

# Die mäßig pazifistische Neuregelung des Aggressionsverbrechens nach § 13 VStGB

## Besprechung des Gesetzes zur Einführung des Verbrechens der Aggression in das deutsche Völkerstrafgesetzbuch

von Annegret L. Hartig, LL.M., *maître en droit*\*

### Abstract

Die Einigung der Vertragsstaaten des Internationalen Strafgerichtshofes auf eine Definition des Aggressionsverbrechens schuf seit 2010 den Anreiz, wenn auch nicht die Pflicht, diese internationale Entwicklung in das deutsche Recht zu übersetzen. Das am 1.1.2017 in Kraft getretene Gesetz zur Neuregelung des Aggressionsverbrechens bemüht sich um einen Balanceakt: Einerseits sollte der deutschen Normtradition aus §§ 80, 80a StGB und Art. 26 GG ausreichend Rechnung getragen werden. Andererseits war es die erklärte Absicht des Gesetzgebers, den deutschen Straftatbestand behutsam an die Parallelnorm im Statut des Internationalen Strafgerichtshofes anzugleichen. Der Beitrag untersucht die neue Regelung in § 13 VStGB im Lichte der Bestimmung des Statuts. Dabei weist er auf die Schwachstellen der Neuregelung hin, die vor allem im Festhalten am Merkmal des Angriffskrieges, der Aufnahme des minder schweren Falles sowie im Verzicht auf das Weltrechtsprinzip zu sehen sind.

### I. Entstehungsgeschichte

Am 1.1.2017 trat das Gesetz zur Änderung des Völkerstrafgesetzbuches in Kraft, welches das Verbrechen der Aggression in Anlehnung an die Parallelvorschrift im Statut des Internationalen Strafgerichtshofes (IStGH-Statut) unter Berücksichtigung nationaler Besonderheiten als neuen Straftatbestand einführt.<sup>1</sup> Bereits seit 1968 war die Vorbereitung eines Angriffskrieges (§ 80 StGB a.F.) und die Aufstachelung zum Angriffskrieg (§ 80a StGB) unter deutschem Recht strafbar. Dies diente der Umsetzung des Verfassungsauftrages aus Art. 26 GG, die Führung eines Angriffskrieges unter Strafe zu stellen, und trug damit der historischen Verantwortung Deutschlands als Initiator zweier Weltkriege Rechnung. Die im Jahre 2010 erfolgte Einigung der Vertragsstaaten des Internationalen Strafgerichtshofes (IStGH) auf eine Definition des Aggressionsverbrechens und auf die Bedingungen zur Ausübung der Gerichtsbarkeit legten es nahe, diese völkerstrafrechtliche Entwicklung national nachzuzeichnen.<sup>2</sup> Eine Umsetzungspflicht bestand für den deutschen Gesetzgeber nach

dem im IStGH-Statut verankerten Komplementaritätsprinzip allerdings nicht.<sup>3</sup> Dieses besagt lediglich, dass der Internationale Strafgerichtshof komplementär zu nationalen Strafgerichten tätig wird, wenn Staaten nicht willens oder außer Stande sind, die Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen selbst durchzuführen. Dennoch schafft es für Staaten – wie auch Deutschland<sup>4</sup> – den Anreiz, sich souveränitätswahrend in den Stand zu versetzen, eigene Strafverfolgungen aufnehmen zu können.<sup>5</sup> Sobald nationale Behörden in „derselben Sache“ ermitteln, ist dem Internationalen Strafgerichtshof grundsätzlich der Zugriff verwehrt.<sup>6</sup> Die Beurteilung, ob eine Strafverfolgung in „derselben Sache“ erfolgt, hängt nicht von der rechtlichen Einordnung des Verhaltens oder dem Charakter der zugrundeliegenden Strafnorm ab, sodass die Schaffung eines genuin völkerstrafrechtlichen Tatbestandes im Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) nicht aufgrund des einfachrechtlichen Charakters des § 80 StGB a.F. erforderlich gewesen wäre.<sup>7</sup> Entscheidend ist, ob die nationale Strafverfolgung „im Wesentlichen wegen desselben Verhaltens“ durchgeführt wird.<sup>8</sup> Da nach dem Wortlaut des § 80 StGB a.F. allein die Vorbereitung des Angriffskrieges strafbar war, bestand im Falle seiner tatsächlichen Durchführung eine Regelungslücke und damit die Möglichkeit eines Eingreifens des IStGH trotz deutscher Verfolgungsbemühungen. Wegen des geringeren Unrechtsgehalts ist die Vorbereitung eines Angriffskrieges nicht dasselbe Verhalten wie seine Durchführung. Dies zeigt sich nicht zuletzt in der nach neuer Rechtslage vorgesehenen Strafrahmenregelung in § 13 Abs. 1 und Abs. 2 VStGB. Zwar wurde argumentiert, § 80 StGB a.F. decke *a minori ad maius* die Durchführung eines Angriffskrieges ab.<sup>9</sup> Dennoch stellt die explizite Aufnahme aller in Artikel 8 *bis* IStGH-Statut beschriebenen Verhaltensweisen neben dem Analogieverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG<sup>10</sup> sicher, dass beim Aktivwerden deutscher Behörden keine zusätzlichen internationalen Ermittlungen aufgenommen werden.

