Privadozentin Dr. Brigitte Kelker, Tübingen*

Aufsätze

Kriegsverbrechen nach Art. 8 Rom-Statut

Am 01.07.2002 trat mit dem Rom-Statut[1] die rechtliche Basis zur Errichtung des Internationalen Strafgerichtshofs[2] mit Sitz in Den Haag in Kraft. Das Rom-Statut konnte damit 2007 sein 5-jähriges Jubiläum feiern. Zudem wurde am 29.01.2007 durch die erste Vorverfahrenskammer des IStGH die Anklage gegen Thomas Lubanga Dyilo, einen kongolesischen Milizenführer, wegen der Rekrutierung von Kindersoldaten zugelassen. Die Kammer kam zum Ergebnis, dass ausreichende Beweise dafür vorliegen, dass der ehemalige Milizenführer Kinder unter 15 Jahren für die „Forces Patriotiques pour la Libération du Congo" (FPLC), dem militärischen Flügel der „Union des Patriotes Congolais" (UPC), rekrutiert hat und diese Kinder aktiv in den Feindseligkeiten in der kongolesischen Region Ituri zwischen September 2002 und 13.08.2003 eingesetzt wurden.[3] Erstmals in der Geschichte wird beginnend am 31.03.2008 ein Verfahren vor einem ständigen internationalen Strafgerichtshof durchgeführt werden.[4] Mit der Rekrutierung von Kindersoldaten wird dabei ein Art. 8[5] unterfallendes „Kriegsverbrechen" Gegenstand des Verfahrens sein.

Dies soll zum Anlass genommen werden, sich mit dem Rom-Statut, speziell mit Art. 8 und dabei insbesondere auch mit der Verwendung von Kindersoldaten, näher zu befassen.

I. Historischer und systematischer Kontext

Die Forderung nach der Errichtung eines internationalen Strafgerichtshof wurde erstmals nach dem Deutsch-Französischen Krieg von 1870/71 von *Gustave Moynier*, dem damaligen Präsidenten des Internationalen Komitees des Roten Kreuzes, wegen wechselseitig begangener Kriegsverbrechen erhoben.

Erste Ansätze zur Etablierung einer individuellen Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit einem Kriegsgeschehen enthält erstmals der am 28.06.1919 unterzeichnete Versailler Friedensvertrag. Kaiser Wilhelm II. sollte gem. Art. 227 Abs. 1 des Vertrages vor einem internationalen Strafgerichtshof zur Verantwortung gezogen werden, wobei jedoch „höchste Grundsätze der Politik" den Beurteilungsmaßstab bilden sollten. Zu diesem Prozess kam es mangels Auslieferung seitens des niederländischen Exils nicht. Zudem wurden nach einem Verzicht der alliierten und assoziierten Mächte, deutsche Kriegsverbrecher vor eigene Militärgerichte zu stellen, in den „Leipziger Kriegsverbrecherprozessen" ab Frühjahr 1921 sehr zögerlich vereinzelt Kriegsverbrecher vor Gericht gestellt.[6]

Einen entscheidenden Entwicklungsschub hat das Völkerstrafrecht im 20. Jahrhundert durch die Nürnberger Prozesse erhalten. Erstmals wurde auf der Basis des am 08.08.1945 unterzeichneten Londoner Viermächteabkommens ein internationaler Gerichtshof etabliert und mit dem IMG-Statut eine entsprechende rechtliche Grundlage geschaffen. Gem. Art. 6 IMG-Statut ging es dabei um die Aburteilung von „Hauptkriegsverbrechern", wobei dieser Begriff in einem weiten Sinne gemeint war, denn erstmals ging es nicht mehr nur um die Aburteilung von Kriegsverbrechen. Es wurden vielmehr die Tatbestände „Verbrechen gegen den Frieden" und „Verbrechen gegen die Menschlichkeit" neu geschaffen.[7]

Der Nürnberger Militärgerichtshof und das IMG-Statut schufen ihrerseits die rechtliche Ausgangsbasis für die nachfolgende Staatenpraxis und somit zur gewohnheitsrechtlichen Verfestigung der Grundsätze als geltendes Völkerrecht.[8] Die Grundsätze des IMG-Statuts und das Urteil des Nürnberger Gerichtshofs vom 01.10.1946 wurden durch die Generalversammlung der Vereinten Nationen am 11.12.1946[9] anerkannt, im Auftrag der Generalversammlung in den „Nürnberger Prinzipien" 1950 zusammengefasst und durch die von der Generalversammlung der Vereinten Nationen eingesetzte Völkerrechtskommission (International Law Commission – ILC) in zahlreichen Berichten und Entwürfen fortgeführt.[10] Nach einem Entwicklungsstillstand während des Kalten Krieges orientierten sich schließlich in den 1990er-Jahren insbesondere die von den Vereinten Nationen errichteten *ad-hoc*-Tribunale für Ex-Jugoslawien und Ruanda (ICTY und ICTR) nebst ihren Statuten jedenfalls partiell am „Nürnberger Recht".[11]

Der Gegenstand der Kriegsverbrechen hat dabei im Laufe der Zeit durch grundlegende Fortentwicklungen des hu-

---

* *Brigitte Kelker* hat im Sommersemester 2007 an der Universität Greifswald den Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht vertreten und ist zurzeit Lehrstuhlvertreterin an der Universität Leipzig. Aus Platzgründen wurden die Fußnoten auf wichtige Angaben begrenzt.

1 Der Titel der abgestimmten Übersetzung des Vertrages lautet: „Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs". Üblich ist auch die Bezeichnung IStGH-Statut.

2 IStGH/International Criminal Court (ICC)/Court Pénale Internationale (CPI). Siehe http://www.icc-cpi.int.

3 Siehe http://www.icc-cpi.int/pressrelease. Siehe dort die Pressemitteilung zu: Case: „**The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo**" (ICC-01/04-01/06): „The Chamber decides that there is sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that Thomas Lubanga Dyilo is criminally responsible as co-perpetrator for the war crimes of enlisting and conscripting of children under the age of fifteen years into the FPLC, the military wing of the *Union des Patriotes Congolais* (UPC) and using them to participate actively in hostilities in Ituri (Democratic Republic of the Congo) from September 2002 to 13 August 2003." **(ICC-CPI-20070129-196-**EN).

4 Ebenda, Pressemitteilung des ICC vom 12.11.2007 (ICC-PIDS-20071112-265-En).

5 Art. ohne nähere Bezeichnung sind solche des Rom-Statuts.

6 Vgl. *Heiko Ahlbrecht*, Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert, 1999; *Helmut Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2005, Rn. 2 ff.; *Gerhard Werle*, Völkerstrafrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 5 ff.; *Torsten Stein/Christian von Buttlar*, Völkerrecht, 11. Aufl. 2005, Rn. 1171, und siehe *Carl-Friedrich Stuckenberg*, Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Völkerstrafrecht, GA 2007, 80 (81 f).

7 Vgl. z. B. die Darstellung bei *Stein/v. Buttlar* (Fn. 6), Rn. 1173 ff. incl. Abdruck von Art. 6 IMG-Statut in Rn. 1174.

8 *Stein/v. Buttlar* (Fn. 6), Rn. 1176.

9 Durch Resolution 95 (I) v. 11.12.1946; UN Doc. A/CN 4/5, S. 14 f.

10 Vgl. *Stein/v. Buttlar* (Fn. 6), Rn. 1177.

11 Zu Unterschieden siehe *Stein/v. Buttlar* (Fn. 6), Rn. 1184 ff.

manitären Völkerrechts, insbesondere durch die Schaffung der Genfer Konvention von 1949 nebst ihren Zusatzprotokollen, erhebliche Erweiterungen erfahren.

Es waren schließlich vor allem die Geschehnisse in Ex-Jugoslawien und Ruanda, die die Notwendigkeit eines internationalen Strafgerichtshofs verdeutlicht und die nach Beendigung des Kalten Krieges wieder aufgenommene Entwicklung beschleunigt haben.[12] Aufbauend auf der Tätigkeit der ILC und verschiedenen durch Vorbereitungsausschüsse geleisteten Vorarbeiten beschloss die UN-Generalversammlung in Rom eine Diplomatische Bevollmächtigtenkonferenz vom 15.06. bis 17.07.1998 abzuhalten, an der 160 Staaten, 17 zwischenstaatliche Organisationen und 250 Nichtregierungsdelegationen teilnahmen. In der Nacht des 17.07.1998 wurde förmlich in allerletzter Minute das „Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofs" mit einer Mehrheit von 120 gegen 7 Staaten bei 21 Enthaltungen verabschiedet. Am 01.07.2002 trat es in Kraft. Inzwischen wurde das Statut von über 100 Staaten ratifiziert.[13] Deutschland hat es am 10.12.1998 unterzeichnet und am 11.12.2000 als 25. Vertragsstaat ratifiziert.

Das Rom-Statut stellt eine vergleichsweise junge Rechtsquelle dar, die ihre Wurzeln in der Entwicklung des 20. Jahrhunderts hat und ohne den Militärgerichtshof in Nürnberg und die *ad-hoc*-Tribunale für Ex-Jugoslawien und Ruanda so nicht denkbar gewesen wäre.

