *Werle* (Fn. 6), VStGB Einl. Rn. 43.

²⁹ *Werle/Jeßberger* (Fn. 6), Rn. 486; *Werle* (Fn. 6), VStGB Einl. Rn. 43; ebenso: *Darge* (Fn. 6), S. 271; *Geiß/Zimmermann* (Fn. 4), VStGB § 8 Rn. 1, 57; *Kreicker* (Fn. 25), S. 84; *Kreß*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 4), VStGB § 6 Rn. 28; *Safferling/Grzywotz*, JR 2016, 186 (188).

³⁰ *Werle/Jeßberger* (Fn. 6), Rn. 487; *Werle* (Fn. 6), VStGB Einl. Rn. 43; i.E. ebenso: *Bock* (Fn. 6), S. 121 f.; *Bock/Bülte*, HRRS 2018, 100 (101); *Darge* (Fn. 6), S. 270 f.; *Geiß/Zimmermann* (Fn. 4), VStGB § 8 Rn. 1, 57; *Kreicker* (Fn. 25), S. 83; *Safferling/Grzywotz*, JR 2016, 186 (188); *Weigend* (Fn. 25), VStGB § 2 Rn. 5; vgl. auch *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 14. Aufl. 2018, Rn. 11.

³¹ *Werle/Jeßberger* (Fn. 6), Rn. 487; *Werle* (Fn. 6), VStGB Einl. Rn. 43; *Weigend* (Fn. 25), VStGB § 2 Rn. 5.

³² *Beulke/Swoboda* (Fn. 30), Rn. 11.

³³ *Weigend* (Fn. 25), VStGB § 2 Rn. 5.

³⁴ *Weigend* (Fn. 25), VStGB § 2 Rn. 5.

³⁵ *Ambos/Penkuhn*, StV 2016, 760 (762 f.).

³⁶ *Kreß* (Fn. 29), VStGB § 6 Rn. 28.

³⁷ *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 5 Rn. 1.

Allen voran wären die Grenzen der methodisch vertretbaren Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation sowie der (drohenden) Einschränkung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz zu beachten.³⁸ Zum einen ist der Völkerrechtskonformität bei eindeutig entgegenstehendem Gesetzes- und Verfassungsrecht Einheit zu gebieten.³⁹ Das Völkerrecht dient als Auslegungshilfe und beansprucht keinen Geltungsvorrang. Die Völkerrechtsfreundlichkeit führt gerade nicht zu einer „[un-]kontrollierten Bindung“.⁴⁰ Zum anderen ist von einer völkerrechtsorientierten Auslegung abzusehen, soweit das individualrechtliche Schutzniveau des Grundgesetzes über den individuellen Schutzgehalt völkerrechtlicher Regelungen hinausgeht.⁴¹

Für die Einordnung als eigenständiges Prinzip streitet die Tatsache, dass sich der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung – ebenso wie der Grundsatz der verfassungskonformen oder der unionsrechtskonformen Auslegung – nicht mit letzter Klarheit in den klassischen Auslegungskanon integrieren lässt. Dies erklärt die vielfach vorgenommene Einordnung als Auslegungsmethode eigener Art.⁴² Die bisherige Auslegung des VStGB orientiert sich hingegen stark am Willen des historischen Gesetzgebers, alle der Jurisdiktion des ICC unterfallenden Straftaten national unter Strafe zu stellen.⁴³ Diese Auslegungsdirektive oszilliert zwischen teleologischer und historischer Auslegung, lässt sich also schon eher in den Auslegungskanon integrieren.⁴⁴

Indes erscheint die Einordnung als Fallgruppe des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit gleichwohl zutreffender. Hierfür streitet schon ein Blick auf die einschlägigen Judikate des BVerfG. In der Entscheidung zum Treaty Override bezog sich die Auslegungsdirektive gerade – vergleichsweise allgemein gehalten – auf alle „völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland“⁴⁵ und eben nicht nur auf bestimmte völkerrechtliche Teilgebiete (wie z.B. Menschenrechtsabkommen). Auch das Rom-Statut ist Teil des Völkerrechts. Zu bedenken gilt es zwar, dass auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts zwischen dem Zustimmungsgesetz zum Rom-Statut und dem VStGB als eigenständigem deutschen Gesetzbuch zu differenzieren ist.⁴⁶ Allerdings kann auch dieser Befund nichts daran ändern, dass

das VStGB einzig der verfassungskonformen Angleichung der innerdeutschen Rechtsordnung an den Zuständigkeitskatalog des Rom-Statuts dient. Es überzeugte nicht, zöge man hieraus eine qualitative Unterscheidung. Völkerrechtliche Pönalisierungspflichten, deren Befolgung das VStGB vielfach zu realisieren sucht⁴⁷ und deren Durchsetzung auch das Rom-Statut beabsichtigt,⁴⁸ ergeben sich im Übrigen bereits aus den Regelungen des Völkergewohnheitsrechts und des kodifizierten Völkerrechts.⁴⁹ Es erweist sich insoweit als unschädlich, dass überwiegend davon ausgegangen wird, das Rom-Statut selbst statuiere grundsätzlich keine Bestrafungspflichten.⁵⁰

Allein die Tatsache, dass sich die jüngere fachgerichtliche Rechtsprechung bisher noch nicht dazu veranlasst sah, den Grundsatz der Völkerstrafrechtsfreundlichkeit verfassungsrechtlich zu konsolidieren, spricht für sich genommen noch nicht gegen die Annahme eines Fallgruppen-Verhältnisses. Für dieses Vorgehen lassen sich plausible Gründe finden, insbesondere die Intention, die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte nicht zu erhöhen.

Bestätigung findet die Einordnung als Fallgruppe auch dadurch, dass die vom BVerfG postulierte Vermutungsregel zugunsten der völkerrechtskonformen Intention des Gesetzgebers⁵¹ als Ausprägung der Völkerrechtsfreundlichkeit gerade eine ausdrückliche Bestätigung durch den Gesetzgeber im Falle des VStGB erfahren hat.⁵²

Schließlich wird man die bereits zuvor in Bezug genommene Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 2006⁵³ für die Einordnung als Fallgruppe fruchtbar machen können. Wie bereits dargelegt, begründete das BVerfG die Pflicht zur Auseinandersetzung mit der Judikatur internationaler Strafgerichte gerade mit einem Verweis auf Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG und den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit.

3. Zwischenergebnis

Vor diesem Hintergrund ist der Grundsatz der Völkerstrafrechtsfreundlichkeit als Unterfall des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit einzuordnen. Hieraus folgt aber zugleich, dass sich das Institut der Völkerstrafrechtsfreundlichkeit

³⁸ BVerfG NJW 2018, 2695 (2700 Rn. 133 f.).

³⁹ BVerfG NJW 2016, 1295 (1300 Rn. 72); v. Arnould, Völkerrecht, 4. Aufl. 2019, Rn. 524.

⁴⁰ BVerfG NJW 2016, 1295 (1300 Rn. 69).

⁴¹ BVerfG NJW 2018, 2695 (2699 f. Rn. 128, 134); Ambos (Fn. 37), § 10 Rn. 5.

⁴² Zu den Methoden der verfassungs- bzw. unionsrechtskonformen Auslegung vgl. nur Dannecker/Schuhr (Fn. 6), § 1 Rn. 326 ff., 342 ff.; kritisch bzgl. der Einordnung als Auslegungsmethode(n): Knop, Völker- und Europarechtsfreundlichkeit als Verfassungsgrundsätze, 2013, S. 229 ff.; Darge (Fn. 6), S. 265 f.; Kuhli (Fn. 6), S. 157.

⁴³ BT-Drs. 14/8524, S. 12; vgl. BGHSt 62, 272 (277 Rn. 19).

⁴⁴ So auch Kreicker (Fn. 25), S. 84.

⁴⁵ BVerfG NJW 2016, 1295 (1300 Rn. 71).

⁴⁶ Jähnke, ZIS 2010, 463 (465); Kreicker (Fn. 25), S. 53, 56 f.; in diesem Sinne auch: Darge (Fn. 6), S. 241.

⁴⁷ Vgl. nur Weigend (Fn. 25), VStGB § 2 Rn. 5; Werle/Jeßberger (Fn. 6), Rn. 476 m.w.N.

⁴⁸ Zu dieser Absicherungsdimension: Brighton, International Criminal Law Review 12 (2012), 629 (631 f.); Geneuss, Völkerrechtsverbrechen und Verfolgungsermessen, 2013, S. 87 ff., 150 f.

⁴⁹ Zu diesen Bestrafungspflichten: Kleffner, Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions, 2008, S. 8 ff.

⁵⁰ Kuhli, in: Brunhöber/Reinbacher/Vornbaum/Höffler/Kaspar (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, 2013, S. 91 (93 f.); Lafleur, Der Grundsatz der Komplementarität, 2011, S. 359; a.A. Gioia, in: Kleffner/Kor (Hrsg.), Complementary Views on Complementarity, 2006, S. 105 (107 f.), die von einer impliziten Verpflichtung ausgeht.

⁵¹ BVerfG NJW 2016, 1295 (1298 Rn. 58) m.w.N.

⁵² BT-Drs. 14/8524, S. 12.

⁵³ BVerfG NJW 2007, 499 (501 Rn. 54 ff.).

keit an denselben abstrakten Grundsätzen und Grenzen zu orientieren hat.⁵⁴

III. Die Vereinbarkeit der Rechtsprechung zu § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB mit Art. 103 Abs. 2 GG in seiner bisherigen Ausgestaltung

Ehe sich die Frage einer Lockerung des Art. 103 Abs. 2 GG im Lichte des Völker(straf)rechts stellt, muss zunächst untersucht werden, ob und inwiefern die Rechtsprechungslinie zu § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB überhaupt geltendem Verfassungsrecht widerspricht.

1. Der Gewährleistungsgehalt des Analogieverbots

Zweck des Analogieverbots ist es, dem rechtsstaatlichen sowie freiheitssichernden Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit einerseits und dem Prinzip der gewaltenteilenden Demokratie andererseits Ausdruck zu verleihen.⁵⁵ Das Prinzip hat „die Aufgabe, die zulässige gesetzestreue Auslegung von der verbotenen rechtsschöpferischen Analogie abzugrenzen“.⁵⁶ Das Analogieverbot begrenzt die Rechtskonkretisierungsfunktion des Rechtsanwenders – primär der Gerichte – für den Bereich des Strafrechts.⁵⁷ Zugleich sichert es für den Bereich der Rechtsanwendung den an den Gesetzgeber adressierten Bestimmtheitsgrundsatz dagegen ab, ins Leere zu laufen, verlängert ihn also.⁵⁸

Art. 103 Abs. 2 GG verbietet jedoch nicht nur die Analogie im rechtstechnischen Sinne.⁵⁹ Vielmehr ist jede Form der Auslegung untersagt, die die Strafbarkeit in einer für den Adressaten von vornherein nicht erkennbaren Weise begründet.⁶⁰ Unzulässig sind richterliche Tatbestandsausweitungen, die über den Inhalt eines gesetzlichen Straftatbestandes hinausgehen.⁶¹ Der aus Sicht des Adressaten zu bestimmende, mögliche Wortsinn der Norm stellt die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation dar.⁶²