\* Die Verfasserin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Juristische Zeitgeschichte von Prof. Dr. Florian Jeßberger an der Universität Hamburg.

<sup>1</sup> Zur Erarbeitung des Gesetzesentwurfes, vgl. *Greßmann/Staudigl*, ZIS 2016, 798.

<sup>2</sup> Eingehend zur Einigung der Vertragsstaaten *Clark*, *Goettingen Journal of International Law* (2010), 689.

<sup>3</sup> *Werle/Jeßberger*, *Völkerstrafrecht*, 4. Aufl. (2016), Rn. 86.

<sup>4</sup> So auch die Gesetzesbegründung, vgl. BT-Drs. 18/8621, S. 1.

<sup>5</sup> Vgl. *Werle/Jeßberger*, Rn. 291.

<sup>6</sup> Vgl. Art. 17 Abs. 1 IStGH-Statut. Näher dazu *Schabas/El Zeidy*, in: *Triffterer/Ambos*, *The Rome Statute*, 3. Aufl. (2016), Art. 17 Rn. 31 ff.

<sup>7</sup> Vgl. IStGH (PTC), *Beschl. v. 31.5.2013*, *Gaddafi und Al-Senussi*, Rn. 85, 88.

<sup>8</sup> Vgl. IStGH (AC), *Urt. v. 30.8.2011*, *Ruto et al.*, Rn. 40.

<sup>9</sup> Vgl. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, *Besonderer Teil 2*, 10. Aufl. (2012), § 90 Rn. 1.

<sup>10</sup> Kritisch dazu auch *Classen*, in: *MüKo-StGB*, 3. Aufl. (2017), § 80 Rn. 30.

## II. Die Regelung des Aggressionsverbrechens in § 13 VStGB

Zusammenfassend ist nach § 13 VStGB jeder *de facto* Staatsführer wegen eines Aggressionsverbrechens strafbar, der eine Angriffshandlung begeht, plant, vorbereitet oder einleitet, die ihrer Art, ihrer Schwere und ihrem Umfang nach eine offenkundige Verletzung der Charta der Vereinten Nationen darstellt. Diese aus Art. 8 *bis* IStGH-Statut entlehnte Grundaussage findet innerhalb des § 13 VStGB eine Systematisierung, wonach für die Begehung des Aggressionsverbrechens Abs. 1 und für Tathandlungen im Vorfeld Abs. 2 Anwendung findet, Abs. 3 eine Legaldefinition der staatlichen Angriffshandlung enthält, Abs. 4 den Sonderdeliktscharakter verdeutlicht und Abs. 5 einen minder schweren Fall vorsieht.

### 1. Staatliche Angriffshandlung und offenkundige Verletzung

Zunächst bedarf es für ein Aggressionsverbrechen nach § 13 Abs. 1 VStGB einer staatlichen Angriffshandlung auf der Makroebene. Diese wird in § 13 Abs. 2 VStGB übereinstimmend mit Art. 8 *bis* Abs. 2 S. 1 IStGH-Statut definiert als eine „gegen die Souveränität, die territoriale Unversehrtheit oder die politische Unabhängigkeit eines Staates gerichtete oder sonst mit der Charta der Vereinten Nationen unvereinbare Anwendung von Waffengewalt durch den Staat“. Strafrechtliche Relevanz erhält die Angriffshandlung gem. § 13 Abs. 1 VStGB erst ab einer gewissen Schwelle: Es muss sich um eine ihrer Art, Schwere und Umfang nach offenkundige Verletzung der Charta der Vereinten Nationen (VN-Charta) handeln.<sup>11</sup> Dies dient dazu, völkerrechtlich umstrittene Fälle der Gewaltanwendung vom Tatbestand auszuschließen und entspricht dem *ultima ratio*-Gedanken des Strafrechts.<sup>12</sup> Abweichend von der Parallelnorm im IStGH-Statut nennt § 13 Abs. 1 VStGB den Angriffskrieg als „Prototypen“ einer derart die VN-Charta offenkundig verletzenden Angriffshandlung.

Notwendig wäre die Nennung des Angriffskrieges freilich nicht gewesen. Art. 26 GG gibt dem Gesetzgeber den Auftrag, „Handlungen, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören, insbesondere die Führung eines Angriffskrieges vorzubereiten“ unter Strafe zu stellen. Kernstück des Verfassungsauftrages ist also die Wahrung des friedlichen Zusammenlebens der Völker durch entsprechende Pönalisierung, während der Angriffskrieg als Re-

gelbeispiel einer friedensgefährdenden Handlung („insbesondere“) eher als Verfassungslyrik einzuordnen ist. Die entsprechende Begründung, die Nennung des Angriffskrieges diene der Berücksichtigung des Verfassungsauftrages aus Art. 26 GG, mag daher nicht ganz überzeugen.<sup>13</sup>

Gleichermaßen kritisch ist die Gesetzesbegründung zu sehen, wonach mit der Nennung des Angriffskrieges ein höherer Grad an Bestimmtheit einhergeht.<sup>14</sup> 1968 ergaben sich im Rahmen der Strafrechtsreform zur Einführung des Straftatbestandes des Angriffskrieges noch Bedenken, „angesichts des Postulats der Gesetzesbestimmtheit der Straftatbestände [...] einen mit solchen Ungewißheiten belasteten Straftatbestand vorzusehen“.<sup>15</sup> Da die Definition des Angriffskrieges hauptsächlich auf der Nürnberger und Tokioter Nachkriegsrechtsprechung fußt,<sup>16</sup> stellt sich die Frage, wie der Begriff seit 1968 derart an Konturen gewonnen haben kann, um nun als Verteidiger des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes nach Art. 103 Abs. 2 GG zu gelten.<sup>17</sup>

