

B u c h r e z e n s i o n

Stefan Kirsch, Der Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Frankfurter Kriminalwissenschaftliche Studien, Bd. 115, Peter Lang Verlag, Frankfurt a.M. 2009, 176 S., € 41,80

Stefan Kirsch, in völkerstrafrechtlicher Praxis und Literatur gleichermaßen beheimatet,¹ hat nunmehr mit seiner kürzlich erschienenen Dissertation zum Begehungszusammenhang bei Menschlichkeitsverbrechen ein Buch vorgelegt, das schon aufgrund seiner aparten Hauptthese zur Auseinandersetzung reizt. Den Gegenstand der knapp 180 Seiten umfassenden Arbeit bildet das in der Literatur auch als internationales Element² oder Kontextelement³ bezeichnete Verbindungsmerkmal zwischen individueller Tat und makrokriminellen Hintergrundgeschehen im Rahmen der Menschlichkeitsverbrechen. Zweckmäßigerweise stellt der Autor seiner dogmatischen Analyse einen Abschnitt voran, in dem er unter Hinzuziehung aller wesentlichen Rechtsquellen und Rechtskenntnisquellen des Völkerstrafrechts die wechselvolle Genese des Kontextmerkmals nachzeichnet. Nachfolgend entwickelt Kirsch die These, dass es sich beim Begehungszusammenhang weder um ein unrechthöhen Merkmal des objektiven Tatbestandes, noch um eine objektive Strafbarkeitsbedingung, sondern um ein zuständigkeitsbegründendes Merkmal und somit um eine Verfahrensvoraussetzung handele.

Die praktischen Konsequenzen einer solchen Sichtweise sind alles andere als trivial: Ein subjektives Element im Hinblick auf den Begehungszusammenhang wäre nicht erforderlich, das Kontextmerkmal könnte ohne Geltung des *in-dubio*-Satzes und im Freibeweisverfahren festgestellt werden, im Falle seines Fehlens dürfte kein Sachurteil ergehen (und das Verfahren wäre – mit entsprechenden Konsequenzen für die Frage des Strafklageverbrauchs – lediglich einzustellen), und schließlich genügte zur Feststellung des Merkmals auch vor deutschen Gerichten die absolute Mehrheit der Richterstimmen gemäß § 196 Abs. 1 GVG anstelle der von § 263 Abs. 1 StPO für die Schuldfrage geforderten Zweidrittelmehrheit.⁴

Sein erstaunliches Ergebnis stützt Kirsch auf vier argumentative Säulen, deren Tragfähigkeit im Folgenden kritisch hinterfragt werden soll.

I. Zunächst sucht Kirsch im Wege völkerrechtskonformer Auslegung den Wortlaut der deutschen Regelung der Menschlichkeitsverbrechen in § 7 VStGB zu entkräften. Zwar handele es sich dem Gesetzeswortlaut zufolge bei dem Erfordernis der Tatbegehung „im Rahmen eines ausgedehnten oder sys-

tematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung“ um die Beschreibung eines äußeren Tatumstands, jedoch müsse insoweit die historische Vorlage – die entsprechende Regelungen im Rom-Statut – mitberücksichtigt werden. Dort jedoch seien die Menschlichkeitsverbrechen entsprechend anglo-amerikanischer Tradition als Zuständigkeitsvorschrift formuliert worden.⁵

Dieser Ansatz indes ist nur schwer nachzuvollziehen. Als Zuständigkeitsvorschrift weist sich allein Art. 5 Rom-Statut aus („The Court shall have jurisdiction [...]“). Die eigentliche Regelung und Begriffsbestimmung der Menschlichkeitsverbrechen jedoch erfolgt in Art. 7 Rom-Statut allgemein „for the purpose of this Statute“. Damit dürfte dieser Regelung nicht mehr zuständigkeitsbezogener Regelungsgehalt zukommen als jedem Straftatbestand des StGB: Allein dadurch, dass die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte an das Rechtsanwendungsrecht der §§ 3 ff. StGB anknüpft, welches seinerseits die Tatbestände des Besonderen Teils des StGB in Bezug nimmt, mutieren letztere trotz ihrer mittelbaren Bedeutung für die internationale Zuständigkeit schwerlich zu Prozessvoraussetzungen. Gleiches gilt für die vergleichbare Regelungstechnik der Art. 5, 7 Rom-Statut. Auch die Abschnittsüberschrift „Part 2 Jurisdiction, Admissibility and Applicable Law“ führt zu keinem anderen Schluss, da offensichtlich neben Gerichtsbarkeits- und Zulässigkeitsfragen auch das materielle Recht Gegenstand der Regelung des Abschnitts sein soll.

Ferner ist Kirsch der Auffassung, dass auch „die dem Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit entsprechende“ Schwellenklausel in Art. 8 Abs. 1 Rom-Statut für das Verständnis des Begehungszusammenhangs als Zuständigkeitsregel streite.⁶ Nach hier vertretener Ansicht scheint eher das Gegenteil der Fall zu sein: Die eigentliche Tatbestandsbeschreibung wird in den Art. 6, 7 Abs. 1 und 8 Abs. 2 Rom-Statut einheitlich mit der Formulierung „for the purpose of this Statute, ‚genocide‘ / ‚crimes against humanity‘ / ‚war crimes‘ means [...]“ eingeleitet, wohingegen eine der Tatbestandsumschreibung vorangestellte Regelung wie Art. 8 Abs. 1 Rom-Statut in den beiden vorausgegangenen Artikeln gerade fehlt. Obendrein ist die Regelung des Art. 8 Abs. 1 Rom-Statut wie auch des Art. 5 Abs. 2 S. 2 Rom-Statut ihrem eindeutigen Wortlaut nach („shall have jurisdiction“) als Zuständigkeitsvorschrift ausgewiesen, wohingegen eine entsprechende Kennzeichnung im Rahmen des Art. 7 Rom-Statut nicht enthalten ist. Beides legt den Schluss nahe, dass die Staatenkonferenz, wenn sie denn das Kontextmerkmal als Zuständigkeitsregel hätte ausgestalten wollen, zu einer dem Art. 8 Abs. 1 Rom-Statut entsprechenden, ausdrücklichen Regelung gegriffen hätte. Das Fehlen einer solchen stützt demnach die Verortung des Kontextmerkmals auf Tatbestandsebene.

