

**Aspekte der Entwicklung der Rechtsfigur des Handelns auf Befehl
im deutschen und internationalen Recht**

Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades

Doktor des Rechts

(Dr. iur.)

der Freien Universität Berlin

Alen Folnovic, LL.M.

Berlin

2007

Erstgutachter: Prof. Dr. Axel Montenbruck
Zweitgutachter: Prof. Dr. Herwig Roggemann
mündliche Prüfung am 18. Juni 2008

meinen Mädels

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung.....	1
I. Zusammenfassung / Fragestellungen / Methodik.....	1
II. Historischer Überblick.....	4
1. Auf dem Weg zu einem ständigen Internationalen Strafgerichtshof.....	4
2. Das Rom-Statut vom 17. Juli 1998.....	7
III. Überblick über die einzelnen Verbrechenstatbestände des Rom-Statuts.....	10
B. Dogmatik des Völkerstrafrechts.....	12
I. Begriffsbestimmung "Völkerstrafrecht".....	12
II. Strafrechtsdogmatik der allgemeinen Verbrechenslehre in der Bundesrepublik Deutschland.....	13
III. Dogmatik des materiellen allgemeinen Völkerstrafrechts im Rahmen des Rom-Statuts.....	15
1. Individuelle Verantwortlichkeit.....	15
2. Dogmatische Einordnung – Defences.....	17
3. Defences.....	20
C. Entwicklungsgeschichte.....	21
I. Die bedingte Gehorsamspflicht.....	21
II. Die unbedingte Gehorsamspflicht.....	23
III. Zusammenfassung.....	23
D. Die deutsche Rechtslage im Hinblick auf das Handeln auf Befehl.....	26
I. Das Handeln auf Befehl als Rechtfertigungs- und/ oder Schuldausschließungsgrund.....	26
1. Einführung.....	26
2. Ein Grundriss zum Befehlsrecht.....	27
3. § 5 WStG.....	28
a. Rechtmäßig verbindlicher Befehl.....	31
b. Rechtswidrig verbindlicher Befehl.....	32
c. Rechtswidrig unverbindlicher Befehl.....	34
d. Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 WStG.....	37
aa. Rechtswidrige Straftat auf Befehl.....	37
(1) Anweisung.....	37
(2) Anspruch auf Gehorsam.....	38
(3) "Bestimmten Verhalten".....	38
(4) Form der Anweisung.....	38
(5) allgemein oder für den Einzelfall.....	39
(6) Vorgesetzteneigenschaft.....	39
bb. Erkennen der rechtswidrigen Tat.....	40
cc. Offensichtlichkeit.....	41
II. Der Schusswaffengebrauch an der innerdeutschen Grenze und in Berlin.....	41
1. Die Rechtsprechung des BGH.....	41
a. Strafbarkeit der "Mauerschützen" nach dem Recht der DDR.....	44
b. Strafbarkeit der "Mauerschützen" nach den Normen des Völkerrechts.....	51
aa. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte.....	51
bb. Das sozialistische Menschenrechtsverständnis der DDR.....	53
cc. Die Radbruchsche Formel.....	55
2. Die Vereinbarkeit der Strafbarkeit von Mauerschützen mit dem Grundsatz "nullum crimen, nulla poena sine lege" (Art. 103 Abs. 2 GG).....	71

a.	Geltungreichweite des Rückwirkungsverbotes.....	72
b.	Kritik an der Auffassung des BVerfG.....	75
c.	Zwischenergebnis.....	76
3.	Die Rückwirkungsproblematik unter besonderer Berücksichtigung der Vorbehaltserklärung zu Art. 7 Abs. 2 EMRK.....	77
III.	Das Handeln auf Befehl bei abweichenden Wertvorstellungen.....	78
IV.	Zusammenfassung.....	82
E.	Die völkerrechtliche Rechtslage im Hinblick auf das Handeln auf Befehl.....	86
I.	Internationale Übereinkünfte.....	87
1.	Die Genfer Konventionen von 1949.....	87
2.	Die Genozidkonvention von 1949.....	88
II.	Völkergewohnheitsrecht	89
1.	Staatenpraxis.....	91
a.	Italien: Art. 51 Codice Penale.....	91
b.	Frankreich: Art. 122-4 Code Pénal.....	92
c.	Spanien: Art. 8 Nr. 12 Código Penal.....	93
d.	England.....	94
e.	Österreich.....	95
f.	Schweiz: Art. 18 MStG.....	96
g.	Kroatien: Art. 388 StG RK.....	97
h.	Serbien und Montenegro: Art. 239 GStGB und Art. 485 StGBM.....	97
i.	Slowenien.....	98
j.	Russland und Weißrussland: Art. 42 russ. StGB und Art. 40 weißruss. StGB.....	99
k.	Türkei: Art. 24 StGB.....	99
l.	U.S.A.: §§ 3.03., 2.10. Model Penal Code.....	100
m.	Australien: section 268.116 ICC (Consequential Amendments) Act 2002.....	101
n.	China.....	102
o.	weitere Rechtsordnungen.....	102
p.	Zwischenergebnis.....	103
2.	Die wichtigsten richterlichen Entscheidungen.....	105
a.	Der Hagenbach-Fall.....	105
b.	Leipziger Verfahren.....	106
aa.	Dover Castle.....	107
bb.	Llandoverly Castle.....	108
cc.	§ 47 MStGB.....	110
dd.	völkerrechtlicher Rechtsquellenwert.....	111
c.	Die Nürnberger Verfahren.....	113
aa.	Zugrunde liegende Sachverhalte und Entscheidungsgrundlagen.....	113
bb.	Kritik an Art. 8 IMT-Statut.....	115
cc.	Entscheidungen im Rahmen der Nürnberger Prozesse.....	117
dd.	Bedeutung und Konsequenzen der Entscheidungen für das Völkerstrafrecht bzw. das Handeln auf Befehl (Hilfsquellen).....	118
d.	Sog. Nachfolgeprozesse.....	119
aa.	Einsatzgruppen-Fall.....	119
bb.	OKW-Fall.....	120
e.	Tokioter Prozesse.....	121
f.	Die Verfahren vor den Ad-hoc-Gerichten der UNO.....	122
aa.	Sachverhalt.....	122
bb.	Erstinstanzliche Entscheidung.....	123
cc.	Appeal Chamber.....	124

dd. Kritische Würdigung des Meinungsstreits zwischen ICTY-Richtern.....	128
ee. Zusammenfassung der ICTY-Rechtsprechung für die der Behandlung des Handelns auf Befehl als Strafausschlussgrund.....	128
g. Zusammenfassung.....	130
3. Opinio iuris.....	132
a. International Law Commission (ILC) - Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind.....	132
b. Instituto Superiore Internazionale di Science Criminali - Siracusa Draft.....	134
c. Association Internationale de Droit Pénal (AIDP) - Draft International Criminal Code.....	136
d. International Law Association (ILA) - Draft Statute for an International Criminal Court and to the Statute for an International Commission of Criminal Inquiry.....	137
III. Meinungsstand der Wissenschaft.....	138
1. act-of-state doctrine.....	138
2. Das Handeln auf Befehl als grundsätzlicher Strafausschlussgrund - respondeat superior.....	138
3. Die unbedingte Verantwortlichkeit der Befehlsempfänger - absolute liability.....	140
4. Die beschränkte Verantwortlichkeit der Befehlsempfänger - Theorien der conditional liability.....	141
a. Theorie des Manifest Illegality Principle.....	141
b. Theorie des Personal Knowledge Principle.....	142
c. Theorie des Mens Rea Principle.....	143
5. Zwischenergebnis.....	145
F. Artikel 33 IStGH-Statut - "Anordnung Vorgesetzter und gesetzlicher Vorschriften".....	145
I. Anordnung.....	147
II. Voraussetzungen für einen Strafausschluss.....	147
1. Verpflichtung, den Anordnungen Folge zu leisten.....	147
2. Unkenntnis des Täters von der Rechtswidrigkeit der Anordnung.....	148
3. Offensichtliche Rechtswidrigkeit der Anordnung.....	149
4. Offensichtliche Rechtswidrigkeit im Falle von Anordnungen zur Begehung von Völkermord oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit.....	150
III. Rechtsfolgen.....	151
G. Zusammenfassung und Ergebnis, Thesen und Ausblick.....	152
Literaturverzeichnis.....	157

A. Einleitung

I. Zusammenfassung / Fragestellungen / Methodik

Die vorliegende Arbeit setzt sich mit der Problematik des Handelns auf Befehl auseinander. Unter Berücksichtigung dessen, dass jeder Befehlsempfänger nicht nur seinem Vorgesetzten und jeder Bürger nicht nur den staatlichen Gesetzen, sondern auch seinem Gewissen gegenüber verpflichtet ist, stellt sich immer häufiger die Frage, inwieweit der Gehorsam des Befehlsausführenden diesen von Strafe befreien sollte oder kann¹. In dieser Dissertationsschrift soll die Frage beantwortet werden, welchen Inhalt die Regelung des Handelns auf Befehl im deutschen und internationalen Recht erfahren hat, insbesondere ob es einen eigenen Strafausschließungsgrund darstellt oder lediglich im Rahmen anderer Strafausschließungsgründe Berücksichtigung finden soll. Im Rahmen dessen wird die Frage zu beantworten sein, ob das Handeln auf Befehl einen Strafausschließungsgrund im engeren Sinn oder lediglich einen Strafmilderungsgrund darstellen soll.

Da dieser Frage das Zusammenspiel von völkerrechtlichen und nationalen Strafrechtsmaximen zugrunde liegt, mithin die Schnittstelle zwischen Völkerrecht und Strafrecht betroffen ist, waren die dahingehenden Primärquellen des Völkerrechts im Sinne des Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut zu untersuchen². Als Primärquellen des Völkerrechts sind die internationalen Übereinkünfte, das internationale Gewohnheitsrecht und die von den Kulturvölkern anerkannten Rechtsgrundsätze zu verstehen. Primäre Völkerrechtsquellen sind die vorbenannten Erzeugungsarten insofern, als der Entstehungsvorgang als solcher bereits ein hinreichender Geltungsgrund für die daraus sich ergebenden Rechte und Pflichten ist³. Neben der Trias der primären Völkerrechtsquellen galt es zudem die wichtigsten richterlichen Entscheidungen und die maßgebenden wissenschaftlichen Lehrmeinungen als Hilfsmittel der Rechtsfindung im Sinne des Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut heranzuziehen. Letztlich war die Erueirung der Beschlüsse von Internationalen Organisationen, nämlich von zwischenstaatlichen Internationalen Organisationen und von nichtstaatlichen Internationalen Organisationen - die in Art. 38 I IGH-Statut nicht als Rechtsquellen eigener Art genannt sind, angesichts der wachsenden Bedeutung für den internationalen Rechtsbildungsprozess dennoch der besonderen Beachtung bedürfen - erforderlich. Abschlie-

¹ *Maier*, S. 246.

² Ungeachtet dessen ist die vorliegende Arbeit im Schwerpunkt dem materiellen Strafrecht zuzuordnen.

³ *Verdross/Simma*, § 517.

ßend ist darauf hinzuweisen, dass das Völkerrecht im Gegensatz zum innerstaatlichen Recht keinen Numerus Clausus der Rechtserzeugungsarten kennt.

Zur Beantwortung der aufgeworfenen Fragestellungen bedarf es zunächst der Darstellung der diesbezüglichen Rechtslage vor Inkrafttreten der letzten Kodifizierung im Rahmen des Rom-Statuts. Der Regelung und der Auslegung des Handelns auf Befehl im Rom-Statut widmet der Verfasser angesichts der Aktualität und Bedeutung die besondere Aufmerksamkeit.

Der Verfasser unterscheidet insoweit u.a. zum Zwecke der besseren Illustration zwischen der deutschen und völkerrechtlichen Rechtslage im Hinblick auf das Handeln auf Befehl. Im Rahmen dieser Untergliederung erfolgt die kritische Darstellung der Völkerrechtsquellen zur Veranschaulichung der Entwicklung und Kontroversen in chronologischer Reihenfolge. Beginnend mit der Darlegung der deutschen Rechtslage unter näherer Darlegung des § 5 WStG soll dem Leser die Problematik des Handelns auf Befehl anhand des so genannten zweiten Mauerschützenprozesses verdeutlicht werden. Insoweit ist daran zu erinnern, dass die nationale Judikatur als Hilfsquelle zur Feststellung des Vorliegens völkerrechtlicher Normen herangezogen wird⁴.

Sodann erfolgt eine Vorstellung der völkerrechtlichen Rechtslage. Mangels einschlägiger allgemeinverbindlicher kodifizierter Regelungen ist insbesondere auf das internationale Gewohnheitsrecht und auf die von den Kulturvölkern anerkannten Rechtsgrundsätze abzustellen. Art. 38 I lit. b IGH-Statut nennt zwei konstitutive Elemente für die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht: Die allgemeine Übung als objektives Element (*consuetudo*) und die Anerkennung der Übung als Recht (*opinio iuris*). Objektive Komponente des Völkergewohnheitsrechts ist folglich die Staatenpraxis. Als Indikatoren der Staatenpraxis tragen mittelbar auch die Entscheidungen internationaler Gerichte bei. Voraussetzung der Bewertung eines diesbezüglichen „Verhaltens“ als völkergewohnheitsrechtlich relevante Staatenpraxis ist stets, dass sich das Verhalten auf einen Rechtssatz des Völkerrechts bezieht⁵. Im Hinblick auf die vorstehend dargestellten Fragestellungen bedurfte es insbesondere der kritischen Untersuchung der Nürnberger Verfahren im Hinblick auf das Handeln auf Befehl.

⁴ Zu den heranzuziehenden Entscheidungen im Sinne von Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut gehören auch Entscheidungen nationaler Gerichte.

⁵ *Werle*, S. 54.

Insofern war zu prüfen, ob die in den Nürnberger Verfahren von den Besatzungsgerichten ermittelten und herangezogenen Prinzipien, namentlich die von den Staaten anerkannten Rechtsgrundsätze – darunter versteht man die Grundsätze, die in den Rechten der überwiegenden Mehrheit der Nationen übereinstimmend anerkannt sind –, tatsächlich im Einklang mit den innerstaatlichen Rechtssätzen standen. Folglich soll im Falle der Negierung dieser Frage aufgezeigt werden, dass der Herleitung aus völkerrechtlichen Quellen, insbesondere den Urteilen in den Nürnberger Verfahren, keine bzw. nur beschränkte Bedeutung für die Frage der Auslegung des Handelns auf Befehl in Artikel 33 des IStGH-Statuts beigemessen werden darf.

Ferner erfolgt die Darstellung der rechtlichen Behandlung des Handelns auf Befehl im Rahmen der Verfahren der Ad-hoc-Gerichte der UNO. Des Weiteren war die Einbeziehung der Beschlüsse von so genannten International Governmental (IGOs) und Non-Governmental Organisationen (NGOs) - die freilich strikt von einander zu trennen sind, denen hinsichtlich der Auslegung der Regelungen im Rom-Statut jedoch bemerkenswerte Bedeutung beizumessen ist - erforderlich. Bei IGOs handelt es sich um auf Dauer angelegte Vereinigungen von mindestens zwei Völkerrechtssubjekten, die mit der selbstständigen Wahrnehmung eigener Aufgaben auf dem Gebiet des Völkerrechts betraut und zumindest mit einem eigenen handlungsbefugten Organ ausgestattet sind⁶. NGOs sind internationale und unabhängige Verbandseinheiten, die als auf Dauer angelegte, organisierte, nichtgewerbliche und nichtstaatliche Vereinigungen zu qualifizieren sind⁷. Der wesentliche Unterschied zwischen IGOs und NGOs besteht darin, dass die Mitglieder der NGOs vorwiegend nationale Vereinigungen, Verbände, Einzelpersonen oder - wie im vorliegenden Fall von Interesse - Expertenkommissionen sind. Wie bereits erwähnt stellen die Beschlüsse von IGO's und NGO's keine Rechtsquellen im Sinne des Art. 38 IGH-Statut dar. Als internationale Verträge können die Beschlüsse ohnehin nicht angesehen werden, da sie stets einen einseitigen Akt darstellen. Dessen ungeachtet sind sie für den Nachweis von Völkergewohnheitsrecht bedeutsam, da sie als Indiz zur Feststellung einer bestehenden Rechtsüberzeugung der Staaten (*opinio iuris*) herangezogen werden können.

Danach werden die wissenschaftliche Literatur, die als Hilfsquelle zur Feststellung des Völkergewohnheitsrechts im IGH-Statut anerkannt ist, untersucht und der Arti-

⁶ *Ipsen-Epping*, § 6 Rnr. 2.

⁷ *ebd.*, Rnr. 19.

kel 33 IStGH-Statut in seinen Voraussetzungen dargelegt. Schließlich wird anhand der aus dieser Arbeit gewonnenen Erkenntnisse eine Neufassung dieser Norm vorgeschlagen.

II. Historischer Überblick

1. Auf dem Weg zu einem ständigen Internationalen Strafgerichtshof

Die Anfänge des Völkerstrafrechts reichen sowohl materiell als auch institutionell weit zurück in die Geschichte. Als Meilensteine wurden 1945 und 1946 der Nürnberger Internationale Militärgerichtshof sowie der Tokioter Internationale Militärgerichtshof für den Fernen Osten geschaffen. Ihre Bedeutung für die Entwicklung des Völkerstrafrechts kann kaum überschätzt werden⁸.

Die Idee eines Internationalen Strafgerichtshofes lebte insbesondere unter dem Eindruck der blutigen Kriege des 20. Jahrhunderts immer wieder auf. Bereits im Jahre 1919 sah der Versailler Vertrag u. a. vor, den deutschen Kaiser und andere deutsche Militärs vor einem Internationalen Tribunal anzuklagen⁹. Dies war das erste Mal, dass ein Staatsoberhaupt für einen Angriffskrieg angeklagt werden sollte. Allerdings kam es letztlich nicht zu einer Anklage, da Kaiser Wilhelm II. Schutz in den Niederlanden gewährt wurde. Seine Auslieferung wurde mit der Begründung abgelehnt, dass kein internationales Strafgericht die Kompetenz besitze, um ein Staatsoberhaupt anklagen zu können¹⁰. Im Übrigen gelang es auch der deutschen Regierung, die Prozesse vor die nationale Gerichtsbarkeit zu ziehen, vor der aber im Endeffekt nur wenige Kriegsverbrecher zur Verantwortung gezogen wurden¹¹. Im Jahre 1920 wurde durch eine vom Völkerbund beauftragte Juristenkommission eine Resolution für die Gründung einer „Haute Cour de Justice Internationale“ erarbeitet, die jedoch vom Völkerbund nicht akzeptiert wurde, da es noch kein allgemein gültiges internationales Strafrecht gebe. Sechs Jahre später wurde auf dem ersten Internationalen Strafrechtskongress der Association Internationale de Droit Pénal zur Frage der Einrichtung eines internationalen Strafgerichtshofes beschlossen, dass eine Kommission ein Statut entwerfen sollte, welches auf zuvor beschlossenen zwölf Thesen basieren sollte; obwohl dieser Entwurf 1928 dem Völkerbund vorgelegt wurde, fand keine

⁸ *Tomuschat*, Nürnberg nach Den Haag, S. 93 (94 f.).

⁹ *Roggemann*, Int. StR, S. 42.

¹⁰ *Ferencz*, S. 2.

¹¹ *Nill-Theobald*, ZStW 1996, 229.

Verhandlung über ihn statt¹². 1937 gab es den nächsten Versuch zur Initialisierung eines – erstmalig ständigen – Strafgerichtshofes. Nach der Ermordung des Königs Alexander I. von Jugoslawien verabschiedete der Völkerbund eine Anti-Terrorismus-Konvention, in dem auch ein Statut zu einem ständigen Internationalen Strafgerichtshof protokolliert wurde¹³. Diese Bemühungen scheiterten jedoch an der mangelnden Ratifizierung der Staaten.

Nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges beschlossen die Siegermächte die Einrichtung eines Internationalen Militärgerichtshofes in Nürnberg zur Ahndung der deutschen Kriegsverbrechen; später wurde auch in Tokio ein Militärgerichtshof zur Ahndung von Kriegsverbrechen der japanischen Streitkräfte eingerichtet. Im Gegensatz zum Nürnberger Tribunal ist das Militärgerichtshof in Tokio jedoch nicht aufgrund eines Vertrages installiert worden, sondern wurde auf Befehl des Oberbefehlshabers der alliierten Truppen im Pazifik eingesetzt¹⁴. Bei diesen Militärgerichtshöfen handelte es sich um Ad-hoc-Gerichte, die in ihrer Zuständigkeit nur für die jeweils einschlägigen Verbrechen zuständig waren und danach aufgelöst wurden. Nach den ersten großen internationalen Prozessen gegen Kriegsverbrecher war die Staatengemeinschaft nunmehr angeregt, diese Errungenschaften fortzusetzen. In der Nachkriegszeit wurden daraufhin große Hoffnungen in die Schaffung eines ständigen Strafgerichtshofs gesetzt¹⁵. Die Völkerrechtskommission wurde angewiesen, anhand der praktischen Erfahrungen in Nürnberg und Tokio ein Internationales Strafgesetzbuch zu entwerfen. Allerdings scheiterten auch diese Bemühungen nicht zuletzt wegen des aufkommenden Ost-West-Konflikts¹⁶.

Erst nach dem Ende des Kalten Krieges kam es zu erneuten ernsthaften Bemühungen. 1989 beauftragte die UN-Generalversammlung die International Law Commission, das Statut eines ständigen Strafgerichtshofes zu erarbeiten¹⁷. Hier zeigte sich, dass viele Regierungen zwar generell der Errichtung eines solchen Strafgerichtshofes positiv gegenüberstanden, aber dennoch den Zeitpunkt noch für verfrüht hiel-

¹² Grebing, GA 1976, S. 97 ff.

¹³ Tomuschat, Nürnberg nach Den Haag, S. 93 (95 f.).

¹⁴ Bassiouni, Vermächtnis von Nürnberg, S. 15.

¹⁵ Schick, AJIL, 1947, 770 (770 ff.); vgl. auch Art. VI Völkermordkonvention vom 9.12.1948 (BGBl. 1954 II, 730, in Kraft getreten am 12.12.1951, 123 Vertragsstaaten).

¹⁶ Tomuschat, Nürnberg nach Den Haag, S. 93 (98).

¹⁷ Resolution 44/39 vom 04. Dezember 1989, UNYB 1989.

ten¹⁸. Durch den seit 1992 im ehemaligen Jugoslawien entfachten Krieg wurde die Notwendigkeit einer internationalen Verfolgung von Kriegsverbrechen immer deutlicher. Im Jahre 1993 wurde durch die Resolution 827 des UN-Sicherheitsrates¹⁹ ein Internationales Strafgericht für das ehemalige Jugoslawien (The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, ICTY, Jugoslawien-Tribunal) errichtet. 1994 folgte dem Jugoslawien-Tribunal das Internationale Strafgericht für Ruanda (International Criminal Tribunal for Rwanda; ICTR) durch die Sicherheitsratsresolution 955²⁰. Ihr jeweiliges Ziel lag in der Verfolgung von Kriegsverbrechern aller Parteien, die schwere Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht begangen hatten²¹. Allerdings handelt es sich auch bei diesen Ad-hoc-Gerichten lediglich um temporäre, auf die jeweilig einschlägigen Verbrechen beschränkte Gerichte, die nach der Durchführung der Verfahren wieder aufgelöst werden²². Ihre Dauer war von der Wiederherstellung des Friedens in den Gebieten abhängig²³.

Zeitgleich begannen die Bemühungen um einen ständigen Internationalen Strafgerichtshof. Die 1989 durch die UN-Generalversammlung beauftragte Ausarbeitung eines Entwurfs für das Statut eines Internationalen Strafgerichtshofs wurde 1994 abgeschlossen²⁴ und der Generalversammlung zugeleitet. Diese beschloss daraufhin, einen Ad-hoc-Ausschuss²⁵ und später dann einen Vorbereitungsausschuss (Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court)²⁶ einzurichten, die den ILC-Entwurf weiter bearbeiten sollten. Noch bevor der endgültige Entwurf des Vorbereitungsausschusses fertig gestellt worden war, berief die Generalversammlung eine Staatenkonferenz für die Zeit vom 15. Juni bis zum 17. Juli 1998 nach Rom ein, auf der ein Vertragswerk mit dem Statut des Internationalen Strafgerichtshofes beschlossen werden sollte. Nach zähen Verhandlungen mit bis zuletzt offenem Ausgang²⁷ nahm diese Konferenz am späten Abend des 17. Juli

¹⁸ *Graefrath*, ZStW 1992, 190 (191).

¹⁹ Resolution 827 vom 25. Mai 1993, UNYB 1993, 440.

²⁰ Resolution 955 vom 8. November 1994, UNYB 1994, 299.

²¹ *Schomburg*, NStZ 1995, 428.

²² Zur umstrittenen Frage nach der Kompetenz für die Errichtung dieser Ad-hoc-Tribunale vgl. *Roggemann*, ZRP 1994, 297 (298) und *Hollweg*, JZ 1993, 980 ff.

²³ *Marx*, KJ 1994, 358 (360).

²⁴ Yearbook of the ILC 1994, Vol. II, Part 2, S. 18 ff.

²⁵ Resolution 49/53 vom 9. Dezember 1994, UNYB 1994, 1285.

²⁶ Resolution 50/46 vom 11. Dezember 1995, UNYB 1995, 1328.

²⁷ *Stoop*, Der Tagesspiegel, 16.7.1998, S. 2.

1998 das Statut des IStGH (StIStGH, Statut) mit der nötigen Zweidrittelmehrheit - jedoch gegen die Stimmen der USA und Chinas - an²⁸.

Am 1. Juli 2002 ist das Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofes in Kraft getreten. Damit wurde erstmals ein ständiger Internationaler Strafgerichtshof errichtet, vor dem schwerste Verbrechen verfolgt werden.

2. Das Rom-Statut vom 17. Juli 1998

Das Statut ist in 13 Teile und 128 Artikel untergliedert. Es definiert die einzelnen Verbrechen, regelt die Zuständigkeit, die Errichtung, den Aufbau und die Finanzierung des Gerichtshofes sowie die allgemeinen Strafrechtsprinzipien, die Strafen, das Strafverfahren, die Strafvollstreckung und die strafrechtliche Zusammenarbeit. Mit hin stellt das Statut in seiner Struktur ein *mixtum compositum* dar, das Elemente sowohl des Gerichtsverfassungsrechts²⁹, des materiellen Strafrechts³⁰ und des Verfahrensrechts³¹ einschließlich des Rechtshilferechts³² enthält. Wie schon in den vorangegangenen Statuten der IStGH von 1993 in Den Haag³³ und von 1994 in Arusha³⁴ fasst das Rom-Statut geltendes internationales Strafrecht und Grundzüge des Verfahrensrechts aus den verschiedenen Rechtskreisen und Rechtsordnungen zusammen, verbindet dabei insbesondere Elemente des Common Law und des kontinental-europäischen Civil Law. Die Verpflichtung, die Gemeinsamkeiten der unterschiedlichen Rechtssystemen zusammen zu tragen, ergibt sich bereits aus der Präambel des Rom-Statuts, denn in Absatz 9 ist als Zweck bestimmt: „for the sake of present and future generations, to establish an independant permanent International Crime Court in relationship with the United Nations, with jurisdiction over the most serious crimes of concern to the international community“³⁵.

²⁸ Erklärungen der USA und Chinas, in: Presseerklärung der Konferenz von Rom (L/ROM/22) vom 17. Juli 1998, Abschnitt: "Explanations of vote",

<http://www.un.org/icc/pressrel/1707prel.htm>.; Presseerklärung der Konferenz von Rom (L/ROM/22) vom 17. Juli 1998, 1. Abschnitt, nonrecorded vote: 120:7:21,

<http://www.un.org/icc/pressrel/1707prel.htm>.

²⁹ vgl. Teil 1 und 4 des Statuts.

³⁰ vgl. Teil 2, 3 und 7 des Statuts.

³¹ vgl. Teil 5, 6, 8 und 10 des Statuts.

³² vgl. Teil 9 des Statuts.

³³ Statute of the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia.

³⁴ Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda.

³⁵ Clark, ZStW 2002, 372.

Der IStGH wurde als ständige Einrichtung in Den Haag installiert. Sein Verhältnis zur UNO wird durch eine Sondervereinbarung zwischen dieser und der Staatenversammlung geregelt. Das Gericht besteht aus der Berufungs-³⁶, Verfahrens-³⁷ und der Vorverfahrensinstanz³⁸. Hinzu kommen der Präsident, die Anklagebehörde und die Registratur.

Grundsätzlich soll die Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofes subsidiär sein³⁹, so dass selbst schwerste Straftaten zunächst von den allgemein zuständigen nationalen Gerichten abgeurteilt werden. *Tomuschat*⁴⁰ kann insoweit nur zugestimmt werden, als er die Subsidiarität des Gerichtshofes begrüßt. Denn zum einen ist das Verfahren auf staatlicher Ebene bei weitem nicht so aufwendig wie ein Verfahren im Rahmen der internationalen Strafgerichtsbarkeit, und zum anderen dient die nationale Aufarbeitung auch der Vergangenheitsbewältigung des jeweiligen Volkes. Letztlich soll der Internationale Strafgerichtshof nur dann eingeschaltet werden, wenn der zuständige Staat entweder unwillig oder unfähig ist, die Strafverfolgung in angemessener Weise zu betreiben. Nach Absatz 10 der Präambel und Artikel 1 IStGH-Statut soll der Gerichtshof die innerstaatliche Strafverfolgung nur ergänzen. Eine Verpflichtung der einzelnen Vertragsstaaten zur nationalen Strafverfolgung der vom Statut erfassten Völkerstraftaten ist im Statut nicht enthalten⁴¹.

Der IStGH ist nur für schwerste Verbrechen zuständig. Diese unterteilen sich in vier Kategorien von Verbrechen: Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und das Verbrechen der Aggression. Insbesondere die Vereinigten Staaten von Amerika vertraten die Ansicht, dass bei der Zuständigkeitsfrage zwischen dem Verbrechen des Völkermordes, den Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen unterschieden werden müsse⁴².

Im Falle des Völkermordes könne die automatische Jurisdiktion hingenommen werden, für die anderen Verbrechen bedürfe es jedoch bestimmter Anknüpfungspunkte, um die Zuständigkeit zu begründen. Vor allem der umfangreiche Katalog der

³⁶ Appeals division.

³⁷ Trial division.

³⁸ Pre-trial division.

³⁹ Grundsatz der Komplementarität; vgl. Art. 1, Art. 17-19.

⁴⁰ *Tomuschat*, Friedenswarte, 335 (342).

⁴¹ *Werle*, JZ 2001, 885 (886 f.).

⁴² *Hokena*, 3. Teil, 3. Kapitel, B I 1.