Nicht zuletzt erscheint die Verwendung des Begriffs des Angriffskrieges als Abweichung zur völkerrechtlichen Tendenz, einen derart mit Assoziationen aufgeladenen Begriff<sup>18</sup> zu vermeiden: Im humanitären Völkerrecht wird nicht zwischen zwischenstaatlichen Kriegen und Bürgerkriegen unterschieden, sondern zwischen internationalen und nichtinternationalen bewaffneten Konflikten.<sup>19</sup> Die zentrale Norm der VN-Charta ist nicht als Kriegsverbot, sondern bereits als Gewaltverbot ausgestaltet.<sup>20</sup> Diese Terminologie legt nahe, dass der Begriff des Krieges als rechtliche Kategorie Probleme aufwirft. Der Meinung schienen auch die Vertragsstaaten des *IStGH* zu sein, als sie sich – von den Statuten des *Internationalen Militärgerichtshofes für den Fernen Osten* abweichend<sup>21</sup> – gegen die Übernahme des Begriffes des Angriffskrieges entschieden. Eine merkliche Erweiterung der Strafbarkeit geht damit nicht einher, da die Angriffshandlung ohnehin die Strafbarkeitsschwelle der „offenkundigen Verletzung“ der VN-Charta am Maßstab der kumulativen Trias der Art, der Schwere und des Umfangs überschreiten muss.<sup>22</sup> Der deutsche Gesetzgeber hätte daher zugunsten eines gestrafften Tatbestandes auf die illustrative Nennung des Angriffskrieges verzichten können.

Dies gilt umso mehr, als er im Übrigen eine generalklauselartige Ausgestaltung des Tatbestandes einer kasuistischen vorzuziehen scheint. Bei der Definition des Tatbestandsmerkmals der staatlichen Angriffshandlung in § 13

<sup>11</sup> So auch Art. 8 *bis* Abs. 1 IStGH-Statut. Im Einzelnen vgl. *Zimmermann/Freiburg*, in: *The Rome Statute*, Art. 17 Rn. 31 ff.

<sup>12</sup> Aus diesem Grund sind humanitäre Interventionen nach wohl h.M. zwar völkerrechtswidrig, aber straflos, vgl. *Zimmermann/Freiburg*, in: *The Rome Statute*, Art. 8 *bis*, Rn. 77 ff.

<sup>13</sup> Vgl. BT-Drs. 18/8621, S. 16.

<sup>14</sup> A.a.O.

<sup>15</sup> Vgl. BT-Drs. V/2860; GBA, Entscheidung v. 21.3.2003, JZ 2003, 908 (909).

<sup>16</sup> Vgl. *Werle/Jeßberger*, Rn. 1510; *Kreß*, ZStW 115 (2003), 294 (296).

<sup>17</sup> So auch *Effinowicz*, JuS 2017, 24 (25). A.A. *Jeßberger*, ZIS 2015, 514 (518).

<sup>18</sup> Vgl. auch *Zimmermann/Freiburg*, in: *The Rome Statute of the ICC*, Art. 8 *bis* Rn. 17: „the loaded notion of a ‚war of aggression““.

<sup>19</sup> Vgl. Art. 2 Genfer Konventionen I-IV; Art. 3 Genfer Konventionen I-IV.

<sup>20</sup> Vgl. Art. 2 Nr. 4 VN-Charta.

<sup>21</sup> Siehe Art. 6 lit. a IMT-Statut, Art. 5 lit. a IMTFO-Statut.

<sup>22</sup> Vgl. *Werle/Jeßberger*, Rn. 1536. Dinstein geht sogar davon aus, dass das Aggressionsverbrechen trotz seiner sprachlichen Abweichung inhaltlich mit dem Begriff des Angriffskrieges übereinstimmt, vgl. *Dinstein*, *War, Aggression and Self-Defence*, 6. Aufl. (2017), 144-145.

Abs. 3 IStGH-Statut hat der Gesetzgeber auf die Liste an möglichen Angriffshandlungen verzichtet, wie sie in Art. 8 *bis* Abs. 2 S. 2 IStGH-Statut in Übereinstimmung mit der Resolution 3314 der VN-Generalversammlung niedergelegt ist.<sup>23</sup> Eine vollständige Entkopplung scheint dennoch nicht beabsichtigt. Wie den Gesetzesbegründungen zu entnehmen ist, sollen die sieben aufgelisteten Angriffshandlungen bei der Auslegung herangezogen werden.<sup>24</sup> Aus Gründen der Übersichtlichkeit ist dies zu begrüßen. Angesichts dessen, dass der völkergewohnheitsrechtliche Charakter der aus der Resolution 3314 stammenden Definition und der aufgelisteten Angriffshandlungen umstritten ist,<sup>25</sup> hätte eine explizite Auflistung im deutschen Völkerstrafgesetzbuch die Staatenpraxis diesbezüglich verdichtet.