¹ Ein Überblick über seine bisherigen Veröffentlichungen und anwaltlichen Tätigkeiten findet sich auf der Kanzlei-Homepage <http://www.hammpartner.de>.

² Werle, Völkerstrafrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 90 ff.

³ Ambos, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 7 Rn. 174 ff.

⁴ Vgl. aber Art. 74 Abs. 3 Rom-Statut, das im Falle eines unbehebaren Dissenses innerhalb des Spruchkörpers eine nicht näher qualifizierte Mehrheit der Richter für den Schuldpruch genügen lässt.

⁵ Kirsch, Der Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, 2009, S. 113.

⁶ Kirsch (Fn. 5), S. 113; Art. 8 Abs. 1 Rom-Statut lautet: „The Court shall have jurisdiction in respect of war crimes in particular when committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes.“

Hierfür spricht zudem, dass sich nach sämtlichen aktuellen völkerstrafrechtlichen Grundlagen der Vorsatz auch auf das Kontextmerkmal erstrecken muss. Mit Blick auf das VStGB lässt sich dies zwar noch nicht zwangsläufig dem Wortlaut bzw. den über § 2 VStGB anwendbaren §§ 15, 16 StGB, wohl aber den insoweit eindeutigen Gesetzesmaterialien entnehmen.⁷ Im Rom-Statut findet die Ausweitung des Vorsatzes auf den Begehungszusammenhang sogar in doppelter Form Ausdruck: Einerseits fordert bereits Art. 7 Abs. 1 Rom-Statut im *chapeau* die täterschaftliche Kenntnis des Angriffs auf die Zivilbevölkerung, andererseits setzt die allgemeine Vorschrift des Art. 30 Abs. 3 Rom-Statut die Kenntnis der tatbegleitenden Umstände („circumstances“) voraus, denen auch das Kontextmerkmal des Art. 7 Rom-Statut unterfallen dürfte.⁸ Und schließlich verlangt auch der ICTY, welcher das in seinem Gerichtsstatut an sich nicht vorhandene Erfordernis eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs auf die Zivilbevölkerung unter Rückgriff auf Art. 3 ICTR-Statut und Art. 18 des ILC Draft Codes (1996) in den Begriff des Art. 5 ICTY-Statut „armed conflict [...] directed against any civilian population“ hineinliest,⁹ dass der Täter Wissen um das Einfügen seiner Einzeltat in die begleitende Gesamttat haben müsse.¹⁰

II. Mit einigem Aufwand sucht *Kirsch* sodann nachzuweisen, dass das Kontextmerkmal das materielle Unrecht der Tat nicht erhöhe. Dies erstaunt insoweit, als selbst bei Richtigkeit dieser Annahme das Merkmal nicht zwangsläufig als prozessrechtliches Element zu qualifizieren wäre, wenn man, wie es *Kirsch* offenbar tut,¹¹ die Existenz von materiellrechtlichen Strafbarkeitsvoraussetzungen außerhalb des Unrechts tatbestands bejaht. Gemeint sind objektive Strafbarkeitsbedingungen und Strafausschließungs- bzw. Strafaufhebungsgründe als Einfallstor für außerstrafrechtliche Erwägungen und Zwecke bei Begründung der Strafbarkeit.¹² Angesichts der bislang unvollständigen Entwicklung einer völkerstrafrechtlichen Straftatlehre kann die Existenz solcher Merkmale im Völkerstrafrecht derzeit wohl weder bestätigt noch verneint werden.¹³ Selbst wenn man jedoch zugunsten der These *Kirschs* annähme, dass sich der völkerstrafrechtliche Tatbe-

stand stets in der Erfassung des materiellen *Unrechtsgehalts* erschöpfte, begegneten gleichwohl noch die von ihm gegen einen eigenen Unrechtsgehalt des Begehungszusammenhanges vorgebrachten Argumente einigen Bedenken:

Als Indiz gegen die Verortung des Kontextmerkmals im Unrechtstatbestand zieht *Kirsch* zunächst einen Vergleich der Strafandrohung einzelner Verbrechen gegen die Menschlichkeit mit der Strafandrohung für die mit diesen Einzeltaten vergleichbaren Straftatbeständen des StGB heran.¹⁴ Dabei spreche der Umstand, dass der Gesetzgeber mit Ausnahme der vorsätzlichen Tötung (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 VStGB) durchweg lediglich das Mindeststrafmaß angehoben habe, gegen die Annahme einer erheblichen Unrechtssteigerung durch den Begehungszusammenhang, da andernfalls auch eine Anhebung der Höchststrafen zu erwarten gewesen wäre.¹⁵