Das Rom-Statut ist Bestandteil des Völkerstrafrechts und als solches sowohl Strafrecht als auch Völkerrecht. Strafrecht ist es insofern, als individuelles Verhalten unter Strafe gestellt wird. Zum Völkerrecht gehört es, da seine Rechtsquelle völkerrechtlicher Natur ist. Das Statut ist zunächst bindend für die Vertragsstaaten. Weite Teile des Regelungsgehaltes beanspruchen jedoch gewohnheitsrechtliche Geltung auch über die Vertragsstaaten hinaus. In diesem Zusammenhang steht, dass der UN-Sicherheitsrat gem. Art. 13 lit. b berechtigt ist, auch Taten vor den IStGH zu bringen, die Angehörige von Nichtvertragsstaaten in einem Nichtvertragsstaat begangen haben. Dieser Weg ist freilich mit der großen Hürde verbunden, dass ein solcher Beschluss gem. Art. 27 Abs. 3 UN-Charta dem Veto-Recht unterliegt, also nicht gegen den Willen eines der ständigen Mitglieder gefasst werden kann.

Das Rom-Statut stellt das zentrale Dokument des Völkerstrafrechts dar. Erstmals in der Geschichte sind wesentliche völkerstrafrechtliche Grundsätze unabhängig von bestimmten Anwendungskonstellationen universell geltend und die Gerichtsbarkeit eines ständigen und unabhängigen internationalen Strafgerichtshofes begründend fixiert worden. Das Völkerstrafrecht hat damit eine hoch zu schätzende inhaltliche Festigung und legitimationstheoretische Stabilisierung erfahren. Die in Art. 8 erfassten „Kriegsverbrechen" werden dabei aufgrund der genommenen Entwicklung zu Recht als „Keimzelle des Völkerrechts" bezeichnet.[14]

II. Wesentlicher Regelungsgehalt von Art. 8 Rom-Statut

Das Rom-Statut besteht aus 13 Teilen, die das Prozessrecht ebenso wie das materielle Recht umfassen. Im Bereich des materiellen Rechts enthält das Statut Regelungen des Allgemeinen wie des Besonderen Teils.

Art. 5 benennt die vier „schwersten Verbrechen" („core crimes"), für die der IStGH die Gerichtsbarkeit hat: „Völkermord" (Art. 6), „Verbrechen gegen die Menschlichkeit" (Art. 7), „Kriegsverbrechen" (Art. 8) und das „Verbrechen der Aggression", welches vorbehaltlich einer späteren Definition aufgenommen wurde (Art. 5 Abs. 2). Bei Art. 8 handelt es sich um eine umfangreiche, stark untergliederte und durchaus unübersichtliche Regelung, die in Abs. 1 die Gerichtsbarkeit des IStGH für „Kriegsverbrechen" etabliert. Die „Kriegsverbrechen" werden sodann in Abs. 2 näher bestimmt.

Im Kern geht es darum, dass bei kriegerischen Auseinandersetzungen elementare Regeln des menschlichen Miteinanders, wie beispielsweise das grundsätzliche Tötungsverbot, außer Kraft gesetzt werden. Dennoch soll auch in Kriegszeiten kein rechtloser Zustand entstehen. Es gilt das Kriegsrecht, das *ius in bello*. Ziel ist es, sämtliche zur Erreichung des Kriegsziels unnötigen Gräueltaten zu verhindern und somit die Menschlichkeit weitestmöglich zu wahren. Daher rührt die Bezeichnung des Kriegsrechts als „humanitäres Völkerrecht". „Kriegsverbrechen" sind dabei nicht sämtliche Straftaten im Rahmen eines Krieges. Der Begriff ist vielmehr insofern akzessorisch zum „humanitären Völkerrecht", als Verstöße gegen die Bestimmungen des humanitären Völkerrechts erfasst werden.

Historisch wird im Kriegsrecht zwischen dem „Genfer" und dem „Haager Recht" unterschieden. Das „Genfer Recht" dient primär dem Schutz der Kriegsopfer. Ursprünglich ging es dabei um den Schutz verwundeter und kranker Soldaten und von Kriegsgefangenen („Genfer Konventionen" von 1864 und 1929). Dieser Schutz wurde später durch die Genfer Konventionen I–IV von 1949 verfeinert und auf Zivilisten ausgedehnt. Demgegenüber dient das „Haager Recht" vorrangig dem Schutz der Soldaten, indem bestimmte Mittel und Methoden der Kriegsführung verboten werden, die als besonders grausam und gefährlich gelten. Die Grundlagen wurden auf verschiedenen Konferenzen in Den Haag gelegt (1899, 1907 – insbesondere die „Haager Landkriegsordnung"). Diese Zweispurigkeit der Entwicklung wird heute so nicht mehr aufrechterhalten. Vor allem seit dem 1. Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen von 1977 wird versucht, beide Elemente zusammenzufassen. Dennoch

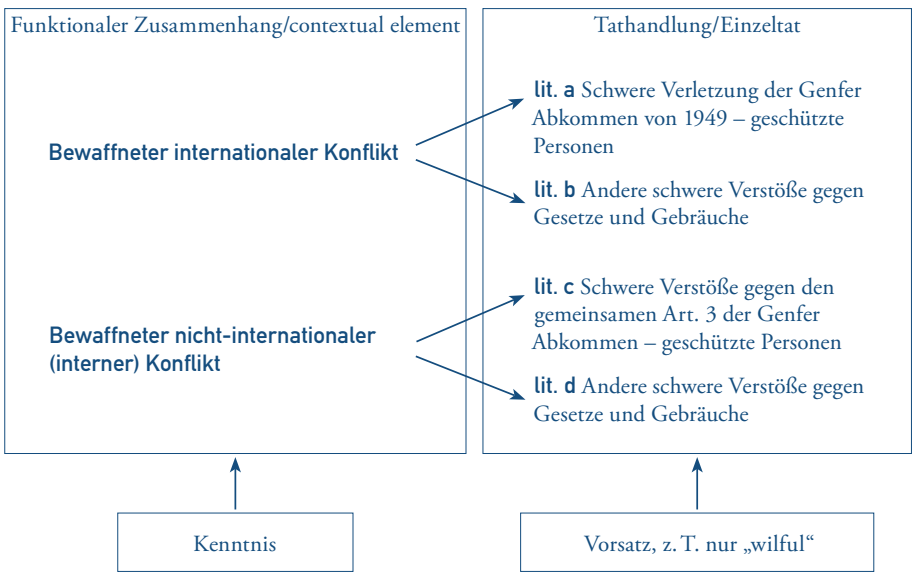
12 *Stein/v. Buttlar* (Fn. 6), Rn. 1190.

13 Aktuelle Liste der teilnehmenden Staaten unter http://www.icc-cpi.int/asp/statesparties.html, 105 Länder seit 17.10.2007 (abgerufen am 05.11.2007).

14 So *Stein/v. Buttlar* (Fn. 6), Rn. 1196.

ist die Zweispurigkeit für das Verständnis des Kriegsrechts hilfreich und spiegelt sich auch in Art. 8 Abs. 2 wider.

Die Systematik des Art. 8 Abs. 2 Rom-Statut



Art. 8 Abs. 2 enthält eine Grundgliederung lit. a bis f. Die Abschnitte enthalten ihrerseits eine Auflistung einzelner Tathandlungen. Vorausgesetzt ist dabei immer das Vorliegen eines bewaffneten Konflikts, der entweder internationaler oder nichtinternationaler Art sein kann.

Daraus ergibt sich die oben dargestellte Grundstruktur.

Vorausgesetzt ist damit immer ein funktioneller Zusammenhang („contextual element“). In Art. 8 wird durchgehend das Vorliegen eines „bewaffneten Konflikts“ internationaler oder nationaler Art gefordert. Internationale Konflikte sind Auseinandersetzungen zwischen Staaten unter Einsatz bewaffneter Kräfte. Demgegenüber spricht man von einem nichtinternationalen Konflikt, wenn es sich um Auseinandersetzungen innerhalb eines Staates zwischen Regierungskräften und anderen bewaffneten Gruppen oder zwischen solchen Gruppen untereinander handelt.[15]

Der mit Art. 8 Abs. 2 lit. a, b, c und e verbundene Schutz wird durch Art. 8 Abs. 2 lit. d und f insofern eingeschränkt, als innere Unruhen, Spannungen und Tumulte, vereinzelt auftretende Gewalttaten und andere ähnliche Handlungen nicht als bewaffnete Konflikte erfasst werden.[16]

Art. 8 Abs. 1 enthält zudem mit der Formulierung „insbesondere“ („in particular“) eine Anwendungsschwelle, indem vor allem solche Verbrechen erfasst werden, die als Teil eines Plans, einer Politik oder einer massiven Begehung ausgeführt wurden. Die Formulierung wird so verstanden, dass sich ihre Bedeutung in einem besonderen Augenmerk auf die genannten Aspekte erschöpft, sie damit anerkanntermaßen kein eigenständiges beschränkendes Verbrechensmerkmal ist.[17]

1. Tathandlungen

Art. 8 Abs. 2 weist in den Abschnitten lit. a bis e verschiedene Tathandlungsgruppen auf.

a) Tathandlungsgruppe Art. 8 Abs. 2 lit. a

Erfasst werden im Rahmen bewaffneter internationaler Konflikte „schwere Verletzungen“ („grave breaches“) der Genfer Konventionen von 1949. Die vier Genfer Abkommen schützen im Rahmen eines bewaffneten Konflikts jeweils unterschiedliche Personengruppen, die aus der Sicht des Gegners zwar mit dem gegnerischen Staat in einer Beziehung stehen, aber nicht oder nicht mehr Teil der aktiven Kampftruppe sind:

- *I. Genfer Abkommen:* Verwundete, Kranke, medizinisches und religiöses Personal im Felde,
- *II. Genfer Abkommen:* Verwundete, Kranke und Schiffbrüchige, medizinisches und religiöses Personal auf hoher See,
- *III. Genfer Abkommen:* Kriegsgefangene, sowie
- *IV. Genfer Abkommen:* Zivilpersonen, die sich im Falle eines Konflikts oder einer Besetzung zu irgendeinem Zeitpunkt im Machtbereich einer feindlichen Partei oder Besatzungsmacht befinden.