Kriegsverbrechen erschien den Vereinigten Staaten von Amerika – aufgrund ihrer Weltmachtrolle und den damit verbundenen häufigen militärischen Auslandseinsätzen – als strukturelle Bedrohung der Angehörigen ihrer Streitkräfte⁴³. Unerfreulich stellt sich die in der Folge der kontroversen Diskussion um den umfangreichen Katalog der Kriegsverbrechen entstandene Übergangsregelung des Artikel 124⁴⁴ des Statuts dar, der zufolge ein Staat durch einseitige Erklärung die Anwendbarkeit des Statuts auf Kriegsverbrechen für zunächst eine Dauer von sieben Jahren ausschließen kann, wenn die den Gegenstand der strafrechtlichen Vorwürfe bildende Tat entweder auf seinem Staatsgebiet oder von seinem Staatsangehörigen begangen worden ist⁴⁵.

Als Gründe für die Errichtung eines Internationalen Strafgerichtshofes werden in erster Linie angeführt, dass einzig durch die Ahndung von Kriegsverbrechen auf internationaler Ebene das verletzte Normbewusstsein wiederhergestellt werden könne, wenn die nationale Gerichtsbarkeit diesbezüglich keinen Erfolg verbuche, und etwaige Straftäter auch nur dann abgeschreckt würden, wenn die angedrohten Strafen auch wirklich verhängt und durchgesetzt würden⁴⁶. Weiterhin könne nur auf diesem Wege Einheitlichkeit und weitestgehende Objektivität bei der Rechtsanwendung erzielt werden, resultiere aus der Beeinträchtigung der nationalen Souveränität zugleich ein Gewinn an internationaler Kooperation⁴⁷ und könne dem Vorwurf des Verstoßes gegen das Rückwirkungsverbot entgegengetreten werden, wenn die anzuwendenden Bestimmungen bereits von vornherein normiert seien⁴⁸. Für eine ausführliche Darstellung des Statuts und der allgemeinen Grundsätze, die vorliegend

⁴³ *Tomuschat*, Friedenswarte, S. 335 (336).

⁴⁴ „Notwithstanding article 12, paragraphs 1 and 2, a State, on becoming a party to this Statute, may declare that, for a period of seven years after the entry into force of this Statute for the State concerned, it does not accept the jurisdiction of the Court with respect to the category of crimes referred to in article 8 when a crime is alleged to have been committed by its nationals or on its territory. A declaration under this article may be withdrawn at any time. The provision of this article shall be reviewed at the Review Conference convened in accordance with article 123, paragraph 1.”

⁴⁵ Insbesondere die USA, China und Indien erhoben Einwände gegen den Katalog der Kriegsverbrechen.

⁴⁶ *Ostendorf*, ZRP 1996, 467.

⁴⁷ *Graefrath*, ZStW 1992, 190 (192).

⁴⁸ *Roitzheim*, DRiZ 1996, 389 (391).

nur schemenhaft angedeutet wurden, wird auf die ausführlichen Darstellungen von u. a. *Ambos*⁴⁹ und *Tomuschat*⁵⁰ sowie *Bassiouni*⁵¹ verwiesen.

III. Überblick über die einzelnen Verbrechenstatbestände des Rom-Statuts

Im Folgenden werden die einzelnen Verbrechenstatbestände deshalb nur oberflächlich skizziert, um einen Gesamteindruck zu gewährleisten, bevor eingehend auf die Kernproblematik dieser Arbeit eingegangen wird⁵². Wie bereits dargestellt, ist der IStGH nur für schwerste Verbrechen von internationaler Bedeutung zuständig. Nach Artikel 5 des Statuts⁵³ fallen in die Gerichtsbarkeit des Internationalen Strafgerichtshofes der Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Verbrechen der Aggression. Für die letzte Gruppe wird allerdings in Absatz 2 festgelegt, dass die Ausübung der Gerichtsbarkeit von der Annahme einer erst noch zu erstellenden Definition der einzelnen Tatbestände für diese Verbrechensgruppe und einer Vereinbarung über die Umstände ihrer Handhabung abhängt, vgl. Artikel 5 Absatz 2 des Statuts⁵⁴. Die einzelnen Verbrechen werden - mit Ausnahme des Tatbestandes der Aggression - im Statut sehr detailliert definiert, wodurch ein wichtiger Schritt zur Schaffung von völkerrechtlichen Straftatbeständen im Sinne der kontinentaleuropäischen Auffassung des Gesetzlichkeitsgrundsatzes getan wird⁵⁵.

Der in Artikel 6 des Statuts kodifizierte Tatbestand des Völkermords geht auf die Völkermordkonvention der UN⁵⁶ zurück. Der subjektive Tatbestand setzt den Willen voraus, „eine nationale, ethnische, rassische oder religiöse Gruppe [...] zu zerstören⁵⁷“. Darunter ist die Tötung von Mitgliedern einer Gruppe, die Auferlegung von Lebensbedingungen, die zur körperlichen Zerstörung führen, sowie Geburtenverhinderung und gewaltsame Überführung von Kindern in eine andere Gruppe zu subsu-

⁴⁹ *Ambos*, NJW 1998, 3743 (3743).

⁵⁰ *Tomuschat*, Friedenswarte, S. 335 (335).

⁵¹ *Bassiouni*, CJIL, 443 ff.

⁵² *Triffterer*, Commentary on the Rome Statut, Observers' Notes, Article by Article, mwN.

⁵³ „Crimes within the jurisdiction of the Court“.

⁵⁴ *Triffterer*, IStGH, 493 (530).

⁵⁵ *Weigend*, S. 1375 (1385).

⁵⁶ Resolution 96² vom 11.12.1946.

⁵⁷ Extermination of a large group of people (particularly those belonging to a certain race, religion etc.); *Lemkin* ist jedoch der Auffassung, dass der Genozid nicht notwendigerweise die Ausrottung beinhaltet. Vielmehr sei typischerweise eine Einteilung in zwei Phasen geboten: „the destruction of the cultural and social life of the ‚oppressed group‘ and the imposition of the national pattern of the ‚oppressor‘; zitiert nach *Lippmann*, Matthew „Genocide“ in: International Criminal Law I, Crimes, S. 589 (590).

mieren. Allerdings ist der Begriff des Völkermordes ungenau und der Terminus Genozid daher vorzugswürdig⁵⁸. Denn aus dem Gesagten geht hervor, dass gerade nicht die Ermordung des ganzen Volkes erforderlich ist, sondern auch die Tötung von Mitgliedern eines Volkes bzw. Rasse oder Gruppe von dem Tatbestand erfasst werden sollen. Der Tatbestand des Genozids ist sicherlich das Kernstück der kodifizierten Verbrechen. Eine dahingehende Einigung war für das Statut von elementarer Bedeutung.

In den Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit fallen alle Handlungen, die während eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung begangen werden, vgl. Artikel 7 des Statuts. Darunter fallen beispielsweise die Ausrottung, Versklavung, Vertreibung, Folter, sexuelle Sklaverei, Zwangssterilisation, Nötigung zur Prostitution oder das Verbrechen der Apartheid, wobei sich das Verbrechen der Apartheid nicht auf Südafrika beschränkt, sondern es hierbei um institutionalisierte Unterdrückungssysteme einer ethnischen Gruppe innerhalb eines Systems geht, mit dem Ziel, das System zu erhalten.

Der Katalog der Kriegsverbrechen ist äußerst umfangreich, vgl. Artikel 8 des Statuts. Insbesondere werden schwere Verletzungen des Genfer Abkommens von 1949 wie die vorsätzliche Tötung, Folter oder das Aneignen von Eigentum, von dem Katalog der Kriegsverbrechen erfasst. Des Weiteren werden hier andere schwere Verstöße gegen das Völkerrecht im internationalen bewaffneten Konflikt geahndet.

Das Verbrechen der Aggression war einer der großen Streitpunkte auf der Konferenz von Rom. Schon die Planungen für einen Internationalen ständigen Strafgerichtshof Anfang der fünfziger Jahre wurden offiziell aufgrund des ungeklärten Abschnitts der Verbrechen der Aggression aufgegeben. Das Verbrechen der Aggression wurde letztlich trotz großer Widerstände aufgenommen. Im Siracusa-Entwurf des Statuts eines Internationalen Strafgerichtshofes steht ein erster Entwurf einer Definition des Tatbestandes der Aggression. Danach liegt ein strafbares Aggressionsdelikt vor, wenn ein Anführer oder Organisator einen Akt gegen einen Staat im Widerspruch zur Charta der Vereinten Nationen plant, begeht oder befiehlt, der die Souveränität, territoriale Integrität oder politische Unabhängigkeit bedroht, und dabei ungerechtfertigt mit Waffengewalt in das Territorium eines Staates eindringt, die Zivilbevölkerung angreift, das Territorium eines Staates im Anschluss an eine Invasion

⁵⁸ Genozid: zusammengesetzt aus *genos* (gr.: Rasse; Stamm) und *cide* (lat.: *caedere*: töten).

mit Waffengewalt militärisch besetzt, das Territorium oder einen Teil eines Staates annektiert, Bomben oder andere Zerstörungswaffen gegen das Territorium eines Staates richtet oder Häfen oder Küsten eines Staates blockiert⁵⁹.

B. Dogmatik des Völkerstrafrechts

I. Begriffsbestimmung „Völkerstrafrecht“

Auf den ersten Blick mag es vielleicht überraschen, dass im Völkerrecht, das zur Regelung des Umgangs zwischen souveränen Staaten entwickelt worden ist, überhaupt ein Strafrecht vorhanden sein soll. Bei genauerer Betrachtung lässt sich dieses Teilgebiet als Mittel zum Schutz hochwertiger Rechtsgüter gegen besonders schwerwiegende Verletzungen auch im Völkerrecht nicht leugnen. Wenn das Strafrecht bereits in allen nationalen Rechtsordnungen als kriminalpolitisch unverzichtbar angesehen wird, sind gegen dieses Teilgebiet im Völkerrecht keine ernsthaften Bedenken erkennbar. Der Gedanke eines unmittelbar dem Völkerrecht angehörenden und über den Staaten stehenden Strafrechts reicht bis in die Naturrechtslehre des 16. Jahrhunderts zurück⁶⁰.

Die aktuelle Epoche des Völkerstrafrechts setzte nach zunächst gescheiterten Bemühungen zwischen den beiden Weltkriegen mit dem Londoner Abkommen vom 08.08.1945 ein⁶¹. Darin wurde die Bestrafung der Hauptverantwortlichen wegen Verbrechen gegen den Frieden, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit von den Siegermächten und weiteren 19 Staaten, die dem Abkommen später beitraten, vereinbart. Seit dem Zweiten Weltkrieg hat sich die Bezeichnung „Völkerstrafrecht“ immer mehr für solche strafrechtlichen Normen durchgesetzt, in denen festgelegte Verhaltensweisen unmittelbar für strafbar erklärt werden⁶². Sie sind damit für internationale Gerichte unmittelbar anwendbares Recht.

Die Aufgabe des Strafrechts, mithin auch des Völkerstrafrechts, ist vor allem darin zu sehen, das Zusammenleben der Menschen im Sozialgefüge und damit das Funktionieren der Gesellschaft an sich zu schützen und dies notfalls mit Mitteln der strafrechtlichen Sanktion zu sichern. Die vorherrschende Intention des Völkerstrafrechts liegt darin, international geschützte Rechtsgüter durch den Einsatz völkerstrafrecht-

⁵⁹ Roggemann, Int. StR, S. 41.

⁶⁰ Jescheck/ Weigend, § 14, II 1.

⁶¹ ebd.

⁶² Triffterer, IStGH, 493 (500).

licher Strafnormen zu wahren⁶³. Neben der präventiven Wirkung verfolgt das Völkerstrafrecht auch einen weiteren Zweck: die Sicherung des Weltfriedens sowie die Erhaltung bzw. die Wiederherstellung der nationalen und internationalen Rechtsordnung.

Schwerste Verstöße gegen das Völkerstrafrecht bringen Verletzungen besonders schützenswerter Rechtsgüter mit sich und betreffen daher nicht nur Täter und Opfer, sondern häufig auch die Weltgemeinschaft als Ganzes. Dies erfordert eine Sanktionierung der Verbrechen. Vor dem Hintergrund von sozialpolitischen und sozialgesellschaftlichen Problemstellungen kann der innere Friede und damit letztlich auch die äußere Friedensfähigkeit der Gesellschaft nur gewahrt oder wieder gewonnen werden, wenn begangenes Unrecht auch angemessen sanktioniert wird.

Völkerstrafrecht im formellen Sinne kann heute als die Gesamtheit aller völkerrechtlichen Normen strafrechtlicher Natur, die an ein bestimmtes Verhalten, namentlich das internationale Verbrechen, bestimmte, typischerweise dem Strafrecht vorbehaltenen Rechtsfolgen knüpfen und die als solche unmittelbar anwendbar sind, beschrieben werden⁶⁴. Es handelt sich um eine Kombination aus strafrechtlichen und völkerrechtlichen Grundsätzen. Während der Kerngedanke der individuellen Verantwortlichkeit und der Vorwerfbarkeit eines bestimmten Verhaltens dem Strafrecht entstammen, sind die klassischen Straftatbestände formal dem Völkerrecht zuzuordnen⁶⁵. Im Rom-Statut wurde letztlich nicht nur das Völkerstrafrecht als Strafrechtssystem der Völkergemeinschaft kodifiziert, sondern überdies wurde sein Regelungsbereich über die materiellrechtlichen Grundlagen hinaus auf Nebengebiete⁶⁶, das Strafprozessrecht und gerichtsorganisatorische Fragen erweitert.

II. Strafrechtsdogmatik der allgemeinen Verbrechenslehre in der Bundesrepublik Deutschland

Um die Dogmatik des Völkerstrafrechts zu veranschaulichen, bedarf es zunächst der Darstellung der bundesdeutschen Strafrechtsdogmatik. Um die Straftat als Ganzes durch allgemeine Merkmale theoretisch zu erfassen, wird das Verbrechen als eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaftige Handlung definiert⁶⁷. Man spricht

⁶³ Bremer, S. 47; BVerfG 45, 187, 255 ff.

⁶⁴ Triffterer, Völkerstrafrecht, S. 35 ff.; Ambos, Völkerstrafrecht, § 1 I 1.

⁶⁵ Ambos, Völkerstrafrecht, § 1 I 1.

⁶⁶ Sanktionsrecht, Strafvollzug, strafrechtliche Zusammenarbeit und Rechtshilfe.

⁶⁷ Z.B.: Schönke/ Schröder- Lenckner/ Eisele, Vor. §§ 13 ff. Rnr. 12.; Roxin S. 149; Gallas, ZStW 1955, 2ff.; RG 61 247; ; 66 397, BGHSt 1 132; 2 195; 9 375.

hier auch von „Stufen des Verbrechensaufbaus“, dessen Stufen von der Wissenschaft in einem jahrzehntelangen Diskussionsprozess entwickelt wurden⁶⁸. Die Tatbestandsmäßigkeit der Handlung bedeutet nach *Kühl*⁶⁹, dass sie mit den vom Gesetz umschriebenen Merkmalen eines bestimmten Deliktstypus übereinstimmt; die Rechtswidrigkeit bezeichnet das den Widerspruch zu den generellen Verhaltensanforderungen des Rechts ausdrückende negative Werturteil über die Tat. Die Schuld betrifft den Umstand, aufgrund dessen dem Täter aus seiner Tat ein Vorwurf gemacht werden kann. Die tragenden Begriffe des Verbrechensaufbaus wurden auch vom Gesetzgeber in den Allgemeinen Teil des StGB aufgenommen. In mehreren Vorschriften wird ausdrücklich an den Terminus „Tatbestand“ angeknüpft⁷⁰. Der Gesetzgeber definiert in § 11 I Nr. 5 StGB die „rechtswidrige Tat“. Ebenso ist die Unterscheidung zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen im Allgemeinen Teil des StGB fixiert.

Umstritten ist das Verhältnis von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit. Während die wohl h. M. entsprechend der Definition des Verbrechens als einer tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaften Handlung einen dreistufigen Verbrechensaufbau vertritt⁷¹, geht ein Teil der Lehre bei den negativen Tatbestandsmerkmalen von einem gesamten Unrechtstatbestand aus, welcher sich aus der Tatbestandsmäßigkeit und der Schuld ergibt. Folglich führt dies zu einem zweistufigen Verbrechensaufbau⁷².

Im Wesentlichen unbestritten ist in der Bundesrepublik Deutschland die Notwendigkeit einer Trennung von Rechtswidrigkeit und Schuld.

Ein tatbestandsmäßiges Verhalten ist rechtswidrig, wenn nicht ein Rechtfertigungsgrund die Rechtswidrigkeit ausschließt. Nach *Roxin*⁷³ kann man anstelle von Rechtfertigungsgründen auch von „Unrechtsausschlussgründen“ sprechen. Insbesondere liegt in der Zubilligung eines Rechtfertigungsgrundes nicht die Aussage, dass das gerechtfertigte Verhalten positiv zu bewerten sei.

⁶⁸ *Roxin*, S. 149.

⁶⁹ *Lackner/ Kühl- Kühl*, vor § 13, Rnr. 6.

⁷⁰ vgl. §§ 13, 16, 22 StGB.

⁷¹ U.a. *Schönke/ Schröder- Lenckner/ Eisele*, Vor. §§ 13 ff. Rnr. 15 ff. m.w.N.; *Dreher*, in: FS Heinitz, S. 207 (217 ff.); *Gallas*, ZStW 1955, 1 (19, 27); *Herzberg*, JA 1986, 190 (192); *Lackner/ Kühl- Kühl*, vor § 13, Rn. 6, 17; *Roxin*, ZStW 1962, 515 (536).

⁷² U.a. *Engisch*, ZStW 1958, 566 (583 ff.); *Kaufmann*, ZStW 1964, 543 (564 ff.); *Lange*, JZ 1953, 9; *Schaffstein*, ZStW 1960, 369 (386 ff.); *Schünemann*, GA 1985, 341 (348 ff.); vgl. *Schönke/ Schröder- Lenckner/ Eisele*, Vor. §§ 13 ff., Rn. 15 ff. m.w.N.

⁷³ Beispielsweise *Roxin*, S. 501; *Schönke/ Schröder- Lenckner/ Eisele*, Vor. §§ 13 ff. Rnr. 61.

Die Schuld bezeichnet nach der Rechtswidrigkeit eine weitere und im Regelfall die Strafbarkeit auslösende Bewertung im Rahmen des Verbrechenbaus. Die strafrechtliche Schuld bezieht sich auf Rechtsnormen und ist als Rechtsschuld und nicht etwa sittliche Schuld zu qualifizieren⁷⁴. Gegenstand des strafrechtlichen Vorwurfs ist ein Mangel an Rechtsgesinnung. Zutreffend ist indessen, dass die durch das Strafrecht geschützten Gebote und Verbote weitgehend mit den Normen der Sittlichkeit übereinstimmen; zwingend ist dies jedoch nicht. Beide Ordnungen sind voneinander unabhängig, so dass Rechtsnormen auch dann verbindlich sind, wenn sie von Einzelnen nicht als sittliche Pflichten empfunden werden⁷⁵. Für die Verpflichtung zum Rechtsgehorsam – soweit man die höchstrichterliche Rechtsprechung und herrschende Meinung in der wissenschaftlichen Literatur unterstellt – genügt es, wenn der Rechtsunterworfenen erkennt, dass die Strafvorschrift von den zur Gesetzgebung berufenen Verfassungsorganen in dem vorgeschriebenen Verfahren erlassen worden ist und einer gerechten Ordnung des Gemeinschaftslebens dienen soll.

III. Dogmatik des materiellen allgemeinen Völkerstrafrechts im Rahmen des Rom-Statuts

1. Individuelle Verantwortlichkeit

Die persönliche strafrechtliche Verantwortlichkeit wirkt nach Artikel 25 Absatz 1 und 2 des Statuts haftungsbegründend. Als Täterschaftsformen werden im Statut die Alleintäterschaft, die Mittäterschaft und die mittelbare Täterschaft anerkannt, vgl. Artikel 25 Absatz 1 und 2 des Statuts. Im Falle der Mittäterschaft und der mittelbaren Täterschaft ist die Strafbarkeit des anderen ohne Bedeutung. Das Anordnen, Auffordern, die Beihilfe oder das Anstiften zu einer vollendeten oder versuchten Tat sind als Teilnahmeformen anerkannt, vgl. Artikel 25 Absatz 3 lit. b, c des Statuts. Ferner wird ein sonstiger Tatbeitrag zur Begehung oder zur versuchten Begehung eines Verbrechens durch eine Personengruppe, die aufgrund eines gemeinsamen Zwecks handelt, unter Strafe gestellt, vgl. Artikel 25 Absatz 3 lit. d des Statuts. Ein solcher Tatbeitrag muss absichtlich und mit dem Ziel, die kriminelle Tätigkeit bzw. den kriminellen Zweck der Personengruppe zu fördern, oder in Kenntnis der verbrecherischen Absicht dieser Gruppe vorgenommen werden⁷⁶. Die direkte und öffentli-

⁷⁴ Exemplarisch: *Jescheck/ Weigend*, § 38 I 1; *Schönke/ Schröder- Lenckner/ Eisele*, Vor. §§ 13 ff. Rnr. 103, 104; *Lackner/ Kühl*, vor § 13, Rnr. 22 ff.; BGHSt 2, 200.

⁷⁵ ebd.

⁷⁶ *Ambos*, ZStW 1999, 175 (186).

che Aufstachelung zur Tatbegehung wird lediglich hinsichtlich des Genozids unter Strafe gestellt.

Des Weiteren wird auch der Versuch unter Strafe gestellt, wobei auch die Definition des Versuchsbeginns im Wesentlichen dem der deutschen Lehre entspricht, wobei zudem der Rücktritt vom Versuch als Strafaufhebungsgrund anerkannt ist, vgl. Artikel 25 Absatz 3 lit. f des Statuts („taking action that commences its execution by means of a substantial step“).

Die eigenständige Strafbarkeit des Unterlassens wird im Rom-Statut nicht geregelt, da dessen Voraussetzungen nicht konsensfähig waren⁷⁷. Allerdings ist eine auch grob fahrlässige Unterlassungshaftung für militärische und zivile Vorgesetzte festgesetzt für den Fall, dass diese nichts gegen Verbrechen ihrer Untergebenen unternommen haben, vgl. Artikel 28 des Statuts, sog. „command responsibility“.

Die im Rom-Statut festgelegten Verbrechen müssen mit Wissen („knowledge“) und Willen („intent“) begangen worden sein, vgl. Artikel 30 des Statuts. Die unter Wissen und Willen anzusiedelnden, schwächeren Formen des *dolus eventualis* und der „recklessness“⁷⁸ wurden nicht berücksichtigt⁷⁹. Über diese Vorsatzformen konnte im Rahmen der Verhandlungen kein Konsens erzielt werden. Außerdem bestand aber auch die Vorstellung, dass es dieser Vorsatzformen mangels Erwähnung bei den Verbrauchensstatbeständen nicht bedarf⁸⁰.

Versuche Frankreichs, auch eine Völkerstrafbarkeit juristischer Personen zu verankern, scheiterten allerdings. Dies korrespondiert mit Artikel 9 IMT-Statut, der ebenfalls die Strafbarkeit natürlicher Personen wegen ihrer Mitgliedschaft in kriminellen Vereinigungen und nicht die von juristischen Personen zum Gegenstand hatte⁸¹.

2. Dogmatische Einordnung - Defences

Der Begriff der Defence stammt aus dem Common Law und umfasst Umstände, die im weitesten Sinne geeignet sind, die Voraussetzungen der individuellen Verant-

⁷⁷ Ambos, Völkerstrafrecht, § 15 I.

⁷⁸ „recklessness“ ist ein aus dem amerikanischen Strafrecht stammender erhöhter Grad der Fahrlässigkeit im Sinne der bewussten Fahrlässigkeit in Abgrenzung zur unbewussten Fahrlässigkeit.

⁷⁹ Ambos, NJW 1998, 3743 (3744).

⁸⁰ Ambos, ZStW 1999, 175 (188).

⁸¹ Kreß, HuV-I 1999, 4 (5).

wortlichkeit auszuschließen⁸². Der Begriff der Defence kann sowohl im weiteren als auch im engeren Sinne verstanden werden⁸³. Die weite Begriffsdefinition umfasst dabei alle nur denkbaren Umstände des materiellen und prozessualen Strafrechts, die der Verurteilung des Täters entgegenstehen können. Demgegenüber ist die Strafbarkeit des Täters nach der engen Begriffsdefinition ausgeschlossen, wenn materielle Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgründe entgegenstehen.

Mithin werden einerseits von dem Begriff der Defences nicht etwa ausschließlich Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe erfasst⁸⁴. Unter Defences im weiten Sinne werden vielmehr alle Gründe verstanden, deren Vorliegen zum Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit führen. Somit ist diese weite Begriffsdefinition der Defences weitgehender als die in der Bundesrepublik Deutschland maßgebliche Bestimmung der Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe. Entgegen der wortgetreuen Übersetzung des Begriffes Defence als „Verteidigungseinrede“⁸⁵ kann man nach *Ambos*⁸⁶ von „Verantwortlichkeits- oder Bestrafungsausschließungsgründen“ oder nach *Eser*⁸⁷ von „materiellen und prozessualen Strafbarkeitshindernissen“ sprechen. Freilich ist die Begriffsweite der Defences mit einer gewissen Strukturlosigkeit verbunden oder - wie es *Eser*⁸⁸ nennt - „erkauft“; denn mit dem Terminus ist lediglich ausgesagt, dass bei Vorliegen einer Defence die Bestrafung eines Verbrechens ausgeschlossen ist; eine Bewertung der Tat erfolgt nicht. *Gimbernat Ordeig*⁸⁹ sieht Vorzüge der dogmatischen Einordnung gegenüber Staaten mit einem weniger differenzierten Verbrechenbau und fasst sie wie folgt zusammen: „Indem die Strafrechtsdogmatik Grenzen setzt und Begriffe bildet, ermöglicht sie eine sichere und berechenbare Anwendung des Strafrechts und entzieht es der Irrationalität, der Willkürlichkeit und der Improvisation. Je ärmer die Entwicklung einer Dogmatik, desto unvorhersehbarer die Entscheidungen der Gerichte ...“.

⁸² *Nill-Theobald*, Defences, S. 57.

⁸³ *Nill-Theobald*, ZStW 1997, 950 (955).

⁸⁴ Der Verfasser verzichtet auf eine Unterscheidung zwischen Schuldtausschließungsgründen und Entschuldigungsgründen. Insoweit ist auf die umfangreiche Literatur, insbesondere auf *Lackner/ Kühl*, vor § 32, Rnr. 108 ff. und den LK- *Spendel*, vor § 32, Rnr. 182 zu verweisen.

⁸⁵ vgl. Babylon Translation Software.

⁸⁶ *Ambos*, Völkerstrafrecht, § 1 IV 2a.

⁸⁷ *Eser*, S. 755.

⁸⁸ ebd.

⁸⁹ *Gimbernat Ordeig*, ZStW 1970, 379 (405).

Hinsichtlich der engen Begriffsinterpretation lassen sich indes Parallelen zum deutschen Strafrecht ziehen. Allerdings wäre es verfehlt, sämtliche Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe als Defence im engeren Sinne zu verstehen. Der Begriff der Defences wurde jedoch im Statuttext aufgrund der seit jeher strittigen Frage der konzeptionellen Unterschiede, insbesondere zwischen den Common Law- und den kontinentaleuropäischen Civil Law-Ländern, ob zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen zu differenzieren sei, bewusst vermieden⁹⁰. In Artikel 31 des Statuts heißt es hingegen in der englischen Originalfassung „Grounds for excluding criminal responsibility“. Dies lässt darauf schließen, dass nur Defences im engeren Sinne, mithin materielle Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgründe erfasst werden⁹¹.

Hinsichtlich des Ausschlusses der strafrechtlichen Verantwortlichkeit besteht keine der deutschen Terminologie entsprechende Unterscheidung zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen. Artikel 31 des Statuts ist mit dem neutralen Titel „Gründe für den Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit“⁹² überschrieben. Daraus ergibt sich ein grundsätzlich zweistufiger Verbrechenbau, der lediglich zwischen individueller Verantwortlichkeit und den möglichen Gründen ihres Ausschlusses differenziert⁹³.

Dieser Aufbau unterscheidet sich grundlegend von dem in der Bundesrepublik Deutschland herrschenden Verbrechenbau, der dreigliedrig zwischen Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld bzw. zweigliedrig zwischen Unrecht und Schuld unterscheidet⁹⁴. Allerdings kannte auch das deutsche Strafrecht lange Zeit keine Unterscheidung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung. Diese Unterscheidung war noch dem Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich aus dem Jahre 1871 fremd. Die nunmehr bekannte Differenzierung erlangte erst zu Beginn des 20. Jahrhunderts durch *Belings* „Lehre vom Verbrechen“ Bedeutung⁹⁵.

⁹⁰ *Ambos*, Völkerstrafrecht, § 22 I 1.

⁹¹ Triffterer- *Eser*, Commentary on the Rome Statute, art. 31, Rnr. 15; *Ambos*, Völkerstrafrecht, § 1 IV 2a.

⁹² „Grounds excluding criminal responsibility“.

⁹³ *Ambos*, Völkerstrafrecht, § 1 IV 2a.

⁹⁴ Bsp. *Perron*, S. 229 f.; / *Schröder- Lenckner/ Eisele*, Vor. §§ 13 ff. Rnr. 16.; *Lackner/ Kühl*, vor § 32, Rnr. 6; *Roxin* S. 233; *Tröndle/ Fischer*, vor § 13 Rnr. 27; *Gallas*, ZStW 1955, 19ff.

⁹⁵ *von Beling*, Die Lehre vom Verbrechen.

Die Unterscheidung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung ist als eine begrifflich und theoretische Unterscheidung zu charakterisieren. Die Unterscheidung ist nicht etwa naturrechtlich begründbar, sondern dürfte vielmehr von kulturellen Voraussetzungen abhängen⁹⁶. Allgemein betrachtet kann man eine Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld erwarten, wenn eine Strafrechtsordnung ein differenziertes begriffliches System kennt, mithin wenn ein komplexer Allgemeiner Teil des Strafrechts vorhanden ist. Umso weiter der Allgemeine Teil ausdifferenziert ist, desto höher wird die Wahrscheinlichkeit einer Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld bzw. zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung sein⁹⁷. Ebenso verhält es sich im Falle der Trennung des materiellen vom formellen Strafrecht. Sind materielles Strafrecht und Strafverfahrensrecht voneinander getrennt, so ist eine analytische und begriffliche Konstruktion des Allgemeinen Teils begünstigt⁹⁸.

Eine enge Verknüpfung von materiellem und formellem Strafrecht favorisiert hingegen ein ergebnisorientiertes Strafrechtssystem. Sowohl die Existenz und die Ausdifferenzierung eines Allgemeinen Teils als auch die Trennung von materiellem Strafrecht und Strafverfahrensrecht stehen ihrerseits in direkter Korrelation zum Grad der Professionalisierung derjenigen Personen, die das Strafrecht anwenden⁹⁹. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Komplexität eines ausdifferenzierten Allgemeinen Teils nur dort überleben kann, wo sie in der Anwendung des Strafrechts verarbeitet werden kann. Infolgedessen steht eine hohe Bedeutung von Laienrichtern in der Strafgerichtsbarkeit einem differenzierten und begriffsorientierten Allgemeinen Teil entgegen.

