Völkerstrafgesetzbuch und allgemeines deutsches Strafrecht

Boris Burghardt

I. Einleitung

Im Februar und März 2001 war ich als Student im Rahmen eines Praktikums im Bundesministerium der Justiz, und zwar in der Abteilung für das Jugendstrafrecht bei *Michael Gebauer* und *Daniela Goerdeler*, die damals von Seiten des Bundesministeriums der Justiz mit der Koordination der Arbeitsgruppe für das Völkerstrafgesetzbuch betraut waren.[1] Die Arbeit der Expertenkommission stand damals kurz vor dem Abschluss, wenige Wochen später sollte der Entwurf an die Ministerin *Herta Däubler-Gmelin* übergeben werden.[2] Der Entwurf für den Gesetzestext und die Begründung lag also im Wesentlichen bereits vor, es gab lediglich noch ein paar „Baustellen", die bei der letzten Sitzung der Arbeitsgruppe besprochen werden sollten.

Eine der mir zugewiesenen Aufgaben bestand darin, den Gesetzesentwurf und die Begründung noch einmal Korrektur zu lesen und gegebenenfalls Unstimmigkeiten zu vermerken. Ein Punkt, über den ich bei der Lektüre stolperte, betraf die Strafandrohung, die für das Kriegsverbrechen der meuchlerischen Tötung eines gegnerischen Kombattanten, also den heute in § 11 Abs. 1 Nr. 7 VStGB geregelten Tatbestand, vorgesehen war. Es war die obligatorische lebenslange Freiheitsstrafe. Bei einer Besprechung merkte ich an, dass mir das komisch vorkomme. Die Tötung des gegnerischen Kombattanten sei doch nach dem humanitären Völkerrecht gestattet. Wenn das Unrecht aber nur in der konkreten Begehungsweise liege, rechtfertige das doch keine lebenslange Freiheitsstrafe. Die Reaktion von *Gebauer* und

1 Neben Fachbeamtinnen und Fachbeamten des BMJ, des Verteidigungsministeriums und des Auswärtigen Amtes gehörten der Arbeitsgruppe auch sechs Wissenschaftler aus den Bereichen Straf- und Völkerrecht an, nämlich *Kai Ambos*, *Horst Fischer*, *Claus Kreß*, *Thomas Weigend*, *Gerhard Werle* und *Andreas Zimmermann*. Näher zur Arbeitsgruppe *Werle*, Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts: Zum Arbeitsentwurf eines Völkerstrafgesetzbuches, JZ 2001, 885.

2 Die Übergabe erfolgte am 2. Mai 2001. Der Gesetzesentwurf wurde veröffentlicht, vgl. Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs – mit Begründung – (2001).

https://doi.org/10.5771/9783748936442-149 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Goerdeler war zurückhaltend. Solche inhaltlichen Fragen seien von der Arbeitsgruppe eigentlich schon erschöpfend besprochen.

Umso mehr freute ich mich, als einige Tage später ein ausführlicher Vermerk von dem mir damals noch unbekannten Mitglied der Arbeitsgruppe *Claus Kreß* eintraf, in dem ausführlicher und präziser ausgeführt wurde, warum die Sanktionsnorm für die meuchlerische Tötung einer Anpassung bedürfe, weil es sich lediglich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handle, aber kein eigentliches Tötungsunrecht vorliege. Bei dem folgenden Treffen der Expertengruppe wurde beschlossen, für den Tatbestand der meuchlerischen Tötung eines gegnerischen Kombattanten eine Mindestfreiheitsstrafe nicht unter drei Jahren vorzusehen.

Die Anekdote zeigt beispielhaft die besonderen Fragen und Probleme auf, die das Zusammenspiel zwischen deutschem Strafrecht und dem Völkerrecht, das den Regelungen des Völkerstrafgesetzbuchs zugrunde liegt, aufwirft. Aus der Perspektive des deutschen Strafrechts lag für die meuchlerische Tötung die Parallelisierung mit der Heimtücke als Mordmerkmal gem. § 211 Abs. 2 Gruppe 2 Alt. 1 StGB durchaus nahe. Erst unter Berücksichtigung der Wertungen des Rechts der bewaffneten Konflikte lässt sich erkennen, dass der Tatbestand eben nicht qualifiziertes Tötungsunrecht erfasst, sondern lediglich eine Begehungsweise kriminalisiert, die die abstrakte Gefahr der Eskalation der Kriegsführung beinhaltet.

Manche der Fragen, die sich aus dem Zusammenspiel zwischen deutschem Strafrecht und dem Völkerrecht ergeben, konnten in dem unter engen zeitlichen Vorgaben stehenden Prozess, in dem der Entwurf für das Völkerstrafgesetzbuch erarbeitet wurde, erkannt und gelöst werden. Andere Fragen sind erst später offenbar geworden und warten weiterhin auf eine überzeugende Lösung. Im Folgenden möchte ich vier Punkte aufgreifen, an denen sich die Schwierigkeiten des Zusammenspiels von Völker(straf)recht und dem „normalen" deutschen Strafrecht gezeigt haben.

II. § 2 VStGB und die entpolitisierende Dogmatisierung des deutschen Völkerstrafrechts

Die wichtigste Weichenstellung für das Verhältnis der Regeln des Völkerstrafgesetzbuchs zum allgemeinen deutschen Strafrecht enthält § 2 VStGB. Der unmittelbare Regelungsgehalt der Vorschrift ist bekannt: Das allgemeine Strafrecht findet grundsätzlich auch auf die Tatbestände des Völkerstraf-

https://doi.org/10.5771/9783748936442-149 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gesetzbuchs Anwendung. Verdrängende Sonderregeln enthalten lediglich § 1 VStGB für das Strafanwendungsrecht, § 3 VStGB für den Verbotsirrtum, § 4 VStGB für das Begehen durch Unterlassen, § 5 VStGB für die Verjährung und schließlich § 13 Abs. 4 VStGB für die Regeln der Beteiligung. Grundsätzlich aber bleiben die §§ 1-79b StGB, ungeschriebene strafrechtsdogmatische Grundsätze zur Konkretisierung der Grundbegriffe des Allgemeinen Teils (z.B. zum Inhalt des Begriffs Vorsatz oder dem Bestehen einer Erfolgsabwendungspflicht gem. § 13 Abs. 1 StGB) sowie weitere ungeschriebene oder in anderen Gesetzen geregelte Rechtfertigungstatbestände auf die Taten des Völkerstrafgesetzbuchs anwendbar.[3] Damit hat der deutsche Gesetzgeber weitgehend auf eine Implementierung der in Art. 22-33 IStGH-Statut niedergelegten Allgemeinen Grundsätze des Strafrechts verzichtet. Begründet wurde dies mit „Gründen der Rechtssicherheit und der leichteren Handhabbarkeit des Gesetzes in der Praxis".[4]

§ 2 VStGB lässt sich zugleich als Wegbereiter einer bestimmten Art des Zugangs zum Völkerstrafrecht verstehen, der die deutsche Praxis des Völkerstrafrechts seit Inkrafttreten des Völkerstrafgesetzbuchs prägt. Die über den unmittelbaren Regelungsgehalt hinausgreifende Botschaft der Vorschrift an die deutsche Strafjustiz lautet danach: „Für die Anwendung der neuen, ungewohnten, unübersichtlichen Tatbestände des Völkerstrafgesetzbuchs gibt das vertraute Rüstzeug des deutschen Strafrechts ein geeignetes Instrumentarium an die Hand." Die Regelung ist als Aufforderung des Gesetzgebers zu verstehen, sich dem im Völkerstrafgesetzbuch implementierten Völkerstrafrecht aus der Perspektive der dogmatisierten deutschen Strafrechtswissenschaft zu nähern.