Neben dem geschützten Personenkreis enthalten die Konventionen auch eine Definition der „schweren Verletzung“.[18]

15 Siehe ICTY, Tadić (Tc), Urt. v. 07.05.1997, para. 561 (http://www.un.org/icty/cases-e/index-e.html, abgerufen am 15.11.2007).

16 Lit. d bezieht sich auf lit. c und die umfassendere Einschränkung in lit. f auf lit. e. Erst wenn die Konflikte „lang andauernd“ sind und die gegnerischen Parteien einen gewissen Organisationsgrad aufweisen, wird die Gefährlichkeit eines internationalen Konflikts erreicht (lit. f). Näheres bei *Werle* (Fn. 6), Rn. 952 ff.

17 Siehe *Satzger* (Fn. 6), § 15, Rn. 64 und Triffterer-*Fenrick*, Rome Statute, 1999, Art. 8 Rn. 4.

18 Art. 50 der I. Genfer Konvention; Art. 130 der III. Genfer Konvention; Art. 147 der IV. Genfer Konvention.

Vorausgesetzt ist somit das Vorliegen eines bewaffneten internationalen Konflikts. Weiterhin muss die in lit. a aufgeführte Handlung am konkreten Tatopfer eine schwere Verletzung einer der vier Genfer Konventionen darstellen. Dabei ist erforderlich, dass das Tatopfer einer geschützten Personengruppe angehört und diese Gruppe gerade vor einer solchen Tathandlung geschützt werden soll.

b) Tathandlungsgruppe Art. 8 Abs. 2 lit. b

Erfasst werden im Rahmen bewaffneter internationaler Konflikte andere „schwere Verstöße" („serious violations") gegen die Gesetze und Gebräuche, die in bewaffneten internationalen Konflikten Anwendung finden. Aufgelistet werden Handlungen, die solche „schweren Verstöße" beinhalten. Die Kriegsverbrechen entstammen dabei unterschiedlichen völkerrechtlichen Quellen, wie

- dem „Haager Recht", mit dem bestimmte Kampfmethoden und bestimmte Kampfmittel verboten sind, sowie

- anderen vertragsrechtlichen bzw. völkergewohnheitsrechtlichen Quellen, wie etwa die Verwendung von Kindersoldaten, die entwürdigende oder erniedrigende Behandlung, die Vergewaltigung und andere Formen sexueller Gewalt.[19]

Trotz einer umfangreichen Auflistung bestehen insofern Regelungslücken, als verschiedene höchst gefährliche Waffen, wie beispielsweise bakterielle Kampfstoffe, Landminen, Brandwaffen, Laserwaffen und Nuklearwaffen, nicht erfasst werden. Die selektive Aufnahme bestimmter Waffen lässt den Kompromisscharakter des Rom-Statuts, bei dem partikulare Einzelinteressen zum Tragen kamen, deutlich werden. Eine Erweiterung des Statuts gem. Art. 8 Abs. 2 lit. b (xx) ist grundsätzlich möglich.

c) Tathandlungsgruppe Art. 8 Abs. 2 lit. c

Erfasst werden im Rahmen bewaffneter nichtinternationaler Konflikte „schwere Verstöße" gegen den gemeinsamen Art. 3 der Genfer Abkommen von 1949.

Im Unterschied zu den internationalen bewaffneten Konflikten werden bei internen Konflikten nur schwere Verstöße gegen das Minimum an humanitären Regelungen, das bestimmt wird durch den allen vier Genfer Konventionen gemeinsamen Art. 3, erfasst. Das Rom-Statut benennt die tauglichen Tatobjekte, nämlich Personen, die nicht unmittelbar an den Feindseligkeiten teilnehmen, und die Tathandlungen. Abschließend erfasst werden Angriffe auf Leib und Leben, Beeinträchtigungen der persönlichen Würde, Geiselnahme sowie Verurteilungen und Hinrichtungen ohne rechtsstaatliche Aburteilung.

19 Letzteres ist insofern ein Novum, als es in den einschlägigen Verträgen bislang nicht explizit enthalten war.

d) Tathandlungsgruppe Art. 8 Abs. 2 lit. e

Erfasst werden im Rahmen bewaffneter nichtinternationaler Konflikte andere „schwere Verstöße" gegen die Gesetze und Gebräuche, die in bewaffneten internen Konflikten Anwendung finden. Diese Regelung weist Parallelen zur Regelung bei internationalen bewaffneten Konflikten auf. Ziel war es, zumindest eine teilweise Annäherung an die Regelung des internationalen Konflikts zu erreichen. Auf eine vollständige Gleichbehandlung von internationalen und internen Konflikten konnten sich die Delegierten nicht einigen. So fehlt in lit. e beispielsweise die Erfassung bestimmter Waffengruppen, wie sie für internationale Konflikte in Art. 8 Abs. 2 lit. b vorgesehen ist.

Ein Teil der Einzelhandlungen, die als „Kriegsverbrechen" gem. Art. 8 in Betracht kommen, findet sich auch bei den in Art. 7 („Verbrechen gegen die Menschlichkeit") genannten Einzelhandlungen. Dies gilt beispielsweise für „vorsätzliche Tötung" bzw. „Folter". Der prinzipielle Unterschied zwischen den Bestimmungen besteht darin, dass die Einzeltat bei Art. 7 im Zusammenhang mit einem „ausgedehnten oder systematischen Angriff auf die Zivilbevölkerung" stehen muss (sog. „Chapeau"), während bei Art. 8 die Einzeltat im Rahmen eines internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikts erfolgt.

2. Zusammenhang zwischen Einzeltat und bewaffnetem Konflikt

Der für Art. 8 erforderliche Zusammenhang zwischen Einzeltat und bewaffnetem Konflikt besteht dann, wenn die Tat wegen des Konflikts begangen wurde, die Tat überhaupt oder in ihrer konkreten Form durch den Konflikt erleichtert oder ermöglicht wurde bzw. einer der Konfliktparteien zugeordnet werden kann. Taten, die bei Gelegenheit des Konflikts oder unabhängig von diesem begangen werden, sind somit keine Kriegsverbrechen.

3. Subjektive Tatbestandsvoraussetzungen

In subjektiver Hinsicht genügt die Kenntnis des Täters, dass ein bewaffneter Konflikt vorliegt. Nicht erforderlich sind eine entsprechende Bewertung des Täters und eine völkerrechtlich korrekte Einordnung des Konflikts.[20] Im Hinblick auf die Tathandlung besteht gem. Art. 30 grundsätzlich Vorsatzerfordernis.

> Art. 30 Vorsatz
>
> (1) „Sofern nichts anderes bestimmt ist, ist eine Person für ein der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs unterliegendes Verbrechen nur dann strafrechtlich verantwortlich und strafbar, wenn die objektiven Tatbestandsmerkmale vorsätzlich und wissentlich verwirklicht werden."

20 Vgl. „Elements of Crimes", Einf. zu Art. 8.

> Art. 30 Mental element
>
> (1) „Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge."

Art. 30 Abs. 1 enthält damit eine Öffnungsklausel, womit die Frage entsteht, ob diese Klausel für Art. 8 relevant ist.

Da es im deutschen Text in Art. 8 Abs. 2 lit. a

> i. „vorsätzliche Tötung"
>
> iii. „vorsätzliche Verursachung […]"
>
> vi. „vorsätzlicher Entzug […]"

heißt, sind keine Abweichungen zu Art. 30 zu erkennen.[21]

Betrachtet man hingegen die englische Fassung, so ist an den entsprechenden Stellen von „wilfulness" die Rede, während Art. 30 „intent and knowledge" fordert.

Über die Formulierung der „wilfulness" wird die im englischen Strafrecht verwendete Form der „recklessness" einbezogen.[22] In der deutschen Strafrechtsdogmatik gibt es keine der „recklessness" vergleichbare eigenständige Kategorie. Sachlich umfasst die „recklessness" den Bereich von Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit,[23] also gesteigerte Fahrlässigkeit. Damit erweitert Art. 8 Abs. 2 prinzipiell den Anwendungsbereich von Art. 30. Dies ist jedoch nicht unumstritten. So wird teilweise angenommen, dass bereits Art. 30 den Bereich der „recklessness" umfasst.[24] Ausgesprochen kompliziert ist zudem das Verhältnis zwischen dem Statut und entsprechenden völkergewohnheitsrechtlichen Vorsatzformen. So soll bei einer Reihe von „Kriegsverbrechen" gesteigerte Fahrlässigkeit nicht genügen, obwohl in den entsprechenden Vorschriften des humanitären Völkerrechts „wilfulness" vorgesehen ist. Dies soll insbesondere bei Angriffen auf nichtmilitärische Ziele gelten. Umgekehrt soll an einzelnen Stellen selbst dort gesteigerte Fahrlässigkeit erfasst werden, wo das Rom-Statut den Begriff der „wilfulness" nicht verwendet, sofern „wilfulness" in den zugrunde liegenden Bestimmungen des humanitären Völkerrechts erfasst wird. Angenommen wird dies beispielsweise für die Tötung oder Verwundung wehrloser Personen.[25] Ungeklärt ist auch, ob für Verbrechen, die auf „schwere Verletzungen" der Genfer Abkommen und des gemeinsamen Art. 3 der Konventionen gerichtet sind, „recklessness" ausreiche, unabhängig davon, ob der entsprechende Tatbestand den Begriff der „wilfulness" verwendet.[26] Diese Beispiele verdeutlichen, mit welchen Anwendungsproblemen das Völkerstrafrecht allein in diesem Bereich konfrontiert ist.