## 2. Tathandlungen von der Vorbereitung bis zur Begehung

In Anlehnung an die Statuten des *IStGH*, des *Internationalen Militärgerichtshofes* und des *Internationalen Militärgerichtshofes für den Fernen Osten* sind fortan nach § 13 VStGB alle Einzelphasen der Deliktsverwirklichung von der Planung bis zur Begehung des Aggressionsverbrechens strafbar.<sup>26</sup> Damit schließt § 13 VStGB die Regelungslücke, die durch die bloße Pönalisierung der Vorbereitung des Angriffskrieges nach alter Rechtslage bestand.<sup>27</sup>

Anders als im IStGH-Statut sind in § 13 VStGB wegen des unterschiedlichen Schweregrades für Tathandlungen zusätzliche Anforderungen und unterschiedliche Rechtsfolgen vorgesehen. Für die tatsächliche Begehung der Angriffshandlung stellt § 13 Abs. 1 VStGB keine weiteren Voraussetzungen auf. Dagegen sind nach § 13 Abs. 2 VStGB Tathandlungen im Vorfeld der Angriffshandlung (Planen, Vorbereiten und Einleiten) aufgrund des Grundgesetzes des schuldangemessenen Strafens nur dann strafbar, wenn die Angriffshandlung begangen worden ist (Nr. 1) oder durch sie die Gefahr einer Angriffshandlung für die Bundesrepublik Deutschland herbeigeführt wird (Nr. 2). Das Planen, Vorbereiten und Einleiten einer Angriffshandlung ist also von einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit (Nr. 1) oder dem Eintritt einer konkreten Gefahr (Nr. 2) abhängig. Die auf dem ersten Blick innovative Regelung des § 13 Abs. 2 Nr. 1 mag sich an der Grundentscheidung der Vertragsstaaten des *IStGH* orientieren, wonach das Aggressionsverbrechen nur bei tatsächlicher Durchführung der Angriffshandlung strafbar

ist. Dies ergibt sich zwar nicht direkt aus Art. 8 *bis* IStGH-Statut, wohl aber aus den sog. Verbrechenselementen, die gem. Art. 9 Abs. 1 IStGH-Statut vom *IStGH* bei der Auslegung des Statuts zu berücksichtigen sind.<sup>28</sup> Das Erfordernis einer konkreten Kriegsgefahr für Deutschland nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 VStGB fußt dagegen auf dem zuvor geltenden § 80 StGB. Dessen Reduzierung des Friedensbegriffes auf die zwischenstaatlichen Beziehungen Deutschlands stand angesichts des weiten Verfassungsauftrages nach Art. 26 GG („friedliche Zusammenleben der Völker“) bereits in der Kritik.<sup>29</sup>

Daher ist der partielle Verzicht auf die Herbeiführung einer Kriegsgefahr für Deutschland in § 13 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 VStGB positiv hervorzuheben. Das Erfordernis der Kriegsgefahr für Deutschland nach alter Rechtslage führte dazu, dass der Generalbundesanwalt den Anfangsverdacht im Falle der Irakinvasion ablehnen konnte. Die Möglichkeit eines Krieges zwischen fremden Staaten reichte nach § 80 StGB a.F. nicht aus.<sup>30</sup> Angesichts der militärischen Zurückhaltung Deutschlands und seiner geographischen Lage inmitten einer der friedlichsten Regionen der Welt<sup>31</sup> ist allerdings kaum mit einer konkreten Kriegsgefahr für Deutschland zu rechnen. Daher sind die einzig für die deutsche Strafjustiz denkbaren Fälle diejenigen, in denen sich die deutsche Führungsriege an Aggressionsverbrechen anderer Staaten beteiligt. Dies zeigte bereits der Fall „Irak“, in dem eine Strafanzeige gegen Bundeskanzler *Schröder* und andere Regierungsmitglieder erhoben wurde. Damals hatte Bundeskanzler *Schröder* explizit erklärt, sich nicht am militärischen Schlag gegen den Irak zu beteiligen. Die deutsche Unterstützung an der amerikanischen Intervention erschöpfte sich vornehmlich in der Gewährung von Überflug-, Bewegungs- und Transportrechten.<sup>32</sup> Diskutabel wäre also eine Strafbarkeit der Regierungsmitglieder wegen physischer Beihilfe gewesen.<sup>33</sup> Ohne aber umfassend die inhaltlich wichtige Frage klären zu müssen, inwieweit die Gewährung solcher Rechte unter § 27 StGB fallen könnte und ob die Irakinvasion völkerrechtswidrig ist, lehnte der Generalbundesanwalt die Aufnahme von Ermittlungen mangels Kriegsgefahr für Deutschland ab.<sup>34</sup> Durch den Verzicht auf das Merkmal der Kriegsgefahr für Deutschland in § 13 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 VStGB wird sich fortan der Argumentationsschwerpunkt des Generalbundesanwaltes verschieben. Dies zeigte sich bereits in den ersten Strafanzeigen, die bei der Bundesanwaltschaft nach Inkrafttre-

<sup>23</sup> Vgl. VN-Generalversammlung, Resolution 3314 v. 14.12.1974, Anhang, Art. 3.

<sup>24</sup> Vgl. BT-Drucksache V/2860, S. 19.