In dieser Lesart ist § 2 VStGB, anders als man vielleicht zunächst denken könnte, nicht etwa Ausdruck von Zurückhaltung und Bescheidenheit, sondern ein Aufruf zur Aneignung des Völkerstrafrechts mittels der deutschen Strafrechtsdogmatik. Eine Lektüre der gesetzgeberischen Begründung, warum im Einzelnen auf die Übernahme von Regelungen des IStGH-Statuts verzichtet oder von ihnen abgewichen wurde, lässt ein allgemeineres Credo erkennen, das dem Völkerstrafgesetzbuch im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Völkerstrafrecht und dem deutschen Strafrecht zugrunde liegt. Es ist von der Überzeugung getragen, dass die deutsche Strafrechtsdogmatik das Völkerstrafrecht zu einer besseren Version seiner selbst werden lässt,

3 Vgl. BT-Drs. 14/8524, 14; MK-*Weigend/Kuhli*, StGB, 4. Aufl. (2022), § 2 VStGB Rn. 4.
4 BT-Drs. 14/8524, 12.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-149 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

weil sie eigentlich die konsistenteren strafrechtsdogmatischen Begriffe und Strukturen für das Völkerstrafrecht bereithält als das Völkerstrafrecht selbst, namentlich das IStGH-Statut.[5]

Die in § 2 VStGB getroffene Weichenstellung und die damit zum Ausdruck gebrachte Grundhaltung dürfte die Annahme des Völkerstrafgesetzbuchs durch die deutsche Strafjustiz erleichtert haben. Die Rechtsprechung hat die Verbrechenstatbestände selbstbewusst mit dem ihr vertrauten methodischen und dogmatischen Instrumentarium zur Anwendung gebracht.

Dabei hat sie sich erkennbar darum bemüht, keine nationalen Sonderwege im Völkerstrafrecht zu beschreiten, sondern bei Auslegungsfragen die Anbindung an das Völkervertragsrecht und die internationale Rechtsprechung gesucht. Beispielhaft können hier die Entscheidungen genannt werden, in denen es darum ging, ob ein Leichnam eine zu schützende Person i.S.v. § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB ist, deren schwerwiegende Entwürdigung oder Erniedrigung ein Kriegsverbrechen ist. Die einschlägigen Judikate der Oberlandesgerichte und des Bundesgerichtshofs sind bei ihren Auslegungsbemühungen ausführlich darauf eingegangen, wie die völkerrechtlichen „Mutternormen" Art. 8 Abs. 2 b) (xxi) und c) (ii) IStGH-Statut auszulegen sind bzw. was der Stand des Völkergewohnheitsrechts in dieser Frage ist. Zu diesem Zweck wurden nicht nur die Verbrechenselemente zum IStGH-Statut, sondern auch Berichte der sogenannten *PrepCom* und eine Studie des Internationalen Komitees des Roten Kreuzes berücksichtigt.[6] Schließlich hat sie sich auf die Entscheidungen des Jugoslawien-Strafgerichtshofs im Verfahren gegen *Radislav Brđanin*[7] und des Ruanda-Strafgerichtshofs im Verfahren gegen *Théoneste Bagosora und andere*[8] berufen.

Die Bemühungen um eine Gleichführung der Ergebnisse im Detail steht allerdings in bemerkenswertem Kontrast zu den deutlichen Unterschieden, die sich ergeben, wenn das Anwendungsprofil des deutschen Völkerstrafrechts mit dem der internationalen Strafgerichtshöfe verglichen wird. Es zeigt sich dann, dass die deutsche Strafjustiz Personenkreise wegen Völkerrechtsverbrechen belangt hat, die nie zuvor in das Visier des Völkerstraf-

5 Vgl. BT-Drs. 14/8524, 14 ff. Siehe auch *Werle*, Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts: Zum Arbeitsentwurf eines Völkerstrafgesetzbuches, JZ 2001, 885, 889; *Werle*, Völkerstrafrecht und das deutsche Völkerstrafgesetzbuch, JZ 2012, 373, 376.

6 Vgl. OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2016, 19047, Rn. 116 ff.; KG Berlin BeckRS 2017, 108262, Rn. 66 ff.; BGHSt 62, 272 = NJW 2017, 3667, 3669, Rn. 20 ff. Oberflächlicher noch BGH NJW 2016, 3604, 3606, Rn. 22.

7 Vgl. JStGH, Urt. v. 1. September 2004 (Brđanin, TC), para 1019.

8 Vgl. RStGH, Urt. v. 18. Dezember 2008 (Bagosora u.a., TC), paras 2219, 2222.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-149 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rechts gelangt sind. Kriegsverbrecher im Sinne des deutschen Völkerstrafgesetzbuchs sind auch einfache Kombattanten, denen nicht mehr nachweisbar ist, als dass sie sich mit den ausgestellten Leichen von getöteten Feinden haben fotografieren oder filmen lassen.[9] Eine Kriegsverbrecherin ist nach der Ansicht der deutschen Strafjustiz auch eine Frau, die in die zeitweise durch den sogenannten Islamischen Staat (IS) beherrschten Gebiete ausgereist ist, dort nach islamischem Ritus die Ehe mit einem IS-Kämpfer geschlossen und dann in einem vom IS besetzten Haus den Haushalt geführt hat.[10]

Unabhängig von der Frage, ob die deutschen Gerichte die in diesen Fällen einschlägigen Tatbestände der Kriegsverbrechen in zutreffender oder doch immerhin vertretbarer Weise konkretisiert haben, entsteht in der Gesamtbetrachtung der Eindruck einer Kleinteiligkeit der Anwendungspraxis des Völkerstrafgesetzbuchs, die trotz ihres vordergründigen Bemühens um Anschluss an die internationale Rechtsprechung das eigentliche Profil und damit die Grundidee völkerstrafrechtlicher Verfahren aus den Augen verloren hat. Vor deutschen Gerichten geht es in den völkerstrafrechtlichen Verfahren – von wenigen Ausnahmen abgesehen – nicht um Hauptverantwortliche und die großen Verbrechen eines Kriegs- oder Verfolgungsszenarios, sondern um Einzelvorfälle, die für sich betrachtet in keiner historisierenden Konfliktgeschichte Erwähnung finden würden. Die wegen Völkerrechtsverbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch geführten Verfahren lassen sich daher auch nur in wenigen Fällen als beispielhafte, symbolträchtige Beiträge zu einem internationalen System der Strafjustiz verstehen, die den Eindruck der faktischen Straflosigkeit von Völkerrechtsverbrechen durchbrechen.

