

Das Völkerstrafgesetzbuch im Lichte des Grundgesetzes

I. Einleitung

Lange Zeit fristete das Völkerstrafrecht ein Schattendasein. Nach Ende des zweiten Weltkrieges erfuhr es durch die Internationalen Militärgerichtshöfe von Nürnberg und Tokio zwar eine gewisse Prominenz, wurde allerdings schon bald in Folge des Kalten Krieges wieder in den Hintergrund gedrängt.² In den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts erlebte es dann aber eine unerwartete Renaissance. Der Bürgerkrieg in Jugoslawien und der Völkermord in Ruanda sensibilisierten die Weltöffentlichkeit für staatliche und staatsverstärkte Kriminalität und veranlassten den Sicherheitsrat zur Gründung zweier *ad hoc* Gerichte: dem Internationalen Tribunal für das ehemalige Jugoslawien (ICTY) und dem Internationalen Tribunal für Ruanda (ICTR). Sind diese in ihrer Zuständigkeit noch auf einen eng umschriebenen Konflikt begrenzt, ebneten sie doch den Weg für einen (weiteren) Meilenstein des Völkerstrafrechts: der Gründung des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH), einem potentiell universell zuständigen Gericht zur Verfolgung schwerster Verbrechen. Seit Mitte der 90 Jahre kam es zudem vermehrt zur Gründung sogenannter internationalisierter bzw. hybrider Tribunale, die auf einer gemischt nationalen/internationalen Rechtsgrundlage basieren und mit nationalem und internationalem Personal besetzt sind.³ Beispielhaft seien der *Special Court for Sierra Leone*, die *Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia* und das *Special Tribunal for Lebanon* genannt.

1 R. Hannich, Justice in the Name of All - Die praktische Anwendung des Völkerstrafgesetzbuchs aus der Sicht des Generalbundesanwalts beim Bundesgerichtshof, in Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2007, S. 508; M. Kuhli, Das Völkerstrafgesetzbuch und das Verbot der Straf begründung durch Gewohnheitsrecht (Duncker & Humblot: Berlin, 2010), S. 21; H. Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht (Nomos: Baden-Baden, 5. Aufl., 2011), § 13 Rn. 16; siehe auch C. Safferling, Internationales Strafrecht (Springer: Berlin, 2011), § 4 Rn. 42-4.

2 K. Ambos, Internationales Strafrecht (Beck: München, 3. Aufl., 2011), § 6 Rn. 41; Satzger (Fn. 1), § 13 Rn. 31.

Diese internationale Dynamik blieb nicht ohne Auswirkungen auf das nationale Recht. Die Staaten wurden sich zunehmend bewusst, dass eine effektive Verfolgung völkerrechtlicher Verbrechen nur möglich ist, wenn sie auch (wenn nicht sogar primär) auf nationaler Ebene erfolgt. Dementsprechend haben mittlerweile zahlreiche Staaten die internationalen Kernverbrechen in ihre Strafgesetze aufgenommen – darunter auch Deutschland. Das Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) trat am 30.6.2002 – einen Tag vor dem IStGH-Statut – in Kraft. Machte die Praxis am Anfang von den neu geschaffenen Kompetenzen nur sehr zögerlich Gebrauch,⁴ ist das VStGB mittlerweile in der Rechtswirklichkeit angekommen. Der Generalbundesanwalt hat nicht nur zahlreiche Beobachtungsvorgänge anlegen lassen,⁵ sondern auch die ersten Verfahren eingeleitet. Ermittlungsschwerpunkte der GBA sind derzeit der (noch nach alter Rechtslage zu beurteilende) Völkermord in Ruanda aus dem Jahre 1994, die mutmaßlichen Verbrechen der insbesondere in der Demokratischen Republik Kongo agierenden *Forces Démocratiques de Libération du Rwanda* sowie der Afghanistaneseinsatz der Bundeswehr.⁶

II.

Die gesetzgeberischen Motive zur Schaffung des VStGB

Zum besseren Verständnis der Materie ist es sinnvoll, sich eingangs die Motive, die den deutschen Gesetzgeber zum Erlass des VStGB bewogen haben, vor Augen zu führen. Zunächst sollte das spezifische Unrecht der Verbrechen gegen das Völkerrecht besser erfasst werden.⁷ Mit Ausnahme des Völkermordes (§ 220a StGB a.F.) stellte das deutsche Recht bis zum 30.6.2002

3 Siehe die kritischen Evaluierungen bei W. Kaleck, German International Criminal Law in Practice: From Leipzig to Karlsruhe, in W. Kaleck u.a. (Hrsg.), International Prosecution of Human Rights Crimes (Springer: Berlin, 2007), S. 102-10; S. Bock, Western Sahara and Universal Jurisdiction in Germany, in Revue Belge de Droit International 43 (2010), S. 54-8; ausführlich zum Fall Rumsfeld K. Ambos, Völkerrechtliche Kernverbrechen, Weltrechtsprinzip und § 153f StPO - Zugleich Anmerkung zu GBA, JZ 2005, 311 und OLG Stuttgart, NStZ 2006, 117, in Neue Zeitschrift für Strafrecht 2006, S. 434 ff.; D. Basak, Der Fall Rumsfeld - ein Begräbnis Dritter Klasse für das Völkerstrafgesetzbuch?, in Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 2007, S. 335 ff.; F. Jessberger, Universality, Complementarity, and the Duty to Prosecute Crimes Under International Law in Germany, in W. Kaleck u.a. (Hrsg.), International Prosecution of Human Rights Crimes (Springer: Berlin, 2007), S. 213 ff.

4 Beobachtungsvorgänge dienen dazu, aus allgemein zugänglichen Quellen das Vorliegen eines Anfangsverdachts oder die Anwendung deutschen Rechts auf einen bestimmten Sachverhalt zu beurteilen; siehe hierzu Hannich (Fn. 1), S. 511.

5 Siehe hierzu Ambos (Fn. 2), § 3 Rn. 101.

6 Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches (Bundesratsvorlage v. 18.1.2002), in S.R. Lüder/T. Vormbaum (Hrsg.), Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch - Dokumentation des Gesetzgebungsverfahrens (Lit Verlag: Münster, 2003), S. 23.

völkerrechtliche Verbrechen nicht als solche unter Strafe. Die einschlägigen Handlungen wurden zwar zumeist⁸ auch als Einzeltat vom StGB erfasst – beispielsweise als Totschlag, Körperverletzung oder Sachbeschädigung; diese Einordnung als »gewöhnliche« Straftat wird aber dem spezifischen Unrecht internationaler Verbrechen, das in ihrer kollektiven Dimension liegt, nicht gerecht. So wird beispielsweise die Tötung eines anderen Menschen von einem einfachen Totschlag zu einem Verbrechen gegen die Menschlichkeit, wenn sie in einen übergeordneten Kontext organisierter Gewaltanwendung eingebettet ist.⁹ Diesem spezifischen funktionalen Zusammenhang zwischen Einzeltat und Gesamtakt kann nur durch die Pönalisierung von internationalen Verbrechen als solche Rechnung getragen werden.¹⁰

Ein weiteres Anliegen war dem Gesetzgeber die Steigerung der Rechtsklarheit und die Verbesserung der »Handhabbarkeit in der Praxis«.¹¹ Aus diesem Grund wurden die internationalen Verbrechen nicht in das StGB integriert, sondern in einem eigenständigen Gesetz gesondert kodifiziert. Dies erlaubt es, die Spezifika dieser Rechtsmaterie – insbesondere die den Allgemeinen Teil betreffenden Sondervorschriften – transparent und übersichtlich zu regeln.¹² Darüber hinaus sollte zweifelsfrei sichergestellt werden, »dass Deutschland stets in der Lage ist, in die Zuständigkeit des IStGH fallende Verbrechen selbst zu verfolgen.«¹³ Damit wird zunächst den begrenzten Ressourcen des IStGH Rechnung getragen. Dieser ist nicht in der Lage, sämtliche weltweit

7 Bei einigen wenigen im IStGH-Statut genannten Tatbeständen wies das deutsche Strafrecht allerdings auch »echte« Strafbarkeitslücken auf. Dies gilt beispielsweise für die Verwendung bestimmter Waffen (Art. 8 Abs. 2 lit. b) [xvii]-[xix] IStGH-Statut), die Erklärung, dass es kein Pardon gebe (Art. 8 Abs. 2 lit. b) [xii] IStGH-Statut) und die völkerrechtswidrige Überführung eines Teils der eigenen Bevölkerung in ein besetztes Gebiet (Art. 8 Abs. 2 lit. b) [viii] IStGH-Statut), siehe hierzu bereits Bundesregierung (Fn. 6), S. 23; sowie H. *Gropengießer/H. Kreicker*, Deutschland, in A. *Eser/H. Kreicker* (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen - National Prosecution of International Crimes, Band 1 (edition iuscrim: Freiburg i. Br., 2003), S. 63; H. *Satzger*, Das neue Völkerstrafgesetzbuch - eine kritische Würdigung -, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2002, S. 126; *Kuhli* (Fn. 1), S. 36-7.

8 Ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit setzt voraus, dass die Einzeltat Teil eines systematischen oder ausgedehnten Angriff gegen die Zivilbevölkerung ist, dazu auch unten unter III. Zum funktionalen Zusammenhang als entscheidendes Merkmal völkerrechtlicher Verbrechen siehe auch die Analyse bei S. *Bock*, Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof (Duncker & Humblot: Berlin, 2010), S. 80-118 mwN.

9 Bundesregierung (Fn. 6), S. 23; *Satzger* (Fn. 7), S. 126; *Gropengießer/Kreicker* (Fn. 7), S. 62; *Kuhli* (Fn. 1), S. 36; G. *Werle*, Einl. VStGB, in O. *Lagodny* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch - Band 6/2: Nebenstrafrecht III, Völkerstrafrecht (Beck: München, 2009), Rn. 26.

10 Bundesregierung (Fn. 6), S. 23.

11 *Kuhli* (Fn. 1), S. 41. Siehe auch *Satzger* (Fn. 7), S. 126.