4. Art. 8 Abs. 3

Schließlich lässt Art. 8 Abs. 3 der Regierung die Möglichkeit, mit allen legitimen Mitteln Gesetz und Ordnung wiederherzustellen oder die Einheit und territoriale Unversehrtheit des Staates zu bewahren. Abweichend war vorgeschlagen worden, auf mit dem Völkerrecht vereinbare Mittel abzustellen, um einen Wertungswiderspruch zu Art. 8 Abs. 2 lit. c und e zu vermeiden. Dieser Vorschlag hat sich jedoch nicht durchsetzen können.

5. Verwendung von Kindersoldaten

In Art. 8 Abs. 2 lit. b (xxvi) wird die „Zwangsverpflichtung oder Eingliederung" von Kindern unter 15 Jahren in die regulären nationalen Truppen bzw. ihre „Verwendung zur aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten" in internationalen Konflikten als „Kriegsverbrechen" erfasst. Parallel hierzu enthält Art. 8 Abs. 2 lit. e (vii) die entsprechende Regelung für nichtinternationale Konflikte. Es ist diese Vorschrift, auf die sich die Anklage gegen *Thomas Lubanga Dyilo* und die Zulassung zum Hauptverfahren durch die Vorverfahrenskammer stützt, indem davon ausgegangen wird, dass ausreichende Beweise vorliegen um zu belegen, dass *Thomas Lubanga Dyilo* als ehemaliger Milizenführer Kinder unter 15 Jahren für die FPLC, dem militärischen Flügel der „Union des Patriotes Congolais" (UPC), rekrutiert hat und diese Kinder aktiv in den Feindseligkeiten in der kongolesischen Region Ituri zwischen September 2002 und August 2003 eingesetzt wurden.[27]

Mit den genannten Regelungen in Art. 8 Abs. 2 wird erstmals ausdrücklich die Verwendung von Kindersoldaten unter Strafe gestellt. Die Aufnahme in das Rom-Statut basiert auf entsprechenden Verboten des humanitären Völkerrechts und dem Menschenrechtsschutz. So ist gem. Art. 77 Abs. 2 Zusatzprotokoll I und Art. 4 Abs. 3 lit. c Zusatzprotokoll II zu den Genfer Konventionen den Vertragsparteien untersagt, Kinder unter 15 Jahren in ihre Streitkräfte einzugliedern oder ihre Teilnahme an Feindseligkeiten zuzulassen. Dieses Verbot wird bestätigt durch Art. 38 Abs. 3 des „Übereinkommens über die Rechte des Kindes" vom 20.11.1989.[28] Inwieweit die in Art. 8 bestimmte Strafbarkeit dem zugrunde liegenden Völkergewohnheitsrecht entspricht, ist jedoch umstritten.[29]

21 Es zeigen sich begrifflich Schwierigkeiten durch die Doppelung des Wissenselements. Vgl. *Kai Ambos*, Internationales Strafrecht, 2006, § 7 Rn. 66.

22 Siehe *Michael Jefferson*, Criminal Law, 7. Aufl. 2006, S. 111 („wilfully"), S. 105 ff. („recklessness"); *David Ormerod*, Smith & Hogan Criminal Law, 11. Aufl. 2005, S. 102 (definition of recklessness, S. 104 f.).

23 Siehe *Werle* (Fn. 6), Rn. 982.

24 Vgl. *Ambos* (Fn. 21), Rn. 67.

25 Siehe *Werle* (Fn. 6), Rn. 983 m. w. N.

26 So *Werle* (Fn. 6), Rn. 984.

27 Siehe oben Fn. 3.

28 BGBl. 1992 II, S. 122.

29 *Werle* (Fn. 6), Rn. 1103.

Das Verbot der Verwendung von Kindersoldaten wurde aus zwei Gründen in das Rom-Statut aufgenommen: Einerseits löst die Beteiligung an bewaffneten Auseinandersetzungen schwere Traumata aus, und die Kinder werden sowohl in ihrer Entwicklung als auch schulischen Ausbildung beeinträchtigt. Der Tatbestand schützt insoweit die Kinder vor der „rücksichtslosen Rekrutierung durch den eigenen Staat". Andererseits sind Kinder oftmals unberechenbar und insofern wird angenommen, dass von Kindersoldaten eine besondere Gefahr ausgeht.[30]

III. Auslegung und Übernahme in das VStGB

1. Auslegung

Das Rom-Statut ist Ergebnis eines jahrelangen Verhandlungsprozesses. Dabei ging es nicht darum, eine dogmatisch ausgereifte, widerspruchsfreie rechtliche Lösung zu schaffen, sondern es musste eine für die verschiedenen Delegationen tragbare Kompromisslösung gefunden werden. Umso wichtiger ist damit die Auslegung des Statuts, die sich nach den Art. 31 f. Wiener Vertragsrechtskonvention (WVRK) richtet. Dabei stehen die anerkannten völkerrechtlichen Auslegungsregeln (Wortlaut des Vertragstextes, Systematik, Sinn und Zweck und gem. Art. 32 WVRK lediglich ergänzend die „travaux préparatoires") zur Verfügung.[31]

Bei der Bestimmung des Wortlauts wird ein bereits beim Vorsatz angesprochenes Problem virulent. Das Rom-Statut liegt in den sechs authentischen Sprachen Arabisch, Chinesisch, Englisch, Französisch, Russisch und Spanisch vor. Die in diesen Sprachen formulierten Fassungen sind damit gleichermaßen gültig. Zu beachten ist damit, dass der deutschen Fassung als bloße amtliche Übersetzung keine Gültigkeit zukommt. Darüber hinaus werfen sechs nebeneinander gleichermaßen Gültigkeit beanspruchende Fassungen ein grundlegendes Sprachenproblem[32] auf, das in Art. 33 WKRV aufgenommen wird.

Gemäß Art. 9 Abs. 1 werden bei der systematischen Auslegung der Art. 6–8 ergänzend die „Verbrechenselemente" („Elements of Crimes"), die von der Versammlung der Vertragsstaaten (Art. 112) mit 2/3-Mehrheit angenommen wurden,[33] herangezogen. Zu Art. 8 umfassen die „Elements of Crimes" dabei allein 31 Seiten. Zu betonen ist, dass die „Verbrechenselemente" nicht bindend, sondern nur eine Auslegungshilfe sind.

2. Übertragung auf das deutsche VStGB

2002 trat das Gesetz zur Ausführung des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (v. 17.07.1998) in Kraft. Zentraler Bestandteil dieses Gesetzes ist das IStGHG, mit dem das Rom-Statut in innerstaatliches Recht transformiert wurde. Geregelt wird die Zusammenarbeit mit dem IStGH, die Überstellung von Verdächtigen, die Durchbeförderung sowie Rechtshilfe. Kernbestandteil der Umsetzung des Rom-Statuts in das Deutsche Strafrecht ist jedoch das VStGB. Es trat, begleitet von Änderungen des StGB und der StPO, am 30.06.2002 in Kraft. Die Kriegsverbrechen werden im VStGB in einem eigenen Abschnitt (Abschnitt 2) in den §§ 8–12 geregelt. Die Verwendung von Kindersoldaten ist gem. § 8 Abs. 1 Nr. 5 VStGB für internationale und nichtinternationale bewaffnete Konflikte gleichermaßen strafbar.

Während die Tatbestände des Völkermords und des Verbrechens gegen die Menschlichkeit im VStGB weitgehend den Regelungen des Rom-Statuts entsprechen, weist das VStGB bei den Kriegsverbrechen insofern eine abweichende Systematik auf, als nicht zwischen internationalem und nichtinternationalen bewaffneten Konflikten differenziert wird. Das VStGB folgt damit einer modernen völkerrechtlichen Tendenz, diese Konflikte völkerstrafrechtlich gleich zu behandeln.

IV. Legitimationsfragen

Hieran anknüpfend sollen nun grundlegende legitimationstheoretische Fragen behandelt werden.

1. Individuelle völkerstrafrechtliche Verantwortlichkeit

Aufgrund seiner im Ursprung zwischenstaatlichen Struktur bestand ein wesentliches Problem des Völkerstrafrechts lange Zeit darin, inwieweit nicht nur Staaten, sondern auch einzelne Personen als Völkerrechtssubjekte[34] individuell strafrechtlich verantwortlich sein können. Die Verabschiedung von der reinen Objekttheorie, demzufolge das Subjekt lediglich als Objekt der Völkerrechtsordnung verstanden wurde, das stets durch seinen Heimatstaat vertreten wurde, erfolgte schrittweise. Wesentlichen Einfluss hatte dabei zum einen die Stärkung verfassungsrechtlicher Grundrechte in den Nationalstaaten, die zunehmend ihren Niederschlag auch in der Völkerrechtsordnung, insbesondere im humanitären Völkerrecht, gefunden haben. Zum anderen haben unübersehbare Ereignisse, wie insbesondere die Gräueltaten im Dritten Reich, vehement die Frage nach der individuellen Verant-

30 Ebenda, Rn. 1105 und Triffterer-*Cottier*, Rome Statute, 1999, Art. 8 Rn. 225. Zur Thematik „Kindersoldaten" speziell in der Republik Kongo siehe *Friedrich-Ebert-Stiftung* (Hrsg.), Verlorene Kindheit – Kindersoldaten in der Demokratischen Republik Kongo, 2004.

