

Menschengerichtes Strafrecht

FESTSCHRIFT FÜR

ALBIN ESER

ZUM 70. GEBURTSTAG

BT

KAI AMBOS

Strafrecht und Krieg: strafbare Beteiligung der Bundesregierung am Irak-Krieg?^{*}

Teil I
I. 1. 1
§ 3-9

Albin Eser hat den Blick von den rein dogmatischen Problemen des Straf- und Strafprozessrechts immer wieder auf die aktuellen kriminalpolitischen Fragestellungen unserer Zeit gerichtet. Als Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht hat er sich zunehmend „menschenrechtlichen“ Themen gewidmet, sei es, dass er sich vehement für eine menschengerechte Strafjustiz,¹ die Verfolgung schwerer Menschenrechtsverletzungen² oder den neuen internationalen Strafgerichtshof (IStGH)³ eingesetzt oder dass er zahlreiche Projekte zur Situation der Menschenrechte und der Strafjustiz in Lateinamerika nach Kräften gefördert hat.⁴ Eser hat aber auch praktisch in diesen Bereichen gewirkt, so als Mitinitiator eines Alternativentwurfs einer IStGH-Satzung⁵ oder als Mitverfasser der „Freiburg Deklaration zur Stellung der Staatsanwaltschaft eines ständigen Internationalen Strafgerichtshofs“.⁶ Der vorläufige Höhepunkt dieser Aktivitäten war ohne Zweifel Esers Wahl zum *ad-litem*-Richter⁷ an den UN-Jugoslawiengerichtshof, bei der er schon im ersten Wahl-

^{*} Ich danke Herrn Dipl.jur. Dennis Miller (Göttingen/Hannover) für wertvolle Hilfe.

¹ Vgl. „Menschengerechte Strafjustiz im Zeitalter von Europäisierung und Globalisierung“, FS Walros, 2002, S. 169; u. a. spanisch in: Universidad Nacional de Educación a Distancia (Hrsg.), *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, 2001, S. 15.

² Vgl. etwa „Harmonisierte Universalität nationaler Strafgewalt: ein Desiderat internationaler Komplementarität bei Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen“, FS Trechsel, 2002, S. 219.

³ Vgl. etwa „Auf dem Weg zu einem Internationalen Strafgerichtshof“, FS Spinellis, 2001, S. 339.

⁴ Der Verf. konnte dank Esers tatkräftiger Unterstützung zwischen 1992 und 2003 vier Forschungsprojekte am Max-Planck-Institut abschließen, vgl. *Ambos, Strafflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen*, 1997; *Ambos/Maier/Woischnik* (Hrsg.), *Las reformas procesales penales en América Latina*, 2000; *Ambos/Gómez Colomer/Vogler* (Hrsg.), *La policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos*, 2003; *Ambos/Malarino* (Hrsg.), *La persecución penal de crímenes internacionales en América Latina y España*, 2003.

⁵ Association Internationale de Droit Pénal (AIDP)/International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences (ISISC)/Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law (MPI), *Draft Statute for an International Criminal Court – Alternative to the ILC Draft (Siracusa-Draft)*, prepared by a Committee of Experts, Siracusa/Freiburg i.Br., July 1995 („Siracusa Draft I“); dies., 1994 ILC Draft Statute for an International Criminal Court with suggested modifications (updated Siracusa-Draft), prepared by a Committee of Experts, Siracusa/Freiburg i.Br./Chicago, 15 March 1996 („Siracusa Draft II“). Dazu auch *Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2004, S. 476, 483 ff.

⁶ Vgl. *Arbour: Eser/Ambos/Sanders* (eds.), *The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court*, 2000, S. 667 ff. (in Englisch, Französisch, Spanisch und Deutsch).

⁷ *Ad-litem*-Richter werden auf vier Jahre gewählt und dann vom Präsidenten des ICTY nach Bedarf in bestimmten Verfahren mit den gleichen Befugnissen wie die ständigen Richter eingesetzt (vgl. Art. 13 *ter* und *quater* ICTY-Statut. www.un.org/icty).

gang die notwendige Zustimmung durch die UN-Generalversammlung erhielt.⁸ Auch die mit dem Irak-Krieg zusammenhängenden rechtlichen Fragen waren und sind dem Jubilar ein Herzensanliegen, so dass sich der Verfasser dieser Zeilen seines besonderen Interesses an dem folgenden Beitrag gewiss sein kann. So sei also dieser Beitrag Albin Eser mit den besten Wünschen zugeeignet!

Einführung

Der Generalbundesanwalt (GBA) beim Bundesgerichtshof hat am 21. März 2003 den Anfangsverdacht einer Tat der Bundesregierung wegen Beteiligung am Irak-Krieg gemäß § 80 StGB⁹ verneint.¹⁰ Konkret ging es um die Gewährung von Nutzungs-, Überflug- und Transportrechten an die USA und die Beteiligung deutscher Soldaten an AWACS-Flügen der NATO über der Türkei. § 80 ist mit diesem Beschluss aus dem Schattendasein bloß symbolischen Strafrechts¹¹ herausgetreten und dürfte sich auch in Zukunft – angesichts des wachsenden militärischen Engagements Deutschlands im Rahmen internationaler Konflikte – nicht nur literarischer Beliebtheit erfreuen. Als erster hat *Krefß* eine umfassende und innovative völker- und nationalstrafrechtliche Untersuchung vorgelegt,¹² mit der vor allem die zum Verständnis des § 80 grundlegenden völkerstrafrechtlichen Fragen nahezu erschöpfend behandelt wurden. An dieser Stelle soll es deshalb vorwiegend um die durch § 80 aufgeworfenen Fragen der Beteiligungslehre gehen, und zwar insbesondere im Hinblick auf die durch die Bundesrepublik geleiteten Unterstützungsmaßnahmen, wobei freilich die völkerstrafrechtliche Verwurzelung des § 80 eine völkerstrafrechtliche Grundlegung unentbehrlich macht. Dabei ist zunächst zwischen einer Beteiligung im Makro- und Mikrobereich zu unterscheiden (unten I.) und anhand dieser Dichotomie die völkerrechtliche und innerstaatliche Strafbarkeit wegen der genannten Unterstützungsmaßnahmen zu prüfen (II. und III.).

I. Beteiligung im Makro- und Mikrobereich

Um der „Doppelnatur der Aggression als sowohl zwischenstaatliches als auch individualrechtliches Phänomen“¹³ ausreichend Rechnung tragen zu können, bietet es sich

⁸ Eser erhielt in der Wahl am 12. Juni 2001 schon in der ersten Abstimmungsrunde 129 von 171 gültigen Stimmen. Seine Amtszeit läuft bis 11. Juni 2005. Bis dato (1. 7. 04) konnte er jedoch noch in keinem Verfahren tätig werden.

⁹ Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

¹⁰ Pressemitteilung vom 21. März 2003; samt vollständiger Begründung abgedruckt in JZ 2003, 908 mit Anm. *Krefß*.

¹¹ LK-*Laufhütte*, 11. Aufl., § 80 Vor Rn. 1; Schönke/Schröder-*Stree/Sternberg-Lieben*, 26. Aufl., § 80 Rn. 1. – NK-*Paeffgen* § 80 Rn. 2 m. w. N. weist auf die geringe praktische Bedeutung der Vorschrift hin.

¹² ZStW 115 (2003), 294. Die Anm. in JZ 2003, 911 stellt im Wesentlichen eine Kurzfassung der Ausführungen in ZStW 115 (2003), 294, 334ff. dar; so dass hier grundsätzlich nur der zuletzt genannte Beitrag zitiert wird.

¹³ *Hummrich*, Der völkerrechtliche Straftatbestand der Aggression, 2001, S. 149.

an, zwischen zwei Ebenen der Beteiligung zu differenzieren: Einerseits kann im Rahmen der hier sog. *Beteiligung im Makrobereich* ein Staat Beteiligter eines Angriffskrieges sein, d. h. entweder – gleichsam als Täter – einen *eigenen* Angriffskrieg führen oder – gleichsam als Teilnehmer – zu einem *fremden* Angriffskrieg Hilfe leisten bzw. anstiften. Wir können insoweit auch von der Ebene der *staatlichen* Beteiligung sprechen. Ob der Begriff der Beteiligung nur die „aktive“ Beteiligung als Angreifer („Täterstaat“) und nicht auch die „passive“ als Angegriffener („Opferstaat“) einschließt, kann an dieser Stelle noch offen bleiben (vgl. u. III. 1.). Andererseits können im Rahmen der hier sog. *Beteiligung im Mikrobereich* die Angehörigen eines Krieg führenden bzw. einen fremden Krieg unterstützenden Staates Täter oder Teilnehmer des jeweiligen Delikts sein, wobei zunächst unerheblich ist, ob dabei schon das Vorbereiten oder erst das Auslösen des Angriffskrieges bestraft wird. Insoweit können wir auch von der Ebene *individueller* Beteiligung sprechen.

Insgesamt sind also – bei Annahme „aktiver“ Beteiligung – vier *individualstrafrechtlich* relevante Konstellationen denkbar:

- individuelle Täterschaft im „Täterstaat“;
- individuelle Teilnahme im „Täterstaat“
- individuelle Täterschaft im „Gehilfenstaat“ und
- individuelle Teilnahme im „Gehilfenstaat“

Erkennt man überdies die Möglichkeit „passiver“ Beteiligung an, ist zwar grundsätzlich auch die Situation einer (individuellen) Beteiligung im „Opferstaat“ denkbar, doch käme eine Strafbarkeit nur bei (individueller) Beteiligung am Angriffskrieg des Täter- oder Gehilfenstaates – vom Boden des Opferstaates aus – in Betracht. Beispielhaft: Wird die Bundesrepublik von einem Staat angegriffen, so kommt eine individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen Beteiligung an einem Angriffskrieg nur für diejenigen in Betracht, die auf Seiten dieses Täterstaates handeln. Diejenigen, die auf Seiten der Bundesrepublik als Beteiligte des Opferstaates tätig werden, nehmen nur das abgeleitete Selbstverteidigungsrecht gemäß Art. 51 UN-Satzung wahr. Beteiligungsrechtlich ergeben sich also bei dieser Konstellation keine neuen Probleme, schon deshalb bedarf also die passive Beteiligung keiner gesonderten Betrachtung.¹⁴

II. Völkerstrafrechtliche Grundlagen

1. Zur Strafbarkeit des „Angriffskriegs“

Überlegungen zur Beteiligung am Angriffskrieg setzen zunächst Klarheit über den Bezugsgegenstand der Beteiligung, scil. den *Begriff des Angriffskriegs* bzw. der synonym verwendeten *Aggression* voraus. Dass es sich dabei um einen völkerstrafrechtlichen Be-

¹⁴ Zur strafenwendungsrechtlichen Problematik bei Handeln vom Ausland aus (§ 5 Nr. 1) vgl. *Kreß*, ZStW 115 (2003), 294, 343 f.

griff handelt,¹⁵ sollte gerade in Deutschland keiner besonderen Begründung bedürfen, wenngleich es doch immerhin einige grundlegende Ausführungen völkerstrafrechtlicher Art notwendig macht.