12 Bundesregierung (Fn. 6), S. 23

13 *Kaleck* (Fn. 3), S. 103; *Safferling* (Fn. 1), § 8 Rn. 19; siehe auch MünchKomm/*Werle* (Fn. 9), Einl. VStGB Rn. 35.

begangenen völkerrechtlichen Verbrechen selbst zu verfolgen. Zur effektiven Durchsetzung des Völkerstrafrechts ist er vielmehr auf die Mithilfe der Nationalstaaten angewiesen.¹⁴ Deutschland hat durch den Erlass des VStGB seinen Willen bekräftigt, einen Beitrag zur Bekämpfung von Humanitätsverbrechen zu leisten. Darüber hinaus dient die nationale Implementierung der völkerrechtlichen Verbrechen einzelstaatlichen Souveränitätsinteressen. Anders als die *ad hoc* Tribunale¹⁵ beansprucht der IStGH keine Vorrangzuständigkeit vor nationalen Gerichten. Er versteht sich vielmehr als ein »*last resort*«. ¹⁶ Gemäß dem in Art. 17 IStGH-Statut normierten Komplementaritätsprinzip ist ein Verfahren vor dem IStGH nur dann zulässig, wenn der an sich zuständige Staat nicht willens oder in der Lage ist, die in Frage stehenden Taten selbst ernsthaft zu verfolgen. Mit Schaffung des VStGB wurde sichergestellt, dass Deutschland diese Voraussetzungen erfüllt und damit ggf. ein internationales Strafverfahren gegen einen deutschen Staatsangehörigen durch Aufnahme eigener Ermittlungen verhindern kann.¹⁷ Schlussendlich soll das VStGB das humanitäre Völkerrecht fördern und zu seiner Verbreitung beitragen.¹⁸

III. Aufbau und Auslegung des VStGB

Das VStGB gliedert sich in einen Allgemeinen (§§ 1-5) und einen Besonderen Teil (§§ 6-14). Dabei fungiert § 2 VStGB als Scharnier zum StGB¹⁹: Soweit das VStGB keine Sonderregelungen aufstellt, findet das allgemeine Strafrecht auch auf internationale Verbrechen Anwendung. Abweichend ist zunächst das Strafanwendungsrecht geregelt. So unterstellt § 1 VStGB die völkerrechtlichen Verbrechen dem Universalitätsprinzip und ermöglicht damit eine Strafverfolgung unabhängig vom Tatort oder von der Nationalität von Täter und Opfer. Zur Verhinderung einer Überlastung der deutschen Strafrechtspflege eröffnet § 153f StPO bei den dem VStGB unterfallenden Taten aber erweiterte Einstellungsmöglichkeiten aus Opportunitätsgründen.²⁰ § 3 VStGB enthält einen besonderen Straffreistellungsgrund für Täter,

14 Siehe hierzu *Ambos* (Fn. 2), § 8 Rn. 12.

15 *Bock* (Fn. 8), S. 282 mwN.

16 A. *Zimmermann*, Auf dem Weg zu einem deutschen Völkerstrafgesetzbuch - Entstehung, völkerrechtlicher Rahmen und wesentliche Inhalte, in *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2002, S. 98; *Satzger* (Fn. 7), S. 126.

17 Bundesregierung (Fn. 6), S. 23.

18 Siehe auch *Satzger* (Fn. 7), S. 127; *MünchKomm/Werle* (Fn. 9), Einl. VStGB Rn. 43 (»zentrale Umschaltnorm«).

19 Siehe hierzu vertiefend K. *Ambos*, § 1 VStGB, in O. *Lagodny* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch - Band 6/2: Nebenstrafrecht III, Völkerstrafrecht* (Beck: München, 2009), Rn. 24-6.

die aufgrund eines irrtümlich für verbindlich und rechtmäßig erachteten Befehls ein Kriegsverbrechen begangen haben. § 4 VStGB überführt die völkerstrafrechtliche Zurechnungsfigur der Vorgesetztenverantwortlichkeit in das deutsche Strafrecht; § 5 VStGB ordnet die Unverjährbarkeit völkerrechtlicher Verbrechen an.

Der Besondere Teil umfasst zunächst drei der sogenannten völkerrechtlichen Kernverbrechen. § 6 VStGB stellt den Völkermord unter Strafe, dessen charakteristisches Merkmal die subjektive Absicht des Täters, eine geschützte Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören, ist. Die in § 7 VStGB erfassten Verbrechen gegen die Menschlichkeit zeichnen sich dadurch aus, dass ein bestimmter Einzelakt, wie beispielsweise Folter, Vergewaltigung oder Versklavung, im Zusammenhang mit einem systematischen oder ausgedehnten Angriff gegen die Zivilbevölkerung begangen wird. Von der Struktur her ähnlich sind die in den §§ 8-12 normierten Kriegsverbrechen, bei denen die Einzelakte im Kontext eines internationalen oder nicht-internationalen bewaffneten Konflikts begangen werden müssen. Dabei verfolgt das VStGB einen rechtsgutsorientierten Ansatz²¹ und differenziert zwischen Kriegsverbrechen gegen Personen (§ 8 VStGB), Kriegsverbrechen gegen das Eigentum und sonstige Rechte (§ 9 VStGB), Kriegsverbrechen gegen humanitäre Operationen und Embleme (§ 10 VStGB) sowie des Einsatzes verbotener Methoden (§ 11 VStGB) und Mittel (§ 12 VStGB) der Kampfführung. Auf die Aufnahme des vierten *core crimes* – das Verbrechen des Angriffskrieges – wurde verzichtet. Da die Vertragsstaaten des IStGH-Statuts sich aber 2010 auf eine verbindliche Definition des Verbrechens der Aggression einigen konnten,²² bleibt abzuwarten, ob dies den deutschen Gesetzgeber zu einer Ergänzung des VStGB veranlassen wird.²³ Über die völkerrechtlichen Kernverbrechen hinaus normiert das VStGB noch zwei sonstige Straftaten: die Verletzung der Aufsichtspflicht (§ 13 VStGB) und das Unterlassen der Meldung einer Straftat (§ 14 VStGB).

20 Damit weicht das VStGB bewusst von dem auch Art. 8 IStGH-Statut zugrunde liegenden traditionellen *two-box approach* des Humanitären Völkerrechts ab, der nach Art des Konflikts (international v. nicht-international) unterscheidet, vgl. hierzu K. Ambos, Vor §§ 8 ff. VStGB, in O. Lagodny (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch - Band 6/2: Nebenstrafrecht III, Völkerstrafrecht (Beck: München, 2009), Rn. 17; Münch-Komm/Werle (Fn. 9), Einl. VStGB Rn. 50; Satzger (Fn. 1), § 17 Rn. 19; Safferling (Fn. 1), § 8 Rn. 15.

21 Res. ICC-ASP/8/Res.6; siehe dazu vertiefend K. Ambos, Das Verbrechen der Aggression nach Kampala, in Zeitschrift f. Internationale Strafrechtsdogmatik 2010, S. 649 ff.; Ambos (Fn. 2), § 7 Rn. 263-74 mwN.

22 Siehe auch G. Werle, Völkerstrafrecht und deutsches Völkerstrafgesetzbuch, in Juristen Zeitung 2012, S. 378-9.

23 A. Zimmermann, Bestrafung völkerrechtlicher Verbrechen durch deutsche Gerichte nach In-Kraft-Treten des Völkerstrafgesetzbuchs, in Neue Juristische Wochenschrift 2002, S. 3069; MünchKomm/Werle (Fn. 9), Einl. VStGB Rn. 39; T. Darge, Kriegsverbrechen im nationalen und internationalen Recht unter besonderer Berücksichtigung des Bestimmtheitsgrundsatzes (Springer: Berlin, 2010), S. 271.

Aus den bereits geschilderten gesetzgeberischen Motiven zur Schaffung des VStGB ergibt sich deutlich dessen internationale Vorprägung. Daraus folgt wiederum, dass bei seiner Auslegung die zugrundeliegenden völkerrechtlichen Mutternormen zu berücksichtigen sind.²⁴ Besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang dem auch im Strafrecht geltenden²⁵ Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung zu. Dieser verlangt, dass, wenn eine Norm mehrere Deutungen zulässt, diejenige zu wählen ist, die mit den völkerrechtlichen Vorgaben am Besten im Einklang steht.²⁶ Zugleich offenbart die Gesetzgebungsgeschichte aber auch das Spannungsfeld, in dem sich das VStGB bewegt: um seinen Zielen gerecht zu werden, muss es die im IStGH-Statut normierten Verbrechen vollumfänglich erfassen; dabei muss es aber als nationales Gesetz auch den Vorgaben des Grundgesetzes (GG) gerecht werden, die zum Teil strenger sind als ihre internationalen Pendant.²⁷

IV. Der völkerrechtliche Ursprung der Tatbestände

Völkerstrafrecht ist eine Querschnittsmaterie. Es kombiniert völkerrechtliche Verbotsnormen mit dem strafrechtlichen Grundsatz individueller Verantwortlichkeit und dehnt auf diese Weise den Adressatenkreis des Völkerrechts, das sich traditionell nur an Staaten richtet, auf den einzelnen Akteur aus.²⁸ Eine der wichtigsten Quellen völkerstrafrechtlicher Tatbestände ist das humanitäre Völkerrecht. Dieses ist insbesondere für die §§ 8-12 VStGB von zentraler Bedeutung, da diese bestimmte schwerwiegende²⁹ Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht pönalisieren. Letztlich sind die Tatbestände der Kriegsverbrechen daher lediglich sekundäre Normen, denen stets die Verletzung einer völkerrechtlichen Primärnorm zugrunde liegen muss.³⁰ Kriegsverbrechen sind also akzessorisch zum humanitären Völkerrecht.³¹ Dessen Ziel

24 BVerfG, Beschluss v. 12.12.2000, Az. 2 BvR 1290/99, Neue Juristische Wochenschrift 2001, 1848, S. 1850; vertiefend *Darge* (Fn. 23), S. 267-71; *Kuhli* (Fn. 1), S. 156-63.

25 *Kuhli* (Fn. 1), S. 157.

26 *Satzger* (Fn. 7), S. 127; *Satzger* (Fn. 1), § 17 Rn. 18; MünchKomm/*Werle* (Fn. 9), Einl. VStGB Rn. 36; *Werle* (Fn. 22), S. 376; siehe auch *Kuhli* (Fn. 1), S. 110 sowie die umfassende Analyse des Bestimmtheitsgrundsatzes im Völkerrecht und im deutschen Recht bei *Darge* (Fn. 23), S. 153-88, 190-220.

27 Siehe *Darge* (Fn. 23), S. 30-2; *Ambos* (Fn. 2), § 5 Rn. 1; *Satzger* (Fn. 1), § 12 Rn. 1, 10-1.

28 Hierzu *Darge* (Fn. 23), S. 35-6; G. *Werle*, Völkerstrafrecht (Mohr Siebeck: Tübingen, 2. Aufl., 2007), Rn. 930-7.

29 *Darge* (Fn. 23), S. 34; siehe auch *Ambos* (Fn. 2), § 7 Rn. 230.

30 *Satzger* (Fn. 1), § 16 Rn. 53; *Safferling* (Fn. 1), § 6 Rn. 121.

