

# Zivile Gerichtsbarkeit und Völkerstrafgesetzbuch

## Justiz und Gesetz im Dienst der Kriegsführungsfähigkeit der Bundeswehr

von Michael Haid

*„Im Übrigen ist die Militärjustiz in allen Fällen von Übel: nicht nur, weil sie vom Militär kommt, sondern weil sie sich als Justiz gibt, was sie niemals sein kann.“ (Kurt Tucholsky)*

Nach der Herstellung der Einsatzfähigkeit der Bundeswehr müsse nun die zivile Justiz in Deutschland, der auch die Bundeswehrangehörigen unterworfen sind, nach der Auffassung des Parlamentarischen Geschäftsführers der FDP-Bundestagsfraktion, Jörg van Essen, „im Ausland einsatzfähig gemacht“<sup>1</sup> werden. Das Vorhaben einer „einsatzfähigen Justiz“ korrespondiert eng mit der Änderung des anzuwendenden Rechts bei Straftaten, die deutschen Soldaten im Auslandseinsatz vorgeworfen werden. Aus Anlass des Luftangriffs nahe Kundus vom 4. September 2009 findet voraussichtlich nicht mehr das nationale Strafrecht Anwendung, sondern es wird das am 30. Juni 2002 in Kraft getretene Völkerstrafgesetzbuch herangezogen. Dieses räumt der Kriegsführungsfähigkeit der Bundeswehr einen weit größeren Spielraum hinsichtlich der in der Aufstandsbekämpfung getöteten Zivilisten (die sog. zivilen Begleitschäden) ein. Den Konsequenzen dieser beiden Entwicklungen widmet sich dieser Beitrag.

### Die Sonderstaatsanwaltschaft

In der Vergangenheit kam in den Auslandseinsätzen der Bundeswehr die Tötung von an Kampfhandlungen unbeteiligten Zivilpersonen immer wieder vor. Nach Warnschüssen erschoss am 21. Januar 1994 ein deutscher Wachtposten einen von zwei Somalis, die im Begriff waren, in das Depot des Bundeswehrlagers bei Belet Huen einzudringen. Der Somali war der erste durch Bundeswehrsoldaten getötete Zivilist in einem Auslandseinsatz. Seit die Bundeswehr im Ausland interveniert, wurden 140 Fälle strafrechtlich relevanten Verhaltens gezählt, allein 20 davon im Jahr 2009. Zu Anklagen oder gar Verurteilungen kam es bisher in keinem Fall.<sup>2</sup> Die zuständige Staatsanwaltschaft in Deutschland stellte nach Vorermittlungen das Verfahren jeweils ein, da sie davon überzeugt war, dass die Soldaten sich in einem tatsächlichen oder angenommenen Selbstschutz verteidigten oder ihren Irrtum nicht vermeiden konnten.

Trotzdem fordern die Militärs für ihr Tun Rechts- und Handlungssicherheit. Insbesondere durch die Verschärfung des Kriegseinsatzes in Afghanistan verrichtet die Bundeswehr dort zunehmend militärisch „täglich Drecksarbeit“.<sup>3</sup> Diese soll deshalb nicht mehr zeitlich langwierigen, den einzelnen Soldaten wie die Bundeswehr insgesamt psychisch stark belastenden staatsanwaltlichen Untersuchungen ausgesetzt sein, die zudem immer stärker die Gefahr eines unsicheren bzw. negativen Ausgangs in sich bergen.

Infolgedessen übernahm die neue Bundesregierung die bereits lang erhobene Forderung der Bundeswehrführung und ihr nahe

stehender Politiker nach einem „neu zu definierenden Rechtsstatus für unsere Soldatinnen und Soldaten im Kampfeinsatz.“<sup>4</sup> Schon länger werden die Kosten für die strafrechtliche Verteidigung bei allen Bundesbediensteten übernommen, die wegen einer dienstlichen Tätigkeit im Ausland einer Straftat gegen das Leben oder die körperliche Unversehrtheit beschuldigt oder verdächtigt werden.<sup>5</sup> Das Vorhaben der Bundesregierung geht aber weit darüber hinaus.

