

Die Strafgewalt der Weltgesellschaft

Prof. Dr. Dr. Udo Di Fabio, Bonn*

„Wer das Naturrecht überschreitet, erklärt damit, nach einer anderen Vorschrift zu leben als derjenigen der Vernunft und allgemeinen Billigkeit, welche der Maßstab ist, den Gott für die Handlungen der Menschen zu ihrer gegenseitigen Sicherheit eingesetzt hat; das Band, welches sie vor Schädigung und Gewalttat schützen soll, wird durch ihn gelockert und zerrissen, er selbst zu einer Gefahr für die Menschen. Da dies ein Vergehen gegen die ganze Gattung und ihren durch das Naturrecht vorgesehenen Frieden und die Sicherheit ist, darf aus diesem Grund jeder Mensch kraft seines Rechts, die Menschheit im allgemeinen zu schützen, Dinge, die ihm schädlich sind, abwehren oder, wo es notwendig ist, vernichten, und über denjenigen, welcher jenes Recht überschritten hat, soviel Leid verhängen als notwendig ist, ihn zur Reue zu bringen und dadurch ihn — und durch sein Beispiel andere — abzuschrecken, das gleiche Unrecht zu tun. Und in diesem Fall und aus diesem Grund ist jedermann berechtigt, den Übertreter zu bestrafen und der Vollzieher des Naturrechtes zu sein.“¹

„Die Monopolisierung des Sanktionspotentials in den Händen des Staates ist eine der wichtigsten Erscheinungen des historischen Entwicklungsprozesses menschlicher Gesellschaften.“²

A. Impermeabilität des Staates, *ius ad bellum* und das Entstehen einer überstaatlichen Rechtsordnung

Bis zum Ausbruch des Ersten Weltkrieges galt die Impermeabilität des Staates als unverrückbarer Grundsatz des westfälischen Völkerrechts. Was innerhalb seiner Grenzen und im Kreis seiner Staatsangehörigen geschah, war grundsätzlich kein Ereignis für andere Staaten, kein Anlass für normativ begründete Sanktionen. Was europäische Mächte taten, um den Boxeraufstand in China niederzuschlagen, was Engländer im Burenkrieg oder Deutsche

während des Herero-Aufstandes in Südwestafrika an Verbrechen gegen die Menschlichkeit begangen haben mochten, es war allenfalls ein Thema für die Presse und kaum mehr als ein gegebenenfalls nützliches Hilfsargument im diplomatischen Geschehen. Allerdings hatte schon der Wiener Kongress in Napoleon einen Feind der Menschheit gesehen. Ein Stück weit hatte dieser in der Potenz seines cäsaristischen Eroberungswahns die Gefahren des 20. Jahrhunderts vorweggenommen, denen eine zivile, damals überwiegend monarchische, gemeinsame Ordnung entgegentreten habe.

Die Undurchdringlichkeit des Staates galt für das Vertragsvölkerrecht ebenso wie im Falle des diplomatischen Schutzes eigener Staatsangehöriger auf fremdem Gebiet, auch wenn dadurch Spannungslagen entstehen konnten. Selbst Regeln des Kriegsvölkerrechts, des „*ius in bello*“, die vor 1914 mit der Haager Landkriegsordnung³ auf den Weg gebracht wurden, blieben normale völkerrechtliche Verträge. Mit dem Ersten Weltkrieg änderte sich jedoch die europäisch bestimmte Welt des 19. Jahrhunderts wie sie seit dem Westfälischen Frieden entstanden war. Der verheerende Krieg von 1914 – 1918 mit seiner industriellen Maschinerie, seinen exorbitanten Opferzahlen und dem umfänglichen Einsatz von Giftgas erschütterte den völkerrechtlichen Grundsatz des *ius ad bellum*. Nach diesem durfte jeder souveräne Staat Gewalt gegen andere Staaten anwenden, weil die Staatenwelt praktisch, anders als die innerstaatliche Gesellschaft, im Hobbeschen Naturzustand verweilte, wonach es keine überspannende Zivilordnung gab.⁴

Wenn schon der Staat gegenüber dem Völkerrecht exemt war, so galt dies erst recht für die Stellung seiner Bürger im Verhältnis zu anderen Staaten, solange sie sich nicht auf deren Territorien aufhielten und dort unter Fremdenrecht gestellt waren. Was ein Engländer in Japan tat, war kein Thema für einen Franzosen oder Deutschen oder für

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Universität Bonn und Direktor des Forschungskollegs für normative Gesellschaftsgrundlagen.