Ist die völkerrechtliche Strafbarkeit des Angriffskriegs im Grundsatz seit Nürnberg unbestritten¹⁶ und durch Art. 5 Abs. 1 (d) IStGH-Statut¹⁷ bekräftigt worden, so besteht über die genauen Konturen eines Straftatbestands der Aggression keine Einigkeit. Die aufgrund Art. 5 Abs. 2 IStGH-Statut tätige Arbeitsgruppe der IStGH-Vorbereitungskommission (*Preparatory Commission – PrepCom*) bzw. nun der Staatenversammlung (*Assembly of State Parties – ASP*) hat bislang zwar zahlreiche Vorschläge erarbeitet, aber noch keine konsensfähige Definition vorgelegt.¹⁸ Entsprechend der völkerstrafrechtlich wichtigen Unterscheidung zwischen völkerrechtlichem Verbot und völkerrechtlicher Strafbarkeit ist beim Angriffskrieg zwischen völkerrechtswidrigen Angriffshandlungen (*acts of aggression*) und völkerstrafrechtlichem Angriffskrieg (*war of aggression*) bzw. Angriffsverbrechen (*crime of aggression*) zu unterscheiden. Dabei bedeuten die völkerrechtswidrigen Angriffshandlungen, wie sie sich im Anhang zur berühmten Resolution 3314 (XXIX) der UN-Generalversammlung finden,¹⁹ nicht in jedem Fall das Vorliegen eines strafbaren Angriffskriegs bzw. -verbrechens.²⁰ Das ergibt sich schon daraus, dass Art. 5 (2) der Resolution 3314 den „war of aggression“ gesondert als „crime

¹⁵ Vgl. Hummrich, aaO. Fn. 13, S. 86 ff.; Kreß, ZStW 115 (2003), 294, 307 ff.; LK-Laurhütte, 11. Aufl., § 80 Rn. 2. Vgl. auch GBA JZ 2003, 908, 909 f. a. A. insoweit Müller, Die Pönalisierung des Angriffskrieges im GG und StGB der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Heidelberg 1970, S. 64 f., 83 ff., insbes. 89, der den Begriff des Angriffskrieges allein aus Art. 26 Abs. 1 GG bestimmt.

¹⁶ Vgl. Werle, Völkerstrafrecht, 2003, Rn. 1150 ff. (1154, 1156); Cassese, International Criminal Law, 2003, S. 113 (unter Bezugnahme auf das Urteil des IGH im Nicaragua-Fall); Kreß, ZStW 115 (2003), 294, 295 ff.; Müller-Schieke, Leiden Journal of International Law (LJIL) 14 (2001), 409, 414 f., 428; Gaja, in: Cassese/Gaeta/Jones (eds.), The Rome Statute of the ICC, vol. I, 2002, 427, 431; Griffiths, International Criminal Law Review (Int. Cr. L. Rev.) 2 (2002), 301, 303 ff.; dagegen widerspricht die Stellungnahme der U. S. Delegation beim PrepCom in AJIL 95 (2001), 400 der Auffassung, dass die Resol. 3314 Ausdruck von Völkergewohnheitsrecht war oder ist; krit. dazu Cassese, aaO. Noch weiter gehend streitet Romeberg, Der Tatbestand des Verbrechens gegen den Frieden, Diss. Würzburg 1998, S. 202, ab, dass es überhaupt eine völkergewohnheitsrechtliche Strafbarkeit der Aggression gebe. Schuster, Criminal Law Forum (C.L.F.) 14 (2003), 1, 50 f., plädiert für die Streichung der Aggression aus dem Rom-Statut.

¹⁷ Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH) vom 17. Juli 1998, BGBl. 2000 II 1394.

¹⁸ Zum Stand der Verhandlungen und der Vorschläge der „Working Group on the Crime of Aggression“ vgl. das „Discussion paper proposed by the Coordinator“, in: Report der PrepCom v. 24. Juli 2002 (Addendum. Part. II. Proposals for a provision on the crime of aggression, UN-Doc. PCNICC/2002/2/Add.2) sowie www.un.org/law/icc/documents/aggression/aggressiondocs.htm; auch abgedruckt bei Clark, LJIL 15 (2002), 859, 887 ff. Vgl. auch <http://www.icc-cpi.int/library/basicdocuments/ICCASP2.EN.pdf>, S. 9, 234. Zur völkerrechtlichen Diskussion und Entwicklung vgl. auch Britha, Die Definition der Aggression, 1980; Romeberg, aaO. Fn. 16; Hummrich, aaO. Fn. 13. Zu den laufenden Verhandlungen instruktiv Clark, aaO.; Westdickenberg/Fixson, in: Frowein/Scharioth/Winkelmann/Wolfrium (Hrsg.), Verhandeln für den Frieden, 2003, S. 483 ff.; Schuster, C.L.F. 14 (2003), 1 ff.; Politi/Nesi (eds.), The ICC and the crime of aggression, 2004.

¹⁹ 14. Dezember 1974, U. N. GAOR, 29th session, supplement 31, S. 142 ff.; dt. Fassung z. B. bei AK-Sonnen § 80 Rn. 17.

²⁰ Vgl. Britha, aaO. Fn. 18, S. 127 f.; Hummrich, aaO. Fn. 13, S. 87 f.; Triffterer/Zimmermann, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 1999, Art. 5 Rn. 19; Westdickenberg/Fixson, aaO. Fn. 18, 483, 485 f., 490; Werle, aaO. Fn. 16, Rn. 1164; Müller-Schieke, LJIL 14 (2001), 409, 417 f.; Griffiths, Int. Cr. L. Rev. 2 (2002), 301, 362.

against international peace“ definiert,²¹ womit ein Unterschied zu (bloßen) Angriffshandlungen, die nur zu deliktsvölkerrechtlicher Verantwortung führen, markiert werden sollte. Völkerrechtliche Strafbarkeit setzt demnach eine *Qualifikation der Angriffshandlung* voraus. So verlangt die genannte IStGH-Arbeitsgruppe eine Angriffshandlung, die „by its character, gravity and scale, constitutes a *flagrant violation of the Charter of the United Nations*.“²² Dem folgt die wohl überwiegende Ansicht in der Literatur, wenn dort die Überschreitung einer gewissen Gewaltschwelle („threshold“), sei es durch eine flagrante bzw. eindeutige Verletzung des völkerrechtlichen Gewaltverbots,²³ ein bestimmtes Ausmaß und eine bestimmte Intensität der Gewaltakte²⁴ oder mehr als nur „de minimis“ Gewaltanwendung²⁵ verlangt wird. Versucht man die darin liegende objektive Restringierung des Tatbestandes zu konkretisieren, so geht es darum, die die erforderliche Gewaltschwelle erreichenden oder sogar überschreitenden *Angriffshandlungen* von darunter liegenden, bloß *feindseligen Handlungen* abzugrenzen. Abstrakte Kriterien werden hier schwer zu finden sein, aber man kann immerhin sagen, dass *Handlungen vorbereitender Art* (etwa Zusammenziehen der Truppen an der Grenze, Aufrüstung) oder nur von geringer Intensität (etwa kleinere Grenzscharmützel, gelegentliche Übergriffe auf fremdes Hoheitsgebiet zur Verfolgung von Aufständischen) keinen strafbaren Angriffskrieg darstellen.²⁶ Die Strafbarkeit von *Vorbereitungshandlungen* ist im Übrigen auch völkergewohnheitsrechtlich nicht anerkannt, jedenfalls wenn es nicht einmal zu einem Versuch eines Angriffskriegs kommt.²⁷ Die von der IStGH-Arbeitsgruppe vorgeschlagene Strafbarkeit wegen Beteiligung an der „Planung“ (planning) und „Vorbereitung“ (preparation) einer (qualifizierten) Angriffshandlung²⁸ setzt damit voraus, dass die Aggression mindestens ins Versuchsstadium gelangt ist.

Eine weitere objektive Restringierung des Tatbestands ergibt sich, wenn man die Aggression als „*state crime*“ im klassischen Sinne versteht, also einen internationalen bewaffneten Konflikt verlangt, bei dem ein Staat einen anderen angreift.²⁹ Damit würden innerstaatliche Aggressionshandlungen, etwa gegen bestimmte ethnische Gruppen, ebenso aus dem Tatbestand herausfallen wie Aggressionshandlungen nicht-staatlicher Akteure. Wird man diese Tatbestandsbegrenzung aus völkergewohnheitsrechtlicher Sicht wohl kaum bestreiten können, so ist es eine andere Frage, ob sie sachgerecht ist. Das kann hier nicht vertieft werden.

²¹ Zu diesem Begriff auch Müller-Schieke, LJIL 14 (2001), 409, 418 f.; krit. Clark, LJIL 15 (2002), 859, 878, der ihn für ein „unhelpful concept“ hält.

²² Discussion paper, aaO. Fn. 18, Nr. 1 (Herv. d. Verf.).

²³ Kreß, ZStW 115 (2003), 294, 299, 302 ff. (306); Clark, LJIL 15 (2002), 859, 876 f.; Hummrich, aaO. Fn. 13, S. 217 f. Vgl. auch GBA JZ 2003, 908, 911: „evidente Verletzung des Gewaltverbots“.

²⁴ Werle, aaO. Fn. 16, Rn. 1162.

²⁵ Griffiths, Int. Cr. L. Rev. 2 (2002), 301, 319 f., 366, 372: „use of force which is more than de minimis ...“

²⁶ Ähnlich Werle, aaO. Fn. 16, Rn. 1156, 1164; Cassese, aaO. Fn. 16, S. 114; Griffiths, Int. Cr. L. Rev. 2 (2002), 301, 319 f.

²⁷ Cassese, aaO. Fn. 16, S. 114; Kreß, ZStW 115 (2003), 294, 298.

²⁸ Discussion paper, aaO. Fn. 18, Nr. 1.

²⁹ Müller-Schieke, LJIL 14 (2001), 409, 420.