Der Eindruck der Kleinteiligkeit verstärkt sich, wenn das wissenschaftliche Schrifttum zu der Rechtsprechungspraxis zum Völkerstrafgesetzbuch betrachtet wird. In den zahlreichen Besprechungen der Entscheidungen über die Leichenschändung finden sich komplexe Überlegungen zum Per-

9 Vgl. neben den in Fn. 6 genannten Entscheidungen auch BGH BeckRS 2022, 5720, Rn. 31.

10 Vgl. z.B. BGH NJW 2019, 2552, 2555, Rn. 2, 28 ff.; OLG Düsseldorf BeckRS 2019, 47621, Rn. 55 ff., 162 ff.; OLG Düsseldorf, Pressemitteilung v. 14. Februar 2023, abrufbar unter <https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/Archiv/Pressemitteilungen_aus_2023/20230214_PM_Urteil-Monika-K_/index.php>; OLG Düsseldorf, Pressemitteilung v. 14. Februar 2023, abrufbar unter <https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/Archiv/Pressemitteilungen_aus_2023/20230214_PM_Urteil-K/index.php>.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-149 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sonenbegriff wie zum methodischen Wert der Verbrechenselemente.[11] Das Missverhältnis, das darin liegt, dass die deutsche Strafjustiz das Label des Kriegsverbrechers und der Kriegsverbrecherin für kleinste Fische sehr freigiebig vergibt, zugleich aber sehr zurückhaltend ist, die Ressourcen für völkerrechtspolitisch brisante Verfahren gegen Hauptverantwortliche einzusetzen, wird seltener thematisiert.[12] Stattdessen finden sich immer wieder Ausführungen zu Fragen, die sich nur dann stellen, wenn eine dem Gegenstand des Völkerstrafrechts eigentlich unangemessene Mikroperspektive eingenommen wird. Wenn etwa ausgeführt wird, auch die mutmaßliche Einwilligung und das Festnahmerecht gem. § 127 StPO zählten zum allgemeinen Strafrecht, das gem. § 2 VStGB Anwendung auf Taten des Völkerstrafgesetzbuchs finde,[13] so bleibt unklar, welche Situationen der Begehung von Völkerrechtsverbrechen diese Fragen praktisch werden lassen könnten. Auch eine zweiteilige Abhandlung zum Notwehrexzess im Völkerstrafrecht[14] wirkt bei allem dogmatischen Scharfsinn der Ausführungen vor allem als Ausweis einer Strafrechtswissenschaft, die aus den Augen zu verlieren droht, um welche Art von Taten und Tatverdächtigen sich das Völkerstrafrecht eigentlich kümmern sollte.

20 Jahre nach Inkrafttreten des Völkerstrafgesetzbuchs präsentiert sich das deutsche Völkerstrafrecht als ein entpolitisiertes Völkerstrafrecht, dem sein machtkritisches Grundanliegen weitgehend verloren gegangen ist. Es wird eine im Vergleich der nationalen Strafjustizsysteme durchaus bemerkenswerte Zahl von Fällen zu den Völkerrechtsverbrechen generiert, die aber für die eigentlichen Anliegen des vielfach beschworenen Mehrebenensystems der internationalen Strafjustiz nicht von Interesse ist. Es wäre übertrieben, diese Entpolitisierung als direkte Folge der Dogmatisierung

11 Vgl. z.B. zur Frage des Anwendungsbereichs von § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB einerseits der Rechtsprechung zustimmend *Werle/Epik*, Anmerkung, JZ 2018, 261 ff., andererseits kritisch *Ambos*, Anmerkung, NJW 2017, 3672 f.; *Berster*, Leichenschändung als Kriegsverbrechen, ZIS 2017, 264 ff.; *Bock/Bülte*, Die Strafbarkeit von Leichenschändungen nach dem VStGB und die Herausforderungen einer völkerrechtskonformen Auslegung, HRRS 2018, 100 ff.; *Schmid*, Das Völkerstrafrecht als Herausforderung für das Gesetzlichkeitsprinzip?, ZIS 2020, 349, 353 ff.

12 Vgl. zuletzt anlässlich der Diskussionen um die strafrechtliche Aufarbeitung des Krieges in der Ukraine grundsätzlich *Ambos*, Doppelmoral – Der Westen und die Ukraine (2022).

13 So MK-*Weigend/Kuhli*, StGB, 4. Aufl. (2022), § 2 VStGB Rn. 4.

14 *Gerson*, Der Notwehrexzess im Völkerstrafrecht. Die Rechtslage unter dem Rom-Statut, ZIS 2015, 67 ff.; *Zimmermann*, Der Notwehrexzess im Völkerstrafrecht. Dogmatische Grundlagen und die Rechtslage unter dem VStGB, ZIS 2015, 57 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-149 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des deutschen Völkerstrafrechts zu beschreiben, der § 2 VStGB den Weg gewiesen hat. Primäre Ursache für das unbefriedigende Anwendungsprofil des deutschen Völkerstrafrechts ist die große Zurückhaltung der Bundesanwaltschaft, den politischen Handlungsauftrag anzunehmen, der mit der Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs einherging, nämlich: mit Hilfe des Völkerstrafgesetzbuchs weltweit sichtbare Botschaften gegen die Straflosigkeit von Völkerrechtsverbrechen zu senden.[15] Dazu müsste vor allem politisches, militärisches und wirtschaftliches Führungspersonal im Kontext der Begehung von Völkerrechtsverbrechen stärker als bislang in den Blick genommen werden. Es dürfte indes auch falsch sein, zwischen der kleinteiligen Dogmatisierung und der Entpolitisierung überhaupt keinen inneren Zusammenhang zu vermuten.

