Bestandsaufnahme III: Schnittstellen

https://doi.org/10.5771/9783748936442-123 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748936442-123 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Völkerstrafgesetzbuch und humanitäres Völkerrecht

Stefan Oeter

I. Einleitung

Das Verhältnis zwischen Völkerrecht und nationalem Gesetzesrecht ist seit alters nicht ohne Spannungen, zumindest in einem gemäßigt dualistischen System wie der deutschen Rechtsordnung.[1] Wird völkerrechtliches Vertragsrecht nicht *tel quel* durch ein pauschales Zustimmungsgesetz in das deutsche Recht transformiert, sondern behält sich der Gesetzgeber vor, die völkervertraglichen Normen durch ein paralleles deutsches Gesetz in innerstaatlich verbindliches Recht zu transformieren,[2] so werden die nationalen Parallelnormen zwar weitgehend den völkerrechtlichen Vorlagen entsprechen, im Detail kann es aber durchaus sein, dass der nationale Gesetzgeber bewusst hinter den völkerrechtlichen Vorgaben zurückbleibt – oder gezielt über diese hinausgeht. In beiden Fällen entstehen Diskrepanzen zwischen dem Normgehalt der völkerrechtlichen Maßstabsnormen auf der einen Seite, den Gesetzesnormen der innerstaatlichen Umsetzung auf der anderen Seite. Wenn so etwas geschieht, ist dies häufig unbeabsichtigt; es kann aber auch Teil einer nationalen Umsetzungsstrategie sein, derartige Diskrepanzen bewusst in Kauf zu nehmen, um interne Probleme bei der Umsetzung abzufedern oder neue rechtspolitische Impulse zu setzen.

Im Falle des Völkerstrafgesetzbuchs, das vor gut zwanzig Jahren erlassen wurde, ist zunächst ein generelles Bemühen zu konstatieren, die völkerrechtlichen Maßgaben des Römischen Statuts möglichst getreulich in deutsches Strafrecht umzusetzen.[3] Nicht zu Unrecht ist diese Form einer nationalen Parallelkodifikation zum Römischen Statut als maßstabsetzend empfunden worden; als Durchbruch eines modernen Völkerstrafrechts, das

1 Vgl. *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, 6. Aufl. (2013), 149 ff., 162 ff.

2 Vgl. zur hinter dieser Praxis stehenden Transformationslehre *Schweitzer/Dederer*, Staatsrecht III, 12. Aufl. (2020), 221 ff.

3 Vgl. MK-*Werle/Jeßberger*, StGB, 4. Aufl. (2022), Einl. VStGB Rn. 33 f.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-123 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dieses endlich in der nationalen Strafrechtspraxis ankommen lässt.[4] Die Entscheidungspraxis deutscher Gerichte in Verfahren nach dem Völkerstrafgesetzbuch hat dann auch gezeigt, dass dieser Anspruch in zunehmendem Umfang praktisch eingelöst worden ist. Die Unwerturteile des Völkerrechts, die schon vor Jahrzehnten Niederschlag in völkervertraglichen Normtexten gefunden hatten, wie etwa dem *grave breaches*-System der vier Genfer Rotkreuzkonventionen von 1949,[5] und die einen dezidierten Pfad in Richtung individueller strafrechtlicher Verantwortlichkeit von staatlichen Organwaltern für schwere Verstöße gegen völkerrechtliche Grundnormen eingeschlagen hatten, waren über Jahrzehnte ohne wirklichen Niederschlag in der strafrechtlichen Praxis geblieben.[6] Erst die Schaffung des Internationalen Strafgerichtshofs mit dem Römischen Statut und dann der Erlass des Völkerstrafgesetzbuchs hat dies im Blick auf Deutschland nachhaltig geändert.[7]

Die Bestimmungen des klassischen Kriegsvölkerrechts und dann – in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts – des modernen humanitären Völkerrechts zählten zu den ersten völkerrechtlichen Normkomplexen, die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit von krass völkerrechtswidrig handelnden Akteuren ausdrücklich vorsahen, in Form der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Kriegsverbrechen.[8] Auch das Weltrechtsprinzip bei der Verfolgung dieser Verbrechen war mit den Genfer Rotkreuzkonventio-

4 Vgl. etwa *Grundmann*, Das Völkerstrafgesetzbuch: Rechtspolitischer Hintergrund und rechtspolitische Perspektiven, in: Jeßberger/Geneuss (Hrsg.), Zehn Jahre Völkerstrafgesetzbuch (2013), 35 ff.

5 Vgl. zum System der *grave breaches Vöneky*, Implementation and Enforcement of International Humanitarian Law, in: Fleck (Hrsg.), The Handbook of International Humanitarian Law, 4. Aufl. (2021), 706 ff. und *La Haye*, ICRC Updated Commentary of 2020 to the Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949 (2020), Art. 129 Rn. 5096 ff., abrufbar unter <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCIII-commentary>.

6 Vgl. *La Haye*, ICRC Updated Commentary of 2020 to the Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949 (2020), Art. 129 Rn. 5155, abrufbar unter <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCIII-commentary>, ferner *Ferdinandusse*, The Prosecution of Grave Breaches in National Courts, JICJ 7 (2009), 723, 738 ff.

7 Vgl. auch schon – als Bilanz der ersten zehn Jahre – *Keller*, Das Völkerstrafgesetzbuch in der praktischen Anwendung: Eine kritische Bestandsaufnahme, in: Jeßberger/Geneuss (Hrsg.), Zehn Jahre Völkerstrafgesetzbuch (2013), 141 ff.

8 Vgl. *La Haye*, ICRC Updated Commentary of 2020 to the Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949 (2020), Art. 129 Rn. 5089, abrufbar unter <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCIII-commentary>, ferner *Green*, Enforcement of the Law in International and Non-International Conflicts –

https://doi.org/10.5771/9783748936442-123 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nen von 1949 recht früh etabliert worden.[9] Die Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda, die Mitte der 1990er Jahre vom VN-Sicherheitsrat eingesetzt wurden, nahmen diese Impulse des humanitären Völkerrechts auf und fügten die Kategorie der Kriegsverbrechen ohne jegliche ernsthafte Diskussion in den Katalog der von Jugoslawien- und Ruanda-Strafgerichtshof abzuurteilenden Straftaten nach Völkerstrafrecht ein.[10] Es kann nicht verwundern, dass dieser Ansatz – wiederum ohne größere Diskussionen – auch 1998 bei den Verhandlungen in Rom zur Schaffung eines ständigen Internationalen Strafgerichtshofes übernommen wurde, handelt es sich bei den Kriegsverbrechen doch um eine der ganz alten und fest etablierten Kategorien der völkerstrafrechtlichen Verbrechenstatbestände.[11] Die so eingeschlagene Pfadabhängigkeit findet unweigerlich auch im Völkerstrafgesetzbuch Ausdruck, das den Kriegsverbrechen einen wichtigen Platz einräumt. Auf diesem komplexen Weg vom klassischen Kriegsvölkerrecht zum Völkerstrafgesetzbuch ist es allerdings zu einer dreifachen Transformation der Normen individueller Verantwortlichkeit gekommen – zuerst mutierten materielle Normen des klassischen (zwischenstaatlichen) Kriegsvölkerrechts zu Maßstäben individueller Verantwortlichkeit, in Form des Regimes der *grave breaches* im Rahmen der Genfer Rotkreuzkonventionen, sodann – in einem zweiten Schritt – kam es zur Umwandlung dieser Sekundärnormen des humanitären Völkerrechts in Verbrechenstatbestände des Völkerstrafrechts, die dann schließlich – mit dem Völkerstrafgesetzbuch – in nationale Straftatbestände umgewandelt wurden. Dieser Weg ist nicht ohne Reibungsverluste und beinhaltet Potenziale für Missverständnisse, die durch – u.U. auch nur leichte – Abwandlungen in Wortlaut und Sinngehalt der Strafnormen entstehen können.

In der Folge sei zunächst dem Verhältnis zwischen den materiellen Normen des humanitären Völkerrechts, als Ausgangspunkt dieser normativen Entwicklung – und dem Völkerstrafgesetzbuch – als deren vorläufigem Endpunkt – nachgegangen. Übergreifender Befund ist dabei, dass die

---

The Way Ahead, Denver Journal of International Law and Policy 24 (1996), 285 ff. und *Wells*, War Crimes and Laws of War, 2. Aufl. (1991), 91 ff.

9 Vgl. *La Haye*, ICRC Updated Commentary of 2020 to the Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949 (2020), Art. 129 Rn. 5129 ff., abrufbar unter <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCIII-commentary>.

10 Vgl. MK-*Ambos*, StGB, 4. Aufl. (2022), Vor § 8 VStGB Rn. 13.

11 Vgl. MK-*Ambos,* StGB, 4. Aufl. (2022), Vor § 8 VStGB Rn. 14 f.; ferner *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. (2020), 24 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-123 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

normativen Leitplanken der Regeln zum bewaffneten Konflikt über alle erwähnten Transformationsstufen hinweg ihre Identität bewahrt haben, die Bestimmung der besonders kritischen und nicht hinnehmbaren Verstöße gegen humanitäres Völkerrecht weithin dem entsprechen, was das heutige (nationale) Völkerstrafrecht, in Form des Völkerstrafgesetzbuchs, als sanktionswürdige Kriegsverbrechen einstuft.[12] Allerdings sind auf dem komplexen Weg bestimmte Verluste eingetreten, durch restriktive (oder manchmal auch einfach nur ungeschickte) Formulierung der Verbrechenstatbestände, mitunter dann noch „verschlimmbessert" durch unpräzise Übersetzungen auf dem Weg vom Römischen Statut zum Völkerstrafgesetzbuch. Dieses Phänomen sei in den folgenden Überlegungen an einigen konkreten Einzelbeispielen veranschaulicht.

