

Beiträge zum Internationalen und
Europäischen Strafrecht

Studies in International and
European Criminal Law and Procedure

Band/Volume 31

Rückwirkung und die Entwicklung der internationalen Verbrechen

Elemente einer allgemeinen Konzeption
des *nullum-crimen-sine-lege*-Prinzips im Völkerstrafrecht

Von

Gustavo Emilio Cote Barco



Duncker & Humblot · Berlin

GUSTAVO EMILIO COTE BARCO

Rückwirkung und die Entwicklung
der internationalen Verbrechen

Beiträge zum Internationalen und
Europäischen Strafrecht

Studies in International and
European Criminal Law and Procedure

Herausgegeben von/Edited by
Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Richter am Kosovo Sondertribunal

Band/Volume 31

Rückwirkung und die Entwicklung der internationalen Verbrechen

Elemente einer allgemeinen Konzeption
des *nullum-crimen-sine-lege*-Prinzips im Völkerstrafrecht

Von

Gustavo Emilio Cote Barco



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen
hat diese Arbeit im Wintersemester 2017/2018
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 1867-5271
ISBN 978-3-428-15376-6 (Print)
ISBN 978-3-428-55376-4 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85376-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Für
Alicia Eugenia
und
Gustavo Ignacio*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/2018 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen. Literatur, Rechtsprechung und weitere Quellen konnten bis einschließlich April 2017 berücksichtigt werden.

Mein aufrichtiger Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, für die engagierte und sorgfältige Betreuung; seine zahlreichen Anregungen und Hinweise haben meine Arbeit entscheidend gefördert. Herrn Prof. Dr. Uwe Murmann danke ich herzlich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens, für die Unterstützung meines Aufenthalts in Deutschland und für mehrere interessante Gespräche. Darüber hinaus danke ich Herrn Prof. Dr. José Martínez, der den Vorsitz der Prüfungskommission übernommen hat; Frau Prof. Dr. Stefanie Bock für wertvolle Anmerkungen zu meiner Arbeit, vor allem in der Anfangsphase; sowie Anett Müller, die stets ausgesprochen freundlich und hilfsbereit war. Weitere Personen haben mir außerdem zu unterschiedlichen Zeitpunkten bei der sprachlichen Korrektur und Verbesserung verschiedener Teile der Arbeit geholfen: Dr. Ksenia Kuzminykh, Dr. Alper Tasdelen, Rosalie Wilde, Dr. Thorsten Paprotny und Susann Aboueldahab; ihnen bin ich auch sehr dankbar.

Mein langjähriger Aufenthalt in Deutschland wäre ohne die Unterstützung der folgenden Institutionen nicht möglich gewesen: Der Deutsche Akademische Austauschdienst (DAAD), die Päpstliche Universität Javeriana (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Kolumbien), die kolumbianische Verwaltungsabteilung für Wissenschaft, Technologie und Innovation (COLCIENCIAS) und die Stiftung für die Zukunft von Kolumbien (COLFUTURO). Ich danke ebenfalls herzlich den Herausgebern für die Aufnahme meiner Dissertation in die Reihe „Beiträge zum Internationalen und Europäischen Strafrecht“ und dem Göttinger Verein zur Förderung vergleichenden und internationalen Strafrechts sowie internationaler Kriminologie e. V. für die großzügige Bewilligung eines Druckkostenzuschusses.

Auch möchte ich Freunde und Kollegen erwähnen, die zu meiner akademischen Erfahrung in Deutschland maßgeblich beigetragen haben: Jaime Winter, Diego Tarapués, María Victoria Cabrera, Mario Aguilera, Magdalena Schaffler, Diego Pardo, Narumol Kanarat und Hsiang Pan; von ihnen habe ich immer etwas gelernt, danke für die vielen guten Momente.

Tiefer Dank gebühren Luis Fernando und Diana Süssmann sowie Genis Castillo und Sina Kunze, die mit ihrer Freundschaft während all dieser Jahre in Deutschland wie eine Familie für mich waren. Nicht genug danken kann ich meiner Frau und Kollegin, Diana Pérez, für ihren liebevollen und geduligen Beistand, für ihre

anregende konstruktive Kritik und ihre stets scharfsinnigen Ratschläge. Schließlich – aber nicht zuletzt – danke ich meiner Familie für ihre grenzenlose Unterstützung; meinen Eltern danke ich für eine der wichtigsten Lehren meines Lebens: dass Träume mit Begeisterung und Disziplin wahr werden können.