31 Siehe *Satzger* (Fn. 6), Rn. 9 ff.

32 Vgl. *Stefan Lorenzmeier/Christian Rohde*, Völkerrecht, 2003, S. 10.

33 „Elements of Crimes" Adopted by the Assembly of States Parties, First Session New York, 3–10 September 2002, Official Records ICC-ASP/1/3. Hierzu *Arnd Koch*, Über den Wert der Verbrechenselemente („Elements of Crimes") gem. Art. 9 IStGH-Statut, ZIS 2007, 150 ff. m. w. N.

34 Siehe *Werle* (Fn. 6), Rn. 2.

wortlichkeit aufgeworfen.[35] Die Entwicklung hin zu einer individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit hat in Art. 25 ihre Bestätigung gefunden.

2. Durchbrechung staatlicher Souveränität

Das zweite legitimationstheoretische Problem besteht bei der Strafverfolgung in der Durchbrechung des „Panzers der staatlichen Souveränität".[36] Die Hoheit der nationalen Staaten, eigene Staatsangehörige sowie Taten auf dem eigenen Hoheitsgebiet der eigenen nationalen Strafgewalt unterzuordnen, verbietet *prima facie* geradezu die Übertragung der Strafgewalt auf einen internationalen Gerichtshof. Diese Hürde der staatlichen Souveränität geht das Rom-Statut insofern behutsam an, als dem IStGH gem. Art. 1 S. 2 2. HS nur eine ergänzende Gerichtsbarkeit zukommt. Diese kann aber letztlich dazu führen, dass der IStGH gem. Art. 17 Abs. 1 lit. a ein Verfahren an sich zieht, wenn die zunächst zuständigen Staaten zur Strafverfolgung „nicht willens oder nicht in der Lage" sind. Mit der Unterzeichnung des Rom-Statuts haben immerhin inzwischen über 100 Staaten eine solche ihre nationale Strafhoheit ergänzende internationale Strafgerichtsbarkeit anerkannt. In offiziellen Verlautbarungen wird dieser Aspekt gerne betont. So wird beispielsweise darauf hingewiesen, dass sich künftig „die Verantwortlichen für Krieg und Vertreibung nicht mehr unter den Schutzschirm nationaler Souveränität stellen und sich somit ihrer Strafe entziehen"[37] können.

Der „Schutzschirm nationaler Souveränität" ist jedoch keineswegs bedeutungslos geworden, wie die vehemente Opposition einzelner Staaten, insbesondere der Vereinigten Staaten von Amerika, gegen das Rom-Statut zeigt. Die Vereinigten Staaten hatten unter *Bill Clinton* zunächst die Einrichtung eines ständigen internationalen Strafgerichts unterstützt, dann aber gegen das Statut gestimmt. Wesentlicher Grund war die Sorge vor einem unzureichenden Schutz amerikanischer Bürger, insbesondere der im Ausland eingesetzten amerikanischen Soldaten, vor Verfolgungen aus politischen Gründen.[38] Die von *Clinton* dann doch erfolgte Unterzeichnung des Statuts wurde von *George W. Bush* wieder zurückgenommen[39] und weitere Maßnahmen getroffen, um zu verhindern, dass amerikanische Staatsangehörige wegen eventueller Kriegsverbrechen einer internationalen Strafverfolgung ausgesetzt sein könnten. So haben die Vereinigten Staaten mit dem Hinweis, andernfalls ihre Beteiligung bei UN-Friedenseinsätzen zu beenden, den UN-Sicherheitsrat dazu veranlasst, per Resolution jede Strafverfolgung von Angehörigen von Nicht-Vertragsstaaten, die an UN-Friedensmissionen teilnehmen, vor dem Gerichtshof für jeweils ein Jahr auszusetzen.[40] Darüber hinaus wurden mit über 80 Staaten bilaterale Immunitätsabkommen geschlossen, in denen sich die Parteien wechselseitig verpflichten, die jeweils anderen Staatsangehörigen nicht dem IStGH zu überstellen.[41] Und schließlich wurde mit dem „American Service-Members' Protection Act" vom 02.04.2002 jede Kooperation mit dem IStGH untersagt und der Präsident ermächtigt, notwendige Maßnahmen zur Befreiung von US-Staatsangehörigen[42] aus dem Gewahrsam des IStGH zu ergreifen. Die dahinter stehende Argumentation ist rein vertragsrechtlich, indem geltend gemacht wird, dass das Rom-Statut keine Strafgewalt über Angehörige eines Nichtvertragsstaates haben dürfe.[43]

Vor dem Hintergrund der souveränen Interessen eines nationalen Staates,[44] seine eigenen Staatsangehörigen ausschließlich der eigenen nationalen Strafgewalt zu unterwerfen stellen sich diese Maßnahmen zunächst als nicht völlig unberechtigt dar. Die nationale Strafhoheit basiert auf dem Gedanken der Teilhabe des einzelnen Staatsbürgers an der staatlichen Gemeinschaft. Die Ausübung von Strafgewalt resultiert damit einerseits als Recht gegenüber dem Individuum aus dem staatlichen Begründungszusammenhang, erweist sich aber zugleich auch als Schutzschild gegenüber externen, möglicherweise weniger rechtsstaatlichen Strafansprüchen.

Dass sich dennoch Bedenken ergeben, resultiert daraus, dass das Völkerstrafrecht materiell Tatbestände erfasst, die nicht nur die jeweilige staatliche Gemeinschaft tangieren, sondern die Weltgemeinschaft überhaupt; das Völkerstrafrecht erhebt demnach einen universellen Geltungsanspruch. Dabei geht es um mehr als um einen Verweis auf das Weltrechtsprinzip als Strafanwendungsprinzip.[45] Es geht um die Behauptung, dass es Rechtsverletzungen gibt, die aufgrund ihrer Schwere eine internationale Strafgewalt begründen. Diesem über die vertraglichen Bindungen hinausreichenden Anspruch versuchen sich opponierende Staaten, wie die USA und China, entgegenzustellen.

35 Vgl. *Stein/v. Buttlar* (Fn. 6), Rn. 493 ff.

36 *Hans-Heinrich Jescheck*, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, 1952, S. 11.

37 Siehe http://www.auswaertiges-amt.de (Suchergebnis für IStGH, abgerufen am 15.11.2007).

38 *Stein/v. Buttlar* (Fn. 6), Rn. 1202.

39 Eine solche Rücknahme ist zwar ungewöhnlich, aber völkerrechtlich zulässig. Sie hat die Wirkung, dass der Staat nicht mehr an das „Vereitelungsverbot" gem. Art. 18 WVRK gebunden ist. Siehe hierzu *Stein/v. Buttlar* (Fn. 6), Rn. 1202.

40 Dies ist gem. Art. 16 nur für den Fall vorgesehen, dass die Strafverfolgung die politische Lösung einer Krise behindern könnte. Die Rechtmäßigkeit der entsprechenden Resolutionen 1422 (2002) und 1487 (2003) ist daher umstritten, siehe *Stein/v. Buttlar* (Fn. 6), Rn. 1202 m. w. N.

41 *Stein/v. Buttlar* (Fn. 6), Rn. 1202, mit Hinweis darauf, dass diese Abkommen unter der Drohung zustande kamen, ansonsten die wirtschaftliche und militärische Hilfe für die betreffenden Staaten zu beenden.

42 *Stein/v. Buttlar* (Fn. 6), Rn. 1202.

43 Siehe *Michael Köhler*, Zum Begriff des Völkerstrafrechts, in: Jahrbuch für Recht und Ethik, Bd. 11 (2003), S. 435 ff., 447.

44 Zur grundsätzlichen Berechtigung des Souveränitätsgedankens siehe *Köhler* (Fn. 43), S. 449.

45 Zum Verhältnis zum Weltrechtsprinzip siehe *Stein/v. Butlar* (Fn. 6), Rn. 1165.

3. Rückwirkungsverbot und Gewohnheitsrecht

Das Rom-Statut trägt darüber hinaus zur Beseitigung eines Problems bei, dem das Völkerstrafrecht noch bei den Nürnberger Prozessen ausgesetzt war, nämlich der Kollision mit dem Rückwirkungsverbot. Der Einwand eines Verstoßes gegen das auch im Völkerstrafrecht Geltung beanspruchende Rückwirkungsverbot war sowohl von Verteidigerseite als auch in der theoretischen Aufarbeitung der Verfahren erhoben und letztlich niemals vollständig ausgeräumt worden.[46] Das Problem einer ausreichenden Rechtsgrundlage war für die nachfolgenden Verfahren insofern abgemildert, als diese sich auf das „Nürnberger Recht" stützen konnten und sich völkergewohnheitsrechtlich geltende Grundsätze herausbildeten.

