

Das Verbrechen der Aggression nach Kampala*

Von RiLG Prof. Dr. Kai Ambos, Göttingen

Bei der erstmaligen Überprüfungskonferenz des Rom-Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes („IStGH“), die vom 31.5. bis zum 11.6.2010 in Kampala (Uganda) stattfand, gelang eine Einigung über die Definition und über die Bedingungen der Ausübung der Gerichtsbarkeit für das Verbrechen der Aggression in Umsetzung des Mandats von Art. 5 Abs. 2 IStGH-Statut. Nach einer knappen historischen Einleitung mit der Zusammenfassung der nun geltenden Regelung (I.) wird eine kritische Würdigung vorgenommen (II.), wobei nach einigen klarstellenden Vorbemerkungen (II. 1.) zwischen der Verbrechensdefinition (II. 2.) und den Bedingungen der Ausübung der Gerichtsbarkeit unterschieden wird (II. 3.). Im Ergebnis kann die letztlich erreichte Einigung als historischer Durchbruch bezeichnet werden – trotz mancher Mängel und schmerzlicher Kompromisse.

The first ever Review Conference of the Rome Statute of the International Criminal Court, held in Kampala, Uganda, from 31.5. to 11.6.2010, succeeded in reaching an agreement on the definition and the conditions for the exercise of jurisdiction for the crime of aggression pursuant to article 5 (2) of the Rome Statute. After a historical introduction with a summary of the compromise reached (infra I.), this paper will present a critical analysis (II.), distinguishing after some clarifying preliminary remarks (II. 1.) between the definition (II. 2.) and the conditions regarding the exercise of jurisdiction (II. 3.). The paper intends to show that the final agreement constitutes a historic achievement – despite some flaws and inevitable compromises.

I. Einleitung

1. Rechtshistorischer Hintergrund

Das Verbrechen der Aggression¹ wurde erstmals als „Verbrechen gegen den Frieden“ in Nürnberg und Tokyo strafrechtlich verfolgt, wobei es dort als „Planung, Vorbereitung, Einleitung oder Durchführung eines Angriffskrieges oder eines Krieges unter Verletzung internationaler Verträge, Abkom-

men oder Zusicherungen [...]“² definiert wurde. Die individuelle strafrechtliche Haftung reichte weit, denn einerseits war die „Beteiligung an einem gemeinsamen Plan oder an einer Verschwörung zur Ausführung“ einer Aggressionshandlung strafbar³ und andererseits wurden „Anführer, Organisatoren, Anstifter und Teilnehmer, die am Entwurf oder der Ausführung eines gemeinsamen Planes oder einer Verschwörung zur Begehung eines der vorgenannten Verbrechen teilgenommen haben“, „für alle Handlungen verantwortlich“ gemacht, „die von irgendeiner Person in Ausführung eines solchen Planes begangen“ wurden.⁴ Am 14.12.1974 verabschiedete die UN Generalversammlung mit Resolution 3314 (XXIX)⁵ eine wegweisende Definition einer Aggressionshandlung („act of aggression“)⁶, die als Grundlage für jede

² Siehe Art. 6 (a) Statut für den Internationalen Militärgerichtshof („IMGH“; 8.8.1945, 82 UN Treaty Series [1951], 280); Art. 5 (a) des „Statute of the International Military Tribunal for the Far East“ („IMTFE“; 1.1.1946). Siehe auch Principle VI (a) (i) von den „Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal“ („Nuremberg Principles“), verabschiedet von der International Law Commission („ILC“) in ihrer zweiten Sitzung 1950 (Yearbook of the International Law Commission 1950, Bd. 2, S. 374 ff.).

³ Art. 6 (a) IMGH; vgl. auch Art. 5 (a) IMTFE; Principle VI (a) (ii) Nuremberg Principles.

⁴ Art. 6 IMGH letzter Abs.; vgl. auch Art. 5 IMTFE letzter Abs.

⁵ Abdruck in: Barriga/Danspeckgruber/Wenaweser (Hrsg.), The Princeton Process on the Crime of Aggression, Materials of the Special Working Group on the Crime of Aggression 2003-2009, 2009, S. 231.

⁶ Res. 3314, Annex, Definition of Aggression:

Art. 1:

„Aggression is the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations [...]“

Art. 3:

„Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, subject to and in accordance with the provisions of Art. 2, qualify as an act of aggression:

(a) The invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof,

(b) Bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State or the use of any weapons by a State against the territory of another State;

(c) The blockade of the ports or coasts of a State by the armed forces of another State;

(d) An attack by the armed forces of a State on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another State;

* Der Text beruht auf einer längeren englischen Fassung, die demnächst im German Yearbook of International Law 53 (2010) erscheinen wird. Ich danke meinen Kollegen Roger Clark (Rutgers) und Claus Kreß (Köln) für Ihre kritischen Anmerkungen. Ich danke meiner Mitarbeiterin Sabine Klein für wichtige Unterstützung bei der Erarbeitung dieser Fassung.

¹ Für eine umfassende historische Darstellung vgl. Solera, Defining the crime of aggression, 2007, S. 15 ff.; Kemp, Individual criminal liability for the International Crime of Aggression, 2010, S. 73 ff.; knapper Werle, Völkerstrafrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 1280 ff.; Wilmshurst, in: Cryer/Friman/Robinson/Wilmshurst (Hrsg.), An introduction to international criminal law and procedure, 2. Aufl. 2010, S. 312 ff.; Gaja, in: Cassese/Gaeta/Jones (Hrsg.), The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary, Bd. 1, 2002, S. 427 ff.

weitere Diskussion auf dem Weg zu dem nun in Kampala gefundenen Kompromiss diene. Im Juni 1998 übertrug die Rom-Konferenz dem IStGH Gerichtsbarkeit über das Verbrechen der Aggression (Art. 5 Abs. 1 lit. d)⁷, ein Konsens über die konkrete Verbrechendefinition und die Bedingungen für die Ausübung der Gerichtsbarkeit war jedoch damals nicht möglich.⁸ Diese Aufgabe wurde zunächst einer „Working Group on the Crime of Aggression“ (1999-2002) der Preparatory Commission („PrepCommis“)⁹ und sodann der „Special Working Group on the Crime of Aggression“ („SWGCA“; 2003-2009) übertragen, die der Vertragsstaatenversammlung („Assembly of States Parties“ [„ASP“]) ihren Abschlussbericht am 13.2.2009 vorlegte.¹⁰ Der Vorschlag der SWGCA wurde von der ASP am 26.11.2009 einstimmig angenommen¹¹ und der Überprüfungskonferenz in Kampala als ein „Conference Room Paper on the Crime of Aggression“ vom 25.5.2010 vorgelegt.¹² Wie in Rom bemühten sich die Delegierten in Kampala um einen Konsens – anderenfalls wäre eine Zweidrittelmehrheit nötig geworden.¹³

(e) The use of armed forces of one State which are within the territory of another State with the agreement of the receiving State, in contravention of the conditions provided for in the agreement or any extension of their presence in such territory beyond the termination of the agreement;

(f) The action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State;

(g) The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein.“

⁷ Art. ohne Bezeichnung sind solche des IStGH-Statuts.

⁸ Siehe zu den Verhandlungen in Rom *Solera* (Fn. 1), S. 356 ff.; *Kemp* (Fn. 1), S. 194 ff.; *Wilmschurst* (Fn. 1), S. 316 f.; *Gaja* (Fn. 1), S. 430 ff., 435 ff.

⁹ Zu deren Arbeit siehe *Gurmendi*, in: *Politi/Nesi* (Hrsg.), *The International Criminal Court and the crime of aggression*, 2004, S. 175 (176 ff.).

¹⁰ SWGCA, February 2009 Report, ICC-ASP/7/20/Add. 1, Annex II, abgedruckt in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 49. Zu den Verhandlungen nach Rom siehe *Clark*, in: *Stahn/Sluiters* (Hrsg.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, 2009, S. 709; *Kemp* (Fn. 1), S. 207 ff.; *Kreß/von Holtzendorff*, *JICJ* 8 (2010), 1180 (1183 ff.). Zur Situation vor Kampala *Barriga*, *ZIS* 2010, 644.

¹¹ Res. ICC-ASP/8/Res.6. Der Vorschlag ist als Appendix I dem Report von Februar 2009 angehängt (Fn. 10) und abgedruckt in *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 60.

¹² RC/WGCA/1, 25.5.2010.

¹³ Siehe Regel 49 (2), 51 der Review Conference Rules of Procedure, abrufbar unter <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/06108524-8AE2-44EF-AFA5-A46C83E250A5/0/ICCASP6Res2Anx4ENG.pdf> (zugriff am 17.11.2010). Siehe „on the power of consensus“ in diesem Zusammenhang *Blokker/Kreß*, *LJIL* 24 (2011),

2. Der gefundene Kompromiss

Die letztlich erreichte Verbrechendefinition lautet:¹⁴

„Art. 8^{bis}: Crime of aggression

1. For the purpose of this Statute, ‚crime of aggression‘ means the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations.

2. For the purpose of paragraph 1, ‚act of aggression‘ means the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations. Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, in accordance with United Nations General Assembly resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974, qualify as an act of aggression:

a) The invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof;

b) Bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State or the use of any weapons by a State against the territory of another State;

c) The blockade of the ports or coasts of a State by the armed forces of another State;

d) An attack by the armed forces of a State on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another State;

e) The use of armed forces of one State which are within the territory of another State with the agreement of the receiving State, in contravention of the conditions provided for in the agreement or any extension of their presence in such territory beyond the termination of the agreement;

f) The action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State;

g) The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein.“

Im Zusammenhang mit Abs. 1 wird in Art. 15 Abs. 3 ein neuer Abs. 3^{bis} eingeführt, wonach die Beteiligungsvorschriften nur „to persons in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State“ Anwendung finden sollen.¹⁵ Ferner führte die Kritik

erscheint demnächst. Zu den Verhandlungen *Barriga*, *ZIS* 2010, 644.

¹⁴ Resolution RC/Res. 6, Advance Version, 16.6.2010, Annex I.

¹⁵ Resolution RC/Res.6 (Fn. 14), Annex I Nr. 5.

vor allem der US-Delegation¹⁶ zur Verabschiedung von drei Auslegungshilfen („understandings“):

- Die Änderungen betreffen ausschließlich das Rom-Statut und haben keine darüber hinausgehende Wirkung;¹⁷
- die Aggression sei „the most serious and dangerous form of the illegal use of force“, bei deren Feststellung „all the circumstances of each particular case“ in Übereinstimmung mit der UN-Satzung („UNS“) berücksichtigt werden müssen;¹⁸
- die Schwelle, die für eine offensichtliche („manifest“) Verletzung der UNS überschritten sein muss, verlangt, dass die „three components of character, gravity and scale“ nicht nur isoliert, sondern in kombinierter Form vorliegen.¹⁹

¹⁶ Siehe „Statement by *Harold Hongju Koh*, Legal Adviser. U.S. Department of State. Review Conference of the International Criminal Court“ (4.6.2010), abrufbar unter <http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/142665.htm> (zuletzt zugegriffen am 17.11.2010), wonach ein bestimmtes Maß an Gewaltanwendung sowohl rechtmäßig als auch notwendig sei und die vorgeschlagene Definition des Völkergelehrtenrechts (insoweit) nicht genau wiedergebe. Außerdem sieht *Koh* das Risiko ungerechtfertigter inländischer Strafverfolgungen, da der Komplementaritätsgrundsatz und die Abhängigkeit der Definition von der Art der Überweisung an den IStGH (Art. 13) nicht ausreichend beachtet worden sei. Zur US-Beteiligung s. *Kreß/von Holtzendorff*, JICJ 8 (2010), 1180 (1204 ff.).

¹⁷ Siehe Resolution RC/Res. 6 (Fn. 14), Annex III (Understandings regarding the amendments to the Rome Statute on the ICC on the Crime of Aggression):

„4. It is understood that the amendments that address the definition of the act of aggression and the crime of aggression do so for the purpose of this Statute only. The amendments shall, in accordance with Art. 10 of the Rome Statute, not be interpreted as limiting or prejudicing in any way existing or developing rules of international law for purposes other than this Statute.

5. It is understood that the amendments shall not be interpreted as creating the right or obligation to exercise domestic jurisdiction with respect to an act of aggression committed by another State.“

Diese Auslegungshilfen tragen Bedenken Rechnung, die schon zu Beginn der Überprüfungs-konferenz geäußert wurden, s. „Non-Paper by the Chair: Further elements for a solution on the Crime of Aggression“, RC/WGCA/2, 25.5.2010, para. 4, S. 2.

¹⁸ Siehe Resolution RC/Res. 6 (Fn. 14), Annex III:

„6. It is understood that aggression is the most serious and dangerous form of the illegal use of force; and that a determination whether an act of aggression has been committed requires consideration of all the circumstances of each particular case, including the gravity of the acts concerned and their consequences, in accordance with the Charter of the United Nations.“

¹⁹ Siehe Resolution RC/Res.6 (Fn. 14), Annex III:

Die zu dem neuen Art. 8^{bis} verabschiedeten „Verbrechenselemente“ („Elements of Crimes“, vgl. Art. 9) lauten nun:²⁰
„Introduction:

1. It is understood that any of the acts referred to in article 8^{bis}, paragraph 2, qualify as an act of aggression.

2. There is no requirement to prove that the perpetrator has made a legal evaluation as to whether the use of armed force was inconsistent with the Charter of the United Nations.

3. The term ‚manifest‘ is an objective qualification.

4. There is no requirement to prove that the perpetrator has made a legal evaluation as to the ‚manifest‘ nature of the violation of the Charter of the United Nations.“

„Elements:

1. The perpetrator planned, prepared, initiated or executed an act of aggression.

2. The perpetrator was a person²¹ in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of the State which committed the act of aggression.

3. The act of aggression – the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations – was committed.

4. The perpetrator was aware of the factual circumstances that established that such a use of armed force was inconsistent with the Charter of the United Nations.

5. The act of aggression, by its character, gravity and scale, constituted a manifest violation of the Charter of the United Nations.

6. The perpetrator was aware of the factual circumstances that established such a manifest violation of the Charter of the United Nations.“

„7. It is understood that in establishing whether an act of aggression constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations, the three components of character, gravity and scale must be sufficient to justify a ‚manifest‘ determination. No one component can be significant enough to satisfy the manifest standard by itself.“

²⁰ RC/Res. 6 (Fn. 14), Annex II, S. 5. Die „Elements“ wurden erstmals im 2004 Princeton Treffen der SWGCA diskutiert, vgl. die „list of issues“ bei SWGCA, June 2004 Report, Appendix, Section II, abgedruckt in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 210; s. sodann – in chronologischer Reihenfolge mit zunehmender Wichtigkeit – June 2005 Report, Appendix II Nr. 4, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 183; June 2006 Report, Appendix II, Section II, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 159 f. (vorbereitender Entwurf); December 2007 Report, para. 40, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 106; June 2008 Report, paras. 93 ff., in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 92 f.; November 2008 Report, para. 30 ff., in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 76 f.; February 2009 Report, Section IV, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 58. Der Entwurf des Princeton June 2009 Treffens (Report June 2009, Annex I, abgedruckt in: Barriga u.a. [Fn. 5], S. 35) wurde letztlich in Kampala verabschiedet.

²¹ Eine Fn. stellt insoweit klar: „With respect to an act of aggression, more than one person may be in a position that meets these criteria.“

Der Weg zu einer Einigung zu den Bedingungen der Ausübung der Gerichtsbarkeit war um vieles steiniger,²² sie kam erst kurz vor Ende der Konferenz zustande und wurde in den frühen Morgenstunden des 12.6.2010 (die Uhren im Konferenzsaal waren zuvor abgenommen worden)²³ verabschiedet. Im Ergebnis wurde zwischen den Verfahren unterschieden, die durch eine Staatenüberweisung oder aufgrund eines proprio motu-Tätigwerdens des Anklägers ausgelöst werden (Art. 13 lit. a und c, 14, 15) und solchen, die vom UN-Sicherheitsrat überwiesen werden (Art. 13 lit. b). Die entsprechenden Art. 15^{bis} und Art. 15^{ter} lauten nun:²⁴

„Article 15^{bis}: Exercise of jurisdiction over the crime of aggression (State referral, proprio motu)

1. The Court may exercise jurisdiction over the crime of aggression in accordance with article 13, paragraphs (a) and (c), subject to the provisions of this article.

2. The Court may exercise jurisdiction only with respect to crimes of aggression committed *one year after* the ratification or acceptance of the amendments by *thirty States Parties*.

3. The Court shall exercise jurisdiction over the crime of aggression in accordance with this article, subject to a decision to be taken *after 1 January 2017* by the same majority of States Parties as is required for the adoption of an amendment to the Statute;

4. The Court may, in accordance with article 12, exercise jurisdiction over a crime of aggression, arising from an act of aggression committed by a State Party, unless that State Party has previously declared that it does *not accept such jurisdiction* by lodging a declaration with the Registrar. The withdrawal of such a declaration may be effected at any time and shall be considered by the State Party within three years.

5. In respect of a State that is *not a party* to this Statute, the Court shall *not exercise its jurisdiction* over the crime of aggression when committed by that State's nationals or on its territory.

6. Where the Prosecutor concludes that there is a reasonable basis to proceed with an investigation in respect of a crime of aggression, he or she shall first ascertain whether the *Security Council* has made a *determination* of an act of aggression committed by the State concerned. The Prosecutor shall notify the Secretary-General of the United Nations of the situation before the Court, including any relevant information and documents.

7. Where the Security Council has made such a determination, the Prosecutor may proceed with the investigation in respect of a crime of aggression.

²² Für tägliche Zusammenfassungen des zähen Verhandlungsprozesses s. *Schabas*, <http://iccreviewconference.blogspot.com/> (zugegriffen am 17.11.2010); siehe auch *Reisinger Coracini*, GoJIL 2 (2010), 745 (756 ff.); *Schmalenbach*, JZ 2010, 745 (746).