Einen ganz massiven – man könnte geradezu sagen: disruptiven – Änderungsschub erfahren hat der Gedanke der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit für schwere Verstöße gegen Grundregeln des bewaffneten Konflikts im Regime des nichtinternationalen Konflikts.[13] Hier gab es bis in die frühen 1990er Jahre hinein keinerlei vertragsrechtliche Anknüpfungspunkte für eine solche individuelle Verantwortlichkeit in Form einer völkerstrafrechtlichen Sanktionierung, und erst recht keine einschlägige Staatenpraxis.[14] Auf der Grundlage einer betont progressiven Lesart der Architektur der Kriegsverbrechen wurde der Gedanke der Verantwortlichkeit für Kriegsverbrechen im nichtinternationalen Konflikt in die Statuten des Jugoslawien- und des Ruanda-Strafgerichtshofs hineingeschrieben. In der Folge fand diese Erstreckung der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit auf Kriegsverbrechen im internen Konflikt auch Eingang in das Römische Statut (und damit in der Folge das Völkerstrafgesetzbuch).[15] Die Konstruktion der Tatbestände des Art. 8 IStGH-Statut unterscheidet allerdings bis heute systematisch zwischen internationalem und nichtinternationalem Konflikt;[16] die Konstruktion der Verbrechenstatbestände der §§ 8-12 VStGB verwischt tendenziell diese Unterschiede, hält aber zumindest se-

12 Vgl. *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 5. Auf. (2020), 534 ff., sowie MK-*Werle/Jeßberger*, StGB, 4. Aufl. (2022), Einl. VStGB Rn. 37 ff.

13 Vgl. in diesem Sinne etwa auch MK-*Ambos*, StGB, 4. Aufl. (2022), Vor § 8 VStGB Rn. 15, sowie Ambos-*Zimmermann/Geiß*, Rome Statute, 4. Aufl. (2022), Art. 8 Rn. 837.

14 Vgl. Ambos-*Cottier*, Rome Statute, 3. Aufl. (2016), Art. 8 Rn. 15; ferner *Oeter*, Kriegsverbrechen in den Konflikten um das Erbe Jugoslawiens, ZaöRV 53 (1993), 1, 30 ff.

15 Vgl. Ambos-*Cottier*, Rome Statute, 3. Aufl. (2016), Art. 8 Rn. 23.

16 Vgl. Ambos-*Cottier*, Rome Statute, 3. Aufl. (2016), Art. 8 Rn. 43 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-123 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mantisch noch an der Unterscheidung beider Konfliktypen fest.[17] Nicht wirklich geklärt ist, ob die von den Formulierungen des Abschnitts 2 von Teil 2 des Völkerstrafgesetzbuchs nahegelegte Konvergenz der Kriegsverbrechenstatbestände im internationalen und nichtinternationalen Konflikt so im Völkerrecht tatsächlich besteht, ob hier nicht bis heute grundlegende systematische Unterschiede überdauert haben. Schwierigkeiten bereitet auch die Frage der Strafbarkeit nach allgemeinem Strafrecht von Kämpfern nicht-staatlicher Gewaltorganisationen im internen Konflikt. Mangels Kombattantenprivileg sind diese nicht explizit in ihrem Gewalthandeln gerechtfertigt; doch bleibt fraglich, ob Staaten Gewaltakte im Rahmen des normalen Kampfgeschehens wirklich in Form einer Art stellvertretenden Strafrechtspflege verfolgen sollten, zugunsten der Strafansprüche des jeweils zuständigen Territorialstaates, die dann von deutschen Gerichten durchgesetzt werden.

Ein weiterer Punkt bedarf aus meiner Sicht unvermeidbar der Behandlung, will man sich des völkerrechtlichen Rahmens für die strafrechtliche Verfolgung schwerer Verstöße gegen Grundregeln des humanitären Völkerrechts vergewissern. Dies ist der Punkt der völkerrechtlichen Immunitäten, und hier konkret der personenbezogenen Immunitäten staatlicher Amtsträger. Das Völkerrecht unterscheidet zwischen persönlicher Immunität und funktionaler Immunität.[18] Die persönliche Immunität des Staatsoberhauptes, des Regierungschefs und der Regierungsmitglieder wird im Völkerrecht grundsätzlich als absolut gedacht, jedenfalls solange diese obersten Amtsträger eines Staates ihr Amt bekleiden.[19] Durchbrechungen dieser absoluten Immunität sind nur ganz ausnahmsweise denkbar. Die funktionale Immunität für amtliches Handeln ist dagegen seit langem durchlöchert, nicht zuletzt gerade im Bereich der Kriegsverbrechen.[20] Die funktionale Immunität des Kombattantenprivilegs kommt mir als handelnder Soldat nur zu, soweit ich mich in meinem Gewalthandeln im Rahmen der grundsätzlich erlaubten Gewalt in der Bekämpfung militärischer Ziele halte.[21] Sobald ich die vom humanitären Völkerrecht gezogenen Grenzen für den Einsatz

17 Vgl. MK-*Ambos*, StGB, 4. Aufl. (2022), Vor § 8 VStGB Rn. 2.

18 Vgl. nur *Epping*, Völkerrechtsubjekte, in: Ipsen/Epping/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Völkerrecht, 7. Aufl. (2018), 73, 224 ff.

19 Vgl. *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. (2020), 368 ff.

20 Vgl. auch hierzu *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. (2020), 364 ff.

21 Vgl. zum „Kombattantenprivileg" *Heintschel von Heinegg*, Recht des bewaffneten Konflikts, in: Ipsen/Epping/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Völkerrecht, 7. Aufl. (2018), 1276, 1320 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-123 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

militärischer Gewalt überschreite, paradigmatisch in Form eines „schweren Verstoßes", bin ich individuell zur Verantwortung zu ziehen, und zwar auch von Organen der Strafverfolgung dritter Staaten, etwa des Gewahrsamsstaates im Falle der Kriegsgefangenschaft.[22] Diese etablierte Ausnahme bei Kriegsverbrechen lässt wenig Raum für traditionale Verständnisse einer funktionalen Immunität. Inwieweit dagegen die funktionale Immunität für amtliches Handeln auch im Rahmen anderer Verbrechenstatbestände dem auf der Basis des Weltrechtsprinzips operierenden Strafverfolgungsapparat dritter Staaten (noch) entgegengehalten werden kann, ist bis heute umstritten.[23] Die Arbeiten der *International Law Commission* (ILC) zu *Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction* allerdings zeigen dies sehr deutlich[24] – im Blick auf das gespaltene Meinungsbild in der ILC selbst, aber auch im Blick auf die Reaktionen der Staaten in den Debatten des Sechsten Komitees der Generalversammlung, in dem jedes Jahr der Entwurfsstand der ILC von den Staaten kommentiert wird.[25] Die deutsche Strafgerichtsbarkeit, insbesondere der dritte Strafsenat des Bundesgerichtshofs, hat hier einen überaus progressiven Weg eingeschlagen, der rechtspolitisch sicherlich begrüßenswert ist, dessen Übereinstimmung mit dem gegenwärtigen Völkergewohnheitsrecht aber nicht über alle Zweifel erhaben ist.

II. Vom humanitären Völkerrecht zum Völkerstrafgesetzbuch – die Kodifikation der Kriegsverbrechen

Die Kategorie der Kriegsverbrechen bildet, lässt man die historische Genese der Grundkonzeption individueller strafrechtlicher Verantwortlichkeit für Verletzungen grundlegender Normen des Völkerrechts Revue passieren, wohl die älteste Säule in der Entwicklung des modernen Völkerstrafrechts. Der Gedanke individueller Verantwortlichkeit für Exzesstaten, die deutlich

22 Vgl. *Oeter*, Terrorism and "Wars of National Liberation" from a Law of War Perspective, ZaöRV 49 (1989), 445, 453 f.

23 Vgl. nur *van Alebeek*, The Immunity of States and their Officials in International Criminal and International Human Rights Law (2008), 301 ff., 496 ff.

24 Vgl. ILC, Summaries of the Work of the International Law Commission, abrufbar unter <https://legal.un.org/ilc/summaries/4_2.shtml>.

25 Vgl. auch *Abashidze/Shatalova*, International Crimes Exception to the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, Netherlands International Law Review 64 (2017), 213 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-123 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

über die Grenzen rechtmäßiger militärischer Gewalt hinausgehen, ist uralt und seit Jahrhunderten im System des Kriegsvölkerrechts etabliert.[26] Das Kombattantenprivileg trägt eben nur, soweit der Waffeneinsatz rechtmäßig ist; ist er dies nicht, kann der Handelnde zur Rechenschaft gezogen werden.