III. Zum Verhältnis zwischen dem Recht der bewaffneten Konflikte und dem allgemeinen Strafrecht

Ein weiteres Problem im Zusammenspiel von Völkerstrafgesetzbuch und allgemeinem Strafrecht ergibt sich aus dem unklaren Verhältnis zwischen dem Recht der bewaffneten Konflikte und dem allgemeinen Strafrecht.[16]

Diese Frage hat sich nicht erst mit der Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs gestellt, und das Völkerstrafgesetzbuch hat an den Grundsätzen, nach denen die Rechtsprechung und die herrschende Auffassung in der deutschen Literatur das Verhältnis bestimmen, auch nichts ändern wollen.[17] Danach besteht keine Anwendungssperre für die Tatbestände des allgemeinen deutschen Strafrechts durch das Recht der bewaffneten Konflikte. Das nationale Strafrecht kommt daher grundsätzlich zur Anwendung. Ein Verhalten, das humanitäres Völkerrecht verletzt und durch das Völkerstrafgesetzbuch als Kriegsverbrechen kriminalisiert wird, kann zugleich Straftatbestände des Strafgesetzbuchs erfüllen. Das Verhältnis zwischen diesen Gesetzesverstößen ist nach den allgemeinen Konkurrenzregeln zu bestimmen. Wenn dagegen ein Verhalten im Rahmen eines bewaffneten Konfliktes die Regeln des humanitären Völkerrechts wahrt, dann kommen nach herrschender Auffassung zwar die Tatbestände des normalen deutschen

15 Dazu ausführlich *Burghardt*, Zwischen internationaler Solidarität und „not in my backyard", KJ 2018, 21 ff.

16 Vgl. dazu auch eingehend den Beitrag von *Oeter* in diesem Band, 123 ff.

17 Vgl. BT-Drs. 14/8524, 13.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-149 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Strafrechts zur Anwendung. Das humanitäre Völkerrecht soll nach nationalem Recht aber einen Rechtfertigungsgrund bilden.[18]

Beispielhaft: Die Tötung eines Kombattanten der gegnerischen Konfliktpartei ist nach dem Recht der bewaffneten Konflikte zulässig. Ein Kriegsverbrechen gem. § 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB liegt bereits tatbestandlich nicht vor, weil es sich bei dem getöteten Kombattanten der gegnerischen Partei nicht um eine nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Person handelt. Und die Zulässigkeit der Tötung des gegnerischen Kombattanten nach humanitärem Völkerrecht rechtfertigt den tatbestandlich verwirklichten Mord oder Totschlag i.S.v. §§ 211, 212 StGB.

Verbietet das humanitäre Völkerrecht ein Verhalten, dann kann sich aus ihm auch keine Rechtfertigung für ein nach dem Strafgesetzbuch tatbestandsmäßiges Verhalten ergeben. Im Falle der vorsätzlichen Tötung einer nach dem humanitären Völkerrecht geschützten Person ergibt sich somit grundsätzlich eine Strafbarkeit gem. §§ 211, 212 StGB.

Die grundsätzliche Anwendbarkeit der allgemeinen Straftatbestände des Strafgesetzbuchs führt allerdings zu zahlreichen Wertungswidersprüchen. Ein Verstoß gegen die humanitär-völkerrechtlichen Verbote der Kampfführung und -mittel hat dann eigentlich zur Folge, dass das deutsche Strafrecht in voller Schärfe zur Anwendung kommt. Das Beispiel der meuchlerischen Tötung eines gegnerischen Kombattanten wurde bereits eingangs genannt. Das darin liegende Kriegsverbrechen gem. § 11 Abs. 1 Nr. 7 VStGB wird mit einer Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bestraft. Der in diesem Fall regelmäßig mitverwirklichte Mord in Form der heimtückischen Tötung ist dagegen mit einer obligatorischen lebenslangen Freiheitsstrafe zu ahnden.

18 Vgl. GBA, NStZ 2010, 581, 582; aus der Lit. z.B. MK-*Ambos*, StGB, 4. Aufl. (2022), Vor § 8 VStGB Rn. 46; *Basak*, Luftangriffe und Strafrechtsdogmatik – zum systematischen Verhältnis von VStGB und StGB, HRRS 2010, 513, 516 ff; *Kaleck/Schüller/Steiger*, Tarnen und Täuschen – Die deutschen Strafverfolgungsbehörden und der Fall des Luftangriffs bei Kundus, KJ 2010, 270, 272; *Steiger/Bäumler*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit deutscher Soldaten bei Auslandseinsätzen, AVR 48 (2010), 189, 206; MK-*Weigend/Kuhli*, StGB, 4. Aufl. (2022), § 2 VStGB Rn. 7; *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. (2020), Rn. 480. A.A. *Hertel*, Soldaten als Mörder? – Das Verhältnis von VStGB und StGB anhand des Kundus-Bombardements, HRRS 2010, 341 f.; *Richter*, Tödliche militärische Gewalt und strafrechtliche Verantwortung. Anmerkungen zum Einstellungsbeschluss der Generalbundesanwaltschaft, HRRS 2012, 28, 34 f.; *Thym*, Zwischen „Krieg" und „Frieden": Rechtsmaßstäbe für operatives Handeln der Bundeswehr im Ausland, DÖV 2010, 621, 626; *Zimmermann*, Gilt das StGB auch im Krieg? Zum Verhältnis der §§ 8-12 VStGB zum Besonderen Teil des StGB, GA 2010, 507, 510 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-149 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Weil, wie eingangs erläutert, im bewaffneten Konflikt aber nicht die Tötung des gegnerischen Kombattanten selbst, sondern lediglich die Art und Weise der Tötung Unrecht begründet, ist die Bewertung als Mord und die Sanktion der lebenslangen Freiheitsstrafe unangemessen. Ein ähnliches, in der Literatur gerne genanntes Beispiel betrifft die vorsätzliche Tötung eines gegnerischen Kombattanten mittels Dum-Dum-Geschosses, die gem. § 12 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 S. 2 VStGB ein Kriegsverbrechen darstellt und mit einer Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren geahndet wird, im Rahmen von § 211 StGB aber als grausame Tötung zu bewerten sein dürfte und daher ebenfalls mit obligatorischer lebenslanger Freiheitsstrafe zu ahnden wäre.[19]

Die herrschende Meinung behilft sich in diesen Fällen damit, dass sie von einem Verhältnis der Spezialität ausgeht, in dem die Kriegsverbrechen der verbotenen Kampfführungsmittel und -methoden zu den §§ 211, 212 StGB stehen sollen, so dass die Gesetzesverletzungen nach dem allgemeinen Strafrecht hinter jenen des Kriegsverbrechens zurücktreten.[20] Zu einem idealkonkurrierenden Nebeneinander der Gesetzesverletzungen soll es nur kommen, wenn die Kriegsverbrechenstatbestände und die Tatbestände des allgemeinen Strafrechts unterschiedliche Rechtsgüter schützen.[21]

Das ist aber lediglich ein ergebnisorientierter Notbehelf. Das Recht der bewaffneten Konflikte diente schon nach seiner historischen Zielsetzung dazu, staatenübergreifende zivilisatorische Mindestregeln für Sachverhalte zu schaffen, für die andernfalls überhaupt keine Regeln gegolten hätten, nicht etwa Sonderregeln, die ohnehin geltendes nationales Strafrecht verdrängen. Es ist ein im Schutzumfang reduziertes Ausnahmerecht für die in der völkerrechtlichen Sondersituation des bewaffneten Konfliktes Schädigungsberechtigten.[22] Es ist daher auch konsequent, dass das Recht der bewaffneten Konflikte nicht ein positives Schädigungsrecht der Kombattanten konstituiert oder einen völkerrechtlichen Rechtsfertigungsgrund für Schädigungshandlungen vorsieht, sondern lediglich die völkerrechtlichen

19 Vgl. etwa *Kreß*, Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuches (2000), 17; *Zimmermann*, Gilt das StGB auch im Krieg? Zum Verhältnis der §§ 8-12 VStGB zum Besonderen Teil des StGB, GA 2010, 507, 512. Das Beispiel stammt der Sache nach bereits von *Jescheck*, Der strafrechtliche Schutz der internationalen humanitären Abkommen, ZStW 65 (1953), 458, 460 f.