²³ Laut *Reisinger Coracini*, GoJIL 2 (2010), 745 (763) war es 00.19 Uhr.

²⁴ RC/Res. 6 (Fn. 14), Annex I, Nr. 3 und 4, S. 3 f. (*Herv.* hinzugefügt).

8. Where *no such determination* is made within *six months* after the date of notification, the Prosecutor may proceed with the investigation in respect of a crime of aggression, provided that the *Pre-Trial Division* has *authorized* the commencement of the investigation in respect of a crime of aggression in accordance with the procedure contained in article 15, and the *Security Council* has not decided otherwise in accordance with *article 16*.

9. A determination of an act of aggression by an organ outside the Court shall be without prejudice to the Court's own findings under this Statute.

10. This article is without prejudice to the provisions relating to the exercise of jurisdiction with respect to other crimes referred to in article 5.“

„Article 15^{ter}: Exercise of jurisdiction over the crime of aggression (Security Council referral)

1. The Court may exercise jurisdiction over the crime of aggression in accordance with article 13, paragraph (b), subject to the provisions of this article.

2. The Court may exercise jurisdiction only with respect to crimes of aggression committed *one year after* the ratification or acceptance of the amendments by *thirty States Parties*.

3. The Court shall exercise jurisdiction over the crime of aggression in accordance with this article, subject to a decision to be taken *after 1 January 2017* by the same majority of States Parties as is required for the adoption of an amendment to the Statute;

4. A determination of an act of aggression by an organ outside the Court shall be without prejudice to the Court's own findings under this Statute.

5. This article is without prejudice to the provisions relating to the exercise of jurisdiction with respect to other crimes referred to in article 5.“

II. Kritische Würdigung

1. Klarstellende Vorbemerkungen

Während der gewohnheitsrechtliche Charakter des Aggressionsverbrechens zwischen den Befürwortern und Kritikern seiner Kriminalisierung unumstritten ist,²⁵ ist es eine davon unterscheidende und höchst strittige Frage, ob eine praktikable und rechtlich zufriedenstellende Definition überhaupt

²⁵ Siehe einerseits *Kreß*, EJIL 20 (2009), 1129 (1132 f.) und andererseits *Paulus*, EJIL 20 (2009), 1117 (1118). Siehe ferner *Griffiths*, ICLR 2 (2002), 301 (313); *Werle* (Fn. 1), Rn. 1293 ff.; *Wilmshurst* (Fn. 1), S. 312, 321; *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 7 Rn. 254, alle m.w.N.; *Cassese*, International Criminal Law, 2. Aufl. 2008, S. 155, 158; *Reddi*, ICLR 8 (2008), 655 (686); *Reisinger Coracini*, in: Stahn/van den Herik (Hrsg.), Future Perspectives on International Criminal Justice, 2010, S. 725; *Gomaa*, in: Politi/Nesi (Fn. 9), S. 55 (S. 72 ff.). Zum Case-Law siehe jüngst (2006) UKHL 16 (Jones u.a.), Ziffern 12 und 19 (Lordingham), 44 und 59 (Lord Hoffmann), 96 (Lord Rodger), 97 (Lord Carswell), und 99 (Lord Mance).

möglich ist und ob eine solche tatsächlich in Kampala erreicht wurde. Natürlich hängt die Beantwortung dieser Frage von dem eigenen Vorverständnis hinsichtlich der Sinnhaftigkeit einer Kodifikation des Aggressionsverbrechens überhaupt ab. Während radikale Skeptiker insoweit schon jeden Versuch einer Definition a limine ablehnen,²⁶ stand diese Option angesichts des klaren Mandats von Art. 5 Abs. 2 nach dem erfolgreichen Ende der Rom-Konferenz nicht zur Debatte. Zwar lässt es sich mit guten Gründen bezweifeln, ob es angesichts der vielfachen, schon jetzt existierenden Herausforderungen des IStGH eine weise Entscheidung war, den Vertragsstaaten eine solch komplexe Aufgabe aufzuerlegen anstatt die dafür benötigten Ressourcen in die Konsolidierung des IStGH-Projekts zu investieren,²⁷ doch erscheinen diese und andere Fragen²⁸ vor dem Hintergrund der einst in Rom getroffenen Entscheidung rein akademischer Natur. Zwingt uns nun also die bisherige völkerstrafrechtliche Entwicklung mit ihrem jedenfalls vom Ergebnis her erfolgreichen Ausgang in Kampala zu einer Auseinandersetzung mit dem dort verabschiedeten Regelwerk, so gibt doch zugleich der auch bei diesen Verhandlungen zu Tage getretene, rein pragmatische und von strategischen Erwägungen geprägte Umgang mit dem Völkerstrafrecht zu prinzipiellen Bedenken Anlass. Während die völkerstrafrechtliche Literatur sich nämlich zunehmend darum bemüht, das vielfach beklagte Theoriedefizit des Völkerstrafrechts zu beheben oder doch wenigstens zu verringern, insbesondere durch Beschäftigung mit Grundlagenfragen wie der nach den geschützten Rechtsgütern, des spezifischen völkerstrafrechtlichen Unrechts und dem Zweck der Bestrafung völkerrechtlicher Verbrechen überhaupt,²⁹

²⁶ Siehe z.B. *Schuster*, CLF 14 (2003), 1 (2) mit dem Vorschlag, Aggression aus dem Statut zu entfernen, da eine „legally sound“ Definition nicht möglich sei und weil seine Kodifizierung sich nicht auf Argumente wie Präzedenz, Vorranghaftigkeit oder Abschreckung stützen können (*Schuster*, CLF 14 [2003], 1 [9 ff., 18]). Für eine „cautious attitude towards [...] the invocation of criminal law to regulate the use of force by States“ auch *Wilmshurst* (Fn. 1), S. 332.

²⁷ Siehe ebenfalls *Paulus*, EJIL 20 (2009), 1117 (1127) mit dem bekannten Argument, der Gerichtshof sei „grappling with problems partly of its own making, partly being the inevitable result of its remoteness from the scenes of the crimes under its jurisdiction, it needs to keep the ranks closed [...]“.

²⁸ Beispielsweise die Frage, ob die Strafverfolgung von Verstößen gegen das jus ad bellum einen negativen Einfluss auf die Befolgung von jus in bello-Regeln durch den betreffenden Staat hat, siehe *Paulus*, EJIL 20 (2009), 1117 (1126); dagegen *Kreß*, EJIL 20 (2009), 1129 (1133 ff.).

²⁹ S. z.B. *May*, Crimes against humanity, 2005, S. 7 und 21, der drei „Grundlagen“ (keine nationale Strafverfolgung, durch den Staat begangene und gegen ganze Gruppen gerichtete Verbrechen) sowie zwei Prinzipien (Sicherheit und internationaler Schaden) zur normativ-philosophischen Grundlegung der universalen Strafverfolgung internationaler Verbrechen vorschlägt. Während das Sicherheitsprinzip Staatensouveränität einschränke, indem es die internationale und trans-

nationale Strafverfolgung bestimmter schwerer Menschenrechtsverletzungen zulasse (*May*, a.a.O., S. 63 ff.), rechtfertige das internationale Schadensprinzip die internationale Strafverfolgung im Falle gruppenbasierter Schäden (*May*, a.a.O., S. 80 ff.). Später entwickelte *May* (Aggression and crimes against peace, 2008, S. 324 ff.) eine „diversity of norms defense“ mit dem Argument, dass das Völkerstrafrecht durch „a combination of the norms of retribution, deterrence, and reconciliation but not by any one of these norms alone“ gerechtfertigt werden könne. Siehe auch *Drumbl*, Atrocity, punishment, and international law, 2007, der für einen umfassenderen Ansatz, der über die traditionellen Strafzwecke (Vergeltung, Abschreckung, Expressivismus, *Drumbl* [a.a.O.], S. 60 ff., 149 ff.) hinausgeht und reines Strafrecht durch ein breiteres Gerechtigkeitskonzept ersetzt, plädiert: Eine „cosmopolitan pluralist vision“ fördere „an obligation-based preventative model, operationalized from the bottom-up through diverse modalities that contemplate a coordinated admixture of sanctions calibrated to each specific atrocity“ (*Drumbl*, a.a.O., S. 207; genauer S. 181 ff., 206 ff.); den Expressivismus zumindest teilweise verteidigend *May* (a.a.O. – Aggression, S. 329 ff.). Zur Rechtfertigung der Bestrafung internationaler Verbrechen siehe zudem jüngst *Golash*, in: *May/Hoskins* (Hrsg.), International Criminal Law and Philosophy, 2010, S. 201 (S. 211 ff.), der Prävention und Expressivismus („expressing condemnation“) als mögliche Rechtfertigungen diskutiert. *Gierhake*, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, 2005, S. 165-166, 297, 299 versucht, die Grundlagen des Völkerstrafrechts aus der Rechtslehre *Immanuel Kants* zu entwickeln, indem sie auf der Grundlage der Autonomie des freien und vernünftigen Subjekts argumentiert, dass die internationale Strafe einerseits, auf individueller Ebene, das materielle Unrecht innerhalb der inter-personalen Beziehung, das durch ein internationales Verbrechen hervorgebracht wurde, kompensiere, und, andererseits, auf allgemeinerer universeller Ebene, die Wiederherstellung des Weltrechts und -friedens, die durch das internationale Verbrechen gleichermaßen verletzt wurden, bewirke. In einer früheren Untersuchung argumentierte *Osiel*, Mass atrocity, collective memory and the law, 1997, S. 22 f., 293, dass die Strafverfolgung von staatlich protegierten Massenverbrechen zu einer sozialen Solidarität beitrage, „embodied in the increasingly respectful way that citizens can come to acknowledge the differing views of their fellows“, wobei er darin keine Inkompatibilität mit den traditionellen Strafzwecken (Abschreckung und Vergeltung) sieht. Hinsichtlich der Aggression im Besonderen siehe *May* (a.a.O. – Aggression), S. 3 ff., 44, 55, 208, 222 f., der ein bloß souveränitätsbasiertes Verständnis der Aggression (die Grenzüberschreitung des angreifenden Staates betonend) verwirft und stattdessen ein menschenrechtsbasiertes Verständnis (indirekte Menschenrechtsverletzung durch Untergrabung des Menschenrechtsschutzes und/oder wegen mit einer Aggression einhergehender Menschenrechtsverletzungen) propagiert. *Drumbl*, Case W. Res. J. Int'l L. 41 (2009), 291 (306 f., 313, 318) identifiziert vier kollektive „first-category“ Interessen, die durch das Verbrechen der Aggressi-

bedienen sich die Normsetzer nach wie vor eines überwiegend positivistischen Ansatzes, als ob ein Rückgriff auf die Präjudizien von Nürnberg und Tokyo (oder auf jede andere mehr oder weniger harte völkerrechtliche Norm) die Lösung der zugrunde liegenden normativen Fragen überflüssig machen würde. Tatsächlich werden die genannten Grundfragen und die mit ihnen verbundenen Bedenken das Projekt des Völkerstrafrechts so lange heimsuchen und zum gerichtlichen Verhandlungsgegenstand, wie sie nicht zufriedenstellend und gründlich beantwortet statt nur autoritativ entschieden worden sind.

Was das Verbrechen der Aggression angeht, so ist der positivistische Ansatz der Delegierten schon deshalb großen Bedenken ausgesetzt, weil gerade das Nürnberger Recht³⁰ und die GV-Resolution 3314³¹ bis heute massiver Kritik ausgesetzt sind. So wurde denn auch in der SWGCA – ganz im Gegensatz zu *Benjamin Ferenczs* romantischer Glorifizierung der Nürnberger Prozesse³² – mehrfach festgestellt, dass Verbesserungen von Nöten seien³³ und dass Resolution 3314 einen durchaus problematischen Ausgangspunkt für eine Verbrechendefinition darstelle.³⁴

Vor diesem Hintergrund kann nun das Ergebnis von Kampala einer kritischen Würdigung mit dem Ziel einer konstruktiven Interpretation unterzogen werden, um eventuelle negative (unbeabsichtigte bzw. unvorhergesehene) Folgen möglichst zu verhindern oder doch abzuschwächen. Diese Würdigung muss zwar zwischen den nun vorliegenden

on geschützt sind, nämlich Stabilität, Sicherheit, Souveränität und Menschenrechte, und betont den expressiven Wert der Bestrafung als Rechtfertigung einer breiten Kriminalisierung. *Weisbord*, *Duke J. of Comp. & Int'l L.* 20 (2009/2010), 1 (5 ff.) m.w.N. fordert einen soziologischen, zukunftsorientierten Ansatz, um die Aggressionsdefinition zu aktualisieren, sie sozial relevant und vorhersehbar zu machen (ebd. 7 ff.).

³⁰ Zu einer jüngsten Neubewertung der klassischen Kritik hinsichtlich des Legalitätsprinzips siehe *May* (Fn. 29 – Aggression), S. 146 ff.; *Glennon*, *YJIL* 35 (2010), 71 (74 ff.). Siehe auch *Werle* (Fn. 1), Rn. 1295 f. m.w.N.

³¹ Vgl. *Glennon*, *YJIL* 35 (2010), 71 (78 ff.).

³² Siehe jüngst *Ferencz*, *Case W. Res. J. Int'l L.* 41 (2009), 281, der das Verbrechen der Aggression als „adequately defined“ erachtet.

³³ Wie von einem der Delegierten selbst ausgedrückt: „The ultimate challenge that Nuremberg leaves us with in respect of the crime against peace is whether twenty-first century drafters can do better than those in London sixty-one years ago. It is still a daunting task“ (*Clark*, *Wash. U. Global Stud. L. Rev.* 6 [2007], 527 [550]).

³⁴ Siehe SWGCA, June 2005 Report, Discussion paper 3, abgedruckt in: *Barriga* u.a. (Fn. 5), S. 196; SWGCA, June 2006 Report, in: *Barriga* u.a. (Fn. 5), S. 142 f., 145 f.; SWGCA, January 2007 Report, in: *Barriga* u.a. (Fn. 5), S. 134; SWGCA, June 2007 Report, in: *Barriga* u.a. (Fn. 5), S. 116-117; SWGCA, December 2007 Report, in: *Barriga* u.a. (Fn. 5), S. 101; SWGCA, June 2008 Report, in: *Barriga* u.a. (Fn. 5), S. 89. Siehe auch *Barriga*, in: *Barriga* u.a. (Fn. 5), S. 9 f.; *Krefß*, *EJIL* 20 (2009), 1129 (1136).

Regelungen zu Verbrechendefinition und Gerichtsbarkeit unterscheiden, darf aber nicht das Gesamtbild aus den Augen verlieren. Beispielhaft: Eine isolierte Analyse der Aggressionshandlung gemäß Art. 8^{bis} Abs. 2 ohne Einbeziehung der in Abs. 1 vorgelegten Verbrechendefinition würde dem erreichten Ergebnis nicht gerecht, besteht dessen Besonderheit doch gerade darin, dass die kollektive (= Aggressionshandlung) und individuelle (= Aggressionsverbrechen) Ebene in einer gemeinsamen Definition vereint wurden.³⁵ Auf diese grundlegende strukturelle Frage wird zurückkommen sein. Ebenso wenig darf die Verbrechendefinition von der Regelung zur Gerichtsbarkeit vollkommen gelöst werden, vielmehr ist auch insoweit das Gesamtergebnis der Verhandlungen im Blick zu behalten.

2. Die Verbrechendefinition

a) Die Doppelnatur des Aggressionsverbrechens und die Schwellenklausel

Wie schon andernorts ausgeführt³⁶ hat das Verbrechen der Aggression eine Doppelnatur, die auf einer Makroebene die kollektive, staatliche Aggressionshandlung und auf einer Mikroebene das individuelle Aggressionsverbrechen umfasst.³⁷ Daraus ergibt sich, dass die Existenz einer (rechtswidrigen) Aggressionshandlung gemäß der Definition in Art. 8^{bis} Abs. 2 auf Grundlage von Resolution 3314 nicht automatisch die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit der an dieser Handlung beteiligten Personen zur Folge hat. Während dies in Nürnberg³⁸ noch nicht erkannt wurde, weil man sich zur Kriminalisierung des NS-Angriffskrieges im Wesentlichen auf das im Kellogg-Briand-Pakt³⁹ enthaltene Verbot des Angriffskrieges stützte,⁴⁰ unterscheidet Resolution 3314 selbst zwischen einer Aggressionshandlung und einem Aggressionskrieg („war of aggression“), wobei nur dieser als ein Verbrechen gegen den internationalen Frieden (Art. 5 Abs. 2) qualifiziert wurde.⁴¹ Da jedoch diese Resolution nur die Makroebene – also die der kollektiven, staatlichen Aggressions-

³⁵ Siehe auch *Clark*, *EJIL* 20 (2009), 1103 (1104 f.). Siehe jedoch auch die isolierte Untersuchung von *Glennon*, *YJIL* 35 (2010), 71 (88 ff., 98).

³⁶ *Ambos*, in: *Arnold* u.a. (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht*, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 671 (S. 672 ff.); *Ambos* (Fn. 25), § 7 Rn. 253.

³⁷ Zu den drei verschiedenen Ebenen (Sicherheitsrat, IGH, IStGH) der „notion of aggression“ siehe auch *Reddi*, *ICLR* 8 (2008), 655 (660).

³⁸ S.o. Fn. 2.

³⁹ „Treaty for the Renunciation of War as an Instrument of National Policy“ vom 27.8.1928, abrufbar unter:

www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/kbpact.htm (zugegriffen am 4.11.2010).

⁴⁰ Siehe *Ambos*, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Ansätze einer Dogmatisierung*, 2. Aufl. 2004, S. 111 ff. m.w.N. in Fn. 194.