¹ *Locke*, Zweite Abhandlung über Regierung, Kapitel 2, Vom Naturzustand, S. 8.

² *Raiser*, Rechtssoziologie, 2013, S. 233; siehe auch diesen zitierend: Martin Nettesheim, Öffentlichkeit als Unternehmenssanktion, Verfassungsrechtliche Grenzen von „shame sanctions“, 2019, S. 31 f.

³ Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs, abgeschlossen in Den Haag am 18. Oktober 1907. *Hobe/Fuhrmann*, Vom *ius in bello* zum *ius contra bellum*: Der Beitrag der Zweiten Haager Friedenskonferenz zur Entwicklung des modernen Völkerrechts, Die Friedens-Warte, 100 Jahre Zweite Haager Friedenskonferenz von 1907 Vol. 82, No. 4, (2007), S. 97 ff.

⁴ Darauf reagiert zunächst die naturrechtliche Grenzziehung bei de Vitoria und Suárez, später dann die gemeineuropäische Forderung nach Zivilisierung des *ius inter gentes*. Siehe dazu *Gallero*, Das heutige Völkerrecht: *ius gentium* oder *ius inter gentes*, *Journal on European History of Law* 2018, S. 80 ff.

eine internationale Organisation, sondern nur für England und Japan. Mit dem Beginn des 20. Jahrhunderts trat jedoch schon ansatzweise durch den Versailler Vertrag und später ausdrücklich durch den Kellogg-Pakt von 1928 zur Ächtung des Krieges ein Stück Zivilisierung des Staates ein: Beide Verträge erklärten den Angriffskrieg als Mittel zur Durchsetzung nationaler Interessen für völkerrechtswidrig. Der 1920 geschaffene und dann wieder aufgelöste Völkerbund war ein, wenn auch matter, Vorausschein des neuen bislang abwesenden globalen Leviathans. Man verließ sich folglich im 20. Jahrhundert nicht mehr allein auf den sittlichen Kommentar der Fürsten und Staatsmänner. Im 19. Jahrhundert hatte dieser noch ein funktionales Äquivalent für die fehlende Rechtsbindung souveräner Staaten dargestellt. Genau an die Verfehlung des sittlichen Kommentars knüpfte indes der Eintritt in die Realität der überstaatlichen Strafgewalt noch an, der mit Artikel 227 des Versailler Vertrages von 1919 erfolgte. Diese Vorschrift lautete:

„Die alliierten und assoziierten Mächte stellen Wilhelm II. von Hohenzollern, vormaligen Kaiser von Deutschland, wegen schwerer Verletzung des internationalen Sittengesetzes und der Heiligkeit der Verträge unter öffentliche Anklage. Ein besonderer Gerichtshof wird eingerichtet, um über den Angeklagten unter Wahrung der wesentlichen Bürgschaften des Rechts auf Verteidigung zu Gericht zu sitzen. Der Gerichtshof besteht aus fünf Richtern, von denen je einer von folgenden fünf Mächten, namentlich den Vereinigten Staaten von Amerika, Großbritannien, Frankreich, Italien und Japan, ernannt wird. Der Gerichtshof urteilt auf der Grundlage der erhabenen Grundsätze der internationalen Politik; Richtschnur ist für ihn, den feierlichen Verpflichtungen und internationalen Verbindlichkeiten ebenso wie dem internationalen Sittengesetz Achtung zu verschaffen. Es steht ihm zu, die Strafe zu bestimmen, deren Verhängung er für angemessen erachtet.“⁵