Letztlich unterliegt eine auf einem ausdifferenzierten und begriffsorientierten Allgemeinen Teil beruhende richterliche Entscheidung einem erhöhten Maß der begrifflichen Kontrolle. Die Begründungslast des Strafrichters ist demnach umso höher, je mehr die Entscheidung an einem formulierten Entscheidungsprogramm nachgeprüft werden kann¹⁰⁰.

Nach alledem - ohne diese Frage abschließend und umfangreich beantworten zu können, da diesbezügliche Überlegungen vorliegend zu weit führen würden - kommt

⁹⁶ Hassemer, Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 184.

⁹⁷ Im Umkehrschluss dazu: Fincke, S. 8 ff., 18 ff.

⁹⁸ Hassemer, Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 186.

⁹⁹ Luhmann, S. 136 f., 210 ff.

¹⁰⁰ Hassemer, Strafrecht, S. 92 ff.

eine Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld bzw. Rechtfertigung und Entschuldigung den Interessen der Strafrechtswissenschaft an Systematisierung und dem Interesse des Beschuldigten aufgrund der Nachprüfbarkeit von richterlichen Entscheidungen entgegen. Allerdings kann ein Plädoyer für eine ausdifferenzierte Strafrechtsordnung nicht ohne Rücksicht auf die Organisation dieser Strafrechtsordnung (z.B. Einsatz von Laienrichtern) erfolgen.

Die vorstehenden Ausführungen sollen indes zu dem Verständnis der Gründe der verschiedenen Kodifizierungen und Interpretation des Handelns auf Befehl in den verschiedenen Rechtsordnungen beitragen.

3. Defences

Vorab stellt sich die Frage, ob Defences im Hinblick auf den begrenzten Katalog der Verbrechenstatbestände - Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Verbrechen der Aggression - überhaupt in Frage kommen, um gegebenenfalls die Straflosigkeit des Handelnden nach sich zu ziehen. Allerdings kollidiert auch im Falle des Völkerstrafrechts die Frage der Gerechtigkeit mit der Frage der Gesetzlichkeit. Aus diesem Grunde kann trotz der emotional verständlichen Gründe auch im Völkerstrafrecht nichts anderes gelten.

Die Artikel 31 - 33 des Statuts regeln die materiellen Gründe für einen Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Der in Artikel 32 des Statuts geregelte Irrtum und das in Artikel 33 des Statuts kodifizierte Handeln auf Befehl werden explizit geregelt. Darüber hinaus werden weitere, nicht abschließende Gründe für einen Ausschluss der Strafbarkeit geregelt. Ferner verweist Artikel 31 Absatz 3 des Statuts auf die Vorschrift des Artikels 21 des Statuts (anwendbares Recht), so dass dem Internationalen Strafgerichtshof bei der Heranziehung weiterer Defences, insbesondere unter Berücksichtigung allgemeiner Rechtsgrundsätze, ein erheblicher Spielraum zugestanden wird.

C. Entwicklungsgeschichte

Die Berufung auf ein Handeln auf Befehl gilt als klassischer Einwand in Verfahren wegen Kriegsverbrechen. Nicht wenige Kriegsverbrecher machen geltend, dass sie nur reine Befehlsempfänger gewesen seien und keine andere Möglichkeit gehabt hätten, als dem Befehl zu folgen. Zum besseren Verständnis der Vorschrift soll zu-

nächst auf die Entwicklungsgeschichte und sodann auf die deutsche und völkerrechtliche Rechtslage eingegangen werden.

Der Problematik der „superior order“ kam vor Ausbruch des Ersten Weltkrieges nur geringe Bedeutung zu. Dies lag insbesondere an der bis dahin geltenden act-of-state doctrine, wonach für Kriegsrechtsverletzungen nur die kriegführenden Staaten zur Verantwortung gezogen wurden¹⁰¹. Auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Einzelnen kam es dementsprechend nicht an. Auch fand die Vereinbarung von Amnestieklauseln in Friedensverträgen mit der Entwicklung des modernen Völkerrechts eine fortwährende Verbreitung¹⁰². Allerdings besagt dies nicht, dass das Handeln auf Befehl unbeachtet geblieben wäre. Die Völkerrechtswissenschaft hat sich seit ihren klassischen Anfängen mit dem Phänomen des Tätigwerdens auf höheren Befehl auseinandergesetzt¹⁰³. Die Auffassungen hinsichtlich dieser Frage waren seit jeher äußerst umstritten.

I. Die bedingte Gehorsamspflicht

Bereits im Jahre 1563 befasste sich *Belli* (1502 - 1575), Rechtsberater Phillips II. und des Herzogs von Savoyen, mit der Frage, ob blinder Gehorsam gegenüber einem Fürsten auch dann bestehe, wenn dieser einen ungerechten Krieg unternahme¹⁰⁴. Im Ergebnis soll der Untertan den Befehl seines Souveräns befolgen und in den Krieg ziehen. Dies gelte jedoch nicht, wenn die Ungerechtigkeit des Kriegsgroundes offenbar sei¹⁰⁵. Es bestehe die Regel, dass Gott mehr zu gehorchen sei als den Menschen. Dies sei eine Frage von Recht und Unrecht und nicht von Zweckdienlichkeit und Unzweckmäßigkeit¹⁰⁶.

In dem 1582 von *Balthazar Ayala* (1548 - 1584), Rechtsberater bei der königlichen Armee der Niederlande, erschienenen Werk „De jure et officiis bellicis et disciplina militari libri III“ pflichtet dieser den Ausführungen von *Belli* bei. Er ist der Auffassung, dass der Soldat am Krieg teilnehmen könne, ohne eine Sünde zu begehen,

¹⁰¹ *Eser*, S. 758.

¹⁰² *Korte*, S. 26

¹⁰³ *Fuhrmann*, S. 24.

¹⁰⁴ *Belli*, Pars II, Cap. II, 1f.

¹⁰⁵ ebd.

¹⁰⁶ ebd.

selbst wenn der Krieg ungerecht sei. Die Grenze des Gehorsams sei aber dann überschritten, wenn der Befehl offensichtlich gegen das Gebot Gottes verstoße¹⁰⁷.

In dem 1539 erschienenen Werk „*De indis recenter inventis et de jure belli hispanorum in barbaros*“ befasst sich *de Vitoria* (≈ 1483 - 1546) mit der Frage, ob den Untertan eine Prüfungspflicht hinsichtlich der Gerechtigkeit des Krieges trifft und bejaht diese. Der Untertan dürfe nicht auf den Befehl des Fürsten in den Krieg ziehen, wenn die Ungerechtigkeit des Krieges feststehe¹⁰⁸. *De Vitoria* geht mithin davon aus, dass bösgläubige Untergebene nicht entschuldigt sind. Die Prüfungspflicht des Untergebenen enthält nach *de Vitoria* indes eine Einschränkung. Bei der Beurteilung der Prüfungspflicht stellt der Rang des Untergebenen ein maßgebendes Kriterium dar. Während Senatoren, Prinzen sowie zum Staatsrat oder zum Rat der Prinzen gehörende Personen im Hinblick auf ihre Autorität, den Krieg abzuwenden, den Krieg auf seine Gerechtigkeit zu überprüfen hatten, bestehe eine solche Prüfungspflicht von anderen, hierarchisch niedrigeren, Untergebenen nicht¹⁰⁹. Vielmehr könnten und müssten sogar diese Untergebenen im Vertrauen auf die Richtigkeit des Befehls ihres Herren in den Krieg ziehen, ungeachtet dessen, ob diese Untergebenen Zweifel an der Gerechtigkeit des Krieges hegen oder nicht¹¹⁰. Diese Maxime könnte den Schluss nahe legen, dass eine Verantwortlichkeit von hierarchisch niedrigeren Untergebenen nicht gegeben ist. Allerdings ist die Verantwortlichkeit des hierarchisch niedrigeren Untergebenen nicht kategorisch, sondern nur dann, wenn nicht so starke Beweismittel und Indizien für die Ungerechtigkeit des Krieges sprechen, dass die Unwissenheit nicht entschuldigt wird, gegeben¹¹¹.

Locke (1632 - 1704) stellt hingegen in seinem aus dem Jahre 1690 stammenden Werk „*Two Treatises of Government*“ nicht auf die Gehorsamspflicht gegenüber dem Fürsten, dem König oder generell gegenüber der Obrigkeit ab, sondern auf den Gehorsam gegenüber dem Gesetz¹¹². Danach sei Untertanentreue nichts anderes als Folgsamkeit nach dem Gesetz. Die Obrigkeit habe demzufolge kein Recht auf Gehorsam, wenn sie selbst, die Obrigkeit, die Gesetze verletzte. Diese These begründet *Locke* damit, dass dem König die Autorität nur nach dem Gesetz verliehen wurde.

¹⁰⁷ *Ayala*, Liber I, Cap. II, 31-33.

¹⁰⁸ *De Vitoria* „de Indis“ (1539) S. 139.

¹⁰⁹ ebd.

¹¹⁰ ebd. S. 141.

¹¹¹ ebd.

¹¹² *Locke*, S. 302.

Dementsprechend könne der König auch niemanden ermächtigen gegen das Gesetz zu handeln, oder ihn, wenn er dies tut, mit seinem Befehl rechtfertigen. Der Befehl der Obrigkeit ist nach alledem für den Fall, dass die Obrigkeit zu dem Befehl nicht befugt war, „unwirksam und bedeutungslos“¹¹³.

II. Die unbedingte Gehorsamspflicht

Die Position der unbedingten Gehorsamspflicht vertrat bereits *Machiavelli* (1469 - 1527) in seiner berühmten Schrift „Il principe“. Als Nominalist sah *Machiavelli* im Willen des Herrschers die Essenz des Staates und begründete dies damit, dass das Naturrecht ohne Erkenntnis des göttlichen Willens inhaltlich nicht zu bestimmen sei und das Recht dementsprechend nur aus einem Rechtsetzenden Akt einer dafür berufenen Instanz hervorgehen könne. Danach entscheidet über Gut und Böse nicht ein inhaltlich als gut oder gerecht vorgegebenes Naturrecht, sondern allein der von der Gesellschaft zu ihrem Schutz eingesetzte Souverän.

In dieser Überzeugung liegt der Kern der staatstheoretischen Position von *Hobbes* (1588 - 1679), welcher auch den Standpunkt des unbedingten Gehorsams vertritt; die Gehorsamsverpflichtung besteht demnach ungeachtet der Frage der Gerechtigkeit¹¹⁴. Er begründet diese These damit, dass das, was Recht und Unrecht sei, von dem Recht des Herrschers komme. Was ein rechtmäßiger König gebiete, „mache er durch seinen Befehl zu dem Rechten, und was er verbiete, durch das Verbot zu dem Unrechten“.

III. Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen verdeutlichen, dass sich bereits zur Zeit der frühen Völkerrechtswissenschaft mehrere Ansichten gegenüberstanden. Allerdings fand das Prinzip der völligen Unverantwortlichkeit des Untertanen - mit Ausnahme in der von *Hobbes* vertretenen Auffassung - keine namhaften Befürworter. Auf der anderen Seite fand jedoch die bedingte Gehorsamspflicht und die daraus resultierende Befreiung von Eigenverantwortlichkeit Anerkennung, soweit kein Verstoß gegen die Gerechtigkeit gegeben war.

Diese Auffassung kommt vor allem bei denjenigen Autoren zum Ausdruck, denen die Reinhaltung der christlichen Seele Ausgangspunkt der Frage ist und für die der Grundsatz, dass Gottes Gebot jedem menschlichem vorgeht, das oberste Prinzip darstellt. Im Ergebnis galt dessen ungeachtet bis zum Ausbruch des Ersten Weltkrieges

¹¹³ ebd., S. 340.

¹¹⁴ *Hobbes*, De Cive, S. 154.

die so genannte „act-of-state doctrine“, welche lediglich die Verantwortung von Staaten in Betracht zog, so dass es auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit von einzelnen Personen nicht ankam¹¹⁵.

Erst nach Beendigung des Ersten Weltkrieges wurde die grundsätzliche Bestrafung von einzelnen Personen als Kriegsverbrecher zugelassen¹¹⁶. Antriebskraft dieser Entwicklung war die Absicht der Siegermächte des Ersten Weltkrieges - insbesondere Englands und Frankreichs -, die Angehörigen der Verlierermächte für Verstöße gegen das Kriegsrecht zur Rechenschaft zu ziehen. In diesem Zeitraum kam der durch *Hobbes* geprägten und von *Oppenheim* entwickelten Theorie des „*respondeat superior*“ wesentliche Bedeutung zu, die bei der Berufung des Untergebenen auf den Vorgesetztenbefehl eine unbedingte Straffreiheit verlieh und die von der absoluten Gehorsamspflicht des Untergebenen ausging, wobei es nicht darauf ankam, welchen Charakter der Befehl hatte¹¹⁷. Zur Begründung dieser Theorie wurde im Wesentlichen vorgetragen, dass der Vorrang des nationalen Rechts die unbedingte Nichtverantwortlichkeit des Untergebenen gebiete. Das nationale Recht verlange von dem Untergebenen Gehorsam. Es sei widersprüchlich, wenn die Ausübung der soldatischen Pflicht nach dem Internationalen Recht bestraft werde, obwohl dieses selbst Gehorsam verlange¹¹⁸. Weiterhin wird vorgetragen, dass es dem einfachen Soldaten aufgrund fehlender Kompetenz unmöglich sei zu entscheiden, ob der Befehl rechtmäßig ist oder nicht. Schließlich befinde sich der Untergebene oftmals in einer Situation, in der er nicht die Möglichkeit habe, alle Begleitumstände zu kennen. Selbst wenn er diese kenne, könne von ihm kein rechtmäßiges Urteil abverlangt werden, wenn sich schon die Experten nicht darüber einig seien¹¹⁹. Letztlich wird auf die subjektive Unmöglichkeit der Befehlsverweigerung verwiesen, wonach der Untergebene Straffreiheit erlangen müsse, weil er selbst nur ein Werkzeug in der Hand der Vorgesetzten sei. Eine Bestrafung kam folglich nur dann in Betracht, wenn der Untergebene ohne Befehl eines Vorgesetzten handelte. Dieser Grundsatz von *Oppenheim* fand sowohl im British Manual of Military Law von 1914 als auch im amerikanischen Basic Field Manual aus demselben Jahre Anklang. In dem amerikanischen

¹¹⁵ *Nill-Theobald*, Defences, S. 67.

¹¹⁶ ebd.; *Korte*, S. 26; *Eser*, S. 758.

¹¹⁷ *Oppenheim/ Lauterpacht*, S. 343; Eine vergleichbare Entwicklung ließ sich im französischen Recht feststellen („*obéissance passive*“).

¹¹⁸ *Nill-Theobald*, Defences, S. 69.

¹¹⁹ ebd.

Basic Field Manual ist nach Artikel 347¹²⁰ der „United States Rules of Land War“ die Strafbarkeit des Soldaten ausgeschlossen, soweit dieser durch seine Regierung zum Handeln bestimmt worden war. Das Äquivalent zu dieser Regelung bildete § 443 des British Manual of Military¹²¹.

Der respondeat superior doctrine stand die Theorie der absolute liability, die eine strikte Bestrafung der Soldaten als Kriegsverbrecher vorsah, gegenüber. Diese Annahme fand ihre philosophischen Vorbilder insbesondere in *Locke* und *Rousseau*, die die Auffassung vertraten, dass die Rechtmäßigkeit des Befehls der einzige Weg sei, sich dem Unrecht zu widersetzen. Für den Soldaten bestehe ohnehin von vornherein nur eine Pflicht zur Ausführung rechtmäßiger Befehle.

Die Sonderkommission, Commission on the Responsibility of the Authors of the War and of the Enforcement of Penalties', die sich nach Beendigung des Ersten Weltkrieges mit der Gestaltung der Bestimmungen der Friedensverträge hinsichtlich der Ahndung von Kriegsverbrechen befasste, behandelte zwar auch die Frage des Handelns auf Befehl, ohne diese jedoch letztendlich zu beantworten. Sie teilte lediglich ihre diesbezügliche Auffassung mit. Darin heißt es:

„We desire to say that civil and military authorities cannot be relieved from responsibility by the mere fact that a higher authority might have been convicted of the same offence. It will be for the court to decide whether a plea of superior orders is sufficient to acquit the person charged from responsibility.“¹²²“

Obwohl die völlige Unverantwortlichkeit des Untergebenen in der klassischen Völkerrechtslehre eine nur untergeordnete Rolle spielte, scheint sich dieses Prinzip - dies gilt zumindest, soweit das amerikanische und britische Militärrecht betroffen sind - in der Zeit während und nach Beendigung des Ersten Weltkrieges durchgesetzt zu haben. Eine Ausnahme bildete indes das noch zu erörternde Urteil des Reichsgerichtes im so genannten ‚Landrovery Castle-Fall¹²³‘.

¹²⁰ „Individuals of the armed forces will not be punished for these offences in case they are committed under the orders or sanction of their government or commanders. The commanders ordering the commission of such acts, or under those authority they are committed by their troops, may be punished by the belligerent, into those hands they fall.“

¹²¹ „It is important, however, to note that members of the armed forces who commit such violations of the recognised rules of warfare as are ordered by their Government, or by their commander, are not war criminals and cannot, therefore, be punished by the enemy. He may punish the officials or commanders responsible for such orders if they fall into his hands, but otherwise he may only resort to the other means of obtaining redress.“

¹²² *Fuhrmann*, S. 36.

¹²³ *American Journal of Law* 1922, S. 637 ff.

Die einschlägige Entscheidung des deutschen Reichsgerichtes, den Einwand des Handelns auf Befehl zurückzuweisen, und die beiden ausführenden Untergebenen zu verurteilen, da der Befehl sich zweifelsfrei erkennbar als verbrecherisch darstellte, erweckte den heftigen Widerspruch der alliierten Regierungen und zudem vielfache Ablehnung in der wissenschaftlichen Literatur¹²⁴. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Handhabung des Handelns auf Befehl in den britischen und amerikanischen Militärhandbüchern und die diesbezüglich dargestellte Auffassung jeweils die Bestrafung des Untergebenen durch den Feind zum Gegenstand hatte; nicht etwa durch die eigene Justiz, so dass eine unmittelbare Vergleichbarkeit mangels identischem Sachverhalt nicht möglich ist.

D. Die deutsche Rechtslage im Hinblick auf das Handeln auf Befehl

I. Das Handeln auf Befehl als Rechtfertigungs- und / oder Schuldausschlussgrund

1. Einführung

Das Wehrrecht ist das Fundament des Wehrstrafrechts; die im Wehrrecht begründeten soldatischen Pflichten füllen die wesentlichen Tatbestandsvoraussetzungen der Strafrechtsnormen mit wehrrechtlichen Bezügen¹²⁵. Dies gilt insbesondere für das Begriffspaar “Befehl und Gehorsam”.

Für das Verständnis des “Handelns auf Befehl” sind daher Kenntnisse zum Befehlsrecht, zumindest in Grundzügen, unerlässlich.

2. Ein Grundriss zum Befehlsrecht

Die Legaldefinition des Befehls findet sich in § 2 Nr. 2 WStG¹²⁶.

Der Befehl ist eine Anweisung zu einem bestimmten Verhalten, die ein militärischer Vorgesetzter einem Untergebenen schriftlich, mündlich oder in anderer Weise, allgemein oder für den Einzelfall und mit dem Anspruch auf Gehorsam erteilt.

Wer Vorgesetzter ist, bestimmt § 1 Abs. 5 SoldG. Vorgesetzter ist danach, wer befugt ist, einem Soldaten Befehle zu erteilen¹²⁷. Soldat ist, wer auf Grund der Wehrpflicht oder freiwilliger Verpflichtung in einem Wehrdienstverhältnis steht (§ 1 Abs.

¹²⁴ Niehoff, S. 157 f.

¹²⁵ Schwenck, S. 57.

¹²⁶ Der Befehlsbegriff des SG ist gleich dem des in § 2 Nr. 2 WStG legaldefinierten, so Fürst/ Arndt, S. 232.

¹²⁷ Scherer/ Alff, § 1, Rn. 42.

1 S. 1 SoldG). Es handelt sich beim Befehl folglich um den militärischen Fachbegriff für Weisung, welcher im zivilen Bereich auch als Anordnung bezeichnet wird¹²⁸. Eine Anweisung, welche diese in § 2 Nr. 2 WStG kodifizierten Voraussetzungen nicht erfüllt, ist nicht bloß ein unverbindlicher Befehl, sondern vielmehr rechtlich ein Nullum, das keinerlei Rechtswirkung entfalten kann¹²⁹. Keine Anweisungen sind insbesondere Bitten, Ratschläge und Belehrungen über gesetzliche Pflichten¹³⁰.

Übt der Vorgesetzte seine Befehlsbefugnis aus, so handelt er als Träger der Vollziehenden Gewalt mit staatlicher Hoheitsgewalt ausgestattet¹³¹. Aus dieser Einordnung folgt die Bindung an Art. 20 Abs. 3 GG. Die Rechtmäßigkeit des Befehls bestimmt sich folglich nach Art 20 Abs. 3 GG und ist durch § 10 Abs. 4 SoldG zu einer Dienstpflicht konkretisiert worden. Rechtmäßig ist ein Befehl demnach nur dann, wenn der Vorgesetzte diesen nur zu dienstlichen Zwecken und nur unter Beachtung der Regeln des Völkerrechts, der Gesetze und der Dienstvorschriften erteilt¹³².

Das Recht der Durchsetzung von Befehlen steht in Wechselbeziehung zu der Gehorsampflicht aus § 11 Abs. 1 S. 1 SoldG¹³³. Der Soldat hat hiernach Gebote zu vollziehen und Verbote zu beachten¹³⁴, wobei der Gehorsam soweit gefordert werden kann, wie die Befehlsbefugnis reicht¹³⁵. Die Art und Weise des Gehorsams bestimmt sich nach § 11 Abs. 1 S. 2 SoldG. Danach hat der Soldat Befehle insbesondere gewissenhaft auszuführen. Dieser Pflicht kann er jedoch nur gerecht werden, wenn er 'mitdenkt' (mitdenkender Gehorsam)¹³⁶. In besonderen Fällen hat der Soldat nicht nur das Recht, sondern sogar die Pflicht eine Meldung zu erstatten oder Gegenvorstellungen zu erheben; es liegt dann kein Ungehorsam vor¹³⁷. Gefordert wird also

¹²⁸ Ambos, JR 1998, 221 (221).

¹²⁹ Schwenck, S. 72 f.

¹³⁰ Scherer/ Alff, § 10, Rnr. 41.

¹³¹ Fürst/ Arndt, S. 232; Scherer/ Alff, § 1, Rnr. 43.

¹³² Lingens/ Marignoni, S. 38.

¹³³ Fürst/ Arndt, S. 228.

¹³⁴ Scherer/ Alff, § 11, Rnr. 2.

¹³⁵ Fürst/ Arndt, S. 228.

¹³⁶ Lammich, NZWehrr 1970, 47 (53).

¹³⁷ Scherer/ Alff, § 11, Rn. 7: dort findet sich auch eine Aufzählung der besonderen Fälle. Kein Ungehorsam liegt auch in den Fällen des § 11 Absatz 1 Satz 3 SG vor.

kein blinder Gehorsam, vielmehr trifft den Untergebenen eine Mitverantwortlichkeit¹³⁸. Noch weiter geht § 11 Abs. 2 SoldG, in dem die Pflicht zum Ungehorsam statuiert wird.

Die schuldhafte Verletzung der Gehorsamspflicht ist ein Dienstvergehen (§ 23 Abs. 1 SoldG) und kann disziplinarrechtlich und strafrechtlich (§§ 19, 21, 20 WStG) geahndet werden.

In der DDR wurde der rechtswidrige verbindliche Befehl als Rechtfertigungsgrund anerkannt, denn soweit die Grenze der Verbindlichkeit nicht überschritten war, wurde ein pflichtgemäß auszuführender Befehl angenommen. Die Ausführung eines solchen Befehls durfte jedoch kein Unrecht darstellen¹³⁹. Ein spezieller militärstrafrechtlicher Strafeinschränkungsgrund wegen der Ausführung eines rechtswidrigen unverbindlichen Befehls war dem DDR-Strafrecht nicht bekannt. Hier war auf die allgemeine Schuldinderung nach § 14 DDR-StGB wegen außergewöhnlicher objektiver und subjektiver Umstände, die die Entscheidungsfähigkeit des Täters beeinflusst hatten, zurückzugreifen, so dass die Strafe dann nach den Grundsätzen über die außergewöhnliche Strafmilderung gemäß § 62 DDR-StGB herabgesetzt werden konnte.

3. § 5 WStG

§ 5 Absatz 1 WStG, dessen Vorläufer § 47 Satz 2 Nr. 2 MStGB war, steht im Zusammenhang mit § 11 Absatz 2 SG und behandelt den Befehl als Schuldausschlussgrund eigener Art¹⁴⁰. Dabei stellt die Norm des § 5 WStG nicht nur eine Bestimmung für Friedenszeiten dar, sondern auch eine praktikable Regelung für den Kriegsfall¹⁴¹. In § 5 Absatz 1 WStG¹⁴² (vgl. auch § 11 II SoldG) ist verankert, dass der Soldat ohne Schuld handelt, soweit er keine positive Kenntnis von der Rechts-

¹³⁸ § 11 Absatz 2 Satz 2 SG; *Lammich* folgert hieraus eine sich aus dem Gesetz ergebende Prüfungspflicht: NZWehrr 1970, 47 (53). Die h.M. lehnt eine Prüfungspflicht ab, siehe hierzu *Scherer/ Alff*, § 11, Rnr. 30.

¹³⁹ *Bartmann*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 100.

¹⁴⁰ *Ambos*, JR 1998, 221 (221); *Schölz/ Lingens*, § 5, Rnr. 1; *Arndt*, NZWehrr 1960, 145 (145); a.A.: *Walter*, JR 2005, 279 (280): Er sieht die Einordnung in die Rechtfertigungs- und Irrtumslehre als die richtige an, denn trotz des Wortlauts ‚Schuld‘ setzt der Wortlaut die unbewusste Verwirklichung einer Straftat voraus. Es handele sich schließlich um eine besondere Irrtumsregel vergleichbar mit §§ 16, 17, 35 Abs. 2 StGB.

¹⁴¹ *Rostek*, S. 28.

¹⁴² „Begeht ein Untergebener eine rechtswidrige Tat, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht, auf Befehl, so trifft ihn eine Schuld nur, wenn er erkennt, dass es sich um eine rechtswidrige Tat handelt oder dies nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist.“; vgl. auch die Parallelvorschrift § 11 Absatz 2 SoldG.

widrigkeit der Tat hatte oder die Rechtswidrigkeit nicht offensichtlich war. Anders als in § 47 MStGB kommt es nicht darauf an, ob der Befehlende durch den Befehl die Begehung eines Verbrechens oder Begehens bezweckt. Die Vorschrift des § 5 WStG behandelt den Befehl als einen Schuldausschließungsgrund eigener Art, der gleichzeitig eine Sonderregelung für den Verbotsirrtum darstellt und zugleich dessen Grenzen absteckt. Bei dem subjektiven Element, d. h. bei der Kenntnis der Rechtswidrigkeit, muss der Untergebene wissen oder es als sicher voraussehen, dass es sich um eine rechtswidrige Tat handelt¹⁴³. Folglich ist die Schuld ausgeschlossen, wenn der Untergebene die Rechtswidrigkeit nicht erkennt oder verkennt oder insoweit Zweifel hat.

§ 17 StGB, der dagegen im Falle eines vermeidbaren Irrtums nur eine Strafmilderung zulässt, ist im Rahmen von § 5 WStG angesichts der ausdrücklichen Regelung und wegen der Eigenart der militärischen Befehlsverhältnisse nicht anwendbar¹⁴⁴. Insofern ist zu beachten, dass für den Weisungsempfänger das Vertrauen auf die Autorität des Vorgesetzten und die Gewohnheit des Gehorchens entscheidend sind, während die sachliche Richtigkeit des erteilten Befehls grundsätzlich vom Vorgesetzten allein zu verantworten ist. Da somit Recht und Pflicht von Soldaten mit Rücksicht auf die notwendige Unterordnung in anderer Weise ausgestaltet sind als bei zivilen Personen, muss auch der Entschuldigungsgrund des Handelns auf Befehl nach eigenen Regeln behandelt werden¹⁴⁵. Gleichgültig ist letztlich, worauf die fehlende Erkenntnis der Rechtswidrigkeit zurückzuführen ist.

Die Strafbarkeit ist hingegen im Falle der Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit gegeben. Diese muss objektiv gegeben sein, so dass es ausschließlich darauf ankommt, ob die Illegalität des Befehls für jedermann jenseits aller Zweifel ersichtlich war¹⁴⁶. Mit diesem zweiten Kriterium verbindet das Gesetz ein objektives mit einem subjektiven¹⁴⁷ Kriterium. Durch die volle Verantwortlichkeit bei Offensichtlichkeit soll dem Untergebenen der Einwand abgeschnitten werden, dass er nicht gemerkt habe, ‚was sich abspiele‘. Hierdurch soll ein Effekt des Wachrüttelns erzielt und der

¹⁴³ Schölz/ Lingers, § 5, Rnr. 9.

¹⁴⁴ ebd. Rnr. 10.

¹⁴⁵ Jescheck/ Weigend, § 45, I 4.

¹⁴⁶ Amtliche Begründung zum Soldatengesetz, BT-Drucksache 2/1700 S. 21: „Was als verbrecherisch einem Befehl schon auf der Stirn steht.“.

¹⁴⁷ Kenntnis von der Rechtswidrigkeit.

Untergebene gezwungen werden, durch seine Weigerung das Begehen von rechtswidrigen Taten zu verhindern¹⁴⁸.

Soweit der Befehl objektiv nicht offensichtlich rechtswidrig ist, ist der Untergebene entschuldigt, weil die Rechtswidrigkeit sachlich nicht zu erkennen ist¹⁴⁹. In diesem Fall wird der Untergebene von dem Normbefehl erst gar nicht erreicht. Liegen die Voraussetzungen des § 5 Absatz 1 WStG nicht vor, so kommt nur eine Strafmilderung in Betracht¹⁵⁰. Voraussetzung für eine Strafmilderung ist, dass sich der Untergebene in einer besonderen Lage befunden hat, aus der sich eine geringere Schuld ergibt¹⁵¹. Die Geringfügigkeit der Schuld kann sich zum einen aus der mangelnden Fähigkeit des Untergebenen ergeben, das Unrecht der Tat voll zu übersehen. Zum anderen, wenn die Widerstandskraft gegenüber einem kriminellen Befehl so herabgesetzt worden ist, dass die Schuld des Untergebenen gegenüber der, die er ohne die besondere Lage auf sich genommen hätte, als gering im Sinne der Vorschrift zu bewerten ist. Bei der für die Strafmilderung nach Absatz 2 der Vorschrift obligatorischen besonderen Lage kann es sich sowohl um eine innere besondere Lage, etwa Depression, oder um eine äußere, etwa ein nächtlicher Überfall des Gegners, handeln. Dauerzustände - beispielsweise ein Krieg - sind hingegen nicht als eine besondere Lage zu bewerten¹⁵². Mit Rücksicht auf die besondere Lage muss die Schuld des Untergebenen nur als gering anzusehen sein. Mithin handelt es sich bei der Geringfügigkeit um ein Merkmal, das nicht etwa absolut festzustellen, sondern vielmehr relativ im Verhältnis zu der ohne die besondere Lage bestehenden Schuld zu bewerten ist. Insgesamt gesehen war der Gesetzgeber bei der Norm des § 5 WStG um eine insbesondere rechtsstaatliche Lösung bemüht. Die rechtsstaatlichen Forderungen nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sollten durch eine klare Positionie-

¹⁴⁸ Rostek, S. 28.