B
Teil I
11
... 7
I 13
§ 3-9

Schwieriger und umstrittener ist die Frage, ob der Tatbestand einer weiteren Restringierung im Hinblick auf einen bestimmten *Täterfolg* oder eine bestimmte *Zielsetzung* der Täter bedarf. Die IStGH-Arbeitsgruppe schlägt insoweit vor, dass die Angriffshandlung die Besetzung oder Annexion des angegriffenen Staates zum Ziel oder Erfolg haben müsse.³⁰ Damit werden zum einen objektive und subjektive Voraussetzungen der Strafbarkeit – einerseits Erfolg, andererseits Ziel – vermengt. Zum anderen wird auf das traditionelle, auf Nürnberg und Tokyo beruhende Verständnis des Angriffskriegs als Okkupations- oder Annexionskrieg rekurriert.³¹ In der Literatur wird dieser Vorschlag im Sinne eines „überschießenden“ und „aggressiven Gesamtziels“ aufgegriffen.³² Es ist jedoch höchst fraglich, ob die Beschränkung auf Besetzung und Annexion als Hauptziele eines Angriffskrieges sachgerecht ist oder damit nicht vielmehr strafwürdige Fälle von der Strafbarkeit ausgenommen werden. Auch verträgt sich eine solche „Subjektivierung“ des Tatbestands nicht ohne Weiteres mit der ganz überwiegenden Ansicht, dass eine „Absicht im technischen Sinne“ nicht erforderlich, sondern allgemeiner Vorsatz ausreichend sei.³³ Wir kommen auf beide Fragen zurück (unten 4.).

Die beschriebene völkerstrafrechtliche Rechtslage macht verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf das *Bestimmtheitsgebot* verständlich. Die fortschreitende Konkretisierung des Tatbestands zeigt aber auch, dass die Beurteilung des Begriffs „Angriffskrieg“ als verfassungswidrig³⁴ – nicht zuletzt auch angesichts der generellen Relativierung des Erfordernisses der Bestimmtheit hin zu einer Bestimmbarkeit³⁵ – zu weit geht. Zutreffend wird dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit denn auch von der *üwM* unter Beschränkung der Strafbarkeit auf eindeutige Fälle widersprochen.³⁶ All dies ändert freilich nichts daran, dass die *Crux* eines jeden Straftatbestandes zum Angriffskrieg die fehlende völkerstrafrechtliche Definition des Begriffes selbst ist. Die

³⁰ Discussion paper, aaO. Fn. 18, Nr. 1, options 1 und 2: „... object or result of establishing a military occupation of, or annexing, the territory of another State or part thereof.“

³¹ *Kreß*, ZStW 115 (2003), 294, 303; *Werle*, aaO. Fn. 16, Rn. 1159.

³² *Kreß*, ZStW 115 (2003), 294, 304 ff. (306 f.); *Werle*, aaO. Fn. 16, Rn. 1159 ff.

³³ *Werle*, aaO. Fn. 16, Rn. 1170. Vgl. auch *Clark*, LJIL 15 (2002), 859, 874; *Griffiths*, Int.Cr.L.Rev. 2 (2002), 301, 369 f.; *Cassese*, aaO. Fn. 16, S. 115 f.; *Kreß*, ZStW 115 (2003), 294, 312; *Müller-Schieke*, LJIL 14 (2001), 409, 420 f.; a. A. *Hummrich*, aaO. Fn. 13, S. 218 f.

³⁴ So *NK-Paeffgen* § 80 Rn. 13; früher schon *Schroeder*, JZ 1969, 41, 47, der mit der Resolution 3314 seine Ansicht aber geändert hat, vgl. *Mautach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT, Tb. 2, § 90 Rn. 2. Nach *Steinhilber*, Der Straftatbestand des Friedensverrats (§ 80 StGB) und die Erfordernisse des Bestimmtheitsgrundsatzes (Art. 103 Abs. 2 GG), Diss. Köln 1969, S. 124 ff., 129, befindet sich die Norm „an der untersten Grenze dessen.., was verfassungsrechtlich gerade noch vertretbar ist“. Krit. auch *Müller*, aaO. Fn. 5, S. 85 ff. (89), der die Frage aber letztlich offen lässt, weil er den Begriff verfassungsrechtlich bestimmen will. Offen lassend auch *Hummrich*, aaO. Fn. 13, S. 89, der im Übrigen in der Resol. 3314 keine große Hilfe sieht (S. 87 ff.). *Kreß*, ZStW 115 (2003), 294, 313 will die Frage durch „verfassungsrichterliche Dezision“ klären lassen.

³⁵ Vgl. *Roxin*, AT I, 3. Aufl. 1997, § 5 Rn. 67 ff.; zur Rspr. des Europ. Gerichtshofs für Menschenrechte im Zusammenhang mit Art. 7 EMRK vgl. insoweit *Ambos*, KritV 2003, 31, 39 f.

³⁶ *Schönke/Schröder-Ströe/Sternberg-Lieben*, 26. Aufl., § 80 Rn. 4; *AK-Sonnen* § 80 Rn. 18; *Lackner/Kühl*, 24. Aufl., § 80 Rn. 2; *LK-Laufhütte*, 11. Aufl., § 80 Rn. 2; *SK-Rudolph*, 6. Aufl., § 80 Rn. 3; *Werle*, aaO. Fn. 16, Rn. 1180. Für die Bestimmtheit zumindest des „Begriffskerns“ *Klug*, in: *Baumann*, Mißlingt die Strafrechtsreform?, 1969, S. 165.

nationalstrafrechtliche Kodifikation wird so zum *Blanketttatbestand*, der zudem *völkerstrafrechtsakzessorisch*³⁷ ist, also von der Dynamik der völkerstrafrechtlichen Entwicklung abhängt.

2. Beteiligung im „Mikrobereich“

Im Mikrobereich *individueller* Beteiligung ist heute anerkannt, dass es sich beim Angriffskrieg um ein *Führungsverbrechen* handelt,³⁸ dass also dieses Delikt nur durch die politischen oder militärischen Funktionsebenen, die Mitglieder des engeren Führungskreises begangen werden kann. Dabei kommt es darauf an, dass der Täter in einer Stellung ist, in der er *tatsächlich* („effectively“) in der Lage ist, „to exercise control over or to direct the political or military action of a State ...“³⁹ Es kommt also nicht auf seine formale Stellung als Regierungsmitglied an, woraus wiederum folgt, dass grundsätzlich auch die wirtschaftlichen Funktionsebenen Täter sein können.⁴⁰

Eine andere und bislang ungeklärte Frage, nämlich ob sich aus der Beschränkung des Täterkreises ein „umfassender *Sonderdeliktcharakter*“⁴¹ des Angriffskriegs ergibt und daraus ein Vorrang des Besonderen Teils und die Unanwendbarkeit der allgemeinen Teilnahmevorschrift des Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut folgt,⁴² so dass Beteiligte der mittleren oder unteren Ebene als Extranei nicht strafbar sind, und zwar in letzter Konsequenz nicht einmal als Gehilfen eines Angriffskriegs,⁴³ ist schon in Nürnberg und Tokio kontrovers diskutiert worden.⁴⁴

Der *Internationale Militärgerichtshof* (IMG) von Nürnberg hielt die „Mitarbeit“ am Hitlerschen Plan des Angriffskrieges bei Kenntnis seiner Ziele für strafbar.⁴⁵ Er hat dabei

³⁷ Die Bezeichnung von *NK-Paefgen* § 80 Rn. 12 als „UN-Resolutions-akzessorischer Begriff“ ist etwas ungenau, geht es doch um die Definitionshoheit des UN-Sicherheitsrats. Solange dieser aber irgendeinen tatbestandsrelevanten Einfluss ausübt, etwa im Hinblick auf die Zurechnung einer Aggressionshandlung zu einem bestimmten Staat (vgl. Art. 23 (2) des Draft Statute der International Law Commission [ILC] for an International Criminal Court [ICC], Report of the ILC on the work of its forty-sixth session, S. 43 ff.) oder im Hinblick auf die Feststellung einer Aggressionshandlung (Discussion Paper, aaO. Fn. 18, Nr. 5), wird man in der Tat auch von einem Sicherheitsrats-akzessorischen Begriff sprechen müssen. Vgl. auch *Hummrich*, aaO. Fn. 13, S. 222 ff.; *Müller-Schieke*, LJIL 14 (2001), 409, 421 ff.; *Clark*, LJIL 15 (2002), 859, 869 ff.; *Werle*, aaO. Fn. 16, Rn. 1177 f.; *Griffiths*, Int. Cr. L. Rev. 2 (2002), 301, 310 ff.; *Gaja*, aaO. Fn. 16, 427, 432 ff.

³⁸ *Westdickenberg/Fixson*, aaO. Fn. 18, 483, 503 ff. m. w. N.; *Kreß*, ZStW 115 (2003), 294, 334; *Werle*, aaO. Fn. 16, Rn. 1165; *Müller-Schieke*, LJIL 14 (2001), 409, 419 f.; *Clark*, LJIL 15 (2002), 859, 873; *Schuster*, C.L.F. 14 (2003), 1, 21; früher schon *Dahm*, Völkerrecht, Bd. 3, 1961, S. 306.

³⁹ Vgl. Discussion paper, aaO. Fn. 18, Nr. 1.

⁴⁰ So überzeugend *Clark*, LJIL 15 (2002), 859, 873 f. mit Fn. 51.

⁴¹ *Kreß*, ZStW 115 (2003), 294, 336.

⁴² So Discussion paper, aaO. Fn. 18, Nr. 3; zust. *Clark*, LJIL 15 (2002), 859, 884.

⁴³ *Kreß*, ZStW 115 (2003), 294, 336 f.; in der Konsequenz auch *Westdickenberg/Fixson*, aaO. Fn. 18, 483, 505; offen lassend *Lögel*, ZStW 114 (2002), 403, 424; ähnlich für die Unanwendbarkeit von Art. 25 IStGH-Statut und eine ausschließlich täterschaftliche Begleichung *Hummrich*, aaO. Fn. 13, S. 214; für eine Strafbarkeit mit kriminalpolitischer Begründung *Triffiterer*, in *Hankel/Stuby* (Hrsg.), Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen, 1995, S. 169, 231 f.

⁴⁴ Vgl. die Nachweise bei *Ambos*, AT, aaO. Fn. 5, S. 92, 136 ff.