⁴¹ Siehe auch *Clark*, *GoJIL* 2 (2010), 689 (695: „drafting convention that builds on this combination of state and individual responsibility.“).

handlung – betrifft, finden sich in ihr keine Ausführungen zu dem qualitativen Unterschied, der eine bloß rechtswidrige Handlung zu einem Verbrechen mit individueller strafrechtlicher Verantwortlichkeit macht. Dieser qualitative Unterschied wird nun durch die Schwellenklausel („threshold clause“) des Art. 8^{bis} Abs. 1 mit der dort verlangten Mindestschwelle ausgedrückt: Es muss sich um eine Aggressionshandlung handeln, die „by its character, gravity and scale“ „a manifest violation“ der UNS darstelle.⁴² Damit sollen unbedeutende Zwischenfälle (z.B. Grenzscharmützel) und rechtlich umstrittene Fälle (z.B. humanitäre Interventionen) bewusst von einer Kriminalisierung ausgenommen werden.⁴³ Während diese Schwellenklausel bis zum Ende der Arbeit der SWGCA umstritten blieb,⁴⁴ wurde die grundlegende Entscheidung für ein objektives, qualifizierendes Merkmal bereits im Jahre 2002 in der PrepCommis-Arbeitsgruppe mit einer nur leicht abweichenden Formulierung getroffen.⁴⁵ Der alternative subjektive Ansatz – die Forderung einer spezifischen aggressiven Absicht oder eines solchen Zwecks (animus aggressionis), gepaart mit dem Ziel einer (langfristigen) Okkupation, Unterwerfung oder Annektierung⁴⁶ – fand bereits 2002 im Diskussionspapier der Arbeitsgruppe Erwäh-

⁴² Nach *Kreß*, EJIL 20 (2009), 1129 (1138) sind „gravity and scale“ quantitativ und „manifest“ qualitativ zu verstehen. Grundlegend zur IGH-Rspr. und zu einem Vergleich mit dem „grave breaches“-Regelwerk des humanitären Völkerrechts siehe *Heinsch*, GoJIL 2 (2010), 713 (726, 727, 731).

⁴³ Siehe SWGCA, June 2005 Report, discussion paper 3, Nr. 3, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 197; siehe auch *Barriga*, in: Bellilli (Hrsg.), International Criminal Justice, 2010, S. 8. Zur Nicht-Strafbarkeit einer humanitären Intervention aus grundsätzlichen Erwägungen *May* (Fn. 29 – Aggression), S. 273 ff.

⁴⁴ Siehe SWGCA, June 2009 Report, paras. 23 ff., in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 27 f.; siehe auch SWGCA, November 2006 Report, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 140; SWGCA, January 2007 Report, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 133; SWGCA, June 2007 Report, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 119; SWGCA, December 2007 Report, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 103; SWGCA, June 2008 Report, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 87 f.; SWGCA, February 2009 Report, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 51; siehe auch *Barriga* (Fn. 43), S. 8 f.; *Solera* (Fn. 1), S. 409 ff.

⁴⁵ „Flagrant“ anstelle einer „manifest“ Verletzung, siehe ASP ICC, Discussion paper on the definition of the elements of the crime of aggression prepared by the Coordinator of the Working Group on the Crime of Aggression during the Preparatory Commission of the ICC, Zweite Sitzung, New York, 8.-12.9.2003, Official Records ICC-ASP/2/10, S. 234; siehe auch SWGCA, June 2005 Report, discussion paper 3, Nr. 3, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 197.

⁴⁶ Vgl. *Werle* (Fn. 1), Rn. 1313, *Cassese* (Fn. 25), S. 157, 160; *Wilmshurst* (Fn. 1), S. 325, 327; *Solera* (Fn. 1), S. 423 ff. (427). Siehe auch *May* (Fn. 29 – Aggression), S. 14 f., der argumentiert, dass eine solche aggressive Absicht meist fehle, weil die Staatsoberhäupter meist nur die Förderung der legitimen Staatsinteressen bezwecken, siehe auch *May* (Fn. 29 – Aggression), S. 257 f.

nung,⁴⁷ erhielt aber im Ergebnis nicht genügend Zuspruch und wurde deshalb von der SWGCA nicht länger verfolgt.⁴⁸

Aus dem Gesagten sollte sich ergeben, dass es zur angemessenen Erfassung des qualitativen Unterschieds zwischen einer Aggressionshandlung und einem Aggressionsverbrechen keine wirkliche Alternative zur Schwellenklausel gab.⁴⁹ Die Kritik ihrer mangelnden Präzision⁵⁰ bleibt aber eine Antwort darauf schuldig, wie denn konkret eine größere Präzision hätte erreicht werden können.⁵¹ Tatsächlich ist die mangelnde Präzision der Schwellenklausel eben diesem Mangel der Primärnorm geschuldet. Denn wenn es schon nicht möglich ist, die rechtmäßige von der unrechtmäßigen Gewaltanwendung präzise abzugrenzen, wie kann dies dann auf der Ebene der Sekundärnorm, die ja nur die unrechtmäßige Gewaltanwendung der Primärnorm kriminalisiert, gelingen?⁵² Mit Blick auf den hochnormativen Inhalt eines jeden Abgrenzungskriteriums, mit dem versucht wird, den kriminellen Kern einer bestimmten Tat einzufangen, und das generelle Problem, menschliches Verhalten mit abstrakten rechtlichen Begrifflichkeiten hinreichend präzise zu umschreiben, erscheint eine objektive Definition, die den Wesensinhalt der Schwellenklausel präziser beschreibt, kaum vorstellbar. Wenn darüber hinaus *Paulus* Recht hat und „any lawyer of some quality [may] find reasons why almost anything is legal or illegal under prevailing circumstances“, so würde eine präzisere Definition allenfalls rechtliche Unsicherheiten abschwächen, nicht aber vollends verschwinden lassen.⁵³

Wie dem auch sei: Die durch das Adjektiv „manifest“ eingeführte Schwelle ist objektiv zu verstehen⁵⁴ und die

⁴⁷ Siehe oben Fn. 45.

⁴⁸ *Kreß*, EJIL 20 (2009), 1129 (1139 f.).

⁴⁹ Siehe auch *Clark*, GoJIL 2 (2010), 689 (698 f.), der den Rechtsberater des U.S. Department of State zitiert; *Dascalopoulou-Livada*, in: Politi/Nesi (Fn. 9), S. 79 (S. 83); *Wilmshurst*, in: Politi/Nesi (Fn. 9), S. 93.

⁵⁰ Siehe *Glennon*, YJIL 35 (2010), 71 (101 f.); *Paulus*, EJIL 20 (2009), 1117 (1121); *Murphy*, EJIL 20 (2009), 1147 (1150-1151); *Wilmshurst* (Fn. 1), S. 326 f.; *Heinsch*, GoJIL 2 (2010), 713 (726 f.).

⁵¹ Wobei einige Kritiker den Versuch einer Kodifikation ohnehin abzulehnen scheinen, s. insb. *Glennon*, YJIL 35 (2010), 71 (101: „A statute permitting the prosecution of only clear-cut, blatant instances of ‚impropriety‘ would still be vague. This is the central difficulty in seeking to eliminate vagueness merely by announcing that marginality is excluded: it is impossible to know from the terms at issue what within their reach is marginal and what is essential.“) und *Glennon*, YJIL 35 (2010), 71 (101: Schwellenklausel „irretrievably vague“).

⁵² Siehe *Murphy*, EJIL 20 (2009), 1147 (1152 ff.): mit einer Tabelle mit Nötigungshandlungen, die eine ungerechtfertigte Gewaltanwendung und ein Aggressionsverbrechen darstellen könnten.

⁵³ *Paulus*, EJIL 20 (2009), 1117 (1123).

⁵⁴ Elements, RC/Res. 6, Advance Version, 16.6.2010, Annex II, S. 5; Introduction Nr. 3. Siehe auch SWGCA, June 2009 Report, Abs. 25 und Appendix II Nr. 7, in: Barriga u.a.

Kombination von Charakter, Schweregrad und Ausmaß⁵⁵ ist – trotz der verwirrenden Bezugnahme in den „understanding“ 6 und 7⁵⁶ – notwendig, um den qualitativen Unterschied zwischen Handlung und Verbrechen deutlich zu machen und um dessen Trivialisierung vorzubeugen.⁵⁷ Demgegenüber erscheinen die Bedenken, dass eine zu hohe Schwelle in Verbindung mit fehlender Strafverfolgung zu der unbeabsichtigten Konsequenz führt, dass umstrittene Formen der Gewaltanwendung legalisiert oder sogar legitimiert werden, nicht überzeugend.⁵⁸ Solche Bedenken überbewerten einerseits den Einfluss, den ein Absehen von der Strafverfolgung auf die Rechtmäßigkeit einer Gewaltanwendung haben kann, und berücksichtigen andererseits nicht ausreichend den ganz fundamentalen Unterschied zwischen dem Verbot (der Aggressionshandlung) und dem eigentlichen Verbrechen. Beispielhaft: Während klassische Angriffskriege wie z.B. die NS-Angriffe auf Nachbarstaaten seit 1939 oder die Kuwait-Invasion des Irak im Jahre 1990 sowohl eine Aggressionshandlung also auch ein -verbrechen darstellten, gilt das (wohl) nicht für die US-geführte Invasion des Irak in 2003, weil es sich dabei zwar um eine rechtswidrige Aggressionshandlung handelte,⁵⁹ (wohl) aber nicht um ein Aggressionsverbrechen, weil die von einer beachtlichen wissenschaftlichen Mindermeinung vertretene Rechtfertigung der Invasion, insbesondere auf der Grundlage der UN-Sicherheitsratsresolution 678, der Chartaverletzung das Merkmal der „Offensichtlichkeit“ („manifest violation“) nahm.⁶⁰ Immerhin zeigen diese feinen, sicher nicht alle Leser überzeugenden Un-

terschiede, dass der Schwellenklausel eine große Ungenauigkeit immanent ist. Diese kann man zwar, wie oben ausgeführt, kaum aus sich heraus verringern, man hätte aber mit dem oben erwähnten alternativen subjektiven Erfordernis – trotz der damit einhergehenden Beweisprobleme⁶¹ – eine zusätzliche Schwelle in Art. 8^{bis} einführen können.⁶² Das würde Entscheidungen in Grenzfällen erleichtern, weil statt einem (objektiven) zwei (ein objektives und subjektives) Abgrenzungskriterien zur Verfügung stünden. So würde etwa bei einer humanitären Intervention das subjektive Abgrenzungskriterium eine Strafbarkeit eindeutiger ausschließen als ein nur objektives, weil der Kern einer derartigen Intervention in ihrem humanitären Zweck besteht, jedenfalls wenn die beteiligten Staaten zu diesem Zweck handeln.⁶³ Sogar im umstritteneren Fall der Irak-Invasion würde das subjektive Kriterium die objektive Ablehnung eines Aggressionsverbrechens bestätigen, denn es kann schwerlich argumentiert werden kann, dass die von den USA angeführte Koalition mit einem speziellen animus aggressionis mit Blick auf eine langfristige Okkupation des Irak gehandelt hat.⁶⁴

b) Aggressionsverbrechen und GV-Resolution 3314

Das Zusammenspiel der Abs. 1 und 2 von Art. 8^{bis} – Abs. 2 als primäre, das Verbot enthaltene Verhaltensnorm und Abs. 1 als sekundäre Sanktionsnorm⁶⁵ – ist Konsequenz der schon erwähnten Doppelnatur des Aggressionsverbrechens und beweist, dass sich die SWGCA dieser Doppelnatur bewusst gewesen ist.⁶⁶ Dies führt, wie oben bereits ausgeführt,⁶⁷

(Fn. 5), S. 28, 39. Besonders kritisch zu diesem Begriff *Wilmshurst* (Fn. 1), S. 326.

⁵⁵ S.o. Fn. 19 und Haupttext.

⁵⁶ S.o. Fn. 18 und 19. Während Art. 8^{bis} Abs. 1 „character, gravity and scale“ gleichbehandeln, konzentriert sich understanding 6 auf die „gravity“. Wenn auch des Weiteren ein wörtliches Verständnis des Art. 8^{bis} Abs. 1 nahelegt, dass die drei Kriterien kumulativ vorliegen müssen („und“), so suggeriert doch der zweite Satz von understanding 7, dass zwei Kriterien genügen würden (zur ersten Lesart *Schmalenbach*, JZ 2010, 745 [748 rechte Sp.]). Zudem spricht understanding 7 von einer „manifest determination“, aber Art. 8^{bis} Abs. 1 von einer „manifest violation“; zwar ist der Bezug klar, doch ist unklar, wie die drei Kriterien zu einer Qualifikation einer Verletzung als „manifest“ beitragen können (für eine gute Kritik siehe *Heinsch*, GoJIL 2 [2010], 713 [728 f.]; krit. auch *Scheffer*, LJIL 24 [2011], erscheint demnächst).

⁵⁷ Vgl. *Kreß*, EJIL 20 (2009), 1129 (1142); aus prinzipiellen Gründen auch dafür *May* (Fn. 29 – Aggression), S. 73; *Wilmshurst* (Fn. 1), S. 321; im Ergebnis ebenso *Scheffer*, Case W. Res. J. Int'l L. 41 (2009), 397 (400, 409); *Kemp* (Fn. 1), S. 234, 243, 249.

⁵⁸ Siehe *Paulus*, EJIL 20 (2009), 1117 (1124, 1127); *Murphy*, Case W. Res. J. Int'l L. 41 (2009), 341 (361 ff.).

⁵⁹ Siehe *Kreß*, ZStW 115 (2003), 294 (313 ff., 331) m.w.N.; siehe auch *Ambos/Arnold* (Hrsg.), *Der Irak-Krieg und das Völkerrecht*, 2003, passim.

⁶⁰ *Kreß*, ZStW 115 (2003), 294 (331); s. auch *Ambos* (Fn. 36), S. 680 f.; krit. *Paulus*, EJIL 20 (2009), 1117 (1123).

⁶¹ Siehe schon *Ambos* (Fn. 36), S. 681 f.; s. auch *Solera* (Fn. 1), S. 428 ff.

⁶² Für dieses subjektive Element als den „determinant factor“ *Solera* (Fn. 1), S. 415, 423 ff.; für einen „special intent“ (bezüglich der Verschwörung) *May* (Fn. 29 – Aggression), S. 260 ff.

⁶³ In diesem Sinne *Kreß*, EJIL 20 (2009), 1129 (1141), für den im Falle einer humanitären Intervention „a specific collective intent [...] is conspicuously absent“. Im Ergebnis ebenso *Solera* (Fn. 1), S. 461 ff. bezüglich der humanitären Intervention der NATO gegen Jugoslawia zugunsten Kosovo (S. 462: „difficult to assert that NATO acted with the specific animus aggressionis [...]“; „difficulty of establishing an aggressive intent“); *May* (Fn. 29 – Aggression), S. 294 f. hält das mens rea-Element als am schwierigsten zu beweisen.

⁶⁴ S. schon *Ambos* (Fn. 36), S. 681. Der kürzlich erfolgte Abzug von US-Truppen aus dem Irak bestätigt diese Sichtweise (siehe <http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-11020270> [zugegriffen am 4.11.2010], 19.8.2010, „Last US combat brigade exits Iraq“). Laut *Solera* (Fn. 1), S. 477 ff., 500 „the Iraq case illustrates the difficulties of establishing the mental element [...] when various defenses can be introduced to justify action“.

⁶⁵ Für zwei unterschiedliche rechtliche Regelungen *Cassese* (Fn. 25), S. 155 ff.

⁶⁶ Es ist deshalb nicht verständlich, dass *Glennon*, YJIL 35 (2010), 71 (79 in Fn. 49) sagt, dass die „SWGCA ignored this distinction“.

⁶⁷ S.o. Fn. 35 und Haupttext.

zu der weiteren Konsequenz, dass Abs. 2 nicht isoliert und losgelöst von Abs. 1 ausgelegt werden darf. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die kombinierte Annahme der Art. 1 und 3 von Resolution 3314 – statt eine neue, autonome Definition einer Aggressionshandlung zu entwickeln⁶⁸ – durchaus umstritten und für viele Delegationen nur wegen der strengen Schwellenklausel akzeptabel war.⁶⁹ Letztlich stützte man sich auf Resolution 3314 schon aus dem profanen Grund, dass sie nun einmal „da war“, aber auch aus dem Sachgrund, dass sie im Bereich der Aggression die einzige völkerrechtliche Vorschrift von Rang darstellt.⁷⁰ Freilich darf nicht übersehen werden, dass Resolution 3314 nicht zu strafrechtlichen Zwecken, sondern lediglich als Hilfsmittel für den UN-Sicherheitsrat zur Bestimmung einer Aggressionshandlung i.S.v. Art. 39 UNS mit Blick auf die daraus folgenden Befugnisse des Kapitels VII entworfen wurde.⁷¹ Infolgedessen setzt die Resolution „Aggression“ mit „Gewaltanwendung“ gleich⁷² und ihre Art. 2 und 4 geben dem Sicherheitsrat spezielle Definitionsbefugnisse, die mit dem selbstbezüglichen, autonomen Strafrechtssystem des Rom-Statuts nicht vereinbar sind, darf danach doch etwa, entsprechend dem strafrechtlichen Legalitätsprinzip (Art. 22-24), strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht rückwirkend begründet und müssen strafrechtliche Tatbestandsmerkmale streng ausgelegt werden.⁷³ Deshalb kann auch die in Art. 8^{bis} Abs. 2 enthaltene Liste von Aggressionshandlungen weder offen noch „halb offen“ („semi-open“), sondern nur abschließend verstanden werden.⁷⁴ Eine „halb offene“ Interpretation – im Sinne des Einschlusses weiterer Handlungen, die zwar nicht aufgeführt sind, aber irgendwie unter die explizit genannten Handlungen

subsumiert werden können⁷⁵ – wäre nur dann mit dem Legalitätsprinzip vereinbar, wenn Art. 8^{bis} Abs. 2 eine solche Erweiterung vorsehen würde, indem er sich beispielsweise (wie Art. 7 Abs. 1 lit. k) auf andere ähnliche Taten bezöge. Doch selbst eine derartige Interpretation wäre mit einer strengen Lesart des *lex certa*-Elements des Legalitätsprinzips, will man dieser denn auch im Völkerstrafrecht Geltung verschaffen,⁷⁶ nur schwer in Einklang zu bringen. Abgesehen davon enthält die gegenwärtige Liste des Abs. 2 mehrere Handlungsformen, die noch nicht einmal eine Gewaltanwendung *stricto sensu* erfordern, etwa lit. c und e, und die deshalb deutlich unter der von Art. 8^{bis} Abs. 1 geforderten Mindestschwelle liegen.⁷⁷ Aus strafrechtlicher Sicht vermengen zudem die lit. f und g die eigentliche Gewaltanwendung im Sinne einer Täterschaft („perpetration“) mit der Beihilfe („assistance“) zu einer Gewaltanwendung durch einen anderen Staat (lit. f) oder durch nichtstaatliche Akteure (lit. g).⁷⁸ Last but not least ist das in Art. 2 der Resolution 3314 enthaltene „first strike“-Prinzip nur ein möglicher Test zur Identifizierung eines Aggressorstaats und es trägt präventiven Reaktionen auf unmittelbar bevorstehende Bedrohungen durch Langstreckenwaffen nicht hinreichend Rechnung.⁷⁹

Während die meisten dieser Mängel auf strafrechtlicher Ebene aufgrund der Schwellenklausel oder einer restriktiven Auslegung durch den Gerichtshof wohl kaum je relevant werden, bringt der Bezug zu Resolution 3314 das grundlegendere Problem mit sich, dass die Aggressionsdefinition damit als ausschließlich staatszentriert⁸⁰ verstanden wird und daher moderne Formen der von nichtstaatlichen Akteuren in asymmetrischen Konflikten⁸¹ durchgeführten Aggressions-

⁶⁸ Siehe SWGCA, June 2005 Report, discussion paper 3, Nr. 1, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 196. Siehe ferner in: Barriga u.a. (Fn. 5), Nr. 2 zu den verschiedenen Bezeichnungen (use of force, armed attack, use of armed force), die als Alternative zur „Aggressionshandlung“ diskutiert wurden.