31 H.-P. *Gasser*, Humanitäres Völkerrecht - Eine Einführung (Schulthess: Zürich, 2008), S. 22; siehe auch K. *Doehring*, Völkerrecht (C.F. Müller: Heidelberg, 2. Aufl., 2004), Rn. 580; M. *Cottier*, Article 8 ICC-Statute, in O. *Trifflerer* (Hrsg.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court (Beck: München, 2. Aufl., 2008), Rn. 2.

ist es, die zerstörerischen Auswirkungen von bewaffneten Konflikten möglichst gering zu halten und unnötiges menschliches Leid zu vermeiden.³² Die Existenz von Kriegen und anderen bewaffneten Konflikten wird dabei als soziale Realität akzeptiert.³³ Ziel des humanitären Völkerrechts ist es daher nicht, kriegerische Gewalt vollständig zu verhindern, sondern sie auf ein erträgliches Maß zu beschränken.³⁴

Das humanitäre Völkerrecht wird traditionell in das Genfer Recht und das Haager Recht unterteilt. Letzteres beschränkt den Einsatz bestimmter Methoden und Mittel der Kriegsführung, die – wie beispielsweise die Verwendung von Gift oder die meuchlerische Tötung – als besonders grausam oder gefährlich gelten.³⁵ Wichtigste Quelle des Haager Rechts ist die Haager Landkriegsordnung aus dem Jahr 1907.³⁶ Das Genfer Recht bezweckt demgegenüber den Schutz von Personen, die nicht oder nicht mehr an den Feindseligkeiten teilnehmen. Dies sind namentlich außer Gefecht gesetzte Angehörige der Streitkräfte, Kriegsgefangene und Zivilisten. Zum Genfer Recht zählen die vier Genfer Konventionen (GK) von 1949³⁷ mit ihren drei Zusatzprotokollen (ZP),³⁸ wobei das ZP I die klassische Zweiteilung des humanitären Völkerrechts dadurch durchbricht, dass es auch einige Regelungen zu Methoden und Mitteln der Kriegsführung enthält.³⁹ In den Genfer Konventionen findet sich auch der Grundsatz der individuellen Verantwortlichkeit. So werden die Vertragsstaaten verpflichtet, genauer bezeichnete schwere Verletzungen der

32 Gasser (Fn. 31), S. 19.

33 Gasser (Fn. 31), S. 22; siehe auch Satzger (Fn. 1), § 16 Rn. 53.

34 MünchKomm/Ambos (Fn. 20), Vor §§ 8 ff. VStGB Rn. 17; Werle (Fn. 28), Rn. 913; Satzger (Fn. 1), § 16 Rn. 54.

35 Abkommen vom 18.10.1907 betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs mit Anlage zum Abkommen: Ordnung der Gesetze und Gebräuche des Landkriegs, RGBl. 1910, S. 107, 375.

36 Genfer Abkommen I: Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der bewaffneten Kräfte im Felde vom 12.6.1949, für Deutschland am 3.3.1955 in Kraft getreten, BGBl. 1954 II 783; Genfer Abkommen II: Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen der bewaffneten Kräfte zur See vom 12.6.1949, für Deutschland am 3.3.1955 in Kraft getreten, BGBl. 1954 II 813; Genfer Abkommen III: Genfer Abkommen über die Behandlung von Kriegsgefangenen vom 12.6.1949, für Deutschland am 3.3.1955 in Kraft getreten, BGBl. 1954 II 838; Genfer Abkommen IV: Genfer Abkommen über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten vom 12.6.1949, für Deutschland am 3.3.1955 in Kraft getreten, BGBl. 1954 II 917.

37 Protokoll I: Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12.6.1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte vom 8.6.1977, für Deutschland am 14.8.1991 in Kraft getreten, BGBl. II 1990, 1550, 1637. Protokoll II: Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12.6.1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte vom 8.6.1977, für Deutschland am 14.8.1990 in Kraft getreten, BGBl. II 1990, 1550, 1637; Protokoll III: Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12.8.1949 über die Annahme eines zusätzlichen Schutzzeichens vom 8.12.2005, für Deutschland am 17.6.2009 in Kraft getreten, BGBl. 2009 II 222.

38 MünchKomm/Ambos (Fn. 20), Vor §§ 8 ff. VStGB Rn. 5; Satzger (Fn. 1), § 16 Rn. 54.

39 Siehe Art. 49 GK I, 50 GK II, 129 GK III, 146 GK IV.

Abkommen, die sogenannten *grave breaches*, strafrechtlich zu verfolgen.⁴⁰ Die Unterscheidung zwischen Genfer und Haager Recht prägt auch das VStGB:⁴¹ So bezwecken die §§ 8-10 VStGB den Schutz bestimmter Personen und sind somit dem Genfer Recht zuzuordnen. Demgegenüber pönalisieren die §§ 11-12 VStGB im Sinne des Haager Rechts den Einsatz bestimmter Kriegsmethoden und -mittel. Dass den völkerrechtlichen Primärnormen maßgeblich Bedeutung für die Auslegung des VStGB zugemessen wird, zeigt sich bereits daran, dass die Genfer Konventionen und das ZP I dem VStGB als Anlage beigefügt wurden (siehe auch § 8 Abs. 6 Nr. 1 VStGB).

V.

Die Vereinbarkeit des VStGB mit dem Grundgesetz

Seinen völkerrechtlichen Wurzeln zum Trotz ist das VStGB ein deutsches (Straf-)Gesetz und muss sich als solches an den Vorgaben des Grundgesetzes messen lassen.⁴² Die folgenden Überlegungen beschränken sich auf die Frage, ob das VStGB mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar ist. Dieser kodifiziert den *nullum crimen sine lege* Grundsatz. Eine Tat darf hiernach nur dann bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.

1. Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot?

Art. 103 Abs. 2 GG gebietet zunächst die hinreichende Bestimmtheit von Straftatbeständen (*nulla poena sine lege certa*). Jedermann soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist⁴³. Abzustellen ist dabei auf den verständigen Bürger. Ihm muss es möglich sein, in zumutbare Weise den Inhalt einer Strafnorm durch Auslegung zu ermitteln.⁴⁴ Von zentraler Bedeutung sind daher die Erkennbarkeit und Verstehbarkeit der

40 Siehe auch *Darge* (Fn. 23), S. 325, 355; *Safferling* (Fn. 1), § 8 Rn. 15.

41 R. *Schmitz*, § 1 StGB, in B. von *Heintschel-Heinegg* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch - Band 1: §§ 1-37 StGB (Beck: München, 2. Aufl., 2011), Rn. 22; *Satzger* (Fn. 1), § 17 Rn. 31.

42 Ständige Rechtsprechung des BVerfG, siehe nur BVerfG, Beschluss v. 26.02.1969, Az. 2 BvL 15, 23/68, BVerfGE 25, 285; BVerfG, Beschluss v. 26.02.1969, Az. 2 BvL 15, 23/68, BVerfGE 25, 183; BVerfG, Beschluss v. 26.02.1969, Az. 2 BvL 15, 23/68, BVerfGE 25, 319; BVerfG, Beschluss v. 26.02.1969, Az. 2 BvL 15, 23/68, BVerfGE 25, 351; BVerfG, Beschluss v. 17.01.1978, Az. 1 BvL 13/76, BVerfGE 47, 120; BVerfG, Beschluss v. 15.03.1978, Az. 2 BvR 927/76, BVerfGE 48, 56; BVerfG, Beschluss v. 05.07.1983, Az. 4 Ss 572/80, BVerfGE 64, 393-4; BVerfG, Urteil v. 11.11.1986, Az. 1 BvR 713/83, 921, 1190/94 und 333, 248, 306, 497/85, BVerfGE 73, 234-5; BVerfG, Beschluss v. 22.10.1985, Az. 2 BvL 11/85, BVerfGE 75, 341; BVerfG, Beschluss v. 23.06.2010, Az. 2 BvR 2559/08, 105, 491/09, BVerfGE 126, 195.

43 *Satzger* (Fn. 7), S. 130.

Strafnorm⁴⁵.

a) Auffangtatbestände und unbestimmte Rechtsbegriffe

Erste Bedenken gegen die hinreichende Bestimmtheit des VStGB könnten sich aus der Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Auffangtatbeständen ergeben.

(1) Die Konkretisierungsbemühungen des Gesetzgebers

Der deutsche Gesetzgeber war ersichtlich bemüht, bei der Implementierung der Straftatbestände des IStGH-Statuts den gesteigerten Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG gerecht zu werden.⁴⁶ Insbesondere wurden einige der im IStGH-Statut enthaltenen Auffangtatbestände nicht übernommen bzw. präzisiert. Beispielsweise pönalisiert Art. 7 Abs. 1 lit. k) IStGH-Statut andere unmenschliche Handlungen ähnlicher Art, mit denen vorsätzlich große Leiden oder eine schwere Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder geistigen oder körperlichen Gesundheit verursacht werden. Im VStGB lautet die korrespondierende Strafvorschrift wie folgt: Strafbar ist, wer »einem anderen Menschen schwere körperliche oder seelische Schäden, insbesondere der in § 226 des Strafgesetzbuches bezeichneten Art, zufügt.« Damit hat der Gesetzgeber bewusst auf das konturlose Tatbestandsmerkmal⁴⁷ der »anderen unmenschlichen Handlung ähnlicher Art« verzichtet.⁴⁸ Die dem Völkermordtatbestand entnommene Formulierung »schwere körperliche und seelische Schäden« wird zudem durch die Bezugnahme auf § 226 StGB, die einen Indikator für die erforderliche Intensität der Tatfolgen liefert, weiter konkretisiert.⁴⁹ Ebenso übernimmt das VStGB bezüglich der Sexualdelikte nicht die *catch all* Klausel »jede andere Form sexueller Gewalt von vergleichbarer Schwere« (Art. 7 Abs. 1 lit. g) IStGH-Statut, ähnlich auch Art. 8 Abs. 2

44 Siehe BVerfG, Urteil v. 20.03.2002, Az. 2 BvR 794/95, BVerfGE 105, 152-3 sowie BVerfG, Beschluss v. 10.01.1995, Az. BvR 718, 719, 722, 723/89, BVerfGE 92, 12; P. *Mankowski/S. Bock*, Fremdrechtsanwendung im Strafrecht durch Zivilrechtsakzessorietät bei Sachverhalten mit Auslandsbezug für Blanketttatbestände und Tatbestände mit normativem Tatbestandsmerkmal, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 120 (2008), S. 709.

45 Siehe auch *Satzger* (Fn. 7), S. 129; *MünchKomm/Werle* (Fn. 9), Einl. VStGB Rn. 37.

46 Kritisch zur mangelnden Bestimmtheit einer solchen Generalklausel auch ICTY, Prosecutor v. Kupreškić et al., Trial Chamber Judgement v. 14.01.2000, Case No. IT-95-16, Rn. 562-6; *Satzger* (Fn. 7), S. 130.

47 Bundesregierung (Fn. 6), S. 38; siehe auch *Gropengießer/Kreicker* (Fn. 7), S. 137-8.

48 Siehe auch *Satzger* (Fn. 7), S. 130; G. *Werle/W. Burchards*, § 7 VStGB, in O. *Lagodny* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch - Band 6/2: Nebenstrafrecht III, Völkerstrafrecht (Beck: München, 2009), Rn. 92.