20 MK-*Ambos*, StGB, 4. Aufl. (2022), Vor § 8 Rn. 45; MK-*Weigend/Kuhli*, StGB, 4. Aufl. (2022), § 2 VStGB Rn. 7.

21 MK-*Weigend/Kuhli*, StGB, 4. Aufl. (2022), § 2 VStGB Rn. 7.

22 Ähnlich *Zimmermann*, Gilt das StGB auch im Krieg? Zum Verhältnis der §§ 8-12 VStGB zum Besonderen Teil des StGB, GA 2010, 507, 514.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-149 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Grenzen dieses Schädigungsrechts in personeller und sachlicher Hinsicht konturiert.[23] In normtheoretischer Hinsicht bedeutet das: Aus dem humanitären Völkerrecht ergibt sich zweifelsfrei, dass es in der Situation eines bewaffneten Konfliktes keine Verbotsnorm gibt, die einem Kombattanten die Tötung eines gegnerischen Kombattanten untersagt. Es sieht insoweit lediglich spezielle Regelungen vor, die bestimmte Mittel und Methoden der Kampfführung verbieten. Dem Kriegsverbrechenstatbestand des § 11 Abs. 1 Nr. 7 VStGB liegt kein spezielles Tötungsverbot zugrunde, das die §§ 211, 212 StGB in ihrer Anwendbarkeit sperren könnte. § 11 Abs. 1 Nr. 7 VStGB regelt daher nicht nur, wie der Verstoß gegen die speziellere Gesetzesverletzung zu sanktionieren ist, sondern betrifft den einzigen Gesetzesverstoß, zu dem es in diesem Fall durch den Kombattanten gekommen ist.

Die These, die Tatbestände des allgemeinen Strafrechts fänden grundsätzlich neben den speziellen Straftatbeständen des Völkerstrafgesetzbuchs Anwendung, lässt diese genealogischen und normtheoretischen Überlegungen zum Verhältnis der beiden Regelungsbereiche außer Acht.

Historisch hatte die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf das Verhalten dieses Personenkreises ihre Berechtigung, solange der deutsche Gesetzgeber eine Implementierung der Kriegsverbrechen in deutsches Strafrecht versäumt hatte.[24] Nach der Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs ist dieser Grund weggefallen. Die Anwendbarkeit des allgemeinen Strafrechts bedürfte seither einer anderen sachlichen Begründung, an der es allerdings fehlt. Die uneingestandene Befürchtung scheint zu sein, dass die Annahme einer Anwendungssperre für das allgemeine Strafrecht bei Handlungen der Schädigungsberechtigten in einem bewaffneten Konflikt das Schutzniveau unangemessen absenken würde. Daher wird so getan, als seien die Schädigungsberechtigten im bewaffneten Konflikt grundsätzlich weiterhin an die Verbotsnormen des allgemeinen Strafrechts gebunden. Wie wenig ernst es den deutschen Strafverfolgungsbehörden mit dieser Aussage tatsächlich ist, hat das Ermittlungsverfahren zu dem Bombenabwurf in Kunduz mit hinreichender Deutlichkeit gezeigt.[25] Die formale Anwendbarkeit des Strafgesetzbuchs neben den Tatbeständen des Völkerstrafgesetzbuchs führt nicht

23 Grundlegend insbesondere Art. 43 Abs. 2, 48 Hs. 2 ZP I.

24 Vgl. *Zimmermann*, Gilt das StGB auch im Krieg? Zum Verhältnis der §§ 8-12 VStGB zum Besonderen Teil des StGB, GA 2010, 507, 511 f.

25 Vgl. GBA, NStZ 2010, 581 ff.; dazu kritisch z.B. *Ambos*, Afghanistan-Einsatz der Bundeswehr und Völker(straf)recht, NJW 2010, 1725 ff.; *von der Groeben*, Criminal Responsibility of German Soldiers in Afghanistan: The Case of Colonel Klein, German Law Journal 11 (2010), 469 ff.; *Kaleck/Schüller/Steiger*, Tarnen und Täuschen – Die

https://doi.org/10.5771/9783748936442-149 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu einer realen Anhebung des strafrechtlichen Schutzniveaus für die durch Kriegshandlungen beeinträchtigten Rechtsgüter von Zivilisten. Der derzeit praktizierten Lösung haftet daher etwas fundamental Unehrliches an.

IV. Die Einpassung der völkerstrafrechtlichen Tatbestände in die Strafrahmen des deutschen Strafrechts

Bereits das einleitende Beispiel sollte verdeutlichen, dass sich die Einpassung der völkerstrafrechtlichen Tatbestände des Völkerstrafgesetzbuchs in die für das deutsche Strafrecht kennzeichnenden Strafrahmen als schwierig erweisen kann. Die völkerstrafrechtlichen Ausgangsnormen differenzieren nicht zwischen den einzelnen Völkerrechtsverbrechen oder ihren Untertatbeständen, sondern regeln lediglich übergreifend, welche Strafen in Betracht kommen. So sieht Art. 77 IStGH-Statut vor, dass der Internationale Strafgerichtshof für die ihm überantworteten Fälle des Völkermordes, der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Aggressionsverbrechen Freiheitsstrafen von bis zu 30 Jahren, in besonders schweren Fällen lebenslange Freiheitsstrafen aussprechen darf.[26] Eine solche Lösung hätte jedenfalls dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot widersprochen, so dass im Völkerstrafgesetzbuch tatbestandsspezifische Sanktionsnormen formuliert werden mussten.[27] Dabei ist der makrokriminelle Kontext der Tatbegehung, das sogenannte internationale Element, ausnahmslos als unrechts- und straferschwerend berücksichtigt worden.[28]

Deutlich wird dies insbesondere, wenn das Völkerstrafgesetzbuch zur Beschreibung des tatbestandsmäßigen Verhaltens auf die im allgemeinen deutschen Strafrecht etablierten Tatbestandsbeschreibungen zurückgreift. Während der einfache Menschenhandel gem. § 232 Abs. 1 StGB mit einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis fünf Jahre bestraft wird, sieht § 7 Abs. 1 Nr. 3 VStGB für das entsprechende Verhalten, wenn es als Teil eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung begangen wird, selbst in minder schweren Fällen eine Mindestfreiheitsstra-

---

deutschen Strafverfolgungsbehörden und der Fall des Luftangriffs bei Kundus, KJ 2010, 270 ff.