¹⁴⁹ Beispielhaft geht der BGH in seiner Rechtsprechung in den Mauerschützenfällen davon aus, dass die Rechtswidrigkeit der Todesschüsse offensichtlich sei, da mit dem Schießbefehl ein Tötungsdelikt im Sinne des Strafgesetzbuches der Deutschen Demokratischen Republik verwirklicht wurde. Es stelle ein „Gebot der Menschlichkeit“ dar, dass der Staat nicht das Recht habe, Bürger aufgrund eines Grenzübertretts töten zu lassen. Allerdings wurde diese Rechtsprechung durch das Bundesverfassungsgericht dergestalt modifiziert, dass es nicht ausreiche, die Offensichtlichkeit des Strafrechtsverstosses alleine mit dem Vorliegen eines schweren Menschenrechtsverstosses zu begründen. Vielmehr verlange der Schuldgrundsatz den überzeugend geführten Nachweis, dass das Unrecht auch für den Täter bzw. einen objektivierten Dritten wirklich offensichtlich erkennbar war.

¹⁵⁰ Vgl. § 5 Absatz 2 WStG: „Ist die Schuld des Untergebenen mit Rücksicht auf die besondere Lage, in der er sich bei der Ausführung des Befehls befand, gering, so kann das Gericht die Strafe nach § 49 Abs. 1 des Strafgesetzbuches mildern, bei Vergehen auch von Strafe absehen.“

¹⁵¹ Ambos, JR 1998, 221 (222).

¹⁵² Schölz/ Lingens, § 5, Rn. 15.

rung bei den Fragen bezüglich Befehl und Gehorsam – und vor allem bei der Frage nach der Verantwortlichkeit des Untergebenen – erfüllt werden. Mit der im Gegensatz zu § 47 MStGB eingetretenen Erweiterung der Verantwortlichkeit des Untergebenen sollten insbesondere die demokratischen Grundsätze Verwirklichung finden¹⁵³.

a. Rechtmäßig verbindlicher Befehl

Nach ganz herrschender Lehre¹⁵⁴ wird in der dienstlichen Weisung ein Rechtfertigungsgrund für den Untergebenen gesehen, wenn die dienstliche Weisung selbst rechtmäßig ist. Die Rechtmäßigkeit eines Befehls ergibt sich aus § 10 IV SoldG. Danach ist ein Befehl rechtmäßig, wenn er von einem Vorgesetzten zu dienstlichen Zwecken und unter Beachtung der Regeln des Völkerrechts, der nationalen Gesetze und der Dienstvorschriften erteilt wird. Der rechtmäßige Befehl ist für den Untergebenen grundsätzlich verbindlich.

Ausnahmen kommen nur für den Fall in Betracht, dass der Vorgesetzte irrtümlicherweise und schuldausschließender Weise die Sachlage verkennt und der Untergebene Kenntnis von diesem Irrtum hat oder haben musste¹⁵⁵. In diesem Falle handelt der Untergebene ausnahmsweise rechtswidrig¹⁵⁶.

b. Rechtswidrig verbindlicher Befehl

Besonderheiten ergeben sich in den Fällen der rechtswidrigen, für den Untergebenen aber dennoch verbindlichen Weisung. Die Pflicht zum Gehorsam wird nur durch verbindliche Weisungen begründet, wobei die Verbindlichkeit der Weisung nicht etwa von der Rechtmäßigkeit abhängt¹⁵⁷. Vielmehr ist für die Frage der Verbindlichkeit die Funktionsverteilung zwischen anordnendem und ausführendem Organ maßgeblich. Insoweit gilt der Grundsatz, dass für die Weisung des zuständigen Vorgesetzten die Vermutung der Richtigkeit besteht. Die formellen Voraussetzungen der

¹⁵³ Vgl. *Rostek*, S. 30.

¹⁵⁴ U.a. *Schönke/ Schröder- Lenckner*, Vor § 32, Rnr. 87; *Tröndle/ Fischer*, vor § 32, Rnr. 8; *LK-Spendel*, vor § 32, Rnr. 173; *Baumann/ Weber/ Mitsch* § 17, Rnr. 143; *Köhler*, S. 312, 337; *MK -Erb*, § 32, Rnr. 75; *Gropp*, § 6, Rnr. 188; *Kühl*, § 9, Rnr. 118a - 118e; *Jakobs*, 16. Abschnitt, Rnr. 11 ff.; *Schölz/ Lingens*, § 2, Rnr. 29.

¹⁵⁵ *Walter*, JR 2005, 279 (279).

¹⁵⁶ *Schölz/ Lingens*, § 2, Rn. 29.

¹⁵⁷ *Korte*, S. 90; *Walter*, JR 2005, 279 (280); *Arndt*, NZWehrr 1960, 145 (148).

Verbindlichkeit sind die abstrakte Zuständigkeit des Vorgesetzten zur Erteilung der Weisung und die Einhaltung der vorgeschriebenen Form. In materieller Hinsicht darf die Weisung die Rechtsordnung nicht offensichtlich verletzen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine Weisung auf ein strafbares Verhalten¹⁵⁸ gerichtet ist, das aufgetragene Verhalten gegen die Menschenwürde oder gegen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts verstößt. Soweit die Vermutung der Rechtmäßigkeit der Weisung besteht, ist die Weisung auch dann verbindlich, wenn sie tatsächlich nicht rechtmäßig ist¹⁵⁹.

Umstritten ist indes, ob eine inhaltlich rechtswidrige, gleichwohl aber verbindliche Weisung für den Untergebenen einen besonderen Rechtfertigungsgrund oder lediglich einen Entschuldigungsgrund darstellt. Die Befürworter der Entschuldigungslösung weisen insbesondere darauf hin, dass dem Betroffenen das Notwehrrecht genommen werde, wenn die tatbestandsmäßige Handlung des Untergebenen nicht als rechtswidrig qualifiziert würde¹⁶⁰. Die Problematik könne nicht eindimensional unter dem Gesichtspunkt der Gehorsamspflicht des Untergebenen betrachtet werden¹⁶¹. Überdies könne ein rechtswidriger Befehl nicht Unrecht in Recht verwandeln, und ein Vorgesetzter nicht etwas, das er selbst nicht tun dürfe, dadurch in zulässiger Weise verwirklichen, dass er es einem Untergebenen befehle. Nach alledem ergebe sich das Notwehrrecht des Amtswalters aus der Schutzbedürftigkeit, der Menschenwürde und richtig verstandener Beamtenrechtsdogmatik. Für den Bürger ergebe sich das Notwehrrecht - wie bereits aufgezeigt - aus rechtsstaatlichen Prinzipien; denn der Bürger müsse das Unrecht nicht dulden. Dem ist in Anknüpfung an eine verbreitete Ansicht entgegenzuhalten, dass es nicht angeht, einen Untergebenen zur Ausführung eines Befehls zu verpflichten, dieses pflichtgemäße Tun aber gleichzeitig als rechtswidrig zu beurteilen und dem Untergebenen den Wirkungen der Notwehr auszusetzen¹⁶².

¹⁵⁸ Hierunter fallen alle Straftatbestände des nationalen Strafrechts. Unter diese Norm sollen nach h.M. auch völkerrechtswidrige Befehle fallen, vgl.: *Scherer/ Alff*, § 11, Rnr. 24; *Schölz/ Lingens*, § 2, Rnr. 40; *Schwenck*, S. 81ff.

¹⁵⁹ *Stratenwerth*, S. 52.

¹⁶⁰ *Tröndle/ Fischer*, vor § 32, Rnr. 16; *LK- Spendel*, § 32, Rnr. 74 ff.; *SK- Günther*, Vor. § 32, Rnr. 65 f.; *Nomos- Herzog*, § 32, Rnr. 43; *Baumann/ Weber/ Mitsch*, § 17, Rnr. 143; *Küper*, JuS 1987, 81 (92).

¹⁶¹ *LK- Spendel*, § 32, Rnr. 74 ff.

¹⁶² *Roxin*, § 17, Rnr. 17 f.; *Schönke/ Schröder- Lenckner*, vor § 32, Rnr. 89; *LK- Spendel*, vor § 32, Rnr. 177; *Jescheck/ Weigend*, § 35, II 3.

Die Gründe, die von den Befürwortern der Entschuldigungslösung vorgebracht werden, vermögen nicht durchzuschlagen. Es ist durchaus nicht so, dass der Vorgesetzte, der die rechtswidrige Weisung erteilt, Unrecht in Recht verwandeln könne. Vielmehr bleibt der Befehl rechtswidrig, auch wenn er mittels eines rechtmäßig handelnden Untergebenen ausgeführt wird. Obwohl die Verbindlichkeit des rechtswidrigen Befehls dem Betroffenen das Notwehrrecht gegenüber dem Untergebenen nimmt, das der Betroffene gegenüber dem Vorgesetzten gehabt hätte, ist ein Widerspruch nicht gegeben. Durch die Einschaltung eines gehorsampspflichtigen Dritten kommt ein neues Abwägungselement in die Situation, das die Entscheidung über die Zubilligung des Notwehrrechts anders ausfallen lässt¹⁶³. Denn nunmehr ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sich der Untergebene in einem Kollisionsfall sich widerstreitender Interessen befindet, namentlich der Gehorsampspflicht und dem Verbot, rechtswidrige Handlungen zu begehen. Dem Betroffenen wird durch die Pflicht zur Hinnahme der rechtswidrigen, aber verbindlichen Weisung nichts Unerträgliches zugemutet. Zunächst ist insoweit zu berücksichtigen, dass ein rechtswidriger Befehl, der sich auf die Vornahme einer strafbaren Handlung bezieht bzw. die Rechtsordnung offensichtlich verletzt, ohnehin von vornherein unverbindlich ist¹⁶⁴. Darüber hinaus kommt für den Betroffenen eine Rechtfertigung nach § 34 StGB oder eine rechtfertigende Pflichtenkollision in Betracht, wenn dieser aufgrund einer zutreffenden Beurteilung der Rechtslage handelt.

Folglich handelt derjenige rechtmäßig - und dies wird durch die Gehorsampspflicht des Untergebenen bei jeder verbindlichen Weisung begründet -, der eine verbindliche Weisung ausführt, selbst wenn der ihm erteilte Befehl inhaltlich der Rechtsordnung widerspricht. Der Grund dafür, dass es rechtswidrige Weisungen gibt, die gleichwohl verbindlich sind, liegt darin, dass der Gesetzgeber die Gehorsampspflicht des Untergebenen als grundlegendes Ordnungsprinzip in Fällen geringerer Bedeutung - und nur dann - höher bewertet als die Gehorsampspflicht gegenüber der Rechtsordnung¹⁶⁵. Dies ist insbesondere im Hinblick darauf erforderlich, dass im Falle eines Befehls, der die Rechtsordnung jedenfalls nicht offensichtlich verletzt, nicht etwa von dem Untergebenen verlangt werden kann, dass dieser die Voraussetzungen des aufgetragenen Verhaltens überprüft. Ist die Weisung hingegen unverbindlich, so handelt der Untergebene rechtswidrig. Unerheblich ist insofern, ob der

¹⁶³ *Roxin*, § 17, Rnr. 17 f.

¹⁶⁴ *Roxin*, § 17, Rnr. 17 f.; *Jescheck/ Weigend*, § 35, II 3; *Schönke/ Schröder- Lenckner*, Vor § 32, Rnr. 89.

¹⁶⁵ *Jescheck/ Weigend*, § 35, II 3.

Weisungsempfänger die Unverbindlichkeit gekannt hat oder nicht. Eine Weisung, der die Verbindlichkeit fehlt, kommt für den Untergebenen nur als Entschuldigungsgrund in Betracht.

c. **Rechtswidrig unverbindlicher Befehl**

Der unverbindliche Befehl ist in §§ 11 SoldG, 22 WStG geregelt¹⁶⁶. Danach ist ein Befehl unverbindlich, wenn er nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt worden ist oder die Menschenwürde verletzt. § 11 Abs. 2 SoldG regelt darüber hinaus, dass ein Befehl nicht befolgt werden darf, wenn dadurch eine Straftat begangen würde.

Der Begriff des „Dienstes“ ist weitgehend. Ein „dienstlicher Zweck“ i.S.d. § 22 Absatz 1 Satz 1 WStG ist gegeben, wenn die von dem Untergebenen vorzunehmende Handlung im Rahmen der verfassungsmäßigen Aufgaben der Bundeswehr liegt, wobei zu diesen Aufgaben nicht nur der eigentliche Verteidigungsauftrag i.S.d. Artikels 87a Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 GG und die weiteren ihr durch das Grundgesetz in Artikel 87a Absatz 3 und 4 GG und Artikel 35 Absatz 2 und 3 GG oder durch andere Gesetze¹⁶⁷ übertragenen Aufgaben zählen, sondern auch alle der Erfüllung des verfassungsmäßigen Auftrags unmittelbar oder mittelbar zugeordneten Aufgaben. Nicht zu dienstlichen Zwecken ergehen damit insbesondere Befehle, die rein privaten Zwecken dienen¹⁶⁸. Bezüglich der Menschenwürde macht es keinen Unterschied, ob diejenige des Untergebenen oder eines Dritten – Soldat oder Zivilperson – verletzt ist¹⁶⁹.

Ein Meinungsstreit besteht in Bezug auf die Auslegung des Begriffs der „Straftat“. Während teilweise die Auffassung vertreten wird, dass Vorgesetzter oder Untergebener bei Ausführung des Befehls rechtswidrig und schuldhaft handeln müssen, so dass eine Straftat voll deliktisch begangen würde, genügt der überwiegenden Meinung, dass Vorgesetzter oder Untergebener durch die Befehlsausführung lediglich eine strafrechtswidrige, aber nicht auch eine schuldhafte Handlung zu begehen brauchen¹⁷⁰. Nach allgemeiner Auffassung ergibt sich aus dem Wortlaut des § 22 Absatz 1 Satz 1 WStG („insbesondere“), dass die im Gesetz genannten Unverbindlichkeitsgründe nicht abschließend sind und demnach auch nicht geschriebene Grenzen existieren.

¹⁶⁶ Grundsätzlich zur Unverbindlichkeit von Befehlen: BVerwG, Urt. v. 21. 6. 2005 - 2 WD 12. 04

¹⁶⁷ z.B. § 30 LuftVG und § 37 LMBG.

¹⁶⁸ *Bartmann*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 81.

¹⁶⁹ ebd., S. 77.

¹⁷⁰ ebd., S. 57 m.w.N. der jeweiligen Vertreter.

tieren. Zu nennen sind diesbezüglich zunächst vor allem der unzumutbare und der unmögliche Befehl. Ein unzumutbarer Befehl liegt vor, wenn er einen so weitgehenden Eingriff in die Rechtssphäre des Untergebenen enthält, dass der militärische Wert der Befolgung des Befehls in keinem Verhältnis zu Art und Tiefe des Eingriffs steht. Unmöglich ist ein Befehl mit einem objektiv unmöglichen Inhalt wie etwa die Anweisung des Sprengens einer bereits zerstörten Brücke¹⁷¹. Ferner sieht die überwiegende Meinung auch in der grundlegenden Änderung der Sachlage einen selbständigen Unverbindlichkeitsgrund. In diesem Fall hat der Untergebene im Wege der Gegenvorstellung eine neue Entscheidung des Vorgesetzten herbeizuführen bzw. – wenn eine Gegenvorstellung nicht möglich ist – sich im Sinne der Absicht des Vorgesetzten der neuen Lage anzupassen¹⁷². Bei inhaltlich einander widersprechenden Befehlen besteht in der Lehre Uneinigkeit darüber, ob der zuletzt erteilte Befehl stets verbindlich ist und der vorhergehende Befehl durch ihn unverbindlich wird, oder ob dem Befehl des höheren Vorgesetzten zu folgen ist¹⁷³. Grundsätzlich ist nur der Befehl des nächsten Vorgesetzten verbindlich, weil für den Untergebenen eine klare Befehlslage geschaffen werden muss und es aus disziplinarischen Gründen tunlichst zu vermeiden ist, dass der Untergebene gegenüber dem ihm hierarchisch näheren Vorgesetzten den Gehorsam verweigert. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der ranghöhere Vorgesetzte zu erkennen gegeben hat, dass sein Befehl für alle Fälle zu befolgen ist¹⁷⁴.

Anders als im Falle des rechtswidrigen, gleichwohl jedoch verbindlichen Befehls, ist eine Pflichtenkollision, nämlich die Kollision der Gehorsamspflicht und der allgemeinen Anforderungen der Rechtsordnung, im Falle des rechtswidrigen unverbindlichen Befehls nicht gegeben. Eine Sanktionslosigkeit kann sich mangels Pflichtenkollision daher allenfalls auf der Schuldebene ergeben. Führt der Untergebene einen rechtswidrigen unverbindlichen, aber nicht strafrechtswidrigen Befehl aus, so ist die Schuld des Untergebenen stets ausgeschlossen¹⁷⁵. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von § 5 WStG („nur“) und § 11 SoldG, der lediglich die Befolgung strafrechtswidriger Befehle verbietet. Die Schuld ist mithin nicht ausgeschlossen, wenn der Unter-

¹⁷¹ ebd., S. 87.

¹⁷² Schölz/ Lingens, § 2 Rnr. 43; *Schwenk*, FS Dreher, S. 495 ff.

¹⁷³ *Bartmann*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 92 m.w.N. der jeweiligen Vertreter.

¹⁷⁴ *Schölz/ Lingens*, § 2 Rnr. 42; *Schwaiger*, S. 189.

¹⁷⁵ *Schölz/ Lingens*, § 5, Rnr. 7.

gebene erkennt, d.h. weiß oder als sicher voraussieht, dass er eine rechtswidrige Tat begeht¹⁷⁶.

Fraglich ist, inwieweit den Untergebenen eine Prüfungspflicht bzgl. des Befehls trifft. Die herrschende Meinung, die diese Auffassung vornehmlich unter Hinweis auf den Wortlaut von § 5 WStG stützt, vertritt die Ansicht, dass eine Prüfungspflicht des Untergebenen nicht gegeben sei¹⁷⁷. Eine Prüfung setzt denklogisch das Vorhandensein von Zweifeln voraus. § 5 WStG sieht ein schuldhaftes Handeln indes nur dann als gegeben, wenn der Untergebene Kenntnis von der Strafrechtswidrigkeit hat oder diese offensichtlich ist. Die Offensichtlichkeit ist insoweit objektiv zu bestimmen. Nach der amtlichen Begründung zum Soldatengesetz ist die Strafrechtswidrigkeit offensichtlich, wenn sie jenseits aller Zweifel liegt¹⁷⁸. Bestehen Zweifel an der Strafrechtswidrigkeit des aufgetragenen Verhaltens, so ist das Offensichtlichkeitserfordernis gerade nicht gegeben und der Untergebene ist entlastet¹⁷⁹. Soweit jedoch die Strafrechtswidrigkeit offensichtlich ist, bedarf es keiner Prüfung der Rechtmäßigkeit durch den Soldaten mehr, da das Unrecht in diesem Fall ins Auge springt und der gesetzliche Zwang zum Ungehorsam Geltung erlangt (§ 11 SoldG).

Von der (nicht gegebenen) Prüfungspflicht des Untergebenen ist die Pflicht zur Gegenvorstellung zu unterscheiden. Danach bestehe hinsichtlich des strafrechtlich relevanten Befehls eine Pflicht zur Gegenvorstellung, soweit der Untergebene ohne weiteres erkennen könne, dass der Vorgesetzte von irrigen tatsächlichen Voraussetzungen ausgehe¹⁸⁰. Dies wird damit begründet, dass Befehle verständlich und sinnvoll auszuführen sind und ein Befehl, der offensichtlich erkennbar auf einem Irrtum beruhe, nicht ernstlich verpflichten könne und für den Untergebenen daher keinen Entschuldigungsgrund darstelle¹⁸¹.

d. Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 WStG

aa. Rechtswidrige Straftat auf Befehl

Es muss eine rechtswidrige Straftat auf Befehl, mithin auf eine Anweisung zu einem bestimmten Verhalten, die ein militärischer Vorgesetzter einem Untergebenen

¹⁷⁶ Schölz/Lingens, § 5, Rnr. 8; BGHSt 19, 231 (231).

¹⁷⁷ z.B.: Nill-Theobald, Defences, S. 119.

¹⁷⁸ Amtl. Begründung zum Soldatengesetz, BT-Drucks 2/1700, S. 21.

¹⁷⁹ ebd.

¹⁸⁰ BGH NJW 1964, 933 (935).

¹⁸¹ Arndt, Wehrstrafrecht, S. 119.

schriftlich, mündlich oder in anderer Weise, allgemein oder für den Einzelfall und mit dem Anspruch auf Gehorsam erteilt hat, begangen worden sein.

(1) Anweisung

Es muss sich um eine Anweisung, also ein Gebot oder Verbot, handeln¹⁸². Anweisung bedeutet forderndes Verlangen¹⁸³. Eine solche liegt nicht vor bei bloßen Bitten, Wünschen, Belehrungen oder gar Ratschlägen¹⁸⁴. Eine Anweisung liegt auch dann nicht vor, wenn dem Untergebenen volle Entscheidungsfreiheit gewährt wird¹⁸⁵.

Ob begrifflich ein Befehl vorliegt, wenn der Vorgesetzte statt nur auf eine gesetzliche Pflicht aufmerksam zu machen, selbst vom Untergebenen etwas fordert, wozu dieser bereits durch Gesetz gehalten ist, ist umstritten. Nach dem Bundesverwaltungsgericht ist etwa in dem Fall, dass ein unerlaubt abwesender Soldat auch der telegraphischen Anweisung zur umgehenden Rückkehr zur Einheit nicht nachkommt, das bloße Nichtbefolgen der telegraphischen Aufforderung, soweit nicht ein bestimmtes über die Rückmeldung hinausgehendes Verhalten befohlen wird, kein Ungehorsam¹⁸⁶. Dem gegenüber werden systematische und rechtsvergleichende Gesichtspunkte angeführt. Die Anweisung eines militärischen Vorgesetzten an einen Untergebenen, die mit einer gesetzlichen Pflicht inhaltsgleich sei, sei ein Befehl¹⁸⁷. Ein solcher Befehl sei rechtmäßig und somit verbindlich. Der Untergebene, der einen derartigen Befehl nicht ausführe, begehe Ungehorsam¹⁸⁸.

(2) Anspruch auf Gehorsam

Zwar ergibt sich die Voraussetzung des Anspruches auf Gehorsam nicht unmittelbar aus dem Wortlaut, doch impliziert die "Anweisung" den Anspruch auf Gehorsam¹⁸⁹. Der Vorgesetzte muss die militärische Reaktion des Gehorsams beanspruchen und sich dazu einer präzisen Sprache bedienen. Unerheblich ist die äußere Form der An-

¹⁸² *Schölz/Lingens*, § 2, Rnr. 8.

¹⁸³ BVerwG NZWehrr 1976, 147.

¹⁸⁴ *Korte*, S. 94: Solange inhaltlich ein Gebot oder Verbot entnommen werden kann, liegt ein Befehl selbst dann vor, wenn dieser äußerlich in Form einer Bitte ergeht, denn entscheidend ist der Inhalt.

¹⁸⁵ *Schölz/Lingens*, § 2, Rnr. 10.

¹⁸⁶ BVerwG NZWehrr 1975, 27 (27).

¹⁸⁷ *Scherer/Alff*, § 11, Rnr. 2.

¹⁸⁸ ebd.

¹⁸⁹ *Schölz/Lingens*, § 2, Rnr. 9; *Korte*, S. 96; *Lammich*, NZWehrr 1970, 47 (51).

weisung, solange der Anspruch auf Gehorsam hervortritt, wobei der Anspruch auf Gehorsam nicht zugleich auch eine Gehorsampflicht begründet. Diese ist eine hiervon zu trennende Frage der Verbindlichkeit des Befehls¹⁹⁰.

Mangels Vorliegens eines Befehls kann dann sowohl die Gehorsampflicht als auch die Anwendbarkeit des § 5 WStG entfallen¹⁹¹.

(3) “Bestimmten Verhalten”

Die Anweisung muss ein bestimmtes Verhalten zum Gegenstand haben, welches sowohl ein Tun als auch ein Unterlassen sein kann. Der Befehl, der dem Untergebenen jeden einzelnen Punkt vorschreibt, wird als Kommando bezeichnet¹⁹².

Die Anweisung zu einem bestimmten Verhalten schließt einen Ermessensspielraum des Untergebenen nicht aus. Ausreichend ist es, das Ziel festzulegen und es dem Untergebenen zu überlassen, wie er das Ziel erreichen möge¹⁹³.

Der Befehl kann überdies an eine Bedingung gebunden sein¹⁹⁴.

(4) Form der Anweisung

§ 2 Nr. 2 WStG überlässt die Form der Anweisung dem Vorgesetzten (“oder in anderer Weise“). Gesetzlich erwähnt bleiben die Schriftform und die mündlicher Erteilung. Denkbar ist aber auch jede andere Form, solange die Kenntnismöglichkeit des Untergebenen gegeben ist¹⁹⁵. Es gelten insoweit die zivilrechtlichen Regelungen (empfangsbedürftige Willenserklärung)¹⁹⁶. Der Untergebene kann sich mithin nicht auf § 5 WStG berufen, wenn der Befehl ihm nicht zugegangen ist¹⁹⁷.

(5) allgemein oder für den Einzelfall

Die Anweisung kann für den Einzelfall oder allgemein erteilt werden. Der Befehl hat einen Einzelfall zum Gegenstand, wenn er für eine einzelne, nach Zeit und Ort

¹⁹⁰ *Schölz/Lingens*, § 2 Rnr. 9.

¹⁹¹ *Schölz/Lingens*, § 2, Rnr. 9; *Korte*, S. 97; *Arndt*, NZWehrr 1960, 145 (145).

¹⁹² *Schölz/Lingens*, § 2, Rnr. 10: erwähnt auch den Begriff des „geschlossenen Befehls“.

¹⁹³ ebd.

¹⁹⁴ ebd.

¹⁹⁵ *Korte*, S. 98; *Schölz/Lingens*, § 2, Rnr. 18 f.

¹⁹⁶ *Schölz/Lingens*, § 2, Rnr. 19.

¹⁹⁷ *Korte*, S. 98.

umrissene Lage erteilt wurde¹⁹⁸. Er richtet sich im Regelfall an einen bestimmten Soldaten oder eine beschränkte Anzahl von Soldaten im Rahmen eines klar umgrenzten Personenkreises¹⁹⁹. Der allgemeine Befehl richtet sich hingegen an einen in der Regel nicht bestimmbareren Kreis, von denen ein bestimmtes Verhalten gefordert wird. Er ist folglich nicht nur für eine bestimmte Lage, sondern für jeden Wiederholungsfall erteilt.

(6) Vorgesetzteneigenschaft

Der Untergebene muss die Anweisung von einem Vorgesetzten erhalten. Es muss folglich zwischen dem Erklärenden und dem Erklärungsempfänger ein Subordinationsverhältnis gegeben sein²⁰⁰.

Wie oben bereits erwähnt, bestimmt sich nach § 1 Abs. 5 S. 1 SoldG, wer Vorgesetzter ist. § 1 Abs. 5 S. 2 SoldG knüpft die Befehlsbefugnis an vier Tatbestände: Die Dienststellung, den Dienstgrad, einer besonderen Anordnung und einer eigene Erklärung.

In der Vorgesetztenverordnung (VorgV) wurden sowohl die personellen und zeitlichen als auch die örtlichen und inhaltlichen Beschränkungen der Befehlsbefugnis vorgenommen²⁰¹. Die Einhaltung dieser Vorgaben ist gemäß § 10 Abs. 4 SoldG Dienstpflicht. Verstöße gegen die vorstehend aufgezeigten Vorgaben berühren den Befehlscharakter nicht, machen den Befehl jedoch rechtswidrig²⁰². An dem Befehlscharakter fehlt es nur dann, wenn der befehlende Soldat unter keinen denkbaren Umständen befugt war, einem anderen Soldaten einen Befehl zu erteilen²⁰³.

bb. Erkennen der rechtswidrigen Tat

Dem Untergebenen wird ein Schuldvorwurf gemacht, wenn er erkennt oder vermeidbar nicht erkennt, dass er mit der Ausführung des Befehls eine rechtswidrige

¹⁹⁸ *Schölz/Lingens*, § 2, Rnr. 11.

¹⁹⁹ *Korte*, S. 98.

²⁰⁰ *Lingens*, NZWehrr 1993, 19 (20); a.A.: *Burmester*, NZWehrr 1990, 89 (99 f.); Burmester lässt einen abstrakten Vorgesetztenstatus genügen.

²⁰¹ Auf Grundlage des § 1 Absatz 5 i.V.m. § 72 Absatz 2 Nr. 1 SoldG ist die Verordnung über die Regelung militärischer Vorgesetztenverhältnisse vom 04.06.1956 (BGBl. I S. 459; VMBI 1957 S. 71) erlassen worden; zuletzt geändert durch die 3. Verordnung zur Änderung der VorgV vom 07.10.1981 (BGBl. I S. 1129; VNBl S. 338).

²⁰² *Scherer/Alff*, § 1, Rnr. 45; a. A.: *Schölz/Lingens*, § 2, Rnr. 14: Es liegt kein Befehl vor, die Befehlsbefugnis ist vielmehr angemessen.

²⁰³ *Scherer/Alff*, § 1, Rnr. 45 m.w.N.

Straftat begeht. “Erkennen” bedeutet, wissen oder als sicher voraussehen²⁰⁴. Damit ist das positive Erkennen von Umständen gemeint, die zum gesetzlichen Straftatbestand gehören²⁰⁵. Folglich kommt dem Täter die entlastende Wirkung des § 5 WStG auch bei Zweifeln zugute²⁰⁶. Daher ist die Schuld des Untergebenen schon dann ausgeschlossen, wenn dieser die Begehung der rechtswidrigen Tat durch die Ausführung des Befehls für möglich oder wahrscheinlich hält²⁰⁷. Nicht erforderlich ist, dass der Untergebene seine Handlung unter die Rechtsbegriffe Vergehen oder Verbrechen subsumiert²⁰⁸. Ausreichend ist, dass er seine Handlung für ernsthaftes kriminelles Unrecht hält (“Parallelwertung in der Laiensphäre”)²⁰⁹.

Mit dem Merkmal des “Erkennens” wird zugleich auch der Schuldvorwurf bei fahrlässiger Begehung ausgeschlossen²¹⁰. Erkennt der Untergebene jedoch, dass der Vorgesetzte sich in einem Irrtum über tatsächliche Umstände befindet und bei Kenntnis der wahren Sachlage den Befehl nicht erteilt hätte, so muss er eine Gegenvorstellung erheben. Sofern diese erfolglos bleiben sollte, muss er Ungehorsam leisten²¹¹.