Dies war – anders als der Vertrag von Sèvres mit der vorgesehenen Ahndung des Völkermordes an den Armeniern – mit Blick auf den deutschen Monarchen allerdings wohl eher ein Fehlstart in die Strafgewalt der Weltgesellschaft, gewissermaßen die erste Erprobung eines neuen Prinzips in ungeeigneter Konstellation. Angesichts der multiplen Verantwortung für den Ausbruch des Ersten Weltkrieges in

beiden Lagern handelte es sich jedoch mehr um den Beleg, dass Gerechtigkeit der jeweiligen Machtlage folgt. Mit einem solchen Vorgehen – so ein Einwand – könne man jedenfalls kein allgemeines neues Recht schaffen, wohl aber neues Unrecht wachsen lassen. Der Zweite Weltkrieg hingegen brachte viel stärker jene moralische Lagerbildung mit Achsen des Bösen hervor. Man musste hinsichtlich Stalins Russland oder Mussolinis Italien schon der euphorischen Siegerlaune ergeben sein, um diese Mächte nicht mit auf die Anklagebank zu setzen und vergessen, welche Verbrechen Italien in Äthiopien begangen hat. Ungeachtet dessen war das deutsche und japanische Unrecht jedoch so evident, dass mit den Nürnberger und Tokioter Kriegsverbrecherprozessen der Zugriff nun über die Grenzen der besiegten Staaten hinweg auf ihren Personenverband erlaubt und tatbestandlich ausgeprägt wurde. Die bereits 1942 ins Leben gerufene alliierte *United Nations War Crimes Commission* (UNWCC) sollte im Blick auf die neue internationale Strafgewalt Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit dokumentieren. Das Londoner Vier-Mächte-Abkommen vom 8. Mai 1945 zielte auf die Einrichtung des *International Military Tribunal* (IMT), dessen Statut neben Zuständigkeit und Verfahrensordnung materielle Straftatbestände (Verbrechen gegen den Frieden, Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit) schuf. Entsprechendes geschah in Regie der USA im Fernen Osten mit dem *International Military Tribunal for the Far East* (IMTFE) zur Aburteilung japanischer Staatsangehöriger.⁶ Damit trat das Völkerstrafrecht auf die Bühne der Weltgesellschaft, die allerdings noch eine durch den anbahnenden Kalten Krieg geteilte war.⁷ Dieser Großkonflikt behinderte zunächst die weitere Entwicklung des Völkerstrafrechts. Nichtsdestotrotz war mit der Gründung der Vereinten Nationen und dem in Art. 2 Nr. 4 der Charta fixierten allgemeinen Gewaltverbot ein neuer entscheidender Schritt zur Zivilisierung der machtstaatlichen Selbstbezüglichkeiten hin zu einem Eintritt in ein System kollektiver Sicherheit getan.

Die internationale Strafgewalt wurde nach Ende des Kalten Krieges durch das Ausbrechen von Bürgerkriegen auf dem Balkan und durch ethnische Massaker in Afrika neu gefordert. Sie konnte sich unter dem nun beinahe hegemonialen Einfluss der USA und der verbündeten europäischen Mächte entwickeln: von der Einrichtung der Ad-hoc-Strafgerichtshöfe 1993 für das ehemalige Jugoslawien und 1994 für Ruanda bis hin zur Schaffung eines Internationalen Strafgerichtshofs. Damit diese Gerichtshöfe ihre Tätigkeit aufnehmen konnten, bedurfte es jedoch der Einigung auf allgemeine Regeln und Verfahrensnormen, die die Gerichtshöfe aus völkerstrafrechtlichem Fallrecht und in Aufeinandertreffen kontinental-europäischer Prägnungen des Civil Law mit dem hier vorherrschenden Sys-

⁵ Was die Undurchdringlichkeit des Staates anging, ist auch die nachfolgende Vorschrift bemerkenswert. Artikel 228 des Versailler Vertrages lautete: „Die deutsche Regierung erkennt die Befugnis der alliierten und assoziierten Mächte an, vor ihre Militärgerichte solche Personen zu stellen, die wegen eines gegen die Gesetze und Gebräuche des Krieges verstoßenden Handlung angeklagt sind. Auf die für schuldig Befundenen finden die in den Gesetzen vorgesehenen Strafen Anwendung. Diese Bestimmung gilt ohne Rücksicht auf irgendein Verfahren oder eine Verfolgung vor einem Gerichte Deutschlands oder seiner Verbündeten. Die deutsche Regierung hat den alliierten und assoziierten Mächten oder derjenigen von ihnen, die sie darum ersuchen wird, alle Personen auszuliefern, die angeklagt sind, eine Handlung gegen die Gesetze und Gebräuche des Krieges begangen zu haben und die ihr namentlich oder nach dem Rang, dem Amt oder nach der Beschäftigung in deutschen Diensten bezeichnet werden.“

⁶ *Tomuschat*, International Criminal Prosecution. The Precedent of Nuremberg Confirmed, Criminal Law Forum 5 (1994), S. 237 f.