Die (etwaige) Strafwürdigkeit eines Verhaltens vermag für sich genommen die Annahme der Strafbarkeit nicht zu

tragen.⁶³ Erforderlich ist vielmehr eine durch den Gesetzgeber vorgenommene tatbestandliche Verortung,⁶⁴ sodass das in Rede stehende Verhalten unter konkrete Strafbarkeitsvoraussetzungen subsumierbar ist.⁶⁵ In Grenzfällen mag es ausreichen, dass für den Normadressaten das Risiko einer Bestrafung erkennbar ist.⁶⁶ Bezieht der Normgeber bei der Tatbestandsausgestaltung hingegen klar Position, so muss er sich auch beim Wort nehmen lassen. Bei klaren Begriffen kann eine drohende Strafbarkeitslücke also nicht durch den Einwand der Erkennbarkeit des Strafbarkeitsrisikos überspielt werden.⁶⁷ Wird eine Lücke festgestellt, ist es Aufgabe des Gesetzgebers – nicht der Judikative – diese zu schließen.⁶⁸

Ist nunmehr der Wortsinn als äußerste Grenze ausgemacht, stellt sich daran anschließend die Frage seiner Ermittlung. Ausgangspunkt dürfte hierbei die Analyse des (isolierten) Wortlauts insbesondere mithilfe anerkannter Wörterbücher sein.⁶⁹ Dabei wird man in aller Regel zunächst einmal auf das alltagssprachliche Begriffsverständnis zurückzugreifen haben,⁷⁰ fehlt es doch zumeist an einer Legaldefinition der Begriffe.⁷¹ Freilich muss dies die Berücksichtigung des juristischen Sprachgebrauchs nicht ausschließen.⁷² Vielmehr kommt dem juristischen Sprachgebrauch häufig eine strafbarkeitseinengende und damit essentielle Bedeutung zu.⁷³ Die vielfach weitergehende Alltagssprache bildet den Nährboden, auf dem wiederum der juristische Sprachgebrauch Konkretisierungen vornimmt. Zugleich kommt der Alltagssprache die Funktion der Kontrolle und Einhegung des juristischen Sprachgebrauchs zu.⁷⁴ Vermieden werden soll – dies hebt *Schmitz* zutreffend hervor –, dass das Strafrecht zu einer für den Bürger nicht mehr nachvollziehbaren Geheimwissenschaft verkommt.⁷⁵ Zuletzt gilt es den textlichen Zusammen-

⁵⁴ In diesem Sinne letztlich auch: *Kuhli* (Fn. 6), S. 45 f., 156 ff., 245.

⁵⁵ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, Rn. 69 f. (juris) = BVerfGE 126, 170; *Nolte/Aust*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 157; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 103 Abs. 2 Rn. 15 ff.; umfassender: *Hecker* (Fn. 10), § 1 Rn. 2.

⁵⁶ *Roxin/Greco* (Fn. 6), § 5 Rn. 26.

⁵⁷ *Schulze-Fielitz* (Fn. 55), Art. 103 Abs. 2 Rn. 17.

⁵⁸ *Hassemer/Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 70 ff.; *Nolte/Aust* (Fn. 55), Art. 103 Rn. 157; *Dannecker/Schuhr* (Fn. 6), § 1 Rn. 241.

⁵⁹ BVerfG NJW 2013, 365 (366); *Nolte/Aust* (Fn. 55), Art. 103 Rn. 157; *Schulze-Fielitz* (Fn. 55), Art. 103 Abs. 2 Rn. 47.

⁶⁰ *Nolte/Aust* (Fn. 55), Art. 103 Rn. 157.

⁶¹ BVerfG NJW 2013, 365 (366).

⁶² BVerfG NJW 2013, 365 (366); BVerfG NJW 2008, 3627 (3627 Rn. 12).

⁶³ BVerfG NJW 2008, 3627 (3627 f. Rn. 13); *Basak*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum (Fn. 50), S. 71 (76); *Radtke*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Ed. 43, Stand: 1.12.2019, Art. 103 Rn. 38.

⁶⁴ BVerfG NJW 2008, 3627 (3627 f. Rn. 13).

⁶⁵ *Basak* (Fn. 63), S. 76.

⁶⁶ BVerfG NJW 2009, 2805 (2805); *Nolte/Aust* (Fn. 55), Art. 103 Rn. 158.

⁶⁷ *Nolte/Aust* (Fn. 55), Art. 103 Rn. 158 m.w.N.

⁶⁸ BVerfG NJW 2010, 3209 (3211 Rn. 78); *Nolte/Aust* (Fn. 55), Art. 103 Rn. 158.

⁶⁹ *Nolte/Aust* (Fn. 55), Art. 103 Rn. 159.

⁷⁰ *Nolte/Aust* (Fn. 55), Art. 103 Rn. 159; vgl. auch *Schmitz*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 1 Rn. 87.

⁷¹ Eine solche hätte andernfalls den Vorrang, vgl. *Hassemer/Kargl* (Fn. 58), § 1 Rn. 106; *Schmitz* (Fn. 70), § 1 Rn. 87.

⁷² *Hecker* (Fn. 10), § 1 Rn. 37; *Schmitz* (Fn. 70), § 1 Rn. 87.

⁷³ *Hassemer/Kargl* (Fn. 58), § 1 Rn. 106a; *Schmitz* (Fn. 70), § 1 Rn. 87.

⁷⁴ *Hassemer/Kargl* (Fn. 58), § 1 Rn. 106a f.; *Schmitz* (Fn. 70), § 1 Rn. 87; *Schünemann*, Nulla poena sine lege, 1978, S. 19 f.; einschränkend *Greco*, GA 2016, 139 (147); *Dannecker/Schuhr* (Fn. 6), § 1 Rn. 303 f.

⁷⁵ *Schmitz* (Fn. 70), § 1 Rn. 87.

hang, in dem der Begriff steht, zu berücksichtigen.⁷⁶ Das Telos kommt – als Methode der Auslegung – demgegenüber erst innerhalb des durch Art. 103 Abs. 2 GG gezogenen Rahmens zur Anwendung.⁷⁷ Die bisweilen postulierte Gleichrangigkeit der Auslegungsmethoden gilt für das Strafrecht nur insoweit, als sie den Vorrang der grammatikalischen Methode anerkennt.⁷⁸

2. Verstoß gegen das Analogieverbot durch die Rechtsprechung

Die Befürworter einer Erstreckung des § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB auf verstorbene Personen verwehren sich gegen den Vorwurf eines Verfassungsverstoßes mit Nachdruck. Ob sich deren Verteidigungsvorbringen als tragfähig erweist, soll im Folgenden analysiert werden.

Insbesondere das OLG Frankfurt a.M. bemühte sich seinerzeit um eine ausführliche Rechtfertigung seines Wortlautverständnisses, indem es die Entstehung des Begriffs der „Person“ ausführlich darlegte. Demnach bezeichnete dieser Terminus ursprünglich „die Maske eines Schauspielers, dann den Schauspieler selbst und später auch die dargestellte Rolle“.⁷⁹ Im weiteren Verlauf der Bedeutungsentwicklung sei der Begriff bald auch auf die Rolle übertragen worden, die jemand aufgrund seiner Eigenschaften, seines Ansehens und seiner Würde im Leben spielt.⁸⁰ Nach dem allgemeinen (heutigen) Wortsinn sei unter dem Begriff „Person“ nunmehr ein Mensch oder ein Wesen zu verstehen.⁸¹

Auch der BGH betonte, der Begriff der „Person“ sei nach allgemeinem Sprachgebrauch im Wesentlichen gleichbedeutend mit dem Begriff „Mensch“.⁸² Er erfasse gleichermaßen lebende und tote Menschen;⁸³ ob der betreffende Mensch lebendig oder tot sei, werde erst durch Beifügung des entsprechenden Adjektivs deutlich gemacht.⁸⁴ Die Verwendung weiterer Eigenschaftswörter führe vor diesem Hintergrund also einzig dazu, dass der in Bezug genommene Begriff näher beschrieben werde.⁸⁵

Dem entspreche auch der Sprachgebrauch des StGB. Dies zeige sich am Beispiel des § 168 Abs. 1 StGB, in dem von einem „verstorbenen Menschen“ die Rede sei.⁸⁶ Gleichermäßen verhalte es sich letztlich im internationalen Strafrecht, wie der Blick auf die Verbrechenselemente zu Art. 8 Abs. 2 lit. b Nr. xxi, lit. c Nr. ii Rom-Statut verdeutliche. In der englischsprachigen Originalfassung heiße es dazu jeweils: „For this crime, ‚persons‘ can include dead persons.“ Erst durch Hinzufügung des entsprechenden Adjektivs werde klargestellt, dass (ergänze: „nur“) eine verstorbene Person gemeint sei.⁸⁷

Weiterhin wird von Seiten der Literatur ins Feld geführt, dass auch die Anerkennung des postmortalen Achtungsanspruchs in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung und dessen Verwurzelung in der Person des Menschen für ein derartiges Wortlautverständnis spreche.⁸⁸ Diesen Ausführungen lässt sich einerseits eine teleologische Wertung und andererseits der Hinweis auf ein besonderes verfassungsgerichtliches Wortlautverständnis entnehmen.

Zuletzt wird vorgebracht, dass dieses sprachliche Verständnis auch mit der Gesetzesbegründung in Einklang stehe. Das Völkerstrafgesetzbuch diene danach primär der Umsetzung des Rom-Statuts in deutsches Recht. Es verfolge insbesondere das Ziel, im Hinblick auf die Komplementarität der Verfolgungszuständigkeit des ICC zweifelsfrei sicherzustellen, dass Deutschland stets in der Lage ist, in die Zuständigkeit des ICC fallende Verbrechen selbst zu verfolgen.⁸⁹

Diese Ausführungen vermögen indes nicht zu überzeugen. Zwar sind die hinter dieser Rechtsauffassung stehenden rechtspolitischen und rechtspraktischen Erwägungen durchaus nachvollziehbar.⁹⁰ In rechtsdogmatischer Hinsicht erweist sich die Judikatur hingegen als fragwürdig.

Wie das BVerfG feststellte, ist es gerade der „Sinn des Analogieverbots, über die Verfassungsgrundsätze der Demokratie, der Gewaltenteilung und der richterlichen Gesetzesbindung hinaus einer teleologischen Argumentation zur Füllung empfundener Strafbarkeitslücken entgegenzuwirken“.⁹¹ Strafbarkeit und Strafwürdigkeit können – wie oben erläutert

⁷⁶ BVerfG NJW 2007, 1666 (1667 Rn. 20); *Nolte/Aust* (Fn. 55), Art. 103 Rn. 159.

⁷⁷ *Schmitz* (Fn. 70), § 1 Rn. 86; *Hassemer/Kargl* (Fn. 58), § 1 Rn. 77.

⁷⁸ *Hecker* (Fn. 10), § 1 Rn. 37, 52; *Schmitz* (Fn. 70), § 1 Rn. 86; vgl. auch: BVerfG, Urt. v. 20.3.2002 – 2 BvR 794/95, Rn. 79 (juris) = BVerfGE 105, 135.

⁷⁹ OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 12.7.2016 – 5-3 StE 2/16-4-1/16, Rn. 150 (juris).

⁸⁰ OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 12.7.2016 – 5-3 StE 2/16-4-1/16, Rn. 150 (juris).

⁸¹ OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 12.7.2016 – 5-3 StE 2/16-4-1/16, Rn. 150 f. (juris), unter Verweis auf gängige Wörterbücher.

⁸² BGHSt 62, 272 (280 Rn. 28).

⁸³ BGHSt 62, 272 (280 Rn. 28); OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 12.7.2016 – 5-3 StE 2/16-4-1/16, Rn. 151 (juris); OLG Stuttgart, Urt. v. 11.1.2018 – 6-32 OJs 9/17, Rn. 87 (juris).