⁶⁹ Siehe Barriga (Fn. 43), S. 9 f.; Kreß, EJIL 20 (2009), 1129 (1136).

⁷⁰ S. etwa Glennon, YJIL 35 (2010), 71 (79): „[...] recurring presence in subsequent efforts to define aggression [...]“; diesen Grund befürwortend Heinsch, GoJIL 2 (2010), 713 (725 f.); für eine instruktive Kritik der Resolution s. Weisbord, Duke J. of Comp. & Int'l L. 20 (2009-2010), 1 (21 ff.).

⁷¹ Siehe Paulus, EJIL 20 (2009), 1117 (1121); Glennon, YJIL 35 (2010), 71 (79); Wilmshurst (Fn. 1), S. 326; Heinsch, GoJIL 2 (2010), 713 (723).

⁷² Krit. Murphy, EJIL 20 (2009) 1147 (1151).

⁷³ Siehe auch Barriga (Fn. 43), S. 12.

⁷⁴ Zur Debatte in der SWGCA, November 2006 Report, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 140; SWGCA, June 2007 Report, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 117 f.; SWGCA, December 2007 Report, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 102 f.; SWGCA, June 2008 Report, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 89 f. S. auch Barriga (Fn. 43), S. 10 f. Die Elements liefern keine Klarstellung, zumal sie nur wiederholen, dass „any of the acts [...] qualify as an act of aggression“ (Fn. 20; Introduction Nr. 1).

⁷⁵ Siehe Kreß, EJIL 20 (2009), 1129 (1137); Clark, EJIL 20 (2009), 1103 (1105); Clark, GoJIL 2 (2010), 689 (696).

⁷⁶ Gegen eine solch strenge Lesart augenscheinlich Kreß, EJIL 20 (2009), 1129 (1137), der noch nicht einmal eine „similar acts“-Klausel, wie in Art. 7 Abs. 1 lit. k enthalten, voraussetzt. Ohne eine derartige Klausel würde die Erweiterung der Liste allerdings von vornherein gegen die *lex praevia* verstoßen. Jedenfalls liegt Kreß richtig damit, dass das Legalitätsprinzip im Völkerstrafrecht nicht eindeutig definiert ist und insbesondere die *lex certa* Komponente weitgehend ignoriert wurde, siehe Ambos, in: Haveman/Olusanya (Hrsg.), Sentencing and sanctioning in supranational criminal law, 2006, S. 17 (S. 23 ff.). Für einen flexibleren Ansatz Heinsch, GoJIL 2 (2010), 713 (724 f., 742). Viel zu ungenau ist allerdings Scheffers Vorschlag (Case W. Res. J. Int'l L. 41 [2009], 397 [409]) wonach die „elements of the crime of aggression shall draw [sic!], inter alia [sic!], from Art. 2 and 3“ der Resolution 3314.

⁷⁷ Vgl. Kreß, EJIL 20 (2009), 1129 (1137).

⁷⁸ Vgl. Paulus, EJIL 20 (2009), 1117 (1121); zust. Kreß, EJIL 20 (2009), 1129 (1137).

⁷⁹ Siehe zur Diskussion May (Fn. 29 – Aggression), S. 21, 81 ff., 90 ff., 217 ff., der für ein stärkeres normatives Verständnis eines Erstschlages als „first wrong“ plädiert.

⁸⁰ In diesem Sinne Solera (Fn. 1), S. 416 ff., insb. 418.

⁸¹ Diese sind dadurch charakterisiert, dass sich die beteiligten Privaten (de facto Kombattanten, irreguläre Kämpfer) nicht

handlungen nicht erfassen kann.⁸² Während eine traditionell staatsorientierte Sichtweise eine solche Ausdehnung des Verbrechens ratione personae bestreitet,⁸³ suggeriert der menschen-(rechts-)orientierte Ansatz des Völkerstrafrechts mit seiner Fokussierung auf individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit eindringlich die Einbeziehung nichtstaatlicher Akteure.⁸⁴ Das Wesen des Aggressionsverbrechens wird weniger von dem handelnden Subjekt als dem Unrechtsgehalt der Tat bestimmt. Dies führt uns zurück zu dem bereits kritisierten prinzipienlosen Ansatz der Delegierten⁸⁵, der eine gründlichere und grundlegendere Befassung mit den von einem modernen Aggressionsverbrechen zu schützenden Interessen und Werte verhinderte. In Abhängigkeit von dem Ergebnis entsprechender Überlegungen müsste die Verbrechensdefinition enger oder weiter formuliert werden; in letzterem Falle über den staatszentrierten Ansatz des Nürnberger Rechts und der Resolution 3314 hinaus gehend. Damit soll nicht gesagt werden, dass es keine Gründe zur Verteidigung eines staatszentrierten Ansatzes gibt (beispielsweise das Argument der Aufrechterhaltung der bestehenden, auf Staaten gründenden völkerrechtlichen Ordnung)⁸⁶, aber eine solche Verteidigung muss eben über den bloß formalen Rückgriff auf existierendes Völkerrecht hinausgehen. Jedenfalls ist es nach dem nun geltenden Recht kaum möglich, in Art. 8^{bis} Abs. 2 auch nichtstaatliche Aggressionshandlungen hineinzulesen. Jede Erweiterung der Liste, insbesondere im Wege der Analogie,⁸⁷ gerät in Widerspruch zum Legalitätsprinzip. Davon abgesehen würde sich damit die staatszentrierte Natur der Definition nicht erledigen, folgt diese doch schon aus dem ersten Satz von Art. 8^{bis} Abs. 2, wenn dort auf die „armed force by a State“ Bezug genommen wird. Auch ein wei-

tes Verständnis des Begriffs „bewaffnet“ würde – falls überhaupt vereinbar mit dem Legalitätsprinzip – daran nichts ändern, denn damit könnten allenfalls weitere staatliche Angriffe miteinbezogen werden, z.B. solche über das Internet (cyber attacks).⁸⁸

c) Der Sonderdeliktscharakter des Verbrechens und die Beschränkung auf Führungspersonen

Der Charakter der Aggression als Führungsverbrechen ist schon lange anerkannt.⁸⁹ Er ist im Grunde eine Konsequenz der Natur des Aggressionsverbrechens als staatliches Verbrechen, das nur von der/den Führungsperson/-en des Aggressorstaats im kollektiven Zusammenwirken erfüllt werden kann.⁹⁰ Art. 8^{bis} Abs. 1 trägt dem durch die Beschränkung auf Täter Rechnung, die sich „in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State“ befinden. Diese „leadership clause“ beantwortet aber nicht die Frage, wer genau dem Führungszirkel zuzuordnen ist, wer also als intraneus anzusehen ist, und wie mit einer möglichen strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Personen außerhalb dieses Zirkels (extranei) zu verfahren ist. Intraneus ist nach der in Art. 8^{bis} Abs. 1 genannten Definition, wer die effektive Kontrolle über die Leitung der politischen oder militärischen Aktivitäten des Staates ausübt. Dies ist nicht per se – im Sinne eines bloß formalen Status – auf politische Führungspersonen und/oder Mitglieder der Regierung beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf die wirtschaftlichen oder religiösen Funktionseliten.⁹¹ Obwohl das Erfordernis einer effektiven Kontrolle strenger ist als das Nürnberger Kriterium einer Möglichkeit „Politik zu formen oder zu beeinflussen“ („shape or influence policy“),⁹² ist dieser Rück-

an das humanitäre Völkerrecht, insbesondere den Unterscheidungsgrundsatz, halten und damit für die gegnerischen Kombattanten nicht erkennbar sind (zur Terminologie *Ambos*, in: Joecks/Miebach [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Strafrecht, Bd. 6/2, 2009, Vor §§ 8-12 VStGB Rn. 39 f.; *Herdegen*, Völkerrecht, 9. Aufl. 2010, § 56 Rn. 21).

⁸² Siehe zu einer insoweit instruktiven Analyse *Weisbord*, Duke J. of Comp. & Int'l L. 20 (2009/2010), 1 (23 ff.); *Drumbl* (Fn. 29), S. 305; s. auch *May* (Fn. 29 – Aggression), mit dem Vorschlag, nichtstaatliche Akteure wie Staaten zu behandeln, wenn sie wie Staaten handeln (S. 298), wobei dies bei terroristischen Gruppen gelten soll (S. 308 ff.).

⁸³ Vgl. *Wilmschurst* (Fn. 1), S. 318 f.

⁸⁴ Vgl. *Cassese* (Fn. 25), S. 157. Siehe auch das „Protocol of Non-Aggression and Mutual Defense in the Great Lakes Region“, 30.11.2006, worin Aggression als stets gegen die territoriale Integrität eines Staates gerichtetes Delikt auf „an armed group“ als nichtstaatlicher Akteur ausgeweitet wird (Art. 1 Abs. 2).

⁸⁵ Siehe oben Fn. 29 und Haupttext.

⁸⁶ Die Anerkennung von nichtstaatlichen Akteuren als eine rechtliche Kategorie stört diese Ordnung; siehe ähnlich *May* (Fn. 29 – Aggression), S. 298.

⁸⁷ Siehe *Weisbord*, Duke J. of Comp. & Int'l L. 20 (2009/2010), 1 (40), der jedoch den Widerspruch mit Art. 22 Abs. 2 sieht.

⁸⁸ Siehe zu dieser Interpretation *Weisbord*, Duke J. of Comp. & Int'l L. 20 (2009/2010), 1 (40 f.).

⁸⁹ Siehe *Ambos* (Fn. 36), S. 677 m.w.N. in Fn. 38. Zu dem frühen Konsens zu dieser Frage in der SWGCA, June 2006 Report, para. 88, in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 154; siehe auch *Weisbord*, Duke J. of Comp. & Int'l L. 20 (2009/2010), 1 (43); *Clark* (Fn. 10), S. 718 f.; *May* (Fn. 29 – Aggression), S. 11, 14, 16; *Cassese* (Fn. 25), S. 159; *Wilmschurst* (Fn. 1), S. 318; *Kemp* (Fn. 1), S. 236 f.

⁹⁰ Daher impliziert das Führungserfordernis nicht das einsame Verhalten eines „dictateur absolu“ (irreführend insofern *Condorelli*, in: *Politi/Nesi* [Fn. 9], S. 151 [S. 157]). Für eine interessante Diskussion des sich aus der staatlichen und individuellen Natur des Aggressionsverbrechens ergebende „conceptual puzzle“ *May* (Fn. 29 – Aggression), S. 229 ff., 232.

⁹¹ Vgl. *Barriga* (Fn. 43), S. 8; *Clark*, EJIL 20 (2009), 1103 (1105); *Schmalenbach*, JZ 2010, 745 (748 rechte Sp.); früher bereits *Kemp* (Fn. 1), S. 251. Siehe auch SWGCA, Februar 2009 Report, para. 25, in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 54. Für ein restriktiveres Verständnis anscheinend *Heinsch*, GoJIL 2 (2010), 713 (722 f.) unter Bezugnahme auf politische und militärische Führungspersonen (siehe aber unten, Fn. 96).

⁹² Siehe SWGCA, June 2007 Report, para. 12 mit Fn. 5 (Bezug nehmend auf das Nürnberger Case-Law), in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 111. Siehe auch SWGCA, December 2007 Report, para. 9 (in: *Barriga u.a.* [Fn. 5], S. 100) und SWGCA, June

schritt („retreat“) gegenüber Nürnberg⁹³ gerechtfertigt, da der dort verwendete Maßstab – ähnlich wie das Kriterium einer „major role“⁹⁴ – gerade in Demokratien die Haftung zu weit ausdehnen würde.⁹⁵ Strafrechtliche Verantwortlichkeit erfordert mehr als bloßen Einfluss, nämlich eine effektive Kontrolle über aggressive Politik. Im Ergebnis werden auch mit diesem Kriterium nichtpolitische Funktionsebenen erfasst, sofern sie eben hinreichende effektive Kontrolle haben;⁹⁶ und für einige ist diese Ausdehnung der Verantwortlichkeit auf Personen unterhalb des unmittelbaren Führungszirkels zu weitgehend.⁹⁷ In der Tat zeigt die Nürnberger Strafverfolgung von Spitzenpolitikern, hochrangigen Militärs und Industriellen die Schwierigkeiten der Aburteilung gerade solcher Personen, die sich knapp unterhalb der tatsächlichen Führungsebene eines kriminellen Regimes befinden, jedenfalls wenn man ihre *persönliche* Verantwortlichkeit, insbesondere in subjektiver Hinsicht, nachweisen will.⁹⁸

Was nun die Verantwortlichkeit der extranei angeht, so hängt diese davon ab, inwieweit man das Führungserfordernis in die in Art. 25 Abs. 3 vorgesehenen Beteiligungsformen hineinreichen lässt.⁹⁹ Insoweit überzeugt zunächst die Ent-

2006 Report, para. 88, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 154: „ability to influence policy“.

⁹³ Siehe *Heller*, EJIL 18 (2007), 477 (478 f.), wonach der Ansatz der SWGCA restriktiver sei als der des „shape or influence“, welcher im Nürnberger Recht vorherrschend gewesen sei. Zust. *Wilmschurst* (Fn. 1), S. 319. Krit. auch *Drumbl* (Fn. 29), S. 316.

⁹⁴ SWGCA, June 2004 Report, para. 44, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 204.

⁹⁵ Vgl. *Barriga* (Fn. 43), S. 8. Zu ungenau auch *Scheffers* Vorschlag (Fn. 57), S. 404, 409, wonach effektive Kontrolle und Leitung nur „in whole or substantial part“ erforderlich sei.

⁹⁶ Siehe auch SWGCA, June 2004 Report, para. 49, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 205 („broad enough to encompass most influential leaders.“). Ähnlich *Heinsch*, GoJIL 2 (2010), 713 (723), der auf den Einfluss auf die Politik abstellt; *Schmalenbach*, JZ 2010, 745 (748 rechte Sp.). Die Reichweite der Verantwortlichkeit hängt natürlich von dem Verständnis von „business“ oder „religious leader“ ab; zu einer Definition jenes s. *Vest*, JICJ 8 (2010), 851 (852).

⁹⁷ Krit. beispielsweise *Glennon*, YJIL 35 (2010), 71 (99 f.).

⁹⁸ Vgl. *May* (Fn. 29 – Aggression), S. 153 ff., 165 ff., 185 ff. der überzeugend anhand der Fälle von Karl Dönitz und Erich Raeder (angeklagt vor dem IMG im Verfahren gegen die Hauptkriegsverbrecher), Ernst von Weizsäcker (Wilhelmstrassen-Prozess) und Alfred Krupp und Karl Krauch (Krupp/IG Farben-Fälle) nachweist, wie schwierig es ist, Personen abzuurteilen, die der Führungsriege zwar nahestehen, ihr jedoch nicht unmittelbar angehören.