⁷ *Jescheck*, Die Strafgewalt übernationaler Gemeinschaften, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 65 (1953), S. 496 ff.

tem des anglo-amerikanischen Common Law entwickeln mussten. Der Internationale Strafgerichtshof von 2002 unter dem Rom-Statut von 1998 verfügt über ein umfassend angelegtes, völkervertraglich begründetes Völkerstrafrecht und Strafprozessrecht. Das deutsche Grundgesetz wurde daraufhin dieser Entwicklung angepasst, indem das vorher strikt geltende Grundrecht auf Auslieferungsschutz deutscher Staatsangehöriger in Art. 16 Abs. 2 GG mit Ausnahmen versehen wurde. Nun ist es möglich durch Gesetz eine abweichende Regelung für Auslieferungen an einen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder an einen internationalen Gerichtshof zu treffen, soweit dort rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt sind.

In dieser Entwicklung wurde der Beleg für einen epochalen Umbruch gesehen, der als postwestfälische neue Ordnung des Weltrechts, als Konstitutionalisierung des Völkerrechts und als Ende des staatlichen Souveränitätsdogmas betrachtet wurde. Die Entwicklung des Völkerstrafrechts mit der Schaffung des Internationalen Strafgerichtshofs darf jedoch nicht über die Tatsache hinwegtäuschen, dass der Internationale Strafgerichtshof immer noch auf klassischer völkervertraglicher Grundlage judiziert und die mächtigsten Staaten der Welt, die USA und China, aber auch so wichtige Staaten wie Russland, Indien, Pakistan, die Türkei und Israel der Konvention ferngeblieben sind.

Die Strafgewalt der Weltgesellschaft ist somit bezogen auf den IStGH eigentlich eine international koordinierte nationale Strafgewalt, die auch wegen des Komplementaritätsprinzips (Art. 17 IStGH-Statut), also dem Vorrang nationaler Strafverfolgung, weniger „weltebenenkonstituierend“ ist, als man es diesem Vorgang manchmal zuschreibt. Eine Art „Durchgriff der Weltregierung“, also des UN-Sicherheitsrats, erfolgt allerdings, wenn dem IStGH in einem Beschluss gemäß Kapitel VII der UN-Charta eine bestimmte „Situation“ zur Untersuchung überwiesen wird (Art. 13 lit. B IStGH-Statut). Dieser Durchgriff hängt aber natürlich vom Verzicht auf das Veto der ständigen Mitglieder des UN-Sicherheitsrats (Art. 27 III UN-Charta) ab.

Die Strafgewalt der Weltgesellschaft artikuliert sich denn auch häufig ganz und gar auf der staatlichen Bühne. Dies geschieht, wenn nach dem *Weltrechtsprinzip* nationale Gerichte ihre Zuständigkeit auch dann bejahen, wenn die Tat weder auf ihrem Territorium noch von einem eigenen Staatsangehörigen oder zum Nachteil eines ihrer Staatsangehörigen begangen wurde. Es fehlt in solchen Fällen sowohl nach dem Territorialitätsprinzip wie nach dem Personalitätsprinzip an Anknüpfungspunkten, d.h. an Legitimation für die Ausübung der staatlichen Strafgewalt.⁸ Hinter der treuhänderischen Ausübung von Staatsgewalt nach dem Weltrechtsprinzip steht die alte *actio popularis*.⁹ Wenn beispielsweise spanische Gerichte von England die Auslieferung Pinochets zur Strafverfolgung verlangten, so ging es erklärtermaßen nicht um spanische Opfer der Diktatur, sondern um die allgemeine Ahndung von Staatster-

rorismus als Verbrechen gegen die Menschlichkeit: Laut Eröffnungsbeschluss bestünde ein gemeinsames Interesse der Länder an der Verfolgung, da ein klarer Fall völkerstrafrechtlicher Verantwortlichkeit vorgelegen habe.¹⁰