⁸⁴ BGHSt 62, 272 (280 Rn. 28).

⁸⁵ OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 12.7.2016 – 5-3 StE 2/16-4-1/16, Rn. 151 (juris).

⁸⁶ BGHSt 62, 272 (280 Rn. 28).

⁸⁷ BGHSt 62, 272 (280, Rn. 28); OLG Stuttgart, Urt. v. 11.1.2018 – 6-32 OJs 9/17, Rn. 87 (juris).

⁸⁸ *Büingener*, ZIS 2017, 755 (759), unter Hinweis auf BVerfGE 30, 173 (194); kritisch *Ambos*, Journal of International Criminal Justice 16 (2018), 1105 (1115).

⁸⁹ *Werle/Epik*, JZ 2018, 261 (262); ebenso: OLG Stuttgart, Urt. v. 11.1.2018 – 6-32 OJs 9/17, Rn. 87 (juris).

⁹⁰ Angesichts zahlreicher (deutscher) Rückkehrer/innen und Schutzsuchender aus den Konfliktgebieten Syriens sowie des Irak, deren Beteiligung an Gräueltaten im Rahmen von Kampfhandlungen in Rede steht, besteht ein erhebliches Interesse deutscher Strafverfolgungsbehörden daran, die Betroffenen möglichst umgehend nach ihrer Einreise ins Bundesgebiet dem Haftrichter vorzuführen; vgl. zur Motivlage und Strafwürdigkeit des Verhaltens: *Berster*, ZIS 2017, 264; *Büingener*, ZIS 2017, 755 (758); *Safferling/Petrossian*, JA 2019, 401 (405).

⁹¹ BVerfG NJW 2008, 3627 (3629 Rn. 27).

– durchaus auseinanderfallen.⁹² Diese Wertung des Art. 103 Abs. 2 GG stellte man indes in Frage, wenn man sich zur Feststellung des Wortsinns von § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB gerade auf Erwägungen wie den postmortalen Persönlichkeitsschutz (in seiner teleologischen Dimension) oder die gesetzgeberische Intention beriefe.

Anders ist dies freilich, soweit man ein verfassungsgerichtliches Wortlautverständnis in die Diskussion einbringen will. Das BVerfG setzt den Begriff der Person durchaus mit einem bereits verstorbenen Menschen gleich.⁹³ Aber auch dieser Einwand verfängt letztlich nicht. Selbst wenn man diesem verfassungsgerichtlichen Wortlautverständnis folgen möchte, wäre nicht gleichsam der Schluss auf eine Strafbarkeit etwaiger Verletzungen dieses verfassungsrechtlichen Gewährleistungsgehalts zu ziehen. Zum einen müsste auch ein verfassungsgerichtliches Wortlautverständnis für die Frage der Strafbarkeit jedenfalls die Grenzen der Alltagssprache respektieren.⁹⁴ Zum anderen ist gerade in Fällen wie dem vorliegenden, in denen sich eine Strafbarkeit als Ausfluss einer verfassungsrechtlichen Schutzpflicht darstellte, auf den weiten gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum bei Erfüllung derartiger Schutzpflichten ebenso hinzuweisen⁹⁵ wie auf den Grundsatz schuldangemessenen Strafs.⁹⁶ Gerade die Alltagssprache spricht indes (wie zugleich zu zeigen sein wird) gegen die herrschende Auffassung. Weiterhin gestaltet sich die – bei Übernahme des Verständnisses zwingende – implizite Unterstellung, der Gesetzgeber würde Verstöße gegen das Prinzip schuldangemessener Bestrafung zur Sicherstellung des postmortalen Persönlichkeitsschutzes hinnehmen wollen, als zweifelhaft.⁹⁷

Die herrschende Auffassung verkennt, dass ihre Kritiker nicht die synonyme Verwendung der Begriffe „Person“ und „Mensch“ in Frage stellen.⁹⁸ Vielmehr wird darauf hingewiesen, dass der Begriff der „Person“ zum einen in der Alltagssprache ohne das Hinzutreten der Adjektive „tot“ oder „verstorben“ nur das lebende Individuum, das Lebewesen, meint.⁹⁹ Es wird zum anderen – zutreffend – klargestellt, dass auch nach dem Gesetz tote Menschen nur dann gemeint sind, wenn sie auch als solche bezeichnet werden. Dies ergibt sich

im Übrigen nicht zuletzt aus § 168 StGB, denn dieser hat gerade nicht einen „Menschen“ im Allgemeinen zum Gegenstand, sondern einen „verstorbenen Menschen“.¹⁰⁰ Selbiges gilt für die derzeit im rechtspolitischen Diskurs befindliche Vorschrift des § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB n.F.,¹⁰¹ die sich als Reaktion auf aktuell bestehende Schutzlücken (sic!) versteht.¹⁰² *Ambos* ist zuzustimmen, soweit er einwendet, die Lebendeigenschaft des „Menschen“ trete beim Blick in die Tötungsdelikte geradezu evident zu Tage, denn Totschläger könne eben nur sein, wer einen (lebenden) „Menschen“ töte (§ 212 StGB).¹⁰³ Diese Erkenntnis lässt sich überdies verfestigen, wenn man von einem philosophisch inspirierten Personenbegriff ausgeht, der die Existenz eines lebendigen menschlichen Körpers voraussetzt.¹⁰⁴

Zwar könnte man unter Berufung auf die Völkerstrafrechtsfreundlichkeit des deutschen Rechts sowie die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zu § 220a StGB a.F. dazu verleitet sein, die Lösung des Problems im völkerrechtlichen Begriffsfundus zu suchen. Eine derartige Stoßrichtung lässt sich etwa auch in der Argumentationsweise des BGH ausmachen, soweit dieser zur Identifizierung des Wortsinns auf das Rom-Statut und die korrespondierenden Verbrechenselemente zurückgreifen möchte.¹⁰⁵ Allerdings lässt diese Herangehensweise außer Acht, dass – geht man mit der hier vertretenen Auffassung von einem Fallgruppen-Verhältnis aus – die Heranziehung des Völkerrechts dort ihre Grenze findet, wo andernfalls der Wortsinn überschritten würde.¹⁰⁶ Grenze ist dabei zweifellos der deutsche Wortsinn,¹⁰⁷ würde man sich doch andernfalls dem Vorwurf aussetzen, die in der Rechtsprechung so betonte „kontrollierte Bindung“¹⁰⁸ zu umgehen. Die Rechtsprechung setzt die Existenz von Auslegungs- und Abwägungsspielräumen als Vorbedingung voraus.¹⁰⁹ Anders gewendet: eine völkerstrafrechtsfreundliche Auslegung kommt

⁹² *Basak* (Fn. 63), S. 76; siehe noch oben III. 1.

⁹³ BVerfGE 30, 173 (194).

⁹⁴ *Dannecker/Schuhr* (Fn. 6), § 1 Rn. 302; vgl. auch: BVerfG NJW 2011, 3020 (3022 Rn. 29).

⁹⁵ BVerfG, Urt. v. 15.2.2006 – 1 BvR 357/05, Rn. 137, 131 (juris); *Sachs*, in: *Sachs* (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 8. Aufl. 2018, Vor Art. 1 Rn. 35.

⁹⁶ Vgl. für den vorliegenden Kontext: *Berster*, ZIS 2017, 264 (268).

⁹⁷ BGHSt 62, 272 (281 Rn. 31), entgegnet diesem Einwand, dass dem in der Regel geringeren Unrechts- und Schuldgehalt einer Leichenschändung im Einzelfall innerhalb des Strafrahmens hinreichend Rechnung getragen werden könne.

⁹⁸ *Ambos*, NJW 2017, 3672; *ders.*, *Journal of International Criminal Justice* 16 (2018), 1105 (1114); *Berster*, ZIS 2017, 264 (268); so aber: *Büngener*, ZIS 2017, 755 (759 f.).

⁹⁹ *Berster*, ZIS 2017, 264 (268); *Bock/Bülte*, HRRS 2018, 100 (101).

¹⁰⁰ *Ambos*, NJW 2017, 3672 (3672); *ders.*, *Journal of International Criminal Justice* 16 (2018), 1105 (1114 f.); *Bock/Bülte*, HRRS 2018, 100 (101).

¹⁰¹ Vgl. hierzu *Walter*, ZRP 2020, 16.

¹⁰² Vgl. hierzu BT-Drs. 19/17795, S. 1 f., 10 f.; BT-Plenarprotokoll 19/170 v. 2.7.2020, S. 218.

¹⁰³ *Ambos*, NJW 2017, 3672; *ders.*, *Journal of International Criminal Justice* 16 (2018), 1105 (1114).

¹⁰⁴ *Berster*, ZIS 2017, 264 (268); zustimmend *Ambos*, NJW 2017, 3672; *ders.*, *Journal of International Criminal Justice* 16 (2018), 1105 (1114). Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, der Begriff der „Person“ sei an sich bereits in höchstem Maße normativ aufgeladen, sodass ein natürlicher Personenbegriff schon gar nicht existiere. Angesichts der Heterogenität der dem Völkerstrafrecht zugrunde liegenden Wertegemeinschaft erscheint gerade dann ein restriktives Verständnis der Person, also eine Beschränkung auf den „Begriffskern“, angezeigt, vgl. *Berster*, ZIS 2017, 264 (268).

¹⁰⁵ BGHSt 62, 272 (280 Rn. 28).

¹⁰⁶ BVerfG NJW 2018, 2695 (2700 Rn. 133).

¹⁰⁷ Vgl. *Weigend* (Fn. 25), VStGB § 2 Rn. 5; zur unionsrechtskonformen Auslegung: *Hecker* (Fn. 10), § 1 Rn. 37.

¹⁰⁸ Vgl. hierzu BVerfG NJW 2016, 1295 (1300 Rn. 62).

¹⁰⁹ BVerfG NJW 2018, 2695 (2700 Rn. 133).

gerade nur im Rahmen der durch den deutschen Wortsinn gezogenen Grenzen in Betracht. In diesem Zusammenhang ist zudem auf das Gebot der Vermeidung bloßer Begriffs-Parallelisierungen und der kontextsensiblen Implementierung völkerrechtlicher Wertungen in die deutsche Rechtsordnung zu verweisen.¹¹⁰

Betrachtet man die Rechtsprechungslinie der deutschen Obergerichte, entstehen Zweifel an deren Verfassungsmäßigkeit. Soweit andernorts die Möglichkeit einer rein tatbestandsspezifischen Auslegung des § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB ins Spiel gebracht wird, wurde eine solche von der Rechtsprechung ersichtlich nicht vorgenommen.¹¹¹ Hierauf kommt es mit Blick auf die vorliegende Untersuchung entscheidend an. Zudem sähe sich aber auch dieser Kunstgriff erheblichen methodologischen Einwänden ausgesetzt.¹¹²

Es bleibt festzustellen, dass die Rechtsprechungslinie – legt man die allgemeinen Grundsätze des Gesetzlichkeitsprinzips zugrunde – gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstößt.

IV. Die Lockerung des Gesetzlichkeitsprinzips

Ob diese allgemeinen Maßstäbe hingegen auch für die Frage der praktischen Anwendung des VStGB Relevanz entfalten, hängt maßgeblich davon ab, ob das Gesetzlichkeitsprinzip auch im Bereich des deutschen Völkerstrafrechts uneingeschränkt gilt oder ob es aufgrund höherrangiger Wertungen zu lockern ist. Der soeben begründete Vorwurf einer Verletzung der Verfassung ließe sich im zuletzt genannten Fall nicht mehr aufrechterhalten.