Mit den Entwicklungssprüngen, die das Kriegsvölkerrecht im späten 19. und frühen 20. Jahrhundert erfuhr, wurde immer klarer bestimmt, wo die Grenzen des legalen Gewalteinsatzes liegen. Nicht nur die traditionellen Verbote des Plünderns oder der Misshandlung „unschuldiger Zivilisten", sondern auch die Standards zu Mittel und Methoden der Kampfführung erfuhren eine Klärung und markierten zunehmend deutlich den Punkt, ab dem militärische Gewalt zur Unrechtshandlung wird.[27] Im Kontext des Zweiten Weltkrieges war es dann schon allseits geteiltes Verständnis, dass nicht nur die eigenen Soldaten, sondern auch das gegnerische Militär für solche Unrechtshandlungen strafrechtlich zur Rechenschaft gezogen werden kann.[28] Die Nürnberger und Tokioter Kriegsverbrecherprozesse setzten diesen Gedanken hoch sichtbar in eine erste Form „internationalisierter" Strafverfolgung um.[29] Der Gedanke der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Kriegsverbrechen wurde dann mit den vier Genfer Rotkreuzkonventionen von 1949 weiterentwickelt, hin zu einer grundsätzlichen Verfolgungspflicht der Mitgliedstaaten für schwere Verstöße gegen bestimmte Grundregeln des humanitären Völkerrechts.[30] Alle vier Genfer Konventionen enthalten jeweils spezifische Vorschriften zum System der Sanktionierung sogenannter *grave breaches*-Vorschriften, die sich konstruktiv stark ähneln und den Gedanken der individuellen Strafbarkeit für Kriegsverbrechen endgültig als vertragliche Verpflichtung im positiven Völkerrecht verankerten. Die Verankerung weitreichender Verfolgungspflich-

26 Vgl. *La Haye*, ICRC Updated Commentary of 2020 to the Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949 (2020), Art. 129 Rn. 5089 ff., abrufbar unter <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCIII-commentary>.

27 Vgl. *Heintschel von Heinegg*, Recht des bewaffneten Konflikts, in: Ipsen/Epping/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Völkerrecht, 7. Aufl. (2018), 1276, 1280 ff.

28 Vgl. *La Haye*, ICRC Updated Commentary of 2020 to the Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949 (2020), Art. 129 Rn. 5094 f., abrufbar unter <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCIII-commentary>.

29 Vgl. MK-*Ambos*, StGB, 4. Aufl. (2022), Vor § 8 VStGB Rn. 7.

30 Vgl. *La Haye*, ICRC Updated Commentary of 2020 to the Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949 (2020), Art. 129 Rn. 5098 ff., abrufbar unter <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCIII-commentary>.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-123 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten auf der Basis des Weltrechtsprinzips blieb allerdings weitgehend toter Buchstabe – zur Strafverfolgung von Kriegsverbrechern aus Drittstaaten, soweit man ihrer hätte habhaft werden können, kam es in der Praxis kaum jemals.

Die zweite Transformation dieser Normen erfolgte im Verlaufe der 1990er Jahre. War mit den Genfer Konventionen der Umschlag von den staatengerichteten materiellen Pflichten des Konfliktsrechts hin zu Maßstäben individueller strafrechtlicher Verantwortlichkeit erfolgt, im *grave breaches*-Regime der Genfer Konventionen dann auch noch unterlegt mit einer grundsätzlichen Strafverfolgungspflicht seitens der Vertragsstaaten, so mutierte dieser Durchsetzungsmechanismus für die materiellen Verhaltensstandards des humanitären Völkerrechts nun zu operativen Strafnormen, die erst im Statut für den Jugoslawien-Strafgerichtshof und dann im Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof festlegten, auf welche Verbrechenstatbestände sich seine Zuständigkeit erstreckt.[31] Markiert waren damit materiellrechtlich die Konturen der Verbrechenstatbestände, auf die eine Aburteilung zu stützen ist. Operierte das Statut für den Jugoslawien-Strafgerichtshof konstruktiv noch mit einer Verweisungstechnik, in der die *grave breaches* des Systems der Genfer Konventionen zur materiellen Grundlage der konkret zu verfolgenden Kriegsverbrechen erklärt wurden, so ging man im Kontext des IStGH-Statuts zu einer Enumerationstechnik über.[32] Das IStGH-Statut enthält in Art. 8, in einer sehr differenzierenden Regelungstechnik, einen abschließenden Katalog von ursprünglich 54, inzwischen 60 Einzeltatbeständen, zum Teil noch mit mehreren Tatbestandsalternativen, in denen sehr konkret bestimmt wird, welche Einzeltaten in die Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs fallen und von diesem als strafwürdiges Unrecht verfolgt werden können.[33] Im Blick auf strafrechtliche Bestimmtheitsanforderungen wird man diesen Schritt sicherlich begrüßen können, waren die zwischenstaatlichen Vorgaben der *grave breaches*-Bestimmungen der vier Genfer Konventionen doch noch recht weit gefasst und ließen erhebliche Interpretationsspielräume. Im Katalog des Art. 8 IStGH-Statut sind diese nun zu konkreten und mit Mitteln klassischer Strafrechtsdogmatik zu bewältigenden Verbrechenstatbeständen geworden.

31 Vgl. MK-*Ambos*, StGB, 4. Aufl. (2022), Vor § 8 VStGB Rn. 13 ff.
32 Vgl. Ambos-*Cottier*, Rome Statute, 3. Aufl. (2016), Art. 8 Rn. 17 ff.
33 Vgl. MK-*Ambos*, StGB, 4. Aufl. (2022), Vor § 8 VStGB Rn. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-123 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechtspolitisch hat man für diesen Schritt hin zur Enumeration konkreter Katalogtaten natürlich einen Preis zahlen müssen. Die Umformung der weiten Regeln über *grave breaches*, komplementär ergänzt durch gewohnheitsrechtlich herausgebildete Verbrechenskategorien, in konkrete Katalogtatbestände führt zu einer gewissen Versteinerung des Normengefüges.[34] Eventuelle Defizite in der Umformung der alten Verbrechenskategorien in präzise Verbrechenstatbestände führen zu möglichen Lücken im System, ebenso wie spätere gewohnheitsrechtliche Entwicklungen nach Verabschiedung des IStGH-Statuts.[35] In den Verbrechenskatalog des Art. 8 IStGH-Statut könnten diese nur noch durch etwaige Vertragsänderungen im (sehr komplexen und aufwändigen) Änderungsverfahren der Art. 121 ff. IStGH-Statut gelangen. Derartige Strafbarkeitslücken können in der Regel nurmehr durch dynamische Interpretation der Verbrechenstatbestände des Internationalen Strafgerichtshofs aufgefangen werden, im Ernstfall auch noch durch Entscheidungen der Vertragsstaatenversammlung, die bei Bedarf die Möglichkeit hat, flexibel und dynamisch auf neue Entwicklungen des materiellen Rechts und der daran anknüpfenden Kriegsverbrechen zu reagieren.

Im Kontext der Ausarbeitung des Völkerstrafgesetzbuches ist der Komplex der für die individuelle Verantwortlichkeit der am Konflikt teilnehmenden Akteure relevanten Normen dann nochmals stark überarbeitet und umgestellt worden – die dritte Transformation. Der deutsche Gesetzgeber hat sich nicht darauf beschränkt, die Kataloge des Art. 8 IStGH-Statut, die ihrerseits ja schon starken Überarbeitungscharakter gegenüber dem ursprünglichen Normbestand des humanitären Völkerrechts tragen, einfach *tel quel* in gleichlautende deutsche Strafnormen zu übertragen, sondern hat die lange Liste der Katalogtaten systematisch aufgespalten, die einzelnen Tatbestände im Blick darauf neu gruppiert und im Detail die Tatbestände auch umformuliert.[36] Gerade die bessere systematische Gliederung mag im Sinne der Anwendungsfreundlichkeit für die deutsche Strafjustizpraxis durchaus begrüßenswert sein. Mit der systematischen Umformung des Normenstoffes gehen aber wiederum Risiken für das Verhältnis von Römischem Statut und Völkerstrafgesetzbuch einher.[37] Risiken können dabei in zweierlei Hinsicht bestehen. Der Wortlaut des Völkerstrafgesetzbuchs

34 Vgl. Ambos-*Cottier/Lippold*, Rome Statute, 4. Aufl. (2022), Art. 8 Rn. 48 mwN.
35 Vgl. MK-*Ambos*, StGB, 4. Aufl. (2022), Vor § 8 VStGB Rn. 14.
36 Vgl. MK-*Werle/Jeßberger*, StGB, 4. Aufl. (2022), Einl. VStGB Rn. 55.
37 Vgl. auch insoweit MK-*Werle/Jeßberger*, StGB, 4. Aufl. (2022), Einl. VStGB Rn. 37 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-123 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kann zum einen hinter dem Verfolgungsanspruch des Römischen Statuts zurückbleiben und in der Folge etwaige Strafbarkeitslücken produzieren. Der Text kann aber im Detail auch überschießende Züge aufweisen und Tatbestandsvarianten beinhalten, die im Katalog des Römischen Statuts so nicht angelegt sind. Soweit man die Wertung des Gesetzgebers, hier gleichwohl strafbares Unrecht von erheblichem Gewicht zu erfassen, inhaltlich teilt, wird man dies zunächst für wenig dramatisch halten können. Es bleibt aber ein strukturelles Problem – der nationale Gesetzgeber misst im Kontext des Völkerstrafgesetzbuchs auch diesen überschießenden Tatbeständen universelle Geltung zu, obwohl der im Römischen Statut niedergelegte globale Konsens die Universalität des konkreten Einzeltatbestandes nicht trägt. Wir haben dann unter Umständen eine nationale Strafbarkeitsnorm mit (extraterritorialem) globalem Anspruch, die von den völkerrechtlichen Konsensen zum Universalitätsprinzip nicht getragen wird, mithin eine unilaterale Postulierung universeller Strafbarkeit. Völkerrechtlich mag dies im Einzelfall grenzwertig sein – ohne Beispiel ist eine solch forsche Postulierung neuer Strafnormen des Völkerstrafrechts mit (nur national unterlegter) universeller Geltung nicht.