Gegen dieses Argument spricht methodisch, dass der deutsche Gesetzgeber – was *Kirsch* offenbar entgangen ist – ausdrücklich seine Ansicht bekundet hat, dass gerade das Kontextelement einen erheblichen Unrechtszuwachs bewirke,¹⁶ womit sich das Hineinorakeln von Motiven in die Nichterhöhung von Höchststrafen an sich bereits erübrigte. Darüber hinaus ist auch nicht recht ersichtlich, weshalb nur die Anhebung des Höchstmaßes, nicht aber bereits die des Mindeststrafmaßes als Indikation für einen erhöhten Unrechtsgehalt zu werten sein soll, da die insoweit erreichte Anhebung des „arithmetischen Mittels“ des Strafrahmens freilich zu einer durchschnittlich schwereren Bestrafung führen wird. Überdies vermittelt auch die Einbeziehung der

¹⁴ Konkrete Vergleiche stellt der *Autor* an zwischen Versklavung (§ 7 Abs. 1 Nr. 3 VStGB) und Menschenhandel, Menschenraub und Verschleppung (§§ 232, 233, 234, 234a StGB), sexueller Gewalt (§ 7 Abs. 1 Nr. 6 VStGB) und sexueller Nötigung (§ 177 StGB) sowie Zufügung schwerer körperlicher oder seelischer Schäden (§ 7 Abs. 1 Nr. 8 VStGB) und schwerer Körperverletzung (§ 226 StGB).

¹⁵ *Kirsch* (Fn. 5), S. 115.

¹⁶ Zur Auffassung des Bundestages: BT-Drs. 14/8524, S. 12: „Der eigentliche völkerrechtliche Unrechtsgehalt wird im geltenden deutschen Strafrecht hingegen derzeit nicht spezifisch erfasst. So wird bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit beispielsweise der funktionale Zusammenhang der Tatbegehung mit einem ausgedehnten oder systematischen Angriff gegen die Zivilbevölkerung ebenso wenig berücksichtigt wie im Fall der Kriegsverbrechen der Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt [...]“. BT-Drs. 14/8524, S. 21 (zu § 7 Abs. 1 Nr. 4): „Wie in den Fällen der Nr. 1, 3, 5 bis 9 genügt es, wenn eine Person Opfer der Tat ist. Die entscheidende Unrechtssteigerung ergibt sich auch hier durch den funktionalen Zusammenhang der Einzeltat mit der Gesamttat.“ Der Bundesrat bekundete mittelbar seine Auffassung zur unrechtssteigernden Wirkung des Kontextmerkmals, indem er zum einen in seiner Stellungnahme die Aufnahme des § 7 VStGB in die Regelungen des § 138 StGB und des § 112 Abs. 3 StPO befürwortete (BR-Drs. 29/02, S. 2-4), s. dazu sogleich. Zum anderen bezeichnet er die Verbrechen gegen die Menschlichkeit als „schwerste Verbrechen, die die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren.“

⁷ BT-Drs. 14/8524, S. 20: „Der Vorsatz muss zum einen auf das Einfügen der Tathandlung in einen ausgedehnten oder systematischen Angriff gegen die Zivilbevölkerung gerichtet sein, wobei auch hinsichtlich eines solchen Angriffs bedingter Vorsatz genügt. [...]“

⁸ *Weigend*, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 1375 ff. (S. 1389) Fn. 57; *Werle* (Fn. 2), Rn. 388.

⁹ ICTY-Limaj et al. TC 30.11.2005 paras. 181 ff. m.w.N. auf die vorausgegangene Tribunalsrechtsprechung.

¹⁰ ICTY-Tadić TC 7.5.1997 paras. 626, 656 ff.; ICTY-Tadić AC 15.7.1999 paras. 238 ff.

¹¹ *Kirsch* (Fn. 5), S. 109, 152.

¹² Näher hierzu *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, § 23 Rn. 27 ff.

¹³ Als Kandidat für einen Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgrund käme etwa die Regel über den Rücktritt vom Versuch in Art. 25 Abs. 3 lit. f Rom-Statut in Frage.

Verbrechen gegen die Menschlichkeit in die Vorschrift des § 112 Abs. 3 StPO einen gewissen Fingerzeig. Denn während ein dringender Tatverdacht hinsichtlich der den einzelnen Menschlichkeitsverbrechen vergleichbaren Tatbeständen des StGB nur unter den Voraussetzungen der Absätze 1 und 2 zum Erlass eines Haftbefehls ermächtigt, reiht der Gesetzgeber die Menschlichkeitsverbrechen in die Tatbestände der Schwerekriminalität nach Absatz 3 ein und gibt somit die Unrechtssteigerung gegenüber den parallelen StGB-Tatbeständen zu erkennen. Ähnliches gilt für die Aufnahme der Menschlichkeitsverbrechen in § 138 Abs. 1 Nr. 6 StGB.

Hilfsweise führt Kirsch überdies an, dass selbst wenn bei Menschlichkeitsverbrechen von einem gesteigerten Unrecht auszugehen wäre, dies jedenfalls nicht im Begehungszusammenhang, sondern in der Umschreibung der einzelnen Deliktvarianten seinen Grund finde, die sich im Detail eben doch von ihren StGB-Schwernormen unterschieden. Beispielfähig führt er zum einen die „Versklavung“ (§ 7 Abs. 1 Nr. 3 VStGB) ins Feld, bei der in Gestalt der erforderlichen „Anmaßung eines Eigentumsrechts“ eine Unrechtsqualität liege, die in den vergleichbaren Tatbeständen des Menschenhandels zum Zweck sexueller Ausbeutung (§ 232 StGB) bzw. zum Zweck der Ausbeutung der Arbeitskraft (§ 233 StGB) keine Entsprechung finde. Zum anderen sei auch der besondere Unrechtsgehalt der sexuellen Gewalt in Gestalt des „Beraubens der Fortpflanzungsfähigkeit“ oder des „Gefangenhaltens einer unter Anwendung von Zwang geschwängerten Frau in der Absicht, die ethnische Zusammensetzung der Bevölkerung zu beeinflussen“ (§ 7 Abs. 1 Nr. 6 VStGB) in dem vergleichbaren Tatbestand der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung (§ 177 StGB) nicht abgebildet.

Allgemein wird man Kirsch auch hier entgegenhalten müssen, dass der erhöhte Mindeststrafrahmen für Menschlichkeitsdelikte nach den Gesetzesmaterialien recht eindeutig nicht an ein etwaig höheres Unrecht der Einzelaten, sondern an den Begehungszusammenhang geknüpft wurde.¹⁷

Bei Licht betrachtet schlagen darüber hinaus auch die angeführten Vergleiche nicht recht durch. Zweifelhaft erscheint zunächst, ob die Anmaßung eines Eigentumsrechts an einer Person tatsächlich ein über die Tatbestände des Menschenhandels hinausgehendes Unrechtsquantum beinhaltet. Als Indizien für die dem Begriff der „Versklavung“ bereits innewohnende Anmaßung eigentümerähnlicher Verfügungsgehalt über das Opfer hat die Verhandlungskammer des ICTY unter anderem folgende Kriterien aufgestellt: Kontrolle der Bewegungsfreiheit, psychische Kontrolle, Maßnahmen zur Verhinderung oder Abschreckung von Flucht, Gewalt, Androhung von Gewalt oder Zwang, Fortdauer, Unterwerfung

¹⁷ Vgl. neben oben Fn. 14 auch BT-Drs. 14/8524, S. 18: „Sieht man vom Zusammenhang mit einem [...] ausgedehnten oder systematischen Angriff gegen die Zivilbevölkerung ab, so enthält das StGB vielfach parallele Tatbestände. Die maßgeblichen Unrechtsbewertungen des bundesdeutschen Gesetzgebers lassen sich hier aus den Strafrahmen ablesen und für die relative Gewichtung der Tatbestände des VStGB untereinander nutzbar machen.“

unter grausame Behandlung und Missbräuche, Kontrolle der Sexualität und Zwangsarbeit.¹⁸ Davon abgesehen, dass die letzten beiden Gesichtspunkte bereits die Kernregelung der §§ 232 und 233 StGB widerspiegeln, finden auch die übrigen Kriterien entweder ausdrücklich oder immanent Anklang in den beiden Grundtatbeständen des Menschenhandels und ihren Qualifikationen.¹⁹ Angesichts dessen erscheint die von Kirsch gesehene Unrechtssteigerung als schwer greifbar.

Mit Blick auf die Tatvariante „Berauben der Fortpflanzungsfähigkeit“ nach § 7 Abs. 1 Nr. 6 VStGB ist zudem anzumerken, dass § 177 StGB kaum zur Bezugnahme taugen dürfte, da dieser auf den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, jener aber auf die Integrität des Körpers und seiner Funktionen abzielt. Am ehesten bietet sich § 226 Abs. 2 StGB (Körperverletzung mit wissentlicher/absichtlicher Herbeiführung der Zeugungsunfähigkeit) als Vergleichstatbestand an. Dieser sieht als Mindeststrafmaß Freiheitsstrafe von 3 Jahren vor, wohingegen das parallele Menschlichkeitsverbrechen mit Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren bedroht ist – und dies, obwohl im Gegensatz zu § 226 Abs. 2 StGB die Herbeiführung der Zeugungsunfähigkeit mit *dolus eventualis* ausreicht. Demnach unterstützt ein Strafrahmensvergleich in diesem Fall sogar die Einordnung des Begehungszusammenhanges als Unrechtsmerkmal.

Die Gefangenhaltung einer zwangsweise geschwängerten Frau mit der Absicht der Einwirkung auf die ethnische Zusammensetzung einer Bevölkerung schließlich dürfte sich ebenfalls nur mit Gewalt als Parallelvorschrift zu § 177 StGB deuten lassen. Als geschütztes Gut erscheint zumindest auch die ethnische Integrität der Bevölkerung. Zudem richtet sich die Vorschrift nicht gegen die zwangsweise *Herbeiführung* des missbilligten Zustands der Schwangerschaft, sondern gegen seine *Aufrechterhaltung* und stellt sich somit im Gegensatz zu § 177 StGB als Dauerdelikt dar. Am ehesten dürfte es sich bei diesem Tatbestand um eine systematisch dem Völkermord zuzurechnende Vorschrift handeln, bei der das charakteristische Merkmal der Absicht, auf die ethnische Integrität einer Bevölkerung einzuwirken, als *minus* zur Zerstörungsabsicht des § 6 VStGB gedeutet werden mag.

Als nächstes untersucht Kirsch die gesetzlichen Voraussetzungen des Begehungszusammenhanges. Der ersten Variante des Merkmals, dem „ausgedehnten“ Angriff gegen die Zivilbevölkerung, spricht er dabei einen eigenen Unrechtsgehalt mit der Begründung ab, dass allein das Erfordernis einer Tatbegehung im zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit der Begehung weiterer Taten „ersichtlich“ keinen Zu-

¹⁸ ICTY-Kunarac et al. TC 22.2.2001 para. 543: „[...] These are the control of someone’s movement, control of physical environment, psychological control, measures taken to prevent or deter escape, force, threat of force or coercion, duration, assertion of exclusivity, subjection to cruel treatment and abuse, control of sexuality and forced labour.“

¹⁹ Vgl. insoweit §§ 232 f. StGB: Ausnutzung einer Zwangslage; schwere Misshandlung des Opfers oder Herbeiführung von Todesgefahr; Sich-Bemächtigen des Opfers mit Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel.

sammenhang mit dem Unrecht der Einzeltat aufweise. Das Unrecht der Einzeltaten gleichwohl gedanklich zu kumulieren impliziere daher die Zurechnung von Drittnrecht und verstoße somit gegen das Schuldprinzip.²⁰ Etwas anderes könne nur dann angenommen werden, wenn die Begehung weiterer Umfeldtaten generell zu einer besonderen Schutzlosigkeit des Opfers führe, die anerkanntermaßen einen unrechtssteigernden Faktor bilde. Eine gesteigerte Schutzlosigkeit stelle aber zumindest keine zwangsläufige Folge rein räumlich-zeitlich verknüpfter Begleitattaten dar.²¹

Leider verabsäumt Kirsch klarzustellen, ob sich seine Ausführungen ausschließlich auf die deutsche Regelung des § 7 VStGB beziehen sollen, oder ob sie auch hinsichtlich des Art. 7 Rom-Statut Geltung beanspruchen. Die Stellungnahme ist insoweit zu differenzieren:

Hinsichtlich der Regelung von Rom ist zu beachten, dass sich das in Art. 7 Abs. 2 lit. a enthaltene sog. *policy*-Element auf beide Varianten des Begehungszusammenhanges erstreckt. Auch der ausgedehnte Angriff erfordert danach die mehrfache Begehung „in Ausführung oder zur Unterstützung der Politik eines Staates oder einer Organisation, die einen solchen Angriff zum Ziel hat“, und erschöpft sich folglich nicht in einem räumlich-zeitlichen Nebeneinander isolierter Einzeltaten. Vielmehr bewirkt die zugrunde liegende Politik die Bündelung der Einzelakte zu einer einheitlichen Angriffsrichtung, die zwangsläufig mit einer Gefahrerhöhung für die von ihr ins Visier genommenen Rechtsgüter einhergehen dürfte. Damit aber wäre der von Kirsch verneinte Anknüpfungspunkt für den spezifischen Unrechtsgehalt des Kontextmerkmals gegeben.

Weniger leicht fällt die Einordnung des Begehungszusammenhanges als Unrechtsmerkmal im Rahmen des § 7 VStGB, da der Gesetzgeber eine dem *policy*-Element des Art. 7 Abs. 2 lit. a Rom-Statut entsprechende Begriffsbestimmung nicht ins VStGB aufgenommen hat. Nahe liegend erscheint den Grund hierfür darin zu erblicken, dass die Tatbestandsbeschränkung der Menschlichkeitsverbrechen durch das *policy*-Element (wohl noch) nicht das geltende Völkergewohnheitsrecht widerspiegelt.²² Denn der deutsche Gesetzgeber entschied sich dort, wo das Völkergewohnheitsrecht durch das Rom-Statut Einschränkungen erfahren hatte, grundsätzlich für die Kodifizierung der gewohnheitsrechtlichen Regel.²³ Andererseits stellt er in den Materialien zum Gesetzesentwurf ausdrücklich klar, dass die Definition des bewaffneten Angriffs in Art. 7 Abs. 2 lit. a Rom-Statut – das *policy*-Element eingeschlossen – zur Auslegung des Kontextmerkmals im

VStGB heranzuziehen sei.²⁴ Aus den eben genannten Gründen dürfte der Begehungszusammenhang deshalb auch im Rahmen des § 7 VStGB eine Unrechtssteigerung bewirken.

Doch selbst wenn die Auslegung Kirschs zuträfe und der ausgedehnte Angriff lediglich im Sinne einer Vielzahl räumlich-zeitlich verbundener Einzeltaten verstanden werden müsste, wäre dem Kontextmerkmal wohl noch ein eigener Unrechtsgehalt beizulegen. Zu beachten ist nämlich, dass der ausgedehnte Angriff – sei er auch selbst noch gefährdungsneutral – seinerseits einen sozialen Hintergrund erfordert, der sehr wohl eine generell erhöhte Verletzbarkeit von Individualrechtsgütern nach sich zieht: Denn dort, wo der Angriff nicht unmittelbar von einem staatlichen oder staatsähnlichen Kollektiv ausgeht und somit nicht „systematisch“ im Sinne der 2. Variante des Kontextmerkmals ist, wird es nur in zwei Fällen zu ausgedehnten Einzeltaten kommen können: Entweder bei Duldung ihrer Begehung durch eine an sich durchsetzungsstarke Staatsgewalt – dann bildet den Hintergrund des Angriffs die systematische Entrechtung eines Teils der Zivilbevölkerung – oder bei faktischer Abwesenheit von Staatsgewalt, z.B. in einem *failed state*. In beiden Fällen aber steigerte das Hintergrundgeschehen notwendig die Gefährdung und Schwächung von Individualrechtsgütern, deren Verletzung somit gegenüber der Situation geordneter Hintergrundverhältnisse ein Mehr an Unrecht verwirklichte.

Im Hinblick auf die Variante des „systematischen Angriffs“ meint der *Autor* sodann, dass jedenfalls bei denjenigen Menschlichkeitsverbrechen, die als „Systemverbrechen“ zu qualifizieren seien (Ausrottung, Vertreibung, Verschwinden lassen, Apartheid) der systematische Zusammenhang bereits in der individuellen Tathandlung mit umschrieben sei, da die Begehung dieser Delikte ohne Planung oder Steuerung durch Institutionen des Staates oder staatsähnlichen Kollektivs nicht denkbar seien. Das Erfordernis eines systematischen Angriffs könne daher nicht Träger eines besonderen Unrechtsgehaltes sein. Auch dieses Argument sticht nach hier vertretener Auffassung nicht. Zwar erhöht die bloß redundante Umschreibung des Systemmerkmals sowohl im Einzeltatbestand als auch im Begehungszusammenhang natürlich nicht das Gesamtunrecht der Tat; als tauglicher „Unrechtsträger“ wird das Kontextmerkmal hierdurch aber keineswegs ausgeschaltet. Vielmehr deutet die Existenz der genannten Systemverbrechen gerade auf das Gegenteil. Denn wenn hier der systematische Zusammenhang der Einzeltaten offenbar *konstitutive* Wirkung für die Unrechtsbegründung hat, so wird man ihm in den übrigen Fällen, in denen die Umschreibung der Einzeltat eine staatlich-systemische Steuerung nicht denklogisch

²⁰ Kirsch (Fn. 5), S. 125 f.

²¹ Kirsch (Fn. 5), S. 126.

²² Werle/Burchards, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2009, Bd. 6/2, VStGB, § 7 Rn. 32; ICTY-Kunarac et al. AC 12.6.2002 para. 98.

²³ BT-Drs. 14/8524, S. 12: „Bei einzelnen Regelungsgegenständen geht das gesicherte Völkergewohnheitsrecht jedoch bereits jetzt über das, was im Römischen Statut festgeschrieben wurde, hinaus. Auch das Völkerstrafgesetzbuch enthält daher einzelne Bestimmungen, die die Strafbarkeit gegenüber dem Römischen Statut ausdehnen.“

²⁴ BT-Drs. 14/8524, S. 20: „Zur Auslegung des Merkmals ‚Angriff gegen die Zivilbevölkerung‘ ist auf die Legaldefinition in Artikel 7 Abs. 2 Buchstabe a IStGH-Statut zurückzugreifen. Danach bedeutet ‚Angriff gegen die Zivilbevölkerung‘ eine ‚Verhaltensweise, die mit der mehrfachen Begehung der in [Artikel 7] Abs. 1 genannten Handlungen gegen eine Zivilbevölkerung verbunden ist, in Ausführung oder zur Unterstützung der Politik eines Staates oder einer Organisation, die einen solchen Angriff zum Ziel hat‘.“

voraussetzt, zumindest eine *unrechtssteigernde* Wirkung zuzubilligen müssen.

Zuzustimmen ist Kirsch jedoch darin, dass das Kontextelement keinesfalls durch die Erfassung von „Systemunrecht“ als einer besonderen, die überindividuellen Handlungszusammenhänge beinhaltenden Unrechtsqualität gekennzeichnet ist. Knapp, aber pointiert zeigt der Autor anhand der von Marxen²⁵ und Vest²⁶ entwickelten Zurechnungsmodelle, sowie der *systemic form* der richterrechtlichen Figur des *joint criminal enterprise*²⁷ die schuldstrafrechtlichen Friktionen auf, die sich bei der individuellen Zurechnung von Anteilen kollektiven Unrechts ergeben. Zugleich macht er darauf aufmerksam, dass die Absage an jede Form von Kollektivschuld nicht etwa dazu führen muss, den systemischen Charakter der Völkerrechtsverbrechen bei Beurteilung der individuellen Verantwortlichkeit auszublenden. Zu Recht bestätigt Kirsch die Feststellung Neubachers,²⁸ dass unter den Bedingungen systemischen Unrechts individuelles Unrecht in zahlreichen Facetten ermöglicht und gefördert wird.²⁹ So kann sich das systemische Begleitgeschehen ohne schuldstrafrechtliche Bedenken im individuell verwirklichten Unrecht niederschlagen, wenn der Täter den konkret vorgefundenen, von einem begleitenden kollektiven Angriff auf die Zivilbevölkerung vorgeprägten Sachverhaltsausschnitt für seine Straftat (aus-)nutzt.

III. Ein weiteres Argument für die Einordnung des Kontextmerkmals als Zuständigkeitsvoraussetzung bezieht Kirsch aus dem Weltrechtspflege- oder Universalitätsprinzip.

In Anlehnung an Gärditz³⁰ interpretiert er das Weltrechtsprinzip als kompensatorische Antwort auf eine missbräuchliche Verfolgungsverweigerung durch den Tatortstaat.³¹ Es diene damit der Wiederherstellung der Balance zwischen den in der Gebietshoheit wurzelnden Herrschaftsrechten einerseits und korrespondierenden Pflichten andererseits.³² Zur universalen Jurisdiktion gelange man daher nur in Situationen, in denen der Tatortstaat zur Verfolgung unwillig oder unfähig sei. Genau diese Konstellation aber werde, wenn gleich verklausuliert, vom Merkmal des Begehungszusammenhanges umschrieben, da ein weitverbreiteter oder systematischer Angriff auf die Zivilbevölkerung insbesondere angesichts eines zur Verfolgung zu schwachen oder verbrecherischen Staates angenommen werden könne.³³ Das Kontextmerkmal diene daher der Vergewisserung im Einzelfall,

dass für die Verfolgung außerhalb des Tatortstaates ein legitimer Anknüpfungspunkt gegeben sei, und eine unzulässige Einmischung in die inneren Angelegenheiten des Tatortstaates verhindert werde.³⁴ Da der Begehungszusammenhang demnach allein die Bedingungen betreffe, unter denen die Tat außerhalb des Tatortstaates verfolgt werden könne, handele es sich um eine Zuständigkeitsvoraussetzung.