1. Überblick über den Meinungsstand

Soweit eine Lockerung des Gesetzlichkeitsprinzips offen zur Sprache kommt oder gar befürwortet wird, erfolgt häufig ein Rekurs auf die Rechtsprechung des BVerfG zu § 220a StGB a.F.¹¹³ Das Gericht befand seinerzeit, dass eine Pflicht deutscher Gerichte dahingehend bestehe, „bei der Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts, das – wie § 220a StGB – der Umsetzung des Völkerstrafrechts dient, das Analogieverbot auch im Lichte des völkerrechtlichen Normbefehls [zu] sehen“.¹¹⁴ Relativierend muss gleichwohl bedacht werden, dass das Gericht sich nicht für eine abstrakte Lockerung des Analogieverbots ausgesprochen haben dürfte.¹¹⁵ Erläuternd wies es nämlich darauf hin, dass „die mögliche Wortlautgrenze von § 220a StGB [...] auch im Lichte des internationalen Völkermordtatbestands, wie er in Art. II Völkermordkonvention, Art. 4 Statut des Jugoslawien-Strafgerichtshofs, Art. 4 Statut des Ruanda-Strafgerichtshofs und Art. 6 Römi-

sches Statut eines Internationalen Strafgerichtshofs niedergelegt ist, zu bestimmen“ sei.¹¹⁶

Einige Autoren plädieren demgegenüber ausdrücklich für ein gelockertes Verständnis des Art. 103 Abs. 2 GG mit Blick auf Normen des VStGB.¹¹⁷ Zwar reden sie einer Lockerung primär in Bezug auf den Bestimmtheitsgrundsatz das Wort. Allerdings beziehen sich die Befürworter einer Lockerung zumeist auf die Norm des Art. 103 Abs. 2 GG in ihrer Gesamtheit. Unabhängig davon erscheint es angezeigt, die vorgebrachten Argumente auch im hiesigen Kontext einer kritischen Prüfung zu unterziehen.

Zunächst streite der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit, den die Befürworter als eine Art Staatszielbestimmung zu verstehen scheinen und daher im Wege praktischer Konkordanz mit Art. 103 Abs. 2 GG in Ausgleich bringen wollen, für eine Lockerung.¹¹⁸ Eine Öffnung des Gesetzlichkeitsprinzips sei zum anderen auch insoweit zu rechtfertigen, als sich das Völkerstrafrecht als „Expertenstrafrecht“ darstelle. Dies gelte jedenfalls im Falle von Kriegsverbrechen.¹¹⁹ Zuletzt – so wird angeführt – werde der dem Rom-Statut zugrunde liegende Komplementaritätsgedanke (Art. 17 Rom-Statut) im Falle einer verweigerter Anpassung ad absurdum geführt. Unterbleibe eine Relativierung des Gewährleistungsgehalts von Art. 103 Abs. 2 GG, könne die Strafverfolgung letztlich nur durch den ICC durchgesetzt werden.¹²⁰ Einschränkend gelte es hingegen zu bedenken, dass eine völkerrechtsfreundliche Auslegung nicht dazu führen könne, völkergewohnheitsrechtlich geltende Straftatbestände direkt zur Anwendung zu bringen.¹²¹

Andere Stimmen aus der Literatur sind demgegenüber der Auffassung, dass sowohl eine völkerrechtliche wie auch eine verfassungsrechtliche Auslegungsdirektive ihre Grenze im Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG zu finden habe.¹²²

¹¹⁰ Vgl. BVerfG NJW 2018, 2659 (2700 Rn. 134, 132).

¹¹¹ So i.E. auch *Bock/Bülte*, HRRS 2018, 100 (101).

¹¹² Hierzu *Bock/Bülte*, HRRS 2018, 100 (101).

¹¹³ *Werle* (Fn. 6), VStGB Einl. Rn. 43; ebenso: *Geiß/Zimmermann* (Fn. 4), VStGB § 8 Rn. 57.

¹¹⁴ BVerfG NJW 2001, 1848 (1850).

¹¹⁵ *Darge* (Fn. 6), S. 267; i.E. ebenso: *Geiß/Zimmermann* (Fn. 4), VStGB § 8 Rn. 57; *Kreß* (Fn. 29), VStGB § 6 Rn. 28.

¹¹⁶ BVerfG NJW 2001, 1848 (1850).

¹¹⁷ *Dannecker/Schuh* (Fn. 6), § 1 Rn. 32; *Satzger*, JuS 2004, 943 (945 f.); *ders.* (Fn. 6 – Gesetzlichkeit), S. 369 f.; ähnlich *Werle/Jeßberger*, JZ 2002, 725 (730).

¹¹⁸ *Dannecker/Schuh* (Fn. 6), § 1 Rn. 32; ebenso: *Satzger*, JuS 2004, 943 (946); ähnlich *ders.* (Fn. 6 – Gesetzlichkeit), S. 370; *ders.*, NSTZ 2002, 125 (130); in diesem Sinne auch *Bock* (Fn. 6), S. 130; *Darge* (Fn. 6), S. 280 ff.

¹¹⁹ *Dannecker/Schuh* (Fn. 6), § 1 Rn. 32; *Werle/Jeßberger*, JZ 2002, 725 (730); einschränkend *Satzger*, JuS 2004, 943 (946: „teilweise im Bereich der Kriegsverbrechen“); weitergehend demgegenüber: *ders.* (Fn. 6 – Gesetzlichkeit), S. 369 f.; vgl. zu Lockerungstendenzen mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot im Bereich des Nebenstrafrechts: BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 77, 97 ff. (juris).

¹²⁰ *Dannecker/Schuh* (Fn. 6), § 1 Rn. 32; kritisch *Roxin/Greco* (Fn. 6), § 5 Rn. 84; *Satzger* (Fn. 6 – Gesetzlichkeit), S. 374 f.

¹²¹ *Dannecker/Schuh* (Fn. 6), § 1 Rn. 32.

¹²² *Kreicker* (Fn. 25), S. 82 ff.; *Schmitz* (Fn. 70), § 1 Rn. 28; i.d.S. *Bock/Bülte*, HRRS 2018, 100 (101); *Roxin/Greco* (Fn. 6), § 5 Rn. 84.

2. Einwände wider die Lockerung des Analogieverbots

a) Generelle Einwände gegen die (bloß partielle) Lockerung des Analogieverbots

Die Idee einer auf das Völkerstrafrecht begrenzten (partiellen) Lockerung des Analogieverbots sieht sich – schon rein strukturell – mehreren Einwänden ausgesetzt. Einerseits scheint diese Deutungsdirektive einer Fragmentierung des Grundrechtsschutzes innerhalb von Art. 103 Abs. 2 GG Vorschub zu leisten. Dem stünde indes entgegen, dass Art. 103 Abs. 2 GG ein auf alle nationalen Straftatbestände – und damit auch das VStGB¹²³ – einheitlich anzuwendendes grundrechtsgleiches Recht darstellt. Selbst wenn man eine völkerstrafrechtsfreundliche Auslegung des Verfassungsartikels selbst erwäge, wäre eine generelle Lockerung des Gesetzlichkeitsprinzips die zwingende Folge.¹²⁴ Hätte der Normgeber des VStGB eine bereichsspezifische Lockerung des Gesetzlichkeitsprinzips realisieren wollen, hätte er dieses Ansinnen unter Einhaltung der Verfahrens- und Formvorschriften nach Art. 79 GG verfolgen müssen.¹²⁵ Überdies stimmt die Annahme einer Art Bereichsausnahme für Normen des VStGB mit Blick auf die Konzeption eines möglichst weitgehend in den Allgemeinen Teil des Strafrechts integrierten Völkerstrafrechts¹²⁶ skeptisch. Zuletzt gilt es sich das Ausmaß an Rechtszersplitterung (in der Breite) zu vergegenwärtigen, mit dem sich die deutsche Rechtsordnung angesichts des zunehmenden Einflusses des internationalen Rechts, vornehmlich des Europarechts, konfrontiert sähe.¹²⁷ Man führe sich die Entwicklung eines nach Themenbereichen ausdifferenzierten, abgestuft gelockerten Gesetzlichkeitsprinzips vor Augen; die Norm des Art. 103 Abs. 2 GG würde gewissermaßen zu einem Patienten ihrer selbst. Zwar trifft es zu, dass im Anwendungsbereich des europäischen Mehrebenensystems das Nebeneinander unterschiedlicher Gewährleistungssysteme bereits heute Realität ist.¹²⁸ Gerade dieses Ne-

beneinander bringt aber zugleich gerichtliche Kompetenzkonflikte hervor, die sich wiederum in einer – zumal für den Normalbürger – schwerlich transparenten Kasuistik zur Zuständigkeit, Anwendbarkeit und Kontrolldichte verschiedener Gerichte niederschlagen.¹²⁹ Eine Fortführung dessen erscheint wenig erstrebenswert.

Andererseits drohte – als gegenteiliges Extrem – eine generelle Absenkung des verfassungsrechtlichen Schutzniveaus. Eine Entscheidung hierfür wäre die einzig logische Konsequenz, wollte man die Problematik der nationalen Berücksichtigung internationalen Rechts einer widerspruchsfreien Lösung zuführen.¹³⁰

Ob ein derartiges Vorgehen hingegen mit der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG vereinbar ist, erscheint zweifelhaft. Vielmehr wird man der Judikatur – insbesondere seit der Rechtssache Görgülü – im Wege des *argumentum a fortiori* die Wertung zu entnehmen haben, dass das Völkerstrafrecht gerade nicht zu einer Einschränkung des Art. 103 Abs. 2 GG führen darf. Denn wenn schon die prinzipiell dem Bürger dienenden Menschenrechtsgewährleistungen der EMRK keine Herabsetzung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz herbeiführen können,¹³¹ muss dies doch erst recht für die den Einzelnen beschränkende Wirkung völkerstrafrechtlicher Sanktionsnormen gelten.¹³² Auch frühere Entscheidungen, die sich explizit mit der Berücksichtigung völkerstrafgerichtlicher Entscheidungen auseinandersetzten, sprechen für eine derartige Einordnung. So betonte das BVerfG eine derartige Berücksichtigungspflicht und ordnete sie zugleich dem allgemeinen Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit – folglich auch dessen Grenzen – unter.¹³³ Auch nach hiesiger Auffassung, die von einem Fallgruppen-Verhältnis ausgeht, erscheint eine generelle Lockerung mehr als zweifelhaft.

Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass mit einer Herabsetzung des Schutzniveaus von Art. 103 Abs. 2 GG eine Stärkung der Rechtsposition von Geschädigten einhergehe, der Staat also einzig seinen Schutzpflichten nachkomme. Einerseits führte ein solch beschrittener Argumentationspfad zu Friktionen mit dem Rezeptionshindernis mehrpoliger Grundrechtsverhältnisse.¹³⁴ Andererseits überzeugt der Einwand auch deshalb nicht, weil er den verfassungsrechtlich garantierten – auch für die Frage der Tatbestandsgrenzen geltenden – Gestaltungsspielraum des Strafgesetzgebers bei der Erfüllung von Schutzpflichten unterminieren würde.¹³⁵

¹²³ Vgl. nur *Darge* (Fn. 6), S. 241; *Jähnke*, ZIS 2010, 463 (465, 469); kritisch hierzu *Satzger*, JuS 2004, 943 (945).

¹²⁴ Ebenso *Jähnke*, ZIS 2010, 463 (469).