Das deutsche Völkerstrafgesetzbuch formuliert in diesem Sinne Straftatbestände wie Völkermord und Kriegsverbrechen, die sog. *core crimes*, also schwerste Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren. Allerdings wird bereits diskutiert, den Katalog des Völkerstrafgesetzbuches auf weitere Straftaten wie Rauschgifthandel, Piraterie oder Terrorismus auszudehnen. Dafür bräuchte man aber völkerrechtliche Verträge oder Anhaltspunkte einer völkergewohnheitsrechtlichen Entwicklung. Das LG Hamburg hat jedenfalls bei der Verurteilung somalischer Piraten seine Zuständigkeit nicht nur wegen eines Angriffs auf deutsche Staatsangehörige und dem Flaggenprinzip bejaht. Das Gericht hat die Geltung deutschen Strafrechts für Angriffe auf den Luft- und Seeverkehr im Sinne von § 316c StGB für Auslandstaten auch unabhängig vom Recht des Tatorts gemäß § 6 Nr. 3 StGB aus dem Prinzip der Weltrechtspflege zum Schutz universeller, von der Völkerrechtsgemeinschaft anerkannter Rechtsgüter bejaht.¹¹ Es sind mit dem Weltrechtsprinzip und der Zunahme international geschützter Rechtsgüter Grenzen der Strafgewalt bereits recht weit geöffnet worden, die Entwicklung ist jedoch auch in diesem Punkte noch nicht abgeschlossen.

Allerdings handelt es sich auch bei dieser Variante der Herausbildung einer Weltstrafgewalt um eine in der Hand der Staaten befindliche, ihrer Strafverfolgungsbehörden und nationalen Gerichte. Die Geltung des Subsidiaritätsprinzips schont grundsätzlich die Staatlichkeit und die Selbstbestimmung der anderen Nationen. Es darf bei der Strafverfolgung fremder Staatsangehöriger nämlich nicht außer Acht gelassen werden, dass der Zugriff auf fremde Staatsangehörige nicht nur der Strafverfolgung dienlich ist, sondern ebenso die internationalen Beziehungen belasten kann. Denkbar sind auch Fälle, in denen der Rigorismus der Strafandrohung und Strafdurchsetzung sogar eine Bürgerkriegssituation zusätzlich verhärten kann, beispielsweise, wenn ein Despot sich mit allen Mitteln alleine deshalb an seine Macht klammert, weil er sonst eine Strafe fürchten müsste. So könnte man im Fall Syriens die Frage stellen, ob sich Assad mit Hilfe von ausländischer Unterstützung vielleicht auch deshalb so hartnäckig an die Macht geklammert hat, weil er sonst mit einer

⁸ Pappas, Stellvertretende Strafrechtspflege. Zugleich ein Beitrag zur Ausdehnung deutscher Strafgewalt nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB, 1996.

⁹ Gärditz, HStR Band XI, 3. Aufl. 2013, § 245 Rn. 31.

¹⁰ Eröffnungsbeschluss vom 10.12.1998, abgedruckt in: Ahlbrecht/Am-bos (Hrsg.), Der Fall Pinochet(s), 1999, S. 134.

¹¹ LG Hamburg, Urt. v. 19. Oktober 2012, Az. 603 KLS 17/10, Rn. 791.

Auslieferung an den Internationalen Strafgerichtshof rechnen musste.¹²

Ebenso könnte eine Entwicklung einsetzen, bei der durch überstaatlich ausgehandelte oder mit Mehrheit je nach Interessenlage formulierte Ziele auch in eine verfassungsstaatlich ausgewogene Rechtsordnung eingegriffen wird. Damit würden jedoch eine Extension, eine Moralisierung und eine machtpolitische Instrumentalisierung internationaler Strafzwecke und Straftatbestände drohen. Denkbar sind auch Entwicklungstendenzen, bei denen der Begriff des Failed State oder der Tatbestand der Menschenrechtsverletzung extensiver ausgelegt wird, so dass auch eines Tages unversehens entwickelte Rechtsstaaten wie Deutschland betroffen sein könnten. Wer hier übermäßig sensibel ist, mag an das Votum des UN-Antirassismus-Ausschusses, dem im Übrigen auch China und Nordkorea angehören, erinnert sein. Dieser hatte eine unzureichende strafrechtliche Verfolgung Deutschlands und eine falsche Gewichtung der Meinungsfreiheit im Falle Thilo Sarazins kritisiert. Aber es soll hier nicht darum gehen, Kritik an potentiellen Fehlentwicklungen zu üben oder um die Frage, wie rechtsstaatliche Grundsätze im Zuge der Europäisierung – denken wir an den europäischen Haftbefehl¹³ – und der Internationalisierung gewahrt werden können, sondern vielmehr um die verfassungsrechtliche und überrechtlich normative Perspektive.