49 *MünchKomm/Werle/Burchards* (Fn. 48), § 7 VStGB Rn. 77; A. *Zimmermann/R. Geiß*, § 8 VStGB, in O. *Lagodny* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch - Band 6/2: Nebenstrafrecht III, Völkerstrafrecht (Beck: München, 2009), Rn. 141.

lit. b) [xxii], 8 Abs. 2 lit. e) [vi] IStGH-Statut), sondern verwendet vielmehr in Anlehnung an § 177 StGB⁵⁰ den Begriff der sexuellen Nötigung (§ 7 Abs. 1 Nr. 6, 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB).⁵¹

(2) Die grundsätzliche Unbedenklichkeit normativer Begriffsmerkmale und Generalklauseln

Trotz der gesetzgeberischen Konkretisierungsbemühungen haben an verschiedenen Stellen Generalklauseln und auslegungsbedürftige Tatbestandsmerkmale Eingang in das VStGB gefunden. An dieser Stelle soll der Verweis auf § 7 Abs. 1 Nr. 3 VStGB genügen, demzufolge sich strafbar macht, wer »Menschenhandel betreibt [...] oder wer *auf andere Weise* einen Menschen verklavt«. ⁵² Berücksichtigt werden muss aber, dass die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe in Strafnormen unvermeidbar ist. ⁵³ Dem BVerfG zufolge ist dem Bestimmtheitsgebot daher genüge getan, wenn sich

»mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden, insbesondere durch Heranziehen anderer Vorschriften desselben Gesetzes, durch Berücksichtigung des Normenzusammenhangs oder auf Grund einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt, so dass der einzelne Bürger die Möglichkeit hat, den durch die Strafnorm geschützten Wert sowie das Verbot bestimmter Verhaltensweisen zu erkennen.«⁵⁴

An diesem großzügigen Maßstab gemessen erweisen sich sowohl die genannte Klausel⁵⁵ als auch fast alle anderen Tatbestandsmerkmale des VStGB als hinreichend bestimmt.⁵⁶

50 Zweifelnd, ob damit tatsächlich die Bestimmtheit der Norm erhöht wurde, *Gropengießer/Kreicker* (Fn. 7), S. 130.

51 Siehe aber auch die Ausführungen zur Bestimmtheit einzelner Tatbestandsmerkmale des § 8 Abs. 1 VStGB *Darge* (Fn. 23), S. 335-6.

52 Grundlegend BVerfG, Beschluss v. 30.11.1955, Az. 1 BvL 120/53, BVerfGE 4, 358: »Auch das Strafrecht kann nicht darauf verzichten, allgemeine Begriffe zu verwenden, die in besonderem Maße einer Deutung durch den Richter bedürfen. Ohne derartige Begriffe könnte der Gesetzgeber der Vielgestaltigkeit des Lebens nicht Rechnung tragen. Sie sind deshalb unentbehrlich.«; siehe auch BVerfG, Beschluss v. 21.06.1977, Az. 2 BvL 2/76, BVerfGE 45, 371; BVerfG, Beschluss v. 15.03.1978, Az. 2 BvR 927/76, BVerfGE 48, 56-7; BVerfG, Urteil v. 11.11.1986, Az. 1 BvR 713/83, 921, 1190/94 und 333, 248, 306, 497/85, BVerfGE 73, 235; BVerfG, Beschluss v. 10.01.1995, Az. BvR 718, 719, 722, 723/89, BVerfGE 92, 12; BVerfG, Beschluss v. 23.06.2010, Az. 2 BvR 2559/08, 105, 491/09, BVerfGE 126, 195-6.

53 BVerfG, Beschluss v. 21.06.1977, Az. 2 BvL 2/76, BVerfGE 45, 371-2.

54 *Satzger* (Fn. 7), S. 130; *Gropengießer/Kreicker* (Fn. 7), S. 125.

55 Siehe aber auch die kritischen Ausführungen bei B. *Jähnke*, Zur Erosion des Verfassungssatzes "Keine Strafe ohne Gesetz", in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2010, S. 466-8.

56 Weitere Beispiele bei *Jähnke* (Fn. 55), S. 466-8.

(3) Die Übernahme völkerrechtlicher Begrifflichkeiten:
das Beispiel der »unmittelbaren Teilnahme«

Auch bei einem weiten Verständnis des Bestimmtheitsgrundsatzes erscheint es allerdings nicht unproblematisch, dass das VStGB an einigen Stellen Begrifflichkeiten aus dem humanitären Völkerrecht übernimmt, die in hohem Maße wertausfüllungsbedürftig sind. Dies soll anhand des Tatbestandsmerkmals der unmittelbaren Teilnahme an den Feindseligkeiten verdeutlicht werden.⁵⁷ Diese Formulierung findet sich § 8 Abs. 6 VStGB, der bestimmt, welche Personen taugliche Tatobjekte i.S.d. § 8 Abs. 1-3 VStGB sind. Die genannten Handlungen sind nämlich nur dann als Kriegsverbrechen strafbar, wenn sie sich gegen nach humanitärem Völkerrecht zu schützende Personen richten. Um dies an einem einfachen Beispiel zu verdeutlichen: § 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB verbietet vorsätzliche Tötungen. Allerdings ist die Tötung von Kämpfern der Gegenseite Alltag im bewaffneten Konflikt. Dies kann und will auch das humanitäre Völkerrecht nicht verbieten. Vom Straftatbestand erfasst wird daher nur die vorsätzliche Tötung geschützter Personen, zu denen insbesondere kampffähige Mitglieder der gegnerischen Streitkräfte nicht gehören.⁵⁸ Strafbar ist hingegen im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt insbesondere die Tötung von Personen, die nicht unmittelbar an den Feindseligkeiten teilnehmen (§ 8 Abs. 6 Nr. 2 VStGB). Damit korrespondierend stehen im internationalen Konflikt Zivilpersonen⁵⁹ unter dem Schutz des humanitären Völkerrechts (§ 8 Abs. 6 Nr. 3 VStGB), wobei diese allerdings ihre Angriffsimmunität verlieren, sofern und solange sie unmittelbar an den Feindseligkeiten teilnehmen (Art. 51 Abs. 3 ZP I).⁶⁰ Dies entspricht der Grundidee des humanitären Völkerrechts, das Gewaltanwendung gegenüber Unbeteiligten untersagt, von diesen aber im Gegenzug verlangt, dass sie sich ihrerseits von den Kampfhandlungen fernhalten.⁶¹

Ob die Tötung eines Menschen im bewaffneten Konflikt den Straftatbestand des § 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB erfüllt, kann daher maßgeblich davon abhängen, was unter dem Begriff der unmittelbaren Teilnahme an den Feindseligkeiten zu verstehen ist. Ab wann, wodurch und bis wann eine Person *unmittelbar*

⁵⁷ *Gropengießer/Kreicker* (Fn. 7), S. 166; *Werle* (Fn. 28), Rn. 1003; *Bock* (Fn. 8), S. 106.

⁵⁸ Siehe auch die Legaldefinition in Art. 50 Abs. 1 S. 1 ZP I: Zivilperson ist jede Person, die keiner der in Artikel 4 Buchstabe A Absatz 1, 2, 3, und 8 des III. Abkommens und in Artikel 43 dieses Protokolls bezeichneten Kategorien angehört.

⁵⁹ Zum Rückgriff auf das humanitäre Völkerrecht zur Auslegung des VStGB sogleich unter V. 1. b); zur Ausnahme der sog. *levée en masse* siehe Art. 2 der Haager Landkriegsordnung.

⁶⁰ *Gasser* (Fn. 31), S. 81.

⁶¹ Siehe nur *MünchKomm/Ambos* (Fn. 20), Vor §§ 8 ff. VStGB Rn. 40; *K. Dörmann*, Article 8 ICC-Statute, in *O. Trifflerer* (Hrsg.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Beck: München, 2. Aufl., 2008) Rn. 31.

an den Feindseligkeiten teilnimmt, ist allerdings hochumstritten.⁶² Verliert beispielsweise der LKW-Fahrer, der Waffen an die Front liefert, seinen völkerrechtlichen Schutz? Und wenn ja, gilt dies bereits dann, wenn er die Waffen von der Fabrik zu einem nahegelegenen Hafen bringt, von wo aus sie dann über den Schiffsweg an die Front gebracht werden sollen?⁶³ Ist der die Truppen begleitende Koch legitimes militärisches Ziel? Zur Steigerung der Rechtssicherheit und -einheitlichkeit hat das Internationale Komitee vom Roten Kreuz (IKRK) zwar recht umfangreiche Auslegungshilfen zum Begriff der »unmittelbaren Teilnahme« entwickelt;⁶⁴ diese sind aber nicht rechtsverbindlich und zudem in Teilen immer noch recht vage gehalten. Von einem gesicherten Kernbestand oder gar einer herrschenden Meinung kann insoweit kaum die Rede sein. Unklar ist insbesondere, wann und unter welchen Voraussetzungen ein Kämpfer wieder in den Schutzbereich des humanitären Völkerrechts einbezogen wird. Diskutiert wird dies unter den Schlagwörtern »revolving door« und »farmers by day, fighters by night«.⁶⁵ Dürfen Personen, die tagsüber auf dem Feld arbeiten, sich nachts hingegen an den Kämpfen beteiligen, auch am Tag, also während sie ihre zivile Tätigkeit ausüben, zum Ziel eines militärischen Angriffs gemacht werden?⁶⁶

An dieser Stelle werden auch die unterschiedlichen Grundpositionen von humanitärem Völkerrecht und (Völker)Strafrecht offenbar: Ersterem ist unter menschenrechtlichen Gesichtspunkten an einer möglichst weiten Ausdehnung

62 Beispiele nach IKRK, Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, in International Review of the Red Cross 80 (2008), S. 1023-4.

63 IKRK (Fn. 62), 991; siehe hierzu auch die kritischen Analysen bei B. Boothby, And for Such Time as: The Time Dimension to Direct Participation in Hostilities, in New York University Journal of International Law and Politics 42 (2009-2010), S. 741 ff.; N. Melzer, Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critics of the ICRC's Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities, in New York University Journal of International Law and Politics 42 (2009-2010), S. 831 ff.; M.N. Schmitt, Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements, in New York University Journal of International Law and Politics 42 (2009-2010), S. 697 ff.; K.W. Watkin, Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC Direct Participation in Hostilities Interpretive Guidance, in New York University Journal of International Law and Politics 42 (2009-2010), S. 641 ff.; W.H. Parks, Part IX of the Direct Participation in Hostilities Study: No Mandate, No Expertise and Legally Incorrect, in New York University Journal of International Law and Politics 42 (2009-2010), S. 769 ff.

64 Siehe hierzu MünchKomm/Ambos (Fn. 20), Vor §§ 8 ff. VStGB Rn. 41 m.w.N.; auch S. Oeter, Das militärische Vorgehen gegenüber bewaffneten Widerstandskämpfern in besetzten Gebieten und internen Konflikten: „direct participation in hostilities“ und der Schutz der Zivilbevölkerung, in A. Fischer-Lescano u.a. (Hrsg.), Frieden in Freiheit - Festschrift für Michael Bothe zum 70. Geburtstag (Nomos: Baden-Baden, 2008), S. 505-11.