<sup>25</sup> Vgl. *Solera*, Defining the Crime of Aggression, 2007, S. 201 ff.; *Carrie McDougall*, The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court, 2013, S. 95; *Dinstein*, S. 147 f.

<sup>26</sup> Vgl. Art. 8 *bis* Abs. 1 IStGH-Statut. Art. 6 lit. a IMT-Statut und Art. 5 lit. a IMTFE-Statut weichen vom Wortlaut nur insofern ab, als sie „waging“ anstatt „execution“ als Ausführungshandlung bezeichnen. Zur Auslegung der einzelnen Tathandlungen, vgl. *Jefberger*, ZIS 2015, 514 (516 f.).

<sup>27</sup> Eine derartige Regelungslücke bestand nicht, wenn man die Durchführung aufgrund eines Erst-Recht-Schlusses als mitumfasst ansah. Dazu bereits Fn. 9.

<sup>28</sup> Vgl. Verbrechenselemente zu Art. 8 *bis* IStGH-Statut, § 3. So auch *Jefberger*, in: FS Schomburg, 2018, S. 180 (192).

<sup>29</sup> Vgl. *Classen*, MüKo-StGB, § 80 Rn. 7.

<sup>30</sup> GBA, Entscheidung v. 21.3. 2003, JZ 2003, 908 (911).

<sup>31</sup> Vgl. *Institute for Economics & Peace*, Global Peace Index 2018, S. 14, abrufbar unter: <http://visionofhumanity.org/reports> (zuletzt abgerufen am 25.10.2018).

<sup>32</sup> GBA, Entscheidung v. 21.3. 2003, JZ 2003, 908 (911).

<sup>33</sup> Nach Art. 3 lit. f der Resolution 3314 der VN-Generalversammlung könnte sogar die Zurverfügungstellung deutschen Staatsgebiets an die USA eine eigene deutsche Angriffshandlung darstellen, wenn es der deutsche Staat „zulässt, dass dieses Hoheitsgebiet von dem anderen Staat dazu benutzt wird, eine Angriffshandlung gegen einen dritten Staat zu begehen“. Wenn die Verletzung der VN-Charta offenkundig ist, käme nicht nur die Beteiligung an einem amerikanischen Aggressionsverbrechen in Betracht, sondern auch die täterschaftliche Begehung eines deutschen Aggressionsverbrechens durch deutsche Regierungsmitglieder.

<sup>34</sup> GBA, Entscheidung v. 21.3. 2003, JZ 2003, 908 (911).

ten des § 13 VStGB eingingen. Beispielsweise wurde Mitgliedern der Bundesregierung, insbesondere Bundeskanzlerin *Merkel*, vorgeworfen, die Militärschläge der USA, Großbritanniens und Frankreichs in Syrien gutzuheißen, die trotz fehlender Ermächtigung des VN-Sicherheitsrates als Reaktion auf die Verletzung der Chemiewaffenkonvention durch Syrien durchgeführt wurden.<sup>35</sup> Da nach § 13 Abs. 1 VStGB die im Syrienkonflikt fehlende Kriegsgefahr für Deutschland unschädlich ist, verspricht die Strafanzeige eine Auseinandersetzung mit wesentlichen Tatbestandsmerkmalen des Aggressionsverbrechens. Insbesondere wäre zu klären, ob der Militärschlag als Reaktion auf die Verletzung eines völkerrechtlichen Vertrags als eine wohl völkerstrafrechtswidrige Repressalie zu werten ist, oder ob es sich um eine straflose humanitäre Intervention handelt.<sup>36</sup> Zudem ist mit Blick auf künftige oder andauernde Militäreinsätze zu überlegen, ob Mitglieder der Bundesregierung psychische Beihilfe leisten, wenn sie es in einer Pressemitteilung unterstützen, dass ihre „amerikanischen, britischen und französischen Verbündeten als ständige Mitglieder des UN-Sicherheitsrats in dieser Weise Verantwortung übernommen haben“, da der „Militäreinsatz [...] erforderlich und angemessen [war], um die Wirksamkeit der internationalen Ächtung des Chemiewaffeneinsatzes zu wahren und das syrische Regime vor weiteren Verstößen zu warnen“. Mit der ersten Frage zusammenhängend wäre zunächst zu erörtern, ob sich die Rechtmäßigkeit eines Militärschlages inmitten eines bewaffneten Konfliktes überhaupt am Maßstab des für das Aggressionsverbrechen relevanten Gewaltverbots der VN-Charta (also dem *ius ad bellum* oder *ius contra bellum*) misst oder ob allein das humanitäre Völkerrecht (*ius in bello*) Anwendung findet.<sup>37</sup> In einem zweiten Schritt wäre dann zu prüfen, ob Repressalien unter Anwendung bewaffneter Gewalt und ohne Ermächtigung des VN-Sicherheitsrates offensichtlich völkerrechtswidrig und damit strafbar sind. Dieser Schluss liegt angesichts des Wortlautes der Erklärung der VN-Generalversammlung über die *Grundsätze des Völkerrechts zu den freundschaftlichen Beziehungen zwischen Staaten* nahe, wonach eine Pflicht für Staaten besteht, Repressalien zu unterlassen, die mit Gewaltanwendung verbunden sind.<sup>38</sup> Zum gleichen Schluss gelangt man angesichts des Art. 50 Abs. 1 lit. a der *Artikel zur Staatenverantwortung* der Völkerrechtskommission, demzufolge Gegenmaßnahmen nur unter Einhaltung des Gewaltverbots möglich sind.<sup>39</sup> Anders verhält es sich, wenn man den Einsatz als humanitäre Intervention wertet. Selbst wenn man darin eine Verletzung des Gewaltverbotes sieht, ist die strafrechtliche Schwelle der Offenkundigkeit noch nicht überschritten.<sup>40</sup>