Die systematisch wohl gravierendste Umformung der aus Art. 8 IStGH-Statut übernommenen Normen ist die weitgehende Auflösung der im Römischen Statut noch konsequent durchgehaltenen Trennung der Kataloge für Kriegsverbrechen im internationalen und im nichtinternationalen Konflikt.[38] Beide Kategorien von Kriegsverbrechen werden im Völkerstrafgesetzbuch fast durchgängig unter einen übergreifenden Nenner gebracht mit der Formel „Wer im Zusammenhang mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt" – einzig die Tatbestände des § 8 Abs. 3 VStGB machen hier eine Ausnahme.[39] Systematisch bringt das Völkerstrafgesetzbuch hier eine Entwicklung zu Ende, die in der neueren Entwicklung des humanitären Völkerrechts und des Völkerstrafrechts schon seit Jahrzehnten zu beobachten ist – die zunehmende Konvergenz der Regime des internationalen und des nichtinternationalen Konflikts. Zwar gibt es an Kernpunkten – vor allem in der Frage des Kombattantenstatus – immer noch gewichtige Unterschiede; diese lassen sich legistisch aber tatsächlich durch eine differenzierende Regelung der „geschützten Personen" bewältigen, wie sie in § 8 Abs. 6 VStGB vorgenommen worden ist.[40] Materi-

38 Vgl. MK-*Ambos*, StGB, 4. Aufl. (2022), Vor § 8 VStGB Rn. 17 ff.
39 Vgl. MK-*Geiß/Zimmermann*, StGB, 4. Aufl. (2022), § 8 VStGB Rn. 230.
40 Vgl. dazu MK-*Geiß/Zimmermann*, StGB, 4. Aufl. (2022), § 8 VStGB Rn. 61 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-123 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ell scheint mir die im Völkerstrafgesetzbuch kodifizierte Konvergenz der Kriegsverbrechenstatbestände keine nennenswerten Probleme aufzuwerfen. Sieht man genau hin, entsprechen sich die konkreten Tatbestände in beiden Strängen tatsächlich weitestgehend.[41]

Ein interessantes Beispiel einer über die Tatbestandskonstruktion des Römischen Statuts hinausgehenden Tatbestandsnormierung stellt die Strafbarkeit für nicht gerechtfertigte Organ- oder Gewebeübertragungen nach § 8 Abs. 1 Nr. 8 b) VStGB und für nicht medizinisch angemessene Behandlungsmethoden in § 8 Abs. 1 Nr. 8 c) VStGB dar.[42] Beide Einzeltatbestände finden im Römischen Statut keine Grundlage, das sich in Art. 8 Abs. 2 b) x) auf die medizinisch nicht gerechtfertigten medizinischen oder wissenschaftlichen Versuche beschränkt. Der Gesetzgeber verweist insoweit allerdings auf Art. 11 Abs. 1 und 2 des Ersten Zusatzprotokolls zu den Genfer Konventionen (ZP I), das derartige (medizinisch nicht zu rechtfertigende) Transplantationen und Behandlungsmethoden nicht nur für geschützte Personen verbietet, sondern deren Vornahme in Art. 11 Abs. 3 ZP I auch als „schwere Verstöße" kategorisiert[43] – was deren Aufnahme in den Katalog der Straftatbestände wieder mit einer völkerrechtlichen Grundlage für universelle Geltungsansprüche versieht (zumindest unter der vom Gesetzgeber geäußerten Prämisse, die Tatbestände des ZP I seien inzwischen in Gewohnheitsrecht erwachsen, mit entsprechender Bindung auch für die Nichtvertragsstaaten des ZP I).

Etwas problematischer ist da schon die zusätzliche Anreicherung des Tatbestands des § 9 Abs. 1 VStGB mit dem Tatbestandsmerkmal des „sich aneignet".[44] Die entsprechenden Katalogtaten des Art. 8 Abs. 2 b) xiii) wie des Art. 8 Abs. 2 e) xii) IStGH-Statut enthalten zwar die ebenfalls in § 9 Abs. 1 VStGB aufgeführten Modalitäten der „Zerstörung" und der „Beschlagnahme", nicht aber die der „Aneignung". Nimmt man, wie ein Teil der Literatur, letztlich an, die Merkmale der „Aneignung" und der „Beschlagnahme" würden im völkerrechtlichen Kontext häufig als Synonyme verwendet, so mag dies als lässlich erscheinen.[45] Bedenkt man jedoch, dass es sich bei der (einzig im IStGH-Statut genannten) „Beschlagnahme" um einen förmlichen Hoheitsakt einer amtlichen Sicherstellung handelt, wäh-

41 Vgl. MK-*Ambos*, StGB, 4. Aufl. (2022), Vor § 8 VStGB Rn. 3.
42 Vgl. dazu MK-*Geiß/Zimmermann*, StGB, 4. Aufl. (2022), § 8 VStGB Rn. 193 ff.
43 Vgl. MK-*Geiß/Zimmermann*, StGB, 4. Aufl. (2022), § 8 VStGB Rn. 193.
44 Vgl. auch MK-*Ambos*, StGB, 4. Aufl. (2022), § 9 VStGB Rn. 9.
45 So etwa MK-*Ambos*, StGB, 4. Aufl. (2022), Vor § 8 VStGB Rn. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-123 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rend die „Aneignung" zur rein faktischen Handlung des Entzugs der Sache gegenüber dem Eigentümer tendiert, so wird durch diese Hinzufügung der Tatbestand ersichtlich ausgeweitet. Die Praxis des Generalbundesanwalts und nun auch der Staatsschutzsenate bei den Oberlandesgerichten in den syrisch-jesidischen Konstellationen der Vertreibung der eigentlichen Eigentümer durch den sogenannten Islamischen Staat (IS) und der faktischen Nutzung durch IS-Angehörige, denen die Sachen zur Nutzung zugewiesen waren, demonstriert die tatsächliche Relevanz dieser Tatbestandsausweitung in der deutschen Strafrechtspraxis.[46] Soweit die Verurteilungen gegen deutschstämmige Ehefrauen von IS-Kämpfern ergehen, ist dies in puncto internationaler Strafzuständigkeit noch unproblematisch; bei Urteilen gegen ausländische Täter für im Ausland begangene Taten ist die (wohl fälschliche) Berufung auf völkerrechtliche Universalität des Delikts allerdings nicht unkritisch.

Ein gegenteiliges Bespiel liefert die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit, in der Regel wohl des Kommandeurs, für Angriffe mit unverhältnismäßigen Kollateralschäden. Die semantischen Verschiebungen, die hier im Verlaufe der aufeinander folgenden Transformationen der humanitärvölkerrechtlichen Grundregeln in Straftatbestände des Völkerstrafrechts stattgefunden haben, sind recht subtil, dürften aber im Gesamtverständnis der Norm nicht ohne Folgen bleiben. Die einschlägige materielle Norm des humanitären Völkerrechts, Art. 51 Abs. 5 b) ZP I, ächtet als unterschiedslose Angriffsart noch jeden „Angriff, bei dem damit zu rechnen ist, dass er auch Verluste an Menschenleben unter der Zivilbevölkerung, die Verwundung von Zivilpersonen, die Beschädigung ziviler Objekte oder mehrere derartige Folgen zusammen verursacht, die in keinem Verhältnis zum erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil stehen".[47] Man beachte in diesem Zusammenhang das stark objektivierende „bei dem damit zu rechnen ist". Die entsprechende *grave breaches*-Bestimmung des ZP I, Art. 85, qualifiziert in Abs. 3 b) in (im Vergleich restriktiver wirkender) Formulierung als schwere Verletzung das „Führen eines unterschiedslos wirkenden, die Zivilbevölkerung oder zivile Objekte in Mitleidenschaft ziehenden Angriffs in Kenntnis davon, dass der Angriff Verluste an Men-

46 Vgl. hierzu *Ritscher*, Aktuelle Entwicklung in der Strafverfolgung des Generalbundesanwalts auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts, ZIS 2019, 599. 600.

47 Vgl. dazu *Sandoz/Swinarski/Zimmermann* (Hrsg.), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (1987), AP I Art. 51 Rn. 1967 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-123 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schenleben, die Verwundung von Zivilpersonen oder die Beschädigung ziviler Objekte zur Folge haben wird, die im Sinne des Artikels 57 Absatz 2 Buchstabe a Ziffer iii unverhältnismäßig sind".[48] Das stark objektiv orientierte, eher auf *due diligence*-Verpflichtungen hinauslaufende Tatbestandsmerkmal des „damit rechnen müssen" des Art. 51 Abs. 5 b) ZP I mutiert hier zur „Kenntnis" davon, dass der Angriff unverhältnismäßige Verluste zeitigen wird. Bei der Umformung dieser *grave breaches*-Norm in die Katalogtat des Art. 8 Abs. 2 b) iv) IStGH-Statut wird daraus dann „vorsätzliches Führen eines Angriffs in der Kenntnis, dass dieser auch Verluste an Menschenleben, die Verwundung von Zivilpersonen, die Beschädigung ziviler Objekte oder weit reichende, langfristige und schwere Schäden an der natürlichen Umwelt verursachen wird, die eindeutig in keinem Verhältnis zu dem insgesamt erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil stehen"[49]. Die „Kenntnis" wird hier gekoppelt mit der Strafbarkeitsanforderung, dass die zu erwartenden Schäden des Angriffs „eindeutig" in keinem Verhältnis zu dem militärischen Vorteil stehen.[50] § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB macht daraus als Tathandlung, wer „mit militärischen Mitteln einen Angriff durchführt und dabei als sicher erwartet, dass der Angriff die Tötung oder Verletzung von Zivilpersonen oder die Beschädigung ziviler Objekte in einem Ausmaß verursachen wird, das außer Verhältnis zu dem insgesamt erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil steht".[51] Aus dem ursprünglichen „bei dem damit zu rechnen ist" wird nun als Ergebnis der mehrfachen Transformation ein „als sicher erwartet" – eine hochgeschraubte Anforderung an den subjektiven Tatbestand, die diesen Kriegsverbrechenstatbestand in der Praxis wohl weitgehend inoperabel werden lässt. Der deutsche Gesetzgeber hat diesem Weg in die übersteigerte „sichere Erwartung" der unverhältnismäßigen Kollateralschäden nur das Sahnehäubchen hinzugefügt; der fatale Schritt zum *dolus directus* mit vorausgesetzter voller Kenntnis der rechtswidrigen Folgen des Angriffs ist

48 Vgl. insoweit *Sandoz/Swinarski/Zimmermann* (Hrsg.), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (1987), AP I Art. 51 Rn. 3477 ff.