⁹⁹ Tatsächlich folgt Art. 25 Abs. 3 dem österreichischen und schwedischen Modell funktioneller Einheitstäterschaft, indem er zumindest begrifflich zwischen den verschiedenen Beteiligungsformen bereits auf der Zurechnungsebene und nicht nur erst auf der Ebene der Strafzumessung unterscheidet, s. *Ambos*, in: Triffterer (Hrsg.), Commentary on the Rome Statute

scheidung der SWGCA, Art. 25 prinzipiell (im Sinne einer sog. „differenzierten“ Lösung) auf das Aggressionsverbrechen anzuwenden, vor allem aus systematischen Gründen, weil sie der generellen Anwendbarkeit des Allgemeinen Teils des IStGH-Statuts auf alle Verbrechen entspricht;¹⁰⁰ allerdings wird der Effekt dieser Lösung durch die Ausweitung der Führungsklausel auf Art. 25 Abs. 3 mittels Einfügung des Unterabsatzes 3^{bis101} auf praktisch Null reduziert, weil damit alle extranei von der Strafbarkeit ausgenommen werden. Eine uneingeschränkt „differenzierte“ Lösung würde bedeuten, dass extranei als „einfache“ Teilnehmer eines Aggressionsverbrechens verantwortlich sein könnten. Demnach müsste sich beispielsweise der Beamte, der den Plan für die Invasion erstellt, ohne zum unmittelbaren Führungszirkel zu gehören, wegen Beihilfe zum Verbrechen gemäß Art. 25 Abs. 3 lit. c, 8^{bis} verantworten.¹⁰² Der der angreifenden Armee angehörende Soldat könnte direkter Täter des Verbrechens nach Art. 25 Abs. 3 lit. a, 8^{bis} sein. Demgegenüber bewirkt Art. 25 Abs. 3^{bis} mit seiner Beschränkung der Anwendung der Beteiligungsformen des Art. 25 ausschließlich auf intranei eine umfassende Strafflosigkeit für extranei, jedenfalls soweit es um die Verantwortlichkeit für die Beteiligung an einem Aggressionsverbrechen geht.¹⁰³ War dies auch eine bewusste politische Entscheidung¹⁰⁴ (die in Verbindung mit der Entscheidung zugunsten der „differenzierten“ Lösung zu sehen

of the International Criminal Court, 2. Aufl. 2008, Art. 25 Rn. 2. Zu einem interessanten begrifflichen Vorschlag nun *Vest*, JICJ 8 (2010), 851 (856) mit Fn. 19: „differentiating model with uniform (unified) range of punishment“.

¹⁰⁰ Zu dem entsprechenden Disput zwischen den sog. „monistischen“ („monistic“) und „differenzierten“ („differentiated“) Ansätzen s. insb. SWGCA, June 2005 Report, Discussion paper 1, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 184 (S. 190). Siehe auch hinsichtlich der manchmal verwirrenden Diskussion SWGCA, June 2006 Report, paras. 84 ff. und Appendix III item 1, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 153 f., 161; SWGCA, January 2007 Report, paras. 6 ff., in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 131 f.; SWGCA, June 2007 Report, paras. 5 ff., in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 109 f.; SWGCA, December 2007 Report, paras. 6 ff., in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 100. Zu einer Zusammenfassung der Diskussion siehe *Barriga* (Fn. 43), S. 7; *Clark* (Fn. 10), S. 719; *Kemp* (Fn. 1), S. 212 ff.; *Weisbord*, HILJ 49 (2008), 161 (191 ff.).

¹⁰¹ Oben Fn. 15 und Haupttext.

¹⁰² Siehe auch *Barriga* (Fn. 43), S. 8 (Verantwortlichkeit des persönlichen Assistenten des Führers).

¹⁰³ Krit. auch *Drumbl* (Fn. 29), S. 314, nach dem die kombinierte Wirkung von Art. 8^{bis} Abs. 1 und Art. 25 Abs. 3^{bis} „bestows collective innocence on all involved in aggressive war below the levels of the state political and military elite“.

¹⁰⁴ Einige Delegierte wollten die Beteiligung am Aggressionsverbrechen weitestmöglich beschränken (siehe zum Beispiel SWGCA, June 2007 Report, para. 11, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 110, wo gesagt wird, dass eine vorbehaltlose Anwendung des Art. 25 Abs. 3 den Führungscharakter des Verbrechens untergraben („undermine“) könnte; siehe auch *Barriga* (Fn. 43), S. 7 f.

ist)¹⁰⁵, so ist die daraus folgende Konsequenz einer umfassenden Strafflosigkeit all jener, die nicht dem unmittelbaren Führungszirkel angehören, durchaus fragwürdig und wird gewiss eine Menge Kritik auslösen.

Überdies stellt sich die Frage, ob das Konzept eines Führungszirkels, das auf einem weberianischen, preußischen Organisationsmodell mit klarer Hierarchie und Befehlskette gründet¹⁰⁶ und in diesem Sinne ebenso staatszentriert ist wie das insoweit bereits oben kritisierte Konzept der Aggressionshandlung,¹⁰⁷ flexibel genug interpretiert werden kann, um auch moderne post-bürokratische Führungsstrukturen nicht-staatlicher Akteure (paramilitärische Milizen, Terroristen) zu erfassen.¹⁰⁸ Dies wäre wohl nur dann der Fall, wenn man das Kriterium der effektiven Kontrolle weit auslegen und in das Element der Leitung („[...] or to direct [...]“)¹⁰⁹ eine Art maßgeblichen Einfluss hineinlesen würden,¹⁰⁹ wobei natürlich auch insoweit wieder die Grenzen des Legalitätsprinzips zu beachten sind und vor allem auch der Wille der Verfasser, die Verantwortlichkeit durch das Führungserfordernis zu beschränken, nicht überspielt werden darf. Wie dem auch sei: Es führt kein Weg daran vorbei, dass die Beteiligungsformen des Art. 25 Abs. 3 nur auf Führungspersonen anwendbar

¹⁰⁵ Die Kombination der differenzierten Lösung mit der Übertragung des Führungserfordernisses auf Art. 25 Abs. 3 wurde bereits diskutiert beim SWGCA June 2004 Meeting, s. SWGCA, June 2004 Report, paras. 52 f., in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 205 f. Siehe auch SWGCA, June 2005 Report, para. 19 ff. und Discussion paper 1, sect. A. I. 2., in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 169 ff., 185.

¹⁰⁶ Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (Grundriß der Sozialökonomik, Abteilung III), 1922, S. 650 ff. = Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (Grundriß der Sozialökonomik, Abteilung III), 5. rev. Aufl. 1980, S. 551 ff. Zu diesen Ursprüngen Weisbord, *Duke J. of Comp. & Int'l L.* 20 (2009/2010), 1 (44 ff.), der das klassische Konzept der Führerschaft wie folgt beschreibt: „an individual holding high office or a high top position within a complex bureaucracy, exercising formal and effective control over the political or military action of a state“.

¹⁰⁷ Siehe oben Fn. 82 und Haupttext.

¹⁰⁸ Krit. Weisbord, *Duke J. of Comp. & Int'l L.* 20 (2009/2010), 1 (46 ff.), wonach das Nürnberger Führungskonzept „is not a sociologically accurate description of leadership within Al Qaeda and the vast number of aggressive organizations emerging today“ und das Konzept der effektiven Kontrolle „does not go far enough to capture the leaders of post-bureaucratic organizations“. Siehe auch *Drumbl* (Fn. 29), S. 316, der argumentiert, dass „the decentralized and fragmented groups that pose major security threats today do not proceed in the highly organized and hierarchical lines of the Wehrmacht or Imperial Army and, accordingly, an absolute leadership requirement may not square so cleanly with fighters whose call to arms is not animated by a strict sense of national obligation but, rather, in some cases by a more independent assertion of agency“.

¹⁰⁹ Siehe Weisbord, *Duke J. of Comp. & Int'l L.* 20 (2009/2010), 1 (47 ff.).

sind,¹¹⁰ d.h., es geht um ihre Verantwortlichkeit als unmittelbare, mittelbare oder Mittäter (lit. a)¹¹¹ für das Anordnen oder Veranlassen (beide lit. b) oder für jede Form der Beihilfe (lit. c). Demgegenüber erscheint eine Verantwortlichkeit für einen Beitrag zu einem Aggressionsverbrechen durch eine Führungsgruppe (lit. d) nicht von praktischer Relevanz, weil ja eine Führungsperson regelmäßig der kriminellen Gruppe, die derartige Verbrechen begeht, angehört wird. Die Versuchsverantwortlichkeit (lit. f) besitzt ebenfalls nur geringe praktische Bedeutung. Schließlich ist eine Vorgesetztenverantwortlichkeit (superior responsibility) i.S.v. Art. 28, welche durchaus in der SWGCA diskutiert wurde,¹¹² logisch unmöglich, weil sie auf einer Begehung der „Grundverbrechen“ durch Untergebene beruht; diese können aber gerade wegen des Führungserfordernisses nicht Täter (und auch nicht einmal Teilnehmer) einer Aggression sein.¹¹³

d) Die Tathandlungen und die Kriminalisierung vorbereitender Handlungen

Hinsichtlich der relevanten Tathandlungen übernimmt Art. 8^{bis} Abs. 1 die Nürnberger Vorgaben, lediglich die letzte Tathandlung wird mit „Ausführung“ („execution“) statt „Führen eines Kriegs“ („waging of a war“) umschrieben.¹¹⁴ Somit haben die Verfasser der historischen Kontinuität¹¹⁵ erneut den Vorrang vor der Erneuerung gegeben. In der Sache ist die Kriminalisierung eindeutiger Vorbereitungsakte („planning“, „preparation“) und die damit einhergehende Vorverlagerung des Strafrechts nicht nur aus den wohlbe-

¹¹⁰ Siehe auch SWGCA, June 2004 Report, para. 52, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 205; SWGCA, June 2005 Report, paras. 19 ff., in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 169 ff.; SWGCA, January 2007 Report, para. 6, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 132; SWGCA, June 2007 Report, paras. 6 ff., in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 110; SWGCA, December 2007 Report, para. 9, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 100; SWGCA, June 2008 Report, para. 62, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 87; SWGCA, February 2009 Report, para. 25, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 54.

¹¹¹ Trivial insoweit die Feststellung der SWGCA, dass „more than one person may be in a leadership position“, siehe SWGCA, June 2009 Report, para. 15 und Appendix II No. 15, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 25, 40; siehe auch die entsprechende Fußnote zu den Elements (Fn. 21).

¹¹² Siehe SWGCA, June 2004 Report, para. 54, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 206; SWGCA, June 2005 Report, paras. 47 ff., in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 173; SWGCA, June 2007 Report, para. 13, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 111; SWGCA, June 2008 Report, paras. 63 ff., in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 87.

¹¹³ Siehe auch Weisbord, *Duke J. of Comp. & Int'l L.* 20 (2009/2010), 1 (57): „nonsensical“; Clark (Fn. 10), S. 720 f.

¹¹⁴ Eine detaillierte Analyse der konzeptionellen Wurzeln und Probleme der Tathandlungen liefert Weisbord, *Duke J. of Comp. & Int'l L.* 20 (2009/2010), 1 (49 ff.).

¹¹⁵ S. SWGCA, November 2008 Report, para. 29, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 76 („mainly for historical reasons“); siehe auch SWGCA, December 2007 Report, para. 8, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 100.

kannten prinzipiellen Gründen problematisch,¹¹⁶ sondern auch im Hinblick auf den aktuellen Stand des Völker-(gewohnheits-)rechts. Denn dieses unterstützt die Kriminalisierung der Vorbereitung einer Aggression allenfalls, wenn bereits Kampfhandlungen eingeleitet worden sind.¹¹⁷ Daher erfordert die Kriminalisierung von „planning“ und „preparation“, dass die kollektive Aggressionshandlung zumindest eingeleitet („initiated“) wurde, also jedenfalls das Versuchsstadium erreicht hat. Auch verlangt Art. 8^{bis} Abs. 1 hinsichtlich der kollektiven Handlung wohl mehr als einen bloßen Versuch oder eine Bedrohung, denn die Vorschrift bezieht sich auf die tatsächliche „Aggressionshandlung“ unter Außerachtlassung aller Vorbereitungshandlungen, insbesondere der bloßen Androhung der Tatbegehung.¹¹⁸ Dies bestätigen die elements, denn sie verlangen, dass die Aggressionshandlung begangen („committed“) worden sein muss.¹¹⁹

¹¹⁶ Schadensprinzip (harm principle) und Rechtsgutslehre fordern eine tatsächliche Schadensverursachung/Verletzung eines geschützten Rechtsgutes zur Rechtfertigung strafrechtlicher Intervention, vorbereitendes Verhalten schafft jedoch allenfalls bestimmte Risiken oder Gefahren für Rechtsgüter. Vgl. statt vieler jüngst *Puschke*, in: Hefendehl (Hrsg.), *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?*, 2010, S. 9 (S. 23 f.), der mit Blick auf die potentielle Rechtsgutsverletzung eine strikte Beschränkung der Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen fordert; s. auch *Alexander/Kessler Ferzan*, *Crime and Culpability, A Theory of Criminal Law*, 2009, S. 289 f., die die Überkriminalisierung kritisieren, also die Bestrafung von „conduct that does not risk harm to any interest the criminal law might wish to protect“ in der Gestalt einer zu frühen Intervention des Strafrechts („only [...] attenuated connection to legally protected interests“) oder seiner „overinclusiveness“. Zu einem dualistischen Ansatz in diesem Sinne siehe die jüngste Resolution des XVIII AIDP International Congress of Penal Law (Istanbul, 20.-27.9.2009), die strenge Voraussetzungen für die Bestrafung vorbereitender Delikte und autonomer Teilnahmetaten fordert, abgedruckt in *ZStW* 122 (2010), 474; s. dazu *Müller*, *ZStW* 122 (2010), 453. Zur allgemeinen Kritik an der „overcriminalization“ *Husak*, *Overcriminalization*, 2008, der interne und externe Beschränkungen fordert (S. 55 ff., 120 ff.) und argumentiert, dass Delikte zur Risikovorbeugung unter bestimmten Umständen akzeptabel seien, weil das Strafrecht auch zur Verminderung eines Schadensrisikos („risk of harm“) herangezogen werden könnte (S. 159 f.).

¹¹⁷ Vgl. *Werle* (Fn. 1), Rn. 1312; siehe auch *Ambos* (Fn. 36), S. 675 mit Hinweisen in Fn. 27.

¹¹⁸ Die Einbeziehung eines „threat“ einer Aggression wurde zunächst in Verbindung mit Versuch diskutiert (s. *SWGCA*, June 2005 Report, para. 39, in: *Barriga u.a.* [Fn. 5], S. 172; June 2006 Report, paras. 47 ff., in: *Barriga u.a.* [Fn. 5], S. 147), wurde aber schließlich fallen gelassen (*Clark*, *EJIL* 20 [2009] 1103 [1109]). Siehe auch *Murphy*, *EJIL* 20 (2009), 1147 (1150, 1152; krit.); *Wilmshurst* (Fn. 1), S. 320; zu den verschiedenen Formen der Drohung *May* (Fn. 29 – Aggression), S. 14.

¹¹⁹ Element 3, RC/Res. 6 (Fn. 14), Annex II, S. 5.

Wenn dies zutreffend ist, kann eine der in Art. 8^{bis} Abs. 1 enthaltenen individuellen Tathandlungen nur strafrechtlich relevant werden, wenn eine qualifizierte (kollektive) Aggressionshandlung i.S.v. Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 bereits stattgefunden hat. Erscheint diese Auslegung mit Blick auf die generell restriktive Tendenz von Art. 8^{bis} Abs. 1 sinnvoll, so bleibt doch das Problem, dass die ersten drei Tathandlungen („planning“, „preparation“, „initiation“) sich auf Verwirklichungsstufen im Bereich des Versuchs („initiation“) und der Vorbereitung („planning“, „preparation“) beziehen.¹²⁰ Wie aber kann dies mit der allgemeinen Kriminalisierung des (individuellen) Versuchs gemäß Art. 25 Abs. 3 lit. f, der aufgrund der differenzierten Lösung¹²¹ auch auf Führungspersonen anzuwenden ist (Art. 25 Abs. 3^{bis}), in Einklang gebracht werden? Die Antwort hängt von der genauen Bedeutung dieser drei Tathandlungen mit Blick auf den Versuch i.S.v. Art. 25 Abs. 3 lit. f ab. Wenn man davon ausgeht, dass dieser – „action that commences its execution by means of a substantial step“ – sich auf die Initiierungsphase („initiation“) des tatbestandlichen Aggressionsverhaltens bezieht, während „planning“ und „preparation“ ähnlich einer Verschwörung zu einer früheren, dem Versuch vorausgehenden Phase gehören,¹²² würden nur diese ein Verhalten pönalisieren, das nicht bereits von Art. 25 Abs. 3 lit. f erfasst ist, so dass die separate Erfassung der „initiation“ in Art. 8^{bis} Abs. 1 überflüssig wäre. Dessen ungeachtet führt die Möglichkeit eines Versuches des Aggressionsverbrechens, die nun einmal aus Art. 8^{bis} Abs. 1, 25 Abs. 3 lit. f folgt, dazu, dass versuchte Vorbereitungshandlungen („planning“, „preparation“) und der Versuch des Versuchs kriminalisiert werden („initiation“). Der Sinn einer solchen Überkriminalisierung bleibt im Dunkeln.

Überhaupt stellt sich aus einer prinzipiellen und kriminalpolitischen Perspektive die Frage, ob die durch das neue Völkerstrafrecht der Aggression herbeigeführte Vorverlagerung der Strafbarkeit irgendeinen Sinn macht. Ich habe insofern ernsthafte Zweifel.¹²³ Zunächst ist eine solch prinzipienlose Erweiterung der Strafbarkeit, zumindest hinsichtlich der bloß vorbereitenden Handlungen, aus den genannten prinzipiellen Erwägungen eben nur schwierig zu rechtfertigen (auch wenn eine Aggressionshandlung bereits stattgefunden haben muss).¹²⁴ Wichtiger aber ist, dass eine derartige Überkriminalisierung keine spürbare praktische Wirkung haben wird. In der *SWGCA* selbst wurde darauf hingewiesen, dass

¹²⁰ Zur schwierigen Unterscheidung zwischen Planung und Vorbereitung in der *Rspr.* *Wilmshurst* (Fn. 1), S. 320.

¹²¹ Oben Fn. 100 und Haupttext.

¹²² Die Debatte in der *SWGCA* über die Beziehung zwischen Versuch und Vorbereitungshandlungen lässt auf einige Verwirrung schließen, s. z.B. *SWGCA*, June 2006 Report, paras. 45 f., in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 147.