65 Zum Meinungsstand MünchKomm/Ambos (Fn. 20), Vor §§ 8 ff. VStGB Rn. 42.

66 Dieser grundlegende Gedanke findet sich beispielsweise in Art. 50 Abs. 1 ZP I, wonach Personen im Zweifelsfall als Zivilisten gelten.

seines Geltungsbereichs gelegen, wobei in Zweifelsfällen davon auszugehen ist, dass es sich um geschützte Personen handelt.⁶⁷ Die strafrechtliche Verbotsnorm benötigt demgegenüber einen klar erfassbaren Inhalt und muss es insbesondere ermöglichen, straffreies von strafbarem Verhalten mit hinreichender Sicherheit abzugrenzen. Vor diesem Hintergrund erscheint es fraglich, ob das Tatbestandsmerkmale der unmittelbaren Teilnahme an den Feindseligkeiten den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG gerecht wird. Die Rechtsprechung des BVerfG weist zwar eine zunehmende Tendenz auf, die (nachträgliche) Konkretisierung von Tatbestandsmerkmalen durch die Rechtsprechung für ausreichend zu erachten;⁶⁸ aber selbst das im Untreue-Beschluss entwickelte Präzisierungsgebot, demzufolge die Rechtsprechung gehalten ist, »Unklarheiten über den Anwendungsbereich von Strafnormen durch Präzisierungen und Konkretisierungen im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen«,⁶⁹ ändert nichts daran, dass zumindest »im Regelfall« bereits anhand des Wortlauts feststehen muss, ob ein bestimmtes Verhalten strafbar ist, oder nicht.⁷⁰ Ob dies bezüglich des Merkmals der »unmittelbaren Teilnahme« tatsächlich gewährleistet ist, erscheint ob des äußerst kontroversen Meinungsstands äußerst fraglich. Auch die vom BVerfG eröffnete Möglichkeit, die Anforderungen des Bestimmtheitsgebotes mit Blick auf den Adressatenkreis der Strafnorm zu relativieren,⁷¹ greift im Völkerstrafrecht nicht.⁷² Dies würde

67 Siehe nur BVerfG, Beschluss v. 15.04.1970, Az. 2 BvR 369/69, BVerfGE 28, 183; BVerfG, Beschluss v. 21.06.1977, Az. 2 BvL 2/76, BVerfGE 45, 373; BVerfG, Beschluss v. 10.01.1995, Az. BvR 718, 719, 722, 723/89, BVerfGE 92, 18; BVerfG, Beschluss v. 23.06.2010, Az. 2 BvR 2559/08, 105, 491/09, BVerfGE 126, 197.

68 BVerfG, Beschluss v. 23.06.2010, Az. 2 BvR 2559/08, 105, 491/09, BVerfGE 126, 2. Leitsatz; vertiefend zu dieser Entscheidung C. Becker, Das Bundesverfassungsgericht und die Untreue: Weißer Ritter oder feindliche Übernahme?, in Online-Zeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung im Strafrecht 2010, S. 383 ff.; M. Böse, Das Bundesverfassungsgericht »bestimmt« den Inhalt des Untreueetatbestandes, in Jura 2011, S. 617 ff.; L. Kuhlen, Gesetzlichkeitsprinzip und Untreue - zugleich eine Besprechung des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010, in Juristische Rundschau 2011, S. 246 ff.; E. Kraatz, Der Untreueetatbestand ist verfassungsgemäß - gerade noch! - Zugleich eine Anmerkung zu BVerfG 2 BvR 2559/08, in Juristische Rundschau 2011, S. 434 ff.; M. Krüger, Neues aus Karlsruhe zu Art. 103 II GG und § 266 StGB - Bespr. von BVerfG, Beschl. vom 23. 6. 2010 - 2 BvR 2559/08, NSZ 2010, 626, in Neue Zeitschrift für Strafrecht 2011, S. 369 ff.; H. Radtke, Strafrechtliche Untreue durch Manager und verfassungsrechtlicher Bestimmtheitsgrundsatz - Forderungen aus dem Beschluss des BVerfG vom 23.6.2010, in GmbH-Rundschau 2010, S. 1121 ff.; F. Saliger, Das Untreuestrafrecht auf dem Prüfstand der Verfassung, in Neue Juristische Wochenschrift 2010, S. 3195 ff.; C. Safferling, Bestimmt oder nicht bestimmt? Der Untreueetatbestand vor den verfassungsrechtlichen Schranken - Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 23. 6. 2010 - 2 BvR 2559/08; 105/09; 491/09, in Neue Zeitschrift für Strafrecht 2011, S. 376 ff.

69 BVerfG, Beschluss v. 23.06.2010, Az. 2 BvR 2559/08, 105, 491/09, BVerfGE 126, 195.

70 BVerfG, Beschluss v. 11.07.1969, Az. 2 BvR 518/66, BVerfGE 26, 204; BVerfG, Beschluss v. 15.03.1978, Az. 2 BvR 927/76, BVerfGE 48, 57; siehe auch BVerfG, Beschluss v. 23.06.2010, Az. 2 BvR 2559/08, 105, 491/09, BVerfGE 126, 196.

71 Darge (Fn. 23), S. 250-1; a.A. MünchKomm/Werle (Fn. 9), Einl. VStGB Rn. 37.

72 vgl. BVerfG, Beschluss v. 11.07.1969, Az. 2 BvR 518/66, BVerfGE 26, 204; BVerfG, Beschluss v. 15.03.1978, Az. 2 BvR 927/76, BVerfGE 48, 57.

voraussetzen, dass sich § 8 VStGB ausschließlich an Personen richtet, bei denen regelmäßig bestimmte Fachkenntnisse vorausgesetzt werden können, so dass sie durch ihr Fach- und Sonderwissen den Verbotsgehalt der Norm trotz geringerer Bestimmtheit erfassen können.⁷³ Dies ist aber nicht der Fall. Zwar legen moderne Armeen einen gesteigerten Wert auf die Vermittlung völkerrechtlicher Grundkenntnisse. Dies gilt aber nicht in allen Staaten gleichermaßen. Keinesfalls darf man erwarten, dass bewaffnete Guerillagruppen Schulungen zum humanitären Völkerrecht durchführen. Zudem handelt es sich bei den §§ 8-12 VStGB um Allgemeindelikte. Sie können von jedermann und nicht nur von Mitgliedern der Konfliktparteien begangen werden,⁷⁴ so dass es jedenfalls an der vom BVerfG implizit vorausgesetzten Beschränkung des Adressatenkreises fehlt. Erwägen ließe sich allenfalls ob der auch für das Grundgesetz geltende⁷⁵ Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung eine Relativierung der Bestimmtheitsanforderungen gestattet.⁷⁶ In diesem Sinne ließe sich insbesondere anführen, dass nicht ersichtlich ist, wie der Gesetzgeber die Norm hätte bestimmter fassen können, ohne dabei gleichzeitig hinter den einschlägigen völkerrechtlichen Vorgaben zurückzubleiben. Insoweit erweist sich die Übernahme des völkerrechtlichen Begriffs der »unmittelbaren Teilnahme« als – den Umständen entsprechende – bestmögliche Präzision.⁷⁷

b) Verweisungstechnik

Die hinreichende Bestimmtheit der VStGB-Tatbestände könnte ferner durch das Zusammenspiel zwischen den deutschen Verbotsnormen und den einschlägigen Vorschriften des humanitären Völkerrechts in Frage gestellt werden.

(1) Einzelne Verweisungen

Viele der im VStGB enthaltenen Straftatbestände sind nicht aus sich heraus verständlich. Vielmehr kann ihr genauer Inhalt nur unter Rückgriff auf die Vorgaben des humanitären Völkerrechts bestimmt werden. Dies soll im Folgenden anhand einiger ausgewählter Beispiele verdeutlicht werden.

73 Werle (Fn. 28) Rn. 976; MünchKomm/Ambos (Fn. 20), Vor §§ 8 ff. VStGB Rn. 37; Münch-Komm/Zimmermann/Geiß (Fn. 49), § 8 VStGB Rn. 59; Darge (Fn. 23), S. 322; kritisch T. Zimmermann, Gilt das StGB auch im Krieg? Zum Verhältnis der §§ 8-12 VStGB zum Besonderen Teil des StGB, in Goldammer`s Archiv für Strafrecht 157 (2010), S. 520.

74 Eingehend *Kuhli* (Fn. 1), S. 159-62.

75 In diese Richtung MünchKomm/Werle (Fn. 9), Einl. VStGB Rn. 37; *Werle* (Fn. 22), S. 376.

76 Vgl. *Werle* (Fn. 22), S. 376. Zum Erfordernis der bestmöglichen Präzision *Schmitz* (Fn. 41), § 1 StGB Rn. 41.

77 *Satzger* (Fn. 7), S. 131; *Gropengiesser/Kreicker* (Fn. 7), S. 159-60; G. *Werle/V. Nerlich*, Die Strafbarkeit von Kriegsverbrechen nach deutschem Recht, in *Humanitäres Völkerrecht - Informationsschriften* 2002, S. 130; MünchKomm/*Werle/Burchards* (Fn. 48), § 7 VStGB Rn. 66; *Darge* (Fn. 23), S. 325-7.

(a) Nach humanitärem Völkerrecht geschützte Personen

Bereits die Ermittlung des tauglichen Tatobjekts i.S.d. § 8 VStGB erfordert einen Rückgriff auf die einschlägigen völkerrechtlichen Konventionen. Nach § 8 Abs. 6 VStGB sind im internationalen Konflikt Verwundete, Kranke, Schiffbrüchige, Kriegsgefangene und Zivilpersonen geschützt. Würde man diese Vorgabe pauschal auf sämtliche Tatbestände des § 8 VStGB anwenden, würde das deutsche Recht weit über die Vorgaben des Völkerrechts hinausgehen, da hiernach nicht alle der in Abs. 6 Nr. 1 aufgeführten Personen automatisch geschützte Personen im Sinne eines jeden Einzeltatbestandes sind. Dementsprechend ist die Reichweite der Tatbestände unter Heranziehung der Genfer Konventionen und ihrer Zusatzprotokolle zu bestimmen.⁷⁸ So ist für Zivilpersonen generell zu beachten, dass diese nach Art. 4 GK IV nur unter dem Schutz des humanitären Völkerrechts stehen, wenn sie sich »im Machtbereich einer am Konflikt beteiligten Partei ... befinden, deren Angehörige sie nicht sind«. Hieraus ergibt sich, dass § 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB nicht erfüllt ist, wenn Zivilisten durch über die Front hinweggehende Distanzangriffe getötet werden.⁷⁹

Hinsichtlich § 8 Abs. 1 Nr. 2 VStGB gilt es zu beachten, dass Geiselnahme nur eine schwere Verletzung der GK IV (Art. 147), die dem Schutz von Zivilpersonen dient, darstellt. Die Genfer Konventionen zum Schutz von Kranken, Verletzten, Schiffbrüchigen und Kriegsgefangenen enthalten demgegenüber kein Verbot der Geiselnahme. Der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung verlangt daher, den Anwendungsbereich des § 8 Abs. 1 Nr. 2 VStGB auf Zivilisten zu reduzieren.⁸⁰ Nicht nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VStGB macht sich also strafbar, wer beispielsweise einen Kriegsgefangenen als Geisel nimmt. Auf die gleiche Weise muss für alle Tatbestände des § 8 VStGB verfahren werden. Die gesetzliche Definition des geschützten Personenkreises in § 8 Abs. 6 VStGB bringt damit nur vermeidlich Rechtsklarheit und entbindet den Rechtsanwender nicht von der häufig schwierigen Aufgabe, den konkreten Inhalt der Strafnormen eigenständig unter Rückgriff auf die differenzierten und komplexen Vorgaben der Genfer Konventionen und ihrer Zusatzprotokolle zu bestimmen.⁸¹

78 *Gropengießer/Kreicker* (Fn. 7), S. 161; *MünchKomm/Zimmermann/Geiß* (Fn. 49), § 8 VStGB Rn. 121; *Darge* (Fn. 23), S. 327.