¹²⁵ Vgl. in anderem Zusammenhang: *Ebert*, in: Britz/Jung/Koriath/Müller (Hrsg.), Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 171 (184). Die Tatsache, dass der Gesetzgeber sich im Jahr 2000 zur Änderung des Art. 16 GG im völkerstraf(verfahrens)rechtlichen Kontext bereitklärte, Art. 103 Abs. 2 GG hingegen unangetastet ließ, dürfte eher für die hiesige Auffassung sprechen. Vgl. zu dieser Änderung *Werle* (Fn. 6), VStGB Einl. Rn. 1; *Kreicker* (Fn. 25), S. 50.

¹²⁶ BT-Drs. 14/8524, S. 12, 14; vgl. auch: *Darge* (Fn. 6), S. 242; *Kreicker* (Fn. 25), S. 73–76; *Werle* (Fn. 6), VStGB Einl. Rn. 47; zu den Hintergründen *Weigend* (Fn. 25), VStGB § 2 Rn. 1, 4.

¹²⁷ Hierauf hinweisend *Jähnke*, ZIS 2010, 463 (469 f.).

¹²⁸ Vgl. hierzu: *Dannecker*, in: Ambos/Bock (Hrsg.), Aktuelle und grundsätzliche Fragen des Wirtschaftsstrafrechts, 2019, S. 115 ff.; *Schröder*, in: Oğlakcioğlu/Schuh/Rückert (Hrsg.), Axiome des nationalen und internationalen Strafverfahrensrechts, 2016, S. 121.

¹²⁹ Vgl. BVerfG NJW 2020, 300 (301 Rn. 43 f.); BVerfG NJW 2020, 314 (316 Rn. 33, 42 ff.).

¹³⁰ *Jähnke*, ZIS 2010, 463 (469 f.).

¹³¹ So jüngst noch einmal BVerfG NJW 2018, 2695 (2699 Rn. 128) m.w.N.

¹³² Vgl. auch *Kuhli* (Fn. 6), S. 177, mit ähnlicher Stoßrichtung; andernorts argumentiert *ders.* damit, dass ein allgemeiner (völkerrechtlicher) Rechtsgedanke – gestützt auf Art. 53 EMRK und Art. 5 Abs. 2 IPwskR – gegen eine Absenkung streiten würde, vgl. *Kuhli* (Fn. 50), S. 103.

¹³³ BVerfG NJW 2007, 499 (501 Rn. 54 ff.).

¹³⁴ Vgl. BVerfG NJW 2018, 2695 (2700 Rn. 134).

¹³⁵ Vgl. hierzu BGHSt 62, 272 (281 Rn. 30) m.w.N.

b) Die Lockerung als Ausfluss praktischer Konkordanz?

Bedenklich an dieser Argumentation erscheint zuvörderst, dass die Befürworter dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit die Rechtsnatur eines – mit Art. 20a GG vergleichbaren – Belangs von Verfassungsrang zuzuerkennen scheinen.¹³⁶ Erst dadurch eröffnet sich ihnen die Möglichkeit einer Abwägung mit Art. 103 Abs. 2 GG, der als solcher vorbehaltlos gewährleistet ist.¹³⁷

Zwar ist die verfassungsrechtliche Relevanz des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit nicht zu verleugnen.¹³⁸ Die daraus abzuleitenden Rechtsfolgen und die Einordnung des Prinzips in der Normenhierarchie erscheinen demgegenüber nach wie vor nicht abschließend geklärt.¹³⁹ Dies zeigt sich nicht zuletzt an der unklaren Einordnung als „Verfassungsentscheidung“¹⁴⁰ einerseits und „grundgesetzliche[s] Leitmotiv“¹⁴¹ bzw. „Auslegungsgrundsatz“¹⁴² andererseits. Es gilt zu betonen, dass das induktive „Herausschälen einzelner Rechtsfolgen“¹⁴³ aus dem doch recht diffusen Terminus der Völkerrechtsfreundlichkeit durch die Judikatur des BVerfG seinen Teil zu dieser Unklarheit beigetragen hat.

Vor diesem Hintergrund erscheint die bisweilen postulierte abstrakte Gleichrangigkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG¹⁴⁴ keineswegs gesichert. Es erscheint vielmehr zutreffend, wenn an anderer Stelle die von einzelnen Verfassungsbestimmungen losgelöste Zuweisung eines abstrakten Eigengewichts für dieses Prinzip abgelehnt wird.¹⁴⁵ Die anderorts erfolgte Charakterisierung als „plakative[r] Topos“¹⁴⁶ verdient jedenfalls in ihrem Kern Zustimmung, verdeutlicht sie doch die Abhängigkeit konkreter verfassungsrechtlicher Bedeutung von der fallgruppenbezogenen Wirkungs- und Rangzuweisung durch die Judikatur des BVerfG.

Obgleich andernorts eine Charakterisierung als Staatszielbestimmung aus der Präambel abgeleitet wird,¹⁴⁷ erscheint diese Einordnung doch fragwürdig. Zum einen fehlt es der Völkerrechtsfreundlichkeit an einer – mit den Prinzi-

pien nach Art. 20a GG – vergleichbaren inhaltlichen Mindestspezifität. Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit wird in inhaltlicher Hinsicht erst durch die jeweiligen Völkerrechtsnormen aufgefüllt.¹⁴⁸ Zum anderen stellt sich das Prinzip in erster Linie als prozedurale und weniger als inhaltliche Direktive dar.¹⁴⁹ Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit hat mehr eine konfliktvermeidende,¹⁵⁰ denn eine als Abwägungsposition im Konflikt befindliche Bedeutung.

Zwar ist zu konzedieren, dass auch der Gewährleistungsgehalt des Art. 103 Abs. 2 GG vergleichsweise unscharf niedergelegt ist.¹⁵¹ Allerdings weist die Verfassung Art. 103 Abs. 2 GG immerhin *expressis verbis* grundrechtsgleiche Bedeutung und damit einen klaren verfassungsrechtlichen Rang zu, vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG.¹⁵² Hieran fehlt es in Bezug auf den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit gerade. Es stimmt bedenklich, dass – wie an anderer Stelle (zumindest implizit) vertreten¹⁵³ – die Unschärfe einer verfassungsrechtlichen Rechtsposition dazu führen soll, dass eine im Wesentlichen rein richterrechtlich begründete und damit noch stärker einhebungsbedürftige Verfassungsfigur mit vergleichbarer Bedeutung aufgeladen wird.¹⁵⁴

Überdies erscheint auch an dieser Stelle ein Rückgriff auf den Souveränitätsvorbehalt in der jüngeren Rechtsprechung aufschlussreich. Wenn dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit durch die Judikatur nämlich a priori die Möglichkeit genommen wird, zu einer Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz zu führen,¹⁵⁵ fehlt dem Prinzip gerade die elementare – und auch vorliegend relevante – Fähigkeit eines Staatsziels. Ein derartiger Belang von Verfassungsrang zeichnet sich gerade dadurch aus, dass er im Rahmen einer Abwägungsentscheidung zu berücksichtigen ist und geeignet sein kann, andere Belange von Verfassungsrang zurückzusetzen und hierbei insbesondere in der Lage ist, die Einschränkung von Grundrechten zu rechtfertigen.¹⁵⁶

¹³⁶ Ebenfalls für eine derartige Einordnung plädierend: v. Arnould (Fn. 39), Rn. 522; Darge (Fn. 6), S. 247 f., 280 ff.; Knop (Fn. 42), S. 110, 258, 350 f.; Payandeh, JöR 57 (2009), 465 (497 f.); BVerfG NJW 2016, 1295 (Abweichende Meinung der Richterin König, 1305 f. Rn. 3, 5 f., 11), will diese Wirkung durch eine Aufladung des Rechtsstaatsprinzips erreichen.

¹³⁷ BVerfGE 109, 133 (171 f.); Darge (Fn. 6), S. 247; Kuhli (Fn. 50), S. 108.

¹³⁸ Vgl. BVerfG NJW 2018, 2695 (2696 ff. Rn. 112, 126 ff.); BVerfG NJW 2016, 1295 (1299 Rn. 65).

¹³⁹ Ähnlich differenzierend: Darge (Fn. 6), S. 281 f.

¹⁴⁰ Kuhli (Fn. 6), S. 156.

¹⁴¹ Herdegen, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 90. Lfg., Stand: Februar 2020, Präambel Rn. 64.

¹⁴² Streinz, in: Sachs (Fn. 95), Art. 24 Rn. 6.

¹⁴³ Ihren Ausgangspunkt hat diese Figur bei Knop (Fn. 42), S. 201.

¹⁴⁴ Satzger, JuS 2004, 943 (946).

¹⁴⁵ Herdegen (Fn. 141), Art. 25 Rn. 8.

¹⁴⁶ So Gärditz, Weltrechtspflege, 2006, S. 380.

¹⁴⁷ Knop (Fn. 42), S. 110.

¹⁴⁸ Dies zeigt sich implizit bei Darge (Fn. 6), S. 281 f., der für die hinreichende Spezifität des Prinzips die Normen des humanitären Völkerrechts und des Völkerstrafrechts ins Feld führt; kritisch auch Neubert, Der Einsatz tödlicher Waffengewalt durch die deutsche auswärtige Gewalt, 2016, S. 180.

¹⁴⁹ So wohl auch Herdegen (Fn. 141), Art. 25 Rn. 8.

¹⁵⁰ BVerfG NJW 2016, 1295 (1299 Rn. 65); Rojahn, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 24 Rn. 3; vgl. auch: Herdegen (Fn. 141), Art. 25 Rn. 7 f.; ausführlich hierzu: BVerfG NJW 2016, 1295 (Abweichende Meinung der Richterin König, 1306 Rn. 12 m.w.N.).

¹⁵¹ Darge (Fn. 6), S. 281.

¹⁵² Degenhart, in: Sachs (Fn. 95), Art. 103 Rn. 53; Schmitz (Fn. 70), § 1 Rn. 2; zahlreiche Autoren sehen in Art. 103 Abs. 2 GG gar ein echtes Grundrecht, vgl. die Nachweise bei Remmert, in: Maunz/Dürig (Fn. 141), Art. 103 Rn. 2.

¹⁵³ Darge (Fn. 6), S. 281.

¹⁵⁴ Ebenso für eine Zurückhaltung hinsichtlich „formelhaft mit Verfassungsrang ausgestattet[r] Rechtswerte“ plädierend: Sachs (Fn. 95), Vor Art. 1 Rn. 121, 133.

¹⁵⁵ BVerfG NJW 2018, 2695 (2699 f. Rn. 128, 134).

¹⁵⁶ BVerfGE 127, 293 (328); Knop (Fn. 42), S. 106.

Vor diesem Hintergrund erscheint die Einordnung des Prinzips als Staatsziel bzw. abwägungsrelevanter Belang von Verfassungsrang verfehlt.

Zu diesem Befund kommt erschwerend die folgende Problematik hinzu: Dass die Norm des Art. 103 Abs. 2 GG überhaupt einer Abwägung – mit kollidierendem Verfassungsrecht – zugänglich ist, wird vielfach bezweifelt.¹⁵⁷ Jedenfalls die Rechtsprechung des BVerfG spricht dafür, von einer Abwägungsfestigkeit des Art. 103 Abs. 2 GG auszugehen. Das Gericht billigte im Falle der Mauerschützen zwar eine Durchbrechung des Art. 103 Abs. 2 GG, betonte indes zugleich den Ausnahmecharakter dieser Vorgehensweise und die Absolutheit des Gewährleistungsgehalts.¹⁵⁸ In einer späteren Entscheidung stellte es zudem klar, dass „anders als das aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG folgende allgemeine Vertrauensschutzgebot [...] das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG der Abwägung nicht zugänglich [ist]“.¹⁵⁹ Eine Differenzierung zwischen dem Rückwirkungsverbot und den übrigen Ausprägungen des Gesetzlichkeitsprinzips unter diesem Gesichtspunkt ist der Entscheidung nicht zu entnehmen. Vielmehr deuten die Entscheidungsgründe auf einen intendierten Gleichlauf hin.¹⁶⁰

c) Völkerstrafrecht als Expertenstrafrecht?