Verteidigungsminister Karl-Theodor zu Guttenberg (CSU) und Außenminister Guido Westerwelle (FDP) haben in ihren Reden vor dem Deutschen Bundestag am 19. November 2009 bzw. am 10. Februar 2010 - in Abkehr von der Auffassung der bisherigen Bundesregierungen - den Krieg in Afghanistan übereinstimmend als „nicht internationalen bewaffneten Konflikt im Sinne des humanitären Völkerrechts“ bezeichnet. Rechtlich ist diese Bewertung der Bundesminister ohne Bedeutung, da ausschließlich die Feststellung durch die Bundesanwaltschaft, die in einer Presseerklärung von Mitte März 2010 dieselbe Einschätzung teilt, ausschlaggebend ist. Politisch ist sie durchaus folgenreich. Denn diese Neubewertung müsse, so die Schlussfolgerung der beiden Politiker, Konsequenzen für die Handlungsbefugnisse der Soldaten, für die Befehlsgebung und für die Beurteilung des Verhaltens von Soldaten in strafrechtlicher Hinsicht haben.<sup>6</sup>

Deshalb soll laut Koalitionsvertrag von CDU, CSU und FDP „eine zentrale Zuständigkeit der Justiz für die Verfolgung von Straftaten von Soldaten, die diesen in Ausübung ihres Dienstes im Ausland vorgeworfen werden“<sup>7</sup> geschaffen werden. Wie diese Zuständigkeit genau ausgestaltet werden soll, ist noch nicht endgültig geklärt. Es besteht aber die Absicht, durch die Konzentration von örtlichen Zuständigkeiten eine zentral zuständige Staatsanwaltschaft, die eine Spezialisierung innerhalb der allgemeinen Strafgerichtsbarkeit ermöglichen soll, zu errichten.<sup>8</sup> Das würde dazu führen, dass aufgrund des Sitzes des Einsatzführungskommandos in Geltow regelmäßig die Staatsanwaltschaft des Landgerichts in Potsdam zuständig wäre (§ 143 I GVG). Diese zentrale Zuständigkeit soll die schon bestehende Zuständigkeit der Bundesanwaltschaft in Karlsruhe für Delikte nach dem Völkerstrafgesetzbuch ergänzen (§ 120 I Nr. 8 GVG i. V. m. § 142a I GVG).

Dieses Vorhaben ist, um Missverständnissen vorzubeugen, kein Plan zur Einrichtung einer eigenen Wehrgerichtsbarkeit für Soldaten im Auslandseinsatz. Diese Möglichkeit existiert zwar in Artikel 96 II GG, soll aber nicht umgesetzt werden. Danach könnten Wehrstrafgerichte als Bundesgerichte eingerichtet werden, welche die Strafgerichtsbarkeit nur im Verteidigungsfalle sowie über Angehörige der Streitkräfte, die in das Ausland entsandt oder an Bord von Kriegsschiffen eingeschifft sind, ausüben könnten. Von einer eigenen Militärgerichtsbarkeit gar wurde nach der Neuaufstellung der Bundeswehr 1956 aufgrund der historischen Erfahrungen mit dem Reichsmilitärgericht des Kaiserreichs ab 1871 und der NS-Militärjustiz von 1935 bis 1945 abgesehen. Ein Militärgericht ist ein Gericht, das aus Militärrechtern besteht und die Strafgerichtsbarkeit über Militärangehörige ausübt. Eine solche Möglichkeit wird auch nicht durch Artikel 96 II GG eröffnet. Deshalb gilt weiterhin der Grundsatz, dass Bundeswehrangehörige, auch bei militärischen Straftaten, der zivilen (ordentlichen) Gerichtsbarkeit unterstehen. Dennoch wird die erklärte Intention, mit der Sonderstaatsanwaltschaft die



*Justitia am Kölner Rathaus, Foto: Raimond Spekking / Wikimedia Commons / CC-BY-SA-3.0 & GFDL*