49 Vgl. hierzu Ambos-*Arnold/Wehrenberg*, Rome Statute, 3. Aufl. (2016), Art. 8 Rn. 244 ff.

50 Vgl. hierzu auch *Oeter*, Specifying the Proportionality Test and the Standard of Due Precaution: Problems of Prognostic Assessment in Determining the Meaning of "May Be Expected" and "Anticipated", in: Kreß/Lawless (Hrsg.), Necessity and Proportionality in International Peace and Security Law (2021), 343, 346 ff., 362 ff.

51 Vgl. MK-*Dörmann*, StGB, 4. Aufl. (2022), § 11 VStGB Rn. 76 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-123 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schon bei der Formulierung des Römischen Statuts geschehen – wohl nicht ganz ohne Hintergedanken der großen Militärmächte.

III. Kriegsverbrechen im nichtinternationalen Konflikt – Innovation oder Festschreibung einer Selbstverständlichkeit?

Wie eingangs schon angedeutet, hat das Regime der individuellen Verantwortlichkeit im nichtinternationalen Konflikt im Rahmen der Kodifikation des Völkerstrafrechts einen enormen Entwicklungssprung erfahren.[52] In der Einleitung habe ich von einem geradezu „disruptiven" Änderungsschub gesprochen, den das Verhältnis des Völkerstrafrechts zum Recht des nichtinternationalen Konflikts in den 1990er Jahren durchlaufen hat. Der Gedanke der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit für schwere Verstöße gegen Grundregeln des bewaffneten Konflikts im Regime des nichtinternationalen Konflikts war bis zum Jugoslawienkrieg weitgehend esoterisch.[53] Die Staaten hatten sich in den verschiedenen Runden der Weiterentwicklung des humanitären Völkerrechts einer normativen Gleichsetzung von internationalem und nichtinternationalem Konflikt stets verweigert.[54] Mehr als der Minimalkonsens des gemeinsamen Artikel 3 war nicht zu erreichen gewesen; auch die Verabschiedung des Zweiten Zusatzprotokolls vermochte daran wenig zu ändern. Über Jahrzehnte gab es keinerlei vertragsrechtliche Anknüpfungspunkte für eine individuelle Verantwortlichkeit in Form einer völkerstrafrechtlichen Sanktionierung, und erst recht keine einschlägige Staatenpraxis. Einzelne Stimmen, besonders prominent in diesem Zusammenhang *Theodor Meron*, propagierten den Gedanken einer sachlogischen Ausweitung der Figur des Kriegsverbrechens auf den nichtinternationalen Konflikt;[55] große Gefolgschaft, vor allem in der Völkerrechtspraxis, fanden sie zunächst nicht. Die Überlegungen zu einer völkerstrafrechtlichen Aufarbeitung der Gräueltaten in den Zerfallskriegen des ehemaligen Jugoslawien mussten sich noch an dem kritischen Punkt einer – damals mehrheitlich noch so unterstellten – fehlenden völkerrechtlichen

52 Vgl. MK-*Ambos*, StGB, 4. Aufl. (2022), Vor § 8 VStGB Rn. 15.
53 Vgl. etwa *Plattner,* La répession pénale des violations du droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux, IRRC 72 (1990), 443 ff.
54 Vgl. *Sivakumaran*, The Law of Non-International Armed Conflict (2012), 42 ff.
55 Vgl. insbes. *Meron*, International Criminalization of Internal Atrocities, AJIL 89 (1995), 554 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-123 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Grundlage für eine internationale Verfolgung bürgerkriegsbezogener Missetaten unter Verletzung der Grundstandards des gemeinsamen Artikel 3 abarbeiten.[56] Auf der Grundlage einer betont progressiven Lesart der Architektur der Kriegsverbrechen wurde der Gedanke der Verantwortlichkeit für Kriegsverbrechen im nichtinternationalen Konflikt dann aber, für viele überraschend, in die Statuten des Jugoslawien- und des Ruanda-Strafgerichtshofs hineingeschrieben.[57] In der Folge fand diese Erstreckung der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit auf Kriegsverbrechen im internen Konflikt auch Eingang in das Römische Statut, ohne dass der Punkt zu diesem Zeitpunkt noch ernsthaft diskutiert worden wäre. Angesichts der grundsätzlichen Zuständigkeit *ratione temporis* nur für Taten nach Inkrafttreten des Vertrages ist dies rechtsstaatlich, unter dem Gesichtspunkt des *nulla poena sine lege*, für den Bereich des Römischen Statuts im Zweifel auch unproblematisch.

Das Völkerstrafgesetzbuch hat den Weg in Richtung einer weitgehenden Konvergenz der Regeln für beide Konflikttypen konsequent zu Ende gedacht und beide Regime weitgehend assimiliert.[58] Die Konstruktion der (Einzel-)Tatbestände des Art. 8 IStGH-Statut unterscheidet allerdings bis heute systematisch noch durchgängig zwischen internationalem und nichtinternationalem Konflikt; die Konstruktion der Verbrechenstatbestände der §§ 8-12 VStGB verwischt nun gezielt diese Unterschiede, führt beide Stränge in einer weitgehend einheitlich beide Konflikttypen abdeckenden Formulierung zusammen. Nur in der Semantik der Eingangsformel der Tatbestände taucht der Unterschied der beiden Konflikttypen noch als Erinnerungsposten auf – in der Formel des „Wer im Zusammenhang mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt …".[59]

Nicht wirklich geklärt ist, ob die von den Formulierungen des Abschnitts 2 von Teil 2 des Völkerstrafgesetzbuchs nahegelegte Konvergenz der Kriegsverbrechenstatbestände im internationalen und nichtinternationalen Konflikt so im Völkerrecht tatsächlich besteht. Bestimmte systematische Unterschiede haben im materiellen Recht der beiden Konflikttypen bis heute überdauert, wenn auch eine sorgfältige Analyse des einschlägi-

56 Vgl. exemplarisch *Oeter*, Kriegsverbrechen in den Konflikten um das Erbe Jugoslawiens, ZaöRV 53 (1993), 1, 30 ff., aber auch *Meron*, The Case for War Crimes Trials in Yugoslavia, Foreign Affairs 72 (1993), 122, 127 ff.

57 Vgl. *Meron*, War Crimes Law Comes of Age, AJIL 92 (1998), 462, 463 ff.

58 Vgl. MK-*Werle/Jeßberger*, StGB, 4. Aufl. (2022), Einl. VStGB Rn. 55.

59 Vgl. MK-*Geiß/Zimmermann*, StGB, 4. Aufl. (2022), § 8 VStGB Rn. 30 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-123 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen Normenmaterials und der (für die Frage der gewohnheitsrechtlichen Übung relevanten) Anwendungspraxis zeigen dürfte, dass beide Regime in ihren Grundzügen immer mehr ineinander verschwimmen.[60] Die grundlegenden Gebote der Unterscheidung und der Schonung der Zivilbevölkerung, der Garantien zugunsten geschützter Personen und der Regeln zu Mitteln und Methoden der Kampfführung gelten, so sieht es aus, gewohnheitsrechtlich gleichermaßen im internationalen wie im nichtinternationalen Konflikt.[61] Wo liegen dann überhaupt noch die verbleibenden Unterschiede? Eine zentrale Differenz, die bis heute nicht eingeebnet werden konnte, trotz aller Bemühungen des Internationalen Komitees des Roten Kreuzes, ist das Fehlen eines Kombattantenstatus im nichtinternationalen Konflikt.[62] Der überwiegende Teil der Staaten beharrt darauf, Kämpfer nicht-staatlicher Gewaltorganisationen dürfe man nicht gleichstellen mit Militär und Polizei des Staates, diese stellten im Kern (verbrecherische) Rebellen dar, die mit aller Härte des Strafrechts zu verfolgen seien.[63] Daraus erwächst eine grundlegende normative Asymmetrie, die wenig Anreize für Kämpfer nicht-staatlicher Gewaltorganisationen schafft, sich an das humanitäre Völkerrecht zu halten. Diesen Unterschied kann man allerdings, wie in § 8 Abs. 6 VStGB geschehen, mit differenzierten Regelungen zur Kategorie der „zu schützenden Personen" überspielen.