Göttingen, November 2017

Gustavo Emilio Cote Barco
Assistenzprofessor
Abteilung für Strafrecht
Pontificia Universidad Javeriana
(Bogota, Kolumbien)

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
------------------	----

Erstes Kapitel

Vergleichende Untersuchung des Rückwirkungsverbots im englischen und im deutschen Strafrecht: Ausgangspunkte zur Analyse des <i>nullum-crimen-sine-lege</i>-Prinzips im Völkerstrafrecht	29
---	----

A. Methodologische Aspekte des Vergleichs	31
I. Methode und Rechtsvergleichung	32
II. Makro- und Mikrovergleich	34
III. Funktionale Rechtsvergleichung	36
1. Der Funktionsbegriff in der Rechtsvergleichung	36
2. Die Suche nach Gemeinsamkeiten und Unterschieden in der Rechtsvergleichung	40
IV. Rechtstraditionen als Gegenstände der Rechtsvergleichung	42
V. Ausgangspunkte des Vergleichs und Darstellungsweise der Untersuchung	46
B. Rückwirkungsverbot im englischen und im deutschen Strafrecht: zwei Arten der Konkretisierung der gleichen Idee	48
I. Rückwirkung und die <i>principle of legality</i> im englischen Strafrecht	48
1. Überblick über das englische Strafrechtsquellensystem	49
2. <i>Judicial law making</i> im englischen Strafrecht	52
3. Übernahme der Europäischen Menschenrechtskonvention durch den <i>Human Rights Act 1998</i>	58
4. Auslegung des Art. 7 Abs. 1 Satz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte	61
5. Das Rückwirkungsverbot und das „flexible“ Verständnis des <i>nullum-crimen-sine-lege</i> -Prinzips im englischen Strafrecht	62
II. Rückwirkung und das Gesetzlichkeitsprinzip im deutschen Strafrecht	65
1. Begründung und Sinn des Rückwirkungsverbots	66
2. Anwendung des Rückwirkungsverbots auf die Rechtsprechung?	69
3. Gesetzesvorbehalt und Ablehnung des Richterrechts als selbstständige Rechtsquelle	73

4. Begriffsbildung und Strafrechtsdogmatik als Sicherung der Legalität	75
5. Mauerschützenfälle, Rückwirkungsverbot und materielle Gerechtigkeit	79
III. Gemeinsamkeiten und Unterschiede des Rückwirkungsverbots im englischen und im deutschen Strafrecht: zwei Formen der Konkretisierung des <i>nullum-crimen-sine-lege</i> -Prinzips	82
C. Das Rückwirkungsverbot in den englischen und deutschen Rechtstraditionen: Entwicklung des <i>nullum-crimen-sine-lege</i> -Prinzips in zwei Kontexten	86
I. Das Rückwirkungsverbot und die englische Rechtstradition	86
1. Die Entwicklung des <i>Common Law</i> durch Richter im 12. Jahrhundert	87
2. Das Rückwirkungsverbot und die <i>Magna Charta Libertatum</i> : Meilenstein in der Vorgeschichte des <i>nullum-crimen-sine-lege</i> -Prinzips?	91
3. Coke, Hobbes und das Rückwirkungsverbot	93
4. Naturrechtliche Elemente des englischen Strafrechts und das Rückwirkungsverbot	97
5. Rechtssicherheit durch Präzedenzfälle	100
II. Das Rückwirkungsverbot und die deutsche Rechtstradition	104
1. Rezeption des römischen Rechts und Verstaatlichung der Strafgewalt	104
2. Das Rückwirkungsverbot und die Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V. als Mittel zur Vereinheitlichung des Strafrechts	109
3. Die Aufklärung und die Kodifikation des Rechts als entscheidende Faktoren zur Entwicklung des Gesetzlichkeitsprinzips	111
4. Feuerbach und die Formulierung des Gesetzlichkeitsprinzips: zwischen aufgeklärtem Naturrecht und Rechtspositivismus	115
5. Konsolidierung des Gesetzlichkeitsprinzips im 19. Jahrhundert	119
III. Mögliche historische Gründe für die Gemeinsamkeiten und Unterschiede des Rückwirkungsverbots im englischen und im deutschen Strafrecht	123
D. Grundsätzliche Aspekte des <i>nullum-crimen-sine-lege</i> -Prinzips und das Rückwirkungsverbot: Ausgangspunkte zur Analyse des NCSL-Prinzips im Kontext des Völkerstrafrechts	127