Damit entstand jedoch die Frage, inwieweit Gewohnheitsrecht als Rechtgrundlage anerkannt werden kann. Überwiegend wird angenommen, dass mit der Herausbildung eines entsprechenden Völkergewohnheitsrechts dem *nullum-crimen*-Grundsatz hinreichend Rechnung getragen wird. Im deutschen Strafrecht wird hingegen für die Grundsätze *nullum crimen, nulla poena sine lege* eine *lex scripta* gefordert und Gewohnheitsrecht als nicht ausreichend betrachtet.[47] Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass die Orientierung an einem ungeschriebenen, Wandlungen unterworfenen und damit notwendig nicht immer hinreichend bestimmten Gewohnheitsrecht rechtsstaatlichen Grundprinzipien zuwiderläuft.[48] Im Völkerstrafrecht werden hingegen ganz generell an die Grundsätze *nullum crimen, nulla poena sine lege* im Vergleich zum kontinentaleuropäischen Recht deutlich geringere Anforderungen gestellt.[49] So ist Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle des Völkerstrafrechts allgemein anerkannt und die Anforderungen an die Bestimmtheit insbesondere bei den Rechtsfolgen (*nulla poena sine lege*) sind deutlich geringer. Hier wird deutlich, dass im Völkerstrafrecht ein pragmatischer Umgang mit der Regelungsmaterie überwiegt und eine echte Durchdringung und theoretische Fundierung des in seiner Grundlage und seinen Konkretisierungen weitgehend ungeklärten *nullum-crimen*-Grundsatzes bislang noch aussteht.[50]

Der unkritische Umgang mit Gewohnheitsrecht im Völkerstrafrecht geht auf die Herausbildung des Völkerrechts aus der Staatenpraxis zurück. Die „gelegentliche Unsicherheit über seinen exakten Bestand" wird dabei als „in der Natur des Gewohnheitsrechts als ungeschriebener Rechtsquelle" akzeptiert.[51] Das innewohnende Begründungsdefizit in Form der Gleichsetzung von Faktizität und Legitimität ist für das Völkerrecht keineswegs unproblematisch. Bei der Begründung strafrechtlicher Verantwortlichkeit ist ein in seinem Gehalt oftmals nur unbestimmtes Recht, welches mit Formulierungen wie „wohl gewohnheitsrechtlich anerkannt" oder „wohl gewohnheitsrechtlich weitgehend anerkannt" aufwartet, kaum hinnehmbar. Beispiele für die Unbestimmtheit des Gewohnheitsrechts lassen sich im Völkerstrafrecht zahlreich ausmachen. Dazu gehört das Verbrechen der Aggression, bei dem es bis heute nicht gelungen ist, sich auf eine dem Bestimmtheitsgrundsatz genügende Definition zu einigen[52] und der Tatbestand daher in das Rom-Statut auch nur vorbehaltlich einer späteren Einigung der Vertragskonferenz aufgenommen wurde.

Waren somit sämtliche internationalen Straftribunale bislang darauf angewiesen, sich auf ein in Einzelheiten unbestimmtes und nur teilweise niedergelegtes Völkergewohnheitsrecht zu stützen und von Fall zu Fall ein eigenes, spezifisch geltendes Statut zu erlassen, so sind mit dem Rom-Statut erstmals feste Tatbestände verbindlich fixiert worden. Das Völkerstrafrecht hat damit sowohl was den *nullum-crimen-sine-lege*-Grundsatz als auch die gewohnheitsrechtliche Fundierung betrifft, eine wichtige Entwicklung genommen. Der *nullum-crimen-sine-lege*-Grundsatz wurde in Art. 22 und 24 und erfreulicherweise auch der im Völkerstrafrecht deutlich schwächere *nulla-poena-sine-lege*-Grundsatz in Art. 23 verankert. Zudem verliert das Problem der ungenügenden theoretischen Durchdringung gewohnheitsrechtlich gestützter völkerrechtlicher Strafbarkeit mit In-Kraft-Treten des Rom-Statuts insofern an Brisanz, als wesentliche Tatbestände nun fixiert wurden und universelle Geltung beanspruchen. Die Probleme sind dennoch keineswegs vollständig gelöst. Deutlich wird dies durch Art. 22 Abs. 3, demzufolge völkerrechtliche Strafbarkeit außerhalb des Statuts und damit insbesondere die Strafbarkeit nach Gewohnheitsrecht, von den Verbrechensdefinitionen des Statuts unberührt bleibt. Damit existiert unverändert die Möglichkeit strafbaren Verhaltens, gestützt auf ein partiell unbestimmtes, lediglich gewohnheitsrechtlich verankertes Recht mit all seinen legitimationstheoretischen Problemen.

4. Materielle Legitimation internationaler Strafgewalt

Sind mit der Schaffung des Rom-Statuts somit grundlegende Probleme bei der Begründung individueller völkerrechtlicher strafrechtlicher Verantwortlichkeit entschärft worden, so ist die zentrale Frage, warum überhaupt legitim internationale Strafgewalt ausgeübt werden darf, nicht beantwortet worden. Die Präambel des Rom-Statuts verweist lediglich darauf, dass „solche schweren Ver-

46 Siehe hierzu *Werle* (Fn. 6), Rn. 100 m.w.N.; *Wolfgang Naucke*, Strafrecht eine Einführung, 10. Aufl. 2002, § 2 Rn. 18 f.

47 So *Harro Otto*, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Straftatlehre, 7. Aufl. 2004, Rn. 27 f.

48 Siehe *Naucke* (Fn. 46), § 2 Rn. 2; *Michael Köhler*, Strafrecht AT, 1997, S. 79, 97 f.; *Otto* (Fn. 47), § 2 Rn. 2; *Stuckenberg* (Fn. 6), 84.

49 Vgl. *Werle* (Fn. 6), Rn. 100. Anders beispielsweise England und einzelne Bundesstaaten der Vereinigten Staaten von Amerika, hierzu *Stuckenberg* (Fn. 6), 84 mit m.w.N. in Fn. 29.

50 Streitig ist beispielsweise, ob der *nullum-crimen-sine-lege*-Grundsatz auf Gewohnheitsrecht oder auf Rechtsprinzipien basiert. Siehe *Werle* (Fn. 6), Rn. 100 mit Fn. 200; *Antonio Cassese*, International Criminal Law, 2003, S. 145 ff. Instruktiv zum völkerrechtlichen Gewohnheitsrecht *Stuckenberg* (Fn. 6), 84 ff.

51 So *Stein/v. Buttlar* (Fn. 6), Rn. 123.

52 Näheres siehe *Stein/v. Buttlar* (Fn. 6), Rn. 1193.

brechen den Frieden, die Sicherheit und das Wohl der Welt bedrohen" und „dass die schwersten Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren, nicht unbestraft bleiben dürfen". Sie gibt ferner der Entschlossenheit Ausdruck, „der Straflosigkeit der Täter ein Ende zu setzen und so zur Verhütung solcher Verbrechen beizutragen".

Gehen diese Hinweise naturgemäß nicht in die Tiefe der Begründung, so sind ihnen dennoch wichtige Aspekte zu entnehmen. Elementar erscheint zunächst der Hinweis, dass eine internationale Strafgewalt in ihrem universellen Geltungsanspruch Verbrechen voraussetzt, die die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren. Die entscheidende Frage ist dabei, was ein universales Verbrechen kennzeichnet, ob sich die in der Präambel genannten Aspekte der Bedrohung von „Frieden, Sicherheit und Wohl der Welt" als tragend erweisen und welche Bedeutung dabei der Generalprävention zukommen kann.

In jüngerer Zeit wurde vereinzelt der Frage nach der Legitimation internationaler Strafgerichtsbarkeit nachgegangen.[53] Dabei wird diese Frage verbunden mit der Frage nach der Begründung von Strafe überhaupt. Ausgangspunkt ist dabei das Verständnis von strafbarem Unrecht als substanzielle Freiheitsverletzung. Strafunrecht wird somit bezogen auf die Existenz autonomer Subjekte und ihrer Beziehung zueinander. So stellt sich die substantielle Verletzung äußerer Freiheit zugleich als Verletzung eines wechselseitigen Anerkennungsverhältnisses und „partielle Negation allgemeiner Rechtsgeltung" überhaupt dar.[54] Bei diesem Ansatz kommen generalpräventiven Erwägungen keine strafbegründenden, sondern lediglich die Strafwirkung partiell ergänzende Wirkungen zu.[55] Ein solches zunächst auf das Verhältnis der Subjekte im Rahmen eines staatlichen Zusammenhangs bezogenes Strafverständnis setzt im internationalen Zusammenhang die Existenz einer nicht notwendigerweise staatlichen, aber rechtlich verfassten Gemeinschaft[56] bzw. eines international bestehenden rechtlichen Anerkennungsverhältnisses voraus. Geht man insofern von einer Parallelität zwischen nationalem und internationalem Begründungszusammenhang aus, so ist die entscheidende Frage, worin der substantielle Unterschied in der Unrechtsbegründung besteht. Der Hinweis, dass völkerstrafrechtliches Unrecht die „Völkergemeinschaft als Ganzes" tangiert, benennt dabei den zentralen Begründungsaspekt noch nicht. Die Trennlinie zwischen nationalem und internationalem Strafunrecht lässt sich dabei aber auch nicht rein quantitativ durch die Vielzahl von Opfern bzw. durch eine grenz- oder kontinentübergreifende Tätigkeit der Täter bestimmen.