79 *Gropengießer/Kreicker* (Fn. 7), S. 173; *MünchKomm/Zimmermann/Geiß* (Fn. 49), § 8 VStGB Rn. 123; siehe hierzu auch *Werle* (Fn. 28), Rn. 993.

80 *Satzger* (Fn. 7), S. 131. Siehe auch *Werle/Nerlich* (Fn. 77), S. 130; *Darge* (Fn. 23), S. 334.

81 Siehe die umfangreiche Darstellung bei *MünchKomm/Zimmermann/Geiß* (Fn. 49), § 8 VStGB Rn. 177-80; siehe auch *Werle* (Fn. 28), Rn. 1064; *Darge* (Fn. 23), S. 337-41.

(b) Bestrafung ohne ordentliches Gerichtsverfahren

Ebenfalls einen umfangreichen Bezug auf das humanitäre Völkerrecht enthält § 8 Abs. 1 Nr. 7 VStGB, der die empfindliche Bestrafung einer geschützten Person ohne ordentliches Gerichtsverfahren, das die völkerrechtlich erforderlichen Rechtsgarantien bietet, pönalisiert. Die Klarheit dieser Regelung wird dadurch herabgesetzt, dass das humanitäre Völkerrecht die einzuhaltenden Verfahrensrechte nicht übersichtlich in einer einzigen Zentralnorm auflistet. Vielmehr finden sich in den einschlägigen Konventionen vereinzelte und divergierende Regelungen.⁸² So gewähren Art. 104 GK III, Art. 71 II GK IV, Art. 75 Abs. 4 lit. a) ZP I und Art. 6 Abs. 3 lit. a) ZP II ein Recht auf unverzügliche Informationen über die Anklagepunkte, wobei Art. 104 Abs. 4 GK III ergänzt verlangt, dass die Anklageschrift und andere Prozessdokumente dem Beschuldigten in einer ihm verständlichen Sprache zugestellt werden. Kriegsgefangene haben zudem einen Anspruch darauf, dass ihre Schutzmacht über das geplante Strafverfahren schnellstmöglich in Kenntnis gesetzt wird (Art. 104 GK III). Beide Zusatzprotokolle billigen dem Angeklagten ein Recht auf Anwesenheit in der Hauptverhandlung zu (Art. 75 Abs. 4 lit. e) ZP I, Art. 6 Abs. 2 lit. f) ZP II). Nach Art. 75 Abs. 4 lit. g) ZP I muss dem Angeklagten zudem das Recht gewährt werden, Fragen an die Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen und das Erscheinen und die Vernehmung von Entlastungszeugen unter den für die Belastungszeugen geltenden Bedingungen zu erwirken. Die Liste ließe sich fortsetzen. Es bedarf also einiges an Rechtsermittlungsaufwand, um festzustellen, welche Verfahrensgarantien in welcher Situation aus Sicht des humanitären Völkerrechts zwingend zu beachten sind.

(c) Angriffe auf friedenserhaltende Missionen

§ 10 Abs. 1 Nr. 1 VStGB stellt Angriffe auf Mitglieder humanitärer und friedenserhaltender Missionen unter Strafe, wenn diese »Anspruch auf den Schutz haben, der Zivilpersonen nach dem humanitären Völkerrecht gewährt wird«. Dies ist insbesondere als Verweis auf Artikel 51 Abs. 3 ZP I zu verstehen, demzufolge Zivilpersonen ihren Schutz verlieren, wenn sie unmittelbar an den Feindseligkeiten teilnehmen.⁸³ Dass der Inhalt dieser Vorschrift höchst umstritten ist, ist bereits dargelegt worden. In diesem Zusammenhang kommt noch hinzu, dass UN-Missionen ihren Schutz beibehalten, wenn sie Gewalt nur zum Zwecke der Selbstverteidigung anwenden.⁸⁴ Wo aber die

81 A. Zimmermann/R. Geiß, § 10 VStB, in O. Lagodny (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch - Band 6/2: Nebenstrafrecht III, Völkerstrafrecht (Beck: München, 2009), Rn. 11; Werle (Fn. 28), Rn. 1266.

83 MünchKomm/Zimmermann/Geiß (Fn. 82), § 10 VStB Rn. 12; Satzger (Fn. 7), 130; Werle (Fn. 28), Rn. 1266.

84 Satzger (Fn. 7), S. 130; Trifflerer/Cottier (Fn. 31), Article 8 ICC-Statute Rn. 49-55; Darge (Fn. 23), S. 346.

Grenzen des Selbstverteidigungsrechts liegen und wie es sich auswirkt, wenn nur ein Teil einer Mission an den bewaffneten Auseinandersetzungen teilnimmt, ist allerdings noch nicht geklärt.⁸⁵

(2) Verfassungsrechtliche Bewertung

Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Bewertung der Verweisungstechnik ist zunächst zu konstatieren, dass das Zusammenspiel mehrerer Normen, *scil.* die Ergänzung des Straftatbestandes durch außerhalb des Strafrechts liegende Vorschriften, stets die Eindeutigkeit und Klarheit der Strafnorm gefährdet.⁸⁶ Art. 103 Abs. 2 GG verbietet allerdings Verweisungen nicht *per se*.⁸⁷ Er verlangt lediglich, dass auch bei dieser Regelungstechnik die Strafbarkeit hinreichend bestimmt ist. Wird bei der Auslegung auf außerstrafrechtliche Vorschriften (*in casu* völkerrechtliche Normen) zurückgegriffen, so ist nach h.M. zwischen Blanketttatbeständen und normativen Tatbestandsmerkmalen zu unterscheiden. Erstere enthalten nur eine Sanktionsnorm. Für die Strafbarkeitsvoraussetzungen verweisen sie hingegen auf andere Rechtsquellen. Erst durch das Zusammenspiel von Blankett und ausfüllendem Gesetz ergibt sich die Strafvorschrift.⁸⁸ Bei der Verwendung normativer Tatbestandsmerkmale übernimmt das Strafrecht demgegenüber Begriffe aus einem anderen Rechtsgebiet und bezieht dieses in den Tatbestand mit ein. Auch in diesem Fall füllt das außerstrafrechtliche Rechtsgebiet jeweils ein strafrechtliches Tatbestandsmerkmal aus. Das Strafrecht bemüht sich in diesen Fällen nicht um eine eigene Begriffsbestimmung, sondern bedient sich der Vorarbeit des in Bezug genommenen Rechtsgebiets.⁸⁹ Es ist insoweit akzessorisch.⁹⁰ Im Gegensatz zum Blankettverweis wird aber die außerstrafrechtliche Norm nicht Teil

85 H.-G. *Warda*, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen (de Gruyter: Berlin, 1955), S. 10; K. *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht (Mohr Siebeck: Tübingen, 1969), S. 242.

86 BVerfG, Beschluss v. 22.10.1985, Az. 2 BvL 11/85, BVerfGE 75, 342; BVerfG, Beschluss v. 22.10.1985, Az. 2 BvL 11/85, BVerfGE 75, 196; H.H. *Jescheck*/T. *Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts (Duncker & Humblot: Berlin, 5. Aufl., 1996), S. 111; *Mankowski/Bock* (Fn. 44), S. 709.

87 Siehe nur BVerfG, Beschluss v. 11.02.1976, Az. 2 BvL 2/73, BVerfGE 41, 319; *Warda* (Fn. 85), S. 5; I.K. *Lohberger*, Blankettstrafrecht und Grundgesetz (Leidig-Druck: München, 1968), S. 14; *Tiedemann* (Fn. 85), S. 315; C. *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil - Band 1: Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre (Beck: München, 4. Aufl., 2006), § 5 Rn. 40; *Mankowski/Bock* (Fn. 44), S. 704 mwN.

88 Siehe auch *Mankowski/Bock* (Fn. 44), S. 705 mwN.

89 *Roxin* (Fn. 87), § 5 Rn. 40; siehe auch BVerfG, Beschluss v. 18.05.1988, Az. 2 BvR 579/84, BVerfGE 78, 213.

90 BVerfG, Beschluss v. 23.06.2010, Az. 2 BvR 2559/08, 105, 491/09, BVerfGE 126, 196; BVerfG, Beschluss v. 16.06.2011, Az. 2 BvR 542/09, Neue Juristische Wochenschrift 2011, 3778, S. 3779; *Jescheck/Weigend* (Fn. 86), S. 111

der Strafnorm. Daraus folgt, dass im Fall des Blankettverweises auch die ausfüllende Norm an Art. 103 Abs. 2 GG und damit an dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot zu messen ist.⁹¹ Bei normativen Tatbestandsmerkmalen ist dies hingegen nicht der Fall.⁹² Bei den genannten Beispielen dürfte es freilich auf diese Differenzierung nicht ankommen. Die Probleme ergeben sich nicht primär aus einer etwaigen mangelnden Bestimmtheit der völkerrechtlichen Norm, sondern aus dem – beiden Regelungsarten immanenten – komplexen Zusammenspiel mehrerer Normen. Aus strafrechtlicher Sicht ist es insbesondere bedenklich, wenn das humanitäre Völkerrecht keinen eindeutigen und allgemeinverbindlichen Schutzstatus vorgibt, sondern nach Personengruppen und / oder Konfliktart differenziert. Fragwürdig ist insoweit vor allem § 8 Abs. 6 Nr. 1 VStGB, der eine tatsächlich nicht gegebene Eindeutigkeit suggeriert und damit zu Missverständnissen und Fehlinterpretationen nahezu einlädt.⁹³ Zudem führt die Anlehnung des VStGB an das humanitäre Völkerrecht dazu, dass sich dessen zum Teil fehlende Trennschärfe auf das Strafrecht auswirkt, was zumindest in einigen Fällen – z.B. beim § 10 Abs. 1 Nr. 1 VStGB⁹⁴ - die Bestimmtheit der Norm nachhaltig beeinträchtigt.

2. Drohende Verstöße gegen das Analogieverbot

Aus Art. 103 Abs. 2 GG folgt ferner das Verbot einer täterbelastenden Analogie, also der Ausdehnung der Strafandrohung auf einen vom gesetzlichen Wortlaut nicht erfassten Fall im Wege eines Ähnlichkeitsschlusses.⁹⁵ In unserem Kontext stellt sich die Frage, inwieweit bei der Auslegung und Anwendung des VStGB die im humanitären Völkerrecht entwickelten Analogien berücksichtigt werden dürfen.

a) Der Begriff des nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes

Ansätze einer außergesetzlichen Fortentwicklung des humanitären Völkerrechts sind beispielsweise bezüglich der Frage, ab wann ein bewaffneter Konflikt vorliegt, zu verzeichnen. Die meisten der in den §§ 8-12 VStGB genannten

91 BVerfG, Beschluss v. 18.05.1988, Az. 2 BvR 579/84, BVerfGE 78, 213; BVerfG, Beschluss v. 23.06.2010, Az. 2 BvR 2559/08, 105, 491/09, BVerfGE 126, 196.