Zweites Kapitel

Rückwirkung und die internationalen Tribunale im Anschluss an den Zweiten Weltkrieg: Grundlagen einer allgemeinen Konzeption des <i>nullum-crimen-sine-lege</i>-Prinzips im Völkerstrafrecht	133
A. Vorbemerkung: erster (gescheiterter) Versuch	134
B. Der Nürnberger Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher	136
I. Der Internationale Militärgerichtshof als Gerechtigkeits- und Gnadenakt	138

II.	Das Recht der Londoner Charta und die Verbrechen gegen den Frieden	143
III.	Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit	151
C.	Kontrollratsgesetz Nr. 10: Juristen- und Einsatzgruppenprozesse	161
I.	Auffassungen zum <i>nullum-crimen-sine-lege</i> -Prinzip	163
1.	Juristen-Prozess	163
2.	Einsatzgruppen-Prozess	167
II.	Begründung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit	169
1.	Juristen-Prozess	169
2.	Einsatzgruppen-Prozess	171
D.	Der Tokioter Prozess	173
I.	Die Anklage: Der Krieg und der Kampf um die „Zivilisation“	175
II.	Das <i>nullum-crimen-sine-lege</i> -Prinzip in der Mehrheitsentscheidung	177
III.	Das <i>nullum-crimen-sine-lege</i> -Prinzip und das Fehlen eines Konsenses innerhalb des Internationalen Militärtribunals für den Fernen Osten	179
1.	Das Naturrecht als Grundlage des Völkerrechts	179
2.	Pragmatische Ablehnung des <i>nullum-crimen-sine-lege</i> -Prinzips	182
3.	Positivistischer Ansatz und politische Rechtfertigung der Rückwirkung	183
4.	Positivistische und realistische Kritik am Internationalen Militärtribunal für den Fernen Osten	186
E.	Ergebnis: Grundlagen einer allgemeinen Konzeption des <i>nullum-crimen-sine-lege</i> - Prinzips im Völkerstrafrecht	190

Drittes Kapitel

**Rezeption der im Anschluss an den Zweiten Weltkrieg
festgelegten Grundlagen: die theoretischen Prämissen der Entwicklung
des Völkerstrafrechts und das *nullum-crimen-sine-lege*-Prinzip** 198

A.	Spannung zwischen theoretischen Ansätzen in der Diskussion der Nachkriegszeit: Rechtspositivismus, Pragmatismus und Naturrecht	199
I.	Die Diskussion der Nachkriegszeit als Kontext der Begegnung zweier Rechtstra- ditionen	200
II.	Die Diskussion im <i>Common-Law</i> -Rechtskreis	202
1.	Die positivistischen Auffassungen	202
2.	Die Schwächen der positivistischen Ansätze und die am Naturrecht orientier- ten Auffassungen	207
III.	Die Diskussion im deutschen Rechtskreis	219