⁴⁵ IMG, Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher, 1947, Band I, S. 189 (252 f.).

den möglichen Täterkreis nicht a limine auf die angeklagten Hauptkriegsverbrecher begrenzt, sondern allgemein von „Staatsmännern, militärischen Führern, Diplomaten und Geschäftsleuten“ gesprochen.⁴⁶ Eine Beschränkung der Strafbarkeit auf die unmittelbare (NS-)Führungsebene lässt sich also aus dem Urteil im Hauptkriegsverbrecherprozess nicht ableiten, zumal man Zweifel anmelden kann, ob die „Hauptkriegsverbrecher“ selbst alle zu dieser Führungsebene gehörten.⁴⁷ In den zwölf Nürnberger Nachfolgeverfahren ging es zwar in der Regel um wichtige Personen der NS-Diktatur, doch gehörten diese keineswegs alle dem engeren Führungszirkel Hitlers an (man denke etwa an die im Juristenprozess angeklagten Beamten des Reichsjustizministeriums). Im Übrigen wurden die Voraussetzungen einer Strafbarkeit wegen eines Angriffskrieges als aktive und tätige Beteiligung, Teilnahme, Förderung usw. sehr weit gefasst.⁴⁸

Der *internationale Militärgerichtshof für den Fernen Osten* (Tokio-Tribunal) hat eine Verurteilung wegen einer Verschwörung („conspiracy“) zur Durchführung eines Angriffskrieges von der (objektiven) Möglichkeit der Beteiligung an der Planung und der (subjektiven) Kenntnis von den Angriffsplänen abhängig gemacht.⁴⁹ Es hat dabei zwar auf die Position und Funktion des Angeklagten abgestellt, eine Führungsposition jedoch eher zu der Begründung einer aktiven Verhinderungspflicht aufgrund einer Garantstellung als zu einer a-limine-Beschränkung des Täterkreises benutzt, zumal das „policy-level“ nicht deutlich von der mittleren Beamtenebene abgegrenzt wurde. Obiter wurde sogar die Frage einer Strafbarkeit einfacher Soldaten wegen Beteiligung am Angriffskrieg kontrovers diskutiert. Während Gerichtspräsident *Webb* für die Strafbarkeit aller Beteiligten – „no matter how high or low the rank or status“ – plädierte,⁵⁰ sprach sich Richter *Röling* dezidiert dagegen aus.⁵¹

Eine genaue Analyse der völkerstrafrechtlichen Präzedenzfälle trägt damit *nicht* ohne Weiteres den vor allem von *Kreß*⁵² gezogenen Schluss auf eine Straflosigkeit der Beteiligten, die nicht der Führungsebene angehören. Sie lässt vielmehr den gegenteiligen Schluss zu, dass nämlich auch weitere Personen einen völkerstrafrechtlich relevanten Tatbeitrag zu einem Angriffskrieg leisten können. Genau genommen geht die überkommene völkerstrafrechtliche Charakterisierung des Angriffskrieges als Führungsverbrechen – damals wie heute – auf die Problematik einer Teilnahmehaftung i. S. d. Differenzierungsmodells überhaupt nicht ein, weil sie auf der täterzentrierten Beteiligungslehre des Einheitstätermodells beruht.⁵³ Daran hat sich mit der Anerkennung der funktionellen Einheitstäterschaft in Art. 25 IStGH-Statut⁵⁴ nichts geändert, weil diese Vorschrift auf den Aggressionstatbestand gar keine Anwendung finden soll.

⁴⁶ Ebd., S. 252.

⁴⁷ Vgl. zu Rolle und Funktion der Angeklagten im NS-System ebd., S. 314 ff.

⁴⁸ Nachweise bei *Ambos*, AT, aaO. Fn. 5, S. 92; eine Liste der Verfahren findet sich ebd., S. 878.

⁴⁹ Vgl. zum Folgenden *Ambos*, AT, aaO. Fn. 5, S. 137 f.

⁵⁰ Sondervotum in: *Röling/Rüter* (Hrsg.), Tokyo Judgment Band I, 1977, S. 469 (475).

⁵¹ Sondervotum in: *Röling/Rüter* (Hrsg.), Tokyo Judgment Band II, 1977, S. 1041 (1117): „No soldier who merely executed government policy should be regarded as a criminal, as guilty of the crime against peace.“

⁵² O. Fn. 43.

⁵³ *Ambos*, AT, aaO. Fn. 5, S. 362 und *passim*.

⁵⁴ Vgl. *Ambos*, AT, aaO. Fn. 5, S. 543 ff.

Doch ist der Vorschlag der IStGH-Arbeitsgruppe gerade in diesem Punkt widersprüchlich: Einerseits wird der Charakter des Angriffskriegs als Führungsverbrechen betont und damit auf den Führungstäter abgestellt, nämlich denjenigen, der das Verbrechen des Angriffskriegs „begeht“ („commits“). Andererseits „begeht“ aber jeder den Tatbestand, der sich aktiv an der Planung, Vorbereitung usw. „beteiligt“;⁵⁵ es wird also jeder Tatbeitrag erfasst.⁵⁶ Warum sollten also *insoweit* – innerhalb des Führungszirkels – nicht die allgemeinen Regeln der Teilnahmehaftung am Sonderdelikt Anwendung finden?⁵⁷ Wir kommen im Rahmen von § 80 darauf zurück (III. 2.).

3. Beteiligung im „Makrobereich“

Im Makrobereich, also der *staatlichen* Beteiligung, muss zwischen *Konfliktvölkerrecht*, *Deliktivölkerrecht* und *Völkerstrafrecht* unterschieden werden.

Im *Konfliktvölkerrecht* (humanitären Völkerrecht i. e. S.) ist ein Staat dann Kriegseteiligter, wenn er Partei in einem internationalen bewaffneten Konflikt ist.⁵⁸ Die strafrechtliche Beteiligungslehre ist dabei grundsätzlich ohne Belang, weil es um den Staat als kollektiven Akteur geht. Überlegungen zu Art und Grad der Beteiligung von Einzelpersonen können allenfalls bei der (konfliktvölkerrechtlichen) Frage der Internationalisierung eines Konflikts durch die fremdstaatliche Kontrolle einer – eigentlich innerstaatlichen – Konfliktpartei eine Rolle spielen.⁵⁹

Das *Deliktivölkerrecht* kann demgegenüber für strafrechtliche Beteiligungsfragen fruchtbar gemacht werden. Dort kann nun nämlich – mit Art. 16 des Entwurfs der UN-Völkerrechtskommission (International Law Commission – ILC) vom November 2001⁶⁰ sowie dem gleich lautenden Art. 16 der Resolution 56/83 der UN-Generalversammlung zur Staatenverantwortlichkeit⁶¹ – das Verbot der *Beihilfe* zum völkerrechtlichen Delikt als anerkannt gelten.⁶² Nach den genannten Vorschriften ist ein Staat wegen Beihilfe zu oder Unterstützung einer völkerrechtswidrigen Handlung verantwortlich, wenn er in Kenntnis der Umstände dieser Tat Hilfe leistet und die Tat auch völkerrechtswidrig wäre, wenn sie der Gehilfenstaat selbst begangen hätte. Ein

⁵⁵ Discussion paper, aaO. Fn. 18, Nr. 1: „participates actively in the planning, preparation, initiation or execution of an act of aggression ...“

⁵⁶ Zutreffend Clark, LJIL 15 (2002), 859, 875.

⁵⁷ Diese Frage scheint nach dem „Intersessional“ der Arbeitsgruppe v. 21.–23. 6. 2004 in Princeton (USA) wieder offen zu sein, denn dort wurde die Anwendung von Art. 25 auf die Aggression nun doch für möglich gehalten (diese Information verdanke ich Claus Krefß).

⁵⁸ Ipsen/Ipsen, Völkerrecht, 4. Aufl. 1999, § 64 Rn. 1; Vitzthum/Bothe, Völkerrecht, 2. Aufl. 2001, S. 642 ff.

⁵⁹ Vgl. insoweit zum Nicaragua-Fall des IGH und Tadic-Fall des Jugoslawien Gerichtshofs *Ambos*. Zur Bestrafung von Verbrechen im internationalen, nicht-internationalen und internen Konflikt, in: Hasse/Müller/Schneider (Hrsg.), Humanitäres Völkerrecht, 2001, S. 325 (332 ff.) m. w. N.

⁶⁰ ILC, Report on the Work of its Fifty-Third Session (2001), Official Records of the General Assembly, Fifty-Sixth Session, Supplement No. 10 (A/56/10), ch. IV. E. 1.; dazu Pellet, in: Vohrah et al. (ed.), *Man's Inhumanity to Man*. FS Cassese, 2003, S. 655. Für eine frühere Fassung Yearbook ILC 1978, vol. II. 2., 98 ff.

⁶¹ U. N. Dokument A/RES/56/83, 12. 12. 2001; in der Fassung des deutschen Übersetzungsdienstes bei den VN zu finden unter www.un.org/Depts/german/gv-56/band1/56bd-6.pdf, S. 530 ff.

⁶² Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, S. 866 f.; Ipsen/Ipsen, aaO. Fn. 58, § 40 Rn. 1, 41; Vitzthum/Schröder, aaO. Fn. 58, S. 501.

Verbot der *Anstiftung* zu einer völkerrechtswidrigen Handlung findet sich im Deliktswölkerrecht jedoch nicht,⁶³ so dass man – in kontinentaleuropäischer Terminologie – (nur) von einem beschränkten Teilnahmeverbot sprechen kann.

Lässt sich nun dieses Ergebnis auf das *Völkerstrafrecht* übertragen? Kann man also nicht nur von einem (deliktswölkerrechtlichen) Beihilfeverbot, sondern auch von der völkerrechtlichen *Strafbarkeit* der Beihilfe zum Angriffskrieg ausgehen? Aus der völkerstrafrechtlichen Rspr. in Nürnberg und Tokio lässt sich *insoweit* nichts ableiten, weil nicht die Kriegsführung einer Staatenkoalition mit *abstuftbaren* Tatbeiträgen zur Aburteilung stand. Dies war nun genau die Situation im Falle des Irak-Krieges, wo eine Koalition „williger“ Staaten den eigentlichen Krieg – gleichsam täterschaftlich – geführt hat und eine große Zahl anderer Staaten unterschiedliche Unterstützungshandlungen – gleichsam als Gehilfen – geleistet hat. Schon aus dieser Konstellation erhellt sich, dass die Strafbarkeit der „Gehilfenstaaten“ – oder genauer: der dort verantwortlichen Führungspersonen – nicht an dem Sonderdeliktscharakter des Verbrechens des Angriffskrieges scheitern kann, wird doch damit nicht die Straflosigkeit dieser Führungspersonen, sondern – allenfalls! – der in der Hierarchie darunter anzusiedelnden Beteiligten bezweckt. Anders ausgedrückt: Der Strafzweck des Verbrechens des Angriffskrieges – Bestrafung der verantwortlichen Führer – verlangt geradezu nach einer Strafbarkeit des Führungspersonals auch des Gehilfenstaates.⁶⁴

Diese Strafbarkeit setzt dreierlei voraus:

- das Vorliegen einer strafbaren Haupttat in Form eines Angriffskrieges des Täterstaates/der Täterstaaten;
- die deliktswölkerrechtliche Unterstützungshandlung des Gehilfenstaates (i. S. v. Art. 16 ILC-Entwurf);
- die der (politischen) Führung zurechenbare Veranlassung der Unterstützungshandlung.