Obgleich dieses Argument allein aufgrund seines kombinatorischen Scharfsinns unbestreitbaren Charme besitzt, setzt es sich in der Sache doch erheblichen Bedenken aus.

Zwar mag für die These Kirschs noch streiten, dass die Regelung des Weltrechtspflegeprinzips in § 1 VStGB ihrem Wortlaut nach keine Einschränkung durch den Subsidiaritätsgedanken enthält, und einer etwaig völkerrechtswidrigen Ausuferung deutscher Strafgewalt daher nur durch das Kontextmerkmal entgegengewirkt werden könnte.³⁵ Andererseits wäre dann unerklärlich, warum die Mutternorm des § 7 VStGB – der Art. 7 Rom-Statut – das mit der deutschen Vorschrift praktisch wortgleiche Kontextmerkmal erfordern sollte, obwohl dort doch das Subsidiaritätsprinzip bereits in Art. 17 Rom-Statut verfahrensmäßig abgesichert ist. Auch darf § 153f Abs. 2 S. 1 Nr. 4 StPO nicht übersehen werden, der die Berücksichtigung der Subsidiarität im Rahmen des Opportunitätsprinzips ermöglicht.

Hinzu kommt, dass die Beurteilung der – keinesfalls rein akademischen – Konstellation erhebliche Probleme bereite, in der ein im Moment der Begehung verbrecherischer Tatortstaat durch Revolution, Putsch oder Intervention friedliebend wird und im Prüfungszeitpunkt zu eigener Verfolgung willig und in der Lage ist. Hier dürfte die zunächst gegebene universelle Zuständigkeit kaum *ex nunc* entfallen können, da es nach dem Wortlaut des Menschlichkeitsverbrechens für die Prüfung des Kontextmerkmals insoweit auf den Begehungszeitpunkt ankommt. Sollte also wirklich in der Wahrung des Subsidiaritätsgedankens die eigentliche Aufgabe des Kontextmerkmals bestehen, so wäre es für diesen Zweck zumindest schlecht formuliert.

Zudem müsste, wenn die Interpretation Kirschs zuträfe, Ähnliches auch für Kriegsverbrechen gelten. Mit knapper Begründung äußert sich Kirsch hier zwar vorsichtig bejahend,³⁶ verkennt aber wohl, dass Kriegsverbrechen auch auf Seiten derjenigen Partei begangen werden können, die nicht völkerrechtswidrig konfliktsbeteiligt ist und mithin nicht notwendig als verbrecherisch und somit mutmaßlich verfolgungsunwillig einzustufen wäre.

Ferner wird die Gewichtigkeit des vorgebrachten Arguments auch dadurch geschmälert, dass die völkergewohnheitsrechtliche Verfestigung der Subsidiarität in der Weltrechtspflege derzeit noch unsicher erscheint,³⁷ und es der

²⁵ Marxen, in: Lüderssen (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Bd. 3: Makrodelinquenz, 1998, S. 220.

²⁶ Vest, ZStW 113 (2001), 457.

²⁷ ICTY-Tadić AC 15.7.1999 paras. 172 ff.

²⁸ Neubacher, *Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit*, 2005, S. 237.

²⁹ Kirsch (Fn. 5), S. 136.

³⁰ Gärditz, *Weltrechtspflege – Eine Untersuchung über die Entgrenzung staatlicher Strafgewalt*, 2006, S. 257.

³¹ Kirsch (Fn. 5), S. 147 f.

³² Gärditz (Fn. 30), S. 260.

³³ Kirsch (Fn. 5), S. 150.

³⁴ Kirsch (Fn. 5), S. 151.

³⁵ Kirsch (Fn. 5), S. 151.

³⁶ Kirsch (Fn. 5), S. 153.

³⁷ Kreß, JICJ 4 (2006), 561 (579-581); vgl. Keller, GA 2006, 25 (34-37), der insoweit nur von einer „verbreiteten Annahme“ spricht.

Argumentationsgrundlage somit an autoritativer Kraft mangelte.

Schließlich ist auch nicht recht nachvollziehbar, warum der Normgeber eine für die internationale Zuständigkeit so wichtige Vorschrift ohne jeden Hinweis auf ihren verborgenen Regelungszweck in derart verklausulierter Form und an so unwahrscheinlicher Stelle wie im Rahmen eines Verbrechenstatbestands hätte ausdrücken sollen. Die von Kirsch insoweit angestellte Mutmaßung, die ILC habe durch die komplizierte Regelung eventuell eine peinliche Bloßstellung des unwilligen oder unfähigen Tatorstaates verhindern wollen,³⁸ ist nur schwerlich nachzuvollziehen. Denn selbst die ausdrückliche Feststellung mangelnder Verfolgungsbereitschaft dürfte sich in aller Regel harmlos ausnehmen gegenüber den im anschließenden Verfahren zu erwartenden Enthüllungen über die staatliche Beteiligung an Menschlichkeitsverbrechen.