Auch das Vorbringen, jedenfalls die Kriegsverbrechen rechtfertigten als Expertenstrafrecht¹⁶¹ eine Herabsetzung des

verfassungsrechtlichen Schutzniveaus,¹⁶² vermag nicht zu überzeugen.¹⁶³

Zum einen würde die – durchaus problematische – Fragmentierung des Gesetzlichkeitsprinzips in relativierbare und nicht relativierbare Teilbereiche durch diese Argumentation noch weiter betrieben (dieses Mal in die Tiefe). Zudem vermag die Beteiligung von Experten zwar der Dimension der Vorhersehbarkeit, nicht aber der staatsorganisationsrechtlichen Säule des Art. 103 Abs. 2 GG, der zufolge nicht der Richter, sondern das Parlament über die Reichweite der Strafgesetze bestimmen soll,¹⁶⁴ Rechnung zu tragen.

Zum anderen erscheint die Annahme eines Expertenstrafrechts zweifelhaft. Auf rein völkerrechtlicher Ebene wurde spätestens seit den Entscheidungen des ICTY der Tendenz hin zu einer weitgehenden Angleichung des gewohnheitsrechtlichen Bestandes humanitär-völkerrechtlicher Regelungen für internationale und nicht-internationale Konflikte Vorschub geleistet.¹⁶⁵ In der Folge sehen sich Akteure in nicht-internationalen Konflikten heutzutage vielfach ähnlichen Verhaltensanforderungen und damit – im Falle der grave breaches – Strafbarkeitsrisiken ausgesetzt wie Teilnehmer an internationalen bewaffneten Konflikten. Gerade an nicht-internationalen Konflikten sind indes üblicherweise humanitär-völkerrechtlich nicht geschulte Konfliktparteien beteiligt.¹⁶⁶ Beispielhaft verwiesen sei nur auf Beteiligte aktueller nicht-internationaler Konflikte wie die Taliban in Afghanis-

¹⁵⁷ Gegen eine Einschränkung: BVerfGE 109, 133 (171 f.); *Degenhart* (Fn. 152), Art. 103 Rn. 54; *Ebert* (Fn. 125), S. 182 f.; *Gärditz* (Fn. 146), S. 380; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 103 Rn. 17, 34; *Schröder*, Zum Begriff der Gesetzesumgehung im materiellen Strafrecht und seiner Bedeutung für die praktische Anwendung des Rechts, 2013, S. 338 ff., 346; *Schulze-Fielitz* (Fn. 55), Art. 103 Abs. 2 Rn. 58; zweifelnd: *Schmitz* (Fn. 70), § 1 Rn. 2; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 76; die Einschränkung befürwortend demgegenüber: *Darge* (Fn. 6), S. 247 f., 279 f.; *Kuhli* (Fn. 50), S. 108 ff. m.w.N.

¹⁵⁸ BVerfGE 95, 96 (130 ff., insbes. 132 f.).

¹⁵⁹ BVerfGE 109, 133 (171 f.).

¹⁶⁰ *Degenhart* (Fn. 152), Art. 103 Rn. 54, sieht die Entscheidung ebenfalls auf Art. 103 Abs. 2 GG in seiner Gesamtheit bezogen. Anders sehen dies *Darge* (Fn. 6), S. 280 (dort Fn. 130), und *Remmert* (Fn. 152), Art. 103 Abs. 2 Rn. 136. Allerdings gilt es zu betonen, dass das Gericht kurz vor den oben zitierten Ausführungen, die nur das Rückwirkungsverbot betreffen, explizit auf alle Ausprägungen des nullapena-Prinzips einging und die Bedeutung des Prinzips und dessen Herleitung insgesamt behandelte.

¹⁶¹ Der Begriff des Expertenstrafrechts findet seinen Ausgangspunkt in der Annahme, dass sich das Nebenstrafrecht zumeist an Fachleute richte, die durch ihre Ausbildung und Informationsquellen für die strafrechtlichen Grenzen ihres Handelns regelmäßig besonders sensibilisiert seien und es daher gerechtfertigt erscheine, in derartigen Fällen die Ge-

setzlichkeitsmaßstäbe zu vermindern, vgl. hierzu *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 242 ff.

¹⁶² *Dannecker/Schuhr* (Fn. 6), § 1 Rn. 32; *Werle/Jeßberger*, JZ 2002, 725 (730); einschränkend *Satzger*, JuS 2004, 943 (946: „teilweise im Bereich der Kriegsverbrechen“); weitergehend *ders.* (Fn. 6 – Gesetzlichkeit), S. 369 f.; vgl. zu Lockerungstendenzen mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot im Bereich des Nebenstrafrechts BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 77, 97 ff. (juris).

¹⁶³ Ebenso *Bock* (Fn. 6), S. 129 f.; *Darge* (Fn. 6), S. 250 ff.; *Jähnke*, ZIS 2010, 463 (467).

¹⁶⁴ Eingehend hierzu BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, Rn. 69, 77 (juris) = BVerfGE 126, 170.

¹⁶⁵ ICTY (AC), Beschl. v. 2.10.1995 – IT-94-1 (The Prosecutor v. Tadic), Rn. 96 ff., 126 f.; vgl. *Alamuddin/Webb*, Journal of International Criminal Justice 8 (2010), 1219 (1221 f.); *Cassese et al.*, International Criminal Law, 3. Aufl. 2013, S. 69, 71; *Cryer et al.*, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 4. Aufl. 2019, S. 267 ff.; *Henckaerts/Doswald-Beck*, Customary International Humanitarian Law Study, 2005, S. XXXV; *Kreß*, Journal of Conflict and Security Law 15 (2010), 245 (258); *Safferling*, in: Bouffier/Horn/Poseck/Radtke/Safferling (Hrsg.), Grundgesetz und Europa, Liber Amicorum für Herbert Landau zum Ausscheiden aus dem Bundesverfassungsgericht, 2016, S. 437 (446); der Annahme einer zwischenzeitlich vollständigen Assimilation aus nachvollziehbaren Gründen kritisch gegenüberstehend: *Akande*, in: Wilmschurst (Hrsg.), International Law and the Classification of Conflicts, 2012, 32 (36 f.).

¹⁶⁶ *Bock* (Fn. 6), S. 130; *Darge* (Fn. 6), S. 251.

tan¹⁶⁷ oder Mitglieder bewaffneter Oppositionsgruppen in Bezug auf ihre Auseinandersetzungen mit der syrischen Zentralregierung.¹⁶⁸ Insofern vermag die Annahme eines Expertenstrafrechts schon unter diesem rein völkerrechtlichen Gesichtspunkt nicht zu überzeugen. Der Einwand fehlender rechtlicher Schulung bewaffneter Kämpfer erweist sich in der Folge aber auch im Hinblick auf die nationalen Umsetzungsnormen des VStGB als durchaus tragfähig. Dies gilt umso mehr, als diese nicht nur die Abbildung der Tatbestände des Rom-Statuts zum Ziel haben, sondern darüber hinausreichen, indem sie den gesicherten Bestand des Völkergewohnheitsrechts – und damit auch die angenäherte Rechtslage – abbilden sollen.¹⁶⁹ Anders als das Rom-Statut folgt das VStGB nicht dem sog. „two-box approach“, sondern orientiert sich weitestgehend an der Assimilierungsrichtlinie der UN-Ad-hoc-Tribunale, vgl. nur §§ 8 Abs. 1, Abs. 2, 9 Abs. 1, 10 Abs. 1, Abs. 2, 11 Abs. 1, Abs. 2, 12 Abs. 1, Abs. 2 VStGB.¹⁷⁰

Ferner gilt es die zunehmende Transnationalisierung und Internationalisierung der Konfliktverläufe als besondere Herausforderung zu bedenken. In diesem Zusammenhang ist es denkbar, dass Konflikten ein internationaler Charakter zugeschrieben wird, obgleich auch nicht-staatliche Akteure involviert sind, deren Kämpfer von einer Appellfunktion des Konfliktvölkerstrafrechts nur bedingt erreicht werden.

Als problematisch erweisen sich insbesondere sogenannte „transnationale Konflikte“, also Situationen, in denen sich ein Staat im Konflikt mit einer nicht-staatlichen bewaffneten Gruppierung auf dem Gebiet eines anderen Staates befindet.¹⁷¹ Beispielhaft sei auf das Vorgehen der USA und ihrer Alliierten gegen den IS auf dem Staatsgebiet Syriens verwiesen. Ob derartige transnationale Konflikte als international oder nicht-international einzustufen sind, ist dogmatisch umstritten und überdies noch höchst einzelfall-, weil faktenabhängig.¹⁷² Vielfach ist hier allerdings eine Tendenz hin zur

abstrakten Einordnung transnationaler Konflikte als solche nicht-internationaler Art zu vernehmen.¹⁷³

Unabhängig davon sind Fallgestaltungen denkbar, in denen ein ausländischer Staat mit nicht-staatlichen bewaffneten Gruppen im Kampf gegen einen anderen Staat in zurechenbarer Weise (!) zusammenarbeitet. In derartigen Fällen, die vielfach unter dem Terminus der „indirekten Intervention“ firmieren, dürfte nur schwerlich von einem nicht-internationalen Konflikt auszugehen sein.¹⁷⁴ In der Folge wäre das Recht des internationalen bewaffneten Konflikts auf Akteure (die Aufständischen) anwendbar, deren Kenntnisse im humanitären Völkerrecht allenfalls rudimentär sein dürften.

Dieser Befund wird auch nicht etwa durch besondere Formulierungen des VStGB entschärft. *Darge* weist vielmehr zutreffend darauf hin, dass der Adressatenkreis des VStGB vielfach nicht auf „Soldaten regulär konstituierter staatlicher Armeen“ beschränkt ist, sondern sich an eine Vielzahl an Kämpfergruppen richtet („wer“).¹⁷⁵

Vor diesem Hintergrund kommt man nicht umhin, Kriegsverbrechen als theoretische wie praktische „Jedermann-Delikte“ einzustufen.¹⁷⁶ Von einem Expertenstrafrecht, das eine Lockerung des Gesetzlichkeitsprinzips denkbar machen würde, könnte das Rechtsgebiet hingegen inzwischen vielfach nicht weiter entfernt sein. Die Einstufung zahlreicher Konfliktbeteiligter als „Experten“ würde den Realitäten in den Konfliktgebieten schlicht nicht gerecht, stellte vielmehr eine unangebrachte Fiktion zulasten der Betroffenen dar.¹⁷⁷

¹⁶⁷ Vgl. ICC-OTP, Report on Preliminary Examination Activities 2017, Rn. 240, 249, abrufbar unter

https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2017-PE-rep/2017-otp-rep-PE_ENG.pdf (3.7.2020); *Safferling* (Fn. 165), S. 444.

¹⁶⁸ Vgl. BGHSt 62, 272 (274 Rn. 11).