Der unterschiedliche Unrechtsgehalt der Begehung der Angriffshandlung und ihrer Vorfeldhandlungen (Planen, Vorbereiten, Einleiten) spiegelt sich nicht nur in den zusätzlichen Strafbarkeitsvoraussetzungen für letztere wider, sondern zudem in der Strafrahmenregelung und der Möglichkeit eines minder schweren Falls. Für die Begehung einer Angriffshandlung ist nach § 13 Abs. 1 VStGB eine lebenslange Freiheitsstrafe vorgesehen, während Handlungen im Vorfeld nach § 13 Abs. 2 VStGB mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder mit einer Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren bestraft werden. Diese differenzierte Strafrahmenregelung ist gegenüber der für den *IStGH* geltenden allgemeinen Orientierung der Strafe an der Schuld des Täters vorzugswürdig.<sup>41</sup> Die mögliche Senkung des Strafrahmens bei minder schweren Fällen nach § 13 Abs. 5 VStGB mag man dagegen kritischer betrachten. Gerade weil Artikel 5 *IStGH*-Statut das Aggressionsverbrechen neben Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen als eines der „schwersten Verbrechen“ auflistet, „welche die internationale Gemeinschaft als Ganze berühren“, könnte man den minder schweren Fall des Aggressionsverbrechens – wie auch den minder schweren Fall des Völkermords – als rechtliches Oxymoron bezeichnen.

### 3. Führungsdelikt

In Übereinstimmung mit der Parallelvorschrift des *IStGH*-Statuts ist das Aggressionsverbrechen als Führungsdelikt ausgestaltet.<sup>42</sup> Gem. § 13 Abs. 4 VStGB kann Täter und Teilnehmer („Beteiligter“ i.S.d. § 28 Abs. 2 StGB) eines Aggressionsverbrechens nur sein, „wer tatsächlich in der Lage ist, das politische oder militärische Handeln eines Staates zu kontrollieren oder zu lenken“. Die Beschränkung auf die *de facto* Führungsriege eines Staates dient der Klarstellung, dass trotz Pönalisierung der „Begehung“ in § 13 Abs. 1 VStGB einfache Soldaten für die Ausführung der Angriffspläne keine Strafverfolgung befürchten müssen.<sup>43</sup> Für sie gilt weiterhin das Kombattantenprivileg, welches angesichts der Realitäten bewaffneter Konflikte Kombattanten grundsätzlich erlaubt, unter Einhaltung des humanitären Völkerrechts straffrei zu töten.<sup>44</sup> Umgesetzt wurde diese Privilegierung in § 13 Abs. 4 VStGB dadurch, dass in Abweichung zur obligatorischen Strafmilderung nach § 28 Abs. 1 StGB beim Fehlen der Führungsposition Straffreiheit vorgesehen ist. § 13 VStGB ist daher nicht nur als echtes, sondern „absolutes Sonderdelikt“ anzusehen.<sup>45</sup>

<sup>35</sup> Vgl. Pressemitteilung der Bundesregierung v. 14.4.2018, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/bundeskanzlerin-merkel-zu-den-militaerschlaegen-der-usa-grossbritannien-und-frankreichs-in-syrien-1006908> (zuletzt abgerufen am 25.10.2018).

<sup>36</sup> Vgl. dazu *Kreß/Haidar*, Gewalt zum Schutz von Menschen, FAZ v. 19.07.2018; *Scharf*, Chicago Journal of International Law 2019 (im Erscheinen).

<sup>37</sup> Eingehend zur möglichen parallelen Anwendung von *ius ad bellum* und *ius in bello*, vgl. *Okimoto*, The Distinction and Relationship between *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello*, 2011, S. 31 ff.

<sup>38</sup> Vgl. Resolution 2625 der VN-Generalversammlung v. 24.10.1970, Anhang I, zum Grundsatz des Gewaltverbotes Absatz 6.

<sup>39</sup> Vgl. *Kreß*, The State Conduct Element, in: *Kreß/Barriga*, The Crime of Aggression, 2016, Bd. I, S. 412, 504 f., sowie eingehend zur Völkerrechtswidrigkeit von Repressalien *Darcy*, in: *Weller*, The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law, 2015, S. 877 (886 ff.).

<sup>40</sup> Vgl. *Zimmermann/Freiburg*, in: The Rome Statute, Art. 8 bis, Rn. 77 ff.

<sup>41</sup> Vgl. Art. 78 Abs. 1 *IStGH*-Statut i.V.m. Regel 145 Abs. 1 lit. a Verfahrens- und Beweisordnung des *IStGH* (sog. Rules of Procedure and Evidence).

<sup>42</sup> Artikel 8 bis Abs. 1 und Art. 25 Abs. 3 *IStGH*-Statut.