Voraussetzungen für eine schnelle und vor allem reibungslose Behandlung von Strafbarkeitsvorwürfen zu etablieren, voraussichtlich vollständig erreicht, da damit das Militär „der Gefahr einen Riegel vorschieben [kann], dass militärisches Unrecht, das man ohnehin lieber unter den Teppich gekehrt sehen möchte, juristisch aufgeklärt wird.“ Denn der nach der Rechts- und Handlungssicherheit verlangenden Generalität und Regierung geht es „letztlich und unmissverständlich um die Ausstellung eines Freibriefs für künftige Bombardierungen.“<sup>9</sup>

Somit ist aus Sicht der Bundeswehrführung eine eigene Militärgerichtsbarkeit auch gar nicht notwendig, da deren Zweck in der Zeit des Kaiserreichs und des Nationalsozialismus in ihrer bestrafenden und disziplinierenden Wirkung (bspw. bei Desertionen) zu sehen ist. Das hier vorgesehene Verfahren dient eher dem Schutz und der Absicherung der oben erwähnten „täglichen Drecksarbeit.“

Zudem bestehen hinsichtlich der Errichtung der geplanten Sonderstaatsanwaltschaft verfassungsrechtliche Bedenken, da eine solche Regelung gegen die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern verstoßen könnte.<sup>10</sup>

### Der Bock wird zum Gärtner gemacht

Aufschlussreich ist, wie die Ermittlungspraxis dieser für Kriege „einsatzfähigen Justiz“ nach den Vorstellungen des Vorsitzenden des Bundeswehrverbands, Ulrich Kirsch, aussehen soll. Er versteht darunter die vorübergehende Unterstellung der sich im Einsatzland befindlichen Bundeswehrjuristen unter das Dach des Bundesjustizministeriums und der Feldjäger unter das Dach des Bundesinnenministeriums. Eine grundsätzliche Zuständigkeit sieht der Bundeswehrverband weiterhin bei der Bundesanwaltschaft mit Hauptsitz in Karlsruhe.<sup>11</sup>

Vorausgesetzt, dieser Vorschlag würde tatsächlich umgesetzt werden, würde dies einen sehr geringen eigenständigen Ermittlungsspielraum für die Staatsanwaltschaft bedeuten. Die Überlegung eines, zugegebenermaßen häufig schwierigen, Rechtshilfeverfahrens wie auch der Einsatz von eigenen staatsanwaltschaftlichen Hilfsbeamten wird zumindest nirgends erwähnt. Folglich bleibt die Staatsanwaltschaft für Untersuchungen vor Ort auf die Rechtsberater und die Feldjäger der Bundeswehr angewiesen, was übrigens seit 1994 gängige Praxis ist. Bisher durfte sie diesen keinerlei Weisungen erteilen, da sie nicht zu den Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft zählen und weiterhin dem Verteidigungsministerium unterstellt sind, was

sich allerdings nach Kirschs Vorstellung vorübergehend ändern würde. Anhaltspunkte, dass dieses Verfahren zu bundeswehrfreundlichen Ergebnissen führen könnte, gebe es laut Verteidigungsministerium nicht.<sup>12</sup>

In der Konsequenz ermitteln Bundeswehrangehörige gegen Bundeswehrangehörige in Bundeswehrangelegenheiten. Ein unabhängiges und rechtsstaatlich einwandfreies Verfahren kann so keinesfalls als gesichert gelten. Oder auf den Punkt gebracht: Der Bock wird zum Gärtner gemacht.

### Der Präzedenzfall des Luftangriffs nahe Kundus vom 4. September 2009

Die Bedeutung des Kundus-Luftangriffs im Zusammenhang mit der geplanten Sonderstaatsanwaltschaft wie mit der erstmaligen Anwendung des Völkerstrafgesetzbuchs kann als nicht folgenreich genug eingeschätzt werden und muss auch im gesellschaftlichen Kontext gesehen werden. Die Motivation dieses Angriffs beruhte nicht auf Gründen eines angenommenen Selbstschutzes der betroffenen Soldaten. Die Anforderung der US-Kampfflugzeuge geschah im Rahmen einer Operation zur gezielten Tötung Aufständischer durch die Task Force 47 bzw. des zur Hälfte aus ihr bestehenden Kommandos Spezialkräfte (KSK). Neben einigen der Aufständischen wurde billigend die Tötung der anwesenden lokalen Zivilbevölkerung in Kauf genommen. Insgesamt kamen 142 Menschen in dieser Nacht ums Leben. Darunter waren auch Kinder.

Gezielte Tötungen sind weder mit dem Wortlaut des am 26. Februar 2010 neu verabschiedeten ISAF-Mandats noch nach Aussage des Mitglieds im Verteidigungsausschuss des Bundestages, Hans-Peter Bartels (SPD), mit „dem Geist der Bundestagsmandate (...) vereinbar.“<sup>13</sup> Mit dem Kundus-Luftangriff hat die Bundeswehr nach der Meinung von Hans J. Gießmann, Direktor des Berghof Conflict Research in Berlin, und Armin Wagner, Military Fellow am Institut für Friedensforschung und Sicherheitspolitik der Universität Hamburg, einen „zweiten Rubikon“ überschritten, hin zu „Kampfeinsätzen mit all ihren Konsequenzen.“<sup>14</sup> Demzufolge werde nach Ulrich Kirsch das Jahr 2009 als „Schicksalsjahr“ in die Geschichte der Bundeswehr eingehen, da es einen „Wendepunkt“<sup>15</sup> in der deutschen Sicherheits- und Außenpolitik markiere. Darunter ist in Afghanistan die Verschärfung der Aufstandsbekämpfung („Counter-Insurgency“) durch die Änderung der sog. Taschenkarte („Rules of Engagement“) vom Juni 2009, also die erhebliche Lockerung des Einsatzes von militärischer Gewalt, zu verstehen. Wohl auch, wie der Präzedenzfall des Kundus-Luftangriffs zeigt, unter Inkaufnahme von sog. zivilen Begleitschäden, was nur durchführbar ist, wenn die rechtlichen Voraussetzungen hierfür bestehen.

Diese Entwicklung geschieht vor dem Hintergrund, dass die Öffentlichkeit Kampfeinsätze der Bundeswehr mit einer glasklaren Mehrheit ablehnt.<sup>16</sup> Insbesondere hinsichtlich des Afghanistanmandats sprechen sich laut einer Meinungsumfrage der ARD vom Januar 2010 71% für einen schnellstmöglichen Abzug der Bundeswehr aus und sogar 83% der Befragten sind strikt gegen die Aufstockung des dortigen Kontingents um weitere 850 Soldaten,<sup>17</sup> wie es der Bundestag nach der jüngsten Afghanistankonferenz am 26. Februar 2010 unter Ignorierung der öffentlichen Meinung beschloss.

Die öffentliche Ablehnung wird von Militärbefürwortern deutlich als Achillesferse dieser militarisierten Außen- und Sicherheitspolitik erkannt, da „die Bekämpfung von Aufständen (...) in der Regel nicht militärisch, sondern politisch verloren werden, wenn die Unterstützung zur Fortführung der Opera-

tion in den Heimatländern und bei der Bevölkerung im Einsatzland schwindet. Dies ist aus politischer Sicht sicherlich der strategische Schwachpunkt der deutschen Beteiligung an der ISAF-Operation.<sup>18</sup> So lautete die Einschätzung von Vertretern der die Bundesregierung beratenden Stiftung Wissenschaft und Politik (SWP).