¹²³ Für eine „criminalization of the early stages of preparation“, *Cassese* (Fn. 25), S. 161.

¹²⁴ Oben Fn. 116 und Haupttext. Krit. auch *Glennon*, *YJIL* 35 (2010), 71 (98 f.), der argumentiert, dass eine Verantwortlichkeit für „planning“ und „preparation“ deutlich zu weit geht.

der Versuch nur eine geringe praktische Rolle spielt¹²⁵ und dies erst recht für bloß vorbereitende Handlungen gilt. Dies wird durch den empirischen Befund bestätigt, dass der Versuch als eine eigenständige Form der Verantwortlichkeit in völkerstrafrechtlichen Prozessen nie eine Rolle gespielt hat¹²⁶ und nur in den Vorbereitungshandlungen der Nürnberger und Tokioer „crimes against peace“ implizit anerkannt, aber auch insoweit gerichtlich nur als Verschwörung – die Art. 8^{bis} gar nicht vorsieht!¹²⁷ – relevant wurde.¹²⁸ Staatsanwälte und Gerichte greifen denn auch gewöhnlich nur dann auf Vorbereitungshandlungen zurück, wenn die eigentliche Haupttat nicht zur Ausführung oder Vollendung gelangt ist, nicht zuletzt auch wegen der Schwierigkeiten, irgendetwas vor der tatsächlichen Ausführung zu beweisen.¹²⁹ Wenn nun zwar Vorbereitungshandlungen im Falle einer Aggression denkbar erscheinen,¹³⁰ so ist es doch nicht sehr wahrscheinlich, dass es deshalb jemals zu einem Verfahren vor dem IStGH kommt, zeichnet sich doch das Aggressionsverbrechen sowohl in seiner materiellrechtlichen Ausformung als auch bezüglich der Voraussetzungen der Gerichtsbarkeit durch eine restriktive Gesamttendenz aus.

e) Subjektive Voraussetzungen („mental element“)

Insoweit hat die SWGCA schon früh für die Anwendung der allgemeinen Regel des Art. 30 plädiert und daher jegliche Bezugnahme auf die subjektive Seite in der Verbrechendefinition, sogar bezüglich eines speziellen animus aggressivus,¹³¹ für überflüssig gehalten.¹³² Somit hängen die subjektiven

Anforderungen von der Qualifizierung des jeweiligen objektiven Tatbestandsmerkmals als „Verhalten“, „Folge“ oder „Umstand“ („conduct“, „consequence“, „circumstance“) i.S.v. Art. 30 Abs. 2 lit. a und b und Abs. 3 ab.¹³³ Demnach stellt beispielsweise das Führungserfordernis einen Umstand i.S.v. Art. 30 Abs. 3 dar, sodass der Täter das Bewusstsein hinsichtlich seiner tatsächlichen Position effektiver Kontrolle und Lenkung besitzen muss.¹³⁴ Wie bei den anderen internationalen Verbrechen¹³⁵ stellt die subjektive Tatseite auch bei der Aggression das Bindeglied zwischen dem objektiven Tatbestand und der (kollektiven) Gesamttat, d.h. dem aggressiven Staatshandeln, dar.¹³⁶ Daher muss sich die jeweilige Führungsperson der staatlichen Aggressionshandlung und ihres verbrecherischen Charakters bewusst sein.¹³⁷

Dieses Bewusstsein bezieht sich jedoch alleine auf die tatsächlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit, es bedarf – ebenso wie bei anderen Verbrechen des IStGH-Statuts¹³⁸ – keiner Rechtskenntnisse, also keines Wissens um die rechtlichen Bedingungen, die eine bestimmte Gewaltanwendung zu einer unrechtmäßigen Aggressionshandlung oder sogar zu einem Aggressionsverbrechen machen.¹³⁹ Bewusstsein verlangt tatsächliches Wissen; „konstruktives Wissen“ oder gar eine grobe Fahrlässigkeit in der Form der „recklessness“ sind

¹²⁵ SWGCA, June 2007 Report, para. 13, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 111; SWGCA, June 2005 Report, Discussion paper 1, sect. B. II. 1 b), in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 191 („rather theoretical in nature“, allerdings mit zwei Beispielen, s.u. Fn. 130). Siehe auch Clark, EJIL 20 (2009), 1103 (1109: „bizarre case“).

¹²⁶ Vgl. Ambos (Fn. 25), § 7 Rn. 71.

¹²⁷ Siehe Clark, EJIL 20 (2009), 1103 (1109); krit. zur Verschwörung May (Fn. 29 – Aggression), S. 198 ff., 254 ff.; dafür Cassese (Fn. 25), S. 161.

¹²⁸ Vgl. Ambos (Fn. 40), S. 101 f. (Nürnberg), S. 136 ff. (Tokyo).

¹²⁹ S. auch Weisbord, HILJ 49 (2008), 161 (190), der auf die Probleme beim Beweis einer versuchten Aggression hinweist.

¹³⁰ S. SWGCA, June 2005 Report, Discussion paper 1, sect. B. II. 1 b), in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 191 (wo eingeräumt wird, dass „cases of attempt remain rather theoretical in nature“, aber das Beispiel eines hochrangigen Staatsbeamten gegeben wird, der an der Vorbereitung einer kollektiven Aggressionshandlung mitwirkt, dann aber von der tatsächlichen Entscheidungsfindung ausgeschlossen wird; und das Beispiel eines hochrangigen Militärs in Führungsposition, der sich anschickte einen wichtigen Befehl im Zuge einer staatlichen Gewaltanwendung zu erlassen, dann aber daran gehindert wird, seine Befehlshandlung zu vollenden); s. auch SWGCA, Discussion paper 3, Nr. 6, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 197 (Versuch „conceivable“).

¹³¹ Siehe oben Fn. 46 ff. und Haupttext.

¹³² SWGCA, June 2004 Report, paras. 55, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 206; SWGCA, June 2005 Report, para. 51, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 174; SWGCA, June 2009 Report, para. 13, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 25. Siehe auch Clark, EJIL 20 (2009), 1103 (1109); Solera (Fn. 1), S. 420 f. Allgemein zur Bedeutung der subjektiven Tatseite bei der Aggression May (Fn. 29 – Aggression), S. 180 f., 184, 198 ff., 202, 250 ff., 267.

¹³³ Siehe auch SWGCA, June 2009 Report, Appendix II Nrn. 9-10, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 39.

¹³⁴ SWGCA, June 2009 Report, para. 14 und Appendix II Nr. 14, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 25, 40.

¹³⁵ Vgl. Ambos, in: Vohrah u.a. (Hrsg.), Man's Inhumanity to Man, Essays in Honour of Antonio Cassese, 2003, S. 11 (S. 17 f., 26 f., 32 ff).

¹³⁶ Siehe auch May (Fn. 29 – Aggression), S. 234 ff., 238 f., der die Staatsaggression als einen überspannenden („overarching“) Umstand betrachtet (i.S.d. Konzepts einer „contextual circumstance“, das in den IStGH-Verhandlungen diskutiert wurde).

¹³⁷ Siehe Elements 4 und 6, in: RC/Res. 6 (Fn. 14), Annex II, S. 5.

¹³⁸ Siehe Elements of Crimes, 2.11.2000, PCNICC/2000/1/Add. 2, General Introduction Nr. 4 und die speziellen Elements zu den Verbrechen (siehe insofern Ambos [Fn. 135], S. 15 f.). Die allgemeine Einführung findet auch auf die elements zur Aggression Anwendung, siehe June 2009 SWGCA Report, para. 8, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 24.

¹³⁹ Elements in RC/Res. 6 (Fn. 14), Annex II, S. 5, Introduction Nr. 2 und 4 und Elements 4 und 6. Siehe auch SWGCA, June 2009 Report, para. 17 und Appendix II Nrn. 6, 19, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 26, 38, 41.

nicht ausreichend.¹⁴⁰ So ist beispielsweise bezüglich der Gewaltanwendung erforderlich, dass „the perpetrator knew of facts establishing the inconsistency of the use of force with the Charter of the United Nations“¹⁴¹. Die Beschränkung auf Tatsachen- unter Ausschluss von Rechtskenntnis führt dazu, dass grundsätzlich nur ein Tat-(sachen-)irrtum (Art. 32 Abs. 1) beachtlich, ein Rechtsirrtum (Art. 32 Abs. 2) aber unbeachtlich ist,¹⁴² sofern er nicht (auch) das erforderliche subjektive Tatbestandsmerkmal aufhebt (Art. 32 Abs. 2 S. 2). Dies könnte der Fall sein, wenn der Irrtum sich auf normative Tatbestandsmerkmale bezieht, hier also auf das Merkmal „manifest“ oder die „use of force“.¹⁴³

3. Die Ausübung der Gerichtsbarkeit

a) Die Überweisungsverfahren („trigger procedures“) und die Rolle des Sicherheitsrates

Im Hinblick auf die primäre, freilich nicht alleinige Befugnis des Sicherheitsrates zur Feststellung einer Aggressionshandlung (Art. 24, 39 UNS)¹⁴⁴ und den Verhandlungsoptionen in Kampala, insbesondere der Möglichkeit einer alleinigen Überweisungsbefugnis des Sicherheitsrates, kann man das Endergebnis insofern als Erfolg bewerten, als die Autonomie des Gerichtshofes gegenüber dem Sicherheitsrat gewahrt

wurde. Dazu war es zunächst nötig, die Verbrechendefinition (Art. 8^{bis}) von den Bedingungen der Ausübung der Gerichtsbarkeit (Art. 15^{bis}, 15^{ter}) abzukoppeln.¹⁴⁵ Wäre dies nicht gelungen, hätte der Sicherheitsrat die Befugnis besessen, die Gerichtsbarkeit über die Definition festzulegen, und dies hätte zu einer inakzeptablen Politisierung und Untergrabung der Autorität des Gerichtshofes geführt.¹⁴⁶ Natürlich kann der Sicherheitsrat wegen Art. 24 UNS nicht daran gehindert werden, eine Aggressionshandlung festzustellen (Art. 15^{bis} Abs. 6-8), doch bindet eine derartige Feststellung eines externen Organs („organ outside the Court“) den Gerichtshof nicht („without prejudice to the Court’s own findings“, Art. 15^{bis} Abs. 9, 15^{ter} Abs. 4) und, was noch wichtiger ist, stellt keine Bedingung der Ausübung der Gerichtsbarkeit dar, denn alle „normalen“ Überweisungsmechanismen (Art. 13) finden Anwendung (Art. 15^{bis} Abs. 1, 15^{ter} Abs. 1);¹⁴⁷ der Sicherheitsrat fungiert also lediglich als eine Art „Gerichtsbarkeitsfilter“ („jurisdictional filter“).¹⁴⁸ Somit ist nicht nur die Unabhängigkeit des Gerichtshofes sichergestellt¹⁴⁹ und dieser bleibt „master of its own decisions“¹⁵⁰, auch die proprio motu-Befugnis des Anklägers (Art. 15)

¹⁴⁰ SWGCA, June 2009 Report, para. 19, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 26; weniger deutlich SWGCA, June 2009 Report, Appendix II Nr. 22, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 41.

¹⁴¹ SWGCA, June 2009 Report, Appendix II Nr. 20, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 41.

¹⁴² Siehe auch SWGCA, June 2009 Report, Appendix II Nr. 21, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 41.

¹⁴³ Vgl. Ambos (Fn. 40), S. 811 ff.; siehe auch Clark (Fn. 10), S. 716 f. Für ein Vorliegen „[P]resumably [...] in certain circumstances“ auch Wilmschurst (Fn. 1), S. 328.

¹⁴⁴ Für eine ausführliche Analyse s. McDougall, ICLR 7 (2007) 277 (281 ff.), die zu dem Ergebnis kommt, „that granting the ICC the jurisdiction to determine independently the existence or occurrence of an act of aggression for the purpose of assessing the State act element of the crime of aggression would not contravene the Charter“ (McDougall, ICLR 7 [2007] 277 [307]). Siehe auch Schaeffer, ICLR 9 (2009), 411 (414), der zu Recht argumentiert, dass „[T]he only exclusivity for the Security Council lies with its power to make binding enforcement measures under Chapter VII“. Zum gleichen Ergebnis kommen Blokker/Kreß, LJIL 24 (2011) [erscheint demnächst]: „rejection of a Security Council monopoly [...] is beyond serious argument“; Reddi, ICLR 8 (2008), 655 (663 f.); Clark, GoJIL 2 (2010), 689 (699 f.); Reisinger-Coracini, GoJIL 2 (2010), 745 (783); Wilmschurst (Fn. 1), S. 329 f.; Gomaa (Fn. 25), S. 75; Saeid Mirzaee Yengejeh, in: Politi/Nesi (Fn. 9), S. 125 (S. 127 ff.; gute Erörterung); Escarameia, in: Politi/Nesi (Fn. 9), S. 133 (S. 139 ff.); dagegen Meron, Suffolk Transnational Law Review 13 (2001), 1 (14) und Glennon, YJIL 35 (2010), 71 (104 ff., 107 f.) die beide, wenn auch mit hauptsächlich politischen Gründen, für eine ausschließliche (uneingeschränkte) Kompetenz des Sicherheitsrates plädieren.

¹⁴⁵ Clark, EJIL 20 (2009), 1103 (1113); Clark, GoJIL 2 (2010), 689 (700). Damit hat die SWGCA die frühere Position der PrepCommis Arbeitsgruppe überwunden (s. Diskussionsdokument Coordinator [Fn. 45], Section I).

¹⁴⁶ Dies ist die allgemeine Ansicht der Literatur, die zudem unabhängig von der grundsätzlichen Position zum Verbrechen der Aggression vertreten wird; siehe einerseits Paulus, EJIL 20 (2009), 1117 (1124 ff.) und andererseits Kreß, EJIL 20 (2009), 1129 (1143 f.); Clark, GoJIL 2 (2010), 689 (700). Siehe auch Werle (Fn. 1), Rn. 1320; May (Fn. 29 – Aggression), S. 227; Reddi, ICLR 8 (2008), 655 (665 ff.). Siehe ferner Gaja, in Politi/Nesi (Fn. 9), S. 121 (S. 124), wonach die alleinige Abhängigkeit von einer Feststellung des Sicherheitsrates der Aggressionsvorschrift „almost all its meaning“ nehmen würde. McDougall (Fn. 144), S. 307 ff. diskutiert die strategischen Argumente für und gegen eine Überweisung durch den Sicherheitsrat. Krit. zum geltend gemachten Politisierungsargument und gegen jegliche autonome Feststellung durch den IstGH Lehto, in: Politi/Nesi (Fn. 9), S. 145 ff.

¹⁴⁷ Barriga (Fn. 43), S. 12; SWGCA, June 2009 Report, para. 30, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 29. Natürlich beziehen sich die Überweisungsmechanismen auf ein Verbrechen und nicht auf eine bloße Aggressionshandlung (vgl. Art. 15^{bis} und 15^{ter} Abs. 1). Folglich werden, entgegen der Behauptung Schaeffers (Fn. 56), die entsprechenden Situationen von Aggressionsverbrechen, nicht von bloßen Aggressionshandlungen überwiesen. Die von ihm diskutierten Probleme können deshalb nicht entstehen. Abgesehen davon ist das Schwellenerfordernis keine Besonderheit des Aggressionsverbrechens, sondern existiert auch in den anderen internationalen Verbrechen in Form der Kontext-Elemente.

¹⁴⁸ Barriga (Fn. 43), S. 12; SWGCA, June 2009 Report, para. 30, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 29.

¹⁴⁹ Reisinger Coracini, GoJIL 2 (2010), 745 (787).

¹⁵⁰ Clark, GoJIL 2 (2010), 689 (703); ähnlich Reisinger Coracini, GoJIL 2 (2010), 745 (749).

wurde aufrecht erhalten und sogar verstärkt, weil er nunmehr sogar beim Untätigbleiben des Sicherheitsrats nach sechs Monaten dem Verfahren seinen Fortgang geben kann, sofern die Vorverfahrenskammer ihn dazu ermächtigt („provided that the Pre-Trial Division authorizes the commencement of an investigation“, Art. 15^{bis} Abs. 8). Damit obliegt die Kontrolle des Anklägers, wie auch sonst (Art. 15, 53), alleine der Vorverfahrensabteilung, verbleibt also beim Gerichtshof. Art. 15^{bis} Abs. 8 sieht lediglich einen „verstärkten“ internen Filter („enhanced internal filter“)¹⁵¹ vor, indem nunmehr eben der Vorverfahrensabteilung (Pre-Trial Division) anstelle einer bloßen Vorverfahrenskammer (Pre-Trial Chamber, siehe Art. 15 Abs. 3) die Kontrolle obliegt, also einer Mehrheit der sechs Mitglieder dieser Abteilung (Art. 39 Abs. 1).¹⁵² Natürlich verbleibt dem Sicherheitsrat die Befugnis, gemäß Art. 16 laufende Ermittlungen auszusetzen, doch handelt es sich hierbei um keine Neuerung¹⁵³ und um eine ohnehin bisher kaum zur Anwendung gekommene Vorschrift.¹⁵⁴ Es ist allerdings nicht vollkommen klar, was geschehen wird, wenn der Sicherheitsrat eine negative Feststellung trifft, also eine bestimmte Situation nicht als Aggression qualifiziert. Art. 15^{bis} regelt den Fall nicht ausdrücklich, weil er nur von einer Feststellung („determination“, Abs. 6-9) spricht und sich dabei offensichtlich auf eine positive Feststellung bezieht (dies folgt aus Abs. 6 [„determination of an act of aggression committed“], der die Grundlage der Abs. 7 und 8 bildet [„such (a) determination“]).¹⁵⁵ Infolgedessen muss eine negative Feststellung wie eine Nichtfeststellung i.S.v. Abs. 8 behandelt werden und das dort vorgesehene Verfahren findet Anwendung. In einer derartigen Situation ist es gut vorstellbar, dass der Ankläger und/oder die Vorverfahrensabteilung die negative Feststellung als ein entscheidendes Argument gegen die Fortführung eines Verfahrens betrachten, aber formalrechtlich sind sie dazu nicht verpflichtet (s. Abs. 9: „without prejudice to the Court’s own findings“).¹⁵⁶

¹⁵¹ *Reisinger Coracini*, GoJIL 2 (2010), 745 (783) mit Hinweisen in Fn. 166. Laut *Blokker/Kreß*, LJIL 24 (2011) [erscheint demnächst] vervollständigt dieses „specific institutional device“ die materiellrechtliche Schwellenklausel.