Damit ist erstens zu fragen, ob und inwieweit eine internationale Rechtsgemeinschaft überhaupt vorstellbar ist, und zweitens, worin das Spezifische des universalen Völkerrechtsverbrechens besteht. An dieser Stelle könnte der Hinweis in der Präambel auf „Frieden, Sicherheit und Wohl der Welt" relevant werden. Die Begriffe „Sicherheit" und „Wohl" sind jedoch zu unbestimmt und auch im staatlichen Zusammenhang nicht in der Lage, Strafunrecht zu begründen. Sie vermögen nach dem hier zugrunde gelegten Unrechtsverständnis erst dann relevant zu werden, wenn sich bloße „Bedrohungen von Sicherheit und Wohl" zu konkreten Freiheitsverletzungen verdichten. Tragender könnte hingegen der Hinweis auf den „Frieden" sein, dem sowohl *Köhler* als auch *Gierhake* unter Bezugnahme auf *Kant* einen zentralen Stellenwert bei der Begründung völkerrechtlichen Strafunrechts zuerkennen. So heißt es bei *Köhler*: „Allgemein definiert, besteht das universale Verbrechen daher in der schuldhaft tätigen Negation der Verfassungs- und zugleich Völkerrechtsfähigkeit, also einer Fundamentalbedingung der intern rechtsverfaßten Selbständigkeit eines Verbandes (Volkes) bzw. Staates. […] Deshalb kann in einem zutreffend allgemeinen Sinne von Verbrechen nicht ‚nur' gegen die ‚Menschlichkeit', gegen Menschenrechte, sondern gegen die ‚Menschheit', gegen den internationalen Frieden, die Völkergemeinschaft ‚im Ganzen' die Rede sein".[57] Und *Gierhake* zufolge umfasst völkerstrafrechtliches Unrecht „solche (im Interpersonalverhältnis stattfindenden) Freiheitsverletzungen, die durch ihre äußerliche Existenz die universelle Geltung derjenigen Rechtsprinzipien (partiell) negieren, die die Bedingungen der Möglichkeit des Rechtsfriedens auf der Welt (das allgemeine Weltrecht) überhaupt darstellen".[58]

5. Materielle Legitimation von Art. 8 Rom-Statut

a) Bisherige Vorschläge

Der Tatbestand der „Kriegsverbrechen" gem. Art. 8 hat auf diesen Grundbedingungen universalen völkerrechtlichen Strafunrechts aufzubauen. *Köhler* sieht daher „das universale Kriegsverbrechen strengen Sinns bestimmt einesteils durch die typischerweise selbst verbandsförmig (staatlich) repräsentierte Intention, die fremde Verfassungsidentität und Integrität überhaupt aufzuheben – der Eroberungskrieg, andernteils durch die im Sinne einer schuldhaften Verfassungsentscheidung zurechenbaren Formen der vernichtenden Kriegsführung – des Ausrottungskrieges".[59] Mittels der von ihm geforderten „Totalität der internationalen Rechts(subjekt)negation" grenzt er das Kriegsverbrechen im strengen Sinne strikt ab von „sonstigen internationalen Aggressionen und Kriegsverbrechen weiteren Sinnes", insbesondere auch von sonstigen schuldhaften Verletzungen des Kriegsrechts. Gerade solche Verletzungen des *ius in bello* bleiben *Köhler* zufolge

53 Siehe *Gisela Manske*, Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit, 2003; *Köhler* (Fn. 43), S. 435 ff., *Katrin Gierhake*, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, 2005; mit Bespr. von *Michael Pawlik*, ZIS 2006, 49 ff.

54 Siehe *Köhler* (Fn. 43), S. 456; *Gierhake* (Fn. 53), S. 121 f.

55 Vgl. *Michael Köhler*, Der Begriff der Strafe, 1986, S. 69 f.; *Gierhake* (Fn. 53), S. 157 ff.

56 *Gierhake* (Fn. 53), insbesondere S. 166.

57 *Köhler* (Fn. 43), S. 457 (Ergänzung in Klammern im Original).

58 *Gierhake* (Fn. 53), S. 248 (Ergänzungen in Klammern im Original).

59 *Köhler* (Fn. 43), S. 457 (Ergänzung in Klammern im Original).

trotz der Tangierung internationaler Bestimmungen, insbesondere der Genfer Konventionen und trotz der Einschränkungen eines möglichen künftigen Friedens, auf das Verhältnis der jeweils betroffenen Staaten beschränkt. Universale Betroffenheit entstehe erst dann, wenn „die selbständige Existenz und Rechtsverfaßtheit des betroffenen Volkes (Staates) als konstitutive Friedensbedingung“ angegriffen werde.[60] *Gierhake*, die diesen Ansatz als zu eng betrachtet,[61] sieht ihrerseits „Kriegsverbrechen“ dann als gegeben, „wenn mit einer Rechtsverhältnisverletzung über ihre interpersonale Dimension hinaus der Grundsatz negiert wird, jedenfalls die Möglichkeit eines künftigen Rechtsfriedens zwischen den Kriegführenden zu erhalten“.[62]

b) Unterschiede in den Ansätzen

Der Begriff der „Universalität“ des völkerstrafrechtlichen Unrechts wird demnach von *Köhler* in seiner Konsequenz deutlich strikter gesehen als von *Gierhake*. Dies hat zur Folge, dass ein großer Teil des Regelungsgehaltes von Art. 8 der *köhlerschen* Begriffsbestimmung zufolge nicht als völkerrechtliches Strafunrecht anzusehen und eine internationale Strafgerichtsbarkeit insoweit nicht begründbar wäre. Der Ansatz von *Gierhake* ist hier prinzipiell weiter gefasst. Ihr zufolge werden solche Handlungen erfasst, bei denen „über die zum Kriegführen notwendigen Handlungen hinaus und gegenüber Opfern, die an den Kriegshandlungen unbeteiligt sind, Gewalt verübt wird, etwa wenn sich interpersonales Unrecht gezielt gegen Zivilisten oder Kriegsgefangene richtet, beispielsweise in Form der Tötung, der Folter oder der Vergewaltigung“.[63] Dabei wendet *Gierhake* im Unterschied zu *Köhler* diese Gedanken prinzipiell auch auf innerstaatliche Konflikte an. Auch hier soll entscheidend sein, ob solche Handlungen „Bedeutung haben für den zukünftigen Rechtsfrieden unter den Parteien, für die notwendige Selbstverfassung im Staat.“ Hierzu rechnet sie „Vernichtungs- und Versklavungsmaßnahmen der Gegner“.[64]

c) Gemeinsamkeiten der Ansätze

Trotz dieser Unterschiede weisen beide Begründungsansätze Gemeinsamkeiten auf, über die möglicherweise eine erneute Annäherung an das Verständnis von Kriegsverbrechen gelingen kann. Beide Ansätze stellen für die Begründung des Völkerstrafrechts einen Bezug zur freiheitlichen Strafbegründung im Staat her und beziehen das völkerrechtliche Strafunrecht in je unterschiedlicher Gewichtung auf die Möglichkeit zum Frieden. Wesentliche, in beiden Ansätzen gleichermaßen mitschwingende, Bedingung für völkerstrafrechtliches Unrecht ist dabei das Bestehen einer internationalen Rechtsgemeinschaft überhaupt. Diese stellt sich dabei als Dreh- und Angelpunkt des Völkerstrafrechts überhaupt dar. Rechtsgemeinschaft ist dabei nicht mit dem Bestehen internationaler rechtlicher Beziehungen zu verwechseln. Gemeint ist vielmehr ein grundlegender vernunftrechtlich begründeter Zusammenhang, der daraus resultiert, dass vergleichbar mit dem für den staatlichen Zusammenhang grundlegenden interpersonalen wechselseitigen Anerkennungsverhältnis auch im Völkerstrafrecht autonome Subjekte in einem wechselseitigen Anerkennungsverhältnis zueinander stehen. In einem solchen Verhältnis drückt sich die gegenseitige Achtung von Selbständigkeit aus. Als autonome Subjekte kommen dabei im Völkerstrafrecht zunächst Staaten und Völker in Betracht, einzelne Individuen und Bevölkerungsgruppen sind aber als Mitkonstituenten mittelbar in den Schutzzusammenhang einbezogen. Auch Handlungen gegen sie können die internationale Rechtsgemeinschaft substantiell tangieren, sofern sie sich als partielle Negation des die Gemeinschaft tragenden Anerkennungsverhältnisses darstellen. Das die internationale Rechtsgemeinschaft tragende grundlegende Anerkennungsverhältnis zwischen den Staaten und den Völkern ist notwendige Voraussetzung für die angesprochene Möglichkeit zum Rechtsfrieden auf der Welt, geht diesem aber gedanklich voraus.

d) Bestimmung des Kernelements

Fragt man von dieser Basis ausgehend, worin das Kernelement der „Kriegsverbrechen“ gedacht werden kann, drängt sich zunächst das Verbrechen der Aggression auf, welches in das Rom-Statut nur vorbehaltlich einer noch ausstehenden Definition aufgenommen wurde. Die völkerrechtliche Selbständigkeit und Souveränität eines anderen Staates wird durch einen Angriffskrieg grundlegend verletzt, was die Möglichkeit von Gemeinschaft überhaupt tangiert. Stellt das „Verbrechen der Aggression“ damit den gedanklich ersten Schritt zur Erfassung von „Kriegsverbrechen“ überhaupt dar, so ist es ein großes Defizit des Rom-Statuts, dass dieser zentrale Tatbestand noch nicht näher bestimmt und als justiziabel aufgenommen wurde. Der gedanklich zweite Schritt, nämlich die Frage nach „Kriegsverbrechen“ innerhalb einer kriegerischen Auseinandersetzung setzt damit immer schon voraus, dass das Hineinzwingen in die kriegerische Auseinandersetzung grundsätzlich völkerstrafrechtlich geächtet ist, dass es aber einem Staat prinzipiell möglich sein muss, sich im Rahmen bestehender kriegerischer Auseinandersetzung angemessen verteidigen zu dürfen. Dieses Recht erinnert – freilich in Grenzen – an das interpersonale Notwehrrecht. Was im Rahmen solcher kriegerischen Auseinandersetzungen dann erlaubt und was völkerrechtlich verboten ist, regelt das Kriegsrecht. Für „Kriegsverbrechen“, die auf Verstößen gegen das Kriegsrecht aufbauen, ist fraglich, welche Verstöße gegen das Kriegsrecht so gravierend sind, dass sie universelles Völkerstrafunrecht sind.