1.	Die Abhandlungen über das Nürnberger Urteil	219
2.	Die Abhandlungen über das Kontrollratsgesetz Nr. 10 im Rahmen des damaligen Völkerrechts	223
3.	Die Abhandlungen über das Kontrollratsgesetz Nr. 10 als Besatzungsrecht	225
IV.	Gemeinsamkeiten und Unterschiede der in beiden Rechtskreisen erfolgten Diskussionen über das <i>nullum-crimen-sine-lege</i> -Prinzip	232
B.	Die Idee der Legalität und die theoretischen Prämissen zur Entwicklung des Völkerstrafrechts	234
I.	Das Verhältnis zwischen Völkerrecht und nationalem Recht und die rückwirkende Anwendung völkerstrafrechtlicher Normen	235
II.	Kelsens Analyse der Aburteilung der Hauptkriegsverbrecher: Die Schwierigkeiten der formellen Theorien über das Verhältnis zwischen Völkerrecht und nationalem Recht zur Begründung internationaler Strafbarkeit	239
1.	Kelsens „Reine Rechtslehre“ und das Völkerrecht als koordinierende Rechtsordnung	239
2.	Kelsens Auffassung über das NCSL-Prinzip: Verbrechen gegen den Frieden und gegen die Menschlichkeit	243
III.	Die Pflicht zum Rechtsgehorsam und der Zusammenhang zwischen Recht, Legalität und Moral im Rahmen des Völkerstrafrechts	250
1.	Radbruch und die Spannung zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit	252
2.	Hart und die Relationsmöglichkeiten zwischen Recht und Moral	257
3.	Fuller, Legalität und die innere Moral des Rechts als <i>morality of duty</i> und als <i>morality of aspiration</i>	261
4.	Recht, Legalität und Moral im Rahmen des Völkerstrafrechts	266
5.	Der Anspruch und die Botschaft des Völkerstrafrechts zu den nationalen Rechtsordnungen	270
IV.	Der internationale Menschenrechtsschutz als ideologische Grundlage des Völkerstrafrechts	275
1.	Lauterpacht, das Völkerrecht als geeignete Bühne zum Schutz inhärenter Rechte des Individuums und die Entstehung des Völkerstrafrechts	276
2.	Radbruch und die Achtung der Menschenwürde als gemeinsame moralische Grundlage der Menschenrechte und des Völkerstrafrechts	282
3.	Verdross und die internationale Rechts- und Wertegemeinschaft als politisches Substrat des Völker(straf-)rechts	287
C.	Ergebnis: Das <i>nullum-crimen-sine-lege</i> -Prinzip und die theoretischen Prämissen der Entwicklung des Völkerstrafrechts	294

Viertes Kapitel

**Rückwirkung und die Entwicklung des Völkerstrafrechts
während und nach dem Kalten Krieg: das *nullum-crimen-sine-lege*-Prinzip
und die Entstehung der Nürnberger Rechtstradition**

304

A.	Das <i>nullum-crimen-sine-lege</i> -Prinzip und die internationalen Menschenrechte: Kriminalisierung im Völkerrecht und die Nürnberger Klausel	306
I.	Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte	308
II.	Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte	313
III.	Die Europäische Menschenrechtskonvention	318
IV.	Die Amerikanische Menschenrechtskonvention	328
V.	Ergebnis: Die internationalen Menschenrechte und die Nürnberger Rechtstradition im Völkerstrafrecht	333
B.	Das <i>nullum-crimen-sine-lege</i> -Prinzip und die Rechtsprechung der Ad-hoc-Straftribunale und des <i>Special Court for Sierra Leone</i> : Rückwirkung und Wiedergeburt des Völkerstrafrechts	338
I.	Rückwirkung und die internationalen Ad-hoc-Straftribunale für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda	339
1.	Berichte des Generalsekretärs der Vereinten Nationen: Anwendung von Normen, die zweifelsfrei Völkergewohnheitsrecht bildeten?	340
2.	Anerkennung des NCSL-Prinzips in der Rechtsprechung der internationalen Ad-hoc-Straftribunale: Vorhersehbarkeit und Zugänglichkeit	343
3.	Der Tadić-Test und Kriegsverbrechen in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten: Unterscheidung zwischen Verbot und Strafbarkeit	347
4.	Verstöße gegen den gemeinsamen Art. 3 der Genfer Konventionen und die Nürnberger Klausel: moralische Bewertung der relevanten Handlungen	354
5.	Völkerrechtsverträge, Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze: Der Schutz des Individuums in Kontexten massenhafter Gewalt als Auslegungskriterium	356
II.	Rückwirkung und das <i>Special Court for Sierra Leone</i>	368
1.	Das Verbrechen der Rekrutierung von Kindern unter 15 Jahren: Wieder die Unterscheidung zwischen Verbot und Strafbarkeit	369
2.	Zwangsverheiratung und die Klausel „andere unmenschliche Handlungen“: Unbestimmtheit bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit?	372
III.	Ergebnis: Die Unterscheidung zwischen Verbot und Strafbarkeit als Basis für einen doppelten Standard hinsichtlich der Vorhersehbarkeit und Zugänglichkeit	378
C.	Das <i>nullum-crimen-sine-lege</i> -Prinzip in der Arbeit der <i>International Law Commission</i> : Versuche zur Kodifikation des Völkerstrafrechts	387
I.	Die Nürnberger Prinzipien	388