Weniger leicht ist dies im Blick auf bestimmte Probleme des Rechts der besetzten Gebiete. Im nichtinternationalen Konflikt kann es im eigentlichen Sinne kein „besetztes Gebiet" geben, denn der Staat bleibt ja territorialer Souverän seines gesamten Staatsgebietes, auch wenn er teilweise die Kontrolle darüber verloren hat. Erobert er nun (im nichtinternationalen Konflikt) Teile dieser Gebiete von anderen Konfliktparteien zurück, so bilden diese Gebiete nach wie vor sein Staatsgebiet, und die Bewohner seine Staatsangehörigen.[64] Die unrechtmäßige Verbringung geschützter Personen aus dem Gebiet, in dem sie sich rechtmäßig aufhalten, durch Vertreibung oder zwangsweise Überführung in andere Gebiete wird in § 8 Abs. 1 Nr. 6

60 Vgl. aber auch *Sivakumaran*, The Law of Non-International Armed Conflict (2012), 69 ff.

61 Vgl. nur *Henckaetrts/Doswald-Beck*, Customary International Humanitarian Law, Band I: Rules (2005), 5 ff., 38 ff., 48 f., 80 f., 306 ff.

62 Vgl. *Fleck*, The Law on Non-International Armed Conflict, in: Fleck (Hrsg.), The Handbook of International Humanitarian Law, 4. Aufl. (2021), 634, 656 ff.

63 Vgl. *Sivakumaran*, The Law of Non-International Armed Conflict (2012), 367 ff.

64 Vgl. auch *Fleck*, The Law on Non-International Armed Conflict, in: Fleck (Hrsg.), The Handbook of International Humanitarian Law, 4. Aufl. (2021), 634, 658.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-123 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

VStGB ungeachtet der Konfliktqualifikation unter Strafe gestellt, im Kern aus menschenrechtlichen Gründen des Schutzes der Zivilbevölkerung in ihren angestammten Lebensverhältnissen, ihrer „Heimat".[65] Art. 8 Abs. 2 e) viii) IStGH-Statut gibt dies her, da er auch für nichtinternationale Konflikte die „Anordnung der Verlegung der Zivilbevölkerung" als Kriegsverbrechen qualifiziert, soweit diese Verlegung aus konfliktbezogenen Gründen erfolgt, die nicht durch den Schutz der Zivilbevölkerung oder zwingende militärische Gründe geboten sind.[66] Die Überführung eines Teils der „eigenen Bevölkerung" in besetztes Gebiet ist aber ersichtlich nur im internationalen Konflikt ein Kriegsverbrechen, ebenso die Zwangsrekrutierung der Bewohner besetzter Gebiete für den Dienst in den eigenen Streitkräften und die Nötigung zur Teilnahme an Kriegshandlungen gegen „sein eigenes Land".[67] Diesen Besonderheiten trägt die ausschließlich auf den internationalen Konflikt bezogene Regelung des § 8 Abs. 3 VStGB angemessen Rechnung.

Eine Folgefrage, die aus dem Fehlen eines Kombattantenstatus im nichtinternationalen Konflikt resultiert, ist der strafrechtliche Status von Kämpfern, die im Kontext von Kampfhandlungen gegnerische Kämpfer töten und gegnerisches Eigentum zerstören. Gegen Mitglieder der staatlichen Sicherheitsorgane wird man insoweit schwerlich mit Mitteln des Strafrechts vorgehen können, soweit sie im Rahmen ihrer Befugnisse geblieben sind, also keine Kriegsverbrechen begangen haben, sind sie doch in der Regel durch das nationale Recht des Tatortstaates zur Anwendung unmittelbaren Zwanges befugt. Aber wie sieht es mit Kämpfern von Rebellengruppierungen aus? Eine Rechtfertigung ihrer Gewalt ergibt sich weder aus Völkerrecht noch aus nationalem Recht des Tatortstaates – im Gegenteil, dieser wird die Kämpfer von Rebellengruppen regelmäßig als Verbrecher einstufen.[68] Doch heißt dies nun, es sei auch für Drittstaaten sinnvoll, gegen derartige (ungerechtfertigte) Gewaltakte mit Mitteln des Strafrechts vorzugehen? *Kriegsverbrechen* stellen in Kampfhandlungen erfolgende Tötungen

65 Vgl. zu § 8 Abs. 1 Nr. 6 VStGB MK-*Geiß/Zimmermann*, StGB, 4. Aufl. (2022), § 8 VStGB Rn. 167 ff.

66 Vgl. Ambos-*Geiß/Zimmermann*, Rome Statute, 3. Aufl. (2016), Art. 8 Rn. 950 ff.; vgl. auch zum materiellen Verbot der Vertreibung und Deportation nach Gewohnheitsrecht *Henckaetrts/Doswald-Beck*, Customary International Humanitarian Law, Band I: Rules (2005), 459 ff.

67 Vgl. zu diesen Tatbeständen MK-*Geiß/Zimmermann*, StGB, 4. Aufl. (2022), § 8 VStGB Rn. 238 ff., 245 ff., 249 ff.

68 Vgl. auch *Murphy*, Evolving Geneva Convention Paradigms in the "War on Terrorism", George Washington Law Review 75 (2007), 1105 ff. sowie *Dörmann*, The Legal Situation of "Unlawful/Unprivileged Combatants", IRRC 85 (2003), 45 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-123 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gegnerischer Kämpfer nicht dar, eine internationale Verfolgungszuständigkeit unter IStGH-Statut und Völkerstrafgesetzbuch besteht mithin nicht. In einem rein materiellen Sinne haben sie Totschlag oder Mord begangen – doch sollte die deutsche Strafjustiz hier wirklich eine internationale Zuständigkeit in Anspruch nehmen, um derartige Taten abzuurteilen? Ein derartiges Vorgehen mit Inanspruchnahme extraterritorialer Strafgewalt scheint mir hier eher problematisch. Schon die Strafverfolgungszuständigkeit hat in dieser Konstellation keine belastbare Grundlage, und auch materiell ist es nicht wirklich angeraten, Kampfhandlungen innerhalb der Grenzen der Regeln für den (nichtinternationalen) bewaffneten Konflikt zum Gegenstand deutscher Strafverfolgung nach allgemeinem Strafrecht zu machen – der deutsche Staat machte sich hier tendenziell zum Büttel ausländischer Regime, mitunter nicht sehr menschenfreundlicher Natur, gegen die bewaffnet zu kämpfen durchaus normativ legitime Gründe haben kann.

IV. Immunitäten als Hindernis der Strafverfolgung nach dem Völkerstrafgesetzbuch?

Ein für das Völkerstrafrecht eher leidiges Thema, das aber nicht völlig aus dem Blick verloren werden sollte, ist die Problematik der Immunitäten.[69] Man muss die Immunitätsfragen unbedingt im Blick behalten, will man ein angemessenes Bild des völkerrechtlichen Rahmens für die strafrechtliche Verfolgung schwerer Verstöße gegen Grundregeln des humanitären Völkerrechts gewinnen. Im Kern geht es dabei weniger um die Grundfragen der staatsbezogenen Immunitäten, die etwa Schadensersatzklagen vor fremden Gerichten wegen schwerer Verstöße gegen humanitäres Völkerrecht hindern – man denke an die *cause célèbre* des Verfahrens Deutschland gegen Italien vor dem Internationalen Gerichtshof.[70] Für die Praxis des Völkerstrafrechts, und damit die Anwendungspraxis des Völkerstrafgesetzbuchs, von besonderem Belang ist der Punkt der personenbezogenen Immunitäten staatlicher Amtsträger. Das Völkerrecht unterscheidet insoweit zwischen

69 Vgl. insoweit als exemplarisch *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. (2021), 361 ff.

70 Siehe ICJ, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Urt. v. 3. Februar 2012, in: ICJ Reports 2012, 99 ff.; vgl. dazu außerdem *Kloth/Brunner*, Staatenimmunität im Zivilprozess bei gravierenden Menschenrechtsverletzungen, Archiv des Völkerrechts 50 (2012), 218 ff. und *Blanke*, Besteht Staatenimmunität bei Kriegsverbrechen im Lande des Forumstaates?, Zeitschrift für öffentliches Recht 69 (2014), 5 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-123 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

persönlicher Immunität der herausgehobenen Repräsentanten des Staates (und der Diplomaten) einerseits, und der funktionalen Immunität der staatlichen Amtsträger für amtliches Handeln.[71] Die erstere Kategorie, die persönliche Immunität, schützt den Staat selbst in Form seiner Spitzenrepräsentanten. Die zweite Form, die funktionale Immunität, soll verhindern, dass sich Gerichte fremder Staaten zum Richter über die Rechtmäßigkeit fremden Staatshandelns aufschwingen.

Die persönliche Immunität des Staatsoberhauptes, des Regierungschefs und der Regierungsmitglieder wird im Völkerrecht grundsätzlich als absolut gedacht, jedenfalls solange diese obersten Amtsträger eines Staates ihr Amt bekleiden.[72] Durchbrechungen dieser absoluten Immunität sind nur ganz ausnahmsweise denkbar, etwa im Blick auf die Verfolgung von Verbrechen nach Völkerstrafrecht durch internationale Gerichte. Die Vertragsstaaten des Internationalen Strafgerichtshofs haben mit Ratifikation des IStGH-Statuts auf die Geltendmachung des Immunitätseinwands gegenüber diesem Gericht verzichtet; bei vom VN-Sicherheitsrat unter Kapitel VII eingesetzten Straftribunalen kann der Sicherheitsrat die Immunität aufheben.[73] Ob die Abbedingung des Immunitätseinwands allerdings auch gegenüber Nichtvertragsstaaten gilt, Vertragsstaaten also etwa verpflichtet sind, Staatsoberhäupter dritter, nicht an das Römische Statut gebundener Staaten zu verhaften, in Vollzug eines vom Internationalen Strafgerichtshof erlassenen Haftbefehls, obwohl diese sich prinzipiell nach der *pacta tertiis*-Regel weiter auf Immunität berufen können, ist bis heute streitig.[74]

Die funktionale Immunität für amtliches Handeln stellt dagegen im Grundsatz ein weit kleineres Problem dar. Sie ist seit langem ohnehin durchlöchert, nicht zuletzt gerade im Bereich der Kriegsverbrechen. Die funktionale Immunität des Kombattantenprivilegs kommt dem militärisch im Auftrag seines Staates handelnden Soldaten nur insoweit zu, als er sich in seinem Gewalthandeln im Rahmen der grundsätzlich erlaubten

71 Vgl. *Fox/Webb*, The Law of State Immunity, 3. Aufl. (2013), 537 ff., 564 ff.

72 Vgl. *Epping*, Völkerrechtsubjekte, in: Ipsen/Epping/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Völkerrecht, 7. Aufl. (2018), 73, 224 ff.