60 *Köhler* (Fn. 43), S. 457 f.

61 *Gierhake* (Fn. 53), S. 264 f.

62 *Gierhake* (Fn. 53), S. 282.

63 *Gierhake* (Fn. 53), S. 273 f. (kursive Hervorhebungen im Original).

64 *Gierhake* (Fn. 53), S. 285.

Entsprechend den entwickelten Erkenntnissen geht es um Handlungen, die das Verhältnis der wechselseitigen Anerkennung von Selbständigkeit, auf dem die internationale Rechtsgemeinschaft aufbaut, in grundlegender Weise verletzt. Vertiefend kann hier auf *Kant* verwiesen werden. Ihm zufolge sind „Verteidigungsmittel aller Art […] dem bekriegten Staat erlaubt, nur nicht solche, deren Gebrauch die Untertanen desselben, Staatsbürger zu sein, unfähig machen würde; denn alsdann machte er sich selbst zugleich unfähig, im Staatenverhältnisse nach dem Völkerrecht für eine Person zu gelten (die gleicher Rechte mit anderen teilhaftig wäre). Darunter gehört: […] sich solcher heimtückischer Mittel zu bedienen, die das Vertrauen, welches zur künftigen Gründung eines dauerhaften Friedens erforderlich ist, vernichten würden".[65]

Kant nennt hier verschiedene grundlegende Aspekte: Zum einen geht es trotz individueller Verantwortlichkeit als Anknüpfungspunkt immer um einen Zusammenhang mit staatlicher Kriegsführung, also um „die innere Verbindung zur Kriegsführung des Staates".[66] Andernfalls wäre mit der Tat keine Verletzung des die internationale Rechtsgemeinschaft tragenden Anerkennungsverhältnisses verbunden. Zutreffend kritisiert *Gierhake*, dass das Rom-Statut hinsichtlich dieser Notwendigkeit undeutlich bleibt.[67]

Das herausragende Argument bei *Kant* besteht m. E. darin, dass der Staat, bei der grundlegenden Missachtung von Rechten der Subjekte im Rahmen von kriegerischen Auseinandersetzungen, sich selbst aus dem Achtungsanspruch der internationalen Rechtsgemeinschaft herausnimmt. Damit ist eine grundlegende Perspektivenerweiterung verbunden.

e) Materielle Legitimation der Verwendung von Kindersoldaten als „Kriegsverbrechen"?

Besonders deutlich wird diese Perspektivenerweiterung bei der von Art. 8 erfassten Verwendung von Kindersoldaten. Systematisch erweist sich die Erfassung der Verwendung von Kindersoldaten zunächst als Fremdkörper. Zwar wird auch darauf abgestellt, dass von Kindersoldaten besondere Gefahren ausgehen sollen, vor allem aber geht es darum, die Kinder vor der rücksichtslosen Rekrutierung durch den eigenen Staat zu schützen. Kann aber universelles Strafunrecht auch bei einem Verhalten gegenüber eigenen Staatsbürgern angenommen werden? Stellt man ausschließlich darauf ab, ob „der Grundsatz negiert wird, jedenfalls die Möglichkeit eines künftigen Rechtsfriedens zwischen den Kriegführenden zu erhalten", so würde eine solche den Kriegsgegner kaum tangierende Handlung nicht erfasst werden. Bei *Kant* ist der Aspekt der Möglichkeit zum Frieden eingebettet in die Überlegung, ob sich der Staat bei der Kriegsführung Mittel bedient, die ihn im Staatenverhältnis „als Person", also als in die Rechtsgemeinschaft eingebundenes Völkerrechtssubjekt desavouieren. Gerade bei der Frage der Verwendung von Kindersoldaten zeigt sich die Tiefe der *kantischen* Begründung. Denn damit können auch elementare Verletzungen gegenüber eigenen Staatsbürgern erfasst werden. Dass dies in der Tat von *Kant* so gedacht ist, zeigt sich an seiner ausdrücklichen Bezugnahme auch auf Handlungen gegen die „eigenen Untertanen".[68] Auf diesen Aspekt lässt sich möglicherweise auch die Einbeziehung interner Konflikten stützen.

Letztlich geht es demnach darum, dass der Staat im Rahmen kriegerischer Auseinandersetzungen grundlegende Rechte der Staatsbürger, sei es die seiner eigenen oder die eines anderen Staates dergestalt missachtet, dass sich der Staat durch dieses Handeln als Völkerrechtssubjekt herabsetzt und sich selbst aus dem Anerkennungsverhältnis der internationalen Rechtsgemeinschaft herausnimmt. Als Konsequenz ist auch ein gemeinsamer Frieden aufgrund des beschädigten Anerkennungsverhältnisses dann nicht mehr möglich.

V. Schluss

Jahrzehntelange Bemühungen um die Kodifizierung des bislang überwiegend ungeschriebenen, gewohnheitsrechtlich verankerten Völkerstrafrechts und die Etablierung eines ständigen internationalen Gerichtshofs sind mit In-Kraft-Treten des Rom-Statuts zu einem vorläufigen Abschluss gelangt. Damit steht das Völkerstrafrecht nunmehr auf einer legitimationstheoretisch deutlich gefestigteren Basis. Dies ist eine historisch bedeutende Leistung.

Dennoch bleibt abzuwarten, ob es dem IStGH gelingen kann, die hochgesteckten Erwartungen zu erfüllen. Schwierigkeiten resultieren vor allem daraus, dass der Gerichtshof mangels eigener Ermittlungsorgane vollständig abhängig ist von der Bereitschaft der Staaten zu einer wirkungsvollen Zusammenarbeit. Er wird dabei immer wieder sowohl mit fehlenden rechtsstaatlichen Strukturen als auch mit rigiden Machtinteressen konfrontiert sein. Letzteres hat beispielsweise die Arbeit des *ad-hoc*-Tribunals für Ex-Jugoslawien behindert, da jahrelang kaum Bereitschaft bestand, mutmaßliche Täter auszuliefern. Auch die fehlende Unterstützung durch so wichtige Staaten wie die USA wiegt schwer. Aber auch dort, wo der Gerichtshof Zugriff auf mutmaßliche Täter hat, bleibt die Frage, ob es nicht möglicherweise nur zu punktuellen und damit tendenziell ungerechten Bestrafungen kommen wird. Eine Frage, die sich gerade auch hinsichtlich des Verfahrens gegen *Thomas Lubanga Dyilo* stellt. Denn

65 *Immanuel Kant*, Metaphysik der Sitten, A 222 A 223 B 252 B 253 (Ergänzung in Klammern im Original).

66 Siehe *Gierhake* (Fn. 53), S. 274, 285 mit Fn. 819.

67 *Gierhake* (Fn. 53), S. 285, Fn. 819.

68 *Kant* (Fn. 65), A 222 A 223 B 252 B 253: „[…] seine eigenen Untertanen zu Spionen, diese, ja auch Auswärtige zu Meuchelmördern, Giftmischern (in welche Klasse auch wohl die so genannten Scharfschützen, welche einzelnen im Hinterhalt auflauern, gehören möchten), oder auch nur zur Verbreitung falscher Nachrichten, zu gebrauchen".

während er vor dem IStGH zur Verantwortung gezogen wird,[69] tragen andere, wie beispielsweise Ex-Vizepräsident *Bemba*, der mit „Verbrechen gegen die Menschlichkeit" in der Republik Kongo in Zusammenhang gebracht wird, als Senator zum Teil Regierungsverantwortung.[70] Nicht zuletzt werden sich mit der Aufnahme der praktischen Tätigkeit viele neue Probleme ergeben.

Das Rom-Statut gibt damit Anlass, sich zukünftig noch intensiver mit den unterschiedlichen Aspekten des Völkerstrafrechts zu befassen. Dabei sollte neben der Befassung mit dem Prozessgeschehen und den mit Sicherheit neu entstehenden Anwendungsproblemen aber gerade auch die Auseinandersetzung mit grundlegenden Begründungsfragen nicht zu kurz kommen.

69 Inzwischen wird mit „Case: The Prosecutor v. German Katanga" (ICC-01/04-01/07) ein weiteres, die Situation in der Republik Kongo betreffendes Verfahren geführt (http://www.icc-cpi.int./cases.html, abgerufen am 23.01.08).

70 Siehe hierzu *Lars Büngener*, Eine Zwischenbilanz Fünf Jahre Internationaler Strafgerichtshof, W&F 2007, 23 (25 f.).