II.	<i>Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind 1951/1954</i>	393
III.	<i>Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind 1991</i>	398
IV.	<i>Draft Statute for an International Criminal Court 1994</i>	405
V.	<i>Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind 1996</i>	409
VI.	Ergebnis: Die Spannung zwischen Rechtssicherheit und Anpassungsfähigkeit bei der Kodifikation des Völkerstrafrechts	416
D.	Das <i>nullum-crimen-sine-lege</i> -Prinzip im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs und die Nürnberger Rechtstradition: Ein Wendepunkt im Völkerstrafrecht?	418
I.	Das <i>nullum-crimen-sine-lege</i> -Prinzip und die Gerichtsbarkeit des Internationalen Strafgerichtshofs: materielle und prozedurale Dimension	420
II.	Der Internationale Strafgerichtshof und Nicht-Vertragsstaaten: Anwendung des während der Entwicklung des Völkerstrafrechts entstehenden doppelten Standards des NCSL-Prinzips?	426
III.	Handlungen, die im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs nicht erwähnt sind, aber nach Völkergewohnheitsrecht strafbar sein können: Auslegung, <i>strict construction</i> und Lückenausfüllung	429
IV.	Exkurs: Dauerdelikte und die zeitliche Gerichtsbarkeit des Internationalen Strafgerichtshofs, insbesondere über die Rekrutierung von Kindern unter 15 Jahren und das zwangsweise Verschwindenlassen von Personen	439
V.	Ergebnis: Die Spannung zwischen der Anerkennung der Nürnberger Rechtstradition und der Suche nach Rechtssicherheit im Völkerstrafrecht	445
	Zusammenfassung: Elemente einer allgemeinen Konzeption des <i>nullum-crimen-sine-lege</i>-Prinzips im Völkerstrafrecht	450
	Literaturverzeichnis	464
	Weitere zitierte Dokumente	492
	Rechtsprechungsverzeichnis	498
	Sach- und Personenregister	504

Abkürzungsverzeichnis

AA	Akademieausgabe
Abs.	Absatz
AC	Appeal Chamber
ACMR	Arabische Charta der Menschenrechte
ACMRV	Afrikanische Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker
AEM	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AKVP	Amerikanische Konvention über das Verschwindenlassen von Personen
ALR	Allgemeines Landrecht
Am. J. Int'l L.	American Journal of International Law
Am. J. Juris.	American Journal of Jurisprudence
Am. J. Legal Hist.	American Journal of Legal History
AGMR	Amerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte
AMRK	Amerikanische Menschenrechtskonvention
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Aufl.	Auflage
Berkeley J. Int'l L.	Berkeley Journal of International Law
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Sammlung der Entscheidungen des BGH in Strafsachen
BKP	Briand-Kellogg-Pakt
Brit. Y. B. Int'l L.	British Yearbook of International Law
Brook. J. Int'l L.	Brooklyn Journal of International Law
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des BVerfG
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
Cal. L. Rev.	California Law Review
CLR	Criminal Law Review
Colum. J. Transnat'l L.	Columbia Journal of Transnational Law
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
DDR	Deutsche Demokratische Republik
d. h.	das heißt
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
Doc.	Document(s)
DPP	Director of Public Prosecution
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift

ebd.	ebenda
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJIL	European Journal of International Law
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
et al.	et alii
EU	Europäische Union
Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just.	European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
Foreign Aff.	Foreign Affairs
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GC	Grand Chamber
Geo. L. J.	Georgetown Law Journal
German Y. B. Int'l L.	German Yearbook of International Law
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GK	Genfer Konvention(en)
GoJIL	Goettingen Journal of International Law
GrenzG	Grenzgesetz (DDR)
Harv. Int'l L. J.	Harvard International Law Journal
Harv. J. L. & Pub. Pol'y	Harvard Journal of Law & Public Policy
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HRA	Human Rights Act
HRLR	Human Rights Law Review
Hrsg.	Herausgeber
Hum. Rts. Q.	Human Rights Quarterly
IAKMR	Interamerikanische Kommission für Menschenrechte
ICJ	International Court of Justice
ICL	International Criminal Law
ICRC	International Committee of the Red Cross
IGH	Internationaler Gerichtshof
ILC	International Law Commission
ILQ	International Law Quarterly
IMG	Internationaler Militärgerichtshof
IMTFO	Internationales Militärtribunal für den Fernen Osten
Int'l & Comp. L. Q.	International and Comparative Law Quarterly
Int'l Crim. L. Rev.	International Criminal Law Review
Int'l Legal Theory	International Legal Theory
IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
IPWSKR	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kul- turelle Rechte
Isr. L. Rev.	Israel Law Review
IStGH	Internationaler Strafgerichtshof
J. Int'l Crim. Just.	Journal of International Criminal Justice
JILPAC	Journal of International Law of Peace and Armed Conflict
JStGH	Jugoslawien-Strafgerichtshof