73 Vgl. *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. (2020), 367 ff.

74 Vgl. etwa *Tladi*, Immunity in the Era of "Criminalization", Japanese Yearbook of International Law 58 (2015), 17 ff. sowie *Tladi*, The Duty on South Africa to Arrest and Surrender President Al-Bashir under South African and International Law, JICJ 13 (205), 1027 ff.; vgl. aber auch Ambos-*Kreß*, Rome Statute, 4. Aufl. (2022), Art. 98 Rn. 84 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-123 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gewalt in der Bekämpfung militärischer Ziele gehalten hat.[75] Handeln *ultra vires*, unter Überschreitung seiner rechtlichen Befugnis zur Anwendung von Gewalt, ist prinzipiell nicht durch die amtliche Stellung gerechtfertigt – und alle Kriegsverbrechen sind im Kern solche *ultra vires*-Akte, unter Überschreitung der vom Recht eingeräumten Befugnis zur Anwendung von Waffengewalt. Sobald ich als Soldat die vom humanitären Völkerrecht gezogenen Grenzen für den Einsatz militärischer Gewalt überschreite, paradigmatisch in Form eines „schweren Verstoßes", bin ich im Grundsatz individuell dafür zur Verantwortung zu ziehen, und zwar nicht nur von der (Militär-)Gerichtsbarkeit des eigenen Staates, sondern auch von Organen der Strafverfolgung dritter Staaten, etwa des Gewahrsamsstaates im Falle der Kriegsgefangenschaft.[76] Diese etablierte Ausnahme bei Kriegsverbrechen lässt wenig Raum für traditionale Verständnisse einer funktionalen Immunität im Bereich der Kriegsverbrechen.

Inwieweit dagegen die funktionale Immunität für amtliches Handeln auch im Rahmen anderer Verbrechenstatbestände dem auf der Basis des Weltrechtsprinzips operierenden Strafverfolgungsapparat dritter Staaten (noch) entgegengehalten werden kann, ist bis heute umstritten.[77] Besonders manifest stellt sich die Frage im Blick auf die Kategorie der Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Diese stellen ein Systemverbrechen dar, deren Täter häufig ihre Machtstellung im staatlichen Apparat nutzen, um solche Taten zu begehen.[78] Nach traditionellem Verständnis wäre die funktionale Immunität hier anwendbar, jedenfalls soweit staatliche Amtsträger gehandelt haben. Wünschenswert wäre es, das Abbedingen der Immunität für diese Kontexte vertraglich zu regeln – ein zentraler Grund, der für das seit Jahren von der ILC beratene Projekt zu *crimes against humanity* spricht, das allerdings leider nicht in einen Vertragsentwurf gemündet ist, sondern

75 Vgl. *Dörmann/La Haye*, ICRC Updated Commentary of 2020 to the Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949 (2020), Art. 130 Rn. 5178 ff., abrufbar unter <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCIII-commentary>.

76 Vgl. *Nohle/Issar*, ICRC Updated Commentary of 2020 to the Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949 (2020), Art. 85 Rn. 3634, abrufbar unter <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCIII-commentary>.

77 Vgl. *van Alebeek*, The Immunity of States and their Officials in International Criminal and International Human Rights Law (2008), 496 ff.; ferner Ambos-*Kreß*, Rome Statute, 4. Aufl. (2022), Art. 98 Rn. 31 ff.

78 Vgl. MK-*Werle/Jeßberger*, StGB, 4. Aufl. (2022), § 7 VStGB Rn. 2 f.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-123 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nur in *draft articles*.[79] Mangels vertraglicher Regelung muss man auf allgemeine Prinzipien zurückgreifen, die sich mit dem Stand des einschlägigen Gewohnheitsrechts auf das Engste verschränken. Die Antworten hängen insoweit stark von der gewählten Perspektive ab. Aus einer eher konservativen, an Wahrung staatlicher Souveränität orientierten Perspektive ist zunächst offensichtlich, dass die Immunitätsausnahme bei Kriegsverbrechen historisch aus dem Regime der internationalen Konflikte erwachsen ist.[80] Der Gedanke der universalen strafrechtlichen Verfolgung von Kriegsverbrechen im nichtinternationalen Konflikt ist, wie oben dargelegt, noch recht neu und hat bislang keine vergleichbare Praxis hervorgebracht. In einer eher teleologisch orientierten Perspektive, die individuelle *accountability* für Völkerrechtsverstöße sichern will, lässt sich die Grundlogik der Immunitätsausnahme bei Kriegsverbrechen dagegen völlig bruchlos auch auf Kriegsverbrechen im nichtinternationalen Konflikt und Verbrechen gegen die Menschlichkeit übertragen.[81] Wesensmerkmal der Kriegsverbrechen im nichtinternationalen Konflikt wie der Verbrechen gegen die Menschlichkeit ist ja gerade, dass die Täter (auch und gerade soweit sie Amtswalter sind) mit ihrem Handeln über die vom Völkerrecht gezogenen Grenzen legalen staatlichen Handelns hinausgegangen sind und Exzesse von Gewalt und Zwang als Instrument einsetzen, die zutiefst völkerrechtlichen Grundregeln des humanitären Völkerrechts wie des Menschenrechtsschutzes widersprechen. Warum sollten Täter derartiger Exzesstaten durch funktionale Immunität geschützt werden? Schützt Immunität des Staates im Grundansatz nicht allein die rechtmäßige Ausübung von Staatsgewalt, unter Ausklammerung von Gewaltexzessen mit *ultra vires*-Charakter?

Der sichtlich gespaltene Meinungsstand in der Völkerrechtslehre, aber auch in der Völkerrechtspraxis zeigt deutlich, dass die dahinterliegenden Fragen nicht wirklich geklärt sind. Auch ein Blick auf die einschlägigen Arbeiten der ILC zum Kodifikationsprojekt über *Immunity of State Offi-*

79 Abrufbar unter <https://legal.un.org/ilc/texts/7_7.shtml>.

80 Vgl. etwa *Abashidze/Shatalova*, International Crimes Exception to the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, Netherlands International Law Review 64 (2017), 213 ff.

81 Vgl. *Appelbaum*, Einschränkungen der Staatenimmunität in Fällen schwerer Menschenrechtsverletzungen (2007), 137 ff., 183 ff., 238 ff. sowie *Bröhmer*, State Immunity and the Violation of Human Rights (1997), 143 ff.; vgl. ferner Ambos-*Kreß*, Rome Statute, 4. Aufl. (2022), Art. 98 Rn. 24 ff., 31 ff., und *d´Argent/Lesaffre*, Immunities and Jus Cogens Violations, in: Ruys/Angelet/Ferro (Hrsg.), The Cambridge Handbook of Immunities and International Law (2019), 614 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-123 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

cials from Foreign Criminal Jurisdiction zeigen eine stark polarisierte, in gegenläufige Positionen gespaltene *epistemic community* des Völkerrechts.[82] Indiz dafür ist bereits der ansonsten in der ILC-Praxis sehr ungewöhnliche Umstand, dass der Entwurf der zuständigen Berichterstatterin die ILC so zerlegt hat, dass sie zu keinerlei tragfähigen Kompromissen über den Entwurf mehr fähig war und der Zwischenentwurf, entgegen aller sonstigen Gewohnheit, mit Mehrheit verabschiedet werden musste, begleitet von sehr kritischen Sondervoten. Die progressive Haltung der bisherigen Berichterstatterin, die alle Immunitätseinwände insoweit für unbeachtlich erklären wollte, findet also selbst in der ILC keinen Konsens. Die Stellungnahmen der Staatenvertreter im Sechsten Komitee der Generalversammlung zum Stand des Entwurfes sind in der Mehrzahl erst recht kritisch, was wenig Gutes für die Erfolgsaussichten des Projekts erwarten lässt.[83]

Die deutsche Strafgerichtsbarkeit, insbesondere der dritte Strafsenat des Bundesgerichtshofs, hat hier (vorauseilend) einen überaus progressiven Weg eingeschlagen. Der Bundesgerichtshof hat in seinem Beschluss vom 28. Januar 2021,[84] in dem er sich offensiv der Immunitätsfrage angenommen hat, obwohl der Fall dies nicht zwingend erforderte, eine etwaige Immunität des als Offizier der afghanischen Armee dienenden (und handelnden) Täters kategorisch verneint, unter Aufrechterhaltung eines eher theoretischen Vorbehalts für hohe Amtsträger. Rechtspolitisch ist der so eingeschlagene Weg sicherlich begrüßenswert; ob er in der argumentierten Form tatsächlich mit dem gegenwärtigen Stand des Völkergewohnheitsrechts in Einklang zu bringen ist, dürfte dagegen, im Lichte des weiter oben Ausgeführten, nicht über alle Zweifel erhaben sein. Als kleiner Randpunkt sei nur die Frage der Vorlagepflicht nach Art. 100 Abs. 2 GG angesprochen, der sich der dritte Strafsenat mit seiner (wohl doch etwas einseitigen) Darstellung des Diskussionsstands entzogen hat, in der er die vertretene Position als weithin klar und unbestritten dargestellt hat. Unter einer puristischen Perspektive klassischer Verfassungsrechtsdogmatik hätte der Bundesgerichtshof wohl vorlegen müssen, doch hätte dies dann nicht die

82 Vgl. ILC, Summaries of the Work of the International Law Commission, abrufbar unter <https://legal.un.org/ilc/summaries/4_2.shtml>.

83 Vgl. zu den deutschen Stellungnahmen *Oeter*, Sovereign Immunity from a Comparative Perspective: The Case of Germany, in: Bismuth/Rusinova/Starzhenetskiy/Ulfstein (Hrsg.), Sovereign Immunity under Pressure (2022), 29, 47 mwN.

84 BGH JZ 2021, 724, 725 ff., mit Anmerkung *Werle* 732.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-123 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zureichende Klarheit für die Instanzgerichte erbracht, jedenfalls nicht in absehbarer Zeit.[85]

Mit anderen Worten: Die Frage der Immunitäten ist bei weitem nicht so klar und eindeutig im Sinne eines generellen Vorrangs völkerstrafrechtlicher Verfolgungsansprüche zu beantworten wie dies die (nationale) Praxis des Völkerstrafrechts, aber auch die akademische Expertengemeinschaft der Völkerstrafrechtler gerne hätte – zumindest soweit man aus einer Perspektive des globalen Völkerrechtsdiskurses auf den Debattenstand blickt.[86] Die deutsche Strafverfolgungspraxis sollte sich davon mit Sicherheit nicht einschüchtern lassen – ganz im Gegenteil, vielleicht ist es für die weitere Völkerrechtsentwicklung von Vorteil, wenn ein Land wie Deutschland mit seiner ausgreifenden Verfolgungspraxis für Verbrechen unter dem Völkerstrafrecht progressiv voranschreitet und exponierte Positionen einnimmt, die national als (zumindest rechtspolitisch) richtig konsentiert sind.

V. Bilanz: Was bedeutet das Völkerstrafgesetzbuch für die Fortentwicklung des Völkerrechts?

Die letzte Bemerkung hat das Augenmerk wieder auf die allgemeine Bilanz deutscher Praxis im Rahmen der (Fort-)Entwicklung des Völkerrechts gelegt, hier konkret des humanitären Völkerrechts in seiner Verflechtung mit dem Völkerstrafrecht.[87] Eines wird man mit Sicherheit sagen können: Das Völkerstrafgesetzbuch, als Versuch einer gewollt progressiven Umsetzung des Römischen Statuts im nationalen Recht, war und ist kein Akt der Leisetreterei, der vorsichtigen Bestandswahrung allseits konsentierter normativer Verständnisse. Ganz im Gegenteil: Das Völkerstrafgesetzbuch wollte, im Rahmen des für nationale Gesetzgebung möglichen Maßes, Impulse für die erhoffte dynamische Weiterentwicklung des Völkerstrafrechts setzen, und implizit auch der materiellen Normenbestände, die mit dem Römischen Statut in Völkerstrafrecht umgeschmolzen worden sind, konkret hier des humanitären Völkerrechts. Der Gesetzgeber hat sich dabei nicht auf

85 Vgl. grundsätzlich zu den Maßstäben der Vorlagepflicht nach Art. 100 Abs. 2 GG v. Mangoldt/Klein/Starck-*Sieckmann/Kessal-Wulf*, GG, 7. Aufl. (2018), Art. 100 Rn. 78.

86 Vgl. hierzu als lehrreich *Dann/Feichtner/von Bernstorff*, (Post)Koloniale Rechtswissenschaft, in: Dann/Von Bernstorff/Feichtner (Hrsg.), (Post)Koloniale Rechtswissenschaft (2022), 1 ff.

87 Vgl. auch MK-*Werle/Jeßberger*, StGB, 4. Aufl. (2022), Einl. VStGB Rn. 35 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-123 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eingetretene Pfade verlassen, sondern hat bewusst und gezielt bestimmte Innovationen in das nationale Umsetzungsgesetz eingebaut.

Dies gilt in ganz besonderem Maße für die Integration der Tatbestände der Kriegsverbrechen im internationalen und nichtinternationalen Konflikt in einen einheitlichen Katalog von Verbrechenstatbeständen, die in beiden Konfliktypen gleichermaßen anwendbar sind. Dieser Schritt war nicht ohne Risiko, ist doch das Umformulieren der konkreten Tatbestandselemente immer mit dem Risiko verbunden, dass das nationale Umsetzungsgesetz entweder hinter den (klar mit universeller Zuständigkeit unterlegten) Katalogtatbeständen des Römischen Statuts zurückbleibt, mithin Strafbarkeitslücken aufreißt, oder über den Stand des Römischen Statuts immanent hinausgeht, mit dann eher wackliger Grundlage für die universelle Zuständigkeit. Insgesamt ist das Unternehmen der Integration beider Stränge der Kriegsverbrechen jedoch gut gelungen. Angesichts der relativen Neuheit der individuellen völkerrechtlichen Verantwortlichkeit für Kriegsverbrechen im nichtinternationalen Konflikt ist es schon erstaunlich, in einer eingehenden Analyse der im Römischen Statut konstruktiv noch getrennten, im Völkerstrafgesetzbuch dann integrierten Regelung der Tatbestände sich vor Augen zu führen, welch geringe Unterschiede heute die beiden früher als kategorial völlig unterschiedlich wahrgenommenen Regelungskomplexe noch trennen. Bei den Entwurfsarbeiten bestand auch genügend Problembewusstsein, um die kleine Restmenge an für den internationalen Konflikt spezifischen schweren Verstößen differenzierend mit Sonderregelungen zu bedenken. Das Völkerstrafgesetzbuch ist damit den Weg in logischer Konsequenz zu Ende gegangen, der an der Zeitenwende der Jahre um 1990 von einigen prominenten Kollegen vorgedacht worden war und dann über das Statut des Jugoslawien-Strafgerichtshofs Eingang in das moderne Völkerstrafrecht gefunden hatte.

Man sollte daraus aber nicht die selbstzufriedene Schlussfolgerung ableiten, das Völkerstrafrecht habe nun einen systematischen Selbststand erreicht, der jeglichen weiteren Blick in das Völkerrecht unnötig werden lasse. Dies liefe auf einen fatalen Trugschluss hinaus. Zum einen bedarf es des Blickes in die zugrundeliegenden Normen des materiellen Völkerrechts bis heute, um bestimmte Verluste der Transformationsprozesse wahrzunehmen, in denen aus dem materiellen Regelbestand des humanitären Völkerrechts zunächst Sekundärregeln zur *Compliance* (*grave breaches*) geworden sind, die dann ihrerseits in zwei komplexen Übersetzungsprozessen zunächst in die Tatbestände des Römischen Statuts und sodann die des Völkerstrafgesetzbuchs umgeformt wurden. Wie der Text am Beispiel des

https://doi.org/10.5771/9783748936442-123 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verbrechens der (im Ergebnis „unterschiedslosen") Angriffe unter Inkaufnahme exzessiver Kollateralschäden verdeutlicht hat, sind im Verlauf dieser mehrfachen Übersetzungsprozesse bestimmte inhaltliche Verengungen eingetreten, die eigentlich nicht dem Telos des Völkerstrafrechts entsprechen. Ob und inwieweit man diese Engführungen auf dem Weg interpretatorischer Korrektur wieder aufbrechen kann, ist eine offene Frage. Ohne jegliches Bewusstsein für das dahinter liegende Problem der „Übersetzungsfehler und -verluste" wird man dieser Problematik aber mit Sicherheit nicht begegnen können – und das Bewusstsein dieser Probleme entsteht erst, setzt man sich mit den „Muttertexten" des zugrundeliegenden materiellen Völkerrechts auseinander. Zudem bleibt die Praxis grenzüberschreitender Strafverfolgung mit extraterritorialen Wirkungen eingebettet in einen völkerrechtlichen Rahmen, wie der abschließende Seitenblick auf die völkerrechtlichen Immunitätsregeln aufgezeigt haben sollte. Man sollte vor diesen Regeln des allgemeinen Völkerrechts nicht in Ehrfurcht erstarren, sondern durchaus ergebnisorientiert mit ihnen umgehen, unter mutiger Nutzung der Spielräume, die das Völkerrecht bereithält. Man sollte jedoch, eingedenk der etwaigen völkerrechtlichen Hindernisse, einen Blick dafür haben, was im Kontext der völkerrechtlichen Diskurse geht und was nicht – sonst liefe man das Risiko, mit nationalen Praktiken der Rechtsanwendung mittelfristig auf den Bauch zu fallen. Wir sollten solche Risiken des Entgleisens nach Möglichkeit vermeiden – dazu ist das Völkerstrafrecht bis heute in seiner institutionellen Struktur und globalen Akzeptanz noch zu prekär. Dies sei aber nicht als versteckte Kritik am Gesetzgebungswerk des Völkerstrafgesetzbuchs und seiner nationalen Anwendungspraxis verstanden – der Gesetzgeber wie die das Gesetz weiterentwickelnde Strafjustiz haben bei diesem Projekt durchaus Augenmaß gezeigt und einen plausiblen Mittelweg zwischen Vorsicht bei der Umsetzung des Völkerrechts und beherzter Fortentwicklung im Detail eingeschlagen, der schon heute wichtige Impulse für die Fortschreibung des Völkerrechts gesetzt hat.

https://doi.org/10.5771/9783748936442-123 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748936442-123 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY