

## Stratfrecht und Angriffskrieg im Licht des „Falles Irak“

Von Dr. Claus Kreß, LL.M. (Cambridge), Köln

*Die Entfesselung eines Angriffskrieges ist [...] das schwerste internationale Verbrechen, das sich von anderen Kriegsverbrechen nur dadurch unterscheidet, daß es in sich alle Schrecken der anderen Verbrechen einschließt und anhäuft.*  
Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg, 1. Oktober 1946

### 1. Einführung

Am 20. März 2003 begann der Gewalteinmarsch der USA, des Vereinigten Königreichs, Australiens und einer Reihe weiterer Staaten (im Folgenden: Kriegskoalition) gegen den Irak. Die wesentlichen Kampfhandlungen, in deren Verlauf Staaten der Kriegskoalition den Irak militärisch besetzt haben, dauerten bis Anfang Mai 2003. Die Bundesregierung gewährte den USA während der Militäroperation Überflug-, Bewegungs-, und Transportrechte.<sup>1</sup> Der „Fall Irak“ wirt – recht kurz nach dem „Fall Kosovo“ – erneut Licht auf die offenen Fragen zum Verbrechen des Angriffskrieges im Völkerstratfrecht und zur Vorbereitung eines Angriffskrieges nach § 80 StGB. Nicht leicht fällt zunächst die Arbeit mit dem Begriff „Angriffskrieg“, über dessen Inhalt auf der internationalen Ebene nach wie vor gestritten wird. Darüber hinaus lässt sich am Beispiel der deutschen Haltung im Fall Irak zeigen, dass die Formen der strafbaren Beteiligung am Angriffskrieg noch der vollständigen dogmatischen Durchdringung harren. Schließlich regt der Fall Irak zum Nachdenken über die Anwendung des § 80 StGB auf ausländisches Führungspersonal an.

\* Herrn Ministerialdirigenten a. D. *Paul-Günter Pözl* mit herzlichsten Glückwünschen zum 80. Geburtstag gewidmet.

<sup>1</sup> Auch ließ die Bundesregierung deutsche Soldaten noch während der bewährten Auseinandersetzungen an AWACS-Einsätzen im türkischen Luftraum mitwirken und beließ Fuchs-Spürpanzer in Kuwait. Die Behauptung der Bundesregierung, diese Einsätze hätten sich strikt vom Gewalteinmarsch der Kriegskoalition trennen lassen (siehe den entsprechenden Tatsachenvortrag in BVerfG 2 BVQ 18/03 v. 25. 3. 2003), kann hier nicht überprüft werden.

- II. Der Angriffskrieg und der „Fall Irak“
1. Der Begriff des Angriffskrieges im geltenden Völkerstratfrecht
- 4) Die völkergevoohnheitsrechtliche Geltung des Straftatbestandes gegen den Angriffskrieg

Der völkerstratrechtliche Status des Angriffskrieges ist eigentlich: In Nürnberg wurde er zum schwersten internationalen Verbrechen erklärt, und die *Legitimität* eines entsprechenden Verbrechenstatbestandes unterliegt wenig Zweifel.<sup>2</sup> Insbesondere ist die Strafbarkeit des Angriffskrieges unmitelbar nach Völkerrecht auch dann zu rechtfertigen, wenn man *legitimes* Völkerstratrecht<sup>3</sup> mit Rücksicht auf die „Souveränität der Völker und Staaten“ nur im engsten Grenzen anerkennt, nämlich nur bei Taten, die „als solche schon die Bedingungen des internationalen Friedens fundamental angeheifien“<sup>4</sup>. Dennoch bleibt die *Legalität* des Verbrechens des Angriffskrieges bis auf den heutigen Tag prekär: Zwar haben die Nürnberger Richter<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Ob *Jakobs*, in: *Eser/Hassamer/Burkhardt* (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 54ff., seinen Einwand der Unvereinbarkeit des Völkerstratrechts mit dem *nulla-poena*-Satz auch auf das Verbrechen des Angriffskrieges erstreckt, ist nicht klar. Einerseits degradiert *Jakobs* ausdrücklich nur die Strafnormen über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Friedenszustand zum „Forniat“, andererseits dürfte *Jakobs* letztlich in der völkerrechtslehrenden Tradition stehende Rede von der Unmöglichkeit der „Strafe im Naturzustand“ auch das Verbrechen des Angriffskrieges erfassen.

<sup>3</sup> Zum dogmatischen Begriff der Völkerstratrat *Triffterer*, Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstratrechts nach Nürnberg, 1966, S. 30ff., 34; *Kreß*, ZStW 114 (2002), S. 829.

<sup>4</sup> *Köhler* bei *Jagberg/Kreß*, ZStW 113 (2001), S. 866. In der Fortführung dieser Linie konzipiert *Köhlers* Schülerin *Manske*, Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit, 2003, S. 365, die (bisher zumindest so genannten) Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen *an der Menschheit* und versteht hierunter (nur) solche Taten, „die die Grundlage der internationalen Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft in Frage stellen“ (Hervorhebung im Original).

<sup>5</sup> Neben dem Urteil im Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vom 1.10.1946 (Internationaler Militärgerichtshof, Bd. 1, 1947, S. 189, insbes. S. 206ff., 244ff.) sind von Bedeutung die Urteile in den Nachfolgevorfahren U.S. v. Krauch et al. (IG Farben-Fall), *Trials of War Criminals before Nuernberg Military Tribunal*, Bd. VII, VIII, 1952, insbes. Bd. VIII, S. 1124; U.S. v. Krupp von Bohlen und Halbach et al., ebda., Bd. IX, 1950, S. 390; U.S. v. Leeb et al. (OKW-Fall), ebda., Bd. X, XI, 1950/51, insbes. Bd. XI, S. 485; U.S. v. Weisacker et al. (Ministerien-Fall), ebda., Bd. XII–XIV, 1952, insbes. Bd. XIV, S. 323. Eine nützliche Zusammenstellung der entsprechenden Urteilspassagen findet sich in U.N. Doc. PCNICC/2002/WGCA/L.1, 24.1.2002, S. 13ff.

dem Tatbestand allen *nullum-crimen*-Einwänden<sup>6</sup> zum Trotz mit der im Eingangszitat anklingenden Emphase den Weg in das positive Völkerstrafrecht gebahnt<sup>7</sup>. Doch seither fehlt es – mit Ausnahme des Tokioter Urteils<sup>8</sup> an Präzedenzfällen. Selbst die Einverleibung Kuwaits durch den Irak im Jahre 1990 führte nicht zu konkreteren Überlegungen in Richtung einer Strafverfolgung wegen der Durchführung eines Angriffskrieges. Statt dessen nutzte manche Regierung die ungelöste Frage der Definition des Angriffskrieges lange Zeit als Vorwand für den Versuch, die Errichtung eines internationalen Strafgerichtshofes *ad calendas graecas* hinauszuschieben. Letzteres ist zwar am Ende misslungen, doch steht die feste Etablierung des Völkerstrafes des Angriffskrieges weiterhin aus. In Art. 5 Abs. 1d) des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes (IStGH-Statut)<sup>9</sup> findet sich zwar der Zuständigkeitsritzel „Verbrechen der Aggression“ („*crime of aggression*“), doch hat man sich auf die Formulierung dieses Tatbestandes bislang nicht einigen können<sup>10</sup>. Damit ist der IStGH bis zu einer nach Art. 5 Abs. 2 IStGH-Statut anzustrebenden Einigung daran gehindert, seine Zuständigkeit im Hinblick auf das Verbrechen der Aggression auszuüben.

Angesichts dessen wird gerade in Deutschland von namhafter Seite die Ansicht vertreten, das Verbrechen des Angriffskrieges sei nicht zu Völkerwohnheitsrecht erstarkt bzw. es sei nach Nürnberg und Tokio *in desuetudinem* verfallen<sup>11</sup>. Diese Auffassung reduziert jedoch das Gewicht der einschlägigen Verbalpraxis über Gebühr<sup>12</sup>. So hat die Generalversammlung der

Verinten Nationen (VN) die Strafbarkeit des Angriffskrieges nach Völkerrecht in den drei zentralen und mandatorisch gefassten Resolutionen 95 (D/13, 2625 (XXV))<sup>14</sup> und 3314 (XXIX)<sup>15</sup> einstimmig bzw. im Konsensverfahren ausdrücklich bekräftigt. Art. 5 Abs. 1d) IStGH-Statut bedeutet nicht die Abkehr von dieser Verbalpraxis, sondern umgekehrt deren letztes Glied, ist doch der Sinn der Aufnahme dieses Zuständigkeitsritzels gerade in einer völkerrechtlichen Geltungsbekräftigung trotz ausstehender Einigung über eine Definition zu sehen<sup>16</sup>. Im Einklang hiermit ist die völkergewohnheitsrechtliche Geltung des Verbrechens des Angriffskrieges in den Verhandlungen zum IStGH-Statut und danach von keinem Staat bestritten worden<sup>17</sup>. Angesichts dessen überzeugt es nicht, dem Verbrechen des Angriffskrieges die völkergewohnheitsrechtliche Geltung zu bestreiten<sup>18</sup> und einer *prinzipiell* nicht begründbaren<sup>19</sup> Lücke im Besonderen Teil des geltenden Völkerstrafrechts das Wort zu reden. Auf der Grundlage der hier befrworteten völkergewohnheitsrechtlichen Geltung eines Völkerstrafatbestandes zum Angriffskrieg sprechen dann auch überwiegende Gründe dafür, die

- 6 Besonders prägnant *Schmitt*, Das international-rechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz „Nullum crimen, nulla poena sine lege“, Gutachten vom 25.8.1945 (herausgegeben von *Quaritsch*, 1994).
- 7 Zu den politischen Hintergründen lezenswert *Taylor*, Die Nürnberger Prozesse, 1992, insbes. S. 88 ff., 99 ff.
- 8 *Röling/Rüter* (Hrsg.), The Tokyo Judgment, 1977 (Urteil, Bd. 1, S. 1, insbes. S. 28; abw. Meinung des Richters *Pal* zur Strafbarkeit des Angriffskrieges Bd. 2, S. 551 ff., 605), die entsprechenden Passagen sind abgedruckt in U.N. Doc. PCNICC/2002/WGCA/L.1. 24.1.2002, S. 85 ff.
- 9 BGBl. II 2000, S. 1393; abgedruckt in: *Gritzner/Pötz* (Hrsg.), Internationaler Rechts-hilfverkehr in Strafsachen, 2. Aufl. 1980 (Loseblatt), III. 26; zu Art. 5 Abs. 1d) knapp *Kreß*, in: *Gritzner/Pötz*, ebda., vor III. 26 Rdn. 46.
- 10 Eine exzellente Übersicht über die Verhandlungen haben soeben *Westdickenberg/Frisson*, in: *Frowein/Scharoth/Winkelmann/Wolfgram* (Hrsg.), Verhandeln für den Frieden. Negotiating for Peace. Liber Amicorum Tono Eitel, 2003, S. 483, vorgelegt.
- 11 *Bohe*, in: *Greif/Vitzlum* (Hrsg.), Völkerrecht, 2. Aufl. 2001, Rdn. 28. *Tomasschat* EuGRZ 1998, 5, meinte kurz vor der Annahme des IStGH-Statuts: „Nürnberg und Tokio [...] haben sich offenbar erschöpft“.
- 12 Für eine eingehende Analyse muss hier auf die überzeugenden Ausführungen von *Hammitzch*, Der völkerrechtliche Straftatbestand der Aggression, 2001, S. 90–148, ver-wiesen werden.
- 13 Operativer Absatz 1 der Entscheidung v. 11.12.1946; U.N. General Assembly Official Records (GAOR), first session, part II, S. 188: „The General Assembly affirms the principles of international law recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal and the judgment of the Tribunal“.
- 14 Zweiter erläuternder Absatz zum ersten Prinzip des Anhangs zur Entscheidung v. 24.10.1970; U.N. GAOR 25th session, supplement 28, S. 121: „A war of aggression constitutes a crime against peace, for which there is responsibility under international law“.
- 15 Art. 5 Abs. 2 Satz 1 des Anhangs zu Resolution 3314 (XXIX) v. 14.12.1974; U.N. GAOR, 29th session, supplement 31, S. 142 ff.: „A war of aggression is a crime against international peace.“
- 16 Zutreffend *Gajda*, in: *Cassese/Gaeta/Jones* (Hrsg.), The Rome Statute of the Interna-tional Criminal Court: A Commentary, Bd. I, 2002, S. 431.
- 17 Zutreffend *Dinestein*, War, Aggression and Self-Defence, 3. Aufl. 2001, S. 112.
- 18 Wie hier die deutlich herrschende Lehre im Völkerstrafrecht siehe neben *Hammitzch* (Anm. 12) *Bassiouni/Ferencz*, in: *Bassiouni* (Hrsg.), International Criminal Law, Bd. 1: Crimes, 2. Aufl. 1999, S. 313 ff.; *Cassese*, International Criminal Law, 2003, S. 113; *Dinestein* (Anm. 17), S. 113; *Duménil*, in: *Assensio/Deaux/Peller* (Hrsg.), Droit International Penal, 2000, S. 251 ff.; *Griffiths*, International Criminal Law Review 2 (2002), S. 302, 308; *Miller-Schicke*, Leiden Journal of International Law 14 (2001), S. 414; *Triffeter*, in: *ders.* (Hrsg.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 1999, Part 1, Rdn. 61; *Werte*, Völkerstrafrecht, 2003, Rdn. 1156; jedenfalls zu demselben Ergebnis neigend *Gajda* (Anm. 16), S. 430 ff., 440; zögerlich *Zimmermann*, in: *Triffeter*, ebda., Art. 5 Rdn. 16.
- 19 Prägnante Formulierung bei *Duménil* (Anm. 18), S. 262.

nationale Strafverfolgung wegen dieses Verbrechens nach dem *Weltrechtspflegeprinzip*<sup>20</sup> zuzulassen.

Allerdings legen die Zweifel an der völkerrechtlichen Geltung des Verbrechenstatbestandes ein besonders vorsichtiges Vorgehen im Hinblick auf seine inhaltliche Konkretisierung nahe. So erlauben Präzedenzfälle und nachfolgende Verbalpraxis es kaum, die Strafbarkeit der bloßen *Vorbereitung* des Angriffskrieges oder den in der Charta von London noch gesondert aufgeführten Krieg *unter Verletzung internationaler Abkommen* als geltendes Völkerrecht auszuweisen<sup>21</sup>. Dem entspricht der Stand der Verhandlungen über eine Definition des Aggressionstatbestandes gemäß Art. 5 Abs. 2 IStGH-Statut<sup>22</sup>. Behutsamkeit ist sodann vor allem auch im Hinblick auf den völkerstrafrechtlichen Begriff „Angriffskrieg“ selbst geboten, dessen in Nürnberg unterbliebene – Definition immer noch Gegenstand einer kontroversen internationalen Debatte ist.

Nur die folgende *positive* Feststellung lässt sich hierzu ohne weiteres treffen: Es geht um die Anwendung *staatlicher*<sup>23</sup>, *militärischer*<sup>24</sup> Gewalt gegen *Rechtspositionen*<sup>25</sup> eines anderen *States* unter *Verletzung des Völkerrechts*. Jenseits dessen beginnen die Schwierigkeiten.

<sup>20</sup> Diese Frage soll hier nicht vertieft werden; zu meiner grundsätzlichen Position hinsichtlich „Weltrechtspflege und Völkerstrafrecht“ siehe Kieß, ZStW 114 (2002), S. 818 ff. Natürlich teilt der Angriffskriegesstatbestand in dieser Frage die „objektive Zweifelhaftheit“ der Völkerrechtslage nach dem Vorenstreit der IGH-Richter anlässlich des Streits zwischen dem Kongo und Belgien im Haftbefehlfall; überdies ist nicht zu übersehen, dass die Richter Higgins, Kooyimans und Buergethal den Angriffskriegesstatbestand bei ihrer eingehenden Begründung der völkerrechtlichen Geltung des Weltrechtspflegeprinzips *nicht* erwähnen (Nachweise bei Kieß, a. O. S. 827).

<sup>21</sup> Cassese (Anm. 18), S. 114.

<sup>22</sup> U.N. Doc. PCNICC/2002/2/Add. 2, 24. 7. 2002, S. 3f.

<sup>23</sup> Im Zusammenhang mit dem Angriff des 11. 9. 2001 auf das World Trade Center, dessen völkerrechtliche Zurechenbarkeit zu dem Staat Afghanistan nach den bisher bekannten Fakten Zweifeln unterliegt (zu den aktuellen Entwicklungstendenzen in der völkerrechtlichen Zurechnungslehre Kieß, Revue Générale de Droit International Public 105 [2001], S. 93), ist (etwa von Stahn, ZaöRV 62 [2002], S. 250f.) die Frage aufgeworfen worden, ob unser Strafstatbestand auf die Gewaltanwendung global operierender Terroristen erstreckt werden sollte. Diese Frage verweist auf eine mögliche *lex ferenda* und wird hier nicht weiter verfolgt.

<sup>24</sup> Zur nichtmilitärischen Gewalt eingehend Derpa, Das Gewaltverbot der Vereinten Nationen und die Anwendung nichtmilitärischer Gewalt, 1970.

<sup>25</sup> In Betracht kommen hiernach neben der Gewaltanwendung auf fremdem Staatsgebiet Angriffe auf fremde staatliche Außenpositionen; siehe Art. 3d) Anhang zu Resolution 3314 (Anm. 15).

b) *Angriffskrieg und Verletzung des Gewaltverbotes nach Art. 2 Nr. 4 SVN*

Dem Gewaltverbot i. S. v. Art. 2 Nr. 4 SVN unterfällt nach zutreffender herrschender Völkerrechtslehre die nicht konsentrierte Anwendung militärischer Gewalt auf fremdem Staatsgebiet ohne jede Einschränkung, d. h. vor allem auch *unabhängig von ihrer Intensität*<sup>26</sup>. Dies bedeutet eine Ausweitung gegenüber dem Kriegsverbot nach dem Briand-Kellogg-Pakt, das die so genannten Gewaltmaßnahmen „*short of war*“<sup>27</sup> nicht erfasste. Die staatliche Verbalpraxis zum Verbrechen des Angriffskrieges hat die Entwicklung des zwischenstaatlichen Friedenssicherungsrechts vom Kriegs- zum allgemeinen Gewaltverbot<sup>28</sup> bislang nicht nachvollzogen; ein internationaler Konsens im Sinne einer Kongruenz von Gewaltverbot einerseits und völkerstrafrechtlichem Tatbestand des Angriffskrieges andererseits fehlt bis heute. Die gegenwärtigen Verhandlungen über die Definition des Verbrechens der Aggression<sup>29</sup> nach Art. 5 d) IStGH-Statut liefern hierfür nur den letzten Beleg<sup>30</sup>.

Derzeit sucht der Koordinator den Konsens über die Umschreibung des Verbrechens der Aggression als „*an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a flagrant violation of the Charter of the United Nations*“<sup>31</sup>. Danach sind grenzübergreifende Gewaltensätze in kleineren Grenzzwischenfällen oder punktuellen militärischen Operationen – als Beispiel möge die deutsche Rettungsoperation in Albanien am 14. März 1997 dienen<sup>32</sup> – bereits mangels hinreichender Intensität keine Angriffskriege im Sinne des Völkerstrafrechts<sup>33</sup>.

<sup>26</sup> Herdengen, Völkerrecht, 2. Aufl. 2002, S. 225 (Rdn. 5); Kieß, Gewaltverbot und Selbstverweigerungsrecht nach der Satzung der Vereinten Nationen in Fällen staatlicher Verwicklung in Gewaltakte Privater, 1995, S. 169ff., 186ff.; Ranzlzhofner, in: *Sinnia* (Hrsg.), The Charter of the United Nations. A Commentary, Bd. 1, 2. Aufl. 2002, Art. 2 (4), Rdn. 35ff.; a. A. Dahm, Jahrbuch für internationales Recht 11 (1962), S. 50, und heute noch – wenngleich zögerlich – Bothe (Anm. 11), S. 611 (Rdn. 10).

<sup>27</sup> Ein Beispiel liefert die Behandlung des Mandschuren-Konflikts von 1929 durch den Völkerbund; *Brownlie*, International Law and the Use of Force by States, 1963, S. 384ff.

<sup>28</sup> Hierzu konzipiert Bothe (Anm. 11), Rdn. 6ff.

<sup>29</sup> Zu „Angriffskrieg“ und „Aggression“ sogleich im Text.

<sup>30</sup> Siehe die mündliche (die gleichlautende Schriftfassung liegt mir vor) Stellungnahme der britischen Delegation v. 12. 6. 2000, abgegeben in der Vorbereitungs-Kommission für den IStGH: „But there is nothing in international law to say that participation in any such use of force [contrary to the Charter; C. K.] by an individual amounts to the crime of aggression“.

<sup>31</sup> U.N. Document PCNICC/2002/2/Add. 2 v. 24. 7. 2002, S. 3.

<sup>32</sup> Dazu im Einzelnen Kieß, ZaöRV 57 (1997), S. 329.

<sup>33</sup> Cassese (Anm. 18), S. 114; Herdengen (Anm. 26); selbst *Griffiths*, International Criminal

c) *Angriffskrieg (war of aggression), Verbrechen der Aggression (crime of aggression) und Angriffshandlung (act of aggression)*

Am 14.12.1974 hat die Generalversammlung der VN in Resolution 3314 ihren Vorschlag für eine Definition des Begriffs der Angriffshandlung vorgelegt, und zahlreiche Staaten sehen hierin die Bestimmung des Begriffs „Angriffskrieg“. Ausweislich des vierten operativen Absatzes von Resolution 3314 ging es der Generalversammlung freilich darum, dem Sicherheitsrat der VN eine Orientierungshilfe im Hinblick auf die Feststellung einer *Angriffshandlung* nach Art. 39 SVN an die Hand zu geben. Bereits dies weckt Zweifel daran, ob in der Liste der Angriffshandlungen nach Art. 3 des Anhangs zu Resolution 3314 eine völkerrechtliche Definition zu sehen ist. Die Zweifel vertiefen sich in Anbetracht von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Aggressionsdefinition<sup>34</sup> zur Gewissheit im negativen Sinne. Art. 5 Abs. 2, der in nicht wenigen deutschsprachigen Beiträgen zum Thema unerwähnt bleibt<sup>35</sup>, bringt die in den Verhandlungen zur Definition von 1974 deutlich artikulierten Rechtsansicht einer beachtlichen Zahl von Staaten zum Ausdruck, dass nicht jede völkerrechtswidrige Angriffshandlung i. S. v. Resolution 3314 einen von Völkerrechts wegen *strafbaren* Angriffskrieg („*war of aggression*“) darstellt<sup>36</sup>.

Dass in Art. 5 Abs. 1d) IStGH-Statut nicht mehr vom Verbrechen des *Angriffskrieges*, sondern statt dessen vom Verbrechen der *Aggression*<sup>37</sup> die Rede ist, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich an der oben wiedergegebenen Rechtsansicht von der nur begrenzten *strafrechtlichen* Aussage-

kraft der Definition von 1974 nichts geändert hat<sup>38</sup>. So haben sich etwa die USA<sup>39</sup>, das Vereinigte Königreich<sup>40</sup>, die Russische Föderation<sup>41</sup> und Deutschland<sup>42</sup> auch nach der Annahme des IStGH-Statuts der Forderung widersetzt, das Verbrechen der Aggression in Anlehnung an Art. 3 der Definition von 1974 zu definieren. Diese Position zielt nicht auf einen Rückschritt hinter geltendes Völkerstrafrecht. Vielmehr lehnt es diese Gruppe von Staaten bis heute ab, bei der völkerrechtlichen Pönalisierung von militärischer Gewaltanwendung über den Kern des „harten“ Fallrechts von Nürnberg und Tokio hinaus zu gehen und z. B. die Seeblockade (Art. 3c), den Angriff auf staatliche Außenposten (Art. 3d), die Verwendung von Streikkräften unter Verletzung von Truppenstationierungsabkommen (Art. 3e) sowie die einem anderen Staat erteilte Erlaubnis, das eigene Staatsgebiet für Angriffshandlungen zu nutzen (Art. 3f), bei fehlender völkerrechtlicher Rechtfertigung ohne weiteres als völkerrechtliches Verbrechen einzustufen. Dementsprechend sind nach dem oben<sup>43</sup> zitierten aktuellen Definitionsvorschlag nur *qualifizierte* Angriffshandlungen als Aggressionsverbrechen nach Völkerrecht strafbar<sup>44</sup>.

<sup>33</sup> Deshalb werden die Begriffe „Angriffskrieg“ und „Aggression“ im nachfolgenden Text synonym gebraucht.

<sup>34</sup> Mündliche Stellungnahme der Delegation der USA v. 26. 6. 2000 (die gleichlautende Schriftfassung liegt mir vor), abgegeben in der Vorbereitungskommission für den ISGH: „It is significant that by its own terms, UNGA Resolution 3314 defines only a war of aggression as a crime, notably as a crime against international peace“; siehe auch die in American Journal of International Law 95 (2001), S. 400f., abgedruckte Stellungnahme v. 6. 12. 2000.

<sup>35</sup> Mündliche Stellungnahme der britischen Delegation v. 12. 6. 2000 (Anm. 30): „An act of aggression which is not part of an aggressive war (whether declared or undeclared) may give rise to State responsibility. But my delegation remains to be convinced that it constitutes a crime for an individual under international law. [...] It [Art. 3 des Anhangs zu Resolution 3314; C. K.] gives a list of examples as guidance to the Security Council in its task of determining acts of aggression by a State. It does not give reliable guidance on what constitutes the crime of aggression by an individual.“

<sup>36</sup> Nach dem russischen Vorschlag in U.N. Document PCNICC/1999/DP. 12 v. 29. 7. 1999 bedeutet das Verbrechen der Aggression eine der folgende Handlungen: „[P]lanning, preparing, initiating, carrying out a war of aggression.“

<sup>37</sup> U.N. Document PCNICC/2000/WGCA/DP. 4 v. 31. 11. 2000: „[I]t would be clearly mistaken to simply transpose the list of acts of aggression set out in Art. 3 (a) to (g) of the annex to resolution 3314 (XXIX) into a definition of the crime of aggression.“

<sup>38</sup> Anm. 31.

<sup>39</sup> Eberso *Hummrich* (Anm. 12); *Werle* (Anm. 18); Rdn. 1164; im Ergebnis ähnlich *Müller-Schieke*, *Leiden Journal of International Law* 14 (2001), S. 415. *Cassese* (Anm. 18), S. 113f., möchte Art. 3 der Definition von 1974 zwar ohne Absicht zur Bestimmung des objektiven Verbrechenstatbestandes heranziehen, hält jedoch das Erfordernis eines „überschießenden Zieles“ für erwägenswert.

Law Review 2 (2002), S. 319f., der sich in einer aktuellen und gründlichen Abhandlung zur Definition der Völkerstrafat „Aggression“ für eine enge Anlehnung an Art. 2 Nr. 4 SVN ausspricht, bejaht eine Intensitätsschwelle. Ohne die notwendige begriffliche Differenzierung zwischen Gewalt- und Angriffskriegsverbot hingegen etwa *Doehring, in: Ienssee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VII, 1992, S. 691f. (Rdn. 6).

<sup>34</sup> Anm. 15.

<sup>35</sup> So erklärt sich etwa die unzutreffende Aussage bei *Geheing*, GA 1976, 107. „Am 14. Dezember 1974 hat die Vollversammlung der Vereinten Nationen die Definition über den *Angriffskrieg* [...] beschlossen“. Zutreffend dagegen *Hummrich* (Anm. 12), S. 70ff., 87f., 112f.

<sup>36</sup> Detailliert nachgewiesen im Standardwerk von *Brubaker*, *Die Definition der Aggression*, 1980, S. 126ff.

<sup>37</sup> In der amtlichen deutschen Übersetzung (Anm. 9) ist der englische Begriff „*crime of aggression*“ bewusst nicht durch „*Verbrechen der Angriffshandlung*“, sondern durch „*Verbrechen der Aggression*“ übersetzt worden.

d) Die eindeutige Völkerrechtswidrigkeit des Gewaltensatzes und der spezifische Umrechtsgehalt des Angriffskrieges

Bei den andauernden Verhandlungen zum Verbrechen der Aggression spielt das Kriterium der *Eindeutigkeit* der Völkerrechtswidrigkeit eine wichtige Rolle. Nachdem sich einige Staaten<sup>45</sup> für ein solches Kriterium ausgesprochen haben, findet es in dem jüngsten Diskussionspapier insofern seinen Niederschlag, als das Verbrechen der Aggression hierin als eine Angriffshandlung umschrieben wird, die in *flagranter*<sup>46</sup> Weise gegen die SVN verstoßt. Das Kriterium der Flagranz zielt nicht so sehr darauf zu verhindern, dass das Verdict des Angriffskrieges auf den nur *formellen* Mangel der Verletzung der Anzeigepflicht nach Art. 51 Satz 2 Halbsatz 1 SVN gegründet wird<sup>47</sup>. Vielmehr steht hinter diesem Kriterium die Einsicht, dass das völkerrechtliche *ius contra bellum* mit mehr und vor allem mit tiefer reichenden Zweifelsfragen behaftet ist, als ein flüchtiger Blick auf den Text<sup>48</sup> der Art. 2 Nr. 4, 39ff. und 51 SVN glauben macht<sup>49</sup>. Die Weite des Spektrums ernsthaft diskutabler Rechtsauffassungen hat bereits die frühe Kontroverse zwischen den bedeutenden englischen Völkerrechtlern *Bowett* und *Brownlie* um das völkerrechtliche Selbstverteidigungsrecht deutlich erkennen lassen: Während *Bowett*<sup>50</sup> die bewaffnete völkerrechtliche Notwehr zur Verteidigung zahlreicher Rechtspositionen, im Ausnahmefall sogar bis hin zu solchen wirtschaftlicher Natur anerkennt, begrenzt *Brownlie*<sup>51</sup> das Notwehr- und Nothilferecht auf die Verteidigung gegen einen bewaffneten Angriff eines anderen Staates<sup>52</sup>. Diesem akademischen Dissens korrespondieren voneinander abweichende staatliche Rechtsüberzeugungen. Zweifelsfragen dieser Bandbreite, zu denen Kontroversen etwa um die humanitäre Inter-

vention oder – wie sich unten<sup>53</sup> zeigen wird – um die Auslegung von Resolutionen des Sicherheitsrates der VN hinzuretzen, müssen in der Praxis angesichts der Seltenheit von *internationalen* Judikaten<sup>54</sup> und angesichts einer inkonsistenten Praxis des Sicherheitsrates der VN bei der Feststellung von Angriffshandlungen nach Art. 39 SVN<sup>55</sup> auf Dauer „ausgehalten“ werden. Doch während über die Lösung der Streitfragen in Völkerrechtspraxis und -lehre mit geringer Aussicht auf Einigkeit geritten wird, besteht weitgehender Konsens über die seriöserweise diskutablen Fallgruppen.

Das Kriterium der Flagranten bzw. eindeutigen Verletzung des Gewaltverbotens bringt die Überzeugung einer beachtlichen Staatengruppe zum Ausdruck, dass in der Grauzone des Gewaltverbots nach der SVN die Schwelle zum völkerstrafbaren Angriffskrieg nicht überschritten wird. Während es der betreffenden Staatengruppe nicht um die Rückbildung von Völkergewohnheitsrecht. Vielmehr ist den völkerrechtlich umstrittenen Fällen äußerer staatlicher Gewaltanwendung gemeinsam, dass sie sich von den in Nürnberg und Tokio behandelten historischen Präzedenzfällen des Eroberungs- bzw. Hegemonialkrieges wesentlich unterscheiden. Die Eindeutigkeitslösung dient also – in den Denkkonformen des *common law* – dem „*distinguishing*“ und ist damit nur vordergründig formal. In der Sache weist sie einen „verdeckten Unrechtsbezug“ auf. Von der Völkerstrafdrohung verlässlich ausgenommen werden hierdurch nämlich bestimmte Fälle der Gewaltanwendung, denen nach einer in Praxis<sup>56</sup> und Lehre<sup>57</sup> verbreiteten An-

<sup>45</sup> Etwa Deutschland (Anm. 42), vor allem unter 8., 9., 10. und 22., und Kamerun, U.N. Document A/CONF.183/C.1/L.39, v. 2.7.1998, S. 15.

<sup>46</sup> (Anm. 31), S. 3 (unter 1.); zutreffend zu dem Zusammenhang mit dem deutschen Vorschlag *Clarke*, Leiden Journal of International Law 15 (2002), S. 876 (Anm. 58).

<sup>47</sup> Anders der von *Hummich* (Anm. 12), S. 217f., nahe gelegte Eindruck.

<sup>48</sup> Zu den methodischen Streitfragen hinsichtlich der Bedeutung der Staatenpraxis für die Normfeststellung im modernen Friedenssicherungsrecht *Kieß* (Anm. 26), S. 29ff.

<sup>49</sup> Leider fehlt bis heute eine über gedrangtes Lehrbuchformat hinausgehende deutschsprachige Gesamtdarstellung des Friedenssicherungsrechts; vgl. demgegenüber nur die aktuellen englischsprachigen Monografien von *Dinstein* (Anm. 17); *Gray*, International Law and the Use of Force, 2000, und *Franck*, Recourse to Force. State Actions Against Threats and Armed Attacks, 2002.

<sup>50</sup> Self-Defence in International Law, 1958, S. 106, 112f., 182ff.

<sup>51</sup> (Anm. 27), S. 264ff. Für eine Umsetzung von *Brownlie's* restriktiver Linie in den Kontext des Völkerstrafrechts jetzt *Griffiths*, International Criminal Law Review 2 (2002), S. 332.

<sup>52</sup> Eingehend zu diesem Streit und im Ergebnis vermittelnd *Kieß* (Anm. 26), S. 169ff.

<sup>53</sup> Unter II. 3. a.

<sup>54</sup> Das 1986 ergangene Sachurteil des Internationalen Gerichtshofs (IGH) im Streitfall zwischen Nicaragua und den USA (ICJ Reports 1986, S. 12) ist eine Ausnahme. Ergebnisse dieses mit zahlreichen zweifelhaften *obiter dicta* durchsetzten Urteils waren im Übrigen die Rücknahme der US-amerikanischen Unterwerfungserklärung unter die Gerichtsbarkeit des IGH und *neue* Streitfragen. Zu letzterer Konsequenz siehe die im Wesentlichen gleich lautenden Urteilskritiken von *Dinstein* (Anm. 17), S. 174ff., und *Kieß* (Anm. 26), S. 186ff.; eine Verteidigung des IGH gegen diese Kritik liefert *Gray* (Anm. 49), S. 126.

<sup>55</sup> Erst die Zukunft könnte erweisen, ob der Sicherheitsrat zu einem konsistenten Umgang mit Art. 39 SVN fände, wenn der Feststellung einer *Angriffshandlung* i. S. v. Art. 39 SVN – wie in Art. 5 Abs. 2 ISGH-Statut angedeutet – eine gewisse völkerstrafrechtliche Bedeutung zugemessen würde. Zum aktuellen Verhandlungsstand U.N. Doc. PCNICC/2002/2/Add. 2 v. 24.7.2002, S. 3f. (unter 4./5.).

<sup>56</sup> Zur deutschen Position, die freilich statt einer tatbestandlichen Fixierung mit Regelbeispielen arbeitet, siehe U.N. Document PCNICC/2000/WGCA/DP. 4 v. 31.11.2000, unter 10.

<sup>57</sup> Aus dem völkerstrafrechtlichen Schrifttum *Glasser*, Festschrift für Rittler, 1957, S. 388;

*Cassese* (Anm. 18), S. 116; *Hummich* (Anm. 12), S. 150ff., 216 (mit Fn. 1077), 218ff.; *Werle* (Anm. 18), Rdn. 1159.

sicht der gegenüber dem schlicht völkerrechtswidrigen Gewaltensatz *spezifische* Unrechtsgehalt des Angriffskrieges fehlt.

Vielfach wird freilich versucht, diesen spezifischen Unrechtsgehalt auf der Ebene des *Gesamtziel*<sup>58</sup> direkt auf den Begriff zu bringen. Die entsprechenden Bestrebungen gehen im Kern übereinstimmend dahin, jedenfalls solche Gewaltensätze herauszufiltern, die nicht auf die Verwirklichung von völkerrechtlichem Unrecht jenseits der unzulässigen Gewaltanwendung zielen. Die sachliche Nähe zur Eindeutigkeitslösung wird augenfällig, wenn man sich an den Ansatz erinnert, den *Hailbronner* seinem bedeutsamen Vortrag von 1985 zum Gewaltverbot vor der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht zugrunde gelegt hat. *Hailbronner* zog damals zahlreiche Fallgruppen „nicht eindeutig völkerrechtswidrigen“ Gewaltensatzes unter der Formel „begrenzte Gewaltanwendung zu ‚nicht-aggressiven‘ Zwecken“ zusammen<sup>59</sup>.

Jedoch begegnet der Versuch der begrifflichen Fixierung des Nürnberger Fallrechts über die Formulierung spezifisch völkerrechtswidriger, und in diesem Sinn aggressiver Gesamt-Ziele erheblichen Schwierigkeiten. Zu einem entsprechenden Konsens ist es in der Verbalpraxis nach Nürnberg und Tokio bereits deshalb nicht gekommen, weil eine große Staatengruppe zu meist blockfreier Staaten eine mit dem Gewaltverbot nach Art. 2 Nr. 4 SVN möglichst kongruente Fassung des Tatbestandes anstrebt. Unabhängig davon besteht noch keine Einigkeit, wie ein entsprechendes Gesamt-Ziel im Lichte von Nürnberg am besten zu fassen wäre. Der in den bisherigen Verhandlungen<sup>60</sup> prominenteste Versuch hebt alternativ auf die Ziele der Annexion und der militärischen Besetzung ab<sup>61</sup>. Doch bleibt dieser Vorschlag

Anfechtungen ausgesetzt. So erscheint die Formulierung insoweit zu eng, als sie etwa die Vernichtung oder Vertreibung einer Zivilbevölkerung durch einen reinen Luftkrieg nicht zu erfassen vermag<sup>62</sup>. Und umgekehrt warf bereits der Gewaltensatz der NATO im Fall Kosovo die Frage auf, ob mit der militärischen Besetzung ein *per se* unrechtershöhendes Kriterium benannt ist. Denn an und für sich ist die militärische Besetzung unrechtsneutral, sofern sie völkerrechtskonform praktiziert wird; ja eine kraftvolle militärische Besetzung kann zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in einem fragilen Übergangszustand von Völkerrechts wegen geradezu geboten sein. Wenn die militärische Besetzung im Kontext des Aggressionsverbrechens unrechtershöhend verwendet wird, so dürfte dies deshalb letztlich auf die völkerrechtlichen Rechtsgüter der territorialen Integrität<sup>63</sup> und der politischen Unabhängigkeit des besetzten Staates zielen. Die territoriale Integrität ist im Falle einer Besetzung dann betroffen, wenn diese auf Dauer angelegt ist und sich deshalb als verkappte Annexion darstellt. Ansonsten ist *typischerweise* die politische Unabhängigkeit des besetzten Staates beeinträchtigt. Letzteres gilt jedoch nicht *notwendigerweise*, wenn man – was nicht durchgängig geschieht<sup>64</sup> – das Rechtsgut der politischen Unabhängigkeit auf die nach „Abzug“ der völkerrechtlichen Pflichten verbleibende staatliche Willensbildungsfreiheit begrenzt<sup>65</sup>. Denn die so verstandene politische Unabhängigkeit ist nicht verletzt, wenn eine Besetzung in zeitlicher und räumlicher Hinsicht auf das Maß begrenzt bleibt, das erforderlich ist, um Völkerrecht – etwa verbindliche Menschenrechte oder geschuldete Rüstungskontrollen – *durchzusetzen*.

Danach erscheint es überlegenswert, ob sich das nach geltendem Völkerrechtsgewohnheitsrecht zu fordernde spezifische Unrecht der Völkerstrafat des

<sup>58</sup> Die strafrechtsdogmatische Problematik „Absicht und Gesamttat“ wird bislang – soweit ersichtlich – nur beim Völkermordtatbestand erörtert; hierzu *Vest*, ZStW 113 (2001), S. 480; *Kreß*, in: MüKo StGB, Bd. 3, 2003, § 220 a StGB/§ 6 VStGB Rdn. 13 ff., 78 ff. Doch lässt bereits das Nürnberger Urteil des IMT (Ann. 5) erkennen, dass sich beim Verbrechen der Aggression ähnliche Fragen stellen; vgl. insbesondere die Urteils-passagen zur *conspiracy* a. a. O. S. 250 ff.

<sup>59</sup> Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 26 (1985), S. 50, 56, 58, 63, 67 ff.; nimmt man den kritischen Redebeitrag von *Sinna*, ebd., S. 123, hinzu, so antizipiert die Tagung der deutschen Völkerrechtsgelahrten von 1985 fast das aktuelle völkerstrafrechtliche *pro et contra* bei *Cassese* (Ann. 18), S. 116.

<sup>60</sup> Zu den bisherigen Bemühungen minutios *Westdickenberg/Fixson* (Ann. 10), S. 505 ff., 514 ff.

<sup>61</sup> U.N. Document PCNICC/2002/2/Add. 2 v. 24. 7. 2002, S. 3 (Optionen 1 und 2 unter 1.); siehe auch die Erklärung des Vereinigten Königreichs (Ann. 30): „The qualification [...] which relates to the establishment of a military occupation or annexation of the

territory of another State appears to us to reflect what is indeed the essence of the crime of aggression.“ Aus der Lehre ebenso *Hammitich* (Ann. 12), S. 215 ff., 239 f., der jedoch zusätzlich verlangt, der Gewaltensatz müsse sich gegen die territoriale Integrität oder politische Unabhängigkeit des Zielstaates richten, und dabei eine wenig einleuchtende Aufteilung nach objektiver und subjektiver Tatsache vornimmt.

<sup>62</sup> Diese Fälle erfasst zu Recht der deutsche Vorschlag (Ann. 42), unter 10.

<sup>63</sup> Zu ihr eingehend *Bowett* (Ann. 50), S. 29 ff.; knapp *Kreß* (Ann. 26), S. 172 f.

<sup>64</sup> Von einem weiten Begriff der politischen Unabhängigkeit gehen in unserem Kontext etwa aus *Fixson/Westdickenberg* (Ann. 10), S. 511, und offenbar auch *Griffiths*, *International Criminal Law Review* 2 (2002), S. 367 f.; *Fixson/Westdickenberg* (a. a. O.) erwähnen deshalb eine eingrenzende Bestimmung der politischen Unabhängigkeit im Tatbestand des Angriffskrieges.

<sup>65</sup> In diesem Sinn eingehend *Bowett* (Ann. 50), S. 42 ff.; *Franzke*, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 16 (1966), S. 149; ähnlich zuletzt im Hinblick auf die Souveränität *Fassbender*, EuGRZ 2003, 5.

Angriffskrieges durch das Gesamttat-Ziel der Verletzung der territorialen Integrität und politischen Unabhängigkeit des betroffenen Staates auf den Begriff bringen lässt<sup>66</sup>. Während der Verletzung dieser Rechtsgüter in der Formulierung des Gewaltverbots der SVN nach der zutreffenden herrschenden Lehre<sup>67</sup> nur exemplarische Bedeutung zukommt, und während der Hinweis auf diese Rechtsgüter in Art. 1 des Anhanges zu Resolution 3314 einen Formelkompromiss darstellt<sup>68</sup>, wäre das Ziel der Verletzung eines dieser beiden Rechtsgüter für die Völkerstrafat des Angriffskrieges nach der hier zur Diskussion gestellten Deutung des geltenden Völkerrechts konstitutiv.

Hiernach spricht einiges für den Versuch, den spezifischen Unrechtsgehalt des Verbrechens des Angriffskrieges nach geltendem Völkergewohnheitsrecht nicht „verdeckt“ durch das Kriterium der eindeutigen (oder fragranten) Völkerrechtswidrigkeit des Gewaltensatzes zu erfassen, sondern offen durch das Gesamttat-Ziel der Verletzung der – jeweils eng verstandenen – territorialen Integrität oder politischen Unabhängigkeit zu benennen. Will man dem nicht folgen, so verbleibt als mögliche Alternative zur Eindeutigkeitslösung nur eine stärker kasuistische Aufzählung spezifisch völkerrechtswidriger Zielsetzungen. Als solche hat Deutschland in einem neueren Diskussionspapier beispielhaft die Annexion, die massive Zerstörung, die Verichtung, die Deportation oder zwangsweise Übersiedlung der Bevölkerung des angegriffenen Staates und die Plünderung dieses Staates unter Einchluss seiner Bodenschätze aufgeführt<sup>69</sup>.

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten: Der Begriff des Angriffskrieges im geltenden Völkerstrafrecht<sup>70</sup> erfordert jedenfalls eine *massive* Gewaltanwendung in *eindeutiger* Verletzung des Gewaltverbotes nach Art. 2 Nr. 4 SVN. Gute Gründe sprechen im Übrigen dafür, ein „überschießendes“ Ge-

samt-Ziel zu verlangen, das den spezifischen Unrechtsgehalt des Angriffskrieges in Anlehnung an die historischen Präzedenzfälle offen (und nicht wie das Kriterium der Eindeutigkeit lediglich verdeckt) zum Ausdruck bringt. Insofern besteht jedoch noch erhebliche Unklarheit. Anfechtbar erscheint es, entscheidend auf Annexion und militärische Besetzung abzustellen. Mehr spricht demgegenüber dafür, das über die unzulässige Gewaltanwendung hinaus gehende Unrecht in der (avisierten) Verletzung der (jeweils eng verstandenen) territorialen Integrität oder politischen Unabhängigkeit des Zielstaates zu sehen. Denkbar ist schließlich auch eine in dieselbe Richtung zielende kasuistische Aufzählung spezifisch völkerrechtswidriger Zielsetzungen.

## 2. Der Begriff „Angriffskrieg“ in § 80 StGB

### a) Völkerstrafrechtskonforme Auslegung

Der Begriff des Angriffskrieges in § 80 StGB ist völkerstrafrechtskonform und damit in dem soeben dargelegten engen Sinn zu bestimmen<sup>71</sup>. Zwar hat der Gesetzgeber § 80 StGB anders als § 220a StGB a. F. nicht als Weltrechtsplegedelikt konzipiert<sup>72</sup>, so dass auch an eine über das Völkergewohnheitsrecht hinaus gehende autonom-deutsche Begriffsbestimmung gedacht werden kann<sup>73</sup>. Doch ist der Begriff „Angriffskrieg“ völkerrechtlicher oder nach der Fortentwicklung des Friedenssicherungsrechts vom Kriegsverbot des Briand-Kellogg-Paktes zum Gewaltverbot der SVN genauer: völkerstrafrechtlicher Provenienz. Deshalb spricht zunächst einmal eine Vermutung für den Rekurs auf das Völkerstrafrecht. Entscheidend kommt hinzu, dass in den Beratungen zu § 80 StGB<sup>74</sup>, wie bereits zuvor in denen zu Art. 26 Abs. 1 GG<sup>75</sup>, ausdrücklich auf das Völkerstrafrecht Bezug genommen wor-

<sup>66</sup> Für entsprechende Vorschläge siehe U.N. Doc. PCNICC/1999/WGCA/RT1 v. 9.12.1999; PCNICC/2001/WGCA/DP.2 v. 27. 8. 2001.

<sup>67</sup> Siehe Anm. 26.

<sup>68</sup> *Brnha* (Anm. 36), S. 242.

<sup>69</sup> Siehe Anm. 42 (unter 3.9.): „Such attacks regularly pursue objectives unacceptable to the international community as a whole, such as annexation, mass destruction, annihilation, deportation or forcible transfer of the population of the attacked State or parts thereof, or plundering of the attacked State, including its natural resources.“

<sup>70</sup> Nach geltendem Völkerrecht zu vernennen ist sowohl eine *materiell-rechtliche* Bindungswirkung von Feststellungen des Sicherheitsrates nach Art. 39 SVN als auch eine *Strafverfolgungsvoraussetzung* „Feststellung einer Angriffshandlung“ durch dieses Organ. Dies kann hier nicht im Einzelnen begründet werden; siehe dazu die gründliche und im Kern zutreffende Analyse von *Hummrich* (Anm. 12), S. 222ff.; *de lege ferenda* eingehend *Westdickenberg/Fixson* (Anm. 10), S. 516ff.

<sup>71</sup> *Werte* (Anm. 18), Rdn. 1180; für eine völkerstrafrechtskonforme Auslegung plädiert jetzt auch der Generalbundesanwalt (GBA) in seiner Entscheidung, im Hinblick auf die deutsche Gewährung von Nutzungsrechten gegenüber den USA und die Mitwirkung an AWACS-Flügen im türkischen Luftraum kein Ermittlungsverfahren gegen Mitglieder der Bundesregierung einzuleiten. Die Entscheidung des GBA ist in der *Presseerklärung* v. 21. 3. 2003 vollständig wiedergegeben; abgedruckt in JZ 2003/18 mit Anm. *Krefß*.

<sup>72</sup> Dazu näher unten IV.

<sup>73</sup> Dafür *Miller*, Die Pönalisierung des Angriffskrieges im Grundgesetz und Strafrecht, in: *Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Diss. Heidelberg 1970, S. 83ff.

<sup>74</sup> Siehe den Verweis auf die Arbeit der Völkerrechtskommission zum Völkerstrafrecht in BT-Drucks. V/2860, S. 2.

<sup>75</sup> Siehe nur *Hobe*, in: *Friauf/Höfling*, Berliner Kommentar zum GG, Bd. 2, 2000, Art. 26 Rdn. 7.

den ist. Dass der Pönalisierungsauftrag des zweiten Satzes von Art. 26 Abs. 1 GG in der Folge insoweit unerfüllt bleibt, als sonstige zur Störung des Völkerfriedens geeignete Handlungen von § 80f. StGB ausgenommen bleiben, ist in Anbetracht der bewussten<sup>76</sup> Entscheidung des Strafgesetzgebers, nur den Fall des Angriffskrieges aus Art. 26 Abs. 1 Satz 1 GG zu übernehmen, hinzunehmen.

b) *Zusatzüberlegungen im Zusammenhang mit der Beschränkung des Begriffs „Angriffskrieg“ nach § 80 StGB auf eindeutige Verstöße gegen Art. 2 Nr. 4 SVN*

Danach ist der Begriff des Angriffskrieges auch im deutschen Strafrecht jedenfalls auf massive Gewaltanwendung unter eindeutiger Verletzung von Art. 2 Nr. 4 SVN zu beschränken. Das entspricht der herrschenden Strafrechtslehre<sup>77</sup>, der nunmehr auch der Generalbundesanwalt<sup>78</sup> beigetreten ist. Soweit im deutschen Schrifttum<sup>79</sup> demgegenüber darauf hingewiesen wird, dass auch über die Frage der Eindeutigkeit gestritten werden kann, ist dem nicht zu widersprechen. Gerade der Gewaleinsatz gegen den Irak liefert ein Beispiel für Dissens in der Frage der Eindeutigkeit<sup>80</sup>. Doch ist der herr-

schenden Lehre angesichts des oben<sup>81</sup> aufgezeigten weitreichenden Konsenses der Völkerrechtler über die ernsthaft diskutablen Fallgruppen darin zuzustimmen, dass sich über das Kriterium der völkerrechtlichen „Eindeutigkeit“ ein Gewinn an Bestimmtheit für das deutsche Strafrecht erzielen lässt.

Ein mögliches *verfassungsrechtliches* Argument für die Norwendigkeit, jedenfalls bestimmte anerkannte Grauzonen-Fälle aus § 80 StGB auszuklammern, soll hier mangels eigener Fachkompetenz nur zur Diskussion gestellt werden. Die Bundesregierung hat in den Fällen „Albanien 1997“, „Kosovo 1999“ und „Afghanistan 2001“ zu drei völkerrechtlich ernsthaft umstrittenen Fallgruppen des Gewaleinsatzes nach außen<sup>82</sup> immerhin dadurch Position bezogen, dass sie die völkerrechtliche Zulässigkeit ihres Vorgehens behauptet hat. Es erscheint nicht ganz unproblematisch, einem Strafgericht bzw. – im Zuge der Normverifikation nach Art. 100 Abs. 2 GG<sup>83</sup> – dem Bundesverfassungsgericht die „Überprüfung“ einer (jedenfalls) *vertretbaren* Rechtsauffassung der zur Gestaltung der Außenpolitik primär beratenden Regierung zu eröffnen. Während es sich für den Falltyp „Albanien“ um eine im Kern „statische Zweideutigkeit“ der Rechtslage handelt<sup>84</sup>, lässt sich die Frage am Beispiel „Kosovo“ noch zuspitzen, denn hier geht es wohl um

<sup>76</sup> BT-Drucks. V/2860, S. 2.

<sup>77</sup> Geppert, Gedächtnisschrift für Meurer, 2002, S. 325; Kindhäuser, Lehr- und Praxiskommentar (LPK) StGB, 2002, § 80 Rdn. 3; Lachner/Kühl, StGB, 24. Aufl. 2001, § 80 Rdn. 2; Laufhütte, in: LK, 11. Aufl. 1992, § 80 Rdn. 2; Rudolph, in: SK StGB, § 80 Rdn. 3; Sonnen, in: AK StGB, 1986, § 80 Rdn. 18; Sirel/Semler/Lieber, in: Schönke/Schröder, 26. Aufl. 2001, § 80 Rdn. 4; a. A. Basse, NStZ 2000, 633. KG JR 2001, 472/474, zitiert die herrschende Lehre mit erkennbarem Wohlwollen, lässt die Frage aber letztlich unentschieden. Im verfassungsrechtlichen Schrifttum wird das Kriterium der Eindeutigkeit von Hobe in: *Friauf/Höflich*, GG, Art. 26 Rdn. 10, und Doehring (Anm. 33), S. 692 (Rdn. 6), thematisiert.

<sup>78</sup> Siehe Anm. 71.

<sup>79</sup> Tröndle/Fischer, StGB, 51. Aufl. 2003, Rdn. 3. Soweit hier (a. a. O. Rdn. 1) moniert wird, dass durch die Verwendung des Begriffs „Angriffskrieg“ die Frage der völkerrechtlichen „Rechtferkung“ stratrechtsdogmatisch auf die *Tatbestandsebene* verlagert wird, ist zu bemerken, dass sich das Sachproblem auch nicht dadurch „strafrechtsdogmatisch erledigen“ ließe, dass man die Frage der völkerrechtlichen Zulässigkeit des Gewaleinsatzes durch eine entsprechende Definition auf die Ebene der Rechtswidrigkeit verlagerte. Einen Versuch der Definition des Angriffskrieges unter Ausklammerung der völkerrechtlichen Rechtfertigung unternimmt Sternhaken, Der Strafrechtbestand des Friedensverrats (§ 80 StGB) und die Erfordernisse des Bestimmtheitsgrundsatzes (Art. 103 Abs. 2 GG), Diss. Köln 1969, S. 56; die mit der völkerrechtlichen Zulässigkeit des Gewaleinsatzes verbundenen Sachfragen bleiben in dieser Arbeit (in der Folge?) unerörtert.

<sup>80</sup> Vgl. einerseits *Wolffm*, Süddeutsche Zeitung v. 22./23. 3. 2003: „ganz eindeutig“

rechtswidrig, andererseits *Lorz*, Rheinische Post v. 20. 3. 2003: „wackelige Rechtsgrundlage“.

<sup>81</sup> Unter II. 1. c.

<sup>82</sup> Jeweils statt vieler zur gewaltsamen Rettung eigener Staatsangehöriger *Kreß* (Anm. 32), zur humanitären Intervention *Holzgräf/Keohane* (Hrsg.), *Humanitarian Intervention*, 2003, und zur staatlichen Verwicklung in (Terror-)Gewaltakte *Privater Kräfte*, AVR 40 (2002), S. 199.

<sup>83</sup> Vgl. den Hinweis in KG JR 2001, 472 auf Art. 100 Abs. 2 GG. Zur inkonklusiven Diskussion über die Bedeutung von Art. 100 Abs. 2 GG für Verfahren nach § 80 StGB im Sonderausschuss für die Strafrechtsreform siehe die Erklärungen der Abgeordneten *Andri, Gade, Köppler* und *Müller-Emmert*, 5. Wahlperiode, 100. Sitzung, S. 1985f. Weder das Kammergericht noch die Abgeordneten erkennen, dass an der Vorlagefähigkeit nach Art. 100 Abs. 2 GG Zweifel bestehen, weil das Völkerstrafrecht als solches kein tauglicher Prüfungsgegenstand ist (so zuletzt BVerfG EuGRZ 2001, 77). Die Identität von völkervertrags- und völkergewohnheitsrechtlichen *ius contra bellum* ist aber gerade dann kaum überzeugend zu begründen, wenn man die im Text angesprochenen Zweifelsfälle nach der SVN (Völkervertragsrecht) als völkerrechtswidrig bewertet. Auch insoweit betrüblich flüchtig IGH, ICJ Reports 1986, S. 96 (Nr. 181), zu Recht kritisch die abweichende Meinung von *Str Jennings* a. a. O., S. 542ff; im deutschen Schrifttum zurechtend *Randelzhofer* (Anm. 26), Art. 2 (4) Rdn. 66.

<sup>84</sup> *Das pro et contra* hatten *Bowert* (Anm. 50), S. 87ff, einerseits und *Brownlie* (Anm. 51), S. 298ff, andererseits bereits frühzeitig auf den Punkt gebracht; zur Bedeutung der seitherigen Praxis *Kreß*, ZaöRV 57 (1997), S. 346.

die Variante des möglicherweise noch unabgeschlossenen völkerrechtlichen Normwandels<sup>85</sup>. Zu diesem hat die Bundesregierung mit ihrer Befürwortung der nicht nach Kapitel VII der SVN mandatierten kollektiven humanitären Intervention – wenn auch zögerlich, äußerst behutsam und vielleicht auch unter Einschluss von bündnispolitischen Erwägungen – Stellung bezogen. Für diese Position lassen sich völkerrechtspolitische Gründe von Gewicht benennen<sup>86</sup>. Sollte das Bundesverfassungsgericht die in einem solchen Fall notwendigerweise auch völkerrechtspolitische Bewertung der Bundesregierung nicht nur nach innen hin korrigieren, sondern auch nach außen durch einen gegenläufigen Akt deutscher Staatspraxis relativieren dürfen?

<sup>85</sup> Auch im Falltypus „Afghanistan“ wird vielfach ein Normwandel angenommen. Das deutsche Meinungsbild zu dieser die gegenwärtige Diskussion zum *ius contra bellum* beherrschenden Fallgruppe scheint sich nach der militärischen Reaktion der Anti-Terror-Allianz auf den Angriff auf das World Trade Center jedenfalls unter zwei Gesichtspunkten zu verschieben: *Erstens* war bis 2001 die Forderung eines *staatlichen* bewaffneten Angriffs als *conditio sine qua non* völkerrechtlicher Selbstverteidigung in Deutschland ganz herrschende Lehre (aus dem neueren Schrifttum etwa noch *Bothe* [Ann. 11], S. 611f. [Rdn. 11]; *Blumenwitz*, ZRP 2002, 104f.). Seltener nehmen jedoch die Befürworter der von mir (Ann. 26, S. 206ff.) 1995 eingehend begründeten Gegenauffassung zu; siehe etwa *Brubal/Bortfeld*, Vereinte Nationen 2001, 164, 166; *Herdegen* (Ann. 26), S. 230f. (Rdn. 15); *Krajewski*, AVR 40 (2002), S. 199; *Stahn*, Fletcher Forum of World Affairs, 2003, S. 35; vorsichtige Öffnung in diese Richtung auch bei *Tomuschat*, EuGRZ 2002, 540; zu einer deutlichen Annäherung im Ergebnis führt die Absenkung der Zurechnungsschwelle auf die „bloße wissenschaftliche Duldung“ bei *Teitel/Nowrot*, NZWehr 2002, 11. Im anglo-amerikanischen Schrifttum war das Meinungsbild bereits vor 2001 unübersichtlich; eingehender Überblick bei *Kreß*, a. a. O. S. 147ff., aus dem neueren Schrifttum für ein Selbstverteidigungsrecht gegen bestimmte nichtstaatliche bewaffnete Angriffe *Dinstein* (Ann. 17), S. 213ff.; *Franck*, American Journal of International Law 95 (2001), S. 840f. (der Aufsatz ist als eine Antwort auf „viele deutsche Gegenstimmen“ formuliert!); *Greenwood*, San Diego International Law Journal 4 (2003), S. 16; skeptisch (jedemfalls noch im Jahre 2000) *Gray* (Ann. 49), S. 115ff.; einen Völkerrechtswandel sieht *Ratner*, American Journal of International Law 96 (2002), S. 909f. *Zweitiens* wird in Fällen sog. Anhängungen von Angriffen (*accumulation of events*) nun auch im deutschen Schrifttum zunehmend die Möglichkeit anerkannt, die einzelnen Angriffe zu einem *Dauerangriff* zusammenzufügen, was das Urteil über die Gegenwärtigkeit zugunsten des angegriffenen Staates verschiebt. In diesem Sinne bereits 1995 – freilich in recht engen Grenzen – *Kreß*, a. a. O. S. 196ff.; jetzt ähnlich *Brubal/Bortfeld*, a. a. O. S. 165; *Krajewski*, a. a. O. S. 201f.; *Krings/Bartczak*, DOV 2002, 510; *Kugelmann*, Jura 2003, 381; *Teitel/Nowrot*, a. a. O. S. 13f.; *Tomuschat*, a. a. O. S. 542f.; aus dem italienischen Schrifttum *Condorelli*, Revue Générale de Droit International Public 105 (2001), S. 842. Die zahlreichen Stimmen, die im anglo-amerikanischen Schrifttum bereits vor 2001 in diese Richtung wiesen, sind bei *Kreß*, a. a. O. S. 197f. (Fn. 839) nachgewiesen; speziell zu Afghanistan *Greenwood*, a. a. O.

<sup>86</sup> Dazu eingehend *Kreß*, NJW 1999, 3077.

Interessanterweise wird im *Verfassungsprozessrecht* aus diesem Grund die Beschränkung des Prüfungsumfanges im Verfahren nach Art. 100 Abs. 2 GG diskutiert<sup>87</sup>. Wenn der dieser Ansicht zugrunde liegende Gedanke richtig ist, wäre speziell im Hinblick auf § 80 StGB das *materiell-strafrechtliche* Kriterium der Eindeutigkeit wohl der einfachere Weg, um diesem Gedanken Rechnung zu tragen.

g) *Der bisherige Meinungsstand zu § 80 StGB im Hinblick auf das Erfordernis einer spezifisch völkerrechtswidrigen Zielsetzung*

Bei völkerstrafrechtskonformer Auslegung des Begriffs „Angriffskrieg“ im § 80 StGB liegt es in der Konsequenz der obigen Analyse des Völkerrechtswidrigkeitsbegriffs, auch im Rahmen des § 80 StGB das Erfordernis einer spezifisch völkerrechtswidrigen Zielsetzung des Gewaltensatzes als Alternative zur Eindeutigkeitserwägung zu erwägen<sup>88</sup>. Den bislang einzigen in die Richtung eines speziellen Gesamtzielweisenden Versuch unternahm der Generalbundesanwalt (GBA) im Fall Kosovo. Wie von Art. 26 GG (nicht aber von § 80 StGB) nahegelegt, hob der GBA hier jedoch gerade nicht auf spezifisches völkerrechtliches Unrecht, sondern entscheidend auf die Absicht der *Friedensstörung* ab, um den Angriffskrieg von weniger gravierenden Fällen unzulässiger Gewaltanwendung abzuschichten<sup>89</sup>. Dieser Ansatz ist jedoch anfechtbar<sup>90</sup>. Denn zwar zielte die humanitäre Intervention im Fall Kosovo auf die *Beendigung einer vom Sicherheitsrat der VN gemäß Art. 39 SVN verbindlich festgestellten Friedensbedrohung*, doch um dieses Endziel zu erreichen, musste sie den zwischenstaatlichen Frieden zunächst gezielt stören<sup>91</sup>. Der Versuch des GBA, diese gezielte Friedensstörung als unerwünschtes Zwischenziel der NATO-Operation auszublenden<sup>92</sup>, begegnet dem Einwand, dass Zwischenziele der Subsumtion unter ein unpersönliches

<sup>87</sup> *Lehrreich Raffert*, JZ 2001, 633, 638, der mit gutem Grund den Kosovo-Fall beispielhaft herausgreift.

<sup>88</sup> Demgegenüber trägt die völkerstrafrechtskonforme Auslegung die von *Paefgen*, in: NK, § 80 Rdn. 12, erwogene „UN-Resolutions-akzessorische“ Sichtweise nach der oben (Ann. 70) eingenommenen Position nicht.

<sup>89</sup> Pressemitteilung v. 21. 4. 1999; möglicherweise im Anschluss an *Müller* (Ann. 73), S. 95f.

<sup>90</sup> Demgegenüber im Ansatz wie der GBA *Hobe*, in: *Friauf/Höfling*, GG, Art. 26 Rdn. 10; zweiseitig *Spreinz*, in: *Sachs*, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 26 Rdn. 20 Fn. 59.

<sup>91</sup> Insoweit zutreffend *Zuck*, ZRP 1999, 226.

<sup>92</sup> So der Sache nach auch *Hobe*, in: *Friauf/Höfling*, GG, Art. 26 Rdn. 10, der im Hinblick auf die Friedensstörung sogar – zu Unrecht – nur dolus eventualis annehmen will.

Gesamtziel wie dasjenige eines staatlichen Gewalteinsatzes schlecht unter Hinweis auf emotionale Dispositionen entzogen werden können. Hierauf hat Vesj<sup>93</sup> vor kurzem im Kontext des Völkermordatbestandes aufmerksam gemacht. Abgesehen von diesem strafrechtsdogmatischen Bedenken ist zu beachten, dass das Merkmal der Friedensstörungsabsicht bei den internationalen Bemühungen um die Definition des Verbrechens des Angriffskrieges bislang nicht einmal diskutiert worden ist<sup>94</sup>. In Anbetracht dessen dürfte der GBA gut daran getan haben, im Fall Irak trotz der insoweit durchaus gegebenen Vergleichbarkeit mit dem Fall Kosovo nicht erneut auf das Merkmal der Friedensstörungsabsicht abzustellen.

d) *Die offene Frage der hinreichenden Bestimmtheit des Begriffs „Angriffskrieg“*

Während die Bestimmtheitsfrage auf der völkerrechtlichen Ebene nur vereinzelt aufgeworfen wird<sup>95</sup>, hat der Verzicht des deutschen Strafgesetzgebers auf eine Definition des Begriffs „Angriffskrieg“ sogleich Zweifel an der nach Art. 103 Abs. 2 GG gebotenen Bestimmtheit von § 80 StGB hervorgehoben<sup>96</sup>. Diese sind bis heute nicht verstummt: Der GBA meint in seiner Irak-Entscheidung<sup>97</sup>, die entsprechenden Bedenken seien „jedenfalls nicht von vornherein von der Hand zu weisen“, und Paefgen<sup>98</sup> plädiert dafür, § 80 StGB als unbestimmt zu verwerfen. Die Zweifel an der Bestimmtheit werden durch die hier vertretene völkerstrafrechtskonforme, enge Auslegung des § 80 StGB nicht ausgeräumt, sondern sogar verstärkt, weil der Begriff des Angriffskrieges nach der hiesigen Sicht des Völkerstrafrechts<sup>99</sup> nicht einfach der Liste von Angriffshandlungen nach Art. 3 des Anhanges zu Resolution 3314 entnommen werden kann<sup>100</sup>. Auch lassen sich die Bestimmtheitsbedenken kaum zur Gänze unter Hinweis darauf entkräften.

<sup>93</sup> ZStW 113 (2001), S. 480ff.

<sup>94</sup> Bei völkerrechtlich differenter Begriffsbestimmung greift dieses Argument natürlich nicht durch, deshalb insoweit nicht angeführbar Müller (Anm. 73), S. 120.

<sup>95</sup> Murphy, *Nouvelles Etudes Pénales* 11 (1993), S. 209.

<sup>96</sup> Schroeder, *JZ* 1969, 47. Der Gesetzgeber hat die Bedenken im Übrigen selbst thematisiert; BT-Drucks. V/2860, S. 2.

<sup>97</sup> Siehe Anm. 71.

<sup>98</sup> Paefgen, in: NK, § 80 Rdn. 13.

<sup>99</sup> Oben II. 1b.

<sup>100</sup> So aber eine starke Tendenz im Schrifttum; siehe nur Schroeder, in: *Marrach/Schroeder/Marwald*, Bes. Teil 2, 8. Aufl. 1999, S. 384 (Rdn. 2–4); *Laufhütte*, in: LK, § 80 Rdn. 2; *Sonnen*, in: AK StGB, § 80 Rdn. 18.

Art. 103 Abs. 2 GG trete im Fall des Angriffskrieges in eine *verfassungsver-innere* Spannungslage zu Art. 26 Satz 2 GG<sup>101</sup>. Die Bestimmtheitsdefizite sind nach alledem anzuerkennen; die Frage, ob sie verfassungsrechtlich gerade noch erträglich sind<sup>102</sup>, würde sich vor einer Einigung auf der internationalen Ebene wohl nur durch eine verfassungsrichterliche Dezision klären lassen können.

3. Der Begriff des Angriffskrieges und der Gewalteinsatz gegen den Irak

Auf der Grundlage des vorstehend entwickelten abstrakten Maßstabs soll nun die These aufgestellt und begründet werden, dass der Gewalteinsatz der Koalition gegen den Irak – entgegen ersten gewichtigen Stimmen aus dem Völkerrecht<sup>103</sup> sowie aus dem deutschen Verfassungs-<sup>104</sup> und Strafrecht<sup>105</sup> – kein Angriffskrieg nach Völkerstrafrecht bzw. nach § 80 StGB war: Zwar erreichte die massive Militäroperation die erforderliche Intensitätsschwelle (und unterfiel im Übrigen der in Art. 3a des Anhanges zu Resolution 3314 enthaltenen Formulierung). Doch war der Gewalteinsatz nicht eindeutig völkerrechtswidrig (dazu sogleich unter a). Viel spricht im Übrigen dafür, den Gewalteinsatz auch mangels spezifisch völkerrechtswidriger Zielsetzung nicht als Angriffskrieg zu bewerten (dazu unter b). Die internationale Reaktion auf den Gewalteinsatz der Koalition stützt – soweit bisher ersichtlich – die hier vertretene Ansicht (dazu unter c).

a) *Die völkerrechtliche Bewertung des Gewalteinsatzes gegen den Irak*

aa) *Selbstverteidigung*

Nach den bislang bekannten Tatsachen befand sich der Irak nicht in einem fortgeschrittenen Stadium der Vorbereitung eines bewaffneten Angriffs auf mindestens einen der Koalition angehörnden Staat. Hiervon ausgehend ist die Ansicht, der alliierte Gewalteinsatz sei zulässige antizipierte bzw. präventive<sup>106</sup> Selbstverteidigung, selbst dann *eindeutig* nicht tragfähig,

<sup>101</sup> Hierzu etwa Doehring (Anm. 33), S. 705f. (Rdn. 37).

<sup>102</sup> So *Sembausen* (Anm. 79), S. 124ff., S. 129: „[A]n der untersten Grenze dessen [...] was verfassungsrechtlich gerade noch vertretbar ist.“

<sup>103</sup> *Pellet*, *Le Monde* v. 22. 3. 2003.

<sup>104</sup> *Murswiek*, *NJW* 2003, 1018.

<sup>105</sup> *Schünemann*, *GA* 2003, 306 Fn. 29.

<sup>106</sup> Der Begriffsgebrauch ist uneinheitlich; in der anglo-amerikanischen Debatte wird „anticipatory“ zum Teil enger verstanden als „preventive“ oder „pre-emptive“ (Green-

wenn der Irak im Zeitpunkt des Einsatzbefehls unter Verstoß gegen die einschlägigen Resolutionen des Sicherheitsrates noch über Massenvernichtungswaffen verfügt haben sollte. Im Einklang mit dieser Feststellung – und entgegen einem in der Öffentlichkeit verbreiteten Missverständnis – haben die Staaten der Kriegskoalition ihre Operation nicht unter Hinweis auf das Recht zur Selbstverteidigung begründet<sup>107</sup>. Da in der Völkerrechtslehre jedoch vereinzelt<sup>108</sup> ein Selbstverteidigungsrecht der USA und anderer Staaten gegenüber dem Irak behauptet wird und da der GBA die „Frage der Zulässigkeit präventiver Verteidigung“ in seiner Irak-Entscheidung als ein Beispiel für möglichen Normwandel benennt, soll auf die präventive Selbstverteidigung im Hinblick auf den Fall Irak kurz<sup>109</sup> eingegangen werden.

Bereits im Jahre 1952 waren die literarischen Fronten zum möglichen Recht auf antizipierte Selbstverteidigung unter der Geltung der SVN bezogen<sup>110</sup>. Die Argumente sind seither – bei Verfeinerungen im Einzelnen – unzählige Male ausgetauscht worden. Einer erneuten Wiederholung bedarf es an dieser Stelle nicht<sup>111</sup>. Denn für unsere Fragestellung ist allein von Bedeutung, dass der unmittelbar bevorstehende bewaffnete Angriff die Grenze der *de lege lata* ernsthaft diskutablen antizipierten Selbstverteidigung markiert. Für das Jahr 1986 hat der IGH diese Demarkationslinie mit einem berühm-

*wood*, San Diego International Law Journal 4 [2003], S. 9 m. w. N.), Entscheidend sind jedoch allein die nachfolgend thematisierten Sachfragen.

<sup>107</sup> Die offizielle Begründung für den Gewalteinmarsch findet sich in den im Wesentlichen gleich lautenden Briefen Australiens (S/2003/352), der USA (S/2003/351) und des Vereinigten Königreichs (S/2003/350) v. 20. 3. 2003 an den Vorsitzenden des Sicherheitsrates. In der offenen Debatte des Sicherheitsrates am 26. 3. 2003 haben die Vertreter dieser Staaten ihre Rechtsauffassung wiederholt; Australien U.N. Doc. S/PRV.4726 S. 27; Vereinigtes Königreich U.N. Doc. S/PRV.4726 (Resumption 1), S. 23; USA, ebd. S. 25. Nur in dem Brief der USA wird das Wort „detend“ überhaupt gebraucht, und selbst dies geschieht in einer gegenüber der eigentlichen Begründung klar nachgeordneten Position und – anders als bei Selbstverteidigungsansprüchen der USA in der bisherigen Praxis üblich – ohne die Bezeichnung „right to self-defense“ unter Art. 51 der UN Charter“. Letzteres wird von Tomuschat, Vereinte Nationen 2003, 42, nicht hinreichend gewürdigt; wie hier Fromen, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 23. 3. 2003, S. 6.

<sup>108</sup> Meesen, Neue Zürcher Zeitung v. 18. 2. 2003, S. 4; ders., Handelsblatt v. 24. 3. 2003, S. 5; Eingehender und im hier interessierenden Ergebnis wie im Text Byers, Journal of Political Philosophy 11 (2003), S. 171; Greenwood, San Diego International Law Journal 4 (2003), S. 12; Murawski, NJW 2003, 1016; Schaller, ZaöRV 62 (2002), S. 657.

<sup>110</sup> Ein solches Recht ablehnend Kunz, American Journal of International Law 41 (1947) S. 878; befürwortend demgegenüber Waldock, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 81 (1952-II), S. 497 f.

<sup>111</sup> Siehe die in Anm. 109 zitierten Beiträge; umfangreiche Nachweise zum Schrifttum bis 1995 bei Kref (Anm. 26), S. 199 mit Fn. 845.

ten *obiter dictum* „beglaubigt“<sup>112</sup>; diese Aussage gilt bis heute. Zur Konkretisierung des unmittelbaren Bedrohens diene den Befürwortern antizipierter Selbstverteidigung bislang die Formulierung des seinerzeitigen Außenministers der USA, Daniel Webster, vom 24. April 1842. Hiernach muss sich die Bedrohung für das avisierte Opfer zu einer „necessity of self-defense, instant, overwhelming, leaving no choice of means and no moment for deliberation“ zugespielt haben<sup>113</sup>. Ob diese Formulierung des Kriteriums der Unmittelbarkeit angesichts der atomaren, biologischen und chemischen Bedrohungsszenarien des anbrechenden 21. Jahrhunderts im Detail der Überprüfung bedarf, mag man fragen. Doch de lege lata kann es immer nur um eine Anpassung gehen, die das Unmittelbarkeitskriterium in seinem Kern erhält<sup>114</sup>.

Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn sich im Anschluss an die im September 2002 von der amtierenden Regierung des USA vorgelegte neue nationale Sicherheitsstrategie ein völkerrechtlicher Normwandel vollzogen hätte. Denn obgleich in diesem Dokument von einer „Anpassung des Konzepts der Unmittelbarkeit an die Fähigkeiten und Ziele der heutigen Gegner“<sup>115</sup> der USA die Rede ist, zielt die neue<sup>116</sup> Positionierung der USA in der Sache auf die Änderung des geltenden Völkerrechts im Sinne eines Verzichtes auf dieses Kriterium<sup>117</sup>. Ein solcher Normwandel hat jedoch nicht stattgefunden. Denn hierzu hätte es – ganz abgesehen von dem Erfordernis „harter“ Staatenpraxis – einer breiten internationalen, und nicht nur australischen<sup>118</sup> und israelischen<sup>119</sup> Zustimmung zu der Rechtsbehauptung der

<sup>112</sup> ICJ Reports 1986, S. 103 (Nr. 194).

<sup>113</sup> British and Foreign State Papers 29 (1857), S. 1138; rezipiert durch das IMT Nürnberg (Anm. 5), S. 230.

<sup>114</sup> Greenwood, San Diego International Law Journal 4 (2003), S. 16. Zu dem auch völkerrechtlich erhellenden aktuellen Diskussionsstand zur Feinjustierung des Begriffs der „Gegenwärtigkeit“ i. S. v. § 32 StGB Erb, in: MüKo StGB, Bd. 1, 2003, § 32 Rdn. 94 ff.

<sup>115</sup> Hervorhebung von mir; im englischen Original: „We must adapt the concept of imminent threat to the capabilities and objectives of today's adversaries“; The National Security Strategy of the United States of America, Washington 2002, S. 15.

<sup>116</sup> Noch 1981 hatte die USA die Verurteilung Israels wegen dessen Bombardierung eines irakischen Nuklearreaktors im Sicherheitsrat mitgetragen (U.N. Doc. S/RES/487; einstimmig); diese Verurteilung beruhte gerade auf dem Fehlen einer unmittelbaren Bedrohung Israels.

<sup>117</sup> Lesenswert Byers, Journal of Political Philosophy 11 (2003), S. 171; siehe auch Murawski, NJW 2003, 1018; Ffhr. von Lepel, Humanitäres Völkerrecht, S. 77.

<sup>118</sup> Vgl. die Nachweise bei Greenwood, San Diego International Law Journal 4 (2003), S. 8 Fn. 2.

<sup>119</sup> Siehe den Hinweis auf die israelische Haltung bei Byers, Journal of Political Philoso-

USA bedurft. Der Umstand, dass sich die Staaten der Koalition im Fall Irak offiziell nicht auf das Selbstverteidigungsrecht berufen haben, deutet ihre eigene Einschätzung an, dass es breite internationale Zustimmung zu einer neuen Sicht von „Selbstverteidigung“ nicht gibt.<sup>120</sup> Dass diese Einschätzung zutrifft, zeigt die offene Debatte im Sicherheitsrat am 26. März 2003 deutlich. Denn hierin wiesen einige Staaten die These vom zulässigen Präventivkrieg „vorbeugend“ zurück.<sup>121</sup>

#### bb) Humanitäre Intervention

In der öffentlichen Diskussion ist häufig behauptet worden, der Fall Kosovo sei ein Präzedenzfall für den Gewaleinsatz gegen den Irak. Die dem zugrunde liegende Betrachtungsweise ist jedoch oberflächlich.<sup>122</sup> Richtig ist, dass die humanitäre Intervention im größeren Rahmen des seit 1990 schwelenden Irak-Konflikts eine Rolle gespielt hat. Denn Errichtung und Durchsetzung der Flugverbotszonen im Nord- und Südirak seit 1991 sind jedenfalls vom Vereinigten Königreich auf den unstrittenen Rechtsritzel der humanitären Intervention gestützt worden.<sup>123</sup> Doch ging es hier ausschließlich um den Schutz der Kurden im Nordirak und der Schiiten im Südirak vor weiteren Vernichtungsmaßnahmen. Für den Rest des Irak ist – ungeachtet der mehr und mehr bekannt werdenden schweren Menschenrechtsverletzungen auch hier – „eine außerordentliche und äußerst ernsthafte humanitäre Notsituation“<sup>124</sup> zu keinem Zeitpunkt geltend gemacht worden

phy 11 (2003), S. 171. Aufgeschlossen hat sich offenbar auch die Russische Föderation geäußert (Byers a. a. O.), doch hat diese das Vorgehen der Alliierten gegen den Irak im Sicherheitsrat besonders deutlich als Bruch des Völkerrechts bezeichnet (U.N. Doc. S/PV.4726, Resumption 1, S. 27).

<sup>120</sup> Zutreffend Byers, Journal of Political Philosophy 11 (2003), S. 171. Auch die Erklärung des Europäischen Rates zur Nichtverbreitung von Massenvernichtungswaffen v. 19/20.6.2003 ist nicht als Zustimmung zur „Bush-Doktrin“ zu verstehen, denn als „letztes Mittel“ zur Abwehr von Proliferationsgefahren werden dort „Zwangsmassnahmen im Einklang mit der Charta der Vereinten Nationen“ bezeichnet (Anlage II der Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates [Thessaloniki], S. 38).

<sup>121</sup> Malaysia, U.N. Document S/PV.4726, S. 8; Yemen, ebda. S. 13; Jarnica, ebda. S. 33; Iran, ebda. S. 33; Libanon, ebda. S. 35.

<sup>122</sup> Zutreffend Habermas, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 18.4.2003, S. 33; Kersting, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 14.4.2003, S. 41.

<sup>123</sup> Gray, British Yearbook of International Law 65 (1994), S. 160; dies., European Journal of International Law 13 (2002), S. 11.

<sup>124</sup> So die Formulierung der Entschließung des Europäischen Parlamentes von 1994, in der die Zulässigkeit der humanitären Intervention bei Erreichen dieser Schwelle und unter weiteren Voraussetzungen bejaht wird (ABl. 1994, Nr. C 128, S. 225).

Dementsprechend fehlt in den offiziellen Begründungen des Gewaleinsatzes gegen den Irak im Frühjahr 2003 jeder Hinweis auf die humanitäre Intervention. Der Fall Kosovo ist also kein Präzedenzfall für den Fall Irak des Jahres 2003. Dieser ist eher ein Beleg für die äußerst engen Grenzen, innerhalb derer ein Recht zur humanitären Intervention nur ernsthaft diskutiert werden kann.

#### c) Demokratische Intervention

Im Jahre 1984 plädierte der renommierte US-amerikanische Völkerrechtler Reisman für das Recht zum pro-demokratischen Gewaleinsatz gegen Diktatoren.<sup>125</sup> Dieses Plädoyer wird hier nicht deshalb erwähnt, weil es *de lege lata* ernstlich diskutabel wäre.<sup>126</sup> Es soll nur vermerkt werden, dass die Regierung der USA den Fall Irak nicht zum Anlass genommen hat, die These Reismans in die Form eines amtlichen US-amerikanischen Rechtsanspruchs zu kleiden. Diese Unterlassung macht deutlich, dass auch die USA von der Haltlosigkeit der Rede vom Recht auf pro-demokratische Gewaltanwendung überzeugt ist.

#### dd) Gewaltmaßnahme kollektiver Sicherheit gemäß Resolution 1441 des Sicherheitsrates der VN<sup>127</sup>

Nach gewissen anfänglichen Zweifeln steht angesichts der Praxis der letzten 13 Jahre fest, dass die Vereinten Nationen nicht nur selbst nach Art. 42 i. V. m. Art. 43 SVN bewaffnete Maßnahmen kollektiver Sicherheit durchführen dürfen,<sup>128</sup> sondern dass der Sicherheitsrat auch einzelne Staaten dazu ermächtigen kann, Gewalt zur Gewährleistung kollektiver Sicherheit anzuwenden.<sup>129</sup> Ob die Rechtsgrundlage eines solchen Gewaleinsatzes direkt in Art. 42 SVN oder in Kapitel VII „in seiner durch spätere Praxis konkretisierten Form“ zu

<sup>125</sup> American Journal of International Law 78 (1984), S. 642; ähnlich D'Amato, American Journal of International Law 84 (1990), S. 516.

<sup>126</sup> Gegen Reismans sogleich mit schlagenden Argumenten Schachter, American Journal of International Law 78 (1984), S. 647 f.; aus dem neueren Schrifttum ebenso Nowrot/Schabaker, American University Law Review 14 (1998), S. 378, die den Spezialfall des bewaffneten Eingreifens auf Einladung einer (demokratisch legitimierten) Exilregierung behandeln; siehe neuerdings ebenso Griffiths, International Criminal Law Review 2 (2002), S. 355.

<sup>127</sup> U.N. Doc. S/RES/1441 (2002), 8.11.2002.

<sup>128</sup> Da Sonderabkommen i. S. v. Art. 43 SVN bisher nicht abgeschlossen worden sind, ist diese Option bislang theoretischer Natur.

<sup>129</sup> Hierzu statt vieler Prowein/Krisch, in: Simma (Anm. 26), Art. 42 Rdn. 20f.

sehen ist, mag hier auf sich beruhen.<sup>130</sup> Entscheidend ist, dass der Sicherheitsrat die Ermächtigung zum Gewalteinsatz in seiner inzwischen gefestigten Praxis durch die Verwendung der Wörter „alle notwendigen Mittel“ (*„all necessary means“*) zum Ausdruck bringt. Diese Wörter finden sich in der am 8. November 2002 beschlossenen Resolution 1441 nicht. Statt dessen wird im operativen Absatz 13 der Resolution an die bereits früher geäußerte<sup>131</sup> Warnung erinnert, dass der Irak „in der Folge weiterer Pflichtverletzungen ernsthafte Konsequenzen zu gewärtigen hat“<sup>132</sup>. Bereits der Umstand, dass es sich um die Wiederholung einer früher ausgesprochenen Warnung handelt, spricht dagegen, hierin eine Ermächtigung zum Gewalteinsatz zu sehen. Entscheidend kommt hinzu, dass es an einem Willen der Mitglieder des Sicherheitsrates fehlt, die bisherige Ermächtigungsformel durch eine andere zu ersetzen oder zu ergänzen.<sup>133</sup> Danach ist es ausgeschlossen, Resolution 1441 für sich genommen als Rechtsgrundlage des Gewalteinsatzes zu bemühen.<sup>134</sup> Doch ist auch dies seitens der Staaten der Koalition nicht geschehen.

ee) *Gewaltmaßnahme kollektiver Sicherheit gemäß Resolution 678 i. V. m. den Resolutionen 687 und 1441 des Sicherheitsrates der VN*

Die Staaten der Koalition sind der Ansicht<sup>135</sup>, ihr Gewalteinsatz gegen den Irak habe eine Rechtsgrundlage im zweiten operativen Absatz der am 29. November 1990 beschlossenen Resolution 678<sup>136</sup>. Diese Bestimmung ermächtigt die mit Kuwait kooperierenden Mitgliedstaaten der VN dazu, „alle notwendigen Mittel zu gebrauchen, um die Einhaltung von Resolution 660 (1990) und allen späteren relevanten Resolutionen zu gewährleisten und um diese durchzusetzen und um den internationalen Frieden und die internationalen

<sup>130</sup> Hierzu statt vieler *Bothe* (Anm. 11), S. 636 (Rdn. 50); *Herdegen* (Anm. 26), S. 288ff. (Rdn. 19ff.).

<sup>131</sup> Vgl. den operativen Absatz 3 in Resolution 1154; U.N. Document S/RES/1154 (1998) 2-3, 1998.

<sup>132</sup> Im englischen Original: „[W]ill face serious consequences as a result of its continued violations of its obligations“.

<sup>133</sup> Dies ergibt sich eindeutig aus der Debatte im Sicherheitsrat aus Anlass der Verabschiedung von Resolution 1441 am 8. 11. 2002; U.N. Doc. S/PV.4644.

<sup>134</sup> Ebenso *Greenwood*, San Diego International Law Journal 4 (2003), S. 33; *Murray*, *NJW* 2003, 115 f.; zum entsprechenden Problem bezüglich Resolution 1154 (Anm. 131) ebenso *Frowein*, Festschrift für Jaenicke, 1998, S. 110f.; *Thouvenin*, *Annuaire Français de Droit International* 44 (1998), S. 214; demgegenüber sieht *Hofmann*, *German Yearbook of International Law* 45 (2002), S. 33 i. V.m. 28, in der Formulierung des operativen Absatzes 8 ein „tenable argument“.

<sup>135</sup> Siehe die in Anm. 107 zitierten Stellungnahmen der Staaten der Koalition.

<sup>136</sup> U.N. Doc. S/RES/678 (1990), 29. 11. 1990.

„die Sicherheit in der Region wiederherzustellen“<sup>137</sup> (Hervorh. C. K.). Diese Ermächtigung sei durch den auf der Grundlage von Resolution 687 vom 3. April 1991<sup>138</sup> erreichten Waffenstillstand nicht aufgehoben, sondern nur suspendiert worden (im Folgenden: Suspendierungsthese). Gleichzeitig habe Resolution 687 in ihrem Abschnitt C festgelegt, dass das im zweiten Absatz 2 von Resolution 678 am Ende angesprochene Ziel der Wiederherstellung von Frieden und Sicherheit in der Region auch die (teilweise) Abrüstung des Irak erfordere. Dass die Ermächtigung aus Resolution 678 den Alliierten am 20. März 2003 wieder zur Verfügung gestanden habe, ergebe sich aus Folgendem: Zunächst habe der Sicherheitsrat mit dem ersten operativen Absatz von Resolution 1441 die Feststellung getroffen, dass „der Irak die Waffenstillstandsresolution 687 unverändert erheblich verletze“<sup>139</sup>. Damit sei die in dem vierten Absatz der Präambel von Resolution 1441 gesondert erwähnte Ermächtigung aus Resolution 678 wiederbelebt worden; freilich nicht ohne weiteres, sondern nur unter zwei Bedingungen: Erstens durfte der Irak die ihm in dem operativen Absatz 2 von Resolution 1441 gewährte „letzte Gelegenheit“ (*„final opportunity“*) zur Erfüllung seiner Abrüstungsverpflichtungen nicht genutzt haben, wobei zu diesen auch die in dem operativen dritten Absatz von Resolution 1441 aufgeführten Berichtspflichten zählten. Und zweitens musste der Sicherheitsrat gemäß dem operativen Absatz 12 von Resolution 1441 zur Beratung der Situation (*„to consider the situation“*) zusammengetroffen sei (im Folgenden: modifizierte Suspendierungsthese). Beide Bedingungen seien am 20. März 2003 erfüllt gewesen. Denn der Irak habe seine Verpflichtungen – wie im Sicherheitsrat nicht bestritten worden sei<sup>140</sup> – nicht vollständig erfüllt, und dieser Befund sei im Sicherheitsrat beraten worden. Der Beschluss einer neuen Ermächtigungresolution sei nicht erforderlich gewesen, denn dem Wunsch einiger Mitglieder des Sicherheitsrates, in den operativen Absatz 12 von Resolution 1441 das Erfordernis einer Entscheidung des Sicherheitsrates am Ende der Beratungen aufzunehmen, sei in den Verhandlungen ausdrücklich nicht entsprochen worden.

Es fragt sich, ob die (modifizierte) Suspendierungsthese einer kritischen Überprüfung stand hält. Zweifelhaft erscheint zunächst, ob es möglich ist,

<sup>137</sup> Im englischen Original: „[T]o use all necessary means to uphold and implement resolution 660 (1990) and all subsequent relevant resolutions and to restore international peace and security in the area.“

<sup>138</sup> U.N. Doc. S/RES/687 (1991), 3. 4. 1991.

<sup>139</sup> Im englischen Original: „Iraq has been and remains in material breach.“

<sup>140</sup> Dies trifft zu; vgl. U.N. Doc. S/PV.4714, S. 9–34; Sitzung v. 7. 3. 2003.

die in Resolution 678 enthaltene Ermächtigung<sup>141</sup> auf einen Gewalteininsatz zu erstrecken, der über die Befreiung Kuwaits hinausgeht<sup>142</sup>. Gegen eine so weite Auslegung des Mandates spricht zunächst der historische Kontext des Beschlusses, der in Gestalt der Beschränkung der Ermächtigung auf die „mit Kuwait kooperierenden Mitgliedstaaten“ auch im Text selbst deutlich zum Ausdruck kommt. Ferner spricht das in dem operativen Absatz 2 enthaltene Ultimatum gegenüber dem Irak für eine Beschränkung der Ermächtigung auf die Befreiung Kuwaits<sup>143</sup>. Denn dieses Ultimatum bezieht sich ausschließlich auf die Erfüllung der zu dem damaligen Zeitpunkt bereits beschlossenen Resolutionen, in denen von der Abrüstung des Irak nicht die Rede war. Und schließlich spricht für die enge Auslegung die Konsequenz, dass den ermächtigten Staaten andernfalls eine Art Blankovollmacht zur Feststellung all dessen erteilt worden wäre, was die Wiederherstellung von Frieden und Sicherheit in der Region zusätzlich zu der Befreiung Kuwaits erforderte<sup>144</sup>. Andererseits ist ein Rest von Zweideutigkeit auf der Grundlage der Textauslegung nicht zu leugnen. Denn nach der engen Auslegung hätte der Hinweis auf die Wiederherstellung des internationalen Friedens und der internationalen Sicherheit in der Region keinen eigenständigen Bedeutungsgehalt<sup>145</sup>.

Die Zweifel scheinen sich zunächst noch zu verstärken, denn im ersten operativen Absatz der Waffenstillstandsresolution 687 bestätigt der Sicher-

heitsrat Resolution 678<sup>146</sup>. Doch widerspricht diese Bestätigung keineswegs einer engen Auslegung der in dieser Resolution enthaltenen Gewaltermächtigung. Denn im Zeitpunkt der Annahme von Resolution 687 standen sowohl die Stationierung der VN-Beobachter an der avisierten Waffenstillstandslinie und in der avisierten demilitarisierten Zone als auch die Annahme des Waffenstillstands durch den Irak<sup>147</sup> noch aus, so dass die Fortgeltung des (nur) auf den Schutz Kuwaits bezogenen Mandats einstrahlen sinnvoll blieb. Andererseits ist jedoch zuzugeben, dass Resolution 687 auch die partielle Abrüstung des Irak in den Rahmen der Wiederherstellung von Frieden und Sicherheit in der Region gestellt hat. Insoweit ist die Annahme der Staaten der Kriegskoalition, das (weit verstandene) Mandat aus Resolution 678 sei durch den ersten Absatz der Waffenstillstandsresolution bestätigt und im Hinblick auf die Abrüstungsfrage konkretisiert worden, nicht ausgeschlossen.

Jedoch ist zu berücksichtigen, dass der operative Absatz 1 von Resolution 687 nicht etwa die uneingeschränkte Fortgeltung von Resolution 678 ausspricht, sondern diese lediglich mit der Maßgabe bestätigt, dass sie nicht durch einen der nachfolgenden Absätze eine ausdrückliche<sup>148</sup> Änderung erfährt. Damit erhebt sich die Frage, ob einer der dem ersten Absatz von Resolution 687 nachfolgenden Absätze die Aufhebung des Mandats aus Resolution 678 anordnet. An dieser Stelle setzt die Suspendierungstheorie an. So vertritt der englische Völkerrechtler *Greenwood*<sup>149</sup> die Auffassung, dass nichts in der Resolution 687 auf die ausdrückliche Aufhebung des – von ihm weit verstandenen – Mandats nach Resolution 678 hindeute. Vielmehr sei die Auflegung des Waffenstillstands in Verbindung mit der Bekräftigung von Resolution 678 so zu verstehen, dass deren Mandat suspendiert sei und nach dem Rechtsgedanken von Art. 60 Abs. 3 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (WVK)<sup>150</sup> nach einer erheblichen Verletzung der

<sup>141</sup> Der operative Absatz 2 von Resolution 678 wird hier mit der ganz herrschenden Meinung (vgl. *Frowein/Krisch*, in: *Simma* [Anm. 26], Art. 42 Rdn. 22 m. w. N.) als Ermächtigung zur Durchführung einer Gewaltmaßnahme kollektiver Sicherheit verstanden, a. A., ohne zu überzeugen, *Dinstein* (Anm. 17), S. 242ff., 260; für eine Kombinationslösung *Böhmer*, Die Ermächtigung zu militärischer Gewaltanwendung durch den Sicherheitsrat, 1997, S. 147.

<sup>142</sup> Dagegen etwa *Frowein* (Anm. 134), S. 101f.; *Hofmann*, German Yearbook of International Law 45 (2002), S. 16; *Schaller*, ZaöRV 63 (2003), S. 646f.; *Thouvenin*, Annuaire Français de Droit International 44 (1998), S. 213; freilich konnten diese drei Beiträge Resolution 1441 noch nicht berücksichtigen. Auch nach Annahme von Resolution 1441 für eine Beschränkung von Resolution 678 auf die Befreiung Kuwaits *Murswieck*, NJW 2003, 1016; a. A. *Greenwood*, San Diego International Law Journal 4 (2003), S. 26; *Wedgwood*, American Journal of International Law 92 (1998), S. 726.

<sup>143</sup> Es lautet: „[U]nless Iraq on or before 15 January 1991 fully implements as set forth in paragraph 1, the above mentioned resolutions“.

<sup>144</sup> *Saroshi*, American Journal of International Law 93 (1999), S. 179, 184f., hält eine derart weitgehende Delegation sogar für unzulässig.

<sup>145</sup> Einen Mangel an Eindeutigkeit stellen auch *Frowein* (Anm. 134), S. 101, und *Lobel/Ratner*, American Journal of International Law 93 (1999), S. 126ff., 139ff., fest.

<sup>146</sup> Im englischen Original: „The Security Council [...] affirms all thirteen resolutions noted above [darunter Resolution 678; C. K.] except as expressly changed below to achieve the goals of the present resolution, including a formal cease-fire“.

<sup>147</sup> Vgl. die operativen Absätze 5, 6 und 33 der Resolution 687.

<sup>148</sup> Der Zusatz „ausdrücklich“ wird von *Murswieck*, NJW 2003, 1016 offenbar übersehen, denn dieser stellt lediglich fest, der Sicherheitsrat habe „die Geltung des Mandats [aus Resolution 678; C. K.] implizit beendete“.

<sup>149</sup> San Diego International Law Journal 4 (2003), S. 34; im Kern ebenso *Condron*, Military Law Review 161 (1999), S. 167. *Dinstein* (Anm. 17), S. 50f.; *Leuwijck/Siekman*, International Peacekeeping 4 (1998), S. 71; *Wedgwood*, American Journal of International Law 92 (1998), S. 926.

<sup>150</sup> BGBl. II 1985, S. 926.

Waffenstillstandsbedingungen durch den Irak von den Mitgliedstaaten wie derbelebt werden dürfe.

Diese Argumentation überzeugt nicht. Zuzugeben ist ihr freilich, dass keiner der dem ersten Absatz von Resolution 687 nachfolgenden Absätze eine Wendung enthält wie etwa: „der operative Absatz 2 von Resolution 678 tritt außer Kraft“. Doch es fragt sich, ob dem Wort „ausdrücklich“ eine derart „förmliche“ Bedeutung zu geben ist. Befragt man die operativen Absätze 33 und 34 von Resolution 687 daraufhin, ob sie als ausdrückliche Änderung im Sinne des ersten Absatzes derselben Resolution zu verstehen sind, so lautet die einzig sinnvolle Antwort: ja. Denn Absatz 33 erklärt unter *ausdrücklicher Bezugnahme auf Resolution 678*, dass mit der Annahme der in Resolution 687 enthaltenen Bestimmungen durch den Irak ein „formeller Waffenstillstand“ in Kraft trete. Und Absatz 34 stellt fest, dass *der Sicherheitsrat* etwa zur Durchsetzung von Resolution 687 erforderliche Schritte tun wird<sup>151</sup>. Dass der Gewaltensatz ein solcher Schritt ist und es demzufolge dem Sicherheitsrat vorbehalten bleibt, ihn zu beschließen, lässt sich auf der Grundlage des Wortlauts von Absatz 34 nicht ernstlich bestreiten<sup>152</sup>. Die Absätze 33 und 34 von Resolution 687 sind bei verständiger Auslegung also dahin zu verstehen, dass sie das in Resolution 678 enthaltene Mandat im Sinne des Absatzes 1 von Resolution 687 ausdrücklich ändern. Die Suspendierungsthese führt demgegenüber zu einem äußerst unplausiblen Ergebnis: Sie muss die *spezielle* Waffenstillstandsregelung in den Absätzen 33 und 34 von Resolution 687 ignorieren<sup>153</sup> und stattdessen entweder im Wege der Analogie auf Art. 60 Abs. 3 WVK oder sogar direkt auf den aus der Zeit der freien Kriegführung stammenden Art. 40 der Haager Landkriegsordnung von 1907 (HLO)<sup>154</sup> zurückgreifen.

<sup>151</sup> Im englischen Original: „The Security Council [...] [d]ecides to remain seized of the matter and to take such further steps as may be required for the implementation of the present resolution and to secure peace and security of the region“.

<sup>152</sup> Ebenso *Frowein* (Anm. 134), S. 106 ff.; *Gray*, *European Journal of International Law* 13 (2002), S. 15 f.; *Mirswieck*, *NJW* 2003, 1016; *Schaller*, *ZaöRV* 63 (2003), S. 650. *Tomuschat*, *Vereinte Nationen* 2003, 43, nimmt eine „Erläuterung“ von Resolution 678 durch Absatz 33 von Resolution 687 an. *Byers*, *European Journal of International Law* 13 (2002), S. 24, meint, der *Wortlaut* von Absatz 34 spreche klar für die Aufhebung des ursprünglichen Mandats; zu *Byers* Sicht von Resolution 1441 als späterer Praxis zu Resolution 687 siehe unten im Text bei Anm. 165.

<sup>153</sup> Sie wird von *Greenwood*, *San Diego International Law Journal* 4 (2003), S. 7 ff., nicht einmal erwähnt!

<sup>154</sup> So *Dinstein* (Anm. 17), S. 50 f., 260 f. Die herrschende Völkerrechtslehre nimmt an, Art. 40 HLO sei unter der Geltung des allgemeinen völkerrechtlichen Gewaltverbotes

Die bis hierher vorgenommene Auslegung ergibt folgendes Bild: Dass das Mandat aus dem operativen Absatz 2 von Resolution 678 über die Befreiung Kuwails hinausreicht, erscheint zweifelhaft, ist jedoch nach seiner Formulierung möglich. Deutlich überwiegende Gründe sprechen sodann für die Annahme, dass das Mandat aus Resolution 678 durch Absatz 33 i.V.m. Absatz 34 der Resolution 687 mit dem Inkrafttreten des Waffenstillstands außer Kraft getreten ist. Dies ist jedoch erst ein Zwischenergebnis. Denn sollte die spätere Praxis eine Übereinstimmung der Mitglieder des Sicherheitsrates im Sinne der Suspendierungslösung erkennen lassen, so wäre dies entsprechend dem Rechtsgedanken von Art. 31 Abs. 2 b) WVK beachtlich.

Im Januar 1993 setzten Frankreich, die USA und das Vereinigte Königreich Gewalt gegen den Irak ein, nachdem der Präsident des Sicherheitsrates „erhebliche Verletzungen“ des Waffenstillstandes durch den Irak festgestellt hatte<sup>155</sup>. Dieser Gewaltensatz ist im Sicherheitsrat – soweit ersichtlich – nicht auf Kritik gestoßen und von dem seinerzeitigen Generalsekretär der VN sogar ausdrücklich auf der Grundlage von Resolution 678 für rechtmäßig erachtet worden<sup>156</sup>. Somit gelang es den drei genannten Staaten, im Wege der späteren Praxis einen beachtlichen Präzedenzfall für ihre von dem Ergebnis der Textauslegung abweichende Rechtsansicht zu setzen; es überrascht wenig, dass die USA hierauf im Frühjahr 2003 verwiesen haben<sup>157</sup>.

Im Dezember 1998 setzten die USA und das Vereinigte Königreich erneut mit der Begründung Gewalt gegen den Irak ein, das Mandat aus Resolution 678 sei in der Folge „erheblicher Verletzungen“ von Resolution 687 wieder aufgelebt<sup>158</sup>. In diesem Fall stieß die Militäroperation jedoch überwiegend auf Ablehnung. Völkerrechtliche Kritik äußerten namentlich die

nicht mehr unmodifiziert anzuwenden; *Baxter*, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 149 (1976-I), S. 382; *Gray*, *British Yearbook of International Law* 65 (1996), S. 142; *Greenwood*, in: *Flecke* (Hrsg.), *Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten*, 1994, S. 51 f. (Rdn. 234 ff.); *Morris*, *Virginia Journal of International Law* 36 (1996), S. 900; *Schindler*, in: *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 26 (1986), S. 29.

<sup>155</sup> U.N. Doc. S/25081 (1993); S/25091 (1993).

<sup>156</sup> „The raid yesterday, and the forces that carried out the raid, have received a mandate from the Security Council according to resolution 678 and the cause of the raid was the violation of resolution 687 concerning the ceasefire“; U.N. Information Centre, *News Summary* 2/1993, 22. 1. 1993.

<sup>157</sup> In dem an den Präsidenten des Sicherheitsrates adressierten Brief v. 26. 3. 2003 (Anm. 107).

<sup>158</sup> U.N. Doc. S/FPV.3955, 16. 12. 1998, S. 6 (Vereinigtes Königreich), S. 9 (USA).

Russische Föderation, China, Costa Rica, Schweden, Brasilien und Kenia<sup>159</sup>. Diese Staaten erklärten übereinstimmend, über einen Gewaltsatz gegen den Irak könne allein der Sicherheitsrat befinden. Der Gewaltsatz vom Dezember 1998 setzt den Präzedenzfall von 1993 also nicht fort. Er kennzeichnet diesen freilich auch nicht ganz eindeutig als „Ausreißer“. Denn vor dem Gewaltsatz von 1998 hatte es im Sicherheitsrat – sicher auch angesichts der Ereignisse vom Januar 1993 – keine Mehrheit dafür gegeben, die Verletzung des Waffenstillstandes durch den Irak mit dem Schlüsselwort der „erheblichen Verletzung“ („*material breach*“) zu belegen<sup>160</sup>.

Schließlich und vor allem ist Resolution 1441 als spätere Praxis zu würdigen. In ihr sind drei Bausteine sorgsam zusammengefügt worden: Zunächst „ruft“ der vierte Präambelabsatz den operativen Absatz 2 von Resolution 678 gesondert „in Erinnerung“. Der fünfte Präambelabsatz von Resolution 1441 bekräftigt sodann, dass dem Irak in Resolution 687 Pflichten als ein notwendiger Schritt zur Verwirklichung des in Resolution 678 erklärten Ziel des der Wiederherstellung von Frieden und Sicherheit in der Region auferlegt worden seien. Schließlich stellt der oben bereits zitierte operative Absatz 1 von Resolution 1441 eine „erhebliche Verletzung“ von Resolution 687 durch den Irak fest. Auf der Grundlage der Textauslegung fällt es schwer, *Greenwood*<sup>161</sup> darin zu widersprechen, dass der vierte und fünfte Absatz der Präambel von Resolution 1441 nur dann Sinn ergeben, wenn man ihnen den Ausdruck der Rechtsüberzeugung der Mitglieder des Sicherheitsrates sieht, das Mandat aus Resolution 678 sei weiterhin bedeutsam, und zwar gerade unter dem Gesichtspunkt der Wiederherstellung des durch die Verletzungen von Resolution 687 bedrohten regionalen Friedens und der regionalen Sicherheit. Hiervon ausgehend lässt sich dann auch die Feststellung 1441 plausibel nur im Sinne der Suspendierungslösung deuten, die sodann nach Maßgabe des Absatzes 12 modifiziert wird.

<sup>159</sup> U.N. Doc. S/PV.3955, 16.12.1998, S. 4 (Russische Föderation), S. 5 (China), S. 7 (Costa Rica), S. 10 (Schweden), S. 11 (Brasilien), S. 12 (Kenia). Zustimmung bzw. wohlwollende Hinnahme äußerten demgegenüber nur Japan (S. 11), Slowenien (S. 7f.) und Portugal (S. 8).

<sup>160</sup> Der operative Absatz 1 von Resolution 1205 v. 5.11.1998 vermeidet den *terminus technicus* und spricht statt dessen von einer „flagrante“ („*flagrant*“) Verletzung von Resolution 687; die Nuance muret sophisticated an, ist jedoch mit *Lobel/Ratner*, *American Journal of International Law* 92 (1998), S. 151 (Fn. 113) nicht zu ignorieren.

<sup>161</sup> San Diego International Law Journal 4 (2003), S. 34f.

Doch erst die Umstände der Annahme von Resolution 1441 vervollständigen das vom Resolutionstext vermittelte Bild. Zwar haben die USA und das Vereinigte Königreich in ihren Stimmklärungen zu Resolution 1441 ihre seit 1993 vorgetragene Rechtsauffassung wiederholt und zur modifizierten Suspendierungslösung hin erweitert<sup>162</sup>. Doch sind sie hierbei auf den eindeutigen Widerspruch seitens Mexikos<sup>163</sup> gestoßen. Und die ständigen Mitglieder des Sicherheitsrates China, Frankreich und die Russische Föderation haben in einem gemeinsamen Brief vom 8. November 2002 erklärt, dass die Sicherheitsrat bei einem Zusammentreffen nach Absatz 12 „eine Position zu beziehen habe“. Angesichts dieses Erfordernisses seien die „Kompetenzen des Sicherheitsrates für die Aufrechterhaltung des internationalen Friedens und der internationalen Sicherheit vollständig und im Einklang mit der SVN gewahrt“<sup>164</sup>. Diese Erklärung widerspricht der modifizierten Suspendierungslösung zwar nicht ganz unzweideutig, deutet aber doch stark auf die Überzeugung der drei Staaten hin, dass jede weitere Maßnahme auf einer „Position des Sicherheitsrates“ zu beruhen habe.

Die Annahme von Resolution 1441 hinterlässt also einen zwiespältigen Eindruck. Auf der einen Seite zeigen die Stimmklärung Mexikos und der Brief Chinas, Frankreichs und Russlands, dass von einer ganz einmütigen oder zumindest überwiegend klar geäußerten Akzeptanz der modifizierten Suspendierungslösung nicht die Rede sein kann. Auf der anderen Seite kommen die genannten drei Textbausteine von Resolution 1441 dieser Lösung mindestens sehr nahe. So sehr diese Ambivalenz völkerrechtspolitisch zu bewerten ist, so zutreffend erscheint am Ende die Bewertung von Resolution 1441 durch den kanadischen Völkerrechtler *Byers* als „ein Meisterstück der Formulierung eines Rechtstextes, das allen entscheidenden Spielern bewusst Raum lässt, um ihren Standpunkt vertreten zu können“<sup>165</sup>. Im Ergebnis ist

<sup>162</sup> U.N. Doc. S/PV.4644, S. 3 (USA), S. 5 (Vereinigtes Königreich).

<sup>163</sup> U.N. Doc. S/PV.4644, S. 6: „[T]he possibility of the use of force is valid only as a last resort, with prior explicit authorization required from the Security Council“.

<sup>164</sup> U.N. Doc. 2002/1236 v. 8.11.2002, S. 2: „It will then be for the Council to take a position[...] Therefore, the resolution fully respects the competence of the Security Council for the maintenance of international peace and security, in conformity with the Charter of the United Nations“.

<sup>165</sup> *Journal of Political Philosophy* 11 (2003), S. 183: „Resolution 1441 is a masterpiece in legal drafting that deliberately provides ground for all key players to stand upon“, ähnlich *Dejammet*, in: *Frowein/Scharoth/Winkelmann/Wolfrum* (Anm. 10), S. 19f. Weiter mit seiner merkwürdigen öffentlichen (SPIEGEL 1/2003, S. 22) Festlegung, „mit der Resolution 1441 gebe es keinen mandatarischen Raum mehr“, dies entspricht in der Sache der Rechtsposition der Kriegskolonisation.

also durch die spätere Praxis und insbesondere durch Resolution 1441 das nach der Auslegung von Resolution 687 deutlich besser zu begründende Ergebnis der Aufhebung des Mandats aus Resolution 678 aus hier nicht zu bewertenden politischen Gründen bewusst erheblich in Zweifel gezogen worden.

Am Ende sprechen dennoch die besseren Gründe dafür, dass der Gewalteininsatz gegen den Irak mangels einer tragfähigen Rechtsgrundlage völkerrechtswidrig war. Denn so deutlich, wie die Fassung von Resolution 687 für die Aufhebung einer über die Befreiung Kuwails hinausgehenden Ermächtigung zum Gewalteininsatz<sup>166</sup> spricht, müsste die spätere Praxis auf eine „spätere Übereinkunft“ der Mitglieder des Sicherheitsrates im Sinne der modifizierten Suspendierungslösung der Alliierten hinweisen, um diese als überzeugend auszuweisen. Dies ist jedoch angesichts der gespaltenen Reaktionen auf den Gewalteininsatz von 1998 und angesichts der auf einen „diplomatischen Formelkompromiss“<sup>167</sup> hinweisenden Umstände der Annahme von Resolution 1441 nicht der Fall.

Auf der anderen Seite ist mit dem deutschen Richter am IGH *Sinnia* festzustellen, dass die Ansicht der Alliierten, der operative Absatz 2 von Resolution 678 habe ihnen in Verbindung mit den Resolutionen 687 und 1441 eine Rechtsgrundlage zum Gewalteininsatz geboten, angesichts des Präzedenzfalls von 1993 und vor allem wegen der Formulierung von Resolution 1441 nicht unvertretbar ist<sup>167</sup> – zumal auch über Methodenfragen bei der Konkretisierung des Bedeutungsinns von Resolutionen des Sicherheitsrats gestritten werden kann<sup>168</sup>. Dabei kann die für die entstandene völkerrechtliche Grauzone hauptverantwortliche Resolution 1441 auch nicht unter Hinweis darauf ignoriert werden, dass sie nur unter der Ankündigung der USA angenommen worden ist, ansonsten ohne weiteres Gewalt anzuwenden. Denn der Rechtsgedanke von Art. 52 WVK, wonach unter Androhung völkerrechtswidriger Gewaltanwendung abgeschlossene Verträge nicht sind, kann auf das Abstimmungsverhalten der nicht bedrohten Mitglieder des Sicherheitsrats der VN nicht angewandt werden.

<sup>166</sup> Wenn eine solche Ermächtigung denn überhaupt jemals bestanden haben sollte (s. oben).

<sup>167</sup> Süddeutsche Zeitung v. 1./2. Februar 2003, S. 11: „Beides lässt sich vertreten.“ Für „unausweichlich“ hält die Bewertung als völkerrechtswidrig hingegen *Tomasschat*, *Verträge* Nationen 2003, 44. Bereits vor Annahme von Resolution 1441 bezeichneten die Rechtslage als zweideutig *Lobel/Ratner*, *American Journal of International Law* 92 (1998), S. 140f., 148; ähnlich *Gray*, *European Journal of International Law* 13 (2002), S. 16 („seems doubtful“).

<sup>168</sup> Hierzu *Byers*, *European Journal of International Law* 13 (2002), S. 23.

Freilich gibt es noch weitere erhebliche Bedenken gegen die Zulässigkeit des Gewalteinsetzes. Unterstellt man einmal die Existenz eines Mandats zum Gewalteininsatz am 20. März 2003, so lässt sich fragen, ob sich dieses innerhalb der von Art. 39 SVN abgesteckten Grenzen<sup>169</sup> hielt. Zweifel im Hinblick auf das Vorliegen einer Friedensbedrohung ergeben sich daraus, dass im Zeitpunkt des Einsatzbefehls nicht *feststand*<sup>170</sup>, dass der Irak unter Verstoß gegen seine völkerrechtlichen Pflichten (weiterhin) über Massenvernichtungswaffen verfügte<sup>171</sup>. Doch gab es von den Inspektoren dokumentierte und im Sicherheitsrat vorgelegte Indizien, die in Verbindung mit dem faktischen Vorverhalten in diese Richtung wiesen. Damit bewegte sich die Feststellung der vom Irak ausgehenden Bedrohung des internationalen Friedens und der internationalen Sicherheit wohl am ehesten im Bereich dessen, was hierzulande auf die Formel vom *Gefahrverdacht* gebracht wird<sup>172</sup>. Als erste Präzedenzfälle für kollektive Sicherheitsmaßnahmen bei „Bedrohungsverdacht“ lassen sich die Attentats-Fälle „Lockerbie“ und „Mubarak“ benennen<sup>173</sup>. Im Übrigen ließe sich die Zulässigkeit einer entsprechenden Erweiterung des Anwendungsfeldes von Kapitel VII angesichts der ganz erheblichen Weite des Beurteilungsspielraums des Sicherheitsrats<sup>174</sup> bei sei-

<sup>169</sup> Das Art. 39 SVN eine begrenzte Wirkung zukommt, wird zwar von der Frühzeit der VN an (*Kelsen*, *The Law of the United Nations*, 1950, S. 736) bis in die Gegenwart (*Osterdahl*, *Threat to Peace. The Interpretation by the Security Council of Article 39 of the UN Charter*, 1998, S. 91, 97) bestritten, entspricht jedoch inzwischen zu Recht der ganz herrschenden Meinung; siehe aus der Rechtsprechung vor allem die Entscheidung des Jugoslawien-Stratgerichtshofs in *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-AR72 v. 2. 10. 1995, Nr. 28 (dazu *Kreß*, *EUGRZ* 1996, 640); aus der neueren Literatur vor allem *Bauer*, *Effektivität und Legitimität*, 1996, S. 208ff.; *Prowehl/Krisch*, in: *Sinnia* (Anm. 26), Art. 39 Rdn. 5; *Herbst*, *Rechtskontrolle des UN-Sicherheitsrates*, 1998, S. 131ff.; *Herdegen*, *Die Befugnisse des UN-Sicherheitsrates*, 1998, S. 9; *Krisch*, *Selbstverleumdung und kollektive Sicherheit*, 2001, S. 145ff.; *Lortmeyer*, *Bindende Resolutionen des Sicherheitsrates*, 1996, S. 57.

<sup>170</sup> Im Zeitpunkt der Fertigstellung des Manuskripts Anfang Juni 2003 ist die Frage weiterhin offen.

<sup>171</sup> Vgl. die von *Greenwood*, *San Diego Journal of International Law* 4 (2003), S. 31f., zusammengefasste *Indizienliste*, die sich aus den Berichten von *Dr. Blix* und *El Baradei* ergibt.

<sup>172</sup> *Denninger*, in: *Lisken/Denninger* (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 2. Aufl. 1996, E 38. Die Anlehnung an die Begrifflichkeit des deutschen Ordnungsrechts bedeutet hier ebenso wenig wie in den von mir in *EUGRZ* 1996, 642 skizzierten Konturen eines „internationalen Ordnungsrechts“ die Übernahme der jeweiligen inhaltlichen deutschen Prüfungsmaßstäbe in das Völkerrecht; gegen eine solche Transposition mit *Recht Herdegen* (Anm. 169).

<sup>173</sup> Hierzu *Herbst* (Anm. 169), S. 355.

<sup>174</sup> Dies entspricht – soweit ersichtlich – einhelliger Auffassung; siehe nur *Jugoslawien-*

ner „dynamischen Konkretisierung des unbestimmten Völkerrechtsbegriffes der Friedensbedrohung“<sup>175</sup> nicht grundsätzlich bestreiten<sup>176</sup>. Die Fragestellung verlagert sich damit letztlich auf die *verfahrensrechtliche* Ebene<sup>177</sup> der sorgfältigen Sachverhaltsermittlung und Entscheidungsfindung. Erhebliche Zweifel ergeben sich hier zum Zeitpunkt des Schreibens dieses Beitrages aus dem offenbar teils unauftrichtigen Umgang von Staaten der Koalition mit angeblichen Geheimdienstinformationen zwecks Übertreibung des Bedrohungsverdachtes und aus der nur selektiven Zusammenarbeit der betreffenden Geheimdienste mit den Waffenspektoren der VN. Doch steht dem „internationalen Ordnungsrecht“ ein feinsmaschiges dogmatisches Kontrollsystem auch insoweit nicht zur Verfügung. Und es fällt ins Gewicht, dass dem Irak viel Zeit gegeben worden ist, die von den Waffenspektoren der VN festgestellten Indizien in Zusammenarbeit mit den Waffenspektoren zu widerlegen, und dass die irakische Regierung die entsprechenden internationalen Ermittlungen zunächst pflichtwidrig obstruiert und selbst am Ende nach der – insoweit sogar einhelligen – Einschätzung der Mitglieder des Sicherheitsrats nicht in dem völkerrechtlich geborenen Maß gefördert hat. Im Ergebnis erscheint es deshalb nach dem derzeit bekannten Sachstand ungeachtet der ernststen Verfahrenszweifel nicht möglich, die Annahme einer vom Irak ausgehenden Friedensbedrohung nach Art. 39 SVN im Zeitpunkt des Einsatzbefehls als unvertretbar zu bewerten.

Weiter stellt sich die Frage, ob der Gewalteneinsatz gegen den Irak *notwendig* war, um der konstatierten Friedensbedrohung zu begegnen. Als Alternative zum gewaltsamen Regierungswechsel<sup>178</sup> kamen sowohl die Fortsetzung der Waffeninspektionen als auch punktuelle, gewaltsame „Gefähr-

Strafgerichtshof, Prosecutor v. Tadić (Ann. 169), Nr. 28; Herdegen (Ann. 169), S. 6 („ungeheures Gestaltungspotential“); Proweini/Krisch, in: Simma (Ann. 26), Art. 39 Rdn. 4; Herbst (Ann. 169), S. 353.

<sup>175</sup> Herdegen (Ann. 169), S. 7, 11 ff. Die Rede vom „unbestimmten Rechtsbegriff“ ist im deutschen Schrifttum zu Art. 39 SVN verbreitet; demgegenüber plädiert Schöbener, in: Dreier/Forkell/Lambenthal (Hrsg.), Festschrift 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät, 2002, S. 455 f., dafür, den Begriff der Friedensbedrohung als „Typusbegriff“ einzunordnen, womit nennenswerte Differenzen in den praktischen Ergebnissen freilich nicht verbunden sind.

<sup>176</sup> Ebenso Herbst (Ann. 169), S. 357.

<sup>177</sup> Vgl. die „verfahrensrechtliche Lösung“ Poschers, NVwZ 2001, 144, für das deutsche Verwaltungsrecht, die sich in ihren Detailanforderungen freilich nicht auf die völkerrechtliche Ebene übertragen lässt (Ann. 172).

<sup>178</sup> Den Aspekt des Regierungswechsels stellen der Iran und die Russische Föderation bei ihrer Kritik am Gewalteneinsatz gegen den Irak in den Vordergrund; U.N. Doc. S/PV.4726, S. 33 bzw. S/PV.4726 (Resumption 1), S. 27.

erforschungseingriffe“ unterhalb der Schwelle zum Regierungswechsel in Betracht. Auch im Hinblick auf die Erforderlichkeit einer gewaltsamen Maßnahme kollektiver Sicherheit steht dem Sicherheitsrat anerkanntermaßen eine weitgehende Einschätzungsprärogative zu. Und nach den 13jährigen Erfahrungen mit der mangelnden Völkerrechtsstreue der irakischen Regierung trotz massiver Wirtschaftsanktionen war es am 20. März 2003 nicht *unvertretbar*, zu der Einschätzung zu gelangen, dass die von dieser Regierung ausgehende Friedensbedrohung nur durch deren Beseitigung verlässlich abgewendet werden konnte. Jedoch hatte der Sicherheitsrat selbst eine entsprechende Entscheidung nicht getroffen: Der Wechsel der irakischen Führung ist in keiner der einschlägigen Resolutionen des Sicherheitsrats als ein zur Abwehr der von dem Irak ausgehenden Friedensbedrohung erforderliches Mittel bezeichnet worden, und im Zeitpunkt des Gewalteneinsatzes sprach sich eine Mehrheit der Mitglieder des Sicherheitsrats gegen die Notwendigkeit eines solchen Schrittes aus. Die Rechtsansicht der Koalition läuft also letztlich auf die Annahme hinaus, der Sicherheitsrat habe seine Befugnis, ein vertretbares Erforderlichkeitsurteil zu fällen, auf die zur Gewaltanwendung willigen Mitglieder *delegiert*. Eine so weitgehende „Privatisierung“<sup>179</sup> der nach Kapitel VII zu treffenden Entscheidungen, die hier durch das in der Praxis zu Kapitel VII wohl präzedenzlose<sup>180</sup> Ziel des Regierungswechsels besonders auffällig wird, erscheint sehr bedenklich<sup>181</sup> und stützt die Annahme der Völkerrechtswidrigkeit weiter. Denn dem kollektiven Sicherheitssystem der VN ist angesichts der *materialen* Weite des Bewertungsmaßstabes der Gedanke der hohen *prozeduralen* Legitimität durch die kollegiale Entscheidung im Sicherheitsrat immanent<sup>182</sup>. Vor diesem Hintergrund plädiert eine neue Schriftumsmeinung<sup>183</sup> sogar dafür,

<sup>179</sup> Begriff im Anschluss an *Quigley*, Michigan Journal of International Law 17 (1996), S. 249 f.

<sup>180</sup> Der Fall Haiti (S/RES/940, 31. 7. 1994) unterscheidet sich insofern, als die gegen die faktischen Machthaber gerichtete kollektive Sicherheitsmaßnahme hier auf Einladung der im Exil weilenden demokratisch legitimierten und völkerrechtlich unverändert als solche behandelten Regierung Haitis erfolgte.

<sup>181</sup> Auf derselben Linie Proweini/Krisch, in: Simma (Ann. 26), Art. 42 Rdn. 27.

<sup>182</sup> Zutreffend Proweini/Krisch, in: Simma (Ann. 26), Chapter VII Introduction Rdn. 27. Ob der Sicherheitsrat nach Besetzung und Abstimmungsmodus die Erwartung prozeduraler Legitimität erfüllen kann, ist ein zentraler Gegenstand der völkerrechtspolitischen Debatte; siehe Fassbender, UN Security Council Reform and the Right of Veto, 1998.

<sup>183</sup> De Wer, Nordic Journal of International Law 71 (2002), S. 18 f.; ähnlich Franck, American Journal of International Law 96 (2002), S. 900, der freilich für eine entsprechende Formulierung komplexer Mandate plädiert.

komplexe und damit notwendigerweise auslegungsoffene Sicherheitsratsmandate nur dann als Ermächtigungsgrundlage für Gewalt anzuerkennen, wenn die Entscheidung für den Gewalteinsatz von einer *aktuellen* Sicherheitsratsmehrheit getragen ist. Freilich gilt es andererseits anzuerkennen, dass sich die mit der Formulierung von Resolution 1441 geschaffene rechtliche Grauzone gerade auch auf den hier erörterten wunden Punkt erstreckt.

Im Hinblick auf die *Verhältnismäßigkeit i. e. S.*, die nach inzwischen fast einhelliger Auffassung bei Maßnahmen kollektiver Sicherheit zu fordern ist<sup>184</sup>, liegen die Dinge letztlich entsprechend, weshalb längere Ausführungen an dieser Stelle unterbleiben können. Einen Verstoß gegen dieses Gebot festzustellen, ist mangels eines klaren Maßstabes außerordentlich schwer möglich<sup>185</sup>. Dies zeigt nicht zuletzt die Vorgeschichte des hier behandelten Gewalteinsatzes, denn selbst gegen die vermutlich deutlich massiveren Auswirkungen der langjährigen Wirtschaftsanktionen auf die irakische Bevölkerung sind Verhältnismäßigkeitsbedenken von der Mehrheit der Staaten nicht erhoben worden. Zweifel an der Angemessenheit der durch den „massiven und endgültigen Gefahrforschungseingriff“ der Koalition bewirkten Schäden werden mit dem Vorstehenden natürlich nicht ausgeräumt. Im Übrigen gilt hier ebenso wie bei dem Urteil über die Erforderlichkeit, dass es zur verfahrenrechtlichen Legitimierung des Angemessenheitsurteils in höchstem Maße wünschenswert gewesen wäre, der Sicherheitsrat hätte sich die dem Gewalteinsatz zugrunde liegende Einschätzung insgesamt zu eigen gemacht.

*ff) Keine Billigung des Gewalteinsatzes ex post durch Resolution 1483*<sup>186</sup>

Im Anschluss an Resolution 1244<sup>187</sup>, durch die der Sicherheitsrat nach der Intervention der NATO im Kosovo eine internationale Sicherheitspräsenz eingerichtet hat, wird die Möglichkeit der nachträglichen Heilung eines zunächst völkerrechtswidrigen Gewalteinsatzes durch den Sicherheitsrat der VN erörtert<sup>188</sup>. Mit Resolution 1483 hat der Sicherheitsrat die USA und das

<sup>184</sup> Statt vieler *Frowein/Krisch*, in: *Simma* (Anm. 26), Chapter VII Introduction Rdn. 36, noch unentschieden *Kreß*, EuGRZ 1996, 642. Zur aufschlussreichen Diskussion über die Verhältnismäßigkeit des für den Bosnien-Konflikt 1995 entscheidenden NATO-Gewalteinsatzes, der auf Kapitel VII der SVN beruht, *Kreß*, AVR 35 (1997), S. 222.

<sup>185</sup> *Ebenso Herdegen* (Anm. 169), S. 31; *Frowein/Krisch* (Anm. 184).

<sup>186</sup> S/RES1483 (2003), 22.5.2003.

<sup>187</sup> U.N. Doc. S/RES 1244, 10.6.1999.

<sup>188</sup> Hierzu *De Wer*, *Nordic Journal of International Law* 71 (2002), S. 16f., m.w.N. *Franck*, in: *Frowein/Scharioch/Winkelmann/Wolfrum* (Anm. 10), S. 104f. („emerging practice“).

Vereinigte Königreich als Besatzungsmächte „anerkannt“ (Erwägungsgrund 13); einen besonderen Beauftragten eingesetzt (Absatz 8), der im Namen der Vereinten Nationen und in Koordination mit den Besatzungsmächten im Irak tätig werden soll, und die Wirtschaftsanktionen gegen den Irak aufzuheben (Absatz 10). Eine nachträgliche Billigung des Gewalteinsatzes der Koalition hat der Sicherheitsrat hiermit jedoch weder ausdrücklich noch implizit ausgesprochen. Dies gilt insbesondere für die Anerkennung der beiden Hauptkriegführenden als Besatzungsmächte, denn die Anerkennung des tatsächlich eingetretenen Besatzungsstandes setzt keinerlei Urteil über die Rechtmäßigkeit des zur Besetzung führenden Gewalteinsatzes voraus. Auch die Stimmklärungen<sup>189</sup> zu Resolution 1483 enthalten nichts, was auf eine nachträgliche Billigung hindeutet; die Kontroverse um den vollen Gewalteinsatz ist vielmehr vollständig ausgespart worden. Schließlich hat Frankreich kurz nach der Annahme von Resolution 1483 deutlich gemacht, man halte an der Bewertung des Gewalteinsatzes der Koalition als völkerrechtswidrig fest.

Am Ende steht folgende völkerrechtliche Bewertung: Der Gewalteinsatz der Koalition verletzt das völkerrechtliche Gewaltverbot. Doch weil die Gegenansicht nicht schlechterdings unvertretbar ist, kann der Verstoß nicht als eindeutige (oder flagrante) Völkerrechtsverletzung bewertet werden. Völkerstrafrechtlich erreicht er (bereits) deshalb nicht die Schwelle zur Aggression bzw. zum Angriffskrieg i. S. v. § 80 StGB.

*h) Bewertung des Gewalteinsatzes unter dem Gesichtspunkt seiner Zielsetzung*

Auf der Grundlage der obigen<sup>190</sup> abstrakten Ausführungen spricht im Übrigen viel dafür, den Gewalteinsatz gegen den Irak auch mangels spezifischer völkerrechtswidriger Zielsetzung nicht als Angriffskrieg zu bewerten: Erklärtes Ziel des Gewalteinsatzes war und ist es, die völkerrechtlich geschuldete Abrüstung des Irak durchzusetzen bzw. den auf eine völkerrechtswidrige Rüstung hindeutenden Indizien in vollem Umfang nachzugehen, was zuvor nicht möglich war, da der Irak mit den VN-Inspektoren nicht in dem völkerrechtlich geschuldeten Maße zusammengearbeitet hatte. Dass dieses Ziel nur vorgeschoben war und tatsächlich andere Zwecke, wie etwa die Einsetzung einer den Besatzungsmächten gefügigen Regierung oder die

<sup>189</sup> U.N. Doc. S/PRV.4/761, 22.5.2003.

<sup>190</sup> Oben II. 1. c.

Ausbeutung der irakischen Ölressourcen, verfolgt werden, lässt sich nach den bisher bekannten Tatsachen nicht verlässlich begründen. Deshalb wird der nachfolgenden Bewertung das erklärte Ziel der Koalition zugrunde gelegt.

Dieses Ziel ist auf die *Durchsetzung von Völkerrecht* gerichtet<sup>191</sup>. Dies hindert zwar nicht die Feststellung der Verletzung des völkerrechtlichen Gewaltverbotes. Bestreiten lässt sich jedoch, dass sich ein solcher Gewaltin-satz gegen die territoriale Integrität oder politische Unabhängigkeit des Ziellandes richtet. Der im Fall Irak hinzutretende gezielte Sturz der Regierung ändert an dieser Bewertung – ausnahmsweise – nichts, wenn man, wofür nach hiesiger Ansicht gute Gründe sprechen, das Recht auf politische Unabhängigkeit auf die Freiheit zur völkerrechtskonformen Willensbildung beschränkt. Denn die irakische Regierung hat sich der Herstellung eines völkerrechtskonformen Zustandes bis zuletzt verweigert. In dieser Konstellation kann auch das weitere Ziel der USA, nach dem Sturz der irakischen Regierung die Demokratisierung des Irak zu befördern, das Verdikt einer spezifisch völkerrechtswidrigen Zielsetzung nicht begründen. Denn dieses Ziel steht im Einklang mit dem in Resolution 1483<sup>192</sup> bekräftigten „Recht des irakischen Volkes, seine politische Zukunft frei zu bestimmen“. Auch bei einer stärker kasuistischen Formulierung der in Betracht kommenden spezifisch völkerrechtswidrigen Gesamtziel-Ziele muss die Durchsetzung von Völkerrecht ausgeklammert werden; andernfalls gäbe man die völker-gewohnheitsrechtlich gebotene enge Anlehnung an das Nürnberger Fallrecht auf, so wie sie etwa im erwähnten<sup>193</sup> deutschen Formulierungsvorschlag versucht worden ist.

Eine andere Bewertung ergibt sich freilich dann, wenn die Besetzung des Zielstaates *per se* als mögliches Ziel eines Angriffskriegs angesehen wird. Denn dass die Militäroperation das (Zwischen-)Ziel der Besetzung des Irak verfolgte, lässt sich nicht überzeugend bestreiten. Im Rahmen der abstrakten Ausführungen zum Gesamtziel sind die Gründe dargelegt worden, die

<sup>191</sup> Deshalb verkürzt *Schünemann*, GA 2003, 306 Fn. 29, die Problematik, wenn er von einem „Angriffskrieg zur Lösung eines politischen Konfliktes“ (Hervorh. C.K.) spricht. Der Umstand, dass der Gewaltensatz auch das Ende eines den völkerrechtlichen Mindeststandard der Menschenrechte über Jahre hin grob verletzenden Regimes herbeiführt (und hierzu erforderlich gewesen sein dürfte), wird hier deshalb nur am Rande erwähnt, weil das Ziel der Beendigung dieses menschenrechtsverletzenden Zustandes von der Koalition nicht in den Vordergrund gerückt worden ist.

<sup>192</sup> (Ann. 186), vierter Erwägungsgrund.

<sup>193</sup> Zum deutschen Formulierungsvorschlag siehe bei Ann. 69; ähnlich *Werle* (Ann. 18), Rdn. 1161.

nach geltendem Völkergewohnheitsrecht dagegen sprechen, das Vorliegen eines Angriffskriegs mit dem Ziel der Besetzung zu begründen. Es ist jedoch auch darauf hingewiesen worden, dass dieser Punkt bislang von vielen Seiten abweichend beurteilt wird und der Diskussionsprozess nicht abgeschlossen ist. Die hier vorgestellten Überlegungen zum spezifisch völkerrechtswidrigen Ziel des Gewaltensatzes der Koalition stehen deshalb insbesondere Maße unter dem Vorbehalt der besseren Erkenntnis im Zuge der weiteren Debatte, die sicher auch im Licht des Falles Irak geführt werden wird.

#### c) Die bisherige internationale Reaktion zur Frage der Strafbarkeit des Gewaltensatzes nach Völkerstrafrecht

Gerade angesichts der Unsicherheit über die präzise Konturierung des un-rechtlichen Verbrechenstatbestandes ist die internationale Reaktion in möglichen Anwendungsfällen von Interesse. Soweit ersichtlich stützt die bis-hinige Reaktion das vorstehend begründete Ergebnis. Aufschlussreich ist in erster Linie die offene Debatte des Sicherheitsrats der VN am 26/27.3.2003<sup>194</sup>. Hier zeigt sich zunächst, dass die völkerrechtliche Zulässigkeit des Gewaltensatzes keineswegs mit überwältigender Mehrheit verneint worden ist; neben nicht nur marginaler<sup>195</sup> Unterstützung für die Rechtsauffassung der Koalition wird in zahlreichen Erklärungen eine völkerrechtliche Festlegung vermieden. Für unsere Fragestellung noch interessanter ist jedoch, dass nur der Irak<sup>196</sup>, Libyen<sup>197</sup>, der Iran<sup>198</sup> und Syrien<sup>199</sup> den Gewaltensatz mehr oder wenig ausdrücklich als nach Völkerstrafrecht *strafbare* Aggression bzw. als Angriffskrieg bewerten. Die Stellungnahme der Blockfreien spricht demgegenüber „lediglich“ von einer Verletzung des Völker-

<sup>194</sup> U.N. Doc. S/PV.4726, 26.3.2003, 3 pm; S/PV.4726 (Resumption 1), 27.3.2003, 9.30 am.

<sup>195</sup> Für die Rechtmäßigkeit des Gewaltensatzes sprechen sich aus Kuwait, S/PV.4726, S. 15; Polen, ebd. S. 25; Singapur, ebd. S. 26; Australien, ebd. S. 27; Korea, ebd. S. 34f.; Japan, ebd. S. 39; Makedonien, ebd. S. 40; Georgien, ebd. S. 41; Usbekistan, ebd. S. 41; Letland, ebd. S. 42; Nicaragua, ebd. S. 42; Albanien, ebd. S. 45; Island, ebd. S. 46; Mongolei, ebd. S. 42; Marshall Islands, S/PV.4726 (Resumption 1); Litauen, ebd. S. 5; El Salvador, ebd. S. 6; Micronesien, ebd. S. 8; Uganda, ebd. S. 13; Äthiopien, ebd. S. 15; Vereinigtes Königreich, ebd. S. 23; USA, ebd. S. 25; Bulgarien, ebd. S. 31.

<sup>196</sup> S/PV.4726, S. 5: „criminal aggression“.

<sup>197</sup> S/PV.4726, S. 16: „evil aggression“.

<sup>198</sup> S/PV.4726, S. 33: „flagrant counter to the norms and principles of international law“.

<sup>199</sup> S/PV.4726 (Resumption 1), S. 32: „War of aggression“.

rechts<sup>200</sup>, und selbst die Arabische Liga verzichtet bei ihrer im Übrigen nicht einmal einheitlich<sup>201</sup> getroffenen Einordnung als „Aggression“ auf den Zusatz „verbrecherisch“. Die offene Debatte im Sicherheitsrat ist beachtliche Verbalpraxis zu unserem Thema, ist sie doch gerade zu dem Zweck anberaumt worden, den Staaten Gelegenheit zu geben, ihre jeweilige politische und völkerrechtliche Bewertung der Entscheidung für die Gewaltanwendung „zu Protokoll“ zu geben, wobei zur völkerrechtlichen Bewertung seit den 1990er Jahren auch völkerstrafrechtliche Einschätzungen gehören.

### III. Die Beihilfe zum Angriffskrieg im Licht des „Falles Irak“

Die deutsche Haltung im Irak-Krieg wirft Licht auf die wenig geklärte Frage nach der völkerstrafrechtlichen Bewertung des Regierungsverhaltens, das einer Beihilfe zum Angriffskrieg zugrunde liegt. Dieser Frage nachzugehen, bleibt auch nach der Verneinung eines Angriffskrieges der Koalition ein lohnendes strafrechtsdogmatisches Unterfangen.

#### 1. Völkerstrafrecht

So unergiebig sich das Nürnberger Fallrecht hinsichtlich einer präzisen Definition des Begriffs „Angriffskrieg“ erweist, so eindeutig legt es die zentrale Weiche zum möglichen Kreis der Beteiligten: Der Angriffskrieg wird als Führungsverbrechen verstanden<sup>202</sup>. Erfasst werden soll nur das Verhalten solcher Personen, „die sich in einer Position befinden, in der sie die politischen und militärischen Aktivitäten ihres Staates kontrollieren oder diese Aktivitäten leiten können“<sup>203</sup>. Damit dürfte in etwa der Personenkreis umrissen sein, dem in der deutschsprachigen Literatur die „Organisationsherrschaft über den Machtparapat“ zugesprochen wird<sup>204</sup>. Strafrechtsdogma-

<sup>200</sup> S./P.V. 4726, S. 7 (Malaysia): „In violation of the principles of international law and the Charter“.

<sup>201</sup> Zur Position Kuwaits Anm. 195.

<sup>202</sup> Internationaler Militärgerichtshof (Anm. 5), S. 252f.; wesentlich klarer U.S. v. Krauch et al. (Anm. 5), Bd. VIII, S. 1124; a. A. Richter Sir Webb, Sonderrömun zum Tokioter Urteil, *Röbling/Rüter* (Anm. 8), Bd. 1, S. 475.

<sup>203</sup> Die in den aktuellen Verhandlungen verwendete Formulierung lautet im Original: „[A] person ... being in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State“; Diskussionspapier v. 24.7.2002 (Anm. 31), S. 3 (unter 1.).

<sup>204</sup> Hierzu näher Vest, *ZStW* 113 (2001), S. 493.

tisch weist das Verbrechen des Angriffskrieges also einen umfassenden Sondernordlichkeitscharakter auf, der die Bestrafung der (typischerweise zahlreichen) amder Gesamtat auf mittlerer und unterer Ebene mitwirkenden Extranet (vor allem der auf der Ausführungsebene agierenden einfachen Soldaten) nicht nur als Täter, sondern auch als Gehilfen ausschließt<sup>205</sup>.

Damit ist das völkerstrafrechtliche Beteiligungsmodell für den Fall des von einem Staat durchgeführten Angriffskrieges klar umrissen. Durch Nürnberg nicht klar vorgezeichnet ist demgegenüber die beteiligungsrechtliche Behandlung eines Angriffskrieges, zu dem eine „Koalition der Willigen“ Gesamtat-Beiträge unterschiedlicher Qualität leistet. Der Fall Irak ist ein Lehrbeispiel für den Facettenreichtum möglicher Abstufungen. Unsinig ist hier etwa die völkerstrafrechtliche Bewertung der Führungspersonen solcher Staaten, die entweder nur einen eher symbolischen militärischen Beitrag zum Angriffskrieg leisten oder den eigenen Staat auf die lediglich politische Unterstützung des Angreiferstaates festlegen. Im Folgenden soll angesichts der deutschen Haltung im Irak-Krieg vor allem der Fall der indirekten militärischen Unterstützung des Angreiferstaates durch die Gewährung von Nutzungsrechten beleuchtet werden.

In einem solchen Fall ist auf der zwischenstaatlichen Ebene eine Beihilfe zum Völkerrechtsdelikt anzunehmen: Die Existenz eines völkergewohnheitsrechtlichen Verbotes, Beihilfe zum völkerrechtlichen Delikt zu leisten, ist in Anbetracht von Art. 16 des von der Völkerrechtskommission der VN in zweiter Lesung angenommenen Entwurfs zum Recht der Staatenverantwortlichkeit für völkerrechtswidriges Verhalten<sup>206</sup> nicht mehr ernsthaft zu bestreiten. Und in den vorbereitenden Arbeiten zu Art. 16 ist – auch unter Verwertung deutscher Staatenpraxis – dargelegt worden, dass die Gewährung von Überflugrechten gegenüber einem das Gewaltverbot verletzenden Staat seit langem als Beihilfe-Fall qualifiziert wird<sup>207</sup>. Damit wirft die deutsche hier *Clarke*, *Leiden Journal of International Law* 15 (2002), S. 873; *Werle* (Anm. 18), Rdn. 1165ff.; a. A. *Triffterer*, in: *Hanke/Simby* (Hrsg.), *Stratgerichtliche gegen Menschheitsverbrechen*, 1995, S. 231f., jedoch mit rechtspolitischer Argumentation. Zum aktuellen internationalen Konsens im Sinne des Textes siehe das Diskussionspapier v. 24.7.2002 (Anm. 31), S. 3 (unter 3.), wonach die Anwendung von Art. 25 Abs. 3 ISrGH-Statut auf das Verbrechen der Aggression ausgeschlossen sein soll; *Vogel*, *ZStW* 114 (2002), S. 424, spricht treffend von einem „Vorrang des Besonderen Teils“.

<sup>206</sup> U.N. Doc. A/CN.4/L.602/Rev.1, 26.7.2001.

<sup>207</sup> So zuletzt der Kommentar der VN-Völkerrechtskommission zu Art. 16 ihres Textes zur Staatenverantwortlichkeit (Anm. 206), U.N. GAOR, 57th session, supplement no. 10, S. 158 Fn. 294, unter Hinweis auf deutsche Praxis; aus den Vorträgen siehe U.N. Document A/CN.4/498/Add.1, 1.4.1999, S. 7 (Nr. 169); Yearbook of the International Law Commission 1978 II (2), S. 113f. (Nr. 13).

sche Haltung im Irak-Konflikt Licht auf die bislang wenig erörterte Frage, ob staatliche Führungspersonen auch dann wegen der Beteiligung am Verbrechen des Angriffskrieges zu *bestrafen* sind, wenn sie „nur“ die Beihilfe ihres Staates zu einem fremden Angriffskrieg zu verantworten haben.

Diese Frage lässt sich nicht einfach mit der Begründung verneinen, für die Strafbarkeit fehle es hier an einem Präzedenzfall. Denn da im Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts die Beteiligungsdorm der Beihilfe (bzw. Beistand) 208 grundsätzlich anerkannt ist, bedürfte es einer gesonderten Begründung dafür, die für die Beihilfe zum Angriffskrieg im *delikt*völkerrechtlichen Sinne Verantwortlichen von den Völkerstrafbarkeit wegen der Beteiligung am Angriffskrieg auszunehmen. Eine solche Begründung liefert der Nürnberger Fallrecht bei näherem Hinsehen nicht. Denn die Nürnberger Konzeption des Angriffskrieges als *umfassendes* Sonderdelikt zielt darauf, eine massenweise Kriminalisierung zu verhindern und den subalternen Mitwirkenden das Risiko der zutreffenden rechtlichen Bewertung des jeweiligen Gewalteinsetzes von vornherein abzunehmen<sup>209</sup>. Eine weitere mögliche Erklärung für die spezielle Deliktstruktur liegt insbesondere im Hinblick auf die Soldaten in der Spannung zwischen der Strafandrohung wegen Beteiligung am Angriffskrieg und dem kriegsrechtlichen Grundsatz der Straffreiheit der Schädigung gegnerischer Kombattanten. Ob diese Wertungen (auch heute noch) überzeugen<sup>210</sup>, mag hier auf sich beruhen; bedeutsam ist nur, dass sie die Ausnahme des Führungspersonals eines „Gefillensstaates“ von der Strafbarkeit wegen der Beteiligung am Angriffskrieg nicht zu tragen vermögen.

Im Ergebnis ist der umfassende Sonderdeliktcharakter des völkerrechtlichen Verbrechens des Angriffskrieges nicht dahin zu verstehen, dass die Strafbarkeit solcher staatlicher Führungspersonen ausgeschlossen ist, die „lediglich“ die Beihilfe ihres Staates zu einem fremden Angriffskrieg zu verantworten haben. Die Verhandlungen nach Art. 5 Abs. 2 IStGH-Statut lassen insoweit freilich keine klare Position erkennen. Zwar wird im aktuellen Diskussionspapier<sup>211</sup> zwischen den Handlungsmodalitäten des „Befehlens“ der Gesamtheit und des „aktiven“<sup>212</sup> Teilnehmens“ hieran unterschieden.

<sup>208</sup> Die Zuordnung zu einem differenzierenden oder zu einem monistischen Beteiligungsmodell ist hier ohne Belang.

<sup>209</sup> U.S. v. Krauch et al. (Ann. 5), Bd. VIII, S. 1124ff; siehe auch C. Schmitz (Ann. 6), S. 70ff.

<sup>210</sup> Vereinnahmend Trifflerer (Ann. 205).

<sup>211</sup> (Ann. 31), S. 3, unter 1.

<sup>212</sup> Nur angemerkter sei, dass der Verhaltensmodus der deutschen Regierungsmitglieder im Fall Irak im Grenzbereich von Tun (*Bestätigung* der Nutzungsgewährung) und Unter-

Doch dürfte diese Unterscheidung das Führungspersonal ein und desselben Staates im Auge haben. Die Konstellation der deliktivölkerrechtlichen Beihilfe bedarf also noch der völkerstrafrechtlichen Klärung: Wird die Strafbarkeit – nach dem Gesagten: mit gutem Grund – bejaht, so erscheint es nachrangig, ob bzw. in welcher Form die *delikt*völkerrechtliche Abstufung zwischen Täter- und Beihilfestaat in der Bezeichnung der völkerstrafrechtlichen Beteiligungsdorm der jeweiligen Führungsperson Ausdruck findet. Jedenfalls auf der Strafzumessungsebene wird die Abstufung zu beachten sein<sup>213</sup>.

## 2. § 80 StGB

### a) Deutsche Beihilfe zum fremden Angriffskrieg im Sinne des Deliktivölkerrechts und Beteiligung der Bundesrepublik an einem Angriffskrieg i. S. v. § 80 StGB

Die Strafbarkeit der für eine *deutsche* Beihilfe zum *fremden* Angriffskrieg im Sinne des Deliktivölkerrechts verantwortlichen Führungspersonen nach deutschem Strafrecht setzt zunächst voraus, dass die Bundesrepublik Deutschland in solchen Fällen an dem fremden Angriffskrieg i. S. v. § 80 StGB *beteiligt* ist. In den Beratungen des Sonderausschusses zur Strafrechtsreform wurde seitens der Bundesregierung<sup>214</sup> unter Bezugnahme auf den gemeinsamen Art. 2 der Genfer Abkommen zum humanitären Völkerrecht<sup>215</sup> die Meinung vertreten, der Beteiligungsbegriff des § 80 StGB sei *konfliktivölkerrechtlich*<sup>216</sup> zu verstehen. Diese Einschätzung ist nicht auf Widerspruch gestoßen<sup>217</sup>. Versteht man die Beteiligung i. S. v. § 80 StGB deshalb gleichbedeutend mit der Stellung als *Partei* in einem internationalen be-

lassen (*Nicht*uspendierung der Nutzungsrechte) liegt Zusatzprobleme im Fall der Einordnung als Unterlassen werden hier ausgeklammert.

<sup>213</sup> Eine völkerstrafrechtliche Tendenz zum „Strafzumessungsmodell“ der Beteiligung sieht Vogel, ZStW 114 (2002), S. 423.

<sup>214</sup> RegDir. Waff (BMJ) (Ann. 83), S. 1987.

<sup>215</sup> Abkommen vom 12. 8. 1949; BGBl. II 1954, S. 783; abgedruckt in: Grütznert/Pötz (Ann. 9), III R 2, S. 7.

<sup>216</sup> Zum (wegehenden) Übergang vom traditionellen Kriegs- zum Konfliktivölkerrecht eingehend W. Heintschel von Heinegg, Seckriegsrecht und Neutralität im Seckrieg, 1995, S. 158ff.

<sup>217</sup> Soweit insbesondere der Abg. Arndt (Ann. 83), S. 1987, für die Beschränkung der Vorschrift auf „die Vorbereitung eines Angriffskrieges der Bundesrepublik selbst“ plädierte, ist dem dagegen widersprochen worden.

waffneren Konflikt<sup>218</sup>, so ist eine deutsche Beteiligung in *diesem* Sinne im Fall der deliktswölkerrechtlichen Beihilfe häufig zu verneinen. Ein Beispiel hierfür bietet das deutsche Verhalten im Irak-Konflikt. Denn die deutsche Gewährung von Nutzungsrechten gegenüber den USA erreicht nicht das Maß direkter militärischer Unterstützung der Kampfhandlungen, das erforderlich wäre, um Deutschland als Konfliktpartei zu qualifizieren. Am ehesten dürfte die deutsche Haltung der „wohlwollenden“ bzw. „diskriminierpraktiziert worden ist. Ungachtet des hier nicht interessierenden Streits über die neutralitätsrechtlichen Konsequenzen einer solchen Position<sup>219</sup> besteht Übereinstimmung darin, dass sie von der *Mit-Kriegsführung (co-belligerency)* zu unterscheiden ist<sup>220</sup>.

Es fragt sich jedoch, ob der Beteiligungsbegriff in § 80 StGB tatsächlich deliktswölkerrechtlich zu bestimmen ist. Entgegen der Normgenese legt die *Wortlautauslegung* den deliktswölkerrechtlichen Beteiligungsbegriff nicht nahe: Denn § 80 StGB bezieht die Beteiligung nicht auf den völkerrechtlichen *Status*begriff des *Krieges*, sondern auf die *deliktswölkerrechtliche Handlung* des *Angriffskrieges*. Und *deliktswölkerrechtlich* ist die Beihilfe<sup>221</sup> – wie soeben gezeigt – als dogmatische Figur anerkannt. Das Völkerrecht zwingt im Beihilfefall also nicht zu einem von § 28 Abs. 2 StGB abweichenden Gebrauch des Wortes „Beteiligung“. Im Gegenteil spricht nach dem *Wortsinn* mehr für einen deliktswölkerrechtlichen Beteiligungsbegriff unter *Einschluss* der Beihilfe. In dieselbe Richtung weist schließlich die Ratio des § 80 StGB. Diese besteht jedenfalls auch im Schutz des Völkerfriedens vor deutschen Bedrohungen. Denn nur so bleibt die gebotene und von den Schöpfern des § 80 StGB bekräftigte Anbindung der Strafvorschrift an Art. 26 Abs. 1 GG gewahrt, der die deutsche Außenpolitik auf das Friedensgebot der Präambel des Grundgesetzes ausrichten soll<sup>222</sup>. Das zentrale Anliegen des § 80 StGB

<sup>218</sup> Nach Meinung des GBA im Irak-Fall geht es in § 80 StGB um eine deutsche Beteiligung „als Krieg führende staatliche Macht“, siehe auch *Steinhausen* (Anm. 79), S. 88 ff. Dazu eingehend *Heintschel von Heinegg* (Anm. 216), S. 100 ff., der die völkergewohnheitsrechtliche Geltung eines speziellen Regimes der wohlwollenden Neutralität mit beachtlichen Gründen bestritt.

<sup>219</sup> *Greewood* und *Bothe*, in: *Fleck* (Anm. 154), S. 44 (Nr. 214) bzw. S. 392 ff. (Nr. 1107), S. 594.  
<sup>220</sup> *Schwenner*, in: *Strupp/Schlochauer* (Hrsg.), Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. 2, 1961, S. 154.  
<sup>221</sup> Anders als die *Anstufung*; Kommentar der VN-Völkerrechtskommission (Anm. 207), S. 154.

<sup>222</sup> *Doehring* (Anm. 33), S. 689 (§ 178 Rdn. 2f.); *Finck*, in: *Mangoldt/Klein/Sarck*, GG, 67. Aufl. (2003), § 23, Rdn. 10.

mag man danach in der Verhinderung eines *deutschen* Angriffskrieges sehen. Doch liegt es auch innerhalb der Teleologie von § 80 StGB i. V. m. Art. 26 GG, darauf hinzuwirken, dass Deutschland nicht seine Hand zur Unterstützung eines fremden Angriffskrieges reich<sup>223</sup>. So wird im verfassungsrechtlichen Schrifttum von namhafter Seite die Auffassung vertreten, Art. 26 GG erfasse auch den Beihilfefall<sup>224</sup>. Hiernach vermag das enge *konfliktswölkerrechtliche* Verständnis des Beteiligungsmerkmals in § 80 StGB teleologisch nicht zu überzeugen. Für die engere konfliktswölkerrechtliche Auslegung des Merkmals „Beteiligung der Bundesrepublik“ lässt sich auch nicht anführen, andernfalls werde über § 5 Nr. 1 StGB die Anwendbarkeit von § 80 StGB auf ausländisches Führungspersonal ausgedehnt. Zwar heißt es im Bericht des Sonderausschusses, durch das Merkmal „Angriffskrieg, an dem die Bundesrepublik Deutschland beteiligt sein soll“ solle „eine Art internationale Gerichtsbarkeit“ deutscher Strafgerichte ausgeschlossen werden<sup>225</sup>. Doch es ist nicht einzusehen, warum den Bedenken gegenüber der Anwendung des § 80 StGB auf „ausländische Staatsmänner“ im Fall der deutschen *Beihilfe* größeres Gewicht zukommen soll als im Fall der deutschen *Mit-Kriegsführung*.

Hiernach ist festzuhalten, dass die besseren Gründe dafür sprechen, das Tatbestandsmerkmal der „Beteiligung der Bundesrepublik an einem Angriffskrieg“ auf den Fall deutscher Beihilfe im deliktswölkerrechtlichen Sinn zu erstrecken.

b) *Deutsche Beihilfe zum fremden Angriffskrieg im Sinne des Deliktswölkerrechts und Beteiligung deutscher Regierungsmitglieder an der Vorbereitung eines Angriffskrieges nach § 80 StGB*

Die möglichen (strafrechtlichen) Beteiligungsformen zu § 80 StGB sind umstritten. Während die Beihilfe zur Vorbereitung eines Angriffskrieges teilweise<sup>226</sup> nach den allgemeinen Regeln für möglich gehalten wird, plädiert

Bd. II, 4. Aufl. 2000, Art. 26 Rdn. 5; *Pernice*, in: *Dreier*, GG, Bd. 2, 1998, Art. 26 Rdn. 13; *Hobe*, in: *Frauw/Höfing*, GG, Art. 26 Rdn. 1.

<sup>223</sup> Anders der GBA in seiner Entscheidung im Irak-Fall (Anm. 71), obwohl er die Verhinderung eines deutschen Angriffskrieges lediglich als das *zentrale* Anliegen des § 80 StGB bezeichnet.

<sup>224</sup> *Doehring* (Anm. 33), S. 704 (§ 178 Rdn. 34).

<sup>225</sup> BT-Drucks. V/2860, S. 2.

<sup>226</sup> *Laufhütte*, in: *LK*, § 80 Rdn. 9; *Stree/Sternberg-Lieben*, in: *Schöne/Schröder*, § 80 Rdn. 6.

vor allem *Paeffgen*<sup>227</sup> dafür, § 27 StGB bei § 80 StGB unangewendet zu lassen. Da im deliktswölkerrechtlichen Beihilfefall, um den es uns geht, der Gedanke zumindest nicht fern liegt, das zugrunde liegende Individualverhalten als Beihilfe i. S. v. § 27 StGB zu qualifizieren, soll der Hintergrund der Kontroverse beleuchtet werden.

§ 80 StGB beschränkt den möglichen Täterkreis nicht ausdrücklich. Um da sich Art. 26 Abs. 1 GG sowohl an (deutsche) Staatsorgane als auch an Privatpersonen richtet<sup>228</sup>, liegt zunächst die Annahme nahe, § 80 StGB sei abweichend vom Völkerstrafbestand der Führung eines Angriffskrieges und anders als der Vorschlag im AE<sup>229</sup> nicht als Führungsverbrechen, sondern als Allgemeindelikt zu verstehen. Jedoch lassen die Gesetzesberatungen zu § 80 StGB die „Nürnberg-Wertung“ zum Angriffskrieg als Führungsverbrechen durchaus – wenngleich ohne direkte Bezugnahme – erkennen. So erklärt sich die überraschend anmutende Nichterwähnung der *Durchführung* eines Angriffskrieges als Tathandlung auch aus der Sorge der Gesetzverfasser, der Kreis der möglichen Beteiligten könne hier zu weit geraten. Entsprechende Bedenken sind in den Beratungen auch im Hinblick auf die in § 80 StGB als Tathandlung allein genannte *Vorbereitung*<sup>231</sup> deutlich angeklungen<sup>232</sup>. Im Text haben sie sich am Ende nur deshalb nicht *ausdrücklich* niedergeschlagen, weil man eine „diskriminierende“<sup>233</sup> Beschränkung des Täterkreises auf Führungspersonen – so wie sie seinerzeit in § 85 DDR StGB anzutreffen war – scheute. Die herrschende Lehre<sup>234</sup> will § 80 StGB

dementsprechend als ein „unechtes“ Sonderdelikt für Führungspersonen verstehen und setzt dogmatisch bei dem Erfordernis der Verursachung einer Kriegsgefahr für Deutschland an. Denn hierzu sei tatsächlich nur das Führungspersonal imstande. Im Ergebnis spricht viel für diese Auffassung, und es stellt sich sogar die Frage, ob die erstrebte Begrenzung des Täterkreises in § 80 StGB nicht offener und sicherer über eine völkerstrafrechtskonforme Umdeutung in ein *echtes* Sonderdelikt erreicht werden kann. Letzteres mag hier offen bleiben. Jedenfalls ist *Paeffgen* aber darin zuzustimmen, dass der gesetzgeberischen Sorge vor einer Massenkriminalisierung durch § 80 StGB nur durch einen Ausschluss der Teilnahmestrafbarkeit der typischerweise zahlreichen Personen gebührend Rechnung getragen werden kann, die unterhalb der Führungsebene an einer Vorbereitung des Angriffskrieges mitwirken. Daraus ergibt sich jedoch zugleich, dass der Verzicht auf die Teilnahmestrafbarkeit bei § 80 StGB nur im Hinblick auf subalterne Kräfte in Betracht kommt. Gegen eine Teilnahmestrafbarkeit der Führungspersonen bestehen demgegenüber in § 80 StGB ebenso wenig Bedenken wie im Völkerstrafrecht.

Das lenkt den Blick auf die von *Sonnen*<sup>235</sup> befürwortete Konzeption des § 80 StGB als Führungsverbrechen mit möglichen Differenzierungen zwischen Täterschaft und Teilnahme auf der Ebene der *Intranei*. Freilich ist eine entsprechende Differenzierung nach dem *Gesetzeswortlaut* nicht erforderlich. Denn da der Begriff der *Vorbereitung* seit den Tagen des Reichsgerichts<sup>236</sup> jede objektive Förderung erfasst, wird sich das Verhalten von Führungspersonen sprachlich *stets* als Vorbereitung und damit als täterschaftliches Verhalten nach § 80 StGB einordnen lassen. Insbesondere fördert auch eine deutsche Regierungsentcheidung, mit der dem Angreifer Nutzungsrechte gewährt werden, einen geplanten *fremden* Angriffskrieg objektiv. Die Differenzierung zwischen Täterschaft und Beihilfe zu einer Tat nach § 80 StGB dürfte in dem hier untersuchten Fall deutscher Beihilfe im Sinne des Deliktswölkerrechts damit letztlich strafrahmenorientiert<sup>237</sup> erfolgen. Hält man die Regierungsentcheidung, den fremden Angreifer im deliktswölkerrechtlichen Sinn Beihilfe zu leisten bzw. in Aussicht zu stellen, für zu wenig „gewichtig“<sup>238</sup>, um den Mindeststrafrahmen von zehn Jahren

<sup>227</sup> In: NK, § 80 Rdn. 24–27; ebenso *Rudolph*, in: SK StGB, § 80 Rdn. 10; hierzu neigend auch *Geppert* (Anm. 77), S. 324 Fn. 35.

<sup>228</sup> *Jarass/Pieroth*, GG, 6. Aufl. 2002, Art. 26 Rdn. 4; *Pernice*, in: *Dreier*, GG, Art. 26 Rdn. 18; *Strenz*, in: *Sachs*, GG, Art. 26 Rdn. 22 f.; *Hobe*, in: *Frank/Hoffing*, GG, Art. 26 Rdn. 3.

<sup>229</sup> *Baumann* u. a., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Politisches Strafrecht, 1968, S. 5. Hier bringt die Tathandlung des „Einsatzes der Streitkräfte den Charakter der Tat als Führungsverbrechen zum Ausdruck; zustimmend *Schroeder*, JZ 1969, 45.

<sup>230</sup> (Anm. 83), S. 1987 ff.; *Schroeder*, in: *Maurach/Schroeder/Matwald* (Anm. 100), S. 384 (Rdn. 1).

<sup>231</sup> Ob die Meinung des Gesetzgebers (BT-Drucks. V/2860, S. 2) zutrifft, die *Auslösung* eines Angriffskrieges sei erst recht erfasst, mag hier unterschieden bleiben.

<sup>232</sup> Abg. *Gäde* (Anm. 83), S. 1982.

<sup>233</sup> *Windt*, in: *Maassen* (Anm. 83), S. 1984.

<sup>234</sup> *Langhütte*, in: LK, § 80 Rdn. 4; *Paeffgen*, in: NK, § 80 Rdn. 24; *Rudolph*, in: SK StGB, § 80 Rdn. 10; *Sonnen*, in: AK StGB, § 80 Rdn. 31; *Geppert* (Anm. 77), S. 324; a. A. *Tröndle/Fischer*, StGB, § 80 Rdn. 6; und *Schroeder*, in: *Maurach/Schroeder/Matwald* (Anm. 100), S. 385 f. (Rdn. 8), die jeweils auch die Möglichkeit bejahen, § 80 StGB könne in Gestalt eines Massenverbrechens begangen werden.

<sup>235</sup> In: AK StGB, § 80 Rdn. 32.

<sup>236</sup> RGSt. 16, 167.

<sup>237</sup> Ausführlich zur strafrahmenorientierten Auslegung jetzt *Kudlich*, ZStW 115 (2003), S. 1.

<sup>238</sup> *Langhütte*, in: LK, § 80 Rdn. 4 („Handlungen von besonderem Gewicht“); *Rudolph*, in: SK StGB, § 80 Rdn. 5 („Maßnahmen von einigem Gewicht“); *Sonnen*, in: AK StGB,

Freiheitsstrafe zu rechtfertigen, so wird man die Strafmilderung nach § 27 StGB suchen. An dieser Stelle sei freilich in Erinnerung gerufen, dass es um die objektive Förderung eines nach der oben begründeten Konzeption auf schwerste Fälle beschränkten Makroverbrechens geht.

Aus dem Vorstehenden folgt: Im Fall der deutschen Beihilfe zum fremden Angriffskrieg ist mit Eintritt einer Kriegesgefahr für Deutschland eine Strafbarkeit der für die deutsche Haltung verantwortlichen deutschen Regierungsmitglieder<sup>239</sup> entweder als Täter oder als Gehilfen einer Tat nach § 80 StGB zu bejahen.

#### IV. Zur Anwendung des § 80 StGB auf ausländisches Führungspersonal – zugleich Überlegungen zu dessen Schutzrichtung

Der gesetzgeberische Wille, § 80 StGB nicht als Weltrechtspflegedelikt auszugestalten, hat sich neben der Nicht-Einreihung in § 6 StGB in den beiden Merkmalen „Angriffskrieg, an dem die Bundesrepublik Deutschland beteiligt sein soll“ und „Gefahr eines Krieges für die Bundesrepublik Deutschland“ niedergeschlagen. Mit beiden zusammen wollten die Gesetzesverfasser ausschließen, dass die Anwendung von § 80 StGB zu „einf[.] international[e]n] Gerichtsbarkeit“ durch deutsche Strafgerichte geraten könnte<sup>240</sup>. Dabei richtete sich die Befürchtung der Abgeordneten vor allem auf eine mögliche Strafbarkeit „ausländischer Staatsmänner“ nach § 80 StGB. Bei der Lektüre der Gesetzesberatungen gewinnt man den bestimm-

ten Eindruck, dass man diesen Personenkreis nicht nur bei Angriffskriegen ohne jeden Bezug zu Deutschland, sondern unter allen Umständen aus dem Anwendungsbereich des § 80 StGB herausnehmen wollte. Zu Recht konstatiert der GBA in seiner Irak-Entscheidung: „Im Ausschuss bestand Einigkeit darüber, dass es keinesfalls darum gehen konnte, das Verhalten ausländischer Staaten am Maßstab des deutschen Strafrechts zu messen.“<sup>241</sup> Freilich ändert der Vorschlag, den Täterkreis zu diesem Zweck ausdrücklich auf Personen mit „Lebensgrundlage im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes“ zu beschränken, kein Gehör.<sup>242</sup> Vielmehr ordnete man international-strafrechtlich die Anwendung der Norm auf Auslandsstaaten durch Ausländer an (siehezeit § 4 Abs. 3 Nr. 2 StGB, jetzt § 5 Nr. 1 StGB)<sup>243</sup>. Inwieweit sich in der Folge Spannungen zwischen Text und Genese ergeben, soll nachfolgend eörtert werden<sup>244</sup>.

An eine Strafbarkeit ausländischer Führungspersonen nach § 80 i. V. m. § 5 Nr. 1 StGB lässt sich in drei Konstellationen denken: In der ersten will sich Deutschland – sei es als „Täterstaat“, sei es als „Gehilfenstaat“ – tatsächlich i. S. v. § 80 StGB am Angriffskrieg beteiligen. Jedenfalls für die Variante der gemeinsamen Angriffskriegführung wird die Strafbarkeit der mit Deutschland verbündeten ausländischen Führungspersonen nach § 80 StGB im Schrittum ausdrücklich bejaht, soweit hierauf eingegangen wird<sup>245</sup>. Im zweiten Fall bereitet ein ausländischer Staat einen Angriffskrieg vor, und das ausländische Führungspersonal hofft *vergebens* auf oder wirkt *ohne Erfolg* um eine Beteiligung Deutschlands. Diese Konstellation wird – soweit ersichtlich – nur von Paeffgen gesehen. Wenn man den Stimmen im Schrifttum folgte, die aus der subjektiven Fassung des Beteiligungsmerkmals („beteiligt sein soll“) schließen, im Hinblick auf die Beteiligung Deutschlands sei die

<sup>239</sup> § 80 Rdn. 23 („Tätigkeiten von besonderem Gewicht“); *Stree/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, § 80 Rdn. 6 („Maßnahmen von besonderem Gewicht“); *Paeffgen*, in: NK, § 80 Rdn. 14 („Tat einer gewissen Tragweite“); anders *Tröndle/Fischer*, § 80 Rdn. 5 (hinreichende Einschränkung ergebe sich aus dem Erfordernis der Verurteilung einer konkreten Kriegesgefahr).

<sup>240</sup> Im Einzelnen mögen sich hier noch Kausalitäts-, Zurechnungs- und Mitverschuldsfragen stellen, so wie sie seit BGHS, 37, 106, verstärkt diskutiert werden (siehe hierzu zuletzt eingehend und lesenswert *Krauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001).

<sup>241</sup> Im Ausschussbericht (BT-Drucks. V/2860, S. 2) wird nur das Beteiligungsmerkmal ausdrücklich in diesem Kontext erwähnt. Aus den Beratungen des Sonderausschusses ergibt sich jedoch deutlich, dass auch das Merkmal der Kriegesgefahr für Deutschland den internationalen Anwendungsbereich der Norm einschränken sollte (siehe vor allem die Stellungnahmen des Abg. *Arnold* [Anm. 83], S. 1982f., 1983f., auf dessen Vorschlag die Einführung des Merkmals zurückgeht); in diesem Sinn auch *Paeffgen*, in: NK, vor § 80 Rdn. 14.

<sup>242</sup> Anm. 83.

<sup>243</sup> So der Abg. *Arnold* (Anm. 83), S. 1984; ähnlich der Abg. *Schle* ebd.

<sup>244</sup> BT-Drucks. V/2860, S. 2. Man kann fragen, ob dasselbe Ergebnis angesichts der Struktur von § 80 StGB als konkretes Gefährdungsdelikt nicht bereits aus § 3 i. V. m. § 9 Abs. 1 Fall 3 folgt.

<sup>245</sup> Diese Erörterungen sind auch unter Berücksichtigung des völkerrechtlichen Immunitätsschutzes nicht lediglich theoretisch. Denn es gibt gewichtige Gründe dafür, die völkerrechtswidrige Immunität *ratione personae* auf amtierende Staatsoberhäupter, Regierungschefs und Außenminister zu beschränken und auch im Hinblick auf diesen Personenkreis die Berufung auf Immunität *ratione materiae* nach dem Ende der Amtszeit zu verwahren. Zu diesen Rechtsfragen nach dem Grundsatzurteil des IGH im Haftbefehlfall zwischen dem Kongo und Belgien *Kreyf*, GA 2003, 25 m. w. N. *Schroeder*, in: *Maurach/Schroeder/Mairwald* (Anm. 100), S. 386 (Rdn. 9).

Vorstellung des Täters entscheidend<sup>246</sup>, so wäre Paeffgen<sup>247</sup> darin zuzustimmen, dass es sich hier um einen weiteren möglichen Anwendungsfall des § 80 StGB auf ausländisches Führungspersonal handelt. Die meistdiskutierten Situation ist schließlich die Vorbereitung eines gegen Deutschland gerichteten Angriffskrieges. Hier bejaht die ganz herrschende Lehre<sup>248</sup> die Anwendbarkeit des § 80 i. V. m. § 5 Nr. 1 StGB auf die ausländischen Angreifer. Dem widerspricht hartnäckig – jedoch bislang allein – Fr.-Chr. Schroeder<sup>249</sup>. Zu dieser Kontroverse soll zunächst Stellung genommen werden.

a) § 80 i. V. m. § 5 Nr. 1 StGB und die Vorbereitung eines Angriffskrieges gegen Deutschland

Der Wortlaut „Angriffskrieg, an dem die Bundesrepublik Deutschland beteiligt sein soll“ spricht gegen die Einbeziehung dieser Konstellation in den Tatbestand des § 80 StGB. Denn während an einem – im Rechtssinne wertneutralen Krieg – Staaten auf beiden Seiten beteiligt sind, lässt sich von einer Beteiligung an einem – rechtlich negativ bewerteten – Angriffskrieg beim Angrieffsopfer nicht sinnvoll sprechen<sup>250</sup>. Dem entspricht der internationale Sprachgebrauch. Auf diese sprachlichen Gesichtspunkte weist Schroeder<sup>251</sup> hin. Von Seiten der Gegenansicht wird teilweise immerhin konzediert, die Einbeziehung dieser Konstellation lasse sich sprachlich „nicht ohne gewisse Schwierigkeiten“ bewerkstelligen<sup>252</sup>.

Die herrschende Lehre stützt sich im Kern auf die Entstehungsgeschichte des § 80 StGB. Denn im Ausschussbericht heißt es ausdrücklich, mit dem Beteiligungsmerkmal in § 80 StGB solle sowohl der Angriffskrieg durch Deutschland als auch der gegen Deutschland erfasst werden. Doch ist die Entstehungsgeschichte mit Widersprüchen behaftet und deshalb letztlich in-

konklusiv: Zum einen lässt der Ausschussbericht unerwähnt, dass der hierin beifügte Auslegung im Ausschuss selbst bis zuletzt widersprochen worden ist<sup>253</sup>. Und im Übrigen bleibt der unaufgelöste Widerspruch zwischen der Erweiterung des Beteiligungsbegriffs auf den Angriffskrieg gegen Deutschland und dem einhelligen Wunsch, die Strafbarkeit nach § 80 StGB nicht auf „ausländische Staatsmänner“ zu erstrecken<sup>254</sup>. Denn die Anwendung des § 80 StGB auf die Vorbereitung eines Angriffskrieges gegen Deutschland verleihe dem § 80 eine alternative Stoßrichtung gegen ausländische Staatsführungen.

Es bleibt zu fragen, ob die herrschende Lehre die Teleologie des § 80 StGB für sich in Anspruch nehmen kann<sup>255</sup>. Oben<sup>256</sup> ist begründet worden, dass der Zweck von § 80 StGB jedenfalls auch im Schutz des Völkerfriedens vor deutschen Gefährdungen zu sehen ist, weil § 80 StGB jedenfalls auch Ausführungsnorm zu Art. 26 Abs. 1 Satz 2 GG ist. Diese Zielrichtung trägt die herrschende Lehre nicht. Deshalb ist jetzt weiter zu überlegen, ob § 80 StGB mehr ist als eine Ausführungsnorm zu Art. 26 Abs. 1 Satz 2 GG. Entweder könnte § 80 StGB auch der Gewährleistung der äußeren Sicherheit Deutschlands dienen, wie es ganz überwiegend (mit Nuancen im Einzelnen<sup>257</sup>) angenommen wird. Oder § 80 StGB könnte – mit Paeffgen<sup>258</sup> – das Rechtsgut „Völkerfrieden“ nicht nur gegen Gefährdungen durch Deutschland, sondern auch gegen solche durch andere Staaten schützen wollen, sofern sich nur der die deutsche Strafrechtspflege legitimierende Anknüpfungspunkt der Kriegsgefahr für Deutschland darun lässt.

In der Entstehungsgeschichte lassen sich Anhaltspunkte finden, die deutlich auf den Schutz der äußeren Sicherheit Deutschlands hinweisen. So haben einzelne am Gesetzgebungsverfahren Mitwirkende ausdrücklich bekundet, das „Schutzobjekt“ des § 80 StGB sei „die Bundesrepublik“, bzw. es sei inak-

<sup>246</sup> Tröndle/Fischer, § 80 Rdn. 4; Steinhausen (Anm. 77), S. 93.

<sup>247</sup> Paeffgen, in: NK, vor § 80 Rdn. 14.

<sup>248</sup> Kindhäuser, LPK-StGB, § 80 Rdn. 2; Lachner/Kühl, § 80 Rdn. 2; Laufhütte, in: LK

§ 80 Rdn. 3; Sonnen, in: AK StGB, § 80 Rdn. 12; Rudolph, in: SK StGB, § 80 Rdn. 4; Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, § 80 Rdn. 2; Tröndle/Fischer, § 80 Rdn. 4; Müller (Anm. 73), S. 92 f.; Steinhausen (Anm. 77), S. 89 ff.

<sup>249</sup> JZ 1969, 47; Schroeder, in: Maurach/Schroeder/Mairwald (Anm. 100), S. 385 (Rdn. 6).

<sup>250</sup> Deshalb liegt die im Gesetzgebungsverfahren von Wolf (Anm. 83), S. 1987, vorgenommene Bezugnahme auf den konfliktsvölkerrechtlichen Beteiligungsbegriff neben der Sache.

<sup>251</sup> JZ 1969, 47.

<sup>252</sup> Rudolph, in: SK StGB, § 80 Rdn. 4.

<sup>253</sup> Vgl. den ausdrücklich erklärten Widerspruch des Abg. Schlie (Anm. 83), S. 1987.

<sup>254</sup> Abg. Arrdt (Anm. 83), S. 1984, 1987; Abg. Schlie, ebda., S. 1985; Köhler, ebda., S. 1986.

<sup>255</sup> Teleologisch argumentieren Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, § 80 Rdn. 2.

<sup>256</sup> Unter III 2. a.

<sup>257</sup> Kindhäuser, LPK-StGB, § 80 Rdn. 1; Lachner/Kühl, § 80 Rdn. 2; Laufhütte, in: LK, § 80 Rdn. 3; Sonnen, in: AK StGB, § 80 Rdn. 12; Müller (Anm. 73), S. 78 ff.; Steinhausen (Anm. 77), S. 96; Kling, in: Baumann (Hrsg.), Mifflinger die Strafrechtsreform?, 1969, S. 167 (der jedoch die „Friedensordnung der Völker“ als primär geschützt ansieht). Demgegenüber erheben Rudolph, in: SK StGB, § 80 Rdn. 1, und Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, § 80 Rdn. 2, den Schutz der äußeren Sicherheit Deutschlands zum ausschließlich (1) bzw. primär geschützten Rechtsgut.

<sup>258</sup> Paeffgen, in: NK, vor § 80 Rdn. 14.

zeptabel, die Norm „zu einer Schutzvorschrift für andere Staaten“ zu machen<sup>259</sup>. Doch blieb diese Meinung nicht un widersprochen. Bis zuletzt haben andere Abgeordnete die Auffassung vertreten, bei § 80 StGB gehe es allein um die Vorbereitung eines Angriffskrieges durch die Bundesrepublik selbst<sup>260</sup>. So hat sich der Ausschussvorsitzende *Güde* noch ganz gegen Ende der Beratungen<sup>261</sup> dahin geäußert, die Hauptintention der geplanten Vorschrift bestehe darin, zu verhindern, „daß in der Bundesrepublik selbst Angriffskriege vorbereitet würden; es gehe gar nicht darum, mit ausländischen Staatsmännern zu richten“. Interessant ist diese Äußerung auch deshalb, weil sie den Bezug zwischen der hier diskutierten Erweiterung des Schutzzwecks des § 80 StGB über Art. 26 Abs. 1 GG hinaus mit der Strafbarkeit ausländischer Staatsmänner sehr deutlich macht. Freilich sah sich der Ausschussvorsitzende durch seine gerade zitierte Stellungnahme nicht daran gehindert, nur wenige Wortbeiträge später die Feststellung zu treffen, mit dem Beteiligungsmerkmal des geplanten § 80 StGB seien „sowohl der aktive als auch der passive Krieg gemeint“<sup>262</sup>. Bedauerlicherweise reflektiert das abrupte Schwanken des Ausschussvorsitzenden die Konfusion der Beratungen im Ganzen. Am Ende erzeugt die Lektüre der Gesetzesberatungen den Eindruck „völliger Unklarheit über das Rechtsgut“<sup>263</sup>. Eine solche Normgenese kann die Frage nach dem Rechtsgut nicht entscheidend bestimmen; die *subjektive*-teleologische Auslegung muss sich damit als unfruchtbar erweisen, soweit sie über den klar artikulierten Willen der Umsetzung von Art. 26 Abs. 1 GG hinausgeht.

Vielleicht ist die in Rede stehende Schutzweckerweiterung jedoch durch Wortlaut oder Gesetzessystematik objektiviert worden. Für die Einbeziehung der äußeren Sicherheit Deutschlands in den Schutzzweck des § 80 StGB scheint das Tatbestandsmerkmal der *Kriegesfahr für Deutschland* zu sprechen. *Schroeder* hat frühzeitig angenommen, hierdurch sei § 80 StGB zu einem „verwirrenden Zwitter“ von „egoistischer“ und „altruistischer“ Friedensschutznorm geworden<sup>264</sup>, und ist mit dieser Einschätzung auf viel Zustimmung gestoßen<sup>265</sup>. Doch ist dieser Schluss nicht unabweisbar. Denn

man kann dem Merkmal zunächst mit *Paefßen* auch die Funktion der weiteren Präzisierung der die deutsche Strafrechtspflege rechtfertigenden Betroffenheit Deutschlands zuerkennen. Im Übrigen lässt sich ein unter den Voraussetzungen des § 80 StGB ausgebrochener Krieg nicht nur als Beeinträchtigung der äußeren Sicherheit Deutschlands verstehen, sondern auch als ein *normativer*, nämlich *sub specie* Art. 26 Abs. 1 GG verfassungsrechtlicher Schaden für Deutschland auffassen. Jedenfalls in einer Konstellation, auf die *Schroeder*<sup>266</sup> selbst zu Recht hingewiesen hat, erscheint es sogar unumgänglich, das Merkmal der Kriegesfahr von dem Gesichtspunkt der Gefährdung Deutschlands loszulösen. Denn stellt man sich – *horribile dictu* – die von deutscher Seite betriebene Vorbereitung einer angesichts der realen Machtverhältnisse *ohne Gefährdung der äußeren Sicherheit Deutschlands* möglichen Eroberung fremden Staatsgebietes vor, so ergäbe sich die schon im Hinblick auf Art. 26 Abs. 1 GG unerträgliche Konsequenz, die Anwendung von § 80 StGB zu verneinen, wenn man unter „Kriegesfahr“ einen drohenden Schaden für die äußere Sicherheit Deutschlands versteht. Daraus folgt gleichzeitig, dass § 80 StGB den Schutz des Völkerfriedens vor deutschen Bedrohungen und die äußere Sicherheit Deutschlands keinesfalls *kumulativ*, sondern allenfalls *alternativ* schützen kann.

Auch die *Systematik* spricht nicht unbedingt für die diskutierte Schutzweckerweiterung. Zunächst ist das Zusammenspiel des § 80 StGB mit § 5 Nr. 1 StGB in den Blick zu nehmen. Dieses spricht einerseits gegen *Paefßens* Konzeption des durch einen hinreichenden Inlandsbezug begrenzten Schutzes allein des Völkerfriedens. Denn § 5 StGB ist ausweislich seiner Überschrift dem Schutz *inländischer* Rechtsgüter verpflichtet<sup>267</sup>. Andererseits bietet § 5 Nr. 1 StGB keinen sicheren Anhaltspunkt dafür, § 80 StGB im Sinne eines alternativen Schutzes der äußeren Sicherheit Deutschlands zu verstehen. Denn auch bei einer Beschränkung der Schuttrichtung des § 80 StGB auf den Schutz des Völkerfriedens vor Gefährdungen, die Deutschland mitzuverantworten hat, lässt sich von einem „inländischen Rechtsgut“ sprechen: Denn in Rede steht die friedliche deutsche Außenpolitik. Bei einer Ausrichtung des § 80 StGB auch auf die äußere Sicherheit Deutschlands hätte im Übrigen dessen Einordnung im Zweiten Abschnitt nahe gelegen, der mit § 100 StGB eine spezielle Strafnorm zum Schutz Deutschlands vor äußeren Bedrohungen enthält.

<sup>259</sup> Abg. *Müller-Ernert* bzw. *MinDir. Maassen* (Anm. 83), S. 1984, 1987; siehe demgegenüber jedoch etwa die Abg. *Schlee* und *Arnold* (ebda. S. 1985, 1987).

<sup>260</sup> Besonders pointiert in diesem Sinn der Abg. *Arnold* (Anm. 83), S. 1987.

<sup>261</sup> (Anm. 83), S. 1987.

<sup>262</sup> (Anm. 83), S. 1987.

<sup>263</sup> *Treffend Schroeder*, JZ 1969, 47.

<sup>264</sup> *Schroeder*, JZ 1969, 47.

<sup>265</sup> *Sonnen*, in: AK StGB, § 80 Rdn. 12; *Steinhausen* (Anm. 77), S. 96; *Kling* (Anm. 257), *Müller* (Anm. 73), S. 78.

<sup>266</sup> JZ 1969, 47.

<sup>267</sup> *Paefßen*, in: NK, vor § 80 Rdn. 14, sieht den Punkt, will ihm aber angesichts der „eher rechtstechnischen“ Bedeutung des § 5 StGB keine entscheidende Bedeutung zumessen.

Angesichts der Unklarheit der Genese und mangels hinreichender anderlauter Anhaltspunkte in Wortlaut und Systematik erscheint es am Ende vorzugswürdig, die von der Strafrechtslehre bisher allgemein – wenn auch in unterschiedlicher Form – vorgenommene Erweiterung der Zielrichtung des § 80 StGB über den Zweck des Art. 26 Abs. 1 GG hinaus abzulehnen. Schutzzweck des § 80 StGB ist nach dem Vorstehenden vielmehr allein Deutschland vor dem verfassungsrechtlichen Schaden eines (mindestens auch) von Deutschland mitzuverantwortenden Krieges zu bewahren. *In diesem Umfang* wird zugleich der zwischenstaatliche Friedenszustand – der „*Völkerfriede*“ – geschützt.

Die so bestimmte Teleologie des § 80 StGB bestätigt das bereits nach dem Wortlaut nahe liegende Ergebnis, dass Deutschland als Opfer eines Angriffskrieges *nicht* an diesem i. S. v. § 80 StGB beteiligt ist. Deshalb besteht in diesem Fall keine Strafbarkeit ausländischer Staatsmänner nach § 80 i. V. m. § 5 Nr. 1 StGB.

b) § 80 i. V. m. § 5 Nr. 1 StGB und die Vorbereitung eines Angriffskrieges im Ausland, wenn Deutschland nach der Vorstellung des ausländischen Führungspersonals an diesem Krieg als Verbündeter beteiligt sein soll

Versteht man die Wörter „sein soll“ in § 80 StGB dahin, es komme auf die Vorstellung des Täters an, so ist § 80 i. V. m. § 5 Nr. 1 StGB in diesem Fall bei einer Kriegsgefahr für Deutschland auf die „ausländischen Staatsmänner“ anwendbar, die den fremden Angriffskrieg im Ausland vorbereiten. Bei der hier befürworteten Beschränkung der Schutzrichtung des § 80 StGB auf das verfassungsrechtliche Friedensgebot ist dieses Ergebnis jedoch teleologisch unstimmt, weil eine Verletzung dieses Gebots nicht stattgefunden hat. Freilich muss die subjektiviert Fassung des Beteiligungsmerkmals entgegen den oben<sup>268</sup> zitierten Schriftumsstimmen und – dies sei zugegeben – entgegen einer Äußerung im Gesetzgebungsverfahren<sup>269</sup> nicht entgegen der Teleologie des § 80 StGB auf die Tätervorstellung bezogen werden. Ob die Bundesrepublik Deutschland an einem Angriffskrieg i. S. v. § 80 StGB beteiligt sein soll, lässt sich vielmehr sprachlich auch auf der Grundlage der offiziellen deutschen Haltung beantworten. Dieser Auslegung gebührt nach Sinn und Zweck des § 80 StGB der Vorzug. Damit scheidet in der erörterten Konstellation eine Strafbarkeit „ausländischer Staatsmänner“ wegen vollendeter Tat nach § 80 StGB aus.

Freilich bleibt die Möglichkeit einer Versuchsstrafbarkeit. Denn das ausländische Führungspersonal, das bei der eigenen Vorbereitung eines Angriffskrieges ernstlich für möglich hält und diplomatisch darauf hinarbeitet, Deutschland als Verbündeten zu gewinnen, könnte mit Tarentschluss gemäß § 80 StGB handeln. Die Strafbarkeit des Versuchs ist im Fall des § 80 StGB trotz § 23 Abs. 1 StGB umstritten<sup>270</sup>. Denn die Pönalisierung der Vorbereitung bedeutet bereits eine Vorverlagerung der Strafbarkeit gegenüber der Durchführung des Angriffskrieges. Bei dem Streit geht es freilich ausschließlich um die Konstellation, in der Vorbereitungen eines Angriffskrieges (noch) keine Kriegsgefahr für Deutschland verursacht haben, aber bereits ein Verstoß gegen Art. 26 Abs. 1 GG vorlag. Hier lässt sich die Versuchsbarkeit des *deutschen* Führungspersonals vertreten. Hier ist die Versuchskonstellation jedoch anders und eigentümlich gelagert; sie enthält gerade keine Verletzung des § 26 Abs. 1 GG und liegt an der Grenze zum unauglichen Versuch. Jedenfalls in dieser Konstellation erscheint es vorzugswürdig, eine Versuchsstrafbarkeit zu verneinen und damit gleichzeitig den Bedenken der Gesetzesverfasser gegen eine Strafbarkeit „ausländischer Staatsmänner“ Rechnung zu tragen.

c) § 80 i. V. m. § 5 Nr. 1 StGB und die Vorbereitung eines Angriffskrieges, an dem Deutschland nach der Vorstellung der deutschen Verantwortlichen als Täter- oder Gebillenstat beteiligt sein soll

Hier ist eine (Vollendungs-)Strafbarkeit des ausländischen Führungspersonals nach dem Wortlaut von § 80 i. V. m. § 5 Nr. 1 StGB zu bejahen. Demgegenüber ist zwar zu berücksichtigen, dass sich die in den Gesetzesberatern gegenüber Skepsis gegenüber der Anwendung des § 80 StGB auf „ausländische Staatsmänner“ ausdrücklich auch auf diese Konstellation bezog<sup>271</sup> und dass sich Art. 26 Abs. 1 Satz 1 GG generell nicht an ausländische Staatsorgane richtet<sup>272</sup>. Doch reichen diese Gesichtspunkte nicht aus, um eine Reduktion des Gesetzeswortlauts zu tragen. Denn das Rechtsgut des § 80 StGB ist in dieser Konstellation betroffen, und im Übrigen ist zu bedenken, dass

<sup>270</sup> Beiliegend die h. L.: Kindhäuser, LPK-StGB, vor § 80 Rdn. 7; Langhütte, in: LK, § 80 Rdn. 10; Rudolph, in: SK StGB, § 80 Rdn. 11; Sonnen, in: AK StGB, § 80 Rdn. 34; Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, § 80 Rdn. 9; a. A. Paßfgen, in: NK, § 80 Rdn. 28; Wilms, in: LK, 10. Aufl., § 80 Rdn. 10.

<sup>271</sup> Abg. Schlee (Ann. 83), S. 1984.

<sup>272</sup> Jarass/Pieroth, GG, Art. 26 Rdn. 4; Pernice, in: Dreier, GG, Art. 26 Rdn. 18; Streinz, in: Sachs, GG, Art. 26 Rdn. 22 f.; Hobe, in: Friant/Höfling, GG, Art. 26 Rdn. 3.

<sup>268</sup> Anm. 246.

<sup>269</sup> Vors. Abg. Güde (Ann. 83), S. 1983.

§ 5 Nr. 1 StGB in der Folge einer vollständigen Herausnahme ausländischer Führungspersonen aus § 80 StGB im Hinblick auf das Verhalten von *Aggressionsländern* leer liefe.

## V. Schluss

Die Ergebnisse des Durchschießens rechtlicher Grauzonen können nicht auf ungeteilte Zustimmung hoffen. Das gilt sicher in erster Linie für die befristete sehr enge Bestimmung des Begriffs „Angriffskrieg“ in Völkerstrafrecht und § 80 StGB und vielleicht noch mehr für die These, der Gewaltensatz der Koalition gegen den Irak unterfalle diesem Begriff trotz seiner Völkerrechtswidrigkeit und seiner völkerrechtspolitischen Fragwürdigkeit nicht.

Jedoch ist auch das Völkerstrafrecht *ultima ratio*. Sein Legitimitätsanspruch wird sich gegenüber Anfechtungen auch in der gegenwärtigen internationalen Ordnung womöglich nur bei einem rigoros eng abgesteckten Anwendungsbereich behaupten können. Dies gilt nicht nur, aber eben auch für den Tatbestand des Angriffskrieges. Deshalb erscheint es nicht nur unrealistisch, sondern auch in der Sache zweifelhaft, bei den andauernden Verhandlungen über die Definition des Verbrechens des Angriffskrieges bzw. – wie es jetzt heißt – der Aggression eine möglichst umfassende strafrechtliche Bewehrung des völkerrechtlichen Gewaltverbots anzustreben. Geduldig weiter ringen sollte man hingegen um einen internationalen Konsens über eine enge Tatbestandfassung. Denn nur so schliesse sich die klaffende Lücke, mit der es der IStGH bei der Ausübung seiner Zuständigkeit im Hinblick auf das „schwerste internationale Verbrechen“ einswelten zu tun hat. Von der Ablehnung des IStGH durch die gegenwärtige Regierung der USA<sup>273</sup> muss man sich bei der weiteren Arbeit am Verbrechen der Aggression nicht entmutigen lassen. Zwar kann globales Strafrecht gegen den Widerstand der einzigen Weltmacht nicht voll wirksam werden kann, doch darf darauf gehofft werden, dass eine der Bush-Administration nachfolgende Regierung von einer – im Hinblick auf den Angriffskrieg besonders

augenfälligen – Politik des „defensiven Rechtsimperialismus“<sup>274</sup> Abstand nimmt und den Versuch aufgibt, das zunächst kräftig nach vorne gewendete Rad der Völkerstrafrechtswirkung zurückzudrehen.

Sollte sich diese Hoffnung erfüllen, so wird sich dem deutschen Gesetzgeber die Gelegenheit eröffnen, § 80 StGB als Weltrechtspflegedelikt mit internationaler Definition in das Völkerstrafgesetzbuch zu überführen<sup>275</sup>. Da es sich hierbei aber bestenfalls um eine mittelfristige Perspektive handelt, besteht ein ernstes Anliegen unter Einbeziehung des Ausfühungsstadiums der Gesamtheit schlüssig durchzukomponieren, so dass *Klugs* früherer Klage über die Unmöglichkeit einer bruchlosen Interpretation des § 80 StGB abgeholfen würde<sup>276</sup>. Dabei ließe sich sicher darüber nachdenken, über die *hier de lege lata* befürwortete enge Anbindung des § 80 StGB an Art. 26 Abs. 1 GG hinauszugehen: Denkbar wäre die Aufteilung in zwei klar konzipierte Normen, von denen die eine (ohne das Merkmal der Kriegsgefahr) dem „altruistischen“ und die andere (in Abstimmung mit § 100 StGB) dem „egoistischen“ Friedensschutz diene. Alternativ zu erwägen wäre die *Paeffgen*’sche Konzeption eines Tatbestandes zum Schutz des Völkerfriedens in Situationen mit spezifischer Betroffenheit Deutschlands. Wahrscheinlich ist jedoch, dass der Gesetzgeber an § 80 StGB in seiner jetzigen defizitären Form festhalten und sich hierbei mit der begründeten Hoffnung beruhigen wird, die Prüfung von Strafanzeigen durch den GBA werde wie bisher stets ein negatives Ergebnis nach sich ziehen.

<sup>273</sup> Zuletzt bekräftigt durch das Durchsetzen von Sicherheitsrats-Resolution 1487 v. 12. 6.

<sup>274</sup> 2003, mit der Drittstaatenangehörige im Dienst von VN-mandatierten Friedenssätzen von der Ausübung der IStGH-Gerichtsbarkeit weiterhin ausgenommen werden sollen. Zur Kritik an diesem Missbrauch des Sicherheitsrates *Kress*, Art&Thought 40 (2003), S. 56.

<sup>275</sup> So durchaus treffend *Schünemann*, GA 2003, 299ff.

<sup>276</sup> Zum Für und Wider eines solchen Schritts bereits zum jetzigen Zeitpunkt *Kreß*, Vom Nutzen eines Völkerstrafgesetzbuches, 2000, S. 37ff. <sup>276</sup> (Anm. 257), S. 168.