Bloße Zweifel an der Rechtmäßigkeit der befohlenen Handlung sind hingegen nicht ausreichend. § 5 WStG umfasst folglich den Tatbestands-, Verbots-, Erlaubnistatbestands- und den Erlaubnisirrtum²¹².

cc. Offensichtlichkeit

Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Erkenntnis, eine rechtswidrige Tat zu begehen, so trifft ihn ein Schuldvorwurf gleichwohl, wenn dies nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich (§ 5 Abs. 1 WStG) oder der diesbezügliche Irrtum vermeidbar (§ 17 StGB) war.

²⁰⁴ *Walter*, JR 2005, 279 (281); *Schölz/ Lingens*, § 5, Rnr. 9.

²⁰⁵ *Schölz/ Lingens*, § 5, Rnr. 9.

²⁰⁶ *Walter*, JR 2005, 279 (281); *Schwaiger*, NZWehrr 1961, 64 (67).

²⁰⁷ *Schölz/ Lingens*, § 5, Rnr. 9.

²⁰⁸ *Korte*, S. 106.

²⁰⁹ *Schwenck*, S. 146.

²¹⁰ ebd.

²¹¹ *Scherer/ Alff*, § 11, Rnr. 27; *Schölz/ Lingens*, § 5, Rnr. 9.

²¹² *Walter*, JR 2005, 279 (281): Eine Einschränkung entgegen den klaren Wortlaut des § 5 WStG stelle ein Verstoß gegen den Grundsatz des Artikels 103 Absatz 2 Grundgesetz (Nulla-poena-Grundsatz) dar.

Die Offensichtlichkeit ist objektiv zu ermitteln. Der zugrunde zu legende Sachverhalt ist anhand der dem Untergebenen bekannten Umstände zu ermitteln²¹³.

Zu berücksichtigen sind die für den konkreten Fall bedeutsamen Umstände, etwa die Kenntnis des Untergebenen von Befehlen, Belehrungen oder Zusammenhängen²¹⁴.

Unberücksichtigt bleibt hingegen die Persönlichkeit des Untergebenen, mit der Folge, dass nur das Beurteilungswissen des Täters, nicht jedoch seine Beurteilungsfähigkeit für die Frage der Offensichtlichkeit heranzuziehen sind²¹⁵.

Schließlich ist zur Vermeidung von Wiederholungen auf die vorstehenden Ausführungen zur Offensichtlichkeit zu verweisen.

Zur weiteren Illustration und Verdeutlichung der deutschen Rechtslage sowie im Hinblick auf die Bedeutung der Mauerschützenprozesse für das Handeln auf Befehl, erfolgt nachfolgend die Darstellung und kritische Auseinandersetzung des so genannten zweiten Mauerschützenprozesses.

II. Der Schusswaffengebrauch an der innerdeutschen Grenze und Berlin

1. Die Rechtsprechung des BGH

In jüngster Vergangenheit hatte sich der BGH mit den so genannten „Mauerschützenfällen“ auseinanderzusetzen und der damit verknüpften Frage, ob die Rechtswidrigkeit der Todesschüsse offensichtlich sei. Vor der politischen Wende ist es in der DDR im Rahmen von Todesschüssen an der innerdeutschen Grenze und Berlin zu keinen Verurteilungen von Grenzsoldaten gekommen. Todesschüsse wurden insoweit stets als gerechtfertigt angesehen und Grenzsoldaten, die entsprechend dem Befehl zur Sicherung der Staatsgrenzen handelten, nicht zur strafrechtlichen Verantwortung gezogen²¹⁶. Exemplarisch für die Rechtsprechung der deutschen Justiz soll nachfolgend das Grundsatzurteil des BGH vom 03.11.1992 zum zweiten Berliner Mauerschützenprozess beleuchtet werden²¹⁷.

Das Landgericht Berlin, dessen Urteil dem BGH zur Revision vorlag, welche im Ergebnis als unbegründet verworfen wurde, verurteilte die beiden Grenzsoldaten wegen gemeinschaftlichen Totschlags²¹⁸.

²¹³ *Schölz/Lingens*, § 5, Rnr. 12.

²¹⁴ *Schölz/Lingens*, § 5, Rnr. 13; *Korte*, S. 110.

²¹⁵ *Schölz/Lingens*, § 5 Rnr. 13; *Walter*, JR 2005, 279 (282).

²¹⁶ BGHSt NJW 1995, 2732 (2733).

²¹⁷ BGHSt 39, 1 (1 ff.).

²¹⁸ BGHSt 39, 1 (1 ff.).

Der Bundesgerichtshof stellt insofern zunächst zutreffend fest, dass die Todesschüsse an der Mauer nicht nach dem Bundesrecht strafbar waren²¹⁹. Die DDR fiel nach einhelliger Auffassung nicht mehr unter den Begriff des „Inlands“ im Sinne des § 3 StGB²²⁰. Dementsprechend wurden die Regeln des internationalen Strafrechts sinngemäß oder unmittelbar angewandt, vgl. §§ 4-9 StGB. Im Bereich der tödlichen Schüsse an der innerdeutschen Grenze kam § 7 StGB nicht zur Anwendung. Allerdings war der Begriff des „Deutschen“ im Sinne von § 7 StGB als Anknüpfungspunkt für die Strafbarkeit von Auslandsstraftaten außerordentlich umstritten. So wurde zum Teil angenommen, dass DDR-Bürger strafrechtlich generell als Deutsche im Sinne von § 7 StGB anzusehen sind, wohingegen einige Autoren die Einbeziehung von DDR-Bürgern in den Schutzbereich des § 7 StGB gänzlich ablehnten²²¹. Ferner wurde nach einer vermittelnden Ansicht danach differenziert, ob die DDR-Bürger von der bundesdeutschen Strafrechtsordnung als Täter nach § 7 Abs. 2 StGB in die Pflicht genommen werden sollten oder ob sie als Opfer deren Schutz nach § 7 Abs. 1 StGB benötigten²²². Insofern wurden die DDR-Bürger als ‚Ausländer‘ behandelt, soweit sie Täter waren, als ‚Deutsche‘ im Sinne der Vorschrift hingegen, wenn sie Opfer waren. Diese Differenzierung konnte jedoch in den Fällen nicht weiterführen, in denen sowohl Täter als auch Opfer Deutsche waren. Nach alledem wurde der strafrechtliche Begriff des ‚Deutschen‘ im Sinne von § 7 StGB funktionell auf diejenigen DDR-Bürger beschränkt, die ihre Lebensgrundlage bereits vor der Tat im Geltungsbereich des StGB hatten oder sie zumindest dorthin verlegen wollten, mithin ihre Bindungen zur DDR gelöst hatten und in den Schutzbereich des Art. 116 GG eingetreten waren. Anderenfalls ist das anzuwendende Recht nach den in § 2 StGB formulierten Regeln des intertemporalen Strafrechts zu beurteilen. Die räumliche Dimension spielte folglich hinsichtlich der Frage des geltenden Rechts keine Rolle. Da gemäß Art. 8 des Einigungsvertrages vom 31.08.1990 mit dem Wirksamwerden des Beitritts das gesamte Bundesrecht im Gebiet der DDR in Kraft getreten ist, ist bei der Bestrafung von Taten, die in der ehemaligen DDR begangen worden sind, seit dem 03.10.1990 gesamtdeutsches Strafrecht anzuwenden. Wenn sich jedoch - wie im vorliegenden Fall - die Strafrechtsordnung zwischen der Begehung der Tat und dem Aburteilungszeitpunkt geändert hat, wird die Entscheidung, welche Rechtsvorschriften Anwendung finden, regelmäßig von §§ 1, 2 StGB beantwortet. Aller-

²¹⁹ BGHSt NJW 1993, 141 (142).

²²⁰ *Buchner*, S. 50.

²²¹ *Rosenau*, S. 97 f.

²²² zusammenfassend: *Buchner*, S. 51 ff.

dings ist § 2 StGB lediglich auf die Strafrechtsänderung innerhalb einer Rechtsordnung zugeschnitten und somit nicht ohne weiteres auf die Strafrechtsvereinheitlichung im wiedervereinigten Deutschland anwendbar. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber in Art. 315 I EGStGB auf § 2 StGB verwiesen und angeordnet, dass für so genannte ‚Alttaten‘ die Strafrechtsvereinheitlichung wie eine ‚normale‘ Strafrechtsänderung innerhalb einer Rechtsordnung zu behandeln sei²²³. Dementsprechend konnte eine Verurteilung der so genannten ‚Mauerschützen‘ nur dann erfolgen, wenn die Tat nach dem zum damaligen Zeitpunkt geltenden Recht der DDR strafbar war²²⁴. Erst im Anschluss und nach Bejahung diese Ausgangsfrage bedurfte es der Untersuchung, welche Strafrechtsordnung alternativ nach dem Prinzip der Meistbegünstigung des Täters heranzuziehen war, vgl. § 2 StGB. Bezüglich dieser Frage nach dem milderen Gesetz war das Gesetz insgesamt zu prüfen, d.h. es war nicht möglich, den Tatbestand dem einen und einen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund dem anderen Gesetz zu entnehmen²²⁵.

Nach *Roggemann* sei die Ersetzung des Tatortrechts (DDR-Recht) durch neues Strafrecht (BRD-Recht) nur zulässig, wenn es sich auf die Taten beziehe, die nach dem bundesdeutschen Recht zu beurteilen seien oder wenn das deutsche Bundesrecht milder sei, was sich aus Art. 315 Abs. 1 EG-StGB i.V.m. § 2 Abs. 3 StGB ergebe. Da das deutsche Bundesrecht nicht milder sei, sei das DDR-Strafrecht immanent und kritisch bei der Beurteilung der Rechtfertigung der Mauerschützen anzuwenden²²⁶.

a. Strafbarkeit der „Mauerschützen“ nach dem Recht der DDR

Nach dem zu dem damaligen Zeitpunkt geltenden Strafrecht der DDR kam der Tatbestand des Mordes gemäß § 112 DDR-StGB und der Tatbestand des Totschlags nach § 113 DDR-StGB in Betracht. Allerdings kam eine Strafbarkeit auch im Falle der Tatbestandsmäßigkeit der Handlung nicht in Betracht, wenn diese gerechtfertigt war. Als Rechtfertigungsgrund kam in den einschlägigen „Mauerschützenfällen“ insbesondere § 27 DDR-GrenzG²²⁷ Bedeutung zu. Danach ist der Gebrauch der

²²³ *Buchner*, S. 54.

²²⁴ *Werle*, NJW 2001, 3001 (3004).

²²⁵ *Bartmann*, NZWehr 2000, 244.

²²⁶ *Roggermann*, NJ 1997, 226, 230 f.

²²⁷ § 27 DDR-GrenzG: „(1) Die Anwendung der Schusswaffe ist die äußerste Maßnahme der Gewaltanwendung gegenüber Personen. Die Schusswaffe darf nur in solchen Fällen angewendet werden, wenn die körperliche Einwirkung ohne oder mit Hilfsmitteln erfolglos blieb oder offensichtlich kei-

Schusswaffe gerechtfertigt, um die unmittelbar bevorstehende Ausführung oder die Fortsetzung einer Straftat zu verhindern, die sich den Umständen nach als ein Verbrechen darstellt. Ferner sollte der Schusswaffengebrauch lediglich ultima ratio erfolgen und war zudem grundsätzlich durch Zuruf oder einen Warnschuss anzudrohen.

In dem dargestellten Fall konnte man ohne weiteres zu dem Ergebnis gelangen, dass die Todesschüsse der beiden Grenzsoldaten gerechtfertigt waren. Insoweit besteht kein Zweifel daran, dass die Grenzsoldaten geschossen haben, um einen unmittelbar bevorstehenden Grenzübertritt zu verhindern. Zudem haben sie den Flüchtling unstrittig durch Zurufe und durch Abgabe von Warnschüssen vor dem Abfeuern der Todesschüsse gewarnt. Der Grenzübertritt stellt sich letztlich auch „den Umständen nach als ein Verbrechen“ im Sinne des § 7 DDR-GrenzG dar. Als Verbrechen wurden nach § 1 Abs. 3 S. 2 DDR-StGB u. a. so genannte gesellschaftsgefährliche Straftaten gegen Rechte und Interessen der Gesellschaft angesehen, die eine schwerwiegende Missachtung der sozialistischen Gesetzlichkeit darstellten und für die innerhalb des vorgesehenen Strafrahmens im Einzelfall eine Freiheitsstrafe von über zwei Jahren ausgesprochen wurde. Der ungesetzliche Grenzübertritt - die Republikflucht - war nach § 213 Abs. 3 DDR-StGB im Falle eines schweren Falles mit einer Freiheitsstrafe von einem bis zu acht Jahren bedroht²²⁸. Der Katalog der Regelbeispiele, die den aufgezeigten Strafrahmen eröffneten, war äußerst umfangreich²²⁹. Der Katalog kehrte das Regel-Ausnahme-Verhältnis um, da die aufgeführten Regelbeispiele, an deren Vorliegen zudem nur geringe Anforderungen geknüpft wurden, alle Punkte

nen Erfolg verspricht. Die Anwendung von Schusswaffen gegen Personen ist erst dann zulässig, wenn durch Waffenwirkung gegen Sachen oder Tiere der Zweck nicht erreicht wird. (2) Die Anwendung der Schusswaffe ist gerechtfertigt, um die unmittelbar bevorstehende Ausführung oder die Fortsetzung einer Straftat zu verhindern, die sich den Umständen nach als Verbrechen darstellt. Sie ist auch gerechtfertigt zur Ergreifung von Personen, die eines Verbrechens dringend verdächtig sind. (3) Die Anwendung der Schusswaffe ist grundsätzlich durch Zuruf oder Abgabe eines Warnschusses anzukündigen, sofern nicht eine unmittelbar bevorstehende Gefahr nur durch die gezielte Anwendung der Schusswaffe verhindert oder beseitigt werden kann. (4) Die Schusswaffe ist nicht anzuwenden, wenn a) das Leben oder die Gesundheit Unbeteiligter gefährdet werden können, b) die Personen dem äußeren Eindruck nach im Kindesalter sind c) das Hoheitsgebiet eines benachbarten Staates beschossen wurde. Gegen Jugendliche und weibliche Personen sind nach Möglichkeit Schusswaffen nicht anzuwenden. (5) Bei der Anwendung der Schusswaffe ist das Leben von Personen nach Möglichkeit zu schonen. Verletzten ist unter Beachtung der notwendigen Sicherheitsmaßnahmen Erste Hilfe zu erweisen.“

²²⁸ § 213 DDR-StGB der ungesetzliche Grenzübertritt.

²²⁹ § 213 Abs. 3 S. 2 DDR-StGB: „1. die Tat Leben oder Gesundheit von Menschen gefährdet; 2. die Tat unter Mitführung von Waffen oder unter Anwendung gefährlicher Mittel oder Methoden erfolgt; 3. die Tat mit besondere Intensität durchgeführt wird; 4. die Tat durch Urkundenfälschung (§ 240), Falschbeurkundung (§ 242) oder durch Missbrauch von Urkunden oder unter Ausnutzung eines Verstecks erfolgt; 5. die Tat zusammen mit anderen begangen wird; 6. der Täter wegen ungesetzlichen Grenzübertritts bereits bestraft ist.“

enthielten, die regelmäßig bei einem illegalen Grenzübertritt vorlagen. Eine Republikflucht, die nicht ein schwerer Fall im Sinne des § 213 Abs. 3 DDR-StGB gewesen wäre, wäre nach alledem nur schwerlich denkbar. Ein schwerer Fall nach § 213 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 DDR-StGB lag insbesondere vor, wenn „die Tat unter Mitführung von Waffen oder unter Anwendung gefährlicher Mittel oder Methoden erfolgt“. Dem ungesetzlichen Grenzübertritt mit gefährlichen Mitteln oder Methoden entspricht nach dem „Gemeinsamen Standpunkt zur Anwendung des § 213 StGB vom 15.01.1988“ des Obersten Gerichtes und des Generalstaatsanwaltes der DDR u. a. das Benutzen von „Steighilfen zur Überwindung von Grenzsicherungsanlagen“²³⁰. Nach der Systematik des § 1 Abs. 3 DDR-StGB war die Republikflucht allerdings auch in einem schweren Falle im Sinne des § 213 Abs. 3 DDR-StGB kein Verbrechenstatbestand, da zwar im Einzelfall auf eine Freiheitsstrafe von über zwei Jahren erkannt werden konnte, nicht aber mindestens zwei Jahre Freiheitsstrafe angedroht waren. Zum Verbrechen wurde die Republikflucht folglich erst ex post, wenn nämlich ein Richter - was im Falle des Grenzkontaktes regelmäßig der Fall war - eine Strafe von mehr als zwei Jahren ausgesprochen hatte²³¹.

Allerdings zeigen folgende Überlegungen, dass der häufige Hinweis darauf, dass gegen ‚Republikflüchtlinge‘ im Allgemeinen eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren ausgesprochen wurde²³² und daher ein Verbrechen gegeben sei, neben der Sache liegt.

Im Hinblick auf den Wortlaut des § 27 DDR-GrenzG ist hervorzuheben, dass es gerade nicht etwa heißt „die Ausführung eines Verbrechens zu verhindern“, sondern die Formulierung verwendet wird „eine Straftat zu verhindern, die sich den Umständen nach als ein Verbrechen darstellt“. Neben dem Wortlaut, der für eine ex-ante-Betrachtungsweise spricht, lässt auch die Gesetzessystematik lediglich den Schluss zu, dass diese Betrachtung maßgebend sein soll. Für den Fall, dass der Flüchtende erschossen worden wäre, wäre es nie zu seiner Verurteilung gekommen, die erst die Verbrechenqualität und damit eine Rechtfertigung für den tödlichen Schuss gemäß § 27 DDR-GrenzG hätte begründen können. Mithin verbietet sich eine ex-post-Untersuchung. Freilich vermag auch das Abstellen des Grenzsoldaten auf die aktuelle Situation, namentlich die ex-ante-Erwägung, ob ein Richter den Fluchtversuch, den es zu vereiteln galt, als Verbrechen bestrafen würde, das Dilemma hinsichtlich der

²³⁰ BGHSt NJW 1993, 141 (143).

²³¹ *Rosenau*, S. 69 f.

²³² So beispielsweise BGHSt NJW 1993, 141 (143) oder *Alexy*, S. 11.

Frage, ob ein Verbrechen vorliegt und damit die Voraussetzungen des § 27 DDR-GrenzG gegeben sind, nicht nachhaltig aufzuklären. Denn hinsichtlich der durchschnittlichen Straferwartung liegen keine gefestigten Erkenntnisse vor. Nach *Brunner*²³³ soll die durchschnittliche Strafhöhe nach der Gerichtspraxis schon unter Geltung des milderen Strafrahmens, d. h. vor dem dritten Strafrechtsänderungsgesetz im Jahre 1979, welches den Strafrahmen in einem schweren Falle von einem bis zu fünf auf ein bis zu acht Jahre an hob, drei Jahre Freiheitsentzug betragen haben. Dagegen hat *Grünberg* nach der Auswertung von 289 einschlägigen Urteilen eine durchschnittliche Haftstrafe von 16,1 Monaten ermittelt²³⁴. Auch der dahingehende Hinweis von *Rosenau*, dass bei der Erhebung von *Grünberg* nicht ersichtlich sei, ob nicht auch Aburteilungen nach dem Grundtatbestand des § 213 DDR-StGB in die Statistik eingeflossen seien, vermag die Frage der durchschnittlichen Straferwartung zugunsten der Erkenntnisse von *Brunner* nicht zu bestätigen. Bekanntermaßen war die Republikflucht in einem nicht qualifizierten Fall angesichts des umfangreichen Regelbeispielkataloges kaum vorstellbar. Letztlich können die systematischen Bedenken nicht nachhaltig ausgeräumt werden.

Nicht zu leugnen ist jedoch der Umstand, dass den Grenzsoldaten stets vermittelt wurde, dass die Republikflucht mit unmittelbarem Grenzkontakt als Verbrechen gewertet werde. Den Grenzsoldaten wurde in der Praxis aufgegeben, eine Flucht über die innerdeutsche Grenze und die Berliner Mauer unter allen Umständen zu verhindern, welches mit der Verpflichtung einhergehe, gegebenenfalls die Schusswaffe einzusetzen. Die Befehle erweckten bei den Soldaten den Eindruck, dass die Unverletzlichkeit der Grenze vorrangig vor einem Menschenleben habe²³⁵. Dass der Einsatz der Schusswaffe entgegen der gesetzlichen Regelung in § 27 Abs. 2 DDR-GrenzG im Rahmen der Ausbildung Befehlscharakter erhielt, zeigt u. a. eine „Ausbildungsunterlage zur Erläuterung der Anwendung der Schusswaffe nach dem Grenzgesetz vom 25.03.1982 bei der Sicherung der Staatsgrenze“, in der es hieß: *„Der richtige und wirksame Einsatz der Schusswaffe im Grenzdienst ist nicht nur eine gesetzliche Pflicht, sondern das zutiefst moralische und humanistische Recht eines jeden Angehörigen der Grenztruppen.“*²³⁶

²³³ DDR Handbuch 2. Aufl. (1979), S. 492 zitiert nach *Brunner*, NJW 1982, 2479, (2482).

²³⁴ *Grünberg*, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 10.08.1995, S. 6.

²³⁵ *Eser*, in: FS Odersky, S. 337 (340).

²³⁶ *Rosenau*, S. 72.

An den weiteren Voraussetzungen des § 27 DDR-GrenzG bestehen keine Zweifel. Dass der ungesetzliche Grenzübertritt als eine „gesellschaftsgefährliche“ Straftat und als eine „schwerwiegende Missachtung der sozialistischen Gesetzlichkeit“ angesehen wurde, bedarf keiner weiteren Begründung.

Zusammenfassend bleibt festzustellen, dass der Wortlaut des § 27 DDR-GrenzG trotz der aufgezeigten Probleme hinsichtlich der Frage, ob ein Verbrechen gegeben ist oder nicht, durchaus eine Auslegung zulässt, die das Verhalten der Grenzsoldaten in dem vorab skizzierten Fall im zweiten Berliner Mauerschützenfall als gerechtfertigt erscheinen lässt.

Das Landgericht Berlin, vor dem sich die beiden Grenzsoldaten erstinstanzlich zu verantworten hatten, wurde mithin mit der Problematik konfrontiert, dass der Wortlaut des § 27 Abs. 2 DDR-GrenzG eine Rechtfertigung der Tat nahe legte, dies jedoch mit den rechtsstaatlichen Gesichtspunkten der Judikative in der Bundesrepublik Deutschland unvereinbar schien. Das Landgericht Berlin versuchte eine Rechtfertigung nach § 27 DDR-GrenzG durch eine rechtsstaatliche Auslegung desselben zu verhindern²³⁷. Die Systematik des § 27 DDR-GrenzG sei am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgerichtet. Dementsprechend hätten die beiden Grenzsoldaten nicht - wie geschehen - mit Dauerfeuer, sondern allenfalls mit Einzelfeuer auf den Flüchtling schießen dürfen, da dieses ein milderes Mittel gewesen wäre, das geeignet gewesen sei, die weitere Flucht zu unterbinden²³⁸. Im Übrigen könne der Zweck, eine Straftat zu verhindern, durch die das Leben anderer nicht gefährdet werde, niemals die Tötung eines Menschen mit bedingtem Vorsatz rechtfertigen, da das Leben das höchste Rechtsgut sei²³⁹. Diese - zugegebenermaßen verführerische Lösung - kann jedoch bereits bei systematischer Betrachtung keine Richtigkeit beanspruchen. Ausgangspunkt der Frage, ob die Todesschüsse der beiden Grenzsoldaten gerechtfertigt waren, ist Art. 315 I EGStGB in Verbindung mit § 2 StGB und die Frage, ob nach dem zur Tatzeit geltenden Recht der DDR ein Rechtfertigungsgrund in Betracht kommt. Von der Frage, ob das Verhalten nach dem Recht der DDR, wie es in der Staatspraxis angewandt wurde, gerechtfertigt war, ist die andere Frage zu unterscheiden, ob ein so verstandener Rechtfertigungsgrund wegen der Verletzung vorge-

²³⁷ LG Berlin NStZ 1992, 492 (492 ff.).

²³⁸ Ob dies sodann zu einer Rechtfertigung hätte führen können, wäre sodann stets eine Frage des Einzelfalles.

²³⁹ LG Berlin NStZ 1992, 492 (494).

ordneter, auch von der DDR zu beachtender allgemeiner Rechtsprinzipien außer Betracht bleiben muss²⁴⁰.

Wie bereits dargestellt, lässt der Wortlaut des § 27 DDR-GrenzG eine Auslegung zu, die das Verhalten der Grenzsoldaten als gerechtfertigt erscheinen lässt. Maßgebend ist insoweit, dass diese Interpretation der herrschenden Auslegung des § 27 DDR-GrenzG im Tatzeitpunkt und der ständigen Staatspraxis der DDR entsprach²⁴¹. Zwar ähnelt die Norm des § 27 DDR-StGB seinem Wortlaut nach vergleichbaren bundesdeutschen Regelungen, die den Gebrauch der Schusswaffe durch staatliche Organe an strenge Verhältnismäßigkeitskriterien binden wie etwa §§ 10, 11 BuzwG. Doch ist zu berücksichtigen, dass sich verschiedenartige Rechtsordnungen oftmals insbesondere in der Art ihrer Interpretation unterscheiden, was vor allem für das Verhältnis von „westlichen“ zu „sozialistischen“ Rechtsordnungen gilt. Nach dem Prinzip der „sozialistischen Gerechtigkeit“ waren die Gesetze „in Übereinstimmung mit den Zielen der DDR“ anzuwenden²⁴². Die Verhinderung des Grenzübertrittes wurde als überragendes Interesse aufgefasst, hinter das persönliche Rechtsgüter einschließlich des Lebens zurücktraten. Dass Flüchtende die Grenze unbefugt übertraten, war mithin „auf jeden Fall und letztlich mit allen Mitteln zu verhindern“. Dementsprechend lauteten die bei der ‚Vergatterung‘ gegenüber den Grenzsoldaten verwendeten Formulierungen in ihren Kernsätzen: „Grenzdurchbrüche sind auf keinen Fall zuzulassen. Grenzverletzter sind zu stellen oder zu vernichten.“ Vor jedem Dienstbeginn erfolgte die ‚Vergatterung‘, durch die den Grenzposten noch einmal nachhaltig der konkrete Einsatz und die in allgemeiner Form gestellte Aufgabe bewusst gemacht wurden²⁴³. Um die hervorstechende Stellung der Fluchtverhinderung zu untermauern, wurde den Grenzposten im Falle von Grenzdurchbrüchen, die diese nicht verhinderten, gedroht, sich in Militärstrafverfahren wegen Beihilfe zum ungesetzlichen Grenzübertritt (§§ 213, 22 Abs. 2 Nr. 3 DDR-StGB), der Nichtausführung eines militärischen Befehls (§ 257 DDR-StGB) oder der Verletzung von Dienstvorschriften über die Grenzsicherung (§ 262 DDR-StGB) verantworten zu müssen, wenn sie bewusst den Schusswaffeneinsatz unterließen²⁴⁴. War hingegen der Gebrauch der Schusswaffe erfolgreich und ein Fluchtversuch vereitelt, indem der Flüchtende

²⁴⁰ BGH NJW 1993, 141 (144).

²⁴¹ ebd.

²⁴² *Amelung*, JuS 1993, 637 (638).

²⁴³ BGH NJW 1993, 141 (142).

²⁴⁴ *Rosenau*, S. 73.

durch einen Schuss verletzt oder getötet wurde, wurde der Schütze belobigt, ausgezeichnet und mit Geld- bzw. Sachprämien, in der Regel auch mit Beförderungen belohnt²⁴⁵. Dem aufgezeigten Verständnis entsprach es, dass die Grenzsoldaten nach den tödlichen Schüssen weder disziplinar- noch strafrechtliche Ermittlungen zu befürchten hatten²⁴⁶.

Nach alledem - insbesondere auch im Hinblick auf die zur Tatzeit in der DDR geltende Staatspraxis - war die Anwendung von Dauerfeuer auch ohne vorgeschaltetes, auf die Beine gerichtetes Einzelfeuer in dem vorliegenden Fall nicht als rechtswidrig anzusehen. Die beiden Grenzsoldaten haben durch das Dauerfeuer die Chance, die Flucht zu verhindern (damit aber auch das Risiko eines tödlichen Treffers), erhöht und damit dem entsprochen, was ihnen im Einklang mit der herrschenden Auslegung des Grenzgesetzes als das wichtigste Ziel vermittelt wurde, nämlich die Verhinderung von Grenzübertritten. Hinzu kommt in dem konkreten Fall, dass sich die Grenzsoldaten in nicht unbeträchtlicher Entfernung von 150 m bzw. 110 m bei der Abgabe der Schüsse befanden und der Flüchtling sich im zügigen Aufstieg über die ‚eigentliche‘ Mauer befand. Im Hinblick auf diesen Umstand und darauf, dass der Mindestabstand zwischen zwei Schüssen bei der Abgabe von Einzelfeuer 1,5 Sek. beträgt, bei Dauerfeuer dagegen 10 Schüsse/Sek. abgefeuert werden, war die Chance, den Fluchtversuch zu vereiteln, unter Anwendung von Dauerfeuer wesentlich höher²⁴⁷.

Die Todesschüsse wären hingegen nicht gerechtfertigt, wenn § 27 DDR-GrenzG in der damals praktizierten und dargestellten Interpretation seinerseits gegen damaliges höherrangiges Recht verstößt und deshalb in dieser Interpretation nichtig war.

Ein Verstoß gegen die Verfassung der DDR war nicht gegeben. Einen grundrechtlichen Schutz auf Ausreisefreiheit kannte die Verfassung der DDR nicht. Auch ein explizit formuliertes Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit war in der Verfassung nicht formuliert, fand jedoch nach einhelliger Ansicht in Art. 30 DDR-Verfassung²⁴⁸, der die Unantastbarkeit der Persönlichkeit und Freiheit eines je-

²⁴⁵ ebd., S. 75.

²⁴⁶ BGHSt 39, 168 (183); zumindest wird auch in der Literatur einhellig davon ausgegangen, da entgegengesetzte Anhaltspunkte nicht ersichtlich sind.

²⁴⁷ BGH NJW 1993, 141 (144).