4. Völkerstrafrechtliches Fazit: strafbare Beihilfe der Bundesrepublik Deutschland?

Die völkerrechtliche Strafbarkeit der Gewährung von Nutzungs-, Transport- und Überflugrechten an die USA zur Führung des Krieges gegen den Irak hängt nach den obigen Ausführungen entscheidend von der Qualifikation dieses Krieges ab. Während im Hinblick auf seine *Völkerrechtswidrigkeit* weitgehend Einigkeit besteht,⁶⁵ so ist damit noch nicht die Frage der völkerrechtlichen *Strafbarkeit* beantwortet. Immerhin stellt sich heute nicht mehr, wie noch in Nürnberg, das Problem des Rückwirkungsverbots,⁶⁶ denn die Strafbarkeit eines Angriffskrieges ist, wie oben dargetan,⁶⁷ im

⁶³ Kommentar ILC, aaO. Fn. 59, ch. IV. E. 2., S. 154. Dabei scheint die ILC die *Anstiftung/Aufstachelung* (incitement) als weniger gewichtig anzusehen als die *Beihilfe* (aid or assistance).

⁶⁴ I. E. ebenso *Kreß*, ZStW 115 (2003), 294, 336.

⁶⁵ Eingehend *Kreß*, ZStW 115 (2003), 294, 313 ff. (331); vgl. auch die Nachweise in *Ambos/Arnold* (Hrsg.), *Der Irak-Krieg und das Recht*, 2003.

⁶⁶ Vgl. insoweit *Ambos*, AT, aaO. Fn. 5, S. 111 f.

⁶⁷ Oben I. bei Fn. 16.

Arnold

Grundsatz anerkannt. Die Konturenlosigkeit des existierenden völkergewohnheitsrechtlichen Straftatbestandes und seine bisher noch fehlende völkervertragliche Kodifizierung machen eine Prüfung der Strafbarkeit aber schwer, wenn nicht gar unmöglich. Die Völkerrechtswidrigkeit des Gewalteinsatzes der Irak-Kriegskoalition kann zwar ein Indiz für ein völkerstrafrechtlich relevantes Verhalten darstellen, sie ersetzt aber nicht den Nachweis einer *Qualifikation* der Angriffshandlung im o.g. Sinne der Überschreitung einer gewissen *Gewaltschwelle*.⁶⁸ Eine *eindeutige* bzw. *flagrante* Verletzung des Gewaltverbots und damit einen Angriffskrieg wird man jedenfalls verneinen müssen, wenn man mit *Kreß* eine völkerrechtliche Rechtfertigung des Gewalteinsatzes der Kriegskoalition für „nicht schlechterdings unvertretbar“ hält.⁶⁹ Die Schwäche dieser Ansicht liegt aber ganz offenkundig in der ihr zugrunde liegenden Prämisse einer völkerrechtlichen Rechtfertigung des Gewalteinsatzes der Kriegskoalition, die *Kreß* selbst für „schlecht vertretbar“ hält⁷⁰ und die der überwiegenden Ansicht in der Völkerrechtslehre widerspricht.⁷¹ Es bleibt dann nur noch der Unterschied zwischen der Völkerrechtswidrigkeit des Gewalteinsatzes, die auch *Kreß* im Ergebnis vertritt,⁷² und der Eindeutigkeit bzw. Flagranz dieser Völkerrechtswidrigkeit, die den Gewalteinsatz erst zum völkerrechtlichen Verbrechen des Angriffskrieges macht. Ist aber diese fast schon rabulistisch anmutende Differenz noch rational begründbar und praktisch nachvollziehbar? Bietet sie also einem Gericht wie dem IStGH einen verlässlichen und anwendbaren Maßstab zur Abgrenzung von bloß völkerrechtswidrigem und völkerstrafrechtlich relevantem Gewalteinsatz? Oder leistet sie nicht vielmehr denjenigen Vorschub, die die Entscheidung der Kernfrage des Verbrechens des Angriffskrieges, scil. die Feststellung qualifizierter Angriffshandlungen, dem UN-Sicherheitsrat überlassen und damit rein politisch entscheiden wollen?

Gegenüber diesem Versuch, einen objektiven Abgrenzungsmaßstab zu entwickeln, hat die beschriebene *Subjektivierung* des Tatbestandes im Sinne einer spezifischen völkerrechtswidrigen oder aggressiven *Zielsetzung*⁷³ immerhin den Vorteil, ein – jedenfalls *prima facie* – eindeutigeres Abgrenzungskriterium zu liefern. Versteht man diese Zielsetzung mit *Werle* im Sinne einer Besetzung, Annexion oder Unterwerfung des angegriffenen Staates, so wird man dies der Kriegskoalition, jedenfalls als *Haupt- und Endziel* des Gewalteinsatzes, kaum vorwerfen können.⁷⁴ Bei genauerer Betrachtung sind gegen diese Ansicht jedoch zahlreiche Einwände zu erheben. Zunächst sieht sie sich mit dem *praktisch-prozessualen Problem* konfrontiert, wie das Ziel eines bestimmten

⁶⁸ Vgl. oben 1. bei Fn. 20 ff.

⁶⁹ *Kreß*, JZ 2003, 911, 916; eingehend *ders.*, ZStW 115 (2003), 326, 328 f., 331, wonach die Rechtsansicht der Kriegskoalition nicht „unvertretbar“ ist; auch *Simma*, SZ v. 1./2. 2.03, S. 11 (= *Ambos/Arnold*, aaO. Fn. 64, S. 396), vertritt die Ansicht, dass die Resolution 1441 „mehrdeutig“ und „ein Produkt juristischer Kunst, ein typischer Formelkompromiss“ sei.

⁷⁰ *Kreß*, JZ 2003, 911, 916.

⁷¹ Vgl. schon die Nachweise oben bei Fn. 64.

⁷² *Kreß*, ZStW 115 (2003), 331.

⁷³ Oben 1. bei Fn. 30 ff.

⁷⁴ So *Werle*, aaO. Fn. 16, Rn. 1161. Auch *Kreß*, ZStW 115 (2003), 331 ff. hält die erforderliche spezifische völkerrechtswidrige Zielsetzung für nicht gegeben.

Gewalteinsatzes zu bestimmen ist. Will man sich hier nur auf die Äußerungen der Führung des Krieg führenden Staates verlassen,⁷⁵ so sieht man sich leicht dem Vorwurf der Naivität und Blauäugigkeit im Hinblick auf die „wahren“ Ziele des Gewalteinsatzes ausgesetzt. Diese wahren Ziele – in concreto etwa der Vorwurf des Regimewechsels und der Ausbeutung der irakischen Ölressourcen – lassen sich aber meist ebenso wenig verlässlich belegen.⁷⁶ Weiter stellt sich die Frage, wie man das Erfordernis einer bestimmten „aggressiven“ Zielsetzung konkret ausfüllen soll. Schon oben wurde darauf hingewiesen,⁷⁷ dass die Beschränkung auf die traditionellen Ziele von Angriffskriegen, scil. Okkupation und Annexion, neuen Formen der Aggression möglicherweise nicht ausreichend Rechnung trägt. Kreß selbst äußert insoweit berechtigte Zweifel, wenn er es für vorzugswürdig hält, das zusätzliche Unrecht „in der (avisierten) Verletzung der (jeweils eng verstandenen) territorialen Integrität oder politischen Unabhängigkeit des Zielstaates zu sehen.“⁷⁸ Schließlich stellen sich zahlreiche intrikate Probleme im Zusammenhang mit der hinter einer solchen Ansicht stehenden Absichtskonzeption. Wenn Werle eine „Absicht im technischen Sinne“ nicht verlangen will,⁷⁹ so stellt sich sogleich die Frage, wie er das von ihm befürwortete Erfordernis einer aggressiven Zielsetzung denn anders verstanden wissen will. Handelt es sich dabei etwa nicht um ein über den Vorsatz hinausgehendes subjektives Tatbestandsmerkmal, das den Angriffskrieg zu einem dem Genozid entsprechenden Absichts- bzw. Zieldelikt macht?⁸⁰ Ordnet man nun das Erfordernis in die allgemeine Absichtsdogmatik ein, so ist zugleich zwischen Zwischen-, Neben- und Endzielen des tatbestandlichen Verhaltens zu unterscheiden. Bekanntlich liegt Absicht nicht nur im Hinblick auf die End- oder Hauptziele des tatbestandlichen Verhaltens, sondern auch im Hinblick auf Zwischen- oder Nebenziele vor, wenn diese bewusst herbeigeführt wurden und sich als erwünschte (Zwischen-)Erfolge im Hinblick auf das Endziel darstellen.⁸¹ So wird man also zwar vertreten können, dass die Unterwerfung oder Besetzung des Irak nicht als das End- oder Hauptziel der Kriegskoalition angesehen werden kann, andererseits aber auch kaum bestreiten können, dass sie sich als notwendiges Zwischenziel und Durchgangsstadium im Hinblick auf das Endziel der Abrüstung und Demokratisierung darstellt, insoweit also „absichtlich“ begangen worden ist.⁸²

⁷⁵ So wohl Werle, aaO. Fn. 16, Rn. 1159.

⁷⁶ Vgl. insoweit auch Kreß, ZStW 115 (2003), 331f., der vom „erklärten Ziel“ der Kriegskoalition, scil. den Irak abzurüsten, ausgeht, wobei selbst insoweit fraglich ist, auf welche Erklärungen von wem abgestellt wird. Immerhin hat ja Hölflowitz, der stellvertretende Verteidigungsminister der U. S. A., nach Kriegsende im Interview mit „Vanity Fair“ (9. Mai 2003) erklärt: „The truth is that for reasons that have a lot to do with the U. S. government bureaucracy we settled on the one issue that everyone could agree on which was weapons of mass destruction as the core reason“.

⁷⁷ Oben I. bei Fn. 33.

⁷⁸ Kreß, ZStW 115 (2003), 294, 307.

⁷⁹ Werle, aaO. Fn. 16, Rn. 1170.

⁸⁰ Vgl. insoweit für die hochdogmatische Diskussion zum Genozid: Gil Gil, Derecho penal internacional, 1999, S. 178 ff. (179), 231 ff. (258 ff.); dies., ZStW 112 (2000), 394 f. sowie Ambos, AT, aaO. Fn. 5, S. 789 ff. m. w. N.

⁸¹ Vgl. Roxin, aaO. Fn. 35, § 12 Rn. 7 ff. (10 f.).

⁸² Ansatzweise so auch Kreß, ZStW 115 (2003), 294, 332 f.