B. Die verfassungsrechtliche und normtheoretische Perspektive

Strafe ist die Zufügung eines Übels als gezielte hoheitliche Reaktion auf ein sozial unerwünschtes, missbilligtes Verhalten, das als kriminelles Unrecht besonders hervorgehoben wird¹⁴. Die Strafe setzt bereits in überschaubaren, einfachen Interaktionen eine Beziehung zwischen mindestens zwei Menschen voraus: Mutter und Kind, LehrerIn und Schüler, Vorgesetzter und Untergebener. Strafen kann allgemein nur derjenige, der faktische Macht über einen anderen hat oder dessen Recht zum Strafen von dem Stra-

funderworfenen anerkannt wird.¹⁵ Die Frage der *Strafgewalt* ist deshalb eine der Herrschaft, ihrer Faktizität und ihrer normativen Legitimation.

Wäre Strafgewalt nur eine Variante der Staatsgewalt, so wäre der Fall klar gelagert. Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus – besagt Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG. Das elementare Staatsstrukturgebot der Volkssouveränität geht auf die Würde des Menschen und sein Recht zur Selbstentfaltung zurück. Der freie Mensch lässt sich nur von dem regieren, den er dazu ermächtigt hat, so eine Sentenz des Karlsruher Lissabon-Urteils vom 30. Juni 2009.¹⁶ Wäre Strafgewalt demnach nur eine Rubrik der Staatsgewalt und in ihrem Ordnungsrahmen eine der gesetzlichen Ermächtigung – elterliches Erziehungsrecht oder öffentliches Dienstrecht – so könnte überstaatliches Strafen nur durch Ermächtigung der Normunterworfenen selbst oder durch ihre Staaten in legitimer, rechtmäßiger Weise ausgeübt werden. Man erkennt sofort das Problem des Völkerstrafrechts, der weltgesellschaftlichen Strafgewalt, nämlich welche Zustimmungskette greift, wenn sich jemand vor einer fremden Staatsgewalt rechtfertigen muss oder ihr ausgeliefert wird. Das Problem entsteht bereits in traditioneller Weise, wenn sich ein Ausländer in Deutschland vor einem Gericht zu verantworten hat, weil er die Rechtsgüter Deutscher geschädigt hat. Nur in der Tat selbst kann das Einverständnis gesehen werden, ganz in jenem kantischen Sinne, dass derjenige, der das Unrecht begeht, den gerechten Ausgleich und ergo seine Bestrafung wollen muss. Nur so können die Ordnung der Welt sowie die apriorischen Bedingungen der Freiheit und Personalität erhalten bleiben. Der afghanische Terrorist, der einen US-Bürger tötet, weiß, dass die USA ihn verfolgen werden – mit hoffentlich rechtsstaatlich und völkerstrafrechtlich unbedenklichen Mitteln. Und mehr noch müsste er es nach den Bedingungsregeln praktischer Vernunft wollen, damit die Ordnung der Freiheit Bestand haben kann. Von dort aus ist es jedoch nur ein kleiner Schritt zum Weltrechtsprinzip, weil jeder, der Verbrechen gegen die Menschlichkeit begeht, mit einer Strafe durch alle zivilisierten Staaten rechnen muss.

Der einleuchtende normtheoretische Grund muss indes mit Vorsicht genossen werden. Hier geht es um eine normative Regel aus der Philosophie, aus der nicht unmittelbar eine Rechtsfolge abgeleitet werden kann, auch wenn (normative) Legitimität ein Brückenelement sein mag.