Diese Diskrepanz von öffentlicher Meinung und politischer Praxis, die getrost als interfraktioneller Kriegskonsens bezeichnet werden kann, benennt der scheidende Wehrbeauftragte des Deutschen Bundestages, Reinhold Robbe (SPD), als „schizophrene Situation“, da der Bundestag „in der Regel den Mandaten mit breiter Mehrheit zugestimmt [hat]. (...) Zugleich zeigen alle Umfragen, dass der überwiegende Teil der Bevölkerung die Mandate nicht mitträgt.“<sup>19</sup>

## Das Völkerstrafgesetzbuch

Durch die Einordnung des Afghanistankriegs als „nicht internationaler bewaffneter Konflikt“ ist für die strafrechtliche Beurteilung nicht mehr das Strafgesetzbuch (StGB), sondern das Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) einschlägig. Dies hat wesentliche Auswirkungen auf die Kriegsführungsfähigkeit der Bundeswehr, auch was die Inkaufnahme von sog. zivilen Begleitschäden betrifft. Mit anderen Worten: können Soldaten erwarten, im Normalfall nicht strafrechtlich für ihre Handlungen belangt zu werden, auch wenn sie dabei voraussichtlich Zivilisten töten, so erhöht sich ungemein die Wahrscheinlichkeit solcher Aktionen. Der Göttinger Strafrechtsprofessor, Kai Ambos, bringt dies folgendermaßen auf den Punkt: „Die Annahme eines bewaffneten Konflikts hat für das Militär den Vorteil, dass es Dinge tun darf, die im Frieden untersagt sind.“<sup>20</sup> Der Kölner Völkerrechtsprofessor Claus Kreß konkretisiert dies: „Wenn die Regeln des bewaffneten Konflikts gelten, dann sind die Eingriffsbefugnisse deutscher Soldaten zu Lasten feindlicher Kämpfer beträchtlicher - sowohl in zeitlicher Hinsicht als auch in der Frage, was zivile Begleitschäden angeht.“<sup>21</sup>

Im Hinblick auf das nun anzuwendende Völkerstrafgesetzbuch bedeutet dies Folgendes: Bisher zog aller Wahrscheinlichkeit nach der Vorwurf der Tötung von Zivilpersonen für den betreffenden Soldaten eine Ermittlung der Staatsanwaltschaft wegen Totschlags (§ 212 I StGB) nach sich. Diese Norm sieht im Falle einer Verurteilung eine Freiheitsstrafe von nicht unter fünf Jahren vor. Die entscheidende Voraussetzung zur Bejahung der Strafbarkeit wegen Totschlags ist, dass die Tötung nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) mit dem hier ausreichenden Eventualvorsatz geschah. Dabei muss der Täter die Tötung der Zivilpersonen für möglich halten und billigend in Kauf genommen haben.<sup>22</sup>

Diese Definition beispielsweise auf den Fall des Luftschlags nahe Kundus angewandt, würde demnach voraussichtlich zu einer Verurteilung des Betreffenden führen. Betrachtet man diesen Fall im Licht des Völkerstrafgesetzbuchs, könnte das Ergebnis gänzlich anders aussehen. Der Wortlaut des wohl hier einschlägigen § 11 I Nr. 3 VStGB lautet: „Wer in Zusammenhang mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt (...) mit militärischen Mitteln einen Angriff durchführt und dabei als sicher erwartet, dass der Angriff die Tötung oder Verletzung von Zivilpersonen (...) in einem Ausmaß verursacht wird, das außer Verhältnis zu dem insgesamt erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil steht, (...) wird mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bestraft.“ Die Voraussetzungen der Norm sehen hierbei hinsichtlich der Vorsatzform direkten Vorsatz vor, da die Tötung von Zivilpersonen

als sicher erwartet werden muss. Zweitens wird zudem noch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung gefordert. Im Ergebnis bestehen also höhere Hürden für eine Verurteilung nach dem Völkerstrafgesetzbuch als nach dem Strafgesetzbuch. Dies bestätigt auch eine Pressemitteilung der Generalbundesanwaltschaft vom 6. November 2009 bezüglich des Kundus-Luftschlags: „Nach vorläufiger Bewertung der Erkenntnisse aus allgemein zugänglichen Quellen ergeben sich bisher keine tatsächlichen Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Straftat deutscher Soldaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch.“

In der Bundeswehr wird der Umgang mit dem den Kundus-Luftschlag anfordernden Oberst Klein als ein Symbol für den Rückhalt der Politik für die Truppe insgesamt gesehen.<sup>23</sup> Bedauerlicherweise wird voraussichtlich von der Generalstaatsanwaltschaft dieser Rückhalt geliefert werden und damit eine brutalere Aufstandsbekämpfung in Afghanistan mit häufigen sog. zivilen Begleitschäden ermöglicht.

## Anmerkungen

- 1 Jörg van Essen: Soldaten brauchen Rechtssicherheit, in: <http://www.morgenpost.de>, 07.12.2008.
- 2 Vgl. Ursula Welter, Rolf Clement, Christiane Wirtz: Aufklärung in Raten. Eine Ereignischronologie des Luftangriffs von Kundus, in: <http://www.dradio.de>, 26.11.2009.
- 3 Jürg Dedral: Dämmert es am Hindukusch?, in: <http://www.nzz.ch>, 30.12.2009.
- 4 Ulrich Kirsch: Wir erwarten viel von Regierung und Parlament, in: Die Bundeswehr, 10/2009, <http://www.bundeswehrverband.de>, 01.10.2009.
- 5 Vgl. Jörg van Essen: Zivile Justiz einsatzfähig machen, S. 32-33, in: Homeland Security, 2/2009, S. 33.
- 6 Vgl. Guido Westerwelle: Rede vor dem Deutschen Bundestag, 10.02.2010, in: <http://www.auswaertiges-amt.de>.
- 7 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP: Wachstum, Bildung, Zusammenhalt. Berlin, 26. Oktober 2009, <http://www.cdu.de/doc/pdfc/091026-koalitionsvertrag-cducu-fdp.pdf>, S. 126.
- 8 Vgl. F. Arndt/ S. Fischer: Gerichtsorganisation und Auslandseinsätze der Bundeswehr, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Aktueller Begriff Nr. 102/09 (20. November 2009).
- 9 Helmut Kramer: Kriegsjustiz durch die Hintertür, S. 5-8, in: Blätter für deutsche und internationale Politik, 2/2010, S. 6
- 10 Vgl. F. Arndt/ S. Fischer, ebd.
- 11 Vgl. Ulrich Kirsch: Interview „Eine Debatte, die im Parlament hätte geführt werden müssen“, in: <http://www.dradio.de>, 13.02.2010.
- 12 Vgl. Christiane Wolters: Auslandseinsatz in der Gesetzeslücke, in: <http://www.spiegel.de>, 08.04.2004.
- 13 Henning Bartels, zitiert nach: Bombardement bei Kundus soll Taliban gegolten haben, in: <http://www.nzz.ch>, 12.12.2009.
- 14 Gießmann, Hans J./ Wagner, Armin: Auslandseinsätze der Bundeswehr, S. 3-9, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, 48/2009, S. 6.
- 15 Ulrich Kirsch: Rechtssicherheit statt endloser Debatte, in: Die Bundeswehr, 1/2010, <http://www.bundeswehrverband.de>, 1.1.2010.
- 16 Vgl. Gießmann, Hans J./ Wagner, Armin, ebd., S. 4, 7.
- 17 Vgl. ARD-DeutschlandTrend Januar 2010, in: <http://www.infratest-dimap.de>, 05.02.2010.
- 18 Timo Noetzel/ Benjamin Schreier: Ende einer Illusion. Keine „Friedensdividende“, nirgends: Die sicherheitspolitische Debatte macht einen großen Bogen um die Wirklichkeit, S. 96-101, in: Internationale Politik, Januar 2008, S. 99.
- 19 Reinhold Robbe: Interview, in: <http://www.tagesspiegel.de>, 30.01.2010.
- 20 Kai Ambos, in: <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/News/interview-dpa.html>, 06.11.2009.
- 21 Claus Kreß, in: U. Welter, R. Clement, C. Wirtz, ebd.
- 22 Vgl. Johannes Wessels/ Werner Beulke: Strafrecht. Allgemeiner Teil, 33. Auflage, Heidelberg 2003, Rn. 214 ff.
- 23 Vgl. Thomas Steinmann: Justiz in Zeiten des Krieges, in: <http://www.ftd.de>, 25.03.2010.