Aus all dem folgt, dass das Vorliegen eines Angriffskriegs jedenfalls weder mit unanfechtbarer Begründung verneint noch bejaht werden kann. Der GBA ist der Beantwortung dieser Frage durch die teleologische und konfliktsvölkerrechtliche Restringierung des § 80 aus dem Weg gegangen. Er meinte auf diese Weise die Frage, ob in den Unterstützungshandlungen Deutschlands eine Angriffshandlung i. S. v. Art. 3(f) der Resolution 3314⁸³ zu sehen ist, ebenso offen lassen zu können wie die Frage der völkerrechtlichen Zulässigkeit der Gewaltanwendung der Kriegscoalition.⁸⁴ Für die hier zu beantwortende Frage einer völkerstrafrechtlichen Beihilfe der Bundesrepublik zu einem Angriffskrieg ist die Beantwortung der Frage aber unentbehrlich. Verneint man das Vorliegen eines Angriffskrieges, würde eine Beihilfe der Bundesrepublik mangels völkerstrafrechtlicher Haupttat ausscheiden. Bejaht man sein Vorliegen, ist die völkerstrafrechtliche Relevanz der Unterstützungshandlungen der Bundesrepublik als Beihilfe zu diesem fremden Angriffskrieg unschwer zu begründen: Einerseits stellt die Gewährung von Überflugrechten u. Ä. eine deliktsvölkerrechtliche anerkannte Beihilfehandlung dar,⁸⁵ andererseits hat mit der Bundesregierung die Staatsführung die Unterstützungshandlungen zurechenbar veranlasst.

III. Vorbereitung eines Angriffskriegs i. S. v. § 80

1. Makrobereich: Beteiligung Deutschlands an einem Angriffskrieg

Die ganz herrschende Ansicht versteht die „Beteiligung“ der Bundesrepublik Deutschland an einem Angriffskrieg nicht nur im aktiven, sondern auch im passiven Sinne, schließt also den Fall eines Angriffs auf die Bundesrepublik Deutschland ein.⁸⁶ Sie beruft sich dabei vor allem auf den Willen des Gesetzgebers, sprechen die Gesetzesmaterialien doch von einem „Angriffskrieg, in dem die Bundesrepublik Deutschland angegriffen sein soll, als auch ..., in dem sie Angreifer sein soll ...“⁸⁷ Ferner wird der Schutzzweck des § 80 angeführt: Dieser schütze eben auch den internationalen Frieden, welcher unabhängig davon bedroht werde, ob sich der Angriff gegen Deutsch-

⁸³ Art. 3(f) erfasst die Zurverfügungstellung des nationalen Hoheitsgebiets zur Begehung von Angriffshandlungen.

⁸⁴ GBA JZ 2003, 908, 910 f.

⁸⁵ So auch der ILC Kommentar, aaO. Fn. 59, ch. IV. E. 2., S. 157 f., inter alia, bezugnehmend auf die deutsche Unterstützung des US-Intervention im Libanon; früher schon Kommentar zu Art. 27 des ILC-Entwurfs zur Staatenverantwortlichkeit, aaO. Fn. 59, S. 102, Nr. 13.

⁸⁶ LK-Laufhütte, 11. Aufl., § 80 Rn. 3; AK-Sonnen § 80 Rn. 12, 22; Tröndle/Fischer, 52. Aufl., § 80 Rn. 4; Lackner/Kühl, 24. Aufl., § 80 Rn. 2; Schönke/Schröder-Stree/Sternberg-Lieben, 26. Aufl., § 80 Rn. 2 [anders noch Stree in der Voraufgabe]; NK-Paeffgen § 80 Rn. 18; Steinhausen, aaO. Fn. 34, S. 89 ff.; Müller, aaO. Fn. 15, S. 92 f.; Werle, aaO. Fn. 16, Rn. 1180 (aber widersprüchlich Fn. 118 a. E.); offen gelassen von MüKo-Classen § 80 Rn. 29. a. A. Schroeder, JZ 1967, 41, 47; Maurach/Schroeder/Maiwald, aaO. Fn. 34, § 90 Rn. 6.

⁸⁷ Zitat aus BT-Drucksache V/2860, S. 2. So auch Wulf, Maassen, Güde, Protokolle des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 5. Wahlperiode, 100. Sitzung, S. 1987; a. A. aber Amdt ebd. Zu den Widersprüchen bei den Beratungen Kreß, ZStW 115 (2003), 294, 345 f.

land richte oder von Deutschland ausgehe.⁸⁸ Ob die h. A. zutreffend ist, kann hier dahinstehen.⁸⁹ In unserem Zusammenhang ist es allein von Bedeutung, dass damit einem *konfliktvölkerrechtlichen* Verständnis im oben dargelegten Sinne (II. 3.) das Wort geredet wird. Denn danach kommt es allein auf die Stellung des beteiligten Staates als Konfliktpartei an, unabhängig davon, ob er Angreifer oder Angegriffener ist. Konfliktvölkerrechtlich argumentiert auch der GBA, wenn er tatbestandlich voraussetzt, „dass die Bundesrepublik Deutschland *als Krieg führende staatliche Macht* unter Einsatz ihrer Streitkräfte oder in *vergleichbar massiver Weise* beteiligt sein soll“.⁹⁰ Die *konfliktvölkerrechtliche* Sichtweise hat freilich die weitere Konsequenz, dass bloße Unterstützungshandlungen zugunsten einer Konfliktpartei – wie die Deutschlands im Irak-Krieg – in der Regel nicht als „Beteiligung“ i. S. v. § 80 erfassbar sind.⁹¹ Konfliktvölkerrechtlich ist nämlich zwischen einer Mit-Kriegsführung („cobelligerency“) und einer bloßen Hilfeleistung zugunsten einer kriegsführenden Partei zu unterscheiden. Während jene einen Staat selbst zu einer kriegsführenden Partei macht, wird mit dieser die konfliktvölkerrechtlich relevante Schwelle der Beteiligung nicht überschritten.⁹²

Diese Konsequenz mag zwar aus Sicht der politischen Entscheidungsträger und des GBA gewollt sein, weil damit § 80 ohne Klärung der Frage des Vorliegens eines Angriffskriegs⁹³ und der Folgefragen zur individuellen Beteiligung⁹⁴ abgelehnt werden kann; sie ist aber aus mehreren Gründen unbefriedigend. *Strafrechtssystematisch* wird damit eine konfliktvölkerrechtliche Sonderstrafrechtsdogmatik für § 80 geschaffen, die die allgemeinen Beteiligungsregeln außer Kraft setzt. Entgegen dem Beteiligungsbegriff des § 28 II wird die Beteiligung bei § 80 auf den oder die Täter, d. h. die Täterstaaten, die zugleich Konfliktparteien sind, beschränkt und die der Führungsspitze angehörenden Unterstützer eines Angriffskriegs in Gehilfeststaaten aus der strafrechtlichen Verantwortung entlassen. *Völkerrechts- und kriminalpolitisch* bedenklich ist, dass nach dieser Ansicht zwar die Vorbereitung eines Krieges gegen die Bundesrepublik unter Strafe steht, nicht aber die deutsche Teilnahme an einem *fremden* Angriffskrieg, eine

⁸⁸ Vgl. Steinhausen, aaO. Fn. 34, S. 90 f.

⁸⁹ Schroeder, JZ 1967, 41, 47 hat schon früh darauf hingewiesen, dass die in dem Begriff „Angriffskrieg“ liegende Bewertung bzw. Tendenz es ausschließe, das Opfer als Beteiligten zu betrachten, weshalb § 80 nur einen (aktiven) Angriff der Bundesrepublik Deutschland erfassen könne (zust. Schönke/Schröder-Stew, 25. Aufl. 1997, § 80 Rn. 2; Kreß, ZStW 115 (2003), 294, 338, 348). Für die h. A. spricht aber immerhin, dass eine Beschränkung auf den aktiven Angriffskrieg klarer formuliert werden kann, vgl. nur Baumann et al., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. BT. Politisches Strafrecht, 1968, S. 5: „Friedensverrat: Wer es unternimmt, Streitkräfte der BR Deutschland zu einem Angriffskrieg oder zu einem bewaffneten Überfall auf ein Gebiet außerhalb der BR einzusetzen, oder wer einen solchen Einsatz vorbereitet, wird wegen Friedensverrats ... bestraft“ (bei AK-Sonnen § 80 Rn. 5).

⁹⁰ GBA JZ 2003, 908, 911 (Herv. d. Verf.).

⁹¹ I. E. ebenso Steinhausen, aaO. Fn. 34, S. 89; Kreß, ZStW 115 (2003), 294, 337 f.; wohl auch Müller, aaO. Fn. 15, S. 93 a. E.

⁹² Vgl. Steinhausen, aaO. Fn. 34, S. 89, der insoweit von „wohlwollender“ bzw. „diskriminierender“ Neutralität spricht; auch Kreß, ZStW 115 (2003), 294, 338.

⁹³ Vgl. oben II. 4. bei Fn. 83 ff.

⁹⁴ Dazu sogleich unten 2.

Verhaltensweise also, die jedenfalls aus Sicht der Angriffssopfer einen höheren Unrechtsgehalt aufweist als die täterschaftliche Vorbereitung eines Krieges gegen die Bundesrepublik. Vom *Schutzzweck* her gedacht ist schließlich zu bedenken, dass § 80 zumindest auch dem Schutz des Völkerfriedens vor deutschen Angriffskriegen dienen soll,⁹⁵ also neben der legitimen egoistischen auch eine altruistische Komponente besitzt. Danach ist es aber kaum einsichtig, nur die täterschaftliche Vorbereitung, nicht aber die Beihilfe zur Vorbereitung eines Angriffskrieges unter Strafe zu stellen. Immerhin geht die überwiegende verfassungsrechtliche Literatur davon aus, dass Art. 26 GG die Beihilfe zu fremden Kriegen mit völkerrechtswidrigen Zielen verbietet.⁹⁶ Somit liegt es, so zutreffend Krefß, „innerhalb der Teleologie von § 80 i. V. m. Art. 26 GG darauf hinzuwirken, dass Deutschland keine Hand zur Unterstützung eines fremden Angriffskrieges reicht“.⁹⁷ Aus all diesen Gründen ist der konfliktvölkerrechtliche Beteiligungsbegriff durch einen *deliktivölkerrechtlichen* zu ersetzen. Denn das Deliktivölkerrecht erkennt die Teilnahme in Form der Beihilfe – nicht aber in Form der Anstiftung! – zu einer völkerrechtswidrigen Tat an (vgl. oben II. 3.) und erfasst damit auch die Unterstützung eines fremden Angriffskriegs durch einen Gehilfenstaat.