¹⁵² *Kaul*, GoJIL 2 (2010), 649 (665) sieht hier eine Herausforderung für die Organisation des Gerichtshofes; krit. bezüglich des Quorums etc. auch *Reisinger Coracini*, GoJIL 2 (2010), 745 (783 f.).

¹⁵³ Und der auch von alternativen (akademischen) Vorschlägen berücksichtigt wurde, siehe z.B. *McDougall* (Fn. 144), S. 328, 331.

¹⁵⁴ Jedoch nur, um Nichtvertragsstaaten aus der Gerichtsbarkeit des IStGH auszuschließen, siehe Res. 1422 (2002), 1487 (2003) und 1479 (2003); siehe auch *Schmalenbach*, JZ 2010, 745 (751 rechte Sp.).

¹⁵⁵ Mit gleichem Ergebnis *Scheffer*, LJIL 24 (2011), erscheint demnächst.

¹⁵⁶ Krit. *Scheffer*, LJIL 24 (2011) [erscheint demnächst] („yawning gap“), aber sein eigener Vorschlag (*Scheffer*, Case W. Res. J. Int’l L. 41 [2009], 397) befasst sich ebenfalls nicht mit der negativen Feststellung.

Alles in allem trägt der endgültige Kompromiss den widerstreitenden Sichtweisen angemessen Rechnung,¹⁵⁷ nämlich einerseits derjenigen, die nicht auf eine Überweisungskompetenz des Sicherheitsrates verzichten wollte (insbesondere dessen ständigen Mitglieder), und derjenigen, die vor allem die Integrität und Autonomie des Gerichtshofes auf Grundlage der bestehenden Verfahrensregelungen wahren wollte. So wurde das realistische (und zugleich unerwartete)¹⁵⁸ Maximum hinsichtlich der Wahrung der Unabhängigkeit des Gerichtshofes erreicht¹⁵⁹ und zugleich den Bedenken derjenigen Rechnung getragen, die eine (weitere) Politisierung des Gerichtshofes durch eine zu starke Beteiligung des Sicherheitsrates fürchteten.¹⁶⁰

b) Bedingungen der Ausübung der Gerichtsbarkeit und Beschränkungen (Art. 15^{bis} Abs. 4 und 5)

Das Zusammenspiel der Absätze 2 und 3 (Art. 15^{bis} und 15^{ter}) macht die Gerichtsbarkeit des IStGH von zwei kumulativen¹⁶¹ Mechanismen abhängig, deren tatsächliche Wirkung in inhaltlicher und zeitlicher Sicht schwer vorhersehbar ist. Klar

¹⁵⁷ *Kaul*, GoJIL 2 (2010), 649 (664).

¹⁵⁸ Siehe *Reisinger Coracini*, GoJIL 2 (2010), 745 (787), wonach die erreichte Begrenzung der Befugnisse des Sicherheitsrates und die Beibehaltung der Unabhängigkeit des Gerichtshofes „clearly exceeds the expectations“; in diesem Sinne für eine qualifizierte Rolle des Sicherheitsrates bereits *Kemp* (Fn. 1), S. 236, 254.

¹⁵⁹ Vgl. z.B. den Vorschlag von *McDougall* (Fn. 144), S. 328 ff., welcher zu Recht anmerkt, dass „realpolitik may prevent the adoption or successful operation of any model that allows for ICC determination independent of any special role for the Council“. Ähnlich hebt *Schaeffer*, ICLR 9 (2009), 411 (419 ff.) das Erfordernis eines Kompromisses hervor und räumt dem Sicherheitsrat ein Vetorecht ein, das nur von der Generalversammlung aufgehoben werden kann (siehe seinen Vorschlag: *Schaeffer*, ICLR 9 [2009], 411 [421 f.]). Laut *Schmalenbach*, JZ 2010, 745 (749 rechte Sp.) kam die Verabschiedung von Art. 15^{bis} durch Konsens „für viele überraschend“.

¹⁶⁰ Siehe z.B. *Paulus*, EJIL 20 (2009), 1117 (1124 ff.), der vor einer Abhängigkeit vom Sicherheitsrat und einer weiteren Politisierung warnt.

¹⁶¹ Zu den Understandings siehe (Fn. 17) und Haupttext. Understandings 1 und 3 lauten:

„1. It is understood that the Court may exercise jurisdiction on the basis of a Security Council referral in accordance with article 13, paragraph (b), of the Statute only with respect to crimes of aggression committed after a decision in accordance with article 15^{ter}, paragraph 3, is taken, and one year after the ratification or acceptance of the amendments by thirty States Parties, whichever is later. [...]

3. It is understood that in case of article 13, paragraph (a) or (c), the Court may exercise its jurisdiction only with respect to crimes of aggression committed after a decision in accordance with article 15^{bis}, paragraph 3, is taken, and one year after the ratification or acceptance of the amendments by thirty States Parties, whichever is later.“

ist zunächst, dass der Gerichtshof seine Gerichtsbarkeit nicht vor dem 1.1.2017 ausüben können, also nicht bevor nicht die „Mehrheit der Vertragsstaaten“ (d.h. Zweidrittel, dazu sogleich)¹⁶² die nach Abs. 3 erforderliche Entscheidung getroffen hat, selbst wenn die nach Abs. 2 erforderlichen 30 Vertragsstaaten die Änderung bis zum 31.12.2015¹⁶³ angenommen haben, also ein Jahr vor dem in Abs. 3 vorgesehenen Zeitpunkt.¹⁶⁴ Es ist allerdings sehr viel wahrscheinlicher, dass die Ausübung der Gerichtsbarkeit sich weit über den 1.1.2017 hinaus verzögern wird, entweder weil die nach Abs. 3 notwendige Entscheidung Monate oder Jahre später ergeht – Abs. 3 spricht nur von einer Entscheidung, die nach („after“) dem genannten Datum getroffen werden soll – oder weil bis zu diesem Datum nicht mindestens 30 Vertragsstaaten die Änderung angenommen haben.¹⁶⁵ Noch schlimmer könnte es aus Sicht der Befürworter eines Aggressionsverbrechens kommen, wenn die Mehrheit der Vertragsstaaten die in Abs. 3 vorgesehene Entscheidung überhaupt nicht trifft – ein zwar angesichts der derzeitigen Dynamik kein sehr wahrscheinliches Szenario,¹⁶⁶ aber eines, bei dem sich der Kampala-Kompromiss endgültig als bloßer Papiertiger erweisen würde. Aus praktischer Sicht wird die ASP entweder eine neue Überprüfungskonferenz im Jahre 2017 einberufen, sobald die erforderlichen 30 Ratifizierungen wirksam geworden sind (sofern dies erst nach 2017 der Fall ist), oder aber die Annahmeentscheidung selbst treffen.¹⁶⁷ Eine andere Frage ist, ob der Gerichtshof seine Gerichtsbarkeit auch über ein Aggressionsverbrechen ausüben kann, das vor einer Entscheidung nach Abs. 3 begangen wurde, aber nach der Ratifizierung der 30ten Ratifikationsurkunde gemäß Abs. 2. Dies ist zwar mit den *understandings* 1 und 3¹⁶⁸ nicht zu vereinbaren, weil diese eine kumulative Erfüllung der Abs. 2 und 3 verlangen, allerdings ist die Rechtsnatur der *understandings* strittig.¹⁶⁹

Vor diesem Hintergrund scheint es von untergeordneter Bedeutung, aufgrund welcher Vertragsänderungsvorschriften

(Art. 121 ff.) die in Rede stehenden Entscheidungen getroffen werden müssen. Tatsächlich wurde diese eher technische Frage bisher in der akademischen Diskussion weitgehend vernachlässigt. Ausgangspunkt ist Art. 5 Abs. 2¹⁷⁰, welcher sich, in einer allerdings nicht unmissverständlichen Ausdrucksweise,¹⁷¹ auf Art. 121 und 123 bezieht, wobei Art. 121 die für Vertragsänderungen relevante Vorschrift darstellt. Gemäß Art. 121 Abs. 3 kann eine Vertragsänderung von der ASP oder einer Überprüfungskonferenz mit einer Zweidrittelmehrheit angenommen („adopted“) werden, wenn ein Konsens nicht erreicht wurde. Freilich verlangt „adoption“ i.S.v. Art. 121 Abs. 3 nur eine einfache Bestätigung durch die Überprüfungskonferenz, um der Vertragsänderung ohne Weiteres volle Wirksamkeit zu verleihen, insbesondere ist ein nationaler Ratifikationsprozess entbehrlich. Ein solches vereinfachtes Verfahren erscheint vertretbar für Vertragsänderungen institutioneller Natur gemäß Art. 122, nicht aber für eine substantielle Vertragsänderung zur Schaffung eines verfolgbaren Verbrechens, welches schwerlich von den Vertragsstaaten ohne einen innerstaatlichen Bestätigungsakt akzeptiert werden wird (selbst wenn seine Grundlage bereits in Rom mit Art. 5 Abs. 2 gelegt wurde und diese Form „automatischer“ Verabschiedung mit der automatischen Gerichtsbarkeit des Art. 12 Abs. 1 im Einklang zu stehen scheint).¹⁷² Daher verlangt „adopted“ bei Art. 5 Abs. 2 mehr als eine „adoption“ bei Art. 121 Abs. 3, nämlich ein qualifiziertes Annahmeverfahren, das über eine bloße Bestätigung i.S.d. Art. 121 Abs. 3 hinausgeht.¹⁷³ Während die „gleiche Mehrheit von Vertragsstaaten“ in Art. 15^{bis} Abs. 3, 15^{ter} Abs. 3 sich auf die Zweidrittelmehrheit der Vertragsstaaten in Art. 121 Abs. 3 bezieht (Art. 15^{bis} Abs. 3, 15^{ter} Abs. 3 verlangen nur eine „Entscheidung“, „decision“),¹⁷⁴ setzen Art. 15^{bis} Abs. 2, 15^{ter} Abs. 2 eine individuelle Ratifikation der Vertragsstaaten voraus, um das erwähnte qualifizierte Annahmeverfahren zu gewährleisten. Dies muss zusammen mit Abs. 1

¹⁶² S.u. Fn. 174.

¹⁶³ Sogar dies ist nicht unumstritten, siehe *Reisinger Coracini*, *GoJIL* 2 (2010) 745 (771).

¹⁶⁴ *Kaul*, *GoJIL* 2 (2010), 649 (666) hält dies für „quite likely“.

¹⁶⁵ Siehe auch *Kaul*, *GoJIL* 2 (2010), 649 (665): „it will take quite some time [...]“; anscheinend optimistischer *Blokker/Kreß*, *LJIL* 24 (2011) [erscheint demnächst] („taken not too long after 1 January 2017“).

¹⁶⁶ Siehe auch *Blokker/Kreß*, *LJIL* 24 (2011) [erscheint demnächst] („generally expected that it is wish of the overwhelming majority of the States Parties to activate this jurisdiction [...]“).

¹⁶⁷ *Clark*, email an den *Autor*, 28.8.2010.

¹⁶⁸ Zu den *Understandings* s.o. Fn. 17 mit Haupttext sowie Fn. 161 mit Haupttext.

¹⁶⁹ Siehe zu diesem Punkt *Schmalenbach*, *JZ* 2010, 745 (752), die einen Widerspruch zwischen Art. 15^{bis} Abs. 2 und Abs. 3 und diesen *Understandings* nachweist. Allgemein zu der umstrittenen Rechtsnatur der *Understandings* *Heinsch*, *GoJIL* 2 (2010), 713 (729 f.).

¹⁷⁰ Zu dessen mehrdeutigem („ambiguous“) Wortlaut *McDougall*, *ICLR* 7 (2007), 277 (280).

¹⁷¹ Siehe auch *Blokker/Kreß*, *LJIL* 24 (2011) [erscheint demnächst] („fraught with very considerable ambiguity“).

¹⁷² Siehe auch die Präambel der Kampala Resolution 6, „recalling“ Art. 12 Abs. 1 und 5 Abs. 2 des Rom Statuts.

¹⁷³ Siehe Erörterung bei *Clark*, *Case W. Res. J. Int'l L.* 41 (2009), 413 (416 ff.); *Clark*, *EJIL* 20 (2009), 1103 (1114 f.); *Reisinger Coracini*, *GoJIL* 2 (2010), 745 (764 f.); siehe auch *SWGCA*, June 2005 Report, paras. 5 ff., in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 167 ff.; June 2004 Report, para. 10 ff., in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), 199 ff.; *SWGCA*, February 2009 Report, paras. 6 ff., in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 50 f. Jedenfalls ist die Frage diskussionswürdig und das Argument der automatischen Annahme kann aus den im Text bei Fn. 172 genannten Gründen vorgebracht werden; siehe auch *SWGCA*, February 2009 Report, para. 29, in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 55 f.; *Clark*, *Case W. Res. J. Int'l L.* 41 (2009), 413 (418); s.u. Fn. 186 mit Haupttext.

¹⁷⁴ *Clark*, *GoJIL* 2 (2010), 689 (702); *Reisinger Coracini*, *GoJIL* 2 (2010), 745 (770 f.); *Schmalenbach*, *JZ* 2010, 745 (752 linke Sp.).

des operativen Teils der Resolution gelesen werden, wonach Vertragsänderungen „are subject to ratification or acceptance and shall enter into force in accordance with article 121, paragraph 5.“¹⁷⁵

Art. 121 Abs. 5 bezieht sich wiederum auf Änderungen der Art. 5-8 und ist insofern *lex specialis* zu Art. 121 Abs. 4, welcher auf andere (kompetenzielle oder prozessuale) Änderungen Anwendung findet. Die schwierige Frage ist nun allerdings, ob eine Annahme i.S.v. Art. 5 Abs. 2 eine „Änderung“ („amendment“) i.S.v. Art. 121 Abs. 5 darstellt. Dies wurde ausführlich während der Verhandlungen diskutiert,¹⁷⁶ wobei die Rechtsfolgen der beiden Vorschriften ziemlich klar sind. Während Abs. 4 von Art. 121 alle Vertragsstaaten verpflichtet, aber eine Siebenachtelmehrheit fordert, sieht Abs. 5 ein individuelles Annahmeverfahren per Staat vor und entspricht somit im Wesentlichen den Abs. 2 der Art. 15^{bis} und 15^{ter}.¹⁷⁷ Wie dem auch sei: Der Umstand, dass Abs. 4 von Art. 121 in der endgültigen Resolution keine Erwähnung mehr findet, aber Abs. 5 ausdrücklich in ihrem Abs. 1 und implizit in Abs. 2 von Art. 15^{bis} und 15^{ter} und Abs. 5 von Art. 15^{bis}, legt nahe, dass sich die Verfasser letztendlich zugunsten des Abs. 5 von Art. 121 entschieden haben.¹⁷⁸ Diese Vorschrift unterscheidet nun zwischen Vertragsstaaten, die eine Änderung akzeptieren, und solchen, die dies nicht tun. In diesem Fall hat der Gerichtshof keine Gerichtsbarkeit über das betreffende Verbrechen „when committed by that State Party’s nationals or on its territory.“ Wörtlich genommen bedeutet dies – im Sinne eines sog. „negatives Verständnisses“¹⁷⁹ –, dass der Gerichtshof keine Gerichtsbarkeit über die Staatsangehörigen eines Aggressor-Vertragsstaats hat, wenn dieser die Änderung nicht akzeptiert hat.¹⁸⁰ Beispielhaft:

¹⁷⁵ Für *Heinsch*, *GoJIL* 2 (2010), 713 (736) ist dies „a clear statement in favour of the Art. 121 (5) procedure [...]“.

¹⁷⁶ Siehe *Barriga* (Fn. 43), S. 15 f.; siehe auch *Reisinger Coracini*, *GoJIL* 2 (2010), 745 (766 f.); *Clark*, *Case W. Res. J. Int’l L.* 41 (2009), 413 (418 ff.); *Heinsch*, *GoJIL* 2 (2010), 713 (735 f.); *Kreß/von Holtzendorff*, *JICJ* 8 (2010), 1180 (1196 ff.).

¹⁷⁷ Zum Unterschied zwischen Art. 121 Abs. 4 und Abs. 5 siehe auch *Clark*, *Case W. Res. J. Int’l L.* 41 (2009), 413 (418 f.); *Murphy*, *EJIL* 20 (2009), 1147 (1149).

¹⁷⁸ Siehe auch *Schmalenbach*, *JZ* 2010, 745 (750 linke Sp.); krit. *Scheffer*, *LJIL* 24 (2011) [erscheint demnächst], wonach das „radical tinkering [der Delegierten] with amendment procedures arguably merits an Art. 121 (4) amendment of the Rome Statute’s amendment procedures“.

¹⁷⁹ Nach dem „positiven“ Verständnis, das freilich nur schwer mit dem Wortlaut vereinbar ist, wäre das Territorialitätsprinzip aus Art. 12 Abs. 2 lit. a voll anwendbar und würde die Gerichtsbarkeit auch auf einen Vertragsstaat ausweiten, der die Änderung nicht akzeptiert hat (s. *SWGCA*, June 2009 Report, Annex III, Non-paper by the Chairman on the conditions for the exercise of jurisdiction, para. 9, in: *Barriga u.a.* [Fn. 5], S. 44 f.; s. auch *SWGCA*, February 2009 Report, paras. 31 ff., in: *Barriga u.a.* [Fn. 5], S. 56 f.; *Reisinger Coracini*, *GoJIL* 2 [2010], 745 [767 f.]).