26 Zu Art. 77 IStGH-Statut vgl. z.B. Ambos-*Fife*, Rome Statute, 4. Aufl. (2022), Art. 77 Rn. 1 ff.; *Schabas*, International Criminal Court – Commentary, 2. Aufl. (2016), 1155 ff.

27 Weniger eindeutig BT-Drs. 14/8524, 17.

28 So explizit für die Kriegsverbrechen MK-*Ambos*, StGB, 4. Aufl. (2022), Vor § 8 Rn. 34; *Satzger*, Das neue Völkerstrafgesetzbuch – Eine kritische Würdigung, NStZ 2002, 125, 126.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-149 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fe von zwei Jahren vor. Die vorsätzliche Tötung eines anderen Menschen ohne Verwirklichung von Mordmerkmalen sanktioniert das allgemeine deutsche Strafrecht als Totschlag mit einer Freiheitsstrafe von nicht unter fünf Jahren. Wenn diese Tat als Teil eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung oder im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt begangen wird, sehen §§ 7 Abs. 1 Nr. 1, 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB die obligatorische lebenslange Freiheitsstrafe vor.

Die pauschale Berücksichtigung des Kontextelementes als unrechts- und straferschwerend kann im Lichte des Schuldprinzips nicht überzeugen.[29] Besonders frappant ist dies bei den Kriegsverbrechen. Dass die Tatbegehung im Kontext eines bewaffneten Konflikts erfolgt, steigert nicht ohne Weiteres das Unrecht der Tat.[30] Denn der bewaffnete Konflikt an sich muss nicht völkerrechtswidrig sein. Die Kriegsverbrechenstatbestände des Völkerstrafgesetzbuchs finden beispielsweise auch dann Anwendung, wenn die gegen das humanitäre Völkerrecht verstoßende Person als Teil einer Konfliktpartei handelt, die sich gegen einen völkerrechtswidrigen Angriffskrieg verteidigt. Warum in diesem Fall der Zusammenhang des Verhaltens mit dem bewaffneten Konflikt das verantwortete Unrecht steigern sollte, ist nicht nachvollziehbar.

Auch bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit ist die Annahme einer pauschalen Unrechtssteigerung unter Berücksichtigung des Kontextes nicht überzeugend. Zwar markiert der ausgedehnte oder systematische Angriff gegen eine Zivilbevölkerung einen Gesamtzusammenhang, der an sich völkerrechtswidrig ist und daher objektiv als zusätzlicher Unrechtssachverhalt neben das Unrecht des Einzelverbrechens tritt. Zweifelhaft ist aber, ob diese Unrechtssteigerung auch dem für die Einzeltatbegehung täterschaftlich Verantwortlichen in vollem Umfang zugerechnet werden kann.[31] Das überzeugt eigentlich nur dann, wenn der Betreffende nicht nur für die Begehung der Einzeltat, sondern auch für die Herbeiführung des Gesamttatzusammenhangs täterschaftliche Verantwortung trägt oder er sich diesen Kontext zumindest in Form einer entsprechenden Absicht subjektiv zu eigen macht. Ob dagegen die bloße Kenntnis eines Tatumstands auch dann einen Grund für die Steigerung des individuell verschuldeten

29 Zu den folgenden Überlegungen vgl. erstmals *Burghardt*, Anmerkung, JZ 2016, 106, 108.

30 Ähnlich *Gierhake*, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre (2005), 280.

31 Ebenso *Epik*, Die Strafzumessung bei Taten nach dem Völkerstrafgesetzbuch (2017), 474 f.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-149 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Unrechts bilden kann, erscheint aus schuldstrafrechtlicher Perspektive jedenfalls dann fragwürdig, wenn der Einzelne am Zustandekommen des Tatumstands nicht in relevanter Weise beteiligt war und den Tatumstand durch sein eigenes Verhalten auch nicht ändern könnte. Das dürfte bei dem das Verbrechen gegen die Menschlichkeit kennzeichnenden Kontext eines systematischen oder ausgedehnten Angriffs auf eine Zivilbevölkerung nicht selten der Fall sein.

Aber selbst wenn der Kontext der Einzeltatbegehung das individuell zu verantwortende Unrecht erhöht, so ergeben sich aus dem Kontextelement der Kriegsverbrechen und der Verbrechen gegen die Menschlichkeit zugleich Gesichtspunkte, die in vielen Fällen die subjektive Vorwerfbarkeit der Tatbegehung abmildern.[32] So stellt sich die Einzeltat bei Völkerrechtsverbrechen anders als in Friedenssituationen nicht als krasser Ausbruch aus der Normalität zwischenmenschlicher Interaktion dar, sondern geschieht in einer Situation massenhafter, pervasiver Gewaltanwendung. Zugleich erfolgt die Begehung der Einzeltaten regelmäßig in kollektiven, hierarchisch geprägten Zusammenhängen, in denen Mechanismen der Zugehörigkeit und Gruppenloyalität, der Indoktrination und Beeinflussung, der Impunität oder sogar Anerkennung verbrecherischen Verhaltens greifen. Insgesamt zwingt den Betreffenden häufig nicht die Begehung der Völkerrechtsverbrechen, sondern ihre Verweigerung zu deviantem Verhalten, ohne dass diese Umstände bereits die Annahme von gesetzlich vertypten Schuldminderungsgründen wie §§ 17 S. 2, 35 Abs. 2 StGB trügen.

Demnach kann es nicht überzeugen, dass der Gesetzgeber den spezifischen Kontext der Kriegsverbrechen und der Verbrechen gegen die Menschlichkeit pauschal als strafschärfend berücksichtigt hat. Jedenfalls bei Tätern unterer Hierarchieebenen können sich zudem bei allen Völkerrechtsverbrechen aus dem Kontext Gesichtspunkte für eine substantielle Minderung der subjektiven Vorwerfbarkeit ergeben und daher, wie *Aziz Epik* treffend zusammengefasst hat, „zwischen dem Unrecht der Tat und der Schuld des Täters erhebliche Diskrepanzen bestehen", die bei der Strafzumessung Beachtung verlangen.[33] Eine Berücksichtigung ist aber dann nicht möglich, wenn, wie bei den §§ 6 Abs. 1 Nr. 1, 7 Abs. 1 Nr. 1 und 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB, eine obligatorische lebenslange Freiheitsstrafe vorgesehen ist

32 Ähnlich *Merkel*, Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit im Völkerstrafrecht, ZStW 114 (2002), 437, 446 Fn. 20; *Zimmermann*, Gilt das StGB auch im Krieg? Zum Verhältnis der §§ 8-12 VStGB zum Besonderen Teil des StGB, GA 2010, 507, 514.