2. Mikrobereich: individuelle Beteiligung an der Vorbereitung eines Angriffskrieges

Wenn man der gerade dargelegten Argumentation folgt und damit davon ausgeht, dass im Makrobereich eine Beihilfe zu einem fremden Angriffskrieg möglich ist, stellt sich im Mikrobereich *insoweit die Frage nach der individuellen Beteiligung im Gehilfenstaat*. Es geht also um die beiden letzten der eingangs genannten (o. I.) vier *individualstrafrechtlichen* Konstellationen:

- individuelle Täterschaft im „Gehilfenstaat“ und
- individuelle Teilnahme im „Gehilfenstaat“

Dabei ist der Tatort – Täter- oder Gehilfenstaat – auf die Fragen individueller Beteiligung ohne Einfluss.

a) Individuelle Täterschaft im Gehilfenstaat

Völkerstrafrechtlich handelt es sich beim Angriffskrieg um ein Führungsverbrechen (oben II. 2.). Der bundesdeutsche Gesetzgeber wollte diese Wertung nachvollziehen, allerdings ohne den Täterkreis explizit auf Führungspersonen zu beschränken.⁹⁸ Stattdessen erscheint § 80 auf den ersten Blick als Jedermannsdelikt („wer“),⁹⁹ dessen Täter-

⁹⁵ Güde, Arndt, Protokolle, aaO. Fn. 86, S. 1987; vgl. auch Klug, aaO. Fn. 36, S. 167; Krefß, ZStW 115 (2003), 294, 345 ff. (348); GBA JZ 2003, 908, 911 („verhindern, dass von deutschem Boden aus jemals wieder ein Krieg ausgelöst wird“); für mittelbaren Schutz des Völkerfriedens: NK-Paeffgen, § 80 Rn. 1; Krefß, aaO., 348.

⁹⁶ Vgl. Dreier/Permicc, GG, Bd. 2, Art. 26 Rn. 17; Doehring, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, § 178 Rn. 34; Maunz/Dürig, GG, Art. 26 Rn. 29.

⁹⁷ Krefß, ZStW 115 (2003), 294, 339.

⁹⁸ Vgl. Güde, Arndt und Maassen, Protokolle, aaO. Fn. 86, S. 1982, 1983 f.

⁹⁹ Zur Problematik des Ausländers als Täter von § 80 s. Krefß, ZStW 115 (2003), 294, 342 ff.

kreis jedoch über das – insoweit doppelt restringierende – Erfordernis der kausalen Herbeiführung der Kriegsgefahr¹⁰⁰ eingeschränkt werden soll. Nach h. A. kommen nur solche Personen als Täter in Betracht, die aufgrund ihrer Machtbefugnisse und Schlüsselstellung überhaupt in der Lage sind, eine Kriegsgefahr für die BRD herbeizuführen.¹⁰¹ In der Sache sind das die schon in Nürnberg verfolgten und in § 85 DDR-StGB genannten Personen „in verantwortlicher, staatlicher, politischer, militärischer oder wirtschaftlicher Funktion“. Der Gesetzgeber hätte deshalb besser daran getan, den Täterkreis auf diese Personen zu beschränken und so § 80 zu einem echten Sonderdelikt – statt nur Pseudo-Sonderdelikt – zu machen.¹⁰²

Wie dem auch sei, klar ist, dass außerhalb der Führung stehende Personen als „Führungs-Extranei“ jedenfalls keine Täter des § 80 sein können. Die Intranei selbst können natürlich auch mittäterschaftlich verbunden sein.¹⁰³

b) Individuelle Teilnahme im Gehilfenstaat

Ob eine individuelle Teilnahme an § 80 überhaupt möglich ist, ist umstritten. Der Streit gründet in der eigentümlichen Ausgestaltung der Vorschrift als Pseudo-Sonderdelikt. Auch insoweit ist also eine Konstruktion als echtes Sonderdelikt vorzugswürdig. Während nämlich bei diesem die allgemeinen Teilnahmevorschriften, insbesondere die Akzessorietätslockerung des § 28, eingreifen, kann das bei § 80 mit gutem Grund bezweifelt werden, weil die Zulassung einer Strafbarkeit von Extranei als Teilnehmer die intendierte Beschränkung auf Intranei unterlaufen würde.¹⁰⁴ Die Gegenansicht, die die Teilnahmevorschriften uneingeschränkt anwenden will,¹⁰⁵ geht über die spezifische Tatbestandsstruktur von § 80 hinweg. Einen Ausweg aus diesem Dilemma hat Sonnen mit dem Vorschlag einer Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme innerhalb der Intranei gewiesen.¹⁰⁶ Es bleibt damit bei einer Beschränkung der Strafbarkeit auf Führungspersonen, innerhalb dieser Gruppe wird aber nach Täterschaft und Teilnahme abgeschichtet. Das ist von der Konstruktion her im Prinzip überzeu-

¹⁰⁰ Neben der damit erreichten Restriktion im Hinblick auf den Täterkreis führt dieses Tatbestandsmerkmal *per se* zu einer Restringierung, zumal dann wenn man es konfliktsvölkerrechtlich auslegt (vgl. Kreß, JZ 2003, 911, 914).

¹⁰¹ NK-Paeffgen § 80 Rn. 24; LK-Laufhütte, 11. Aufl., § 80 Rn. 9; SK-Rudolphi, 6. Aufl., § 80 Rn. 10; AK-Sonnen § 80 Rn. 31; Maurach/Schroeder/Maiwald, aaO. Fn. 34, § 90 Rn. 8; Tröndle/Fischer, 51. Aufl., § 80 Rn. 6; indirekt wohl auch Schönke/Schröder-Strée/Sternberg-Lieben, 26. Aufl., § 80 Rn. 6 („Maßnahmen von besonderem Gewicht“). Gegen die Einschränkung auf staatliche Machtträger MüKo-Classen § 80 Rn. 34. Vgl. auch Kreß, ZStW 115 (2003), 294, 340 f.

¹⁰² Krit. auch Schroeder, JZ 1969, 41, 47 f.

¹⁰³ Weshalb die Bedenken von Schroeder, JZ 1969, 41, 48 nicht durchgreifen: Es muss sich ja immer um Führungsmittäter handeln!

¹⁰⁴ So ursprünglich LK-Willms, 10. Aufl., § 80 Rn. 9; zust. SK-Rudolphi, 6. Aufl., § 80 Rn. 10; NK-Paeffgen § 80 Rn. 26; Kreß, ZStW 115 (2003), 294, 340 f. – Das weitere Argument, dass eine Teilnahme bei Vorbereitungshandlungen nicht möglich sei (LK-Willms, 10. Aufl., §§ 80 Rn. 9, 83 Rn. 11), überzeugt konstruktiv nicht und wird auch bestritten (vgl. nur Jescheck/Weigend, Strafrecht-AT, 5. Aufl. 1996, § 49 VI. 3).

¹⁰⁵ LK-Laufhütte, 11. Aufl., § 80 Rn. 9; Schönke/Schröder-Strée/Sternberg-Lieben, 26. Aufl., § 80 Rn. 6; MüKo-Classen § 80 Rn. 34; Tröndle/Fischer, 51. Aufl., § 80 Rn. 6.

¹⁰⁶ AK-Sonnen § 80 Rn. 32.

gend, denn es existieren ja in der Tat innerhalb der Führungsgruppe unterschiedliche Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten.¹⁰⁷ So kommt etwa dem Bundeskanzler als Regierungschef mit Richtlinienkompetenz eine höhere Verantwortung als dem zuständigen Fachminister zu; dieser wiederum, etwa der Verteidigungs- und/oder Außenminister, trägt eine größere Verantwortung für eine militärische Entscheidung als der Verkehrs- oder Umweltminister. Weiter wird man im Hinblick auf die Personen differenzieren müssen, die zwar dem Kabinett formal nicht angehören, aber als Berater oder Experten einen maßgeblichen Einfluss auf die Kabinettsentscheidung haben. Dieser Personenkreis reicht weit über das unmittelbare Umfeld des Kabinetts hinaus und findet sich teilweise in spezialisierten staatlichen Behörden, insbesondere Sicherheits- oder Geheimdiensten. Damit wird jedoch schon ein erstes *praktisches* Problem eines differenzierenden Ansatzes innerhalb der Intranei deutlich: Die konstruktiv durchaus denkbare Abschichtung nach verschiedenen Beteiligungsformen lässt sich abstrakt nicht immer trennscharf genug fassen, um sicher zwischen den verschiedenen Beteiligungsformen abgrenzen zu können. Die bekannten Probleme der Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme (Beihilfe) werden potenziert. Dabei ist allerdings zuzugeben, dass die sich hier manifestierende *Abgrenzungsunsicherheit* nicht auf die Beteiligung innerhalb der Intranei beschränkt ist, sondern ein strukturelles Problem eines als Führungsverbrechen konzipierten Tatbestandes ist, lässt sich doch kaum mit letzter Sicherheit abstrakt festlegen, wer zur Führungsebene gehört und wer nicht. Das Problem ist schon oben bei der Exegese der völkerstrafrechtlichen Quellen thematisiert worden (II. 2.).

Ein weiteres Problem liegt darin, dass § 80 mit dem *Vorbereiten* eines Angriffskrieges eine Tathandlung zur Grundlage der Strafbarkeit macht, die von der bloßen Beihilfe bis zur Täterschaft alles erfasst, was objektiv geeignet ist, einen Angriffskrieg herbeizuführen.¹⁰⁸ Die teleologische Beschränkung auf Handlungen von besonderem Gewicht¹⁰⁹ ändert nichts daran, dass eine so weit gefasste Tathandlung denkbar ungeeignet ist, die differenzierten Wertungen der Beteiligungsdogmatik nachzuvollziehen. Anders ausgedrückt: Wenn die eigentliche Tathandlung des § 80 alle Beteiligungsformen in sich aufnimmt, werden beteiligungsdogmatische Differenzierungen sinnlos, weil jeder Beteiligte, unabhängig von seinem Tatbeitrag, immer (nur) Vorbereiter eines Angriffskrieges sein kann.¹¹⁰ Wenn man es genau nimmt, orientiert sich die Ausgestaltung des § 80 an einem Einheitstätermodell, wobei freilich der Vorbereiter nur qua tatbestandlicher Konstruktion Täter, in Wirklichkeit aber Teilnehmer ist, weil Vorbereitungshandlungen eben in der Regel nur eine Teilnahme- und keine Täterstrafbarkeit begründen. Die „Täterschaft“ des § 80 ist wesensmäßig Teilnahme, wesensmäßig Täterschaft kann nur das – von § 80 gerade nicht erfasste! – Führen eines Angriffs-

¹⁰⁷ Ähnlich NK-Paeffgen § 80 Rn. 26.

¹⁰⁸ LK-Laufhütte, 11. Aufl., § 80 Rn. 4; NK-Paeffgen § 80 Rn. 14; Maurach/Schroeder/Maiwald, aaO. Fn. 34, § 90 Rn. 7: „jede objektive Förderung“. Auch Müller, aaO. Fn. 15, S. 90; Hummrich, aaO. Fn. 13, S. 208.