²⁴⁸ Art. 30 DDR-Verfassung: „1. Die Persönlichkeit und Freiheit jedes Bürgers der Deutschen Demokratischen Republik sind unantastbar. 2. Einschränkungen sind nur im Zusammenhang mit strafbaren Handlungen oder einer Heilbehandlung zulässig und müssen gesetzlich begründet sein. Dabei dürfen die Rechte solcher Bürger nur insoweit eingeschränkt werden, als dies gesetzlich zulässig und unum-

den Bürgers kodifizierte, Eingang²⁴⁹. Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit konnte gemäß Art. 30 Abs. 2 DDR-Verfassung eingeschränkt werden, wenn die Einschränkung gesetzlich begründet war, im Zusammenhang mit einer strafbaren Handlung vorgenommen wurde, sich ferner im Rahmen dessen hielt, was gesetzlich zulässig war, und schließlich unumgänglich war. Im Hinblick auf § 27 DDR-GrenzG sind diese Voraussetzungen, mit Ausnahme der Unumgänglichkeit, offensichtlich gegeben. Dessen ungeachtet kann auch hinsichtlich der Unumgänglichkeit auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Dass das Schießen an der innerdeutschen Grenze und in Berlin notwendig und in diesem Sinne unumgänglich war, wurde bereits erörtert. Des Weiteren vermag die damit verbundene Abwägung zwischen den betroffenen Rechtsgütern keine andere Beurteilung zu rechtfertigen, wobei selbstverständlich keine liberalen rechtsstaatlichen Erwägungen Eingang finden dürfen. Die Unverletzlichkeit der Staatsgrenzen, die im Übrigen nach Art. 7 DDR-Verfassung Verfassungsrang genoss, hatte - wie dargestellt - im Konfliktfalle Vorrang vor der Schonung des menschlichen Lebens.

b. Strafbarkeit der „Mauerschützen“ nach Normen des Völkerrechts

aa. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte

Des Weiteren scheidet § 27 DDR-GrenzG in der der Staatspraxis entsprechenden Interpretation unter dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen höherrangiges positives Recht auch nicht an Normen des Völkerrechts. In Betracht kommt zwar ein Verstoß gegen den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966 (IPbPR), dem die DDR beigetreten ist. Art. 6 IPbPR schützt insoweit das Leben und Art. 12 IPbPR die Ausreisefreiheit. Die DDR hat den IPbPR durch den Staatsrat am 02.11.1973 ratifiziert und dies im Gesetzblatt der DDR bekannt gemacht. Auch das spätere Inkrafttreten des Paktes wurde unter dem 01.03.1976 im Gesetzblatt veröffentlicht²⁵⁰.

In seinem ersten Mauerschützenurteil verweist der BGH auf diesen Beitritt der DDR zum IPbPR und stellt fest, dass sich die DDR mit diesem Beitritt mit den Zielsetzungen des IPbPR identifiziert habe und deshalb die Bestimmungen des IPbPR auch bei

gänglich ist. 3. Zu Schutz seiner Freiheit und der Unantastbarkeit seiner Persönlichkeit hat jeder Bürger den Anspruch auf die Hilfe der staatlichen und gesellschaftlichen Organe.“

²⁴⁹ Alexy, S. 14.

²⁵⁰ DDR-GBl. 1976 II, S. 108.

der Anwendung des innerstaatlichen Rechts zu berücksichtigen seien²⁵¹. Nach der herrschenden Lehre verschafft allein die Ratifizierung völkerrechtlicher Verträge keine innerstaatliche Rechtsgeltung. Um das völkerrechtliche Abkommen innerstaatlich wirksam werden zu lassen ist vielmehr die Transformation des Vertragsinhalts in nationales Recht Voraussetzung²⁵². Ein Verstoß gegen den IPbpR könnte mithin nur dann zur Nichtigkeit des § 27 DDR-GrenzG in der der Staatspraxis entsprechenden Interpretation führen, wenn der IPbpR in das innerstaatliche Recht der DDR transformiert oder diesem Recht inkorporiert worden war²⁵³.

An dieser Voraussetzung fehlt es hier. Die DDR ist dem IPbpR zwar beigetreten und war damit als Staat völkerrechtlich an den Pakt gebunden, hat diesen jedoch weder in das innerstaatliche Recht der DDR transformiert noch ist er diesem Recht inkorporiert. Zu der nach Art. 51 DDR-Verfassung obligatorischen Bestätigung durch die Volkskammer der DDR ist es nicht gekommen; eine parlamentarische Bestätigung der Volkskammer ist nie erfolgt. Teilweise wird indessen darauf hingewiesen, dass in der DDR häufig auf die formelle Zustimmung der Volkskammer verzichtet worden ist und in der Staatspraxis der DDR trotzdem - allein aufgrund einer Ratifikation der Völkerrechtsabkommen durch den Staatsrat - von einer Transformation ausgegangen wurde²⁵⁴. Der Staatsrat der DDR war gem. Art. 66 Abs. 1 S. 3 DDR-Verfassung in Gestalt von Beschlüssen zur Normsetzung befugt, die wie die Gesetze der Volkskammer allgemeinverbindlich waren, auch wenn sie in ihrer Rechtskraft jenen nachfolgten²⁵⁵. Eine derartige Transformation würde aber zumindest eine entsprechende Vollzugsanordnung bei der Publikation voraussetzen²⁵⁶. Nachdem eine derartige Vollzugsanordnung nicht erfolgte und der Pakt ohne entsprechenden Umsetzungshinweis veröffentlicht wurde, war der IPbpR ohne innerstaatliche Rechtsgeltung. Das Recht auf Ausreise gem. § 12 Abs. 2 IPbpR gehört auch nicht zu den allgemeinen Regeln des Völkerrechts. Ohnehin steht die Ausreisefreiheit unter einem sehr weit gefassten Vorbehalt, denn den Staaten wird durch Absatz 3 die Einschränkung u.a. zum Schutz der öffentlichen Ordnung ermöglicht²⁵⁷. Auch wenn man die vorliegend die Transformation in das innerstaatliche Recht durch die Ratifikation

²⁵¹ BGHSt 39, 1 (1 ff.).

²⁵² Alexy, S. 16; Dannecker, Jura 1994, 585 (590); Renzikowski, NJ 1992, 152 (153 f.).

²⁵³ Alexy, S. 16 f.

²⁵⁴ Mampel, Art. 32 DDR-Verfassung, Rnr. 17.

²⁵⁵ ebd., Art. 51 DDR-Verfassung, Rnr. 9.

²⁵⁶ Buchner, S. 181 f.

²⁵⁷ Grünwald, StV 1991, 31 (37).

und die Veröffentlichung der Ratifikation bejahen würde, würde dies zu keinem anderen Ergebnis führen. Denn die Umsetzung wäre in diesem Fall durch den Staatsrat erfolgt. Die Rechtsakte des Staatsrates lagen in der Normenhierarchie der DDR unterhalb der Rechtsakte der Volkskammer. Eine Kollision des IPbpR mit § 27 DDR-GrenzG hätte folglich nicht zur Unwirksamkeit von Art. 27 DDR-GrenzG führen können.

Eine innerstaatliche Wirkung des Paktes allein aufgrund der bloßen Ratifikation des Vertrages ist ebenso wenig im Hinblick auf die Staatenpraxis und Rechtsüberzeugung anderer Nationen gegeben. Es besteht keine aus übereinstimmender Staatenpraxis und Rechtsüberzeugung resultierende völkerrechtliche Regel dahingehend, dass Staaten verpflichtet wären, ihre Verträge in ihr innerstaatliches Recht zu inkorporieren und ihnen dort Geltungs- oder Anwendungsvorrang vor innerstaatlichem Recht beizumessen. Ein innerstaatlicher Geltungs- oder Anwendungsvorrang ergibt sich allein aus einem dahingehenden innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehl, und zwar auch bei Verträgen, die ihrem Inhalt zufolge - wie im vorliegenden Fall - die Parteien dazu verpflichten, den innerstaatlichen Geltungs- und Anwendungsvorrang herbeizuführen²⁵⁸. Die diesbezüglichen Ausführungen des BGH²⁵⁹, der versucht aufzuzeigen, dass die DDR die im IPbpR enthaltenen Rechte akzeptiert und sich damit gleichsam durch eine konkludente Adoption auch innerhalb der eigenen Rechtsordnung an sie gebunden hätte, vermag nicht zu überzeugen. Denn unabhängig von der Frage, ob hinsichtlich des Verhältnisses von Landesrecht und Völkerrecht der monistischen oder dualistischen Theorie gefolgt wird, besteht Einigkeit dahingehend, dass das Völkerrecht nicht ohne einen staatlichen Rechtsakt innerstaatliche Geltung erlangt²⁶⁰. Das Völkerrecht gilt nicht unmittelbar im innerstaatlichen Rechtsbereich; völkerrechtliche Normen, die im Falle von Kriegsverbrechen Eingang finden, stellen indes die einzige Ausnahme von diesem Grundsatz dar. Im Ergebnis war die DDR verpflichtet, den Grundsätzen des IPbpR innerstaatliche Wirkung zu verschaffen; ein möglicher Verstoß des § 27 DDR-GrenzG in seiner damaligen Interpretation gegen die im Pakt enthaltenen völkerrechtlichen Normen kann jedoch mangels Transformation oder Inkorporation nicht zur Nichtigkeit desselben führen.

²⁵⁸ BVerfGE 73, 339 (375).

²⁵⁹ BGHSt 39, 1 (16 f.).

²⁶⁰ *Dahm*, S. 100 f.

Gleichwohl könnten die im IPbpR vereinbarten Rechte über die Bestimmung des § 95 DDR-StGB²⁶¹ dem § 27 DDR-GrenzG in der damaligen Staatspraxis eine Schranke setzen. Einfallstor für die einschlägigen Rechte nach § 6 und § 12 IPbpR wären die in § 95 DDR-StGB zitierten Grund- und Menschenrechte. Erneut darf jedoch nicht verkannt werden, dass nicht etwa das westliche, liberale Menschenrechtsverständnis zugrunde gelegt werden darf, sondern vielmehr das Recht der DDR nach dem damaligen Rechtsverständnis.

bb. Das sozialistische Menschenrechtsverständnis der DDR

Die DDR betrachtete sich als Gesellschaftsordnung realer Menschenrechte. Das sozialistische Menschenrechtsverständnis ging von einem materialistischen Grundkonzept aus. Die Rechts- und Staatsordnung insgesamt, mithin auch die Grundrechte des Einzelnen, beruhten auf den materiellen Bindungen einer Gesellschaft - auf den herrschenden sozioökonomischen Verhältnissen -, die Veränderungen unterworfen waren. Die Menschenrechte wurden stets kollektivistisch und nicht wie in den westlichen, liberalen Rechtsordnungen, individualistisch interpretiert. Folglich war nur der Staat und nicht das einzelne Individuum Subjekt der Menschenrechte. Systemneutrale, universelle Menschenrechte waren demnach nicht möglich²⁶².

In der Theorie hat die DDR von Anfang an das klassisch marxistische – also kritische – Verhältnis zur einseitigen Betonung der politischen und bürgerlichen Rechte im Menschenrechtsbegriff der westlichen Philosophie und politischen Theorie vertreten. Nur der Sozialismus könne mittels Beseitigung der Ausbeutung die freie Entfaltung des Menschen und damit die Respektierung aller, also auch der sozialen Menschenrechte, ermöglichen. Hinzu kam, besonders in der Auseinandersetzung mit sozialdemokratischen Traditionen, die These, dass Revolution und Diktatur des Proletariats legitime und notwendige Mittel zum Erreichen dieses Ziels seien. Demzufolge sei das Beharren auf gleichen individuellen Rechten unvereinbar mit den „gesellschaftlichen Notwendigkeiten“. Damit war die Anwendung jeden geeigneten Mittels legitimiert, um die Herrschaft der Arbeiterklasse und ihrer führenden Kraft, der Partei, durchzusetzen und zu erhalten. Denn nur so könne „sozialistisches Menschenrecht“ erreicht werden²⁶³.

²⁶¹ § 95 DDR-StGB: „Auf Gesetz, Befehl oder Anweisung kann sich nicht berufen, wer in Missachtung der Grund- und Menschenrechte, der völkerrechtlichen Pflichten oder der staatlichen Souveränität der Deutschen Demokratischen Republik handelt; er ist strafrechtlich verantwortlich.“

²⁶² *Laskowski*, JA 1994, 151 (160).

²⁶³ Menschenrechte- *Weißhuhn*, S. 247 ff.

Da der „internationale Klassenkampf“ auch nach dem „Sieg des Sozialismus“ in einzelnen Ländern nicht zu Ende sei, bestünde nach wie vor die Notwendigkeit, die „Errungenschaften des Sozialismus“ gegen seine in- und ausländischen Gegner zu verteidigen.

Nachdem 1967 die deutsche durch die Staatsbürgerschaft der DDR abgelöst worden war, komplettierte die SED das sozialistische System schließlich 1968 mit einer Verfassung, die die DDR als sozialistischen Staat mit allen entsprechenden Eigenschaften definierte – sozialistisches Eigentum und Recht sowie die Führungsrolle der „Partei der Werktätigen“. Alle verbleibenden Grundrechte wurden ausdrücklich an die Loyalität zum Sozialismus gebunden und mit einem Gesetzesvorbehalt versehen. Die Verfassung schrieb nun auch die Rechte auf Arbeit, Wohnraum, Bildung und Gesundheit fest. Diese Rechte entsprachen dem Anspruch sozialer Garantien und wurden sämtlich administrativ umgesetzt. Ergänzend erließ die SED ein neues Strafgesetzbuch, das für im Sinne der Verfassung politische Straftaten härtere Strafen vorsah als bisher.

Gegenüber westlichen Kritiken an der Menschenrechtspolitik der DDR wandte man darüber hinaus das Argument an, sich unter Berufung auf die staatliche Souveränität gegen Einmischung in innere Angelegenheiten zu verwahren.

Das stalinistische Dogma der Unfehlbarkeit der Partei, das bis zum Ende der DDR aufrechterhalten wurde, schloss jede Form freier Meinungsäußerung in der Öffentlichkeit aus. Was Öffentlichkeit und was Meinung waren, definierte die Partei.

Die Bevölkerung der DDR – anfangs nur die jüngere, die während des Faschismus aufwuchs, am Ende die gesamte – war ihr ganzes bewusstes Leben lang ohne praktische Erfahrungen mit der Ausübung politischer Rechte und demokratischer Spielregeln geblieben. Sie kannte nur einen allmächtigen Staat, der keinen Widerspruch und schon gar keinen Widerstand duldete. Die Menschen waren es gewöhnt, keine Rechte zu haben. Über gesellschaftliche Fragen wurde weder informiert noch nach der gesellschaftlichen Meinung gefragt. „Freie“ Information (im westlichen Sinne) gab es in diesem Sinne nicht, stattdessen wurden offizielle Meinungen geliefert, deren Hintergrund, Sinn und Realitätsgehalt ohne Belang blieben. Nichts war überprüfbar, es sei denn durch den bloßen Augenschein des Alltags. Das Ergebnis war ein fast vollständiger Mangel an gesellschaftlichem Bewusstsein.

Folge dieses sozialistischen Menschen- und Rechtsverständnisses ist es, dass sich § 95 DDR-StGB mit den Worten „Grund- und Menschenrechte“ auch nur auf solche beziehen sollte, die dem materialistischen Grundkonzept entsprachen. Daher stellte § 95 DDR-StGB die Rechtfertigungsgründe für den Schusswaffen-gebrauch nicht in Frage.

Da die Rechtfertigung der Todesschüsse nach alledem nicht gegen damaliges höher-rangiges positives Recht verstoßen hat, stellte sich die Frage, ob die Rechtfertigung nicht durch überpositives Recht beseitigt wird. Die Unrechtsdiskussion setzte in der deutschen Justiz erstmals nach dem Zusammenbruch des Nationalsozialismus und der damit folgenden Auseinandersetzung mit dem staatlichen Unrecht ein. Dabei stellte sich das Problem, dass das zu sanktionierende Unrecht in der Regel auf geltenden nationalsozialistischen Gesetzen basierte und von diesen - in welcher Art auch immer - gedeckt war.

cc. Die Radbruchsche Formel

Eine rechtspositivistische Betrachtung hätte eine Strafverfolgung der Täter unter Einhaltung des rechtsstaatlichen Grundsatzes „nullum crimen nulla poena sine lege“ nicht erlaubt. Angesichts dieser Situation und unter dem Eindruck der gerade erst beendeten Diktatur der Nationalsozialisten schrieb Gustav Radbruch 1946 seinen grundlegenden Aufsatz über gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in dem er die so genannte Radbruchsche Formel aufstellte²⁶⁴.

Die Radbruchsche Formel lehnt einen rein positivistischen Rechtsbegriff ab, der das Recht als Inbegriff von formal korrekt erlassenen Normen beliebigen Inhalts begreift. Vielmehr sei auch Unrecht in legalisierter Form denkbar. Die Beanspruchung der Richtigkeit allein aufgrund des Umstandes, dass etwas ist oder war, wird abge-

²⁶⁴ Radbruch, SJZ 1946, 105 - Darin heißt es u. a.:

„Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, dass das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat (Unerträglichkeitsformel).“

„Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal angestrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung des positiven Rechts bewusst verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges Recht‘, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren denn als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen (Verleugnungsformel).“

lehnt. Die dargestellte Formel ist zwar in Reaktion auf den Nationalsozialismus entwickelt worden, ist jedoch im Hinblick darauf, dass es auch außerhalb dessen extremes Unrecht geben kann - soweit man dies entgegen dem radikalen Relativismus annimmt -, nicht auf den Nationalsozialismus beschränkt. Die Rechtsprechung hat in erster Linie die Unerträglichkeitsformel, die objektiv orientiert ist, aufgegriffen. Dies liegt insbesondere daran, dass bei der Verleugnungsformel, die wesentlich auf der Intention des Gesetzgebers und damit auf die subjektive Seite Bezug nimmt, ein „Gerechtigkeitsbeugungsvorsatz“ nur schwerlich nachweisbar ist.

Die Radbruchsche Unerträglichkeitsformel zieht die Grenze zu der grundsätzlichen Geltung des ungerechten Rechts unter dem Aspekt der Rechtssicherheit dort, wo der Widerspruch des Gesetzesinhalts zur materiellen Gerechtigkeit ‚unerträglich‘ wird. Wird diese Grenze überschritten, so verlieren auch formell wirksame Gesetze ihre Rechtsqualität und werden zu gesetzlichem Unrecht. ‚Einfaches‘ Unrecht allein reicht folglich nicht aus; der Maßstab der ‚Unerträglichkeit‘ erfordert vielmehr ‚extremes‘ Unrecht²⁶⁵. Probleme ergeben sich in diesem Zusammenhang insbesondere aus der Unbestimmtheit des Begriffs des extremen Unrechts und der damit verbundenen erforderlichen Wertung. Indes stellt ein Blick auf die Literatur ein uneinheitliches Bild dar. *Hruschka*²⁶⁶ ist der Ansicht, dass die Todesschüsse an der innerdeutschen Grenze und an der Berliner Mauer derartiges extremes Unrecht darstellen. Im Wesentlichen begründet *Hruschka* diese Ansicht unter eingehender Bezugnahme auf *Immanuel Kant* damit, dass jedermann grundsätzlich fordern kann, nach den „Gesetzen der natürlichen Freiheit und Gleichheit“ behandelt zu werden. Demnach dürfen die positiven Gesetze den natürlichen Gesetzen von Freiheit und Gleichheit nicht zuwider sein. Grundlegend sei auf die Kantsche Metaphysik der Sitten abzustellen.²⁶⁷

Das einem nach *Kant* angeborene, ursprüngliche, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende Freiheitsrecht setze auch allem positiven Recht Schranken. *Hruschka* wendet sich mithin dagegen, allein Aspekten der Rechtssicherheit maßge-

²⁶⁵ *Adomeit*, NJW 1999, 3465ff.; *Alexy*, S. 4 f.

²⁶⁶ *Hruschka*, JZ 1992, 665 (667).

²⁶⁷ *Kant*, Immanuel, S. 428: „Eine jede Handlung ist recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann“ und, damit zusammenhängend, ein „angeborenes“, „ursprüngliches, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehendes“ subjektives Recht, die „Freiheit“ d. h. die „Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür“, sofern diese Freiheit „mit jedes anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann“; eine Freiheit, die die „angeborene Gleichheit“ und damit „die Qualität des Menschen, sein eigener Herr (sui iuris) zu sein“, einschließt.

bende Wirkung beizumessen, da ein einmal geschaffenes, den „natürlichen Gesetzen“ widersprechendes Herrschaftssystem lediglich die Sicherheit biete, seine bisherigen Praktiken auch zukünftig beizubehalten. Zynisch weist er darauf hin, dass dies fraglos Sicherheit biete, nämlich die Sicherheit des seiner Freiheit Beraubten, auch zukünftig eingesperrt zu bleiben²⁶⁸.

*Grünwald*²⁶⁹ ist hingegen der Ansicht, dass die Bedenken gegen die Schusswaffengebrauchsbestimmungen nicht ausreichen, um deren Ungültigkeit zu begründen. Ein Verstoß gegen überpositives Recht sei im Hinblick darauf, dass auch an Grenzen demokratischer Verfassungsstaaten nach deren Recht geschossen werden dürfe, nicht gegeben. Dieses Urteil werde bestätigt, wenn man sich vergegenwärtige, um welchen Willen auch in anderen Rechtsordnungen auf Menschen geschossen werde; Beispielhaft verweist *Grünwald* auf den ‚Schmuggel‘²⁷⁰. Hinzu komme, dass Inhalt und Umfang der Ausreisefreiheit international unterschiedlich interpretiert würden.

Ähnlich auch *Roggemann*: Die Argumentation mit der Radbruch'schen Formel sei seiner Ansicht nach verfehlt, da die Grenzregime der DDR, ungeachtet seiner repressiven bis lebensgefährdenden Freiheitsbeschränkung, keinen Anwendungsfall der Formel²⁷¹.

Dreier, der ebenso von der Radbruchschen Formel ausgeht, knüpft zunächst an die Auffassung *Grünwalds* an und kommt sodann zu dem Ergebnis, dass nur Exzessstraftaten strafbar seien, da die Praxis an der Grenze eine sozial geltende Norm gebildet habe, die der rechtlich geltenden Norm nicht mehr zugerechnet werden dürfe. Folglich handele es sich nicht um unerträgliches Unrecht mit der Folge, dass die Norm Gültigkeit beanspruche²⁷². Die Überprüfung der Geltungskraft der Normen, die den Schusswaffengebrauch an der Grenze regelten, nimmt *Dreier* mit Hilfe eines die Radbruchsche „Unerträglichkeitsformel“ einbeziehenden „geltungstheoretisch angereicherten Normbegriffs“ vor²⁷³. Danach gehören zum Normbegriff das ordnungsgemäße Zustandekommen der Norm, die Vereinbarkeit mit höherrangigem positivem Recht, ein Minimum an sozialer Wirksamkeitschance sowie ein Mindestmaß an ethischer Rechtfertigungsfähigkeit. Ausgehend von diesem Normbegriff kommt *Dreier* - bei Zugrundelegung eines rechtsstaatlich modifizierten Norminhalts - zu

²⁶⁸ *Hruschka*, JZ 1992, 665 (666).

²⁶⁹ *Grünwald*, JZ 1966, 633, (638).

²⁷⁰ ebd.

²⁷¹ *Roggemann*, NJ 1997, 226, 231; Im Ergebnis zustimmend: *Kaufmann*, NJW 1995, 81 (86).

²⁷² *Dreier*, Gesetzliches Unrecht, S. 68.

²⁷³ ebd., S. 63.

dem Schluss, dass die Praxis eine nur sozial geltende Norm gebildet habe, die sich von der rechtlich geltenden Norm so weit gelöst habe, dass sie dieser juristisch nicht mehr zugeordnet werden könne²⁷⁴. Die Abwägung zwischen Staatsräson der DDR und dem Rang der Ausreisefreiheit ergebe, dass weder der Totalitarismus Bedeutung für die Unrechtmäßigkeit einzelner Gesetze habe, noch der Unrechtsgehalt des DDR-Regimes des § 27 DDR-GrenzG aufgebürdet werden dürfe. Nur der institutionalisierte Exzess, also die systematische Missachtung der Norm, stehe in unerträglichem Widerspruch zu konstituierenden Grundsätzen des Rechts und fundamentalen Prinzipien der Gerechtigkeit, die fragliche Norm dagegen nicht²⁷⁵.

Keine der dargestellten Ansichten vermag nachhaltig zu überzeugen. Die von *Dreier* vollzogene Differenzierung nach sozial und rechtlich geltender Norm ist nicht plausibel. Insbesondere ist die Befürchtung, dass es bei der Feststellung der Nichtigkeit des § 27 DDR-GrenzG zu einer pauschalen Bestrafung auch nicht strafwürdiger Todeschüsse an der innerdeutschen Grenze und an der Berliner Mauer käme, nicht gerechtfertigt.

Die Radbruchsche Formel hat nicht etwa die Konsequenz, dass die Rechtslage rückwirkend in dem Sinne geändert wird, dass die betreffende Rechtsnorm - hier: § 27 DDR-GrenzG - per sé nichtig wäre, d. h. durch überpositives Recht schlechthin beseitigt würde. Die Radbruchsche Formel setzt vielmehr eine Grenze zum extremen Unrecht, indem sie die Rechtsgeltung und den Rechtscharakter nach dem Überschreiten dieser Grenze entfallen lässt. Folglich ist § 27 DDR-GrenzG lediglich in der damaligen Staatspraxis als nichtig zu bewerten. Hätte sich beispielsweise ein Grenzsoldat an die in § 27 DDR-GrenzG enthaltenen Verhältnismäßigkeitsgrundsätze gehalten und einen Verbrecher auf der Flucht aufgehalten, der sich nicht nur wegen unbefugten Grenzübertritts, sondern wegen einer Tat, die auch nach rechtsstaatlichen Maßstäben als Verbrechen zu qualifizieren wäre, strafbar gemacht hat, so wäre er danach gerechtfertigt²⁷⁶.

Den beiden erstgenannten diametralen Auffassungen ist entgegenzuhalten, dass es an einem Abstellen auf den Gesamtkontext mangelt. Denn die Frage, wie bereits *Laskowski*²⁷⁷ zutreffend bemerkte, lässt sich nach dem extremen bzw. unerträglichen Unrecht - soweit nicht uneingeschränkt dem Rechtspositivismus gefolgt wird - nur dann beantworten, wenn man alle damaligen Umstände der Schüsse an der Grenze

²⁷⁴ ebd., S. 66.

²⁷⁵ ebd., S. 67.

²⁷⁶ vgl. auch *Alexy*, S. 33; *Buchner*, S. 111.

²⁷⁷ *Laskowski*, JA 1994, 151 (162).

kumuliert betrachtet und sowohl den normativen als auch den faktischen Kontext betrachtet. Dafür ist es insbesondere erforderlich, sich in die Perspektive derjenigen hineinzusetzen, die sich dem DDR-System durch den unerlaubten Grenzübertritt entziehen wollten. Es gab in der DDR keine freie öffentliche Diskussion politischer Fragen; öffentliche Kritik an politischen und gesellschaftlichen Missständen war nicht möglich, wesentliche Veränderungen des Staates waren daher ausgeschlossen. Mithin gab es keine Möglichkeit, sich gegen die Einbindung in eine Gemeinschaft, die man ablehnte bzw. verabscheute, mit öffentlichen Argumenten zu wehren. Wollte man sich auf legale Weise dem System entziehen, kam nur die Ausreise auf Antrag in Betracht. Angesichts der restriktiven Ausreisepolitik war es jedoch so gut wie ausgeschlossen, vor Erreichen des Rentenalters aufgrund eines Ausreiseantrages auch tatsächlich ausreisen zu dürfen. Entscheidungen über Anträge auf Ausreise bedurften bis zum 01.01.1989 keiner Begründung und konnten bis zu diesem Zeitpunkt nicht mit der Beschwerde angefochten werden²⁷⁸. Letztlich waren es zumeist junge Leute, die dem System der DDR entfliehen wollten und in dieser augenscheinlich ausweglosen Lage die einzige Möglichkeit einer Flucht unter Inkaufnahme, das Leben zu verlieren, auf sich nahmen. Im Ergebnis kann ein extremes Unrecht nicht ohne weiteres und ohne Einzelfallprüfung verneint werden, wenn man berücksichtigt, dass man sein Leben führen soll, wie man es nicht will und sich dagegen nicht mit öffentlichen Argumenten wehren kann, der Entzug aus dem System verboten ist und derjenige, der sich nicht damit abfindet und einen Fluchtversuch unternimmt, mit dem Todesschuss rechnen muss.

Der BGH begründet seine Ansicht, dass extremes Unrecht vorliege, im Wesentlichen unter Heranziehung und mit Hilfe von Art. 6 und 12 IPbPR. Der Senat geht davon aus, dass der § 27 DDR-GrenzG in der Handhabung der damaligen Staatspraxis der DDR „wegen Verletzung vorgeordneter, auch von der DDR zu beachtender allgemeiner Rechtsprinzipien und wegen eines extremen Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip“ nicht anzuerkennen sei²⁷⁹. Dabei ging der BGH über die bloße Umsetzung der Radbruchschen Formel hinaus und bildete den Schwerpunkt - darauf hinweisend, dass durch die internationalen Menschenrechtspakte konkrete Prüfungsmaßstäbe hinzugekommen seien - in der Erörterung international verbürgter Menschenrechte, die als konkrete Wertbestimmungen hinsichtlich der Frage verstanden werden sollten, ob gegen vorgeordnete, allgemein zu beachtende Rechtsgrundsätze

²⁷⁸ BGHSt 39, 1 (19).

²⁷⁹ ebd. (14 ff.).

extremerweise verstoßen wurde. Insoweit wird auf Art. 6 und 12 IPbpR abgestellt und die Verbindlichkeit des IPbpR trotz mangelnder Transformation bejaht. Zur Begründung der Verbindlichkeit verweist der Senat überraschenderweise auf eine Formulierung in einem Völkerrechtsbuch der DDR²⁸⁰. Dies scheint jedoch im Hinblick darauf, dass der Senat nicht etwa das innerstaatliche Recht (hier: § 27 DDR-GrenzG) an völkerrechtlichen Regelungen misst, sondern den IPbpR lediglich als konkreten Prüfungsmaßstab und Anhaltspunkt für die Frage heranzieht, ob dadurch extremes Unrecht begangen wurde, konsequent. Im Ergebnis kommt der BGH dazu, dass die Ausreiseregungen in der DDR nicht den zulässigen Beschränkungen des Menschenrechts auf Ausreisefreiheit nach Art. 12 IPbpR entsprechen, weil den Bewohnern der DDR das Recht auf freie Ausreise nicht nur in Ausnahmefällen, sondern in der Regel vorenthalten wurde²⁸¹. Die Regelungen verstoßen - so der Senat - gegen die Einschränkungskriterien des Art. 12 Abs. 3 IPbpR, mithin gegen den Grundsatz, dass Einschränkungen gegen die Ausreisefreiheit die Ausnahme bleiben sollen, und dass die Versagung der Ausreise mit Rechtsbehelfen anfechtbar sein müsse²⁸². Auch die Kenntnis dessen, dass auch andere Länder die Ausreise ihrer eigenen Bürger beschränken, führe nicht zu einer anderen Beurteilung, da die Deutschen in der DDR ein besonderes Motiv für den Wunsch, die Grenze zu überqueren, hatten. Sie gehörten mit den Menschen in der Bundesrepublik Deutschland zu einer Nation und waren mit ihnen durch vielfältige verwandtschaftliche und persönliche Beziehungen verbunden²⁸³. Außerdem sei durch die tatsächlichen Verhältnisse an der innerdeutschen Grenze und an der Berliner Mauer das Recht auf Leben nach Art. 6 IPbpR verletzt worden. Nach Art. 6 Abs. 1 S. 1, 3 IPbpR darf niemand willkürlich seines Lebens beraubt werden. Der BGH begründet dies unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung anderer Staaten, insbesondere der Vereinigten Staaten von Amerika, damit, dass der Schusswaffengebrauch von Staatsorganen mit der Möglichkeit tödlicher Wirkung unter starker Betonung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf Fälle einzugrenzen sei, in denen eine Gefährdung von Leib und Leben anderer zu befürchten sei²⁸⁴. Die Grenze der Willkür sei überschritten, wenn der Schusswaffengebrauch an der Grenze dem Zwecke diene, Dritte vom unerlaubten Grenzübertritt abzuschrecken.