Judge Advoc. J.	Judge Advocate Journal
JZ	Juristen Zeitung
KCLJ	King's College Law Journal
KRG	Kontrollratsgesetz
KRITV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KSC	Kosovo Specialist Chambers
LC	Londoner Charta
LJIL	Leiden Journal of International Law
LQR	Law Quarterly Review
Maastricht J. Eur. & Comp. L.	Maastricht Journal of European and Comparative Law
Mich. J. Int'l L.	Michigan Journal of International Law
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
Mod. L. Rev.	Modern Law Review
n. Chr.	nach Christus
NCSL	Nullum Crimen Sine Lege
New Crim. L. Rev.	New Criminal Law Review
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nordic JIL	Nordic Journal of International Law
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
NS	nationalsozialistisch
NSDAP	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
Nr.	Nummer
N. Y. U. J. Int'l L. & Pol.	New York University Journal of International Law and Politics
N. Y. U. L. Q. Rev.	New York University Law Quarterly Review
N. Y. U. L. Rev.	New York University Law Review
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OAS	Organisation Amerikanischer Staaten
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
Para.	Paragraf
QBD	Queen's Bench Divisional Court (England)
Queen's L. J.	Queen's Law Journal
Rhein. Z f Zivil und ProzessR	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht des In- und Auslandes
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
RStGB	Reichstrafgesetzbuch
RStGH	Ruanda-Strafgerichtshof
S.	Seite
sog.	sogenannt
SCSL	Special Court for Sierra Leone/Sondergerichtshof für Sierra Leone
SPSC	Special Panels for Serious Crimes
Stan. J. Int'l L.	Stanford Journal of International Law
Stat LR	Statute Law Review
StGB	Strafgesetzbuch

StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
STL	Sondertribunal für den Libanon
Süddt. JZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung
TC	Trial Chamber
Tex. Int'l L.J.	Texas International Law Journal
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
u. a.	unter anderem
UdSSR	Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken
UKHL	United Kingdom House of Lords (England)
UNWCC	United Nations War Crimes Commission
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
v.	versus
VB	Völkerbund
Vill. L. Rev.	Villanova Law Review
VN	Vereinte Nationen
Vol.	Volume
VoPoG	Volkspolizeigesetz (DDR)
Wash. U. L. Rev.	Washington University Law Review
W. Ontario L. Rev.	Western Ontario Law Review
WÜRV	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge
YILC	Yearbook of the International Law Commission
Yale J. Int'l L.	Yale Journal of International Law
YUN	Yearbook of the United Nations
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZP	Zusatzprotokoll(e)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einleitung

Das Völkerstrafrecht stand von Anfang an in einem Spannungsfeld mit dem Prinzip *Nullum Crimen Sine Lege* (NCSL-Prinzip), obwohl dieses Prinzip zum ersten Mal im Jahr 1998 im Statut eines internationalen Strafgerichtshofs explizit vorgesehen wurde, nämlich in Art. 22 und 24 des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH-Statut). Seit dem Nürnberger Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher sind einige für das Völkerstrafrecht zentrale Entwicklungen in Frage gestellt worden, weil sie angeblich durch die rückwirkende Anwendung neuen Rechts durchgeführt worden seien und somit gegen das NCSL-Prinzip verstoßen würden. Insbesondere sind der Entstehungsprozess der völkerrechtlichen Kernverbrechen (sog. *core crimes*) und die Argumentationsweise der internationalen Straftribunale bei der Feststellung des anwendbaren Rechts aus diesem Grund in schwierigen und für die Entwicklung des Völkerstrafrechts richtungweisenden Fällen kritisiert worden. Diese Diskussionen tauchen u. a. aufgrund unterschiedlicher Konzeptionen der Legalität auf, die nationalen Rechtsordnungen entstammen und nicht immer den Eigenheiten und der Dynamik des Völkerstrafrechts Rechnung tragen.