¹⁰⁹ LK-Laufhütte, 11. Aufl., § 80 Rn. 4; NK-Paeffgen § 80 Rn. 14; Maurach/Schroeder/Maiwald, aaO. Fn. 34, § 90 Rn. 7; auch GBA JZ 2003, 908, 911.

¹¹⁰ Ähnlich wohl Krefß, ZStW 115 (2003), 294, 341.

ter kausalen
A. kommen
gnisse und
RD herbei-
§ 85 DDR-
ilitärischer
getan, den
n Sonder-

n als „Füh-
elbst kön-

tten. Der
-Sonder-
zugswür-
nsbeson-
it gutem
i als Teil-
egenan-
über die
Dilemma
nd Teil-
ung der
erschafft
berzeu-

idsmerk-
Krefß, JZ

10; AK-
0 Rn. 6;
von be-
34. Vgl.

ner um

Paeffgen
rberci-
raktiv

Rn. 6;

BT

Teil I,
A.

1777

I
§ 80

TÄTERSCHAFT

kriegs sein. Insoweit kann man also sagen, dass § 80 ein *Einheitsteilnehmermodell* vorsieht.

Abgesehen von diesen praktischen und dogmatischen Komplikationen weist der Vorschlag *Sommens* aber doch auf ein Problem des § 80 hin, das schon aus Gerechtigkeitsgründen einer Lösung bedarf, scil. die hohe *Strafdrohung* für alle unter § 80 fallenden Vorbereitungshandlungen. Die tatbestandliche Restriktion auf Handlungen von besonderem Gewicht schafft hier nur unvollkommen Abhilfe, weniger weil sie unbestimmt ist, als vielmehr, weil sie nur einen kleinen Teil von Vorbereitungshandlungen aus dem Tatbestand nimmt und damit noch einen großen Bereich unterschiedlichster Vorbereitungshandlungen, die möglicherweise nicht alle eine Mindeststrafe von 10 Jahren verdienen, in der Strafbarkeitszone lässt. Wenn hier der Trichter der Ansicht ist, dass eine bestimmte Vorbereitungshandlung in ihrem Unrechtsgehalt nur einer Beihilfehandlung entspricht, so bietet sich eine rechtsfolgenorientierte, analoge Anwendung von § 27 II und damit eine Strafmilderung gemäß § 49 an. Dem entsprechenden Vorschlag von *Krebs*¹¹¹ ist also zuzustimmen, doch sollte genau zwischen der Makro- und der Mikroebene getrennt werden: Die Strafmilderung bezieht sich nicht auf die staatliche Beihilfe auf der Makroebene, sondern auf den Beihilfecharakter der individuellen Vorbereitungshandlung auf der Mikroebene. Die von *Krebs*¹¹² gezogene Parallele zur Gewichtigkeit der Vorbereitungshandlung ist dabei einigermaßen verwirrend, weil es gerade nicht um eine zu wenig gewichtige Handlung geht – sie würde ja schon aus dem Tatbestand fallen! –, sondern um eine Vorbereitungshandlung i. S. v. § 80, die aber nicht die Mindeststrafe von 10 Jahren rechtfertigt.

c) Die subjektive Seite

Nach h. A. muss der „Täter“ i. S. d. § 80 lediglich bedingt vorsätzlich im Hinblick auf die Qualität seiner Handlung als Vorbereitung eines Angriffskriegs und die dadurch herbeigeführte Kriegsgefahr handeln.¹¹³ Zwar lässt sich § 80 unter Bezugnahme auf die in Art. 26 GG enthaltene *Friedensstörungsabsicht*¹¹⁴ oder die auf völkerstrafrechtlicher Ebene diskutierte besondere Zielsetzung des Angriffskrieges¹¹⁵ als Absichtsdelikt in Form eines kuperten Erfolgsdelikts konstruieren, doch überzeugt diese Konstruktion strafrechtsdogmatisch nicht. Denn wenn es sich bei § 80 tatsächlich um eine Vorbereitungshandlung im Hinblick auf den eigentlichen Angriffskrieg handelt, so sind die „Täter“ des § 80, wie schon oben gesagt, in Wahrheit Teilnehmer (Gehilfen) und als solche müssen sie die besonderen Absichten der Haupttäter – Täter des eigentlichen Angriffskriegs – nur kennen, nicht aber selbst besitzen. Es gilt insofern das Gleiche wie bei der Zerstörungsabsicht des Genozid: Der Gehilfe muss sie nur kennen, also wissen, dass er als Teil einer genozidalen Gesamttat agiert, nicht aber selbst die ge-

¹¹¹ *Krebs*, ZStW 115 (2003), 294, 341 f.

¹¹² Ebd. mit Fn. 238.

¹¹³ Vgl. *LK-Laufhütte*, 11. Aufl., § 80 Rn. 8; *NK-Paefgen* § 80 Rn. 23; *AK-Sommen* § 80 Rn. 29; *Schönke/Schröder-Sirec/Sternberg-Lieben*, 26. Aufl., § 80 Rn. 8; *SK-Rudolphi*, 6. Aufl., § 80 Rn. 9.

¹¹⁴ *Maunz/Dürig*, GG, Art. 26 Rn. 15; *Müller*, aaO. Fn. 15, S. 95 f.

¹¹⁵ Vgl. schon oben II. 1. mit Fn. 30 und 4. mit Fn. 72 ff.

schützte Gruppe zerstören wollen.¹¹⁶ Im Übrigen birgt eine Subjektivierung bei politischen Tatbeständen wie der Aggression immer die Gefahr eines Gesinnungsstrafrechts in sich.¹¹⁷ Endlich gelten hier auch die bei der völkerstrafrechtlichen Diskussion vorgebrachten Einwände.¹¹⁸

IV. Ergebnis

Bei der Gewährung von Unterstützungshandlungen zu einem fremden Angriffskrieg durch die Bundesrepublik Deutschland – wie im Falle des Irak-Krieges – kommt eine Strafbarkeit der Mitglieder der Bundesregierung in Betracht,¹¹⁹ wenn durch die Unterstützungshandlungen die Gefahr eines Krieges für die Bundesrepublik herbeigeführt wird und die Beteiligten insoweit vorsätzlich gehandelt haben. Dabei ist zuzugeben (und insoweit dem GBA zuzustimmen),¹²⁰ dass das Tatbestandsmerkmal der Herbeiführung einer Kriegsgefahr in Fällen staatlicher Beihilfe nur ausnahmsweise zu bejahen sein dürfte. Gleichwohl gilt dem Grunde nach: In einem solchen Fall handelt die Bundesrepublik auf der *Makroebene* – bei zutreffender deliktsvölkerrechtlicher Betrachtung – als Gehilfenstaat. Die an den Unterstützungsbeschlüssen individuell Beteiligten können – auf der *Mikroebene* sowohl im Täter- als auch im Gehilfenstaat – als Täter oder Teilnehmer handeln, wenn sie der politischen Führungsebene zuzuordnen sind. Die Tatbeiträge der *Intranei* können *untereinander* abgestuft werden, während eine Strafbarkeit der *Extranei* a limine ausscheidet. Leistet einer der *Intranei* einen behilfenähnlichen Tatbeitrag, kommt eine Strafmilderung gemäß §§ 27 II, 49 in Betracht, sofern dieser Tatbeitrag überhaupt gewichtig genug ist, um als Vorbereitungshandlung i. S. v. § 80 zu gelten.

¹¹⁶ Vgl. Ambos, AT, aaO. Fn. 5, S. 789 ff. (794 f.) m. w. N.; ders., in: Vohrah et al., aaO. Fn. 59, S. 11 (18 ff., 23). Ebenso Vest, Genozid durch organisatorische Machtapparate, 2002, S. 243 (mit Fn. 33). 248, 265, 385; Eser, in: Cassese/Gaeta/Jones, aaO. Fn. 16, S. 806; Werle, aaO. Fn. 16, Rn. 416; Jones, in Vohrah et al., aaO., S. 467 (479).

¹¹⁷ Vgl. schon Schweder, Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht, 1970, S. 297 ff.

¹¹⁸ Vgl. oben II. 4. mit Fn. 72 ff.

¹¹⁹ Die Problematik der Kausalität und Zurechnung der einzelnen Tatbeiträge im Rahmen der kollektiven Beschlussfassung kann hier nicht vertieft werden. Klar dürfte immerhin sein, dass einerseits die Zustimmung zu einem Unterstützungsbeschluss eine Haftung des Zustimmenden begründet, während andererseits die Ablehnung eines solchen Beschlusses eine Haftung ausschließt, weil der Ablehnende durch seine Ablehnung aus dem durch das Kollektiv produzierten Tatentschluss ausbricht und ihm deshalb die auf diesem gründenden Tathandlungen nicht zugerechnet werden können (vgl. Jakobs, FS Miyazawa (1995), S. 421 ff.; diff., aber i. E. ebenso Dencker, in: Amelung (Hrsg.), Verantwortung (2000), S. 63 ff. (68 f., 70); Rodríguez Montañés, FS Roxin (2001), S. 310 ff. (316 ff.); Schönke/Schröder-Cramer/Heine, 26. Aufl., § 25 Rn. 76 b). Alle anderen denkbaren Fallgestaltungen sind umstritten und werfen zudem komplizierte Fragen von (kumulativer) Kausalität und objektiver Zurechnung auf (vgl. Jakobs, aaO., S. 419 ff.; Dencker, aaO., S. 63 ff.; ders., Kausalität und Gesamttat, 1995, S. 179 ff., 217 ff. (219, 224 f.)), wobei ausschlaggebend sein soll, ob das Abstimmungsverhalten des Einzelnen das Risiko für den Eintritt des Gesamterfolgs erhöht (dazu auch Vest, aaO. Fn. 115, S. 324 ff.). Eingehend zur Problematik auch Kruer, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 83 ff., 159 ff. und passim.

¹²⁰ GBA JZ 2003, 908, 911.

Das Problem der praktischen Anwendbarkeit von § 80 liegt vor allem darin, dass der Tatbestand *völkerstrafrechtsakzessorisch* ist, weil die Strafbarkeit vom Vorliegen eines (fremden) Angriffskrieges abhängt, eines Begriffes also, der völkerstrafrechtskonform zu bestimmen ist (II.1.). Die Strafbarkeit der Führer (Intranei) des Gehilfenstaates scheidet also aus, wenn überhaupt kein völkerstrafrechtlicher Angriffskrieg vorliegt. Dessen Existenz kann mangels einer völkerrechtlich gesicherten Definition des Angriffskrieges zum gegenwärtigen Zeitpunkt nur hypothetisch beurteilt werden (II.4.). Für die Zukunft bedeutet dies freilich, dass die Beteiligung an völkerrechtswidrigen Kriegen sehr wohl zu einer Strafbarkeit wegen Vorbereitung eines Angriffskrieges i. S. v. § 80 führen kann.

Ambos