¹⁶⁹ Vgl. hierzu: *Kreicker* (Fn. 25), S. 65 ff.; *Günther/Reuss*, in: *Safferling/Kirsch* (Hrsg.), *Völkerstrafrechtspolitik*, 2014, S. 127 (129), *Safferling*, *Internationales Strafrecht*, 2011, § 8 Rn. 15.

¹⁷⁰ *Ambos*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 4), *VStGB Vor § 8 Rn. 2, 17*; *Safferling* (Fn. 165), S. 446; *Kirsch*, in: *Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner* (Hrsg.), *Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag*, 2015, S. 287 (289); vgl. auch BGH, *Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10*, Rn. 32 (juris).

¹⁷¹ Vgl. *Cryer et al.* (Fn. 165), S. 272; ähnlich: *Kreiß*, *Journal of Conflict and Security Law* 15 (2010), 245: „phenomenon which may be defined as cross-border armed violence between a state and a (collective) non-state actor“.

¹⁷² Hierzu *Cryer et al.* (Fn. 165), S. 272 f.; *Safferling* (Fn. 165), S. 444 ff.; einen instruktiven Überblick über den Meinungsstand bietet *Kreiß*, *Journal of Conflict and Security Law* 15 (2010), 245 (253 ff.).

¹⁷³ ICC (TC I), *Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06 (The Prosecutor v. Lubanga Dyolo)*, Rn. 541; US Supreme Court, *Urt. v. 29.6.2006 – (2006) 548 US (Hamdan v. Rumsfeld)*, S. 67; *Cryer et al.* (Fn. 165), S. 272 f.; *Paulus/Vashakmadze*, *International Review of the Red Cross* 91 (2009), 95 (111 f.); *Kreiß*, *Journal of Conflict and Security Law* 15 (2010), 245 (255 ff.), der zugleich die Grenzen dieser Einordnung herausarbeitet; a.A. Supreme Court of Israel, *Urt. v. 11.12.2005 – HCJ 769/02 (The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel)*, Rn. 18; *Akande* (Fn. 165), S. 73 ff.; implizit wohl auch ICJ, *Urt. v. 19.12.2005 – ICJ-Rep. 2005, 168 (Armed Activities on the Territory of the Congo [Democratic Republic of the Congo v. Uganda])*, Rn. 163 ff., 215 ff.; differenzierend: *Safferling* (Fn. 165), S. 445.

¹⁷⁴ Für die Einordnung als internationaler Konflikt: ICC (TC I), *Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06 (The Prosecutor v. Lubanga Dyilo)*, Rn. 541; ICC (TC II), *Urt. v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07 (The Prosecutor v. Katanga)*, Rn. 1177; *Ambos* (Fn. 37), § 7 Rn. 241 f.; *Cryer et al.* (Fn. 165), S. 271 f.; *Geiß/Zimmermann* (Fn. 4), *VStGB § 8 Rn. 102*; *Paulus/Vashakmadze*, *International Review of the Red Cross* 91 (2009), 95 (111).

¹⁷⁵ *Darge* (Fn. 6), S. 250; zustimmend *Bock* (Fn. 6), S. 130.

¹⁷⁶ *Jähnke*, *ZIS* 2010, 463 (467); in diesem Sinne: *Darge* (Fn. 6), S. 250 ff.

¹⁷⁷ Ähnlich *Darge* (Fn. 6), S. 253.

d) Lockerung des Analogieverbots mit Blick auf das Komplementaritätsprinzip

Soweit von Seiten der Befürworter einer Lockerung das Komplementaritätsprinzip und insbesondere die Regelung des Art. 17 Rom-Statut fruchtbar gemacht werden, wirft dies die folgende Frage auf: Gebieten Sinn und Zweck des Prinzips der Komplementarität zwingend den Schluss, das innerstaatliche Gesetzlichkeitsprinzip zu lockern? Anders gewendet: Droht durch unterlassene strafgerichtliche Verurteilungen bzw. strafrechtliche Verfolgungen auf nationaler Ebene eine praktische Entleerung des Komplementaritätsprinzips?

Erblickt man in diesem Prinzip primär ein Regime zum Schutze staatlicher Souveränität,¹⁷⁸ wird man nicht umhinkommen, diesen Schluss zu ziehen. Würde man von einer Lockerung absehen, so stünde der unerwünschte Pfad zur Strafverfolgung auf Ebene des ICC in bestimmten Fällen offen.¹⁷⁹ Ein derart staatenzentriertes Verständnis der Norm würde indes die ergänzende Intention (complementarity) der Norm gänzlich ausblenden.¹⁸⁰ Insbesondere die Regelung des Art. 17 Rom-Statut stellt eine ausbalancierte Kompromisslösung zwischen dem Schutz staatlicher Souveränität und der Vermeidung von Straflosigkeit dar;¹⁸¹ eine einseitig staatenzentrierte Auslegung würde ihrem Wertungsgehalt nicht gerecht. Art. 17 Rom-Statut weist dem Gerichtshof gerade auch eine Aufsichts- und Kontrollkompetenz¹⁸² sowie eine Auffangfunktion zu.¹⁸³

¹⁷⁸ In diese Richtung z.B. *Ambos*, Treatise on International Criminal Law – Volume III: International Criminal Procedure, 2016, S. 270; *Benzing*, Max Planck Yearbook of United Nations Law 7 (2003), 591 (595); vgl. auch *Werle/Jeßberger* (Fn. 6), Rn. 345, die den Schutz staatlicher Souveränität besonders betonen; vgl. aber auch den Überblick über die weiteren Zwecksetzungen des Art. 17 Rom-Statut bei *Werle/Jeßberger* (Fn. 6), Rn. 314.

¹⁷⁹ Vgl. hierzu: *Hassanein*, International Criminal Law Review 15 (2015), 101; einen Ausweg skizzieren *Roxin/Greco* (Fn. 6), § 5 Rn. 84.

¹⁸⁰ Vgl. ICC (AC), Urt. v. 30.8.2011 – ICC-01/09-02/11 OA (The Prosecutor v. Muthaura, Kenyatta & Ali), Rn. 36; *Cryer et al.* (Fn. 165), S. 155; *Lafleur* (Fn. 50), S. 146 f.; *Geneuss* (Fn. 48), S. 149.

¹⁸¹ *Benzing*, Max Planck Yearbook of United Nations Law 7 (2003), 591 (600 f.); *Brighton*, International Criminal Law Review 12 (2012), 629 (631 f.); *El Zeidy*, The Principle of Complementarity in International Criminal Law, 2008, S. 158; *Geneuss* (Fn. 48), S. 152; *Hassanein*, International Criminal Law Review 15 (2015), 101 (115).

¹⁸² *Ambos* (Fn. 37), § 8 Rn. 12; *Cryer*, Prosecuting International Crimes, 2005, S. 148 f.; *Jeßberger/Geneuss*, Journal of International Criminal Justice 10 (2012), 1081 (1087 ff.); *Geneuss* (Fn. 48), S. 151; *Stahn*, Criminal Law Forum 19 (2008), 87 (97); *Werle/Jeßberger* (Fn. 6), Rn. 314.

¹⁸³ *Brighton*, International Criminal Law Review 12 (2012), 629 (632); *Cryer et al.* (Fn. 165), S. 155; *Stahn*, Criminal Law Forum 19 (2008), 87 (96 f., 113); *Solera*, International Review of the Red Cross 84 (2002), 145 (148).

Führt ein Festhalten am hergebrachten Verständnis des Gesetzlichkeitsprinzips nicht erst zu einer praktischen Wirksamkeit des Prinzips der Komplementarität? Auf den ersten (staaten-zentrierten) Blick mag dies zunächst zynisch anmuten. Versteht man die Lückenfüllungsfunktion des ICC hingegen umfassend, erscheint dies nur folgerichtig. Ein Aufgreifen der Rechtssache durch den ICC mag in derartigen Fällen politisch wenig opportun erscheinen,¹⁸⁴ völkerrechtlich realisiert sich indes schlichtweg die Regelungsintention, die den ICC als „letzte Zufluchtsstätte“ bzw. „Notfall- und Reservegericht“¹⁸⁵ im Kampf gegen Straflosigkeit ansieht. Hierdurch wird letztlich dem völkerrechtlichen Effektivitätsgrundsatz Rechnung getragen.¹⁸⁶ Zudem werden Staaten nicht zur Preisgabe fundamentaler verfassungsrechtlicher Grundsätze gezwungen.¹⁸⁷ In einem derartigen Fall ist einzig die dem Art. 17 Rom-Statut zugrunde liegende Vermutung widerlegt, dass nationale Justizsysteme zur Vermeidung von Straflosigkeit stets besser geeignet sind.¹⁸⁸

Dass dieses Vorgehen letztlich dem Erreichen einer Verurteilung diene, die im nationalen Rechtssystem verfassungsrechtlich zweifelhaft wäre,¹⁸⁹ ist aus mehreren Gründen kein durchgreifendes Gegenargument. Erstens haben sich das Gesetzlichkeitsverständnis des Völkerstrafrechts und des deutschen Verfassungsrechts durchaus angenähert.¹⁹⁰ Partiiell reicht der Gewährleistungsgehalt des völkerstrafrechtlichen Analogieverbots sogar über den des verfassungsrechtlichen hinaus, vgl. Art. 22 Abs. 2 S. 2 Rom-Statut.¹⁹¹ Zweitens dürfte spätestens seit der Entscheidung der Berufungskammer des ICC in der Rechtssache Bemba sowie den entsprechenden Sondervoten klar sein, dass auch Verfahren auf internationaler Ebene keineswegs immer eine Verurteilung nach sich ziehen. Vielmehr betonten die Richter die Bedeutung der Wahrung von Beschuldigtenrechten.¹⁹² Drittens mag ein angenähertes Gesetzlichkeitsverständnis einem Angeklagten

¹⁸⁴ *Burchards*, Die Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen durch Drittstaaten, 2005, S. 328; *Darge* (Fn. 6), S. 256; *Satzger* (Fn. 6 – Gesetzlichkeit), S. 363.

¹⁸⁵ *Ambos* (Fn. 170), VStGB § 1 Rn. 22.

¹⁸⁶ Vgl. hierzu *Satzger* (Fn. 6 – Gesetzlichkeit), S. 366.

¹⁸⁷ Vgl. hierzu *Satzger* (Fn. 6 – Gesetzlichkeit), S. 374 f.

¹⁸⁸ Vgl. zu dieser Vermutungsregel: *Ambos* (Fn. 178), S. 270; *Brighton*, International Criminal Law Review 12 (2012), 629 (632); *Gioia*, Leiden Journal of International Law 19 (2006), 1095 (1115).

¹⁸⁹ *Darge* (Fn. 6), S. 256; *Jähnke*, ZIS 2010, 463 (469).

¹⁹⁰ Dies konzidiert auch *Darge* (Fn. 6), S. 256; eingehend hierzu *Cote Barco*, Rückwirkung und die Entwicklung der internationalen Verbrechen, 2018, S. 418 ff.

¹⁹¹ *Satzger* (Fn. 6 – Gesetzlichkeit), S. 367.