Mit Legalität sind in diesem Zusammenhang zwei miteinander verbundene Aspekte gemeint: Einerseits bezieht sich dieser Ausdruck auf die Elemente, aus denen das geltende Recht besteht, und andererseits auf die Bezugspunkte, von denen die Rechtmäßigkeit richterlicher Entscheidungen abhängt. Deswegen soll gefragt werden, ob im Völkerstrafrecht eine eigene Konzeption des NCSL-Prinzips entwickelt worden ist und wie sich eine solche Konzeption konkretisiert hat. Mit anderen Worten: ob ein Mindeststandard für das NCSL-Prinzip aus der Entwicklung des Völkerstrafrechts selbst rekonstruiert werden kann und wenn ja, mit welchen Elementen. Die vorliegende Arbeit versucht, diese Fragen zu beantworten.

Das Problem

Das NCSL-Prinzip bildet einen der wichtigsten Grundsätze des liberalen Strafrechts, das die Bürger vor willkürlicher Machtausübung schützt. Es wird insofern davon ausgegangen, dass es das Strafrecht vorhersehbar macht. Deswegen bezieht sich beispielsweise Luban auf das NCSL-Prinzip als „*the most fundamental requirement of natural justice*“¹, und auch aus diesem Grund bezeichnet Fuller die

¹ Hinsichtlich des NCSL-Prinzips behauptet Luban: „*In criminal law, the most fundamental requirement of natural justice is the Principle of Legality [...] The Principle seem close to the*

rückwirkenden Gesetze als „*the brutal absurdity of commanding a man today to do something yesterday*“.² Soll das Völkerstrafrecht tatsächlich als Strafrecht und insofern als eigentliche Ausübung von Strafgewalt und nicht nur als ein ideales Streben oder lediglich als Ausdruck reiner politischer Macht verstanden werden, muss es auch in Einklang mit diesem Prinzip stehen.³ Trotzdem sind die Konturen, die dieses Prinzip im Völkerstrafrecht hat, nicht deutlich; nicht einmal im Kontext des ISTGH-Statuts, in welches das NCSL-Prinzip explizit aufgenommen wurde.

Die Frage nach dem NCSL-Prinzip bildet ein komplexes und übergreifendes Problem, das mit unterschiedlichen Themen verknüpft ist. Arajärvi bezeichnet diese Frage deshalb als eine „Pandorabüchse“.⁴ Aber das NCSL-Prinzip scheint im Kontext des Völkerstrafrechts noch problematischer als in den nationalen Rechtsordnungen zu sein, weil die Ausübung der Strafgewalt auf internationaler Ebene besondere Herausforderungen zu überwinden hat. Die folgenden drei Aspekte können die Schwierigkeiten des NCSL-Prinzips im Völkerstrafrecht erklären: der doppelte Charakter des Völkerstrafrechts als Völker- und zugleich als Strafrecht; die Tatsache, dass das Völkerrecht fragmentiert ist; und der Zusammenhang des Völkerstrafrechts mit den internationalen Menschenrechten.

Das Völkerstrafrecht ergibt sich aus der Intersektion zweier Rechtsgebiete, nämlich dem Völkerrecht und dem Strafrecht.⁵ Damit befindet sich das Völkerstrafrecht in einem Spannungsfeld, in dem unterschiedliche Rechtsvorstellungen aufeinander treffen, die manchmal widersprüchlich zu sein scheinen. Sowohl das Völkerrecht als auch das Strafrecht beinhalten eigene Ideen hinsichtlich der Aufgaben und Strukturen der Rechtsordnung, unbeschadet der verschiedenen Ansätze innerhalb jedes Rechtsgebiets. Diese zwei Perspektiven müssen berücksichtigt werden, um die Entwicklung, das Potenzial und auch die Grenzen des Völkerstrafrechts richtig zu verstehen.⁶ Wie Vest behauptet: „das Völkerstrafrecht ist von seinen spezifischen Rechtsquellen her Völkerrecht, inhaltlich gesehen aber Strafrecht“.⁷

core of the rule of law, in two distinct ways: first, by tying crime and punishment to law rather than the ruler's arbitrary will; and second, by insisting that law must be publicly accessible, therefore integrated into the daily life of the people it governs“, Luban, in: *The Philosophy*, S. 581.

² Fuller, *The Morality*, S. 59.

³ Vgl. *Ambos*, OJLS 2013, 1 (5); *Sadat*, S. 181; *Peristeridou*, S. 33.

⁴ Vgl. *Arajärvi*, S. 149.