²⁸⁰ ebd. (16).

²⁸¹ ebd. (19).

²⁸² ebd.

²⁸³ ebd. (20).

²⁸⁴ ebd. (21).

Vorab ist anzumerken, dass der Verweis auf die Rechtsprechung in den Vereinigten Staaten von Amerika verwirrend ist. Denn die so genannte „Fleeing Felon-Regel“ des Common Law erlaubt der Polizei einen potentiell tödlichen Schusswaffengebrauch gegenüber Personen, die sich durch Flucht einer Festnahme entziehen wollen²⁸⁵. Mithin ist der Vergleich zur US-amerikanischen Rechtsprechung ungeeignet und unvollständig, soweit nicht - wie vorliegend geschehen - die positiven diametralen Rechtsnormen berücksichtigt werden.

Die Argumentation des Senats unter Heranziehung des IPbpR ist im Übrigen nicht schlüssig. Hinsichtlich Art. 6 IPbpR und der dahingehenden Auffassung, die Schüsse an der Grenze seien zur Abschreckung erfolgt, ist anzumerken, dass diese Ansicht mit der Praxis an der innerdeutschen Grenze und an der Berliner Mauer nicht in Einklang zu bringen ist. Wie das Landgericht Berlin in dem vorab skizzierten Fall festgestellt hatte, wurde der Flüchtling, nachdem er angeschossen wurde, nicht etwa sofort von einem Krankenwagen in ein nahe gelegenes Krankenhaus verbracht. Vielmehr wurden bei Verletzungen von Flüchtlingen ohne Rücksicht auf die dabei verstreichende Rettungszeit Militärsanitätswagen herbeigeholt, wobei nicht mitgeteilt werden durfte, ob ein Arzt notwendig sei. Der Abtransport erfolgte nicht zum nächstgelegenen Krankenhaus, sondern zu entfernten Militär- und Volkspolizeikrankenhäusern. Den Angehörigen wurde die Tatsache des Todes erst nach erheblicher Dauer mitgeteilt oder gänzlich vorenthalten. All diese Maßnahmen erfolgten zu dem Zweck, die Verletzung und die Tötung von Flüchtlingen geheim zu halten; dieser ist dagegen nicht mit dem vom BGH festgestellten Zweck, nämlich die Abschreckung vor unerlaubten Grenzübertritten, in Einklang zu bringen, sondern stellt vielmehr den gegenteiligen Zweck dar. Darüber hinaus ist die Interpretation des Art. 6 IPbpR dergestalt, dass Todesschüsse im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auf die Verteidigung von Menschen beschränkt werden sollen, nicht unumstritten. Denn dies hätte im Umkehrschluss zur Konsequenz, dass die Grenze zum extremen Unrecht bereits dann überschritten wäre, wenn nicht von demjenigen, auf den geschossen wird, eine Gefährdung von Leib und Leben anderer zu befürchten ist²⁸⁶.

Bezüglich Art. 12 IPbpR erkennt der Senat zwar, dass die Ausreisefreiheit in den verschiedenen Mitgliedsstaaten des IPbpR sehr wohl unterschiedlich ausgestaltet ist

²⁸⁵ *Polakiewicz*, EuGRZ 1992, 177 (185).

²⁸⁶ vgl. auch *Alexy*, S. 28.

und in den Vereinten Nationen Meinungsunterschiede zu dieser Thematik bestehen²⁸⁷. In den unter sowjetischem Einfluss stehenden Ländern bestanden durchweg Ausreisebeschränkungen. Allerdings verkennt der BGH, dass - wie bereits erörtert - entgegengesetzte Konzeptionen der Menschenrechte die Diskussion hinsichtlich der Ausreisefreiheit beherrschten. Im Gegensatz zu dem liberalen Menschenrechtsverständnis verstieß § 27 DDR-GrenzG nach dem (bereits dargestellten) sozialistischen Menschenrechtsverständnis, auch in der Form der damaligen Staatspraxis, nicht gegen Art. 12 IPbpR. Die Vorgehensweise des Senats erweckt mithin unweigerlich den Eindruck, als sei § 27 DDR-GrenzG und die Frage, ob die Grenze des extremen Unrechts überschritten sei, direkt nach Art. 6 und 12 IPbpR als positiv geltendes Recht bewertet worden, ohne die Transformationsfrage positiv beantworten zu können. Es wird freilich versucht, diesem Vorwurf vorzugreifen, indem die Frage, ob die Ratifikation des Paktes den Menschen in den Vertragsstaaten eine Rechtsposition ihrem Staat gegenüber verschafft, bewusst unbeantwortet geblieben ist und der IPbpR lediglich als konkreter Prüfungsmaßstab herangezogen wird²⁸⁸. Faktisch hingegen - unter Umgehung der völkerrechtlichen Rechtslage -, werden die Todeschüsse an der Grenze so geprüft, als kämen Art. 6 und 12 IPbpR als positiv geltendes Völkerrecht zur Anwendung.

Im Anschluss an die Heranziehung des IPbpR prüft der BGH, ob § 27 DDR-GrenzG mit Auslegungsmethoden, die dem Recht der DDR eigentümlich waren, menschenrechtsfreundlicher hätte ausgelegt werden können. Ein Unterschied zu der vom Senat vorher vorgenommenen Prüfung der Art. 6 und 12 IPbpR ist schwer ersichtlich. Zunächst musste dort der § 27 DDR-GrenzG in der Auslegung, die durch die tatsächlichen Verhältnisse an der Grenze gekennzeichnet waren, außer Betracht bleiben, um sodann zu überprüfen, ob der § 27 DDR-GrenzG einer menschenrechtsfreundlichen Auslegung, die dem Recht der DDR eigentümlich ist, zugänglich ist²⁸⁹. Insoweit regelt Art. 89 Abs. 2 der DDR-Verfassung, dass Rechtsvorschriften der Verfassung nicht widersprechen dürfen. Ferner schützte Art. 30 der DDR-Verfassung u. a. das Leben. Eine Einschränkung war gemäß Art. 30 Abs. 2 DDR-Verfassung nur zulässig, wenn sie im Zusammenhang mit einer strafbaren Handlung gesetzlich begründet war. Lege man - so der BGH - § 27 DDR-GrenzG im Lichte dieser Vorschrift aus, so sei das Schießen mit bedingtem Tötungsvorsatz schon nach

²⁸⁷ BGHSt 39, 1 (20).

²⁸⁸ ebd. (17).

²⁸⁹ *Schroeder*, JR 1993, 45 (49).

dem damals geltenden Recht der DDR nicht gerechtfertigt gewesen²⁹⁰. In dieser Interpretation ist indes ein verdeckter Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot zu erblicken. Denn die Auslegung hinsichtlich der Frage des mildesten Gesetzes im Sinne von § 2 StGB kann nicht dergestalt erfolgen, dass das Recht der DDR anhand von westlichen und liberalen Wertvorstellungen interpretiert wird (s. o.).

Verwunderung löst der Umstand aus, dass der BGH zunächst die Ausführungen des Landgerichts Berlin verworfen hat, wonach ein Gesetz, das den Anschein von Rechtsstaatlichkeit - sei es auch nur aus Gründen internationalen Ansehens - erwecke, nach rechtsstaatlichen Grundsätzen auszulegen sei²⁹¹, um letztendlich selbst eine Auslegung nach rechtsstaatlichen Grundsätzen vorzunehmen, diesmal jedoch im Rahmen der Überprüfung des Verstoßes des § 27 DDR-GrenzG gegen überpositives Recht. Der BGH war mithin der Ansicht, dass ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG durch diese Interpretation nicht gegeben sei und führte hierzu aus:

„Entscheidend ist, ... ob die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Bei der Prüfung, ob es sich so verhalten hat, ist der Richter nicht im Sinne reiner Faktizität an diejenigen Interpretationen gebunden, die zur Tatzeit in der Staatspraxis Ausdruck gefunden haben. Konnte das Tatzeitrecht bei der Beachtung der vom Wortsinn des Gesetzes gegebenen Grenzen im Lichte der Verfassung der DDR so ausgelegt werden, dass den völkerrechtlichen Bindungen der DDR im Hinblick auf Menschenrechte entsprochen wurde, so ist das Tatzeitrecht in dieser menschenrechtsfreundlichen Auslegung als das Recht zu verstehen, das die Strafbarkeit zur Zeit der Tat im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG gesetzlich bestimmt hat. Ein Rechtfertigungsgrund, der das Verhalten der Angeklagten gerechtfertigt hatte, wurde zwar in der Staatspraxis, wie sie sich in der Befehlslage ausdrückte, angenommen; er durfte aber dem richtig interpretierten Gesetz schon damals nicht entnommen werden.“²⁹²

Die Argumentation des BGH vermag nicht zu überzeugen. Insbesondere vermag der Senat den aufgezeigten Widerspruch zu den Ausführungen des Landgerichts Berlin nicht auszuräumen, sondern führt hierzu lediglich aus:

„Wer heute den Inhalt der Gesetze der DDR unter Berücksichtigung der DDR-Verfassung und der Bindung der DDR an die Menschenrechtspakte zu ermitteln sucht,

²⁹⁰ BGHSt 39, 1 (23 f.).

²⁹¹ LG Berlin NStZ 1992, 494.

²⁹² BGHSt 39, 1 (29).

*unterschiebt demnach nicht dem Recht der DDR Inhalte, die mit dem eigenen Anspruch dieses Rechts unvereinbar wären.*²⁹³“

Letztlich kommt der BGH mit den aufgezeigten Argumenten zu dem Ergebnis, dass die Todesschüsse der beiden Grenzsoldaten in dem dargestellten Fall nicht gerechtfertigt waren.

Konsequenterweise prüft der Senat die Schuld und zieht im Rahmen des milderen Rechts zugunsten der beiden Grenzsoldaten § 5 Abs. 1 WStG analog heran. Der Ausschlussgrund für die Schuld beim Handeln auf Befehl findet sich in der DDR in § 258 DDR-StGB wie in der Bundesrepublik Deutschland parallel geregelt. Beide Regelungen besagen inhaltlich dasselbe. Nach der in der DDR ausgeübten Auslegung des § 258 Abs. 1 DDR-StGB war der Untergebene bereits dann entschuldigt, wenn er nicht positiv erkannt hatte, dass die Befehlsausführung gegen Strafgesetze verstieß²⁹⁴. Der BGH lehnte allerdings diese Auslegung mit der Begründung ab, dass § 258 Abs. 1 DDR-StGB nur so verstanden werden könne, dass bei Offensichtlichkeit auch derjenige, der den Verstoß nicht erkannt habe, für seine Handlung bestraft werden konnte. Der Bezug auf die Offensichtlichkeit des strafrechtlichen Verstoßes sei nur für diese Personengruppe sinnvoll, denn demgegenüber könne es für denjenigen, der die Strafrechtswidrigkeit eingesehen habe, nicht darauf ankommen, ob diese offensichtlich gewesen sei oder nicht²⁹⁵. Obwohl die Bejahung des § 258 DDR-StGB bereits zur Straflosigkeit führen würde, war § 5 WStG zutreffenderweise heranzuziehen, da in Absatz 2 ein selbstständiger Strafmilderungsgrund geregelt ist, der Beachtung findet, soweit der Schuldausschlussgrund des § 5 Abs. 1 WStG nicht zum Tragen kommt²⁹⁶. Der BGH nahm insoweit die nach § 5 WStG zu prüfende Of-

²⁹³ ebd. (24).

²⁹⁴ *Bartmann*, NZWehrr 2000, 244 (246).

²⁹⁵ BGHSt 39, 1 (32).

²⁹⁶ Vgl. jedoch *Bartmann*, NZWehrr 2000, 244 (248): „Trotz des insoweit übereinstimmenden Wortlauts decken sich beide Vorschriften dennoch unter Berücksichtigung des jeweils zugrunde liegenden Gehorsamsverständnisses nicht. Die Auslegung von § 258 Abs. 1 StGB-DDR im Sinne des Wortlauts der alten Regelung in § 47 Abs. 1 S. 2 Ziff. 2 MStGB, der ebenso erst die Kenntnis von einer Straftat als Unverbindlichkeitsgrund nannte, erschließt sich vor dem Hintergrund, dass beide Regelungen das Verhalten von Soldaten beurteilen, die wehrrechtlich zu weitergehendem Gehorsam verpflichtet waren als die Soldaten der Bundeswehr. Angesichts des wehrrechtlich verankerten Prinzips des unbedingten Gehorsams war den Soldaten der NVA eine Unverbindlichkeitsprüfung nicht gestattet. Da im deutschen Militärstrafrecht einheitlich der Grundsatz galt und gilt, dass der Untergebene soweit entschuldigt bzw. gerechtfertigt handelt, wie der Befehl verbindlich ist, muss auch die Reichweite des Schutzes der Soldaten der NVA, deren Innere Führung das Prinzip des mitdenkenden Gehorsams nicht kannte, weiter ausgedehnt werden, als es einer am Wortlaut des § 258 Abs. 1 StGB-DDR orientierten Auslegung entspricht. Demzufolge sollte der BGH an der in der DDR praktizierten Auslegung von § 258 Abs. 1 StGB-DDR festhalten, da diese Auslegung dem tatsächlichen Gehorsamsverhältnis in der NVA besser gerecht wurde als die wörtliche Auslegung.“

fensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit an. Er räumt zwar ein, dass die Anwendung des Merkmals der Offensichtlichkeit schwierig sei, bejaht diese jedoch letztendlich mit der Argumentation, dass die Tötung eines unbewaffneten Flüchtlings durch Dauerfeuer unter den gegebenen Umständen ein derart schreckliches und jeder vernünftigen Rechtfertigung widersprechendes Tun darstelle, dass der Verstoß gegen das elementare Tötungsverbot auch für einen indoktrinierten Menschen ohne weiteres einsichtig und mithin offensichtlich sei²⁹⁷. Auf diese Weise schließt der BGH von dem extremen Charakter des Unrechts – dem Verstoß gegen das elementare Tötungsverbot – auf die Evidenz für jedermann. Ein weiteres Indiz für die Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit der Tat entnimmt der Senat dem Umstand, dass es allgemeinkundig gewesen sei, dass die große Mehrheit der Bevölkerung in der DDR die Anwendung von Schusswaffen an der Grenze missbillige²⁹⁸. Die Täter seien angepöbelt und als Mörder beschimpft worden, was die Vermutung nahe legt, der Befehl, auf Ausreisewillige zu schießen, offensichtlich rechtswidrig gewesen sei²⁹⁹.

Unverständlich ist in diesem Zusammenhang, dass der BGH - ansonsten stets den Vergleich zum Nationalsozialismus und der dahingehenden Rechtsprechung suchend - versehentlich oder beabsichtigt nicht auf das Urteil des BGH vom 29.01.1952³⁰⁰ eingegangen ist. Damals hatte der 1. Strafsenat die Frage zu beantworten, ob die Judenverschickungen nach dem Bilde, das sich die Angeklagten von ihnen machten, als widerrechtliche Freiheitsberaubungen angesehen werden mussten und ob die Angeklagten für den Fall der Bejahung der ersten Frage im Bewusstsein der Widerrechtlichkeit der Freiheitsentziehungen handelten. Insofern sei die Gröblichkeit und Offensichtlichkeit der Verletzung auch regelmäßig ein sicheres Anzeichen dafür, dass diejenigen, die die Maßnahme durchführten und förderten, im Bewusstsein der Widerrechtlichkeit handelten³⁰¹. Zutreffend führt der 1. Strafsenat zu dieser Frage aus:

„Dass ihnen die wenigen für das menschliche Zusammenleben unentbehrlichen Grundsätze unbekannt gewesen wären, die zu jenem unantastbaren Grundstock und Kernbereich des Rechts gehören, wie er im Rechtsbewusstsein aller Kulturvölker lebt, oder dass sie ihre Verbindlichkeit unabhängig von aller staatlichen Anerken-

²⁹⁷ BGHSt 39, 1 (33 f.); Bedenken dieser Wertung vermag insbesondere die Zitatensammlung von Grenzsoldaten in: „Eine Diktatur vor Gericht - Aufarbeitung von SED-Unrecht durch die Justiz“ Jürgen Weber, Michael Piazzolo (Hrsg.) zu streuen.

²⁹⁸ BGHSt 39, 1 (34).

²⁹⁹ Rummler, S. 392.

³⁰⁰ BGHSt 2, 234.

³⁰¹ ebd. (239).

nung verkannt haben könnten, ist umso weniger anzunehmen, als sie die Eindrücke, nach denen sich solche Überzeugungen bilden, sämtlich noch zu einer Zeit empfangen, ehe der Nationalsozialismus seine verwirrende und vergiftende Propaganda ungehemmt entfalten konnte.³⁰²“

Umso mehr verwundert es, dass der BGH in dem demonstrierten zweiten Mauer-schützenfall zu Recht betont, dass die Tötung von Menschen an der innerdeutschen Grenze nicht mit dem nationalsozialistischen Massenmord gleichgesetzt werden könne³⁰³, die Möglichkeit des moralischen Irrtums und der moralischen Blindheit hinsichtlich der Frage der Offensichtlichkeit jedoch außer Betracht lässt und nur kurz im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt.

Auf der einen Seite ließ in vielen Fällen des vorsätzlichen tödlichen Schusswaffeneinsatzes eine Reihe von Maßnahmen darauf schließen, dass die Befehlshaber kein reines Gewissen hatten. Zu nennen sind hier u.a. Nachrichtensperre, Schweigegebot, absoluter Vorrang der Geheimhaltung vor lebensrettenden Maßnahmen, Manipulation der Protokolle und Dokumente über den Tathergang und die beteiligten Personen und Versetzung der Grenzsoldaten. Auch wurde an bestimmten Feiertagen und zu Zeiten des Besuchs ausländischer Staatsgäste der Schießbefehl auf Fälle der Notwehr, der Verwendung „schwerer Technik“ und der Fahnenflucht begrenzt. Auf der anderen Seite ist aber auch in all den Jahren der Schusswechsel an der innerdeutschen Grenze nicht bekannt geworden, dass Verantwortliche aus Politik, Truppenführung, Justiz und Wissenschaft gegen dieses Töten in öffentlicher Weise Stellung genommen hätten³⁰⁴.

In diesem Zusammenhang wirft *Rummler* im Einklang mit der Rechtsprechung die Frage auf, welche Einstellung zum Schusswaffengebrauch in den Grenztruppen herrschte. In der Kompanie wurde nach Erkenntnis des Bundesgerichtshofes der Schusswaffengebrauch abgelehnt. Diese Ablehnung habe sich z.B. darin niederschlagen, dass die anlässlich der Tat verliehene Abzeichen und Medallien nicht öffentlich getragen wurden³⁰⁵.

Grundsätzlich gilt freilich die Regel, dass Unrecht umso evidenter ist, je extremer es ist. Allerdings wird diese Regel durch die Möglichkeit moralischer Blindheit und die

³⁰² ebd.

³⁰³ BGHSt 39, 1 (16).

³⁰⁴ *Eser*, in: FS Odersky, S. 337 (342 f.).

³⁰⁵ *Rummler*, S. 391 f.

Möglichkeit eines schlichten moralischen Irrtums eingeschränkt³⁰⁶. Vieles spricht dafür, dass eine solche moralische Blindheit bei zahlreichen jungen Grenzsoldaten vorlag und für sie unvermeidbar war. Zu berücksichtigen ist die konkrete gesellschaftliche, politische und ideologische Erziehung und persönliche Entwicklung. Anders als im Falle der Aburteilung von nationalsozialistischem Unrecht sind die jungen Grenzsoldaten in dem System aufgewachsen und haben ihr ganzes Leben in einem auf Indoktrination angelegten System verbracht. Aus der Sicht der Grenzsoldaten war die DDR ein anerkannter Staat der Völkerrechtsgemeinschaft. Mit dem speziellen Fahneneid schworen die Grenzsoldaten, die Grenzen des ‚sozialistischen Vaterlandes‘ jederzeit zuverlässig zu schützen³⁰⁷. Die Bevölkerung und somit auch die Grenzsoldaten sind im sozialistischen Geiste mit Feinbildern aufgewachsen, zu denen auch die Ansicht gehörte, es handele sich bei den Flüchtenden um Verräter und Kriminelle³⁰⁸. Die Todesschüsse an der Mauer wurden weder in der Justiz noch in der Wissenschaft öffentlich kritisiert. Es ist weiterhin zu beachten, dass jeder Soldat wusste, dass im Falle der Nichtverhinderung der Republikflucht er sich eines Dienstvergehens bzw. der Befehlsverweigerung strafbar machte³⁰⁹. Es galt die staatlich auferlegte Maxime "die Verhinderung des Fluchtversuchs an oberster Stelle". Sie wurde durch die von Vorgesetzten suggerierte Grundregel konkretisiert, "dass kein Flüchtling durchkommen dürfe" und "notfalls der Tod des Flüchtlings in Kauf zu nehmen sind"³¹⁰. Unter diesen Umständen fehlten vielen jungen Menschen, die Grenzsoldaten mit eingeschlossen, die kommunikativen Bedingungen für eine vernünftige und kritische moralische Urteilsbildung. All dies spricht dafür, die Fähigkeit der Grenzsoldaten zu einer eigenverantwortlichen Gewissensentscheidung im Sinne des Erkennens des Unrechts gemessen an überpositiven Rechtsaspekten mit größter Vorsicht zu betrachten. Dies hätte zumindest dazu führen müssen, dass der BGH diesen Aspekt umfangreich im Rahmen der Offensichtlichkeit unter dem Gesichtspunkt der moralischen Blindheit bzw. des moralischen Irrtums würdigt und nicht lediglich hinsichtlich der Strafzumessung berücksichtigt.

Im Ergebnis ist dem BGH entgegenzuhalten, dass hinsichtlich der Praxis, dem § 27 DDR-GrenzG die Geltung abzuspochen und die Offensichtlichkeit zu bejahen, er-

³⁰⁶ Alexy, S. 25.

³⁰⁷ Arnold, JuS 1992, 991 (996).

³⁰⁸ Rummler, S. 388.

³⁰⁹ ebd., S. 389.

³¹⁰ Siekmann, S. 138.

hebliche Bedenken bestehen. Dies resultiert insbesondere aus dem Umstand, dass die Lösung des Senats Stringenz vermissen lässt und den Anschein hat, als sei sie stark ergebnisorientiert, da das Gericht vor allem mit Indizien und allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen argumentiert. Insoweit lässt sich eine Vermengung der sachlichen, rechtsanwendenden und personellen Ebene beobachten. Im Rahmen der Schuld erkennt der Senat zwar, dass den einzelnen Soldaten im Hinblick auf die militärische Disziplin und den auf ihm als Untergebenen lastenden Druck keine Prüfungspflicht bestehe und somit die Rechtswidrigkeit der Ausführung des Befehls nur dann zu erkennen sei, wenn dem Befehl das Unrecht quasi auf der Stirn geschrieben stehe, der Strafrechtsverstoß mithin allgemein ohne weiteres Nachdenken deutlich sei³¹¹.

Der Rückschluss des BGH von dem Vorliegen eines schweren Menschenrechtsverstoßes auf die zweifelsfreie Erkennbarkeit dieser Rechtswidrigkeit durch den einzelnen Grenzsoldaten verbietet sich jedoch, da nicht allein der Umstand, dass etwas nach sachlichen Gesichtspunkten extremes Unrecht ist, auf der personellen Ebene notwendig eine entsprechende Evidenz nach sich ziehen muss. Auch für den Fall, dass ein anderes Ergebnis als das vom BGH erzielte politisch unbefriedigend erscheint, hätte es einer eingehenden Überprüfung der Offensichtlichkeit bedurft, mithin der Überprüfung des Informationsstandes des einzelnen Grenzsoldaten im Rahmen einer sorgfältigen Analyse des Einzelfalles. Die vom BGH aufgestellte allgemein gültige Aussage, die Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit zu bejahen, vermag nicht zu überzeugen. Denn wenn schon unter ausgebildeten Juristen, die weder militärischen Druck noch ideologischer Beeinflussung unterliegen, keine Einigkeit über die Rechtswidrigkeit besteht, so kann dies gerade für den ausführenden Grenzsoldaten als letztes Glied einer Befehlskette kaum als jenseits aller Zweifel liegend bezeichnet werden. Auch *Eser* kann keinen offensichtlichen Strafrechtsverstoß erkennen, „wenn selbst das höchste deutsche Strafgericht zuvor mehr als 20 Druckseiten der Amtlichen Sammlung benötigt, um die im Schrifttum nach wie vor weitverbreiteten Zweifel an der Rechtswidrigkeit des Schusswaffengebrauchs zur Tatzeit zu zerstreuen.“³¹²

In Einklang mit § 5 Abs. 1 WStG, dessen Begünstigung sich für den Täter so auswirkt, dass sich im Hinblick auf seine Schuld nicht die Frage stellt, ob er das Unrecht, sondern ob er die Strafrechtswidrigkeit zweifelsfrei erkennen konnte, hätte der

³¹¹ BGHSt 39, 1 (33).

³¹² *Eser*, in: FS Odersky, S. 337 (341).

BGH nur den Schluss von extremer Strafrechtswidrigkeit auf Offensichtlichkeit ziehen dürfen. Innerhalb dieser Prüfung hätte die Annahme der extremen Strafrechtswidrigkeit ggf. daran scheitern müssen, dass die Grenzsoldaten zur Tatzeit durch die in der DDR praktizierte Auslegung des § 27 Abs. 2 DDR-GrenzG gerechtfertigt waren und bei den Schüssen auch in dem Wissen handelten, aufgrund dieser Norm nicht strafbar zu sein. Stattdessen hat der BGH die Schuld durch einen Schluss von einem extremen Unrecht auf die Offensichtlichkeit angenommen und somit die vorherbeschriebene Privilegierung der Grenzsoldaten gem. § 5 Abs. 1 WStG unberücksichtigt gelassen³¹³.

Überdies vermögen die Ausführungen des BGH an den Kernpunkten nicht dahingehend durchzuschlagen, dass die unbestreitbare Völkerrechtswidrigkeit der Ausreisepaxis zur Begründung der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Grenzsoldaten ausreicht. Bei der Lösung des Konflikts zwischen der Rechtssicherheit und dem zweifellos gegebenen Bedürfnis, die allgemein als unmenschlich angesehenen Handlungen an der deutsch-deutschen Grenze auch strafrechtlich zu ahnden, konnten die Bedenken, die sich mit Rücksicht auf den verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundsatz ‚nullum crimen, nulla poena sine lege‘ ergeben, nicht nachhaltig ausgeräumt werden. Infolgedessen verbleibt trotz des politisch befriedigenden Ergebnisses angesichts der zahlreichen Probleme ein bitterer Beigeschmack. Das Ergebnis der Verurteilung schien dem BGH im Endeffekt wichtiger zu sein als eine in jedem Punkt exakte Ableitung des positiven Rechts³¹⁴.

Letztlich darf nicht die Problematik der Naturrechtsnähe des übergesetzlichen Rechtes ignoriert werden. Denn bei ihr geht es um Wertungen, die untrennbar mit den Wertvorstellungen der Beurteiler verbunden sind. Das Dilemma offenbart sich mit Blick auf die Definition; dort heißt es: Naturrecht im Sinne der Rechtsphilosophie ist das Recht, das sich aus der menschlichen Natur ableitet und das demgemäß aus der reinen Vernunft, die allen Menschen eigen ist, erkennbar ist³¹⁵. Die Selbstkennzeichnung der Moralvorstellungen als geltendes Recht verhilft ihnen zur Allgemeinverbindlichkeit und zwangsweisen Durchsetzung, ohne dass die üblichen Rechtserzeugungsverfahren durchlaufen werden müssen. Diese Vorgehensweise ruft gerade bei den Betroffenen das Gefühl hervor, sich nicht auf Vertrauensschutzgrundsätze zu-

³¹³ *Bartmann*, NZWehrr 2000, 244 (249 f.).

³¹⁴ *Amelung*, JuS 1993, 637 (643).

³¹⁵ *Creifelds*, S. 951.

rückziehen zu können und somit der willkürlichen moralischen Bewertung ausgesetzt zu sein³¹⁶.

Fraglich ist, wie es bei tötungsvorsätzlichem Handeln um die Schuld der mittleren Befehlsränge bestellt ist. Ein diesen Rängen entstammender Täter ist nicht nur Befehlsgeber, sondern auch Befehlsempfänger. Im Gegensatz zu den durchschnittlich jungen Grenzsoldaten ist bei diesen Personen die Annahme der „offensichtlichen“ Rechtswidrigkeit von gezielten Tötungsschüssen viel naheliegender. Denn hierbei handelt es sich in der Regel um erfahrene Befehlsgeber, denen viele in Eigenverantwortung wahrzunehmende Entscheidungskompetenzen zugewiesen waren und die tiefere Einblicke in die militärische und staatliche Strukturen der DDR sowie in die gesamtpolitischen Zusammenhänge gewonnen haben. Diese Merkmale können denjenigen, die überwiegend nur mit Exekutivaufgaben betraut waren, grundsätzlich nicht zugeschrieben werden. Je höher der militärische Rang ist, den der Befehlsgeber innehat, desto eher ist demnach die Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit anzunehmen³¹⁷.

Auch die Heranziehung der Radbruchschen Formel vermag der Rechtsprechung des BGH keine nachhaltige dogmatische Überzeugung zuzuführen.

2. Die Vereinbarkeit der Strafbarkeit von Mauerschützen mit dem Grundsatz „nullum crimen, nulla poena sine lege“ (Art. 103 Abs. 2 GG)

Das strafrechtliche Rückwirkungsverbot gewährleistet vertrauensschützende Rechtssicherheit und ist insoweit Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips. Aus dem Gesetzlichkeitsprinzip, das die gesetzliche Bestimmtheit von Tatbestand, Strafandrohung und Strafraumen verlangt, bevor die Tat begangen wird, folgt, dass eine Strafbarkeit nur dann in Betracht kommt, wenn ein zur Tatzeit geltendes Gesetz dies vorsieht (nullum crimen sine lege) und eine Strafe, die zum Tatzeitpunkt nicht vorgesehen war, nicht verhängt werden darf (nulla poena sine lege)³¹⁸.

Das BVerfG hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Verurteilungen gegen das strafrechtliche Rückwirkungsverbot verstoßen. Das BVerfG stellt indes kei-

³¹⁶ *Amelung*, JuS 1993, 637 (640).

³¹⁷ *Eser*, in: FS Odersky, S. 337 (347).