¹⁹² ICC (AC), Urt. v. 8.6.2018 – ICC-01/05-01/08 A (The Prosecutor v. Bemba Gombo), Joint Separate Opinion van den Wyngaert/Morrison, Rn. 5; eine Einordnung der Entscheidung findet sich bei *Heinze*, Some Reflections on the Bemba Appeals Chamber Judgment, Blog-Beitrag v. 18.6.2018, <http://opiniojuris.org/2018/06/18/some-reflections-on-the-bemba-appeals-chamber-judgment/> (11.7.2020).

zwar wenig Vorteile bringen, wenn sich existente Abweichungen zwischen nationaler VStGB-Norm und völkerstrafrechtlicher Mutternorm in der Praxis realisieren.¹⁹³ Hieraus aber den Schluss zu ziehen, die mit der Kaschierung etwaiger gesetzgeberischer Umsetzungs- bzw. Formulierungsdefizite verbundene Relativierung einer grundlegenden Verfassungsentscheidung sei einer strafrechtlichen Aufarbeitung durch das dafür vorgesehene internationale Forum um jeden Preis vorzuziehen, erscheint fragwürdig.¹⁹⁴ Zuletzt gilt es zu bedenken, dass Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG – zumindest theoretisch – sehr wohl auch eine Auslieferung an den ICC vorsieht.¹⁹⁵

Im Übrigen dürfte das souveränitätsschonende Moment des Prinzips der Komplementarität im Rahmen des Rom-Statuts auch anders zu verstehen sein als jenes im Rahmen der Subsidiaritätsregime von Menschenrechtsverträgen.¹⁹⁶ Auch wenn bisweilen die Ähnlichkeit des Art. 17 Rom-Statut zu derartigen Vorschriften hervorgehoben wird,¹⁹⁷ erschiene jedenfalls eine schematische Parallelisierung der Wertungsgelände bedenklich.¹⁹⁸ In Menschenrechtssystemen sitzen die Mitgliedstaaten „auf der Anklagebank“. Sie sollen daher eine – die Bloßstellung durch den Spruchkörper vermeidende – Möglichkeit der Selbstbesserung erhalten.¹⁹⁹ In Völkerstrafverfahren steht demgegenüber die vertikale Adjudikation des Individuums als Adressat völkerstrafrechtlicher Normen im Mittelpunkt. Zwar wirkt der ICC durch seine (horizontale) Kontrolle der Mitgliedstaaten im Rahmen der Art. 17, 19 Rom-Statut auch auf die Erfüllung der völkerrechtlichen Strafverfolgungsverpflichtungen hin. Diese Tätigkeit dient jedoch einzig dazu, in indirekter Weise die Straflosigkeit etwaiger Völkerstraftaten zu vermeiden.²⁰⁰ Das Tätigwerden

des ICC zielt auf ein Vorgehen gegen einen (vermeintlichen) Straftäter ab. Der Vorwurf unzureichender mitgliedstaatlicher Pflichterfüllung ist ein – wenn auch nicht unerhebliches – Nebenprodukt.²⁰¹ Diese Zielsetzungen sind allerdings wesentlich verschieden verglichen mit dem mitgliedstaatlichen Interesse an der Ausräumung (eigener) staatlicher Menschenrechtsverletzungen. Eine Heranziehung der Judikatur der Spruchkörper in Menschenrechtssystemen erscheint daher nicht zielführend.²⁰²

Im völkerstrafrechtlichen Kontext streiten zudem insbesondere praktische Erwägungen wie die einer effektiven Ressourcenallokation (aufwandsärmerer Zugang zu Beweismitteln und Ressourcen auf nationaler Ebene) und einer Verringerung des Risikos von Beweisführungslücken für den Vorrang nationaler Strafverfolgung.²⁰³ Derlei Erwägungen stellen indes einzig Unterpunkte des übergeordneten Ziels dar, systematische Straflosigkeit zu vermeiden.²⁰⁴ Auch insoweit sieht sich die Bedeutung des souveränitätsschonenden Moments also einer Relativierung ausgesetzt.

Der Eindruck eines Zurücktretens des souveränitätsschonenden Moments findet auch in der Staatspraxis Bestätigung. In Verfahren vor dem ICC unterstützten sowohl die Demokratische Republik Kongo als auch die Elfenbeinküste und die Zentralafrikanische Republik ein Vorgehen des ICC, obgleich sie die Gelegenheit hatten, den Einwänden der jeweiligen Angeklagten beizutreten.²⁰⁵

Im Übrigen muss man bedenken, dass eine etwaige Beeinträchtigung der Souveränität aufgrund der rein-punktuellen Bewertung des Zustands des nationalen Justizsystems im Rahmen des Art. 17 Rom-Statut als eher gering einzustufen sein dürfte. Der ICC würde im Rahmen einer Zulässigkeitsprüfung den Zustand des Justizsystems in der jeweils konkreten Situation bewerten und nicht das System in Gänze.²⁰⁶

Zuletzt gilt es zu betonen, dass auch der deutsche Gesetzgeber keine Deckungsgleichheit mit dem Völkerrecht um jeden Preis bezweckte. Vielmehr sah er von einer Angleichung ab, wenn ihm Regelungen des Rom-Statuts als mit zwingenden Verfassungsvorgaben oder sachgerechten natio-

¹⁹³ So dürfte *Darge* (Fn. 6), S. 256 a.E. zu verstehen sein.

¹⁹⁴ Dies dürfte auch nicht der Intention des Gesetzgebers entsprechen, der gerade an einer verfassungskonformen Gesetzeslage interessiert war, vgl. BT-Drs. 14/8524, S. 17, 20, 22; *Satzger* (Fn. 6 – Gesetzlichkeit), S. 374 f.

¹⁹⁵ BVerfG NJW 2007, 499 (501 Rn. 56); *Maaßen*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 63), Ed. 43, Stand: 1.12.2019, Art. 16 Rn. 70.

¹⁹⁶ *Stahn*, A Critical Introduction to International Criminal Law, 2019, S. 222 f.

¹⁹⁷ *Schabas*, An Introduction to the International Criminal Court, 5. Aufl. 2017, S. 171; ähnlich, aber einschränkend: *Benzing*, Max Planck Yearbook of United Nations Law 7 (2003), 591 (603 f.).

¹⁹⁸ *Benzing*, Max Planck Yearbook of United Nations Law 7 (2003), 591 (603 f., 614); vgl. auch: ICC-OTP, Informal expert paper – The principle of complementarity in practice, 2003, Rn. 49, abrufbar unter <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/20BB4494-70F9-4698-8E30-907F631453ED/281984/complementarity.pdf> (11.7.2020).

¹⁹⁹ EGMR (Große Kammer), Urt. v. 28.7.1999 – 25803/94 (*Selmouni v. France*), Rn. 74; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, Law of the European Convention on Human Rights, 4. Aufl. 2018, S. 49.

²⁰⁰ In diese Richtung auch *Jeßberger/Geneuss*, Journal of International Criminal Justice 10 (2012), 1081 (1085, 1087);

Brighton, International Criminal Law Review 12 (2012), 629 (632).

²⁰¹ So wohl auch: *Jeßberger/Geneuss*, Journal of International Criminal Justice 10 (2012), 1081 (1087 f.).

²⁰² Zutreffend daher *Benzing*, Max Planck Yearbook of United Nations Law 7 (2003), 591 (614).

²⁰³ Vgl. nur ICC-OTP (Fn. 198), Rn. 1; *Cassese et al.* (Fn. 165), S. 298; *Cryer et al.* (Fn. 165), S. 155; *Geneuss* (Fn. 48), S. 152 f.; *Werle/Jeßberger* (Fn. 6), Rn. 312, 314.

²⁰⁴ *Stahn*, Criminal Law Forum 19 (2008), 87 (91 ff., 113); vgl. auch *Brighton*, International Criminal Law Review 12 (2012), 629 (632); *Gioia*, Leiden Journal of International Law 19 (2006), 1095 (1115); *Lafleur* (Fn. 50), S. 353 ff.

²⁰⁵ *Stahn*, in: *Stahn* (Hrsg.), The Law and Practice of the International Criminal Court, S. 228 (232 m.w.N.).

²⁰⁶ *Moreno-Ocampo*, in: *Stahn/El Zeidy* (Hrsg.), The International Criminal Court and Complementarity – from Theory to Practice, 2011, S. 21 (23); kritisch *Benzing*, Max Planck Yearbook of United Nations Law 7 (2003), 591 (603 Fn. 57).

nalen Regelungen unvereinbar erschienen.²⁰⁷ Dies wirft indes Zweifel auf, ob der – noch weniger dazu berufene – Rechtsanwender einer derartigen Direktive unterworfen werden kann.

Nach alledem verbleiben zahlreiche Probleme bei dem Versuch, dem Komplementaritätsprinzip eine Wertung zu entnehmen, die eine Aufopferung nationalen Verfassungsrechts fordert.²⁰⁸

e) Fazit

Angesichts dessen bleibt festzustellen, dass weder eine partielle noch eine generelle Lockerung des Gesetzlichkeitsprinzips überzeugend begründet werden können. Zum einen halten sie einer verfassungsrechtlichen Kontrolle nicht stand. Zum anderen sind sie auch unter Hinzuziehung völkerrechtlicher Erwägungen nicht überzeugend herzuleiten.

3. Zwischenergebnis

Vor diesem Hintergrund ist einer Lockerung des Analogieverbots anlässlich der innerstaatlichen Umsetzung des Völkerstrafrechts sowohl aus verfassungsrechtlicher als auch aus völkerrechtlicher Perspektive eine Absage zu erteilen. In der Folge lässt sich allerdings auch eine Heilung der durch die strafgerichtliche Praxis verursachten Verstöße gegen das Analogieverbot nicht begründen.

V. Ergebnis

Dieser Beitrag hat sich primär mit der Auslegung des VStGB und deren Grenzen auseinandergesetzt. Die vielfach thematisierten Aspekte der Normenbestimmtheit und des Verbots der Strafbegründung durch Gewohnheitsrecht sind hingegen ausgeblendet worden.²⁰⁹ Gleichwohl fanden zahlreiche, im dortigen Zusammenhang erörterte Gesichtspunkte Eingang in die hiesige Untersuchung. Abschließend lassen sich die folgenden Ergebnisse formulieren:

1. Der Grundsatz der Völkerstrafrechtsfreundlichkeit ist als Fallgruppe des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit anzusehen. Er unterliegt folglich auch denselben Beschränkungen.

2. Eine Lockerung des Gesetzlichkeitsprinzips, insbesondere des Analogieverbots, ist nicht zu rechtfertigen. Sie wäre mit geltendem Verfassungsrecht, insbesondere den Grenzen des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit, unvereinbar. Im Übrigen lässt sie sich weder unter dem Gesichtspunkt der praktischen Konkordanz noch dem des Expertenstrafrechts oder des Prinzips der Komplementarität begründen.

3. In der Folge lässt sich eine Verletzung des Gesetzlichkeitsprinzips durch die Rechtspraxis nicht unter Berufung auf übergeordnete Wertungen heilen. Dieses Vorgehen erscheint – mit Blick auf die konkret untersuchte Rechtsprechungslinie – zwar kriminalpolitisch und unter dem Gesichtspunkt effek-

tiver Strafverfolgung durchaus nachvollziehbar, in strafverfassungsrechtlicher Hinsicht hingegen bedenklich.

²⁰⁷ Vgl. *Weigend* (Fn. 25), VStGB § 2 Rn. 2.

²⁰⁸ So wohl auch *Roxin/Greco* (Fn. 6), § 5 Rn. 84; *Satzger* (Fn. 6 – Gesetzlichkeit), S. 374 f.

²⁰⁹ Vgl. hierzu: *Kuhli* (Fn. 6), S. 1 ff.; *ders.* (Fn. 50), S. 91 ff.; *Jähnke*, ZIS 2010, 463 (466 ff.); *Darge* (Fn. 6), S. 241 ff.