⁵ Vgl. *Ambos*, *Der Allgemeine Teil*, S. 40: „Der zentrale Gedanke der individuellen Verantwortlichkeit und Vorwerfbarkeit eines bestimmten (makrokriminellen) Verhaltens entstammt dem *Strafrecht*, während die klassischen (Nürnberger) Straftatbestände als internationales Recht formal dem *Völkerrecht* zuzuordnen sind“; siehe dazu auch *Cryer/Friman et al.*, S. 17; *Krefß*, ZStW 1999, 597 (599); *Bantekas*, *International*, S. 3.

⁶ Vgl. *Bantekas*, *International*, S. 3.

⁷ *Vest*, *Gerechtigkeit*, S. 140.

Das Spannungsverhältnis zwischen dem „völkerrechtlichen“ und dem „strafrechtlichen“ Charakter des Völkerstrafrechts zeigt sich deutlich wenn es um das NCSL-Prinzip geht, weil gerade dieses Thema sich genau an der Schnittstelle der beiden Rechtsgebiete befindet. Einerseits basiert das Völkerstrafrecht als Bestandteil des Völkerrechts auf demselben Rechtsquellen-system.⁸ Aus diesem Grund hat das Völkerstrafrecht eine besondere Dynamik, die es ihm erlaubt, anpassungsfähig zu sein, auch wenn dies manchmal auf Kosten der Gewissheit über den Inhalt seiner Normen geht. Andererseits betreffen seine Auswirkungen als Strafrecht wichtige Rechte des Individuums und auf diese Weise soll ein Abschreckungseffekt hervorgerufen werden. Daher ist zugleich ein Mindestmaß an Klarheit seiner Normen erforderlich.⁹

Das NCSL-Prinzip ist ferner im Völkerstrafrecht ein hoch umstrittenes Thema, weil es nicht immer einfach gewesen ist, den Stand des zum Zeitpunkt der Tat geltenden Rechts festzustellen. In diesem Kontext kann an die von Hart formulierte Behauptung erinnert werden, wonach das Völkerrecht kein Rechtssystem bildet, weil es keine einheitliche „*rule of recognition*“ hat.¹⁰ Tatsächlich muss darauf hingewiesen werden, dass das Völkerrecht zurzeit fragmentiert ist.¹¹ Ein Expansionsprozess des Völkerrechts hat seit der Mitte des zwanzigsten Jahrhunderts stattgefunden.¹² Das Völkerrecht umfasst seither mehr und mehr Aspekte des Lebens. Die verschiedenen Bereiche des Völkerrechts unterscheiden sich angesichts der zunehmenden Spezialisierung einzelner Rechtsgebiete mitunter sehr stark, sodass es schwieriger geworden ist, von einem allgemeinen Völkerrecht zu sprechen.¹³ Außerdem fehlt es dem Völkerrecht an einer einheitlichen institutionellen Struktur. Etwa das Völkerstrafrecht,¹⁴ aber auch andere Bereiche des Völkerrechts, werden durch verstreute Gerichte ohne eine bestehende Hierarchie aufgebaut. Die Fragmentierung des Völkerrechts besteht somit nicht nur materiell, sondern auch institutionell,¹⁵ was die Kohärenz der völkerrechtlichen Normen einschränkt.¹⁶ Dies macht es kompliziert, festzustellen, ob die Entscheidung eines internationalen (Straf-) Tribunals auf geltendem Recht beruht oder neues Recht schafft.

⁸ Vgl. *Cryer/Friman et al.*, S. 17–18.

⁹ Ebd.

¹⁰ Vgl. *Hart*, *The Concept*, S. 214, 236: „[T]he rules of international law, [...] constitute not a system but a set of rules [...]“.

¹¹ Zur Fragmentierung des Völkerrechts siehe den Bericht der Studiengruppe der ILC, *Fragmentation* (Doc. A/CN.4/L.702); die ILC verneint jedoch nicht, dass das Völkerrecht ein System bildet, ebd., S. 7.

¹² Ebd., S. 3.

¹³ Ebd., S. 3–5.

¹⁴ Siehe insofern *van Schaack*, *Geo. L. J.* 2008–2009, 119 (170): „*The adjudication of ICL is thus decentralized, and the field lacks a final arbiter exercising global appellate jurisdiction to harmonize and rationalize divergent trends in the law*“.

¹⁵ Bericht der Studiengruppe der ILC, *Fragmentation*, S. 4.

¹⁶ Ebd., S. 5.