³¹⁸ *Buchner*, S 41.

ne „Superrevisionsinstanz“ dar und überprüft gerichtliche Entscheidungen nicht auf ihre Richtigkeit im Hinblick auf straf- oder strafprozessuale Vorschriften. Vielmehr erfolgt eine Überprüfung der Entscheidungen nur auf Rechtsanwendungsfehler, die grundsätzlich auf Verletzungen des Verfassungsrechts beruhen. Die Einschränkung der Prüfungskompetenz des BVerfG bezieht sich auch auf die Feststellung, Auslegung und Anwendung von Normen einer fremden Rechtsordnung, wenn davon nach bundesdeutschem Recht die strafrechtliche Beurteilung abhängt³¹⁹. Das BVerfG prüft dementsprechend nicht nach, ob die Strafgerichte die Vorschriften der ehemaligen DDR zutreffend ausgelegt und angewandt haben³²⁰. Dies entspricht der notwendigen Funktionsteilung zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichten. Infolgedessen geht das BVerfG in seinem Beschluss auch nicht näher auf die vom BGH praktizierte menschenrechtsfreundliche Auslegung ein und beschränkt sich darauf, die von dem BGH vorgenommene Nichtigerklärung der rechtfertigenden Normen der ehemaligen DDR, im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG zu überprüfen.

a. Geltungsbereich des Rückwirkungsverbotes

Im Folgenden ist zu untersuchen, ob Art. 103 Abs. 2 GG derart absolut verstanden werden muss, dass jeder Eingriff in seinen Schutzbereich rechtswidrig wäre, oder ob und ggf. in welchem Maße ein solcher Eingriff nicht doch zulässig ist. Das BVerfG betonte, dass Art. 103 Abs. 2 GG als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips eine der Leitideen des Grundgesetzes sei, aber auch die Forderung nach materieller Gerechtigkeit umfasse³²¹. Demnach stellen sowohl das strafrechtliche Rückwirkungsverbot als auch das Gebot der materiellen Gerechtigkeit als Ausflüsse des Rechtsstaatsprinzips sich gegenseitig widersprechende Grundsätze dar, so dass eine Bestrafung einer Tat nur zugelassen werden kann, wenn sie zum Zeitpunkt ihrer Begehung mit hinreichender Bestimmtheit in einem gesetzlichen Tatbestand mit Strafe bedroht ist, wobei die Geltung des Rückwirkungsverbotes nach der hiesigen Rechtsauffassung³²² auch auf die bei Begehung der Tat geltenden Rechtfertigungsgründe zu beziehen ist³²³.

³¹⁹ BVerfGE 95, 96 (128).

³²⁰ ebd.

³²¹ ebd. (130).

³²² Der Verfasser teilt die Rechtsauffassung des BGH, wonach Art. 103 Abs. GG auch das Vertrauen auf einen zur Tatzeit bestehenden Rechtfertigungsgrund schützt, da die Schaffung von Rechtfertigungsgründen schließlich das Resultat einer Werteabwägung sind, wobei ausnahmsweise von einem Verbot abgesehen kann, wenn die Gründe der Rechtfertigung so gewichtig sind, dass sie die Gründe für die strafrechtliche Sanktionierung überwiegen.

³²³ BVerfGE 95, 96 (131).

Es ist mithin die Frage aufzuwerfen, ob Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 103 Abs. 2 GG gerechtfertigt sein können, auch wenn der Wortlaut keine Eingriffsermächtigungen erkennen lässt.

Das BVerfG betont die absolute Wirkung des Rückwirkungsverbotes, bejaht jedoch sodann die Möglichkeit der Einschränkung des Rückwirkungsverbotes³²⁴. Das strafrechtliche Rückwirkungsverbot sei im Regelfall darauf ausgerichtet, dass die Tat im Anwendungsbereich des vom Grundgesetz geprägten materiellen Strafrechts der Bundesrepublik Deutschland begangen wurde. Das unter den Bedingungen der Demokratie, der Gewaltenteilung und den Forderungen der materiellen Gerechtigkeit zustanden gekommene Strafrecht könne im Normalfall als rechtlicher Anknüpfungspunkt für den in Art. 103 Abs. 2 GG normierten absoluten Vertrauensschutz dienen³²⁵. Eine Ausnahme und der Entfall der Vertrauensgrundlage des Art. 103 Abs. 2 GG gelte dann, wenn ein anderer Staat „für den Bereich schwersten kriminellen Unrechts zwar Straftatbestände normiert, aber die Strafbarkeit gleichwohl durch Rechtfertigungsgründe ausschließt, indem er über die geschriebenen Normen hinaus zu solchem Unrecht auffordert, es begünstigt und so die in der Völkerrechtsgemeinschaft allgemein anerkannten Menschenrechte in schwerwiegender Weise missachtet.“³²⁶ Freilich betonte das BVerfG bereits frühzeitig, dass auch der Gesetzgeber Unrecht setzen kann und es daher in äußersten Fällen die Möglichkeit geben müsse, den Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit höher zu bewerten als den mit dem Rückwirkungsverbot einhergehenden Vertrauensschutz³²⁷. In einer weiteren Entscheidung stellte das BVerfG die Nichtigkeit einer Unrechtsnorm wegen eines evidenten und unerträglichen Widerspruchs zur Gerechtigkeit fest³²⁸. Folglich untersage das Gebot der materiellen Gerechtigkeit den von Art. 103 Abs. 2 GG gewährleisteten Vertrauensschutz, wenn der Träger der Staatsgewalt extremes Unrecht setze. In diesem Fall sei Art. 103 Abs. 2 GG mithin einschränkbar³²⁹. Maßgebend sei nach der Auffassung des BVerfG demnach, ob die Straftatbestände (und die Rechtfertigungsgründe) von einem rechtsstaatlichen Gesetzgeber erlassen wurden, denn nur dann werde der Forderung nach materieller Gerechtigkeit genüge getan; anderenfalls fehle

³²⁴ ebd.

³²⁵ ebd. (132).

³²⁶ ebd. (133).

³²⁷ BVerfGE 3, 232.

³²⁸ BVerfGE 23, 98 f.

³²⁹ BVerfGE 95, 96 (133).

die Vertrauensgrundlage der Strafgesetze (und der Rechtfertigungsgründe)³³⁰. Schließlich wird die Absolutheit der Rückwirkungsverbot von dem Vorliegen rechtsstaatlicher Zustände abhängig gemacht.

Die Einschränkung des Rückwirkungsverbot ist schließlich der Verfassungsrechtsdogmatik geschuldet. Für den Fall zweier kollidierender Verfassungswerte kennt die Verfassungs- und Grundrechtslehre durch die Güterabwägung und die praktische Konkordanz Lösungsinstrumentarien³³¹. Nicht ersichtlich ist, weshalb dies nicht im Falle von Art. 103 Abs. 2 GG gelten solle. Es scheint wenig nachvollziehbar, weswegen der Vertrauensschutz nicht ebenso wie das Gebot der materiellen Gerechtigkeit Einschränkungen unterliegen soll. Das Gebot der materiellen Gerechtigkeit und die Absolutheit des strafrechtlichen Rückwirkungsverbot stellen mithin sich widerstreitende Prinzipien dar, deren Konkurrenz im Wege der Abwägung zu lösen ist. Das BVerfG nahm diese Abwägung zugunsten der materiellen Gerechtigkeit vor. Indem die Schusswaffengebrauchsvorschriften in der Grenzpraxis der DDR das Lebensrecht des einzelnen dem Interesse des Staates unterordneten und so extremes Unrecht setzten, entfalle die besondere Vertrauensgrundlage. In diesem Falle müsse der Schutz von Vertrauen des Grenzsoldaten hinter das Gebot materieller Gerechtigkeit zurücktreten³³². Der Rechtfertigung des Schützen sei die Anerkennung zu versagen. Ansonsten würde die Strafrechtspflege der Bundesrepublik Deutschland zu ihren eigenen rechtsstaatlichen Prämissen in Widerspruch geraten³³³.

Den Weg der Einschränkung des Art. 103 Abs. 2 GG im Rahmen der Güterabwägung beschreitet auch *Rosenau*³³⁴. *Rosenau* folgert aus der objektiven Schutzpflicht des Staates³³⁵ die Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland, den menschenrechtswidrigen Einsatz der Schusswaffe an der innerdeutschen Grenze und in Berlin mit den Mitteln des Strafrechts zu verfolgen und wirft die Frage auf, inwieweit dieses Strafgebot angesichts des Rückwirkungsverbot Bestand haben könne³³⁶. Er zieht sodann die Grenze, jenseits derer eine Bestrafung verfassungsrechtlich geboten

³³⁰ ebd. (132).

³³¹ *Rosenau*, S. 223.

³³² BVerfGE 95, 96 (133, 136).

³³³ ebd. (133).

³³⁴ *Rosenau*, S. 224 ff.

³³⁵ BVerfGE 39, 1 (42 ff.).

³³⁶ *Rosenau*, S. 236.

erscheint anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, zwischen dem Gebrauch der Schusswaffe mit Tötungsvorsatz und ohne denselben³³⁷. Die Strafbarkeit einer vorsätzlichen Tötung bleibe im Rahmen des Verhältnismäßigen, da Angriffe auf Fliehende die gefährlichsten gegen das Leben seien, so dass das Rechtsgut Leben, welches hinter dem staatlichen Strafgebot stehe, besonders intensiv herausstrahle und die Bewertung bestimme³³⁸. *Rosenau* begründet die Differenzierung an der Schnittstelle zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz mit dem qualitativen Unrechtsgehalt der Tat³³⁹.

b. Kritik an der Auffassung des BVerfG

In der wissenschaftlichen Literatur wird u.a. die Ansicht vertreten, dass das Rückwirkungsverbot bereits Ausdruck des Gerechtigkeitsgedankens sei und eine Einschränkung des Art. 103 Abs. 2 GG demzufolge unzulässig sei³⁴⁰. Die Maximen der materiellen Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit seien demnach nicht etwa als Gegenpole im Rahmen des strafrechtlichen Rückwirkungsverbotes zu begreifen, sondern seien vielmehr so zu verstehen, dass die Rechtssicherheit Ausdruck der Gerechtigkeit sei. Die zentrale Funktion des strafrechtlichen Rückwirkungsverbotes liege darin, den Widerstreit zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit im Vorfeld zu lösen³⁴¹. Daraus folgt, dass das Rückwirkungsverbot und die materielle Gerechtigkeit keine sich widersprechenden Grundsätze seien, sondern das Rückwirkungsverbot eine Konkretisierung des Gedankens des materiellen Gerechtigkeitsgedanken darstellt³⁴². Bei der Kernthese des BVerfG, das Rückwirkungsverbot finde seine rechtstaatliche Rechtfertigung in der besonderen Vertrauensgrundlage, die die Gesetze eines demokratischen und an die Grundrechte gebundenen Gesetzgebers tragen, handele es sich um eine „schlichte Erfindung“³⁴³. In ähnlicher Weise argumentiert *Grünwald*. Demnach sei Art. 103 Abs. 2 GG selbst Ausdruck der Gerechtigkeit und soll die Judikative gerade davon abhalten, die Vergangenheit an den (temporären) Wertmaßstäben der Gegenwart zu messen³⁴⁴. Schließlich verneint auch *Grünwald* eine Relativierung des Rückwirkungsverbotes.

³³⁷ ebd., S. 258.

³³⁸ ebd., S. 258.

³³⁹ ebd., S. 259.

³⁴⁰ u.a. *Dreier*, JZ 1997, 421 (431 f.).

³⁴¹ ebd. (432 f.).

³⁴² ebd. (431 f.).

³⁴³ ebd. (432).

³⁴⁴ *Grünwald*, ZStW 1964, 1 (14 f.).

Mit anderer Begründung, im Ergebnis jedoch gleich lautend, lehnt auch *Pieroth* eine Einschränkung des Art. 103 Abs. 2 GG ab. *Pieroth* ist der Auffassung, dass die Berufung auf das Naturrecht zur Begründung der Strafbarkeit der Mauerschützen aufgrund eines nicht ausräumbaren Ideologieverdachtess ausscheide³⁴⁵. Das Rechtsgefühl dürfe geschriebene rechtsstaatliche Verfassungsnormen nicht überrollen³⁴⁶.

c. Zwischenergebnis

Die Auffassung des BVerfG, Art. 103 Abs. 2 GG gelte nicht in allen Situationen absolut, ist nicht zweifelsfrei. Denn auf der einen Seite betont das BVerfG die absolute Geltung des Rückwirkungsverbotes, um auf der anderen Seite dessen Wirkung dann doch zu beschränken. Dies lässt jedoch die Vermutung zu, dass das BVerfG erkennt, dass der Wortlaut von Art. 103 Abs. 2 GG absolut gefasst ist und keinerlei Schranken eröffnet, mit der Folge, dass eine generelle Einschränkung des Rückwirkungsverbotes nicht möglich ist. Das BVerfG hebt die absolute Geltung des Rückwirkungsverbotes auch nicht prinzipiell, sondern nur in einem eng begrenzten Ausnahmefall auf. An der Entscheidung des BVerfG zu den Mauerschützenfällen wird indes deutlich, dass eine Einschränkung des absoluten Rückwirkungsverbotes dem historischen Schutzzweck des Art. 103 Abs. 2 GG zuwiderläuft. Das Rückwirkungsverbot sollte u.a. davor schützen, Vergangenheit nicht nur an den Wertmaßstäben der Gegenwart zu messen und auf diese Weise die Rechtsprechung gegen die eigene Erregung zu sichern³⁴⁷. Daraus folgt, dass bei der strafrechtlichen Bewertung der Mauerschützenfälle gerade nicht bundesdeutsche Maßstäbe angelegt werden dürfen, da dies genau den Fall der Beurteilung der Vergangenheit am Maßstab der Gegenwart darstellt. Schließlich wird die Schwäche der Argumentation des BVerfG daran deutlich, dass die Auflösung des Konfliktes zwischen dem Rückwirkungsverbot und der materiellen Gerechtigkeit mit der Existenz dieses Konfliktes begründet wird³⁴⁸. Das BVerfG begründet den Vorrang der materiellen Gerechtigkeit damit, dass „Anderenfalls ... die Strafrechtspflege der Bundesrepublik zu ihren rechtsstaatlichen Prämissen in Widerspruch geraten³⁴⁹“ würde.

³⁴⁵ *Pieroth*, VVDStRL 51, 91 (104).

³⁴⁶ ebd.

³⁴⁷ *Ebner von Eschenbach*, S. 143.

³⁴⁸ *Rosenau*, S. 224.

³⁴⁹ BVerfGE 95, 96 (133).

3. Die Rückwirkungsproblematik unter besonderer Berücksichtigung der Vorbehaltserklärung zu Art. 7 Abs. 2 EMRK

Eine Berücksichtigung von Art. 7 Abs. 2 EMRK³⁵⁰ zur Frage der absoluten Geltung des Art. 103 Abs. 2 GG hat insbesondere im Hinblick darauf zu erfolgen, dass das BVerfG selbst erklärt, dass es im Rahmen der Auslegung des Grundgesetzes auch Inhalt und Entwicklungsstand der EMRK zu berücksichtigen hat³⁵¹. Art. 7 Abs. 1 EMRK verbietet nach ständiger Rechtsprechung nicht nur die rückwirkende Strafgesetzgebung, sondern darüber hinaus auch jede strafbegründende Analogie zu Lasten des Angeklagten³⁵². Mit der Regelung des Art. 7 Abs. 1 EMRK unvereinbar ist folglich eine Änderung der Rechtsprechung, wenn damit eine Handlung, die davor nicht strafbar war, durch die Judikatur einen strafrechtlichen Charakter erhielt oder die Definition der gegebenen Strafrechtsnormen in einer solchen Weise geändert würden, dass Tatumstände erfasst würden, die zuvor keine Straftaten darstellten³⁵³.

Art. 7 Abs. 2 EMRK sieht eine Durchbrechung des in Art. 7 Abs. 1 EMRK geregelten Rückwirkungsverbotes vor. Danach darf die Verurteilung eines Angeklagten nicht dadurch ausgeschlossen werden, dass sich dieser einer Handlung oder Unterlassung schuldig macht, die im Zeitpunkt ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Völkern allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen strafbar war. Es wird mit hin deutlich, dass sich die Strafbarkeit nicht etwa nach den zum Zeitpunkt der Tatbegehung geltenden nationalen Strafnormen richtet, sondern eine Art überpositiver Maßstab, nämlich die von den zivilisierten Völkern allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze.

Nach Art. 64 EMRK können Staaten zum Schutze ihrer spezifischen innerstaatlichen Rechtsnormen und um einen Widerspruch zwischen nationalen und völkerrechtlichen Verpflichtungen zu vermeiden, einseitige Vorbehalte gegen Konventionsnormen geltend machen. Die Erklärung des Vorbehaltes führt dazu, dass die

³⁵⁰ Art. 7 EMRK:

(1) Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Es darf auch keine schwerere als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden.

(2) Dieser Artikel schließt nicht aus, dass jemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt oder bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Völkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war.

³⁵¹ BVerfGE 82, 106 (120).

³⁵² Frowein/ Peukert, Art. 7, Rnr. 2.

³⁵³ Ebner von Eschenbach, S. 146.

Konventionsbindung im Rahmen des erklärten Vorbehaltes beschränkt wird. Die Bundesrepublik Deutschland hat die EMRK am 05.12.1952 mit einem nach Art. 64 EMRK zulässigen Vorbehalt ratifiziert, nach dem Art. 7 Abs. 2 EMRK nur in den Grenzen des Art. 103 Abs. 2 GG Anwendung finden soll³⁵⁴. Im Hinblick darauf, dass die Konvention nach Art. 60 EMRK lediglich Mindestgarantien darstellt, die hinter günstigeren nationalen Normen zurücktreten, wäre der Vorbehalt nicht notwendig gewesen³⁵⁵. Insofern ist auch *von Weber* zuzustimmen, der zu dem Schluss gelangt, dass die Vorbehaltserklärung vor allem die Missbilligung des Gesetzgebers gegenüber einer Aufweichung des Rückwirkungsverbotes zum Ausdruck bringen wollte³⁵⁶.

III. Handeln auf Befehl bei abweichenden Wertvorstellungen

Die Problematik des Handelns auf Befehl stellt sich nicht nur bei militärischen oder dienstlichen Anweisungen, sondern kann auch dann in Betracht kommen, wenn ausländische Mitbürger in der Bundesrepublik Deutschland Straftaten begehen und sich hierbei jedoch auf ihre heimatlichen Wertvorstellungen berufen. Exemplarisch ist diesbezüglich auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 20.02.2002 einzugehen³⁵⁷.

Das Landgericht Bremen hatte die Angeklagten erstinstanzlich wegen Totschlags in zwei Fällen verurteilt, wogegen die Staatsanwaltschaft mit der Sachrüge, dass die Verurteilung der Angeklagten nicht wegen Mordes erfolgt sei, Revision einlegte. Der Tatrichter hatte das Vorliegen einer Tötung aus niedrigen Beweggründen i.S.d. § 211 StGB mit der Argumentation abgelehnt, dass in der gegebenen Situation „nach den archaischen Sitten- und Wertvorstellungen aller beteiligten Personen eine Schlichtung nicht mehr möglich“ war, die „Tötung der Beziehungspartner selbst in diesem extremen Fall danach erlaubt“ sei, für die Angeklagten „Fragen der Ehre und Angst vor der sozialen Ausgrenzung im Vordergrund“ standen und es „den Angeklagten auf Grund ihren stark verinnerlichten heimatlichen Wertvorstellungen nicht bewusst war, dass ihre Beweggründe objektiv als besonders verwerflich und sozial rücksichtslos anzusehen“ seien³⁵⁸.

³⁵⁴ BGBl. 1954 II, S. 14.

³⁵⁵ *Ebner von Eschenbach*, S. 158.

³⁵⁶ *Weber*, ZStW 1953, 334 (348).

³⁵⁷ BGHSt NStZ 2002, 369 f.

³⁵⁸ ebd., S. 370.

Der BGH stellte fest, dass sich das Landgericht zwar mit der Frage der Tatmotive durchaus auseinandergesetzt, aber innerhalb dieser Prüfung nicht sämtliche Umstände berücksichtigt habe, die für die Beurteilung der Beweggründe als insgesamt niedrig entscheidend sein könnten. Es sei nicht in Betracht gezogen worden, dass der vom Ehemann nach Auffassung der Angeklagten durch die „Entführung“ als solcher begangene Verstoß gegen die Regeln ihrer Gesellschaft und der Partei „aus Sicht der Angeklagten durchaus eine Maßregelung, aber nicht eine Tötung“ gerechtfertigt habe. Über den Tötungsbefehl seien die Angeklagten hiernach aufgrund ihrer eigenen Wertvorstellungen selbst entsetzt gewesen. Darüber hinaus sei vom Landgericht bei der Bewertung der Beweggründe der Angeklagten zu Unrecht nicht ausdrücklich erwogen worden, dass diesen „im Fall einer Befehlsverweigerung keinesfalls eine Bestrafung in Form körperlichen Übergriffen oder gar einer Tötung“ drohen würde. Im schlimmsten Falle hätten sie „mit einem Ansehens- und Ehrverlust innerhalb der kurdischen Gemeinschaft“, allenfalls mit Ausgliederung aus dieser, rechnen müssen. Die den Angeklagten vom Landgericht zugute gehaltene Motivation könne vor dem Hintergrund der befohlenen Tat nicht abstrakt und losgelöst von den Motiven der Befehlsgeber beurteilt werden. Obwohl ihnen die hochgradige Verwerflichkeit des Tötungsbefehls bekannt gewesen sei, hätten sie den Befehl ausgeführt, ohne dass ihnen für den Fall der Verweigerung im Vergleich mit dem Tatgeschehen eine auch nur annähernd gleichermaßen schlimme Konsequenz gedroht hätte. Unter diesen Umständen liege es nahe, ihre eigenen Beweggründe als niedrig anzusehen³⁵⁹.

Momsen wirft zu dieser Entscheidung die Frage auf, in welcher Form es angemessen sei, mit dem Sachverhalt der Einbindung in organisierte Herrschaft- und Befehlsstrukturen umzugehen: „Bisher – wir sind durch den *Stachynskii*-Fall aber auch die Behandlung der Mauerschützen geprägt – schien es eher zu entlasten, wenn auch Verantwortung und Veranlassung von und durch Dritte im Spiele ist. Wie ist darüber hinaus mit der Verhaftung des Täters in fremden Kulturkreisen und –werten umzugehen? Ist hier Nachsicht angebracht oder ganz im Gegenteil ein „nachhaltiges Durchgreifen“ angezeigt, um die Geltung der Werte des Gastlandes zu verdeutlichen ...?“³⁶⁰. Entscheidungserheblich waren die Einbindung der Täter in die Organisation

³⁵⁹ ebd.

³⁶⁰ *Momsen*, NSTZ 2003, 237; in dem *Stachynskii*-Fall hatte der BGH bezüglich einer Tötung auf Befehl durch die sowjetische Regierungsbasis in BGHSt. 18, 87 (93 ff.) ausgeführt: „Neuerlich sind jedoch gewisse moderne Staaten unter dem Einfluss radikaler politischer Auffassungen ... dazu übergegangen, politische Morde oder Massenmorde geradezu zu planen und die Ausführung solcher Bluttaten zu befehlen. Solche bloßen Befehlsempfänger unterliegen bei Begehung derartiger amtlich befohlener Verbrechen nicht den kriminologisch erforschten oder jenen jedenfalls ähnlichen persönlichen Tatantrieben ... Sie befolgen solche Anweisungen unter dem Einfluss politischer Propaganda oder der

PKK, ihre Verhaftung in kurdischen Wert- und Moralvorstellungen, die ihr Verhalten in Deutschland weiterhin bestimmt haben, und der Umstand, dass die Täter vor ihrer Tatausführung massive Zweifel und Gewissensbisse zu überwinden hatten. Dabei sind die Wertvorstellungen nicht nur in der Psyche der Täter vorhanden, sondern eng mit ihren Lebensverhältnissen verbunden, die durch die Einbindung in die kurdische Gemeinschaft in Deutschland und die Präsenz und Aktivitäten der PKK geprägt sind³⁶¹. Bei einem ausländischen Täter können fremde Bräuche und Überzeugungen erheblich sein, wenn er noch so fest in ihnen verhaftet ist, um außerstande zu sein, die Bewertung der deutschen Rechtsordnung nachzuvollziehen.

Jedoch kann die Berufung auf solche Sitten allein nicht entlasten, wenn diese nicht auch vom Recht des Heimatlandes des Ausländers getragen werden. Beispielsweise hat der türkische Gesetzgeber in Artikel 450 Nr. 10 türk. StGB zur Bekämpfung der noch zum Teil tatsächlich gelebten Blutrache für die aus solchem Grund verübte Tötung ausdrücklich die Todesstrafe normiert, so dass es unangebracht erscheint, die kulturellen und sittlichen Vorstellungen im Ergebnis strafmildernd und nicht – wie etwa in der Türkei – strafscharfend zu berücksichtigen. Nicht zu verkennen ist indes, dass mehreren ausländischen Rechtsordnungen eine Privilegierung von Tötungen aus Gründen der Ehre bekannt ist.

Wenn das ausländische Recht das Handeln des Täters nicht ausdrücklich privilegiert, ist nach zutreffender Ansicht davon auszugehen, dass die Kulturvölker die Tötung eines fremden Menschen weitestgehend gleich bewerten und hiervon abweichenden Bräuchen die rechtliche Geltung versagen³⁶². Die Feststellung des BGH, dass das Verhalten des Ehepaars zwar eine Maßregelung, aber keineswegs eine Tö-

Befehlsautorität oder ähnlicher Einflüsse ihres eigenen Staates, von welchem sie im Gegenteil die Wahrung von Recht und Ordnung zu erwarten berechtigt sind ... Diese besonderen Umstände staatlich befohlener Verbrechen befreien die Tatbeteiligten keineswegs von der strafrechtlichen Schuld. Jede staatliche Gemeinschaft darf und muss verlangen, dass sich jedermann von Verbrechen, auch von unter Missbrauch staatlicher Befugnisse geforderten, bedingungslos fernhält ... Unter besonderen Umständen mögen staatliche Verbrechensbefehle allerdings Strafmilderungsgründe abgeben. Wer aber politischer Mordhetze willig nachgibt, sein Gewissen zum Schweigen bringt und fremde verbrecherische Ziele zur Grundlage eigener Überzeugung und eigenen Handelns macht ... kann sich deshalb nicht darauf berufen, nur Tatgehilfe seiner Auftraggeber zu sein ... Anders kann es rechtlich jedoch bei denen liegen, die solche Verbrechensbefehle missbilligen und ihnen widerstreben, sie aber gleichwohl aus menschlicher Schwäche ausführen, weil sie der Übermacht der Staatsautorität nicht gewachsen sind und ihr nachgeben, weil sie den Mut zum Widerstand oder die Intelligenz zur wirksamen Ausflucht nicht aufbringen ... Es besteht kein hinreichender sachlicher Grund, solche Menschen ausnahmslos und zwangsläufig von vornherein schon in der Beteiligungsform dem Taturheber, dem bedenkenlosen Überzeugungstäter und dem überzeugten, willigen Befehlsempfänger gleichzusetzen ...“

³⁶¹ *Momsen*, NStZ 2003, 237.

³⁶² LK- *Jähnke*, § 211 Rnr. 37.

tung gerechtfertigt hätten und den Tätern im Falle einer Verweigerung des Befehls der PKK keine Bestrafung mit körperlicher Gewalt oder sogar Tötung gedroht hätte, lässt sich mit der Sachlage bei einem „rechtswidrigen, aber nicht offensichtlich erkennbar unwirksamen Befehl“ vergleichen³⁶³. Durch erfolgte Befehlsbefolgung wird die Befolgung des normgerechten Verhaltens erschwert, wobei die Frage, inwieweit eine Umsetzung der Befehle der Gebietsverantwortlichen der PKK zu erfolgen hat, selbst eine „kulturelle Wertvorstellung“ ist. *Momsen* stellt diesbezüglich zu Recht fest, dass erst dann, wenn feststehe, in welchem Grad die Angeklagten gegenüber den durch die Organisation der PKK vorgegebenen Wertvorstellungen unabhängig gewesen seien, bei dem einzelnen ermittelt werden könne, wie seine eigenen, individuellen Wertvorstellungen konzipiert seien³⁶⁴.

Die Verbindung zu den Mauerschützen-Entscheidungen ist demnach gegeben, soweit sich in beiden Fallkonstellationen das Problem stellt, ob sich die Tatsache der hierarchistischen Einbindung des Täters in Machtapparate und Befehlsstrukturen verantwortungs- oder unrechtsmindernd auswirkt, auch wenn einzuräumen ist, dass den DDR-Bürgern allein die DDR als Autorität gegenüberstand, während das Autoritätsempfinden der kurdischen Bürger nicht nur gegenüber der PKK besteht, sondern überdies der übergeordnete Legitimitätsanspruch der türkischen Regierung bewusst ist. Da dieses Bewusstsein für die in der Bundesrepublik lebenden Ausländer zum deutschen Staat in noch größerem Ausmaß vorhanden ist, werden zumindest im Bundesgebiet die Befehle der PKK nicht als quasi-staatliche Befehle mit entsprechendem Legitimitätsanspruch befolgt, sondern in bezug auf die deutschen Normen grundsätzlich kritisch hinterfragt³⁶⁵. Vergleichbar ist, dass sowohl den Personen, die den Tötungsbefehl der PKK nicht befolgen, als auch denjenigen DDR-Grenzsoldaten, die sich dem Schießbefehl an der Mauer widersetzen, bei Verweigerung des jeweiligen Befehls keine zur Tat auch nur annähernd analoge Sanktion durch den Befehlsgeber drohte. Hier käme allenfalls der Vorwurf des Vorverschuldens in Betracht, und zwar dadurch, dass sie sich durch die Integration in einer Organisation, die nach allgemeiner Erfahrung verbrecherische Aufträge erteilt, in eine Lage versetzt haben, in der die Fähigkeit zur Normbefolgung im Zeitpunkt der Tatbestandsbegehung herabgesetzt wird. Ein solcher Vorwurf kann jedoch weder den DDR-Grenzsoldaten noch den nationalsozialistischen Tätern noch den Mitgliedern der

³⁶³ *Momsen*, NStZ 2003, 237 (238).

³⁶⁴ ebd. (239).

³⁶⁵ ebd., Fn. 16.

PKK gemacht werden, weil die Freiwilligkeit dieser Integration nicht zu belegen ist³⁶⁶. Der BGH zieht die Folgerung, dass angesichts der relativ geringen Sanktionserwartung für den Fall der Befehlsverweigerung die Täter sich mit dem äußerlich erkennbaren Ausführen des Befehls eine fremde Motivation zu Eigen gemacht hätten. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass aus der Ausführung eines Tötungsbefehls in subjektiver Hinsicht allein auf den Vorsatz im Sinne eines Sichabfindens mit dem tatbestandlichen Erfolg geschlossen, aber keineswegs die Annahme „niedriger Beweggründe“ begründet werden könne. Auch nach den Grundsätzen zur Ausführung rechtswidriger Befehle im Rahmen des Wehrstrafrechts, denen zufolge der nur für den Empfänger als rechtswidrig positiv erkannte oder offensichtlich unverbindliche Befehl keine Rechtfertigung erfährt, soll