33 *Epik*, Die Strafzumessung bei Taten nach dem Völkerstrafgesetzbuch (2017), 479.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-149 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und eine Regelung zu minder schweren Fällen fehlt. Eine schuldunangemessene Strafe lässt sich dann allenfalls noch contra legem vermeiden. Die genannten Tatbestände sollten daher mit einer flexibleren Strafandrohung versehen werden.[34] Die Dringlichkeit eines gesetzgeberischen Tätigwerdens ist dabei angesichts des auf rangniedrige Personen fokussierenden Anwendungsprofils des Völkerstrafgesetzbuchs besonders groß.

V. Die praktische Konvergenz von Völkerstrafrecht und Terrorismusstrafrecht

Als ein Problem des Zusammenspiels von materiellem Völkerstrafrecht und dem allgemeinen Strafrecht lässt sich schließlich auch die wachsende Konvergenz von Völkerstrafrecht und Terrorismusstrafrecht in der deutschen Strafverfolgungspraxis verstehen.[35] Das erste Verfahren, in dem die Bundesanwaltschaft Tatvorwürfe nach dem Völkerstrafgesetzbuch neben den Tatvorwurf der Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung gem. § 129a bzw. § 129b StGB stellte, war das Verfahren gegen *Ignace Murwanashyaka* und *Straton Musoni*.[36] Große praktische Relevanz hat dieses Nebeneinander dann aber vor allem im Rahmen der strafrechtlichen Ermittlungen gegen Personen erlangt, die sich im Kontext des syrischen Bürgerkriegs zeitweise dem IS oder anderen radikalislamistischen Milizen angeschlossen haben.[37]

Problematisch ist diese Entwicklung, weil sie die ohnehin schon bestehende Asymmetrie der Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen noch einmal zusätzlich verstärkt.[38] Diese Asymmetrie besteht vor allem darin, dass Personen, die auf der Seite nicht-staatlicher Gruppen in die Begehung von Völkerrechtsverbrechen verwickelt sind, in der Praxis sehr viel eher in das Visier der deutschen Strafverfolgung geraten, als Personen, bei denen

34 Ebenso *Epik*, Die Strafzumessung bei Taten nach dem Völkerstrafgesetzbuch (2017), 480 f.

35 Grundlegend hierzu *Geneuss*, § 129a Abs. 1 S. 1 StGB als völkerstrafrechtliches Organisationsdelikt, ZStW 133 (2021), 1001 ff.; *dies.*, „Terrorismusvölkerstrafrecht", in: Jeßberger/Vormbaum/Burghardt (Hrsg.), Festschrift für Werle (2022), 105 ff.

36 OLG Stuttgart BeckRS 2015, 118449; BGHSt 64, 10.

37 Vgl. aus Sicht der Bundesanwaltschaft *Frank/Schmidt-Glockzin*, Terrorismus und Völkerstraftaten im bewaffneten Konflikt, NStZ 2017, 1, 4 ff.

38 Vgl. zu der entsprechenden Kritik an der Strafverfolgungsaktivität des Internationalen Strafgerichtshofs z.B. *Mégret*, Is the ICC Focusing Too Much on Non-State Actors?, in: deGuzman/Amann (Hrsg.), Arcs of Global Justice: Essays in Honour of William A. Schabas (2018), 173 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-149 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der entsprechende Verdacht aus ihrer (früheren) Tätigkeit für staatliche Streit- oder Sicherheitskräfte resultiert. Hier zeigt sich nicht zuletzt der politische *bias* der Maxime „No Safe Haven Germany", die bis heute die Ausübung des Verfolgungsermessens des Generalbundesanwalts gem. § 153f StPO prägt.[39] Denn nach Deutschland gelangen neben eigenen Staatsangehörigen und Personen, die schon vor der Tatbegehung in Deutschland lebten, insbesondere Geflüchtete. Besonders dringlich ist die Flucht aus einem Konfliktgebiet aber vor allem für Personen, die auf der Seite der unterlegenen Konfliktpartei gekämpft haben und schon aus diesem Grund Verfolgung befürchten müssen. Und es ist eine banale machtpolitische Tatsache, dass die unterlegene Konfliktpartei zumeist die nicht-staatliche ist. Im Kontext des syrischen Bürgerkriegs stehen daher nicht zufällig Dutzenden von Urteilen deutscher Strafgerichte, die sich gegen ehemalige Angehörige des IS und anderer radikalislamistischer Milizen richten, die gegen das syrische Regime kämpfen, bislang lediglich drei Angeklagte gegenüber, die für den staatlichen Sicherheitsapparat des Regimes von *Bashar Al Assad* tätig waren.[40] Es gibt keine deutschen Strafverfahren gegen Angehörige der staatlichen Streitkräfte der Demokratischen Republik Kongo oder Ruandas, die das Pendant des Verfahrens gegen *Murwanashyaka* und *Musoni* bilden würden. Und es gibt zwar Anklageerhebungen gegen Angehörige der *Liberation Tigers of Tamil Eelam*,[41] aber nicht gegen Vertreter des sri-lankischen Militärs oder Polizeiapparates.

Das faktische Ungleichgewicht in der Verfolgungsintensität wird durch die Konvergenz von Völkerstrafrecht und Terrorismusstrafrecht noch einmal verstärkt. Gegen Angehörige nicht-staatlicher bewaffneter Gruppen richtet sich, neben ggf. erhobenen Vorwürfen wegen Völkerrechtsverbrechen, jedenfalls der Tatvorwurf der Mitgliedschaft in einer (ausländischen) terroristischen Vereinigung gem. §§ 129a, 129b StGB. Eine entsprechende

39 Vgl. dazu *Burghardt*, Zwischen internationaler Solidarität und „not in my backyard", KJ 2018, 21, 26 f.

40 Gemeint sind die Angeklagten *Eyad A.*, vgl. OLG Koblenz BeckRS 2021, 2517, *Anwar R.*, vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 13. Januar 2022, 1 StE 9/19; und *Alaa M.*, vgl. dazu GBA, Pressemitteilung v. 28. Juli 2021, abrufbar unter <https://www.generalbundesanwalt.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/Pressemitteilung-vom-28-07-2021.html>.