IV. Letztlich stützt Kirsch seine These noch auf die Entstehungsgeschichte des Kontextmerkmals und knüpft dabei an das Ergebnis seiner Eingangsuntersuchung an. Danach finde das Kontextmerkmal seine historische Wurzel im hier sog. Konnexmerkmal des Art. 6 lit. c IMG-Statut, wonach nur solche Verhaltensweisen als Verbrechen gegen die Menschlichkeit verfolgbar sein sollten, die „in Ausführung eines Verbrechens oder in Verbindung mit einem Verbrechen, für das der Gerichtshof zuständig ist“³⁹ begangen wurden. Bei dieser Formulierung habe der Gedanke Pate gestanden, dass nur im Falle des Zusammenhangs eines Menschlichkeitsverbrechens mit dem Kriegsgeschehen ein für die Zuständigkeit der internationalen Gemeinschaft hinreichender Auslandsbezug gegeben sei. Andernfalls sei ungeachtet der Tatschwere von einer inneren Angelegenheit jenseits der internationalen Strafgewalt ausgegangen worden.⁴⁰ Dieses Ursprungsmerkmal habe sich seinerzeit demnach allein auf Zuständigkeitsabwägungen gegründet,⁴¹ so dass die Annahme nahe liege, dass auch das mittlerweile an die Stelle des Konnexmerkmals getretene Kontextmerkmal dieselbe Funktion erfülle und somit eine Zuständigkeitsvoraussetzung darstelle.⁴²

Jedoch ist schon die Prämisse dieses Schlusses mit Vorsicht zu behandeln, da keinesfalls sicher erscheint, dass die Zuständigkeitsfrage seinerzeit den alleinigen Hintergrund des Konnexmerkmals bildete. Möglich scheint auch, dass durch die Anlehnung an Kriegsverbrechen das Fehlen einer eigenständigen Kodifizierung der Menschlichkeitsverbrechen überwunden und folglich ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot abgewendet werden sollte.⁴³ Beachtlich ist auch die nur einige Monate nach Inkrafttreten des IMG-Statuts entstandene Stellungnahme der UNWCC, die im Hinblick auf

Menschlichkeitsverbrechen feststellte, dass nur solche Straftaten, die durch besonderes Ausmaß, Grausamkeit, hohe Anzahl oder wiederkehrende Tatmuster die internationale Gemeinschaft gefährdeten oder das Menschheitsgewissen erschütterten, andere Staaten zum Eingriff ermächtigen könnten.⁴⁴ Dies zeigt zumindest auf, dass schon im Geburtszeitraum der Menschlichkeitsverbrechen Unrechts Gesichtspunkte als entscheidende Qualifikationskriterien diskutiert wurden. Sowohl Rückwirkungsverbot als auch Unrechtsgehalt jedoch sind materiellrechtliche Gesichtspunkte, die die historische Auslegung des Konnexmerkmals als reines Zuständigkeitskriterium in Zweifel ziehen.

Doch selbst wenn das Ursprungsmerkmal ausschließlich der Eröffnung internationaler Gerichtsbarkeit gedient haben sollte, würde hierdurch keine Aussage zum Kontextelement getroffen, da mit der Ersetzung des Konnexmerkmals auch dessen Inhalt verschwand. Nach heutigem Verständnis gilt der Tatbestand in Kriegs- und Friedenszeiten gleichermaßen und dient gerade auch dem Schutz der eigenen Bevölkerung.⁴⁵ Vom ursprünglichen *nexus* zu Kriegsverbrechen und Aggressionsdelikt ist im heutigen Kontextmerkmal nichts übrig geblieben.⁴⁶ Gleichwohl von der juristischen Verortung des Konnexmerkmals auf diejenige des Kontextelements zu schließen liefe daher auf den logischen Fehler einer *quaternia terminorum* hinaus.

V. Obleich nach alledem Kirschs argumentatives Fundament als zu ungefestigt erscheint, um seiner hoch greifenden These sicheren Halt zu bieten, ist die Arbeit gleichwohl zur Lektüre zu empfehlen. Ihren Reiz erhält sie nicht allein durch die zu instruktiver Auseinandersetzung einladende Exotik ihrer Hauptthese, sondern auch aufgrund ihrer auf engem Raum abgehandelten Spannungsfelder materielles Recht – Prozessrecht, Historie – Gegenwart sowie deutsches VStGB – Völkerstrafrecht. Ferner leistet sie mit ihrer knappen Darstellung der Genese des Kontextmerkmals einen wertvollen Beitrag zur Völkerrechtsgeschichte und zeichnet sich sprachlich durch die nicht selbstverständliche Kombination aus begrifflicher Präzision und stilistischer Gefälligkeit aus. Insgesamt ist der Beitrag Kirschs als lesenswerte Bereicherung der Völkerstrafrechtswissenschaft zu werten.

Wiss. Mitarbeiter Dr. Lars Berster, Köln

³⁸ Kirsch (Fn. 5), S. 152 f.

³⁹ Art. 6 lit. c IMG-Statut: „[...] in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal [...]“

⁴⁰ Kirsch (Fn. 5), S. 41 ff.

⁴¹ Kirsch (Fn. 5), S. 117.

⁴² Kirsch (Fn. 5), S. 117.

⁴³ So Ambos (Fn. 3), § 7 Rn. 174 m.w.N.

⁴⁴ UNWCC (Hrsg.), History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War, 1948, S. 179 (zit.: Kirsch [Fn. 5], S. 38): „Only crimes which either by their magnitude and savagery or by their great number or by the fact that a similar pattern is applied at different times and places, endanger the international community or shock the conscience of mankind, warrant intervention by States other than that on whose territory the crimes have been committed, or whose subjects have been victims.“

⁴⁵ Werle (Fn. 2), Rn. 757.

⁴⁶ Werle (Fn. 2), Rn. 750; Ambos (Fn. 3), § 7 Rn. 181; ICTY-Tadić AC 15.7.1999 para. 251: „A nexus between the accused’s acts and the armed conflict is not required [...]“