<sup>43</sup> BT-Drs. 18/8621, S. 20.

<sup>44</sup> Vgl. *Dörmann*, IRR 85 (2003), 45.

<sup>45</sup> BT-Drs. 18/8621, S. 19.

#### 4. Strafanwendungsrecht

Während die Ausgestaltung des Straftatbestandes aufgrund des teilweisen Wegfalls der Kriegsgefahr für Deutschland als Fortschritt zu bezeichnen ist, ist die getroffene Regelung des Strafanwendungsrechts vor allem aufgrund der historischen Verantwortung Deutschlands als zweifacher Aggressor des 20. Jahrhunderts bedauerlich.

Anders als bei den übrigen Völkerrechtsverbrechen hat sich der Gesetzgeber beim Aggressionsverbrechen gegen die Anwendung des Weltrechtsprinzips entschieden. Nach § 1 S. 2 VStGB gilt für Aggressionsverbrechen, die im Ausland begangen wurden, das VStGB „unabhängig vom Recht des Tatorts, wenn der Täter Deutscher ist oder die Tat sich gegen die Bundesrepublik Deutschland richtet“. Die Beschränkung auf Taten mit Deutschlandbezug wurde damit begründet, dass Aggressionsverbrechen durch das Erfordernis einer staatlichen Angriffshandlung und der Ausgestaltung als Führungsdelikt in besonderem Maße von außenpolitischer Relevanz seien. Diese außenpolitische Komponente mache ein internationales Strafgericht für Fälle ohne Deutschlandbezug zum geeigneten Strafverfolgungsorgan.<sup>46</sup> Dieser Erklärungsansatz greift allerdings nur, wenn es ein internationales Strafgericht mit derartigem Auffangcharakter gibt. Der *IStGH* ist konzeptionell zwar als ein zu den nationalen Strafgerichten komplementäres Gericht ausgestaltet.<sup>47</sup> Allerdings fallen die meisten aggressionsrelevanten Verhaltensweisen nicht in seine eng umgrenzte Zuständigkeit. Ohne Überweisung des VN-Sicherheitsrates können Aggressionsverbrechen nicht verfolgt werden, die von Staatsangehörigen von Nichtvertragsstaaten oder auf deren Territorium begangen werden.<sup>48</sup> Da die USA kein Vertragsstaat ist, wäre die Verfolgung US-amerikanischer Regierungsmitglieder für die obig beschriebene Repressalie nicht möglich. Bei den übrigen Völkerrechtsverbrechen ist dagegen ein derart umfassender Ausschluss von Nichtvertragsstaaten nicht vorgesehen.<sup>49</sup> Dies zeigt sich beispielsweise an der von der Chefanklägerin des *IStGH* geforderten Aufnahme von Ermittlungen in der Situation Afghanistan,<sup>50</sup> die – zum Missfallen von *Trumps* Nationalem Sicherheitsberater *Bolton*<sup>51</sup> – auch mögliche Kriegsverbrechen US-amerikanischer Staatsangehöriger betreffen.<sup>52</sup> Anders als bei anderen Völkerrechtsverbrechen besteht beim Aggressionsverbrechen eine weitere Einschränkung: Vertragsstaaten

können sich durch eine Opt-out-Erklärung<sup>53</sup> oder – nach nicht unumstrittener Ansicht – durch fehlende Ratifizierung der Vertragsänderungen<sup>54</sup> dem Zugriff des *IStGH* entziehen. Nach engster Auslegung dieser Regelungen wäre es dem *IStGH* ohne Sicherheitsratsüberweisung derzeit nur gestattet, Aggressionsverbrechen zwischen den 37 Vertragsstaaten zu verfolgen, die bisher die Vertragsänderungen ratifiziert haben. Angesichts des dadurch zu erwartenden Strafverfolgungsdefizits hätte der deutsche Gesetzgeber nicht auf ein besser geeignetes internationales Gericht vertrauen dürfen.<sup>55</sup> Sollte die Anzahl an Ratifikationen nicht steigen, mag sich der völkerrechtsfreundlich wirkende Verweis des deutschen Gesetzgebers auf internationale Gerichte als Freibrief für interventionswillige Staatsführer erweisen.

Die außenpolitische Sprengkraft des Aggressionsverbrechens hätte man auch durch eine anderweitige Ausgestaltung des Strafanwendungsrechts entschärfen können. Einerseits wird das Weltrechtsprinzip des § 1 VStGB ohnehin durch die prozessuale Regelung des § 153 f StPO flankiert, indem bei fehlendem Inlandsbezug Einstellungsmöglichkeiten bestehen.<sup>56</sup> Darüber hinaus hätte der deutsche Gesetzgeber in Anlehnung an die Regelung des Art. 8 bis Abs. 7 und 8 *IStGH*-Statut einen Filtermechanismus vorsehen können. Die Anklagebehörde des *IStGH* kann nämlich nur dann ermitteln, wenn der VN-Sicherheitsrat eine Angriffshandlung festgestellt oder die Vorverfahrensabteilung den Ermittlungen zugestimmt hat. Dieses Prüfsystem ließe sich national durch das Erfordernis einer Verfolgungsermächtigung der Bundesregierung transferieren, wie es beispielsweise in § 104 StGB für bestimmte Straftaten gegen ausländische Staaten vorgesehen ist.<sup>57</sup>

Zweifelsohne stößt das Weltrechtsprinzip bereits grundsätzlich auf Kritik, welche sich mit Blick auf das Aggressionsverbrechen durch die Ausgestaltung als Führungsdelikt verschärft.<sup>58</sup> Die Allzuständigkeit nationaler Gerichte berge politisches Missbrauchspotential und führe zur selektiven Strafverfolgung von Angehörigen politisch schwacher Staaten.<sup>59</sup> Man dürfe nicht völlig unbegründet auf die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Gerichte

<sup>46</sup> Vgl. BT-Drs. 18/8621, S. 12-13.