¹⁸⁰ Vgl. *Barriga* (Fn. 43), S. 16.

Wenn Vertragsstaat A (Aggressorstaat), der die Änderung nicht akzeptiert hat, den Vertragsstaat B (Opferstaat), der sie akzeptiert hat, angreift, können die Staatsangehörigen des Vertragsstaats A nicht vom ISTGH strafrechtlich verfolgt werden, selbst wenn das Territorialitätsprinzip (Art. 12 Abs. 2 lit. a) – A handelt auf dem Staatsgebiet von B! – dies eigentlich verlangen würde. Dieses negative Verständnis hat zwei weitere Auswirkungen. Erstens werden damit zwei unterschiedliche Gerichtsbarkeitsregime geschaffen, nämlich eines für Aggression und ein anderes für die sonstigen Verbrechen, für die das Territorialitätsprinzip volle Anwendung findet, ohne dass insoweit eine Austrittsmöglichkeit für Vertragsstaaten oder gar andere Staaten (die nicht Vertragspartei sind) bestünde.¹⁸¹ Zweitens führt dieses Verständnis dazu, dass Nichtvertragsstaaten diskriminiert werden, weil sie, da sie eben keine Vertragsstaaten sind (Art. 121 Abs. 5 richtet sich nur an diese!), gar nicht die Möglichkeit haben, die Änderung nicht anzunehmen.¹⁸²

Um diese Diskriminierung zu vermeiden und die staatliche Souveränität weitestmöglich zu achten, schließt Abs. 5 von Art. 15^{bis} die Gerichtsbarkeit über Nichtvertragsstaaten generell aus (indem der Wortlaut von Art. 121 Abs. 5 S. 2 letzter Halbsatz übernommen wird!)¹⁸³ und sieht Abs. 4 eine Austrittsmöglichkeit („opt-out“) – ähnlich wie Art. 124 – für Vertragsstaaten vor.¹⁸⁴ Beide Vorschriften stellen damit echte „Bedingungen“ i.S.v. Art. 5 Abs. 2 für die Ausübung der Gerichtsbarkeit auf,¹⁸⁵ provozieren aber einige kritische Nachfragen. Abs. 4 erkennt Art. 12 an und ändert damit implizit den zweiten Satz von Art. 121 Abs. 5 dahingehend ab, dass die Gerichtsbarkeit über das Verbrechen der Aggression automatisch ist (Art. 12 Abs. 1);¹⁸⁶ freilich lässt Abs. 4 gleichzeitig eine Ausnahme davon zu, indem er einen Austritt erlaubt.¹⁸⁷ Die Austrittserklärung muss vorher („previously“) abgegeben worden sein, sogar vor der Ratifikation oder Annahme („prior to ratification or acceptance“, Abs. 1 Resolution), d.h. jedenfalls vor der Durchführung einer Aggressions-

¹⁸¹ Kritisch auch *SWGCA*, June 2009 Report, para. 36, in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 30. Siehe auch *Clark*, *Case W. Res. J. Int’l L.* 41 (2009), 413 (419) mit Fn. 11.

¹⁸² Siehe auch *Barriga* (Fn. 43), S. 16; *SWGCA*, June 2009 Report, para. 33, in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 29 f.; kritisch auch *Wilmshurst* (Fn. 1), S. 328.

¹⁸³ „[...] when committed by that State Party’s nationals or on its territory“.

¹⁸⁴ Siehe zu den Austritts- oder Eintrittserklärungen („opt-out“ oder „opt-in“) Non-paper (Fn. 179), paras. 11 f.; *SWGCA*, June 2009 Report, paras. 38 ff., in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 31 f.; auch *Kreß/von Holtzendorff*, *JICJ* 8 (2010), 1180 (1213).

¹⁸⁵ Vgl. *Reisinger Coracini*, *GoJIL* 2 (2010), 745 (776) zu Abs. 4.

¹⁸⁶ Vgl. *Schmalenbach*, *JZ* 2010, 745 (750 linke Sp.) zur Vereinbarkeit mit Völkervertragsrecht. Siehe schon Fn. 119 f. mit Haupttext.

¹⁸⁷ Zur Diskussion siehe *Reisinger Coracini*, *GoJIL* 2 (2010), 745 (773 ff.).

handlung.¹⁸⁸ Problematisch ist, abgesehen von der schwierigen Beziehung mit Art. 121 Abs. 5 S. 2,¹⁸⁹ dass Abs. 4 zu der eher merkwürdigen Situation führen kann, dass ein Vertragsstaat zunächst eine Änderung ratifiziert und dazu beiträgt, die Schwelle der 30 Vertragsstaaten des Abs. 2 zu erreichen, sich sodann aber entscheidet auszutreten.¹⁹⁰ Warum nun sollte ein Staat dies tun? Um das Verbrechen generell verfolgbar, wenn auch nicht gegen sich selbst, zu machen? Nur, um es dem Sicherheitsrat zu ermöglichen, Fälle an den IStGH zu verweisen?¹⁹¹ Tatsächlich privilegiert Abs. 5 die drei ständigen Mitglieder des Sicherheitsrates, die keine Vertragsstaaten sind (China, Russland, U.S.A.) gegenüber den anderen Nichtvertragsstaaten, weil der Sicherheitsrat auf Initiative dieser drei Mitglieder eine Situation überweisen könnte, die andere Nichtvertragsstaaten betrifft (Art. 15^{ter} findet auf alle Staaten Anwendung!), aber diese Befugnis wohl kaum jemals gegen sich selbst (seine eigenen ständigen Mitglieder) einsetzen wird.¹⁹² Allerdings sollte Abs. 5 nicht weit – im Sinne einer Art Reziprozität – ausgelegt werden, so dass auch die Gerichtsbarkeit über Vertragsstaaten ausgeschlossen würde, die mit Nichtvertragsstaaten zusammenwirken oder die ein Aggressionsverbrechen gegen einen Nichtvertragsstaat begehen.¹⁹³ Abs. 5 hemmt lediglich die Gerichtsbarkeit für Taten „committed by that State’s [Nichtvertragsstaat] nationals or on its [Nichtvertragsstaat] territory.“ Wenn aber ein Vertragsstaat der Aggressor ist, sei es alleine oder zusammen mit einem Nichtvertragsstaat, finden nur die Abs. 1 bis 4 des Art. 15^{bis} Anwendung, d.h. die Gerichtsbarkeit des IStGH hängt von der Art der Überweisung (Abs. 1), dem generellen Inkrafttreten (Abs. 2, 3) und dem Nichtvorliegen einer Austrittserklärung (Abs. 4) ab. Sind all diese Bedingungen erfüllt, findet die generelle Regelung gem. Art. 12 Anwendung, d.h. die Gerichtsbarkeit kann sich aus dem Territorialitäts-

oder dem Personalitätsprinzip ergeben. Beispielhaft: Wenn Vertragsstaat A den Nichtvertragsstaat B angreift, kann die Gerichtsbarkeit entweder auf das Territorialitätsprinzip (Art. 12 Abs. 2 lit. a) gestützt werden, soweit es um Taten geht, die auf dem Staatsgebiet von A begangen wurden; oder auf das (aktive) Personalitätsprinzip (Art. 12 Abs. 2 lit. b) bei Taten, die auf dem Staatsgebiet von B durch Staatsangehörige von A begangen wurden.

Um Missverständnisse zu vermeiden, soll klargestellt werden, dass sich die Beschränkungen der Abs. 4 und 5 nur auf Staatenüberweisungen und proprio motu-Verfahren beziehen, nicht aber auf Sicherheitsratsüberweisungen. Der Sicherheitsrat handelt aufgrund seiner Kapitel VII-UNS-Befugnisse und kann folglich die Gerichtsbarkeit des IStGH auf Nichtvertragsstaaten erstrecken, sobald die Vertragsänderung in Kraft getreten ist (vgl. Art. 15^{ter}, der die Abs. 4 und 5 von Art. 15^{bis} gerade nicht enthält); nichts anderes folgt auch aus Art. 15^{ter} Abs. 2, denn die Annahme durch 30 Vertragsstaaten ist nur eine prozedurale Voraussetzung („procedural hurdle“) für das Inkrafttreten.¹⁹⁴ Bemerkenswert ist schließlich, dass eine Sicherheitsratsüberweisung selbst nicht von einer durch den Sicherheitsrat erfolgten (expliziten) Feststellung einer Aggressionshandlung abhängig ist.¹⁹⁵

Eine weitere strittige Frage hinsichtlich Art. 15^{bis} und 15^{ter} ist, ob durch die Ratifizierung von 30 Vertragsstaaten (Abs. 2) und die nach dem 1.1.2017 zu treffende Zweidrittel-Entscheidung (Abs. 3 i.V.m. Art. 121 Abs. 3) die neuen Vorschriften für alle Vertragsstaaten in Kraft treten.¹⁹⁶ Während dies gegen Art. 121 Abs. 5 zu verstoßen scheint, setzt diese Vorschrift doch ein Inkrafttreten per Staat voraus („for those States Parties that [...]“), würde eine solche Auslegung der Austrittsklausel des Art. 15^{bis} Abs. 4 volle Wirkung verleihen, denn dann würde es jedem Vertragsstaat überlassen, ob er die Bindung an das (neue) Verbrechen der Aggression auch gegen sich gelten lassen wollte.¹⁹⁷ Das erscheint überzeugend. Der scheinbare Widerspruch zu Art. 121 Abs. 5 kann dadurch aufgehoben werden, dass Abs. 2 der Art. 15^{bis} und 15^{ter} als eine partielle lex specialis und lex posterior zu Art. 121 Abs. 5 hinsichtlich der Anzahl der erforderlichen Ratifikationen betrachtet wird. Anders ausgedrückt: Art. 121 Abs. 5 findet im Hinblick auf Art. 15^{bis} und 15^{ter} Abs. 2 nur solange Anwendung, bis 30 Ratifikationen vorliegen.

Wenn man die allgemeinen Bedingungen für die Ausübung der Gerichtsbarkeit (Art. 15^{bis} und 15^{ter} Abs. 2 und 3) und deren Beschränkungen, die nur auf Staatenüberweisungen und proprio motu-Ermittlungen Anwendung finden (Art. 15^{bis} Abs. 4 und 5), zusammen betrachtet, gelangt man zu einer Bewertung, die als eine „lückenhafte Abdeckung“ („patchy coverage“) des Aggressionsverbrechens beschrieben

¹⁸⁸ Siehe auch *Reisinger Coracini*, GoJIL 2 (2010), 745 (777); *Schmalenbach*, JZ 2010, 745 (750 linke Sp.).

¹⁸⁹ Eine heikle Frage ist, ob Art. 121 Abs. 5 S. 2 zur Folge hat, dass eine Austrittserklärung nur wirksam ist, wenn der in Rede stehende Vertragsstaat die Änderung akzeptiert hat; gegen diese Ansicht *Schmalenbach*, JZ 2010, 745 (750 linke Sp.); zu weiteren Problemen siehe *Reisinger Coracini*, GoJIL 2 (2010), 745 (768 f.).

¹⁹⁰ Kritisch auch *Clark*, GoJIL 2 (2010), 689 (704 f.): „It would take some nerve to help make up the thirty and then opt out, but one should never underestimate the acrobatic ability of the diplomatic mind in construing the national interest!“

¹⁹¹ Siehe zu diesen Fragen auch *Heinsch*, GoJIL 2 (2010), 713 (739).

¹⁹² Kritisch auch *Clark*, GoJIL 2 (2010), 689 (705): „another example of a small but powerful minority protecting its own position in a consensus negotiation.“; *Reisinger Coracini*, GoJIL 2 (2010), 745 (788: Regelung sei beispiellos im Rom-Statut); dafür *Heinsch*, GoJIL 2 (2010), 713 (739 f.).

¹⁹³ So *Schmalenbach*, JZ 2010, 745 (749 rechte Sp.); *Reisinger Coracini*, GoJIL 2 (2010), 745 (780 f.), die allerdings wiederum Abs. 5 „to some extent“ als „symbolisch“ bewertet.

¹⁹⁴ *Clark*, GoJIL 2 (2010), 689 (702 f.); siehe auch *Reisinger Coracini*, GoJIL 2 (2010), 745 (785 f.); *Schmalenbach*, JZ 2010, 745 (751 f.).

¹⁹⁵ Siehe auch *Blokker/Kreß*, LJIL 24 (2011), erscheint demnächst.

¹⁹⁶ Siehe *Heinsch*, GoJIL 2 (2010), 713 (737, 739); *Reisinger Coracini*, GoJIL 2 (2010) 745 (770).

¹⁹⁷ Ähnlich *Reisinger Coracini*, GoJIL 2 (2010) 745 (770).

worden ist.¹⁹⁸ Während nach dem bisher geltenden Recht hinsichtlich der Gerichtsbarkeit grundsätzlich nur – abgesehen vom Fall einer Sicherheitsratsüberweisung – zwischen Vertragsstaaten und Nichtvertragsstaaten (Art. 12) zu unterscheiden ist, verlangt das neue Verbrechen der Aggression erheblich komplexere Überlegungen zur Feststellung der Gerichtsbarkeit.¹⁹⁹ Wenn schon das geltende Recht und die Vermehrung internationaler Strafgerichte interessierten Beobachtern, insbesondere Journalisten, das Leben schwer macht, so werden diese Zustände sich noch verschlimmern, sobald einmal die Bedingungen für die Gerichtsbarkeit über das Aggressionsverbrechen gegeben sind. Davon abgesehen ist die Gesamtbeurteilung gemischt: Während der „verzögerte“ Beginn der tatsächlichen Gerichtsbarkeit sich sowohl für die Staaten als auch für den IStGH als vorteilhaft erweisen kann, da so genügend Zeit bleibt, um sich auf das Inkrafttreten vorzubereiten,²⁰⁰ stellen die zahlreichen Ausnahmeregeln erhebliche Beschränkungen der Gerichtsbarkeit dar, die die Legitimität des Gerichtshofes, zumindest im Hinblick auf dessen Verfolgung von Aggressionsverbrechen, untergraben könnte.²⁰¹

III. Fazit

In Anbetracht der mehr als ein halbes Jahrhundert andauernden Bemühungen zur Kodifikation des Aggressionsverbrechens, der damit zusammenhängenden komplexen Fragestellungen und des im Allgemeinen pessimistischen Erwartungshorizontes hinsichtlich der tatsächlichen Umsetzung des Mandats von Art. 5 Abs. 2²⁰² kann man das Ergebnis aus Kampala mit Fug und Recht als Erfolg bezeichnen.²⁰³ Ob aus

diesem Erfolg, trotz der Mängel und Unstimmigkeiten des endgültigen Kompromisses, ein wirksames strafrechtliches Instrument zur Prävention und Bekämpfung von Angriffskriegen entstehen wird, wird sich erst Jahre nach seinem Inkrafttreten verlässlicher sagen lassen.²⁰⁴ Der erfolgreiche Versuch der Delegierten, die Integrität des IStGH zu wahren, die Einflussnahme des Sicherheitsrats auf das Unvermeidliche zu beschränken und damit eine Politisierung des Aggressionsverbrechen a limine zu verhindern, gibt immerhin zu der Hoffnung Anlass, dass die Richter des IStGH tatsächlich, wie von seinem derzeitigen Vizepräsidenten ausgedrückt, „reject every attempt to politically exploit the Court.“²⁰⁵ Vielmehr kann man zu diesem Zeitpunkt nicht erhoffen.

¹⁹⁸ Scheffer (Fn. 56).

¹⁹⁹ Siehe auch die Grafik zu „Jurisdictional scenarios“ in SWGCA, Februar 2009 Report, Appendix II, Non-paper on other substantive issues on aggression to be addressed by the Review Conference, Abs. 8, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 65.

²⁰⁰ Siehe Heinsch, GoJIL 2 (2010), 713 (737); Blokker/Kreß, LJIL 24 (2011) [erscheint demnächst] („ample time to prepare [...]“).

²⁰¹ Kritisch auch Reisinger Coracini, GoJIL 2 (2010), 745 (787 f.: „highly regrettable and questionable“); Scheffer, LJIL 24 (2011) [erscheint demnächst] („slap at the equality of nations, or at least the theory of equality [...]“); weniger krit. Kaul, GoJIL 2 (2010), 649 (666: „[...] significance of these limitations should not be overestimated.“).

²⁰² Siehe statt vieler Zimmermann, in: Triffterer (Fn. 99), Art. 5 Rn. 39 („[...] quite unlikely that the Parties to the Statute will be able during the upcoming Review Conference to include the crime within the list of crimes [...]“). A.A. May (Fn. 29 – Aggression), S. 228 („defining aggression [...] is a manageable task and certainly should not cause the international community to shy away from prosecuting this important crime.“).

²⁰³ In diesem Sinne Blokker/Kreß, LJIL 24 (2011) [erscheint demnächst] („historic achievement“); Kreß/von Holtzendorff, JICJ 8 (2010) [erscheint demnächst] („exceeds expectations“). Schmalenbach, JZ 2010, 745 („Wunder von Kampala“; 752 rechte Sp.: „Meilenstein“); Scheffer, American So-

ciety of International Law Insights 2010 („historic milestone“); Kaul, GoJIL 2 (2010), 649 (666: „a giant step forward“; aber s. auch 665: „result is not revolutionary“); Reisinger Coracini, GoJIL 2 (2010), 745 (748, 787: „important step for international criminal justice“, „success“).

²⁰⁴ In diesem Sinne auch Barriga, ZIS 2010, 644 (648): „[...] wird sich aber erst zeigen“.

²⁰⁵ Kaul, GoJIL 2 (2010), 649 (657) fährt fort: „I might be proven wrong, but at the present stage I am convinced that the judges at our Court will be able to assess whether a crime against peace has been committed or not, just as the judges at Nuremberg have been in 1946.“