Der verschlungene Doppelcode des neuzeitlichen Rationalismus, seine *normative Doppelhelix*, liegt in einem selbstexpansiven, aber auch selbstregulativ gedachten Persönlichkeitsbild und dem des Citoyen, der sich in einer politischen Gemeinschaft bindet und in dieser zur Selbstregierung gelangt.¹⁷ Dahinter steht auch die verschlungene

¹² Vermutlich musste er mehr für den Fall des Unterliegens die Lynchjustiz im eigenen Lande fürchten. Der Strafgewalt des IStGH unterliegt Syrien mangels Beitritts nicht, aber das hätte im Fall des Sieges einer westlichen Koalition mit einem UN-Tribunal geändert werden können, zumal bereits die Ausdehnung der Zuständigkeit des IStGH von seiner Präsidentin Silvia Fernández de Gurmendi gefordert wurde: „Der Strafgerichtshof muss endlich globale Geltung erhalten, auch in Syrien. Sodass er nicht mehr auf das Gutdünken des UN-Sicherheitsrats in einem Einzelfall angewiesen ist, sondern auf eigene Initiative überall ermitteln kann.“ SZ vom 31.10.2017, <https://www.sueddeutsche.de/politik/strafgerichtshof-in-den-haag-warum-assad-weiter-ungehindert-morden-kann-1.3728964> (Abruf v. 23.8.2019).

¹³ BVerfGE 113, 273 ff.; 140, 317 ff.

¹⁴ BVerfGE 105, 135 (153): „die Strafe als missbilligende hoheitliche Reaktion auf schuldhaftes kriminelles Unrecht“.

¹⁵ Strafe ist insofern Herrschaft und weist als asymmetrische, regelmäßig nicht konsensuale Sozialbeziehung einen besonderen Legitimitätsbedarf auf, siehe *Di Fabio*, Herrschaft und Gesellschaft, Studienausgabe 2019, S. 37 f.

¹⁶ BVerfGE 123, 267 (341); 142, 123 (191); BVerfG Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juli 2019 - 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14 Rn. 117.

¹⁷ *Di Fabio*, Schwankender Westen, 2015, S. 137 ff.

Ambiguität, dass der Mensch in seiner Freiheit einerseits willkürlich selbstherrlich sein darf, aber andererseits auch durch die anthropologischen und sozialen Konstitutionsbedingungen des Freiseins in die Logik der Vernunft zur Achtung des Anderen bereits als Gebot der Selbstachtung „gezwungen“ wird. Die großen völkerstrafrechtlichen Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit sind das, was – mit einer Formulierung Kants gesprochen – als „Vernunft unmittelbare Achtung abnötigt“.¹⁸ Sie werden in der Form des Rechts bekräftigt, aber dürfen auch nicht über das Maß des von der Vernunft für „evident“ Gehaltenen hinausreichen.

Das in Europa geborene Epochenprojekt der Neuzeit rückt den einzelnen Menschen mit seiner individuellen Urteilskraft und seiner Fähigkeit zur Selbstentfaltung in den Mittelpunkt jeder legitimen Sozialordnung. Die *naturrechtliche* Idee angeborener Menschenrechte konzentriert sich auf die für alle gleich bestehende Freiheit, das eigene Leben zu gestalten. Aus der Elementarität personaler Freiheit folgt deduktiv notwendig der Kontraktualismus, der politische Gemeinschaften nur als Ergebnis des übereinstimmenden Willens der Bürger dieses Gemeinwesens akzeptiert. Der Kontraktualismus ist unentrinnbar ein notwendiger Partikularismus, der aus einer universalen Setzung des Menschenbildes folgt, sofern man nicht den Weltstaat als einzig wirklich legitime souveräne politische Herrschaft ansehen will.

Sobald aus dem fiktiven Kontraktualismus im Sinne von Hobbes ein praktisch wirksamer Kontraktualismus wird wie bei Locke oder im Zuge der Aufklärung und der französischen Revolution, bilden sich europäische Republiken, deren politische Dynamik vom Prinzip der *Volksouveränität* bestimmt wird. Die konstruktive Spannung zwischen dem Universalismus angeborener Menschenrechte und dem Partikularismus nationaler Volkssouveränität scheint im 20. Jahrhundert in Europa mit dem Ausbruch des Ersten Weltkrieges destruktiv zu werden und verlangt nach neuen Antworten. Auch Demokratien können in einen wirtschaftlichen, kulturellen und politischen *Staatenantagonismus* geraten. Auch Demokratien können sich, wie von Kant vorausgeahnt, mit ihrem Partikularismus selbst vernichten. Es gibt aber auch einen von der Vernunft gezeichneten Ausweg. Zu diesem hat Kant etwas für die Strafgewalt der Weltgesellschaft in seinem Gemeinspruch beigesteuert, wenn er die weltbürgerliche Verfassung an sich als das Vernünftige auf dem Weg zur Zivilisierung der Staaten zur Vermeidung beständiger Kriege ansieht. Im gleichen Zuge warnt er jedoch auch vor dem globalen Leviathan und wendet sich sehr deutlich gegen einen Weltstaat, dessen Tendenz zum „*Despotismus*“ seiner Ansicht nach als Gefahr für die persönliche Freiheit erscheine. Aus diesem Grund – und dies ist ganz typisch für die anspruchsvolle Doppelhelix der Neuzeit –