<sup>47</sup> Vgl. Art. 17 *IStGH*-Statut.

<sup>48</sup> Vgl. Art. 15 bis Abs. 5 *IStGH*-Statut.

<sup>49</sup> Vgl. Art. 12 Abs. 2 lit. b *IStGH*-Statut, wonach es für die Zuständigkeit des *IStGH*s ausreicht, wenn der Territorialstaat Vertragsstaat ist.

<sup>50</sup> Vgl. ICC, Public redacted version of “Request for authorization of an investigation pursuant to article 15” v. 20.11.2017, Rn. 44.

<sup>51</sup> Vgl. *John Boltons* Stellungnahme v. 10.9.2018, abrufbar unter: <https://www.justsecurity.org/60674/national-security-adviser-john-bolton-remarks-international-criminal-court/> (zuletzt abgerufen am 25.10.2018).

<sup>52</sup> Gem. Art. 12 Abs. 2 lit. b *IStGH*-Statut genügt es, dass die vorgeworfenen Kriegsverbrechen auf dem Staatsgebiet eines Vertragsstaates, wie vorliegend Afghanistan, Polen, Rumänien und Litauen, begangen wurden. Dass die USA kein Vertragsstaat des *IStGH* ist, ist unschädlich.

<sup>53</sup> Art. 15 bis Abs. 4 *IStGH*-Statut.

<sup>54</sup> Die Vertragsstaaten haben im Dezember 2017 eine Resolution verabschiedet, nach deren Paragraph 2 der Gerichtshof seine Gerichtsbarkeit nicht ausüben darf, wenn das Aggressionsverbrechen von einem Staatsangehörigen oder auf dem Territorium eines Vertragsstaates begangen wird, der die Vertragsänderungen nicht ratifiziert hat. Die Bedeutung der Resolution für die Auslegung des Art. 15 bis Abs. 4 *IStGH*-Statuts ist umstritten. Vgl. dazu *Trahan*, ICLR 18 (2018), 197 (231 ff.); *Hartig*, Opt-in vs. Opt-out = Opt-in-opt-out? v. 7.2.2018, voelkerrechtsblog.

<sup>55</sup> Zumal sich die universelle Ausgestaltung der Zuständigkeit durch das chronische Strafverfolgungsdefizit von Völkerrechtsverbrechen rechtfertigen ließe, vgl. *Werle/Jeßberger*, Rn. 237.

<sup>56</sup> *Werle/Jeßberger*, Rn. 444.

<sup>57</sup> Kritisch zum in Österreich diskutierten Erfordernis einer Verfolgungsermächtigung *Bühler/Reisinger Coracini*, ZIS 2015, 505 (512).

<sup>58</sup> Vgl. *Scharf*, Harvard International Law Journal 53 (2012), 357 ff.

<sup>59</sup> *Keller*, GA 2006, 25 (31).

sämtlicher Staaten der Welt vertrauen.<sup>60</sup> Da die Unabhängigkeit deutscher Gerichte im weltweiten Vergleich als hoch eingeschätzt wird, wäre ein Vertrauen auf eine unterschiedslose Strafverfolgung durchaus begründet gewesen.<sup>61</sup> Dies mag den deutschen Gesetzgeber wohl bewogen haben, das Risiko einer Ermittlung gegen Staatsführer deutscher Bündnispartner durch den Ausschluss des Weltrechtsprinzips zu vermeiden. Der pazifistische Zeigefinger des § 13 VStGB wird daher gem. § 1 VStGB nicht universell, sondern nur gegen das eigene Führungspersonal und Staatsführer angreifender Staaten erhoben.

### III. Abschließende Beurteilung

Auch wenn die Entscheidung gegen das Weltrechtsprinzip angesichts des hohen rechtstaatlichen Standards Deutsch-

lands und seiner moralischen Verpflichtung als zweifacher Aggressor zu bedauern ist, ist der partielle Verzicht auf die Kriegsgefahr für Deutschland zu begrüßen. Die Ausweitung des Friedensbegriffs auf die internationale Gemeinschaft war nicht nur verfassungsrechtlich geboten, sondern wird auch dazu führen, dass in den wohl am ehesten zu erwartenden Beihilfekonstellationen eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Aggressionsverbrechen erfolgen kann. Sollten Mitglieder der Bundesregierung infolgedessen die künftige Unterstützung ihrer internationalen Partner am Maßstab des § 13 VStGB messen, so konnte die Neuregelung zumindest mäßig friedensstiftend wirken.

<sup>60</sup> Vgl. *Tomuschat*, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2011, Art. 25 GG Rn. 117.

<sup>61</sup> Vgl. *World Economic Forum*, Global Information Technology Report 2016, 204.