41 Vgl. z.B. OLG Stuttgart BeckRS 2020, 3664; BGH BeckRS 2020, 23519; GBA, Pressemitteilung v. 12. April 2019, abrufbar unter <https://www.generalbundesanwalt.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2019/Pressemitteilung-vom-12-04-2019.html>; GBA, Pressemitteilung v. 24. Juli 2019, abrufbar unter <https://www.generalbundesanwalt.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2019/Pressemitteilung-vom-24-07-2019.html>.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-149 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

pauschale Kriminalisierung der Tätigkeit für staatliche Streit- oder Sicherheitskräfte fehlt dagegen selbst dann, wenn es sich um offensichtlich staatskriminelle Strukturen handelt, deren Tätigkeit auf die Begehung von schweren Straftaten bis hin zu Völkerrechtsverbrechen gerichtet ist. So ist auch bei den wenigen früheren Angehörigen syrischer Geheimdienste, die sich vor der deutschen Strafjustiz verantworten mussten, nicht erwogen worden, Anklage wegen Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung zu erheben.[42]

Zugleich ist die deutsche Rechtsprechung im Einklang mit der traditionellen und noch immer herrschenden Auffassung im Völkerrecht davon ausgegangen, dass das Kombattantenprivileg keine Anwendung in nichtinternationalen bewaffneten Konflikten findet.[43] Dies bedeutet, dass Kämpfer nicht-staatlicher Konfliktparteien auch dann nach dem anwendbaren deutschen Strafrecht für Angriffshandlungen im Kontext des bewaffneten Konfliktes strafbar sein können, wenn sie die Regeln des humanitären Völkerrechts beachtet haben und eigentlich die Grundvoraussetzungen einer militärischen Konfliktpartei erfüllen. Für Angehörige der staatlichen Streitkräfte gilt dagegen etwas anderes: Halten sie sich bei ihren Kampfhandlungen an die völkerrechtlichen Regeln, können sie sich regelmäßig auf die Einsatzregeln berufen, die das staatliche Recht für sie bereithält. Letztlich entfällt für Angehörige staatlicher Streitkräfte in nichtinternationalen bewaffneten Konflikten daher auch ohne Kombattantenprivileg die Strafbarkeit, wenn sie im Rahmen der Regeln des humanitären Völkerrechts agieren. Somit führt auch die im völkerrechtlichen Schrifttum vielfach kritisierte,[44] von der deutschen Strafjustiz aber ohne nähere Problematisierung angenommene, pauschale Versagung des Kombattantenprivilegs im

42 Vgl. auch *Geneuss*, § 129a Abs. 1 S. 1 StGB als völkerstrafrechtliches Organisationsdelikt, ZStW 133 (2021), 1001, 1021; *Geneuss*, „Terrorismusvölkerstrafrecht", in: Jeßberger/Vormbaum/Burghardt (Hrsg.), Festschrift für Werle (2022), 105, 110.

43 BGH NStZ-RR 2014, 274, 275; BGHSt 64, 10; BGH NStZ-RR 2018, 106; BGH NStZ-RR 2022, 191; OLG Celle BeckRS 2021, 56223, Rn. 302. Aus dem völkerrechtlichen Schrifttum vgl. z.B. *Dörmann*, Combatants, in: Cassese (Hrsg.), The Oxford Companion to International Criminal Justice (2009), 268, 269; *Melzer*, Targeted Killing in International Law (2008), 323; *Solis*, The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War (2010), 191.

44 Vgl. z.B. *Ambos*, Die Verfolgungsermächtigung i.R.v. § 129b StGB, ZIS 2016, 505, 515 f.; *Cassese*, Should Rebels Be Treated as Criminals? Some Modest Proposals for Rendering Internal Armed Conflicts Less Inhumane, in: Cassese (Hrsg.), Realizing Utopia: The Future of International Law (2012), 519, 523 ff.; *Kreß*, Der Bürgerkrieg und das Völkerrecht: Zwei Entwicklungslinien und eine Zukunftsfrage, JZ 2014, 365, 370 ff; *Sassòli*, Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve their Compliance

https://doi.org/10.5771/9783748936442-149 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nichtinternationalen bewaffneten Konflikt im Ergebnis zu einer einseitigen Privilegierung staatlicher Konfliktparteien.

VI. Fazit

20 Jahre nach Inkrafttreten des Völkerstrafgesetzbuchs lassen sich im Zusammenspiel von Völkerstrafrecht und allgemeinem Strafrecht verschiedene Probleme erkennen. Auf einer sehr grundsätzlichen Ebene fragt sich, ob der stark von der deutschen Strafrechtdogmatik geprägte Zugriff auf das Völkerstrafrecht, dem § 2 VStGB den Weg gewiesen hat, eigentlich dem Gegenstand angemessen ist. Vorerst lässt er sich als Teil einer Entpolitisierung des deutschen Völkerstrafrechts lesen, in deren Zuge ein Anwendungsprofil entstanden ist, das zwar eine zahlenmäßig beachtliche völkerstrafrechtliche Praxis produziert, sich aber in der großen Mehrzahl gegen „kleinste Fische" richtet und daher in einer internationalen Perspektive nicht als symbolträchtiges Zeichen gegen die Straflosigkeit von Völkerrechtsverbrechen wirkt. Im Verhältnis von allgemeinem Strafrecht und dem Recht der bewaffneten Konflikte hat die Rechtsprechung formal an der gesetzgeberischen Entscheidung einer Anwendbarkeit der Straftaten des Strafgesetzbuchs festgehalten, ohne dass damit Grundfragen des Verhältnisses der beiden Rechtsmaterien eine befriedigende Antwort gefunden hätten. Nicht überzeugen kann die der Ausgestaltung der Strafrahmen des Völkerstrafgesetzbuchs zugrundeliegende Entscheidung, den Kontext organisierter Gewaltanwendung grundsätzlich als strafschärfend zu berücksichtigen. Dies könnte bei solchen Verbrechenstatbeständen zu Konflikten mit dem Schuldprinzip führen, für die eine obligatorische lebenslange Freiheitsstrafe ohne Möglichkeit der Annahme minder schwerer Fälle vorgesehen ist. Hier ist *de lege ferenda* eine Flexibilisierung der Sanktionsnorm geboten. Schließlich führt auch die Konvergenz von Völkerstrafrecht und Terrorismusstrafrecht, die die deutsche Verfolgungspraxis der vergangenen zehn Jahre besonders prägt, zu Fragen hinsichtlich des Anwendungsprofils des deutschen Völkerstrafrechts. Feststellbar ist insoweit eine Ungleichgewichtigkeit der Verfolgungsintensität von Völkerrechtsverbrechen durch Mitglie-

---

with International Humanitarian Law, International Humanitarian Legal Studies 1 (2010), 5, 26 f.; *Sivakuraman*, The Law of Non-International Armed Conflict (2012), 242 f.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-149 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der nicht-staatlicher bewaffneter Gruppen im Verhältnis zu Völkerrechtsverbrechen von Mitgliedern staatlicher Streitkräfte und Sicherheitsapparate.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-149 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY