

Dr. Christoph Barthe
Staatsanwalt beim Bundesgerichtshof
Der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof

Deutscher Bundestag – 18. Wahlperiode – Drucksache 18/8621
Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Völkerstrafgesetzbuches

Stellungnahme für die öffentliche Anhörung
des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
am 26. September 2016

I. Vorbemerkung

Der auf der ersten Überprüfungskonferenz (*Review Conference*) des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (im Folgenden: IStGH-Statut) vom 31. Mai bis 11. Juni 2010 in Kampala/Uganda in Bezug auf das bis dahin undefiniert gebliebene Verbrechen der Aggression erzielte Kompromiss lässt sich zu Recht als „historischer Durchbruch“¹ oder als „Meilenstein“² in der Fortentwicklung des modernen Völkerstrafrechts bezeichnen. Die Umsetzung der Beschlüsse von Kampala in deutsches Recht ist von daher uneingeschränkt zu begrüßen, zumal die Bundesrepublik Deutschland sich wesentlich an dem langjährigen³ sowie mitunter mühevollen Einigungsprozess beteiligt und die Änderungen von Kampala zudem als einer der ersten Vertragsstaaten ratifiziert⁴ hat. Da der Unterzeichner im Völkerstrafrechtsreferat des Generalbundesanwalts beim Bundesgerichtshof, mithin bei der für die Strafverfolgung des nach dem Gesetzentwurf in § 13 VStGB (fortan: VStGB-E) geregelten Aggressionsverbrechens nach § 142a Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG ausschließlich zuständigen Staatsanwaltschaft, tätig ist, soll hier zu der Art und Weise der Umsetzung vornehmlich aus Sicht eines künftigen Rechtsanwenders Stellung genommen werden. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass nicht jede in Zukunft auftretende Sach-

¹ So die Begründung zum vorliegenden „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Völkerstrafgesetzbuches“ (nachfolgend abgekürzt mit „Gesetzentwurf“) unter A. I., BT-Drucks. 18/8621, S. 9.

² *Schmalenbach* in JZ 2010, 745, 752, die einleitend auch illustrativ vom „Wunder von Kampala“ spricht. Zu der durchaus unterschiedlichen Bewertung der Ergebnisse der Konferenz in Kampala in der völker- und völkerstrafrechtlichen Literatur *Ambos*, *Treatise on International Criminal Law*, Volume II: The Crimes and Sentencing, 2014, S. 220 mwN in Fn. 259.

³ Näher zu den der Kampala-Konferenz vorausgehenden Bemühungen zur Kodifikation des Straftatbestandes der Aggression sowie zu einer Regelung der – unter den Konferenzteilnehmern heftig umstrittenen – Bedingungen der Ausübung der Gerichtsbarkeit des IStGH *Ambos*, oben Fn. 2, S. 184 ff.

⁴ Hierzu das „Gesetz zu den Änderungen vom 10. und 11. Juni 2010 des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. Juli 1998“ vom 20. Februar 2013 (BGBl. 2013 II S. 139).

verhaltensgestaltung vom Gesetzgeber antizipiert und allumfassend geregelt werden kann. Die folgenden Anmerkungen mögen demnach, soweit sie sich kritisch mit dem Gesetzentwurf auseinandersetzen, nur als Hinweis auf *de lege ferenda* etwaig entstehende „Problemfälle“ verstanden werden, welche durch bloß geringfügige Änderungen oder Ergänzungen des Gesetzentwurfs oder seiner Begründung verhindert werden können.

II. Im Einzelnen:

1. Die Regelung des Aggressionsverbrechens im VStGB, kein (echtes) Weltrechtsprinzip

Die Einfügung des Straftatbestandes der Aggression in das VStGB gemäß Art. 1 des Gesetzentwurfs erweist sich aus Praktikerperspektive als sachgerecht, ebenso die in § 1 VStGB-E vorgesehene materiell-rechtliche Beschränkung des Anwendungsbereichs des Gesetzes auf Fälle mit Deutschlandbezug; die Anordnung eines uneingeschränkten (echten) Weltrechtsprinzips für das Aggressionsverbrechen stünde zum einen nicht im Einklang mit gesichertem Völkergewohnheitsrecht⁵ und würde zum anderen die deutschen Justizbehörden mit nicht selten politisch motivierten Strafanzeigen überlasten.

Hinzu kommt, dass Beweiserhebungen im Wege der Rechtshilfe bei Auslandstaten jedenfalls dann, wenn es nicht zu einem Regimewechsel gekommen ist, regelmäßig an der fehlenden Kooperation des mutmaßlichen Aggressorstaates scheitern werden. Eine rein „symbolische Ermittlungstätigkeit“ wäre hingegen für die Wirkkraft des Völkerstrafrechts nicht minder abträglich als Anklageerhebungen und Verurteilungen auf unzureichender Tatsachengrundlage.⁶

Eine Verankerung des Deutschlandbezugs im materiellen Recht ist schließlich gegenüber einer „prozessualen Lösung“ über § 153f StPO deshalb vorzuziehen, weil nur so dem Normadressaten das erwünschte Legalverhalten im Gesetzestext der Strafnorm verdeutlicht und gleichzeitig vermieden wird, dass die häufig politisch brisante Frage einer Strafverfolgung in allzu hohem Maße von der Legislative auf die Strafverfolgungsbehörden verlagert wird.⁷

⁵ Siehe dazu schon die Stellungnahme des Generalbundesanwalts beim Bundesgerichtshof vom 29. August 2013 auf den mit Schreiben vom 20. Juni 2013 vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz übersandten Fragenkatalog zur Umsetzung der Beschlüsse von Kampala in deutsches Recht, Ziffer 2.1. (im Folgenden: GBA-Stellungnahme) sowie Ziffer 5 der Interpretationsvereinbarungen (*understandings*) zu Art. 8 bis IStGH-Statut.

⁶ Vgl. hierzu GBA-Stellungnahme, Ziffer 2.2.

⁷ GBA-Stellungnahme, Ziffer 2.4.

2. Der „Täter“-Begriff in § 1 Satz 2 VStGB-E

Die Verwendung des Begriffs „Täter“ in § 1 Satz 2 VStGB-E erscheint indes nicht frei von (verfassungs-)rechtlichen Bedenken. Ausweislich der Gesetzesbegründung (siehe BT-Drucks. 18/8621, S. 15) soll der Begriff „Täter“ nicht allein den Täter im Sinne von § 25 StGB, sondern insgesamt jeden Beschuldigten erfassen, gegen den sich das Verfahren richtet, unabhängig von seiner Rolle als Täter oder Teilnehmer.

Die vorstehende Definition mag zwar im Ergebnis der wohl überwiegenden Ansicht im strafrechtlichen Schrifttum entsprechen, nach welcher den allgemeinen Vorschriften des Strafanwendungsrechts in den §§ 3 ff. StGB ein spezifischer „strafanwendungsrechtlicher Täterbegriff“ zugrunde liegt, der sich nicht mit dem materiell-rechtlichen Begriff des Täters in § 25 StGB decken, sondern auch Anstifter und Gehilfen (§§ 26, 27 StGB) mitumfassen soll.⁸ Gegen ein solches – soweit ersichtlich höchstrichterlich bislang nicht bestätigtes – weites Verständnis des Begriffs des „Täters“ beispielsweise in § 5 Nr. 3a, 5b, 6c, 8 und 9 StGB wird jedoch angeführt, dass es die Wortlautgrenze des Art. 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB, die auch im Strafanwendungsrecht zu beachten sei, überschreite, zumal der Gesetzgeber im Allgemeinen Teil des StGB begrifflich klar zwischen Tätern und Teilnehmern unterscheide und als gemeinsamen Oberbegriff den Terminus „Beteiligter“ (§ 28 Abs. 2 StGB) gebrauchte.⁹

Nachdem im Rahmen der von Völkerrechts wegen gebotenen¹⁰ Begrenzung der Strafbarkeit auf „Führungspersonen“ in § 13 Abs. 4 VStGB-E ebenfalls der Begriff des „Beteiligten“, i. e. des Täters und Teilnehmers, gewählt wurde, stellt sich die Frage, ob und in welchen Fällen § 1 Satz 2 VStGB-E der Strafverfolgung von (deutschen) Teilnehmern an einem im Ausland begangenen, nicht gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichteten Aggressionsverbrechen entgegensteht, insbesondere dann, wenn die Tat

⁸ In diesem Sinne etwa LK-StGB/*Werle/Jeßberger*, 12. Aufl., § 5 StGB Rn. 21 ff., MüKo-StGB/*Ambos*, 2. Aufl., § 5 StGB Rn. 6, ders. in *Internationales Strafrecht*, 4. Aufl., § 1 Rn. 28, NK-StGB/*Böse*, 4. Aufl., Vor § 3 StGB Rn. 54 und § 5 StGB Rn. 6, *Esser*, *Europäisches und Internationales Strafrecht*, § 14 Rn. 20, *Mitsch*, Jura 1989, 193, 196, *Walter*, JuS 2006, 967 f. sowie *Walther*, JuS 2012, 203, 207, jeweils mwN.

⁹ Dazu SSW-StGB/*Satzger*, 2. Aufl., § 5 StGB Rn. 9 f., ders. in *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 7. Aufl., § 5 Rn. 9 und 70 sowie in Jura 2010, 190, 194 f., der allerdings wegen der regelmäßig „strafbarkeitsbeschränkenden Wirkung“ der Interpretation des Täterbegriffs durch die h.M., derzufolge Täter und Teilnehmer die in der jeweiligen strafanwendungsrechtlichen Norm genannten Anforderungen in eigener Person erfüllen müssen, eine „Abweichung von der gesetzgeberischen Formulierung und eine Überantwortung der Entscheidung über die Strafbarkeit [...] an den Richter“ inzwischen für noch vertretbar hält; einen „weiten Täterbegriff“ lehnen dagegen ab Sch/Sch-StGB/*Eser*, 29. Aufl., § 5 StGB Rn. 16, HK-GS/*Hartmann*, 3. Aufl., § 5 StGB Rn. 12, *Fischer*, StGB, 63. Aufl., § 5 StGB Rn. 8 und *Rath*, JA 2007, 26, 30, jeweils mwN.

¹⁰ GBA-Stellungnahme, Ziffer 1.2.1.

weder am Tatort mit Strafe bedroht noch ein Fall fehlender Straf Gewalt nach § 7 Abs. 2 StGB¹¹ gegeben ist.

Insoweit ist wie folgt zu differenzieren:

a) Handeln des Teilnehmers im Inland

Handelt der (deutsche oder ausländische) Teilnehmer *im Inland*, indem er etwa von Deutschland aus die Lieferung von Waffen an den Aggressorstaat veranlasst, unterliegt er schon gemäß den §§ 3 und 9 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 StGB deutschem Strafrecht, selbst wenn die von ihm geförderte Tat wegen fehlender deutscher Staatsangehörigkeit des Haupttäters nach § 1 Satz 2 VStGB-E in Verbindung mit § 9 Abs. 1 StGB grundsätzlich¹² nicht in Deutschland verfolgbar wäre.¹³ Eines Rückgriffs auf § 1 Satz 2 VStGB-E bedarf es in diesem Fall für den Teilnehmer nicht, weil sich die Tat für ihn als „Inlandstat“ darstellt.¹⁴ Ob die Haupttat dem deutschen Strafrecht unterfällt und ob diese am Tatort im Ausland mit Strafe bedroht ist, spielt für die im Inland erfolgte Teilnahme an einer Auslandstat gemäß § 9 Abs. 2 Satz 2 StGB keine Rolle.

b) Handeln des Teilnehmers im Ausland

Anders verhält es sich hingegen, wenn der Teilnehmer an einem (nach Tatortrecht straflosen) ausländischen Aggressionsverbrechen seine Anstiftungs- oder Gehilfenhandlung *im Ausland* vornimmt. Bei dieser Sachverhaltsgestaltung mangelt es unabhängig von der Auslegung des Täterbegriffs in § 1 Satz 2 VStGB-E bereits an einer beteiligungsfähigen, namentlich nach deutschem Strafrecht strafbaren, vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Haupttat. § 9 Abs. 2 Satz 2 StGB ist nicht anwendbar, da der Teilnehmer der Auslandstat nicht – wie im Gesetz ausdrücklich vorausgesetzt wird – „im Inland gehandelt“ hat.¹⁵ Dass § 1 Satz 2 VStGB-E einen über die Regelung in § 9 Abs. 2 Satz 2 StGB hinausgehenden

¹¹ Zur Anwendung deutschen Strafrechts in Gebieten, in denen ein Staat zwar formal noch die Hoheitsgewalt innehat, jedoch nicht mehr in der Lage ist, effektive Straf Gewalt auszuüben, weil etwa das Justizsystem zusammengebrochen ist (*failed state scenario*), LK-StGB/Werle/Jeßberger, oben Fn. 8, § 7 StGB Rn. 53 und MüKo-StGB/Ambos, oben Fn. 8, § 7 StGB Rn. 18, jeweils mwN.

¹² Siehe hierzu § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB.

¹³ Vgl. dazu LK-StGB/Werle/Jeßberger, oben Fn. 8, § 5 StGB Rn. 32.

¹⁴ Zum umstrittenen Begriff der „Tat“ im Strafanwendungsrecht statt vieler nur MüKo-StGB/Ambos, oben Fn. 8, § 3 StGB Rn. 6 f. und Sch/Sch-StGB/Eser, oben Fn. 9, § 3 StGB Rn. 4, jeweils mwN.

¹⁵ Anders insoweit Miller/Rackow, ZStW 117 (2005), 379, 406, die bei Auslandsteilnahme eines Deutschen an der Auslandstat eines Ausländers entgegen § 9 Abs. 2 Satz 2 StGB von einer grundsätzlichen Strafbarkeit des Teilnehmers nach deutschem Recht ausgehen, diesen jedoch angesichts der ihrer Auffassung nach vorliegenden „versuchsähnlichen Unrechtsstruktur“ gegebenenfalls entsprechend § 23 Abs. 2 StGB milder bestrafen wollen.

Akzessorietätsverzicht¹⁶ für die inländische und/oder ausländische Teilnahme an der Auslandstat eines Ausländers normiert, ist nicht ersichtlich; Entsprechendes ist auch der Gesetzesbegründung nicht zu entnehmen.

c) Ausländischer Teilnehmer und deutscher Haupttäter

Nach deutschem Strafrecht straflos bliebe nach der beabsichtigten Gesetzesfassung des § 1 Satz 2 VStGB-E überdies der im Ausland handelnde *ausländische Teilnehmer* an einem im Ausland verübten Aggressionsverbrechen eines deutschen Führungstäters. Zwar würde es in dieser Konstellation aufgrund der deutschen Staatsangehörigkeit des Haupttäters nicht an einer deutscher Strafgewalt unterliegenden teilnahmefähigen Haupttat fehlen; bei Heranziehung der in der strafrechtlichen Literatur zu den §§ 3 ff. StGB mehrheitlich vertretenen Grundsätze müsste indes nicht nur der Haupttäter, sondern auch der Teilnehmer deutscher Staatsbürger sein, um auf diesen deutsches Strafrecht anwenden zu können.¹⁷ Nach der Gegenansicht wäre generell nur der Täter im Sinne des § 25 StGB, nicht jedoch der Teilnehmer von § 1 Satz 2 VStGB-E erfasst.

d) Deutscher Teilnehmer und deutscher Haupttäter

Im Fall einer im Ausland erfolgten *Teilnahme eines Deutschen* an einem im Ausland begangenen Aggressionsverbrechen eines deutschen Führungstäters wäre bei Anlegung der Maßstäbe der im allgemeinen Strafanwendungsrecht vorherrschenden Auffassung eine Anwendung des § 1 Satz 2 VStGB-E (auch) auf den Teilnehmer möglich, während bei restriktivem Verständnis des Täterbegriffs in § 1 Satz 2 VStGB-E ausschließlich der Haupttäter nach § 13 VStGB-E bestraft werden könnte.¹⁸

e) Ergebnis

Auch wenn die unterschiedlichen Meinungen zur Auslegung des strafanwendungsrechtlichen Täterbegriffs in den meisten Fällen der Teilnahme an einem im

¹⁶ Gribbohm spricht in JR 1998, 177, 178 in diesem Zusammenhang von „gesetzlicher Fiktion“ der ausländischen Haupttat.

¹⁷ Im Ergebnis wie hier LK-StGB/Werle/Jeßberger, oben Fn. 8, § 5 StGB Rn. 33 in Bezug auf einen Ausländer, der einen Deutschen im Ausland zu dessen dort begangenen Organhandel anstiftet.

¹⁸ Siehe aber Sch/Sch-StGB/Eser, oben Fn. 9, § 5 StGB Rn. 17, der trotz des von ihm in Rn. 16 vertretenen „engen Täterbegriffs“ annimmt, dass die im Ausland geleistete [?] Beihilfe eines Deutschen zu einem dort straffreien Schwangerschaftsabbruch gemäß § 5 Nr. 9 StGB dann deutschem Strafrecht unterfällt, wenn zumindest ein (Mit-)Täter (Arzt oder Schwangere) zur Zeit der Tat deutscher Staatsbürger war und dieser und der Gehilfe ihre Lebensgrundlage in Deutschland hatten.

Ausland begangenen, nicht gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichteten Aggressionsverbrechen somit zum selben Ergebnis gelangen mögen (dazu oben lit. a) bis c)), sollte aus hiesiger Sicht schon im Interesse der Normenklarheit erwogen werden, anstelle des Begriffs „Täter“ im Entwurf des neuen § 1 VStGB den Begriff des „Beteiligten“ zu verwenden, wie dies bereits aus den Reihen der im Rahmen des Umsetzungsprozesses der Beschlüsse von Kampala hinzugezogenen Völker(straf-)rechtswissenschaft zum Teil¹⁹ vorgeschlagen wurde. Auf diese Weise wäre jedenfalls bei der unter lit. d) skizzierten Sachverhaltsgestaltung mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwartenden Vorwürfen einer gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstoßenden, zu extensiven Interpretation der Norm²⁰ sowie einer auch mit Blick auf das Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip nicht unproblematischen Verlagerung der Entscheidung über die Strafbarkeit vom Gesetzgeber auf den Rechtsanwender²¹ der Boden entzogen. Der in der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 18/8621, S. 15) inzwischen erfolgte Hinweis auf den mit der Wahl des Begriffs „Täter“ in § 1 Satz 2 VStGB-E angestrebten „Gleichklang mit dem allgemeinen Strafanwendungsrecht des StGB“ vermag an der hier angesprochenen (verfassungs-)rechtlichen Problematik nichts zu ändern.

f) Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen der deutschen Staatsbürgerschaft

Offen bleibt nach der aktuellen Gesetzesfassung und -begründung schließlich, ob der „Täter“ – wie in § 5 Nr. 6c, 8, 9, 9a, 11a, 14a und 15 sowie in § 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB ausdrücklich angeordnet – zur Zeit der Begehung der Tat (§ 8 StGB) die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen muss oder ob der nachträgliche Erwerb derselben für eine Anwendung von § 13 VStGB-E ausreicht. Während der Gesetzestext eher dafür spricht, auch den späteren Erwerb der deutschen Staatsbürgerschaft genügen zu lassen (vgl. § 1 Satz 2 VStGB-E: „Taten [...], die im Ausland begangen *wurden*“, aber „wenn der Täter Deutscher *ist*“ – jeweils Herv. d. Verf.),²² liegt es nach der Gesetzesbegründung (siehe vor allem BT-Drucks. 18/8621, S. 13 und 14) näher, auf den *Zeitpunkt der Tatbegehung* abzustellen. Für letzteres spricht zudem, dass in § 1 Satz 2 VStGB-E keine § 7 Abs. 2

¹⁹ Hierzu das Protokoll des Expertengesprächs im Bundesministerium der Justiz am 14. Oktober 2013, S. 3 unten.

²⁰ Zur Geltung des Art. 103 Abs. 2 GG auch für strafanwendungsrechtliche Vorschriften siehe BVerfG wistra 2003, 255, 257, LK-StGB/Werle/Jeßberger, oben Fn. 8, Vorbem. zu §§ 3 ff. StGB Rn. 268 und MüKo-StGB/Ambos, oben Fn. 8, Vorbem. zu §§ 3-7 StGB Rn. 70, jeweils mwN.

²¹ Vgl. BVerfGE 71, 108, 114 ff. mwN.

²² In dieselbe Richtung weist auch die Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrates (BT-Drucks. 18/8621, S. 24), wonach „der Tatbestand des § 13 VStGB nur verfolgt [werden soll], wenn der *Verdacht* entweder *gegen einen Bundesbürger gerichtet worden* [sic!] *ist* oder die mögliche Straftat sich gegen die Bundesrepublik Deutschland *richtete*“ [Herv. d. Verf.].

Nr. 1 Alt. 2 StGB entsprechende „Neubürgerklausel“ aufgenommen worden ist. Zur Beseitigung jeglicher Zweifel böte es sich an, vor das Wort „Deutscher“ in § 1 Satz 2 VStGB-E die Wörter „zur Zeit der Tat“ einzufügen, auch um gleichzeitig deutlich zu machen, dass der nachträgliche Verlust der deutschen Staatsbürgerschaft den einmal entstandenen deutschen Strafanspruch unberührt lässt.²³

3. Die Tathandlungen in § 13 Abs. 1 und 2 VStGB-E

Die Regelung der völkerrechtlich gesicherten²⁴ Tathandlungen des *Führens* eines Angriffskrieges und des *Begehens* einer sonstigen Angriffshandlung einerseits (§ 13 Abs. 1 VStGB-E) sowie des *Planens*, *Vorbereitens* und *Einleitens* eines Angriffskrieges oder einer sonstigen Angriffshandlung andererseits (§ 13 Abs. 2 VStGB-E) in zwei verschiedenen Absätzen des Aggressionsverbrechenstatbestandes erscheint gesetzesystematisch nicht zwingend und entspricht im Übrigen auch nicht der Tatbestandsstruktur des Art. 8 *bis* IStGH-Statut (dort Abs. 1) und dessen historischen Vorläufern im Nürnberger und Tokioter Recht (Art. 6 lit. a) IMG-Statut und Art. 5 lit. a) IMGFO-Statut); sie erweist sich in der Sache aber als unbedenklich. Die in Aussicht genommene Gesetzesfassung dürfte zurückgehen auf die These vom unterschiedlichen Unrechtsgehalt der einzelnen Handlungsumschreibungen des Aggressionsverbrechens in Art. 8 *bis* Abs. 1 IStGH-Statut,²⁵ die hier nicht uneingeschränkt geteilt wird.²⁶

4. Die Strafandrohungen (§ 13 Abs. 1 und § 13 Abs. 2 Satz 1 VStGB-E)

Dessen ungeachtet erscheinen die konkreten Strafandrohungen in § 13 Abs. 1 und § 13 Abs. 2 Satz 1 VStGB-E von „lebenslanger Freiheitsstrafe“ im Fall des Führens eines Angriffskrieges oder des Begehens einer sonstigen Angriffshandlung sowie „lebenslanger Freiheitsstrafe“ oder „Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren“ für die Planung, Vorbereitung oder Einleitung eines Angriffskrieges oder einer sonstigen Angriffshandlung in Anbetracht der besonderen Schwere des Verbrechens der Aggression als „the supreme international crime“²⁷ angemessen.

²³ Dazu LK-StGB/*Werle/Jeßberger*, oben Fn. 8, § 7 StGB Rn. 80, MüKo-StGB/*Ambos*, oben Fn. 8, § 7 StGB Rn. 26 und Sch/Sch-StGB/*Eser*, oben Fn. 9, § 7 StGB Rn. 19.

²⁴ GBA-Stellungnahme, Ziffer 1.1.1.

²⁵ So etwa *Jeßberger* in ZIS 2015, 514, 521.

²⁶ Siehe schon GBA-Stellungnahme, Ziffer 1.1.3.

²⁷ Internationaler Militärgerichtshof von Nürnberg, Urteil vom 30. September/1. Oktober 1946, in: Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, 1947, Volume I, S. 186.

5. Die „Schwellenklausel“ in § 13 Abs. 1 VStGB-E

Zustimmung verdient ferner die Übernahme der sogenannten „threshold clause“ aus Art. 8 *bis* Abs. 1 IStGH-Statut in § 13 Abs. 1 VStGB-E, durch die der „Doppelnatur des Aggressionsverbrechens“²⁸ hinreichend Rechnung getragen wird. Im Grundsatz richtig ist in diesem Zusammenhang auch der in der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 18/8621, S. 16) aufgenommene Hinweis, dass die Schwellenklausel eine „Filterfunktion“ erfüllen und die Reichweite des Tatbestandes des Aggressionsverbrechens anhand der objektiven Merkmale „Art“, „Schwere“ und „Umfang“ begrenzen soll.

Speziell mit Blick auf die vorgenannte „Filterfunktion“ stellt sich jedoch die angesichts der mehrdeutigen Formulierung in Ziffer 7 der Interpretationsvereinbarungen zu Art. 8 *bis* IStGH-Statut auf internationaler Ebene kontrovers diskutierte Frage, ob es für eine Anwendung des Aggressionsstraftatbestandes in rechtlicher Hinsicht genügt, dass lediglich zwei der drei Merkmale erfüllt sind, um eine offenkundige Verletzung der Charta der Vereinten Nationen zu begründen (dazu auch BT-Drucks. 18/8621, S. 16, wonach „mindestens zwei Kriterien“ kumulativ vorliegen müssen).²⁹ Als Beispiel sei insoweit der Fall einer humanitären Intervention genannt, welche mittels massiver und langanhaltender militärischer Gewalt unter Inkaufnahme erheblicher Schäden für die Zivilbevölkerung durchgeführt wird.

Nach hiesiger Ansicht erscheint es von Verfassungs wegen (Art. 103 Abs. 2 GG) bedenklich, in diesem Fall eine Strafbarkeit anzunehmen, zumal sowohl der Wortlaut des § 13 Abs. 1 VStGB-E („und“) als auch derjenige des Art. 8 *bis* Abs. 1 IStGH-Statut („and“) gegen eine Einbeziehung derartiger Konstellationen in den Aggressionsverbrechenstatbestand sprechen dürften. Zudem ist fraglich, ob die Schwellenklausel bei einer solchen – völkerrechtlich nicht gebotenen – weiten Auslegung in der Praxis ihrer „Filterfunktion“ in ausreichendem Maße gerecht werden kann.³⁰ Eine Korrektur der Gesetzesbegründung dahin gehend, dass „alle drei Merkmale kumulativ“ zur Begründung einer offenkundigen Verletzung der Charta der Vereinten Nationen vorliegen müssen, wäre von daher anzuraten.

²⁸ Vgl. dazu *Ambos* in ZIS 2010, 649, 654.

²⁹ Näher zu dieser Problematik *Heinsch* in GoJIL 2 (2010), 713, 728 f., *Zimmermann/Freiburg* in Triffterer/*Ambos*, The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary, 3. Aufl., Art. 8 *bis* Rn. 58 ff. und *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 4. Aufl., Rn. 1537, jeweils mwN.

³⁰ Im Ergebnis wie hier *Schmalenbach* in JZ 2010, 745, 748 und *Werle/Jeßberger*, oben Fn. 29, Rn. 1537, letztere unter Hinweis auf die nach wie vor ungeklärte rechtliche Einordnung der „understandings“ zu Art. 8 *bis* IStGH-Statut. Anders offenbar *Zimmermann/Freiburg* in Triffterer/*Ambos*, oben Fn. 29, Art. 8 *bis* Rn. 60 und *Ambos*, oben Fn. 2, S. 189 sowie S. 200 mit Fn. 100.

6. Die objektive Bedingung der Strafbarkeit in § 13 Abs. 2 Satz 2 VStGB-E

Die objektive Bedingung der Strafbarkeit in § 13 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 VStGB-E für die im Vorfeld der Tat ansetzenden Tatmodalitäten der Planung, Vorbereitung und Einleitung eines Angriffskrieges oder einer sonstigen Angriffshandlung erweist sich als sachgerecht. Die Notwendigkeit der tatsächlichen „Führung eines Angriffskrieges“ oder der „Begehung einer (kollektiven) Angriffshandlung“ entspricht geltendem Völkergewohnheitsrecht.³¹

Dass der Gesetzgeber insoweit von den Beschlüssen von Kampala abgewichen ist, als dort die tatsächliche Ausführung der Angriffshandlung ein Merkmal des objektiven Tatbestandes des Aggressionsverbrechens darstellt, welches *vom Vorsatz des Täters umfasst* sein muss,³² ist unter Komplementaritätsgesichtspunkten ebenso unschädlich wie die von § 13 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 VStGB-E alternativ vorausgesetzte, indes weder völker- noch verfassungsrechtlich (Art. 26 Abs. 1 GG) gebotene³³ „Gefahr eines Angriffskrieges oder einer sonstigen Angriffshandlung für die Bundesrepublik Deutschland“.

Der Hinweis in der Gesetzesbegründung, dass es sich bei der „Gefahr“ in § 13 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 VStGB-E – in Übereinstimmung mit § 80 StGB – um eine *konkrete* Gefahr handeln muss (BT-Drucks. 18/8621, S. 18), erscheint hilfreich.

7. Die Definition der (sonstigen) Angriffshandlung (§ 13 Abs. 3 VStGB-E)

Die enge Anlehnung der Definition der Angriffshandlung in § 13 Abs. 3 VStGB-E an den Wortlaut des Art. 8 *bis* Abs. 2 Satz 1 IStGH-Statut wird begrüßt, der Verzicht auf eine (abschließende oder beispielhafte) Aufzählung von Angriffshandlungen entsprechend Resolution 3314 (XXIX) der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 14. Dezember 1974 im Gesetzestext ist schon aus Gründen der Lesbarkeit und Verständlichkeit der Norm sinnvoll.³⁴

Der gewählte „staatszentrierte Ansatz“, also die Beschränkung der Strafbarkeit auf die Planung, Vorbereitung, Einleitung oder Begehung allein *staatlicher* Angriffshandlungen, bewegt sich auf dem Boden gefestigten Völker(gewohnheits-)rechts, wengleich angesichts der heute vorherrschenden asymmetrischen Konflikte die zunehmende Bedeu-

³¹ Siehe auch Element 3 der Verbrechenstelemente zu Art. 8 *bis* IStGH-Statut, in deutscher Übersetzung abgedruckt in BR-Drucks. 522/12, S. 30.

³² Dazu die Verbrechenstelemente 4 und 6 zu Art. 8 *bis* IStGH-Statut, BR-Drucks. 522/12, S. 30.

³³ Vgl. hierzu bereits Ziffer 2.3. der GBA-Stellungnahme.

³⁴ Siehe insoweit GBA-Stellungnahme, Ziffer 1.3.5., aE.

tung *nichtstaatlicher bewaffneter Gruppen oder terroristischer Vereinigungen* (wie z.B. des sogenannten „Islamischen Staates“), die demgemäß nicht vom Tatbestand des Aggressionsverbrechens erfasst würden, nicht von der Hand zu weisen ist.³⁵

Im Hinblick auf den durch § 1 Satz 2 VStGB-E eingeschränkten Anwendungsbereich von § 13 VStGB-E spräche aus hiesiger Sicht nichts dagegen, auch nichtstaatliche bewaffnete Akteure in eine Strafbarkeit einzubeziehen, selbst wenn es hierfür derzeit noch keine gesicherte völkergewohnheitsrechtliche Grundlage geben dürfte.

8. Die „Führungsklausel“ in § 13 Abs. 4 VStGB-E

Die Begrenzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit auf Führungspersonen in § 13 Abs. 4 VStGB-E entspricht dem speziellen Charakter des Aggressionsverbrechens als „Führungsdelikt“ nach geltendem Völkergewohnheitsrecht, ebenso das Abstellen auf die faktischen Verhältnisse (der Beteiligte muss „tatsächlich“ in der Lage sein, das politische oder militärische Handeln eines Staates zu kontrollieren oder zu lenken). Gegen die damit verbundene Erstreckung der Strafbarkeit auch auf *Privatpersonen*, sofern sie nach den Gesamtumständen faktisch in der Lage sind, das Handeln eines Staates zu kontrollieren oder zu lenken (denkbar etwa bei wirtschaftlichen oder religiösen Führern), bestehen aus völkerrechtlicher Sicht keine Einwände.³⁶

Die durch die Wahl des Begriffs „Beteiligter“ gewährleistete Voraussetzung, dass auch der Teilnehmer an einer (fremden) Tat im Sinne der Abs. 1 oder 2 des § 13 VStGB-E die Sonderdeliktseigenschaft in eigener Person aufweisen muss, vermeidet ansonsten auftretende Friktionen mit dem Kombattantenprivileg aus Art. 43 Abs. 2 des Ersten Zusatzprotokolls vom 8. Juni 1977 zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949, spiegelt geltendes Völkergewohnheitsrecht wider und wird schließlich auch dem schon beschriebenen spezifischen Charakter des Aggressionsverbrechens als „leadership crime“ gerecht.³⁷

Zu der Frage, ob Beteiligter eines Aggressionsverbrechens nur sein kann, wer das Handeln des Staates, der die Angriffshandlung begangen hat, zu kontrollieren oder zu lenken vermag, nimmt der Gesetzentwurf nicht ausdrücklich Stellung. Sie dürfte in Anbetracht des Wortlautes des § 13 Abs. 4 VStGB-E („eines Staates“) sowie der nunmehr

³⁵ Hierzu GBA-Stellungnahme, Ziffer 1.3.5. und 1.5.

³⁶ Vgl. dazu bereits Ziffer 1.2.4. der GBA-Stellungnahme mit Hinweis auf den jeweils auf der Grundlage von Kontrollratsgesetz Nr. 10 geführten IG-Farben- und den Krupp-Prozess, *Zimmermann/Freiburg* in *Triffterer/Ambos*, oben Fn. 29, Art. 8 *bis* Rn. 36 ff. sowie *Werle/Jeßberger*, oben Fn. 29, Rn. 1539.

³⁷ GBA-Stellungnahme, Ziffer 1.2.2.

in der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 18/8621, S. 20) gewählten Formulierung, wonach der Anstifter oder Gehilfe in der Lage sein müsse, „das politische oder militärische Handeln *eines* [Herv. d. Verf.] Staates zu kontrollieren oder zu lenken“, abweichend von Element 2 der Verbrechenselemente zu Art. 8 *bis* IStGH-Statut zu verneinen sein.³⁸

9. Das Vorsehen von minder schweren Fällen (§ 13 Abs. 5 VStGB-E)

Gegen die geplante Aufnahme minder schwerer Fälle in § 13 Abs. 5 VStGB-E ist nichts einzuwenden. Sie trägt denkbaren Abstufungen im Unrechts- und Schuldgehalt auf individual-strafrechtlicher Ebene Rechnung und ermöglicht dem erkennenden Gericht eine flexiblere Sanktionsfindung.

10. Die beabsichtigte Streichung des § 5 Nr. 1 und der §§ 80 und 80a StGB

Der Wegfall von § 5 Nr. 1 StGB sowie der §§ 80 und 80a StGB (Art. 2 des Gesetzentwurfs) hätte für den Generalbundesanwalt – wenn überhaupt – nur geringe praktische Auswirkungen, da bezüglich einer Strafbarkeit nach § 80a StGB bislang ohnehin nur eine evokative Zuständigkeit besteht (vgl. §§ 74a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 142a Abs. 1 GVG – in der Sache nicht hinreichend zwischen § 80 und § 80a StGB differenzierend hingegen der Gesetzentwurf, BT-Drucks. 18/8621, S. 2 unter F. und S. 14, Ziffer 5.).

Die beabsichtigte Streichung von § 80a StGB erweist sich auch mit Blick auf den Verfassungsauftrag in Art. 26 Abs. 1 Satz 2 GG als unbedenklich. Zwar enthalten die Strafgesetzbücher anderer Staaten (so z.B. diejenigen Russlands, Polens und Portugals) vergleichbare Straftatbestände, weshalb eine explizite Aufrechterhaltung der Vorschrift unter dem Gesichtspunkt einer „positiven Signalwirkung“ ebenfalls vertretbar erschiene. Für eine Aufhebung von § 80a StGB spricht jedoch letztlich, dass das dort unter Strafe gestellte Aufstacheln zum Angriffskrieg *de lege ferenda* gemäß § 111 StGB sanktioniert werden kann, sodass Strafbarkeitslücken zukünftig nicht entstehen werden (siehe hierzu BT-Drucks. 18/8621, S. 22).³⁹

³⁸ Siehe hierzu GBA-Stellungnahme, Ziffer 2.6. und *Zimmermann/Freiburg* in *Triffterer/Ambos*, oben Fn. 29, Art. 8 *bis* Rn. 44, die zu Recht konstatieren, dass „there is no requirement that the offender possesses the nationality of the State from which the [...] act of aggression would [...] emanate.“

³⁹ Ebenso *Jeßberger* in *ZIS* 2015, 514, 522.

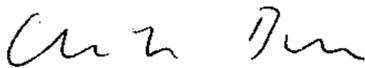
Einer Überführung des § 80a StGB in das VStGB bedarf es vor diesem Hintergrund nicht, zumal eine solche zusätzlich mit einer Verschiebung der Strafverfolgungskompetenz von den Ländern auf den Bund verbunden wäre (so zutreffend der Gesetzentwurf, BT-Drucks. 18/8621, S. 22).

11. Die Änderung sonstiger Rechtsvorschriften, Inkrafttreten des Gesetzes

Gegen die in Art. 2 des Gesetzentwurfs weiterhin vorgesehene Änderung sonstiger Rechtsvorschriften, insbesondere des § 153 f StPO, ist nichts zu erinnern. Gleiches gilt für den in Art. 3 des Gesetzentwurfs avisierten Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen gesetzlichen Regelungen am 1. Januar 2017, mithin einem Tag vor dem frühestmöglichen Zeitpunkt des Wirksamwerdens der in Kampala konsentierten Änderungen des Rom-Statuts am 2. Januar 2017 (dazu Art. 15 *bis* und Art. 15 *ter* IStGH-Statut, jeweils Abs. 2 und 3, sowie BT-Drucks. 18/8621, S. 22 unten).

III. Fazit

Insgesamt stellt der vorliegende Gesetzentwurf zur Anpassung des deutschen Strafrechts an die in Kampala beschlossenen Änderungen des Römischen Statuts des IStGH – mit Ausnahme der gegen den „weiten Täterbegriff“ des § 1 Satz 2 VStGB-E und eine zu extensive Lesart der Schwellenklausel in § 13 Abs. 1 VStGB-E erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken – nach hiesiger Einschätzung einen ausgewogenen und gelungenen Kompromiss zwischen den im bisherigen Gesetzgebungsverfahren entwickelten Regelungsmodellen sowie den Stellungnahmen der beteiligten Experten dar. Aus Praktikersicht wäre es allerdings zu wünschen, wenn einzelne bei der künftigen Rechtsanwendung eventuell auftretende Probleme zumindest in der Gesetzesbegründung noch vertiefter als bislang geschehen erörtert werden könnten, so vor allem die vorstehend unter Ziffer 2. lit. f) und Ziffer 8. angesprochenen Rechtsfragen, um in Zukunft unnötige Unstimmigkeiten bei der Auslegung des Gesetzes zu vermeiden.



Dr. Christoph Barthe

Karlsruhe, den 18. September 2016