92 Siehe auch die verfassungsrechtlichen Bedenken bei *Satzger* (Fn. 7), S. 131; a.A. *Darge* (Fn. 23), S. 334.

93 *Satzger* (Fn. 7), S. 130; *Darge* (Fn. 23), S. 350. Kritisch auch *Triffleter/Cottier* (Fn. 31), Article 8 ICC-Statute Rn. 55: „In sum, without clearer standards it will be difficult to determine under what circumstances the entitlement to the protection as civilians exists, or ceases to exist.“ Zum Begriff der „unmittelbaren Teilnahme“ schon oben V. 1. a) (3).

94 *Roxin* (Fn. 87), § 5 Rn. 8; siehe auch A. *Eser/B. Hecker*, § 1 StGB, in A. *Schönke/H. Schröder* (Hrsg.), Strafgesetzbuch (Beck: München, 28. Aufl., 2010), Rn. 25.

95 *Werle* (Fn. 28), Rn. 951; MünchKomm/*Ambos* (Fn. 20), Vor §§ 8 ff. VStGB Rn. 23-4; Münch-Komm/*Zimmermann/Geiß* (Fn. 49), § 8 VStGB Rn. 97; *Darge* (Fn. 23), S. 313; *Zimmermann* (Fn. 73), 516.

Kriegsverbrechen gelten gleichermaßen für internationale und nicht-internationale Konflikte. Erstere liegen bei bewaffneten Auseinandersetzungen zwischen zwei oder mehr Staaten vor. Auf die Intensität der Kämpfe kommt es dabei nicht an – ein internationaler Konflikt beginnt »mit dem ersten Schuss«. ⁹⁶ Als nicht-internationale Konflikte werden hingegen bewaffnete Auseinandersetzungen zwischen den staatlichen Streitkräften und bewaffneten Gruppen bzw. zwischen solchen Gruppen bezeichnet. ⁹⁷ Im Gegensatz zu den internationalen Konflikten unterfallen staatsinterne Auseinandersetzungen erst ab einer gewissen Intensität dem humanitären Völkerrecht. Insbesondere müssen sie von inneren Unruhen und Spannungen wie Tumulte oder vereinzelt auftretende Gewalthandlungen abgegrenzt werden (vgl. auch Art. 8 Abs. 2 lit. d) und f) IStGH-Statut). Bei letzteren handelt es sich um rein innerstaatliche Angelegenheiten, die ausschließlich dem nationalen Recht unterfallen. ⁹⁸ Einige Abgrenzungskriterien lassen sich in Art. 1 Abs. 1 ZP II finden. Hiernach setzt ein nicht-internationaler Konflikt voraus, dass die nicht-staatliche Gruppe unter einer verantwortlichen Führung steht und eine solche Kontrolle über einen Teil des Staatsgebietes ausübt, dass sie anhaltende koordinierte Kampfhandlungen durchführen kann. Das zweite Kriterium sieht sich allerdings zunehmend Kritik ausgesetzt. In Folge der modernen, mobilen Waffentechnologie ist die vom ZP II vorausgesetzte territoriale Kontrolle keine zwingende Voraussetzung mehr für die Durchführung effektiver Militärschläge. Daher zeichnet sich zunehmend die Tendenz ab, die für die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts notwendige Konfliktintensität auch dann zu bejahen, wenn die nicht-staatliche Gruppe zwar keine Gebiets Herrschaft ausübt, aber dennoch zur Durchführung anhaltender koordinierter Kampfhandlungen in der Lage ist. ⁹⁹ Überträgt man diese Wertung auf das Strafrecht, so bedeutet dies, dass der Begriff des nicht-internationalen Konflikts und damit der sachliche Anwendungsbereich der §§ 8-12 VStGB über den Wortlaut des ZP II hinaus zu Lasten des Täters ausgedehnt wird. Allerdings handelt es sich bei dem Begriff des bewaffneten Konflikts um ein normatives Tatbestandsmerkmal. Das VStGB übernimmt hier lediglich einen Begriff aus einem anderen Rechtsgebiet, in dem Analogien ohne weiteres zulässig sind. Art. 103 Abs. 2 GG steht aber in solchen Fällen einer vollen Akzessorietät des Strafrechts

96 Werle (Fn. 28), Rn. 950; MünchKomm/Ambos (Fn. 20), Vor §§ 8 ff. VStGB Rn. 23.

97 Siehe auch *Gropengießer/Kreicker* (Fn. 7), S. 157-8; *Werle* (Fn. 28), Rn. 952; *Zimmermann* (Fn. 73), 516-7.

98 *Werle* (Fn. 28), Rn. 953; A. *Zimmermann*, Article 8 ICC-Statute, in O. *Trifflerer* (Hrsg.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Beck: München, 2. Aufl., 2008), Rn. 351; *Ambos* (Fn. 2), § 7 Rn. 237.

99 *Roxin* (Fn. 87), § 5 Rn. 40; *Schönke/Schröder/Eser/Hecker* (Fn. 94), § 1 StGB Rn. 33.

nicht entgegen. Die Berücksichtigung außerstrafrechtlicher Analogien ist insoweit nicht verfassungswidrig.¹⁰⁰

b) Die geschützten Zivilpersonen

Zu einer strafrechtsrelevanten Weiterentwicklung des humanitären Völkerrechts ist es ferner bei der Bestimmung des im internationalen Konflikt geschützten Personenkreises gekommen. Wie bereits ausgeführt, zählen hierzu gem. § 8 Abs. 6 Nr. 1 VStGB insbesondere Zivilpersonen. Diese werden aber nicht absolut geschützt, sondern nur dann, wenn »sie sich im Machtbereich einer am Konflikt beteiligten Partei oder einer Besatzungsmacht befinden, deren Angehörige sie nicht sind« (Art. 4 GK IV). Der völkerrechtliche Schutz hängt damit von der staatsangehörigkeitsrechtlichen Zuordnung der Zivilpersonen ab.¹⁰¹ Die Berufungskammer des ICTY hat sich allerdings im Verfahren gegen *Tadić* für eine erweiternde Auslegung des Art. 4 GK ausgesprochen. Die Kammer hielt die Beschränkung des Schutzes auf fremde Staatsangehörige nicht mehr für zeitgemäß, da es in den modernen Konflikten häufig weniger auf die Nationalität, sondern vielmehr auf die ethnische Zugehörigkeit einer Person ankäme. Nach Sinn und Zweck von Art. 4 GK IV soll es allein entscheidend sein, dass sich eine Person im Machtbereich der gegnerischen Partei befindet und deshalb besonders schutzbedürftig ist. Die formelle Staatsangehörigkeit sei insoweit irrelevant.¹⁰² In einem späteren Urteil hat die Berufungskammer ergänzend ausgeführt, dass der in Art. 4 GK IV verwendete Ausdruck »nationals« nicht zwingend auf die Staatsangehörigkeit abstelle, sondern auch im Sinne einer ethnischen Zuordnung verstanden werden könne.¹⁰³ Überzeugend sind diese Versuche des ICTY, seine Rechtsprechung mit dem Wortlaut des Art. 4 GK IV zu vereinbaren, nicht. Vielmehr hat das Tribunal den Anwendungsbereich des humanitären Völkerrechts mit einer rein teleologischen Argumentation über die Wortlautgrenze des Art. 4 GK IV ausgedehnt. Die Gesetzesbegründung zum VStGB nimmt diese Rechtsprechung ausdrücklich in Bezug und hält den persönlichen Schutzbereich des § 8 VStGB bereits dann für eröffnet, wenn die Zivilisten »faktisch der jeweiligen Gegenseite zuzurechnen sind.«¹⁰⁴ Damit wird erneut zu Lasten des Täters vom geschriebenen Völkerrecht abgewichen.¹⁰⁵

100 *Satzger* (Fn. 7), S. 131; MünchKomm/*Zimmermann/Geiß* (Fn. 49), § 8 VStGB Rn. 69. Siehe auch *Gropengießer/Kreicker* (Fn. 7), S. 161; *Werte* (Fn. 28), Rn. 994; sowie ICTY, Prosecutor v. *Tadić*, Appeals Chamber Judgement v. 15.07.1999, Case No. IT-94-1-A, Rn. 164.

101 ICTY, Prosecutor v. *Tadić*, Appeals Chamber Judgement v. 15.07.1999, Case No. IT-94-1-A, Rn. 166.

102 ICTY, Prosecutor v. *Mucić et al.*, Appeals Chamber Judgement v. 20.02.2001, Case No. IT-96-21-A, Rn. 106.

103 Bundesregierung (Fn. 6), S. 50.

104 *Satzger* (Fn. 7), 131; auch MünchKomm/*Ambos* (Fn. 20), Vor §§ 8 ff. VStGB Rn. 43.

Fraglich ist allerdings, ob sich in diesem Fall etwaige verfassungsrechtliche Bedenken ebenfalls mit dem Hinweis auf die völkerrechtliche Akzessorietät des VStGB und die Zulässigkeit außerstrafrechtlicher Analogien entkräften lassen.¹⁰⁶ Insoweit muss man berücksichtigen, dass § 8 Abs. 6 Nr. 1 VStGB ausdrücklich auf »geschützte Personen im Sinne der Genfer Abkommen und des Zusatzprotokolls I« verweist. Diese explizite Inbezugnahme auf außerstrafrechtliche Normen spricht dafür, § 8 VStGB als Blankettnorm anzusehen. Dann würde allerdings auch die den Tatbestand ausfüllenden Normen im vollen Umfang Art. 103 Abs. 2 GG und damit dem Analogieverbot unterfallen.¹⁰⁷ Die geschilderte strafbarkeitsweiternde Auslegung des Art. 4 GK IV wäre damit verfassungswidrig.¹⁰⁸

3. Verstoß gegen das Verbot gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung?

Gem. Art. 103 Abs. 2 GG muss die Strafbarkeit vor Tatbegehung *gesetzlich* bestimmt sein. Aus diesem *lex scripta* Erfordernis ergibt sich zwangsläufig, dass die Berücksichtigung von Gewohnheitsrecht zu Lasten des Täters unzulässig ist.¹⁰⁹ Auf internationaler Ebene ist der *nulla poena sine lege scripta* Grundsatz hingegen nicht allgemein anerkannt.¹¹⁰ Insbesondere das ICTY hat die Strafbarkeit bestimmter Handlungen häufig auf Völkergewohnheitsrecht gestützt.¹¹¹ Das IStGH-Statut enthält zwar mittlerweile ein allgemeines Bekenntnis zum *lex scripta* Grundsatz, indem es in Art. 22 bestimmt, dass eine Person nur dann nach dem Statut zur Verantwortung gezogen werden kann, wenn sein Verhalten einen der (geschriebenen) Tatbestände erfüllt. Dies dürfte den Gerichtshof allerdings nicht daran hindern, zur Ausfüllung geschriebener Strafnormen auch auf Gewohnheitsrecht zurückzugreifen. Aus Sicht des strengeren deutschen Bestimmtheitsgebotes ist ein solches Vorgehen hingegen nicht unbedenklich.

105 In diesem Sinne MünchKomm/*Ambos* (Fn. 20), Vor §§ 8 ff. VStGB Rn. 43.

106 BVerfG, Beschluss v. 22.10.1985, Az. 2 BvL 11/85, BVerfGE 75, 342; BVerfG, Beschluss v. 16.06.2011, Az. 2 BvR 542/09, Neue Juristische Wochenschrift 2011, 3778, S. 3779; *Roxin* (Fn. 87), § 5 Rn. 40.

107 Im Ergebnis ebenso *Satzger* (Fn. 7), S. 131.

108 BVerfG, Beschluss v. 26.02.1969, Az. 2 BvL 15, 23/68, BVerfGE 25, 285; BVerfG, Beschluss v. 23.10.1985, Az. 1 BvR 1053/82, BVerfGE 71, 115; *Schönke/Schröder/Eser/Hecker* (Fn. 94), § 1 StGB Rn. 9.

109 Vertiefend *Kuhli* (Fn. 1), S. 109-12.

110 Grundlegend ICTY, Prosecutor v. Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction v. 01.10.1995, Case No. IT-94-1, Rn. 65 ff.

111 Siehe hierzu vertiefend die umfassende und instruktive Analyse bei *Kuhli* (Fn. 1), S. 113-52.

Das VStGB verweist an verschiedenen Stellen direkt auf Völkergewohnheitsrecht.¹¹² Augenfälligstes Beispiel ist insoweit § 7 Abs. 1 Nr. 4 VStGB, demzufolge die Vertreibung etc. »unter Verstoß gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts« erfolgen muss. Bereits ausweislich der Gesetzesbegründung beinhaltet diese Klausel auch einen Verweis auf Völkergewohnheitsrecht.¹¹³ Dies bringt auch der Wortlaut durch seine enge Anlehnung an Art. 25 GG zum Ausdruck. In diesem Zusammenhang ist es unbestritten, dass die allgemeinen Regeln des Völkerrechts auch und sogar primär auf Völkergewohnheitsrecht beruhen.¹¹⁴ Eine identische Formulierung findet sich in § 8 Abs. 1 Nr. 6 VStGB. Darüber hinaus bestimmt § 7 Abs. 1 Nr. 5 VStGB, dass die Zufügung erheblicher körperlicher oder seelischer Leiden dann keine Folter darstellt, wenn sie lediglich »Folge völkerrechtlich zulässiger Sanktionen« sind. Vom Tatbestand ausgenommen sind damit Handlungen, die mit den allgemeinen Regeln des Völkerrechts vereinbar sind und damit u.a. auch solche, die völkergewohnheitsrechtlich gestattet sind.¹¹⁵ § 7 Abs. 1 Nr. 10 VStGB pönalisiert u.a. die Verfolgung aus »nach den allgemeinen Regeln des Völkerrechts als unzulässig anerkannten Gründen« und enthält damit ebenfalls einen Verweis auf Völkergewohnheitsrecht.¹¹⁶ Der Gesetzgeber möchte mit dieser Formulierung »Raum für eine menschenrechtsfreundliche Weiterentwicklung des Völkergewohnheitsrechts« schaffen, um insbesondere erst in Zukunft entstehenden Verbotssätzen Rechnung tragen zu können. Als Beispiel verweist die Gesetzesbegründung darauf, dass derzeit eine Verfolgung aufgrund der sexuellen Orientierung noch nicht als Verbrechen gegen die Menschlichkeit angesehen wird; es aber durchaus denkbar ist, dass sich in absehbarer Zeit ein entsprechendes völkergewohnheitsrechtliches Verbot entwickelt.¹¹⁷ Darüber hinaus verbietet § 9 Abs. 1 VStGB nur die *völkerrechtswidrige* Zerstörung, Aneignung oder Beschlagnahme von Sachen. Auch diese Formulierung nimmt das Völkerrecht in seiner Gesamtheit und damit einschließlich des Gewohnheitsrechts in Bezug.¹¹⁸ Die Liste ließe sich fortsetzen.¹¹⁹

112 Bundesregierung (Fn. 6), S. 36; siehe auch *Gropengießer/Kreicker* (Fn. 7), S. 126; *Satzger* (Fn. 7), S. 131; MünchKomm/*Werle/Burchards* (Fn. 48), § 7 VStGB Rn. 63; *Kuhli* (Fn. 1), S. 120-2.

113 Siehe nur BVerfG, Beschluss v. 14.05.1968, Az. 2 BvR 544/63, BVerfGE 23, 317 mwN.

114 Bundesregierung (Fn. 6), S. 36; siehe auch MünchKomm/*Werle/Burchards* (Fn. 48), § 7 VStGB Rn. 72; *Kuhli* (Fn. 1), S. 127.

115 MünchKomm/*Werle/Burchards* (Fn. 48), § 7 VStGB Rn. 116; *Kuhli* (Fn. 1), S. 136.

116 Bundesregierung (Fn. 6), S. 38.

117 *Kuhli* (Fn. 1), S. 142.

118 Überblick über sämtliche auf Völkergewohnheitsrecht verweisende Tatbestände des VStGB bei *Kuhli* (Fn. 1), S. 150.

119 Ausführlich *Kuhli* (Fn. 1), S. 152-78. Im Ergebnis ebenso *Satzger* (Fn. 7), S. 131.

Fraglich ist, wie diese Verweise auf Gewohnheitsrecht verfassungsrechtlich zu bewerten sind. Hierbei ist zunächst zu beachten, dass Art. 103 Abs. 2 GG auch eine Strafbegründung durch *Völkergewohnheitsrecht* verbietet.¹²⁰ Allerdings gestattet das VStGB in keinem Fall eine unmittelbare Strafbegründung durch Gewohnheitsrecht. Die ungeschriebenen Regeln des Völkerrechts können allenfalls indirekt, vermittelt über die geschriebenen Normen des VStGB, relevant werden.¹²¹ An dieser Stelle ließe sich nun wiederum auf die Differenzierung zwischen Blankettnormen und normativen Tatbestandsmerkmalen zurückgreifen. Während im ersten Fall die in Bezug genommenen außerstrafrechtlichen Normen Art. 103 Abs. 2 GG und damit auch dem *lex scripta* Verbot unterfallen, ist das Strafrecht im letzten Fall voll akzessorisch.¹²² In all den genannten Fällen übernimmt das VStGB allerdings nicht lediglich Begrifflichkeiten des humanitären Völkerrechts, sondern verweist auf die Gesamtheit der einschlägigen völkerrechtlichen Regelungen. Dies gilt auch dann, wenn die Inbezugnahme des Völkerrechts in einem Wort (»völkerrechtswidrig«) erfolgt. *Satzger* hält solche Verweise »auf eine im Wesentlichen ungeschriebene und zersplitterte Rechtsquelle« für »gänzlich inakzeptabel«.¹²³

Einen deutlichen weiteren Ansatz verfolgt *Kuhli*. Nach seiner Ansicht liegt bei einem Verweis auf Gewohnheitsrecht dann kein Eingriff in den Schutzbereich von Art. 103 Abs. 2 GG vor, wenn und »solange durch die übrigen schriftlich fixierten Merkmale des jeweiligen Tatbestands ein hinreichend enger gesetzlicher Rahmen aufgespannt wird«.¹²⁴ Mit Blick auf den von *Satzger* so scharf kritisierten § 7 Abs. 1 Nr. 4 VStGB¹²⁵ sieht *Kuhli* diese Voraussetzung als erfüllt an. Da diese Norm eine zwangsweise Verbringung eines Menschen voraussetze, seien die erfassten Lebenssachverhalte klar abgrenzbar. Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG läge nicht vor.¹²⁶ Für bedenklich hält *Kuhli* allein § 7 Abs. 1 Nr. 10 VStGB, soweit dieser die Verfolgung aus »nach den allgemeinen Regeln des Völkerrechts als unzulässig anerkannten Gründen« unter Strafe stellt.¹²⁷ Vollständig zu überzeugen vermag dieser Ansatz nicht. Er beruht auf

120 *Kuhli* (Fn. 1), S. 151.

121 In diesem Sinne *Roxin* (Fn. 87), § 5 Rn. 49; siehe auch *Satzger* (Fn. 7), S. 131.

122 *Satzger* (Fn. 7), S. 131.

123 *Kuhli* (Fn. 1), S. 183.

124 *Satzger* (Fn. 7), S. 131.

125 *Kuhli* (Fn. 1), S. 191; siehe hierzu auch jüngst M. *Kuhli*, Punishment Based on Customary Law? The Crime against Humanity of Deportation and Enforced Transfer According to § 7 (1) (4) of the German Völkerstrafgesetzbuch (International Law Criminal Code), in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2012, S. 124 ff.

126 *Kuhli* (Fn. 1), S. 193-5, 237-8.

127 *Kuhli* (Fn. 1), S. 179-90.

einer Übertragung der zum *lex certa* Grundsatz entwickelten Voraussetzungen auf das *lex scripta* Erfordernis.¹²⁸ Dies wird aber der Tatsache nicht gerecht, dass die Frage, ob ein Straftatbestand hinreichend bestimmt ist, nur normativ beantwortet werden kann und damit eine Wertentscheidung beinhaltet, während das Schriftlichkeitserfordernis ein deskriptives Merkmal ist. Ob es eingehalten wurde, ist visuell erfassbar. Die für die eine Untergruppe des *nullum crimen* Grundsatzes entwickelten Kriterien lassen sich daher nur schwerlich auf die andere anwenden. Hinzu kommt ein teleologisches Argument. Bereits die Verweise auf das geschriebene Völkerrecht begründen einen nicht unerheblichen Rechtsermittlungsaufwand. Macht man die Strafbarkeit nun noch zusätzlich auch von ungeschriebenen Rechtssätzen abhängig, so dürfte die Grenze dessen, was man im Lichte des Art. 103 Abs. 2 GG dem Rechtsunterworfenen in legitimer Weise zumuten kann, erreicht sein.

VI. Fazit

Die Schaffung des VStGB forderte von dem deutschen Gesetzgeber einen schwierigen Balanceakt zwischen getreuer Umsetzung der internationalen Vorgaben und Achtung des Grundgesetzes. Ob dieser immer gelungen ist, kann bezweifelt werden. Die enge Verbindung zwischen VStGB und humanitärem Völkerrecht stellen die gesetzliche Bestimmtheit der Normen in Frage. Dies gilt namentlich mit Blick auf die zahlreichen Verweise auf Völkergewohnheitsrecht. Jedenfalls stellt die völkerrechtliche Einbindung des VStGB die Rechtsunterworfenen und Rechtsanwender vor eine erhebliche Herausforderung.

¹²⁸ *Kuhli* (Fn. 1), S. 179-90.