verlangt er auch den „rechtlichen Zustand der Föderation nach einem gemeinschaftlich verabredeten Völkerrecht“.¹⁹

C. Strafgewalt in der Zeit neuer Multipolarität

Noch vor kurzem, vor der Erschütterung des Westens durch die Weltfinanzkrise, wurde eruiert, ob die Weltgesellschaft nicht durch die strukturellen Kopplungen von Funktionssystemen entsteht – gleichsam hinter dem Rücken der in ihren jeweiligen Kulturen gefangenen Akteure. So wurde weltgesellschaftlich die Verrechtlichung der Politik an der Schnittstelle von *Global Law* und *Global Governance* mit derjenigen strukturellen Kopplung verglichen, die wir aus dem Rechts- und Verfassungsstaat kennen.²⁰ Inzwischen hat sich das Bild jedoch geändert. Eine weltgesellschaftliche Referenz gibt es immer noch, die Bestimmungsfaktoren, die Machtlagen haben sich allerdings verschoben. Es geht inzwischen nicht mehr um Global Governance und um ein universell angelegtes Völkerrecht mit einem Weltstrafgericht als den Nukleus eines weltrepublikanischen Gewaltmonopols. Vielmehr zeigen große Mächte wie China und Russland mit regionaler Hegemonie ihre Nähe zu einem Denken, welches an Carl Schmitt und seine Großraumtheorie von 1939 erinnert.²¹ Zusätzlich verlassen auch die Führungsmächte des Westens, insbesondere die USA und sein Juniorpartner England, eine Bühne, die sie ursprünglich errichtet haben. Der überstaatliche Strafanspruch wird wieder stärker dezisionistisch: Sein Geltungsanspruch hängt ab von seiner Durchsetzbarkeit – und seiner Durchsetzbarkeit von konkreten Machtlagen. Insofern wird der Zusammenhang zwischen einer politischen Gemeinschaft, ihren demokratischen Konstitutionsbedingungen und der Legitimität der Strafgewalt wieder wichtiger. Strafgewalt ist indes nicht nur eine Sache der demokratischen Mehrheitsentscheidung, sondern bedarf rechtlich elementarer formaler Regeln des Rechtsstaats. Im Kerngedanken geht es darum, auch im Strafverfahren die Subjektqualität des Einzelnen zu schützen und damit letztlich auch das dahinterstehende transzendente Fundament einer sittlichen Werteordnung. In Zeiten einer *volatilen Weltgesellschaft* mit fragmentierten politischen Räumen und Rechtsunsicherheiten obliegt der Rechtswissenschaft, thematisch hier der Strafrechtswissenschaft und der Rechtsphilosophie, eine große Aufgabe. Sie muss die normativen Grundlagen einer zivilisierten Gesellschaft auch in Phasen kenntlich machen, in denen sich vieles wandelt und die Zeit für Tiefenbohrungen in die Ideengeschichte zu fehlen scheint. Angesichts tagespolitischer Aufgeregtheiten, die immer wieder neue politische Zwangslagen erzeugen und umsichtiges, abgewogenes Handeln erschweren, handelt sich dabei um keine leichte Aufgabe.

¹⁸ Kant, Über den Gemeinspruch (1793), S. 40 (zitiert nach der Philosophischen Bibliothek, Meiner Verlag 1992, hrsg. von Heiner F. Klemme).

¹⁹ Kant, Über den Gemeinspruch (1793), S. 46 (zitiert nach der Philosophischen Bibliothek, Meiner Verlag 1992, hrsg. von Heiner F. Klemme).

²⁰ Fischer-Lescano, Globalverfassung. Die Geltungsbegründung der Menschenrechte, 2005, S. 215.

²¹ Di Fabio, Herrschaft und Gesellschaft, Studienausgabe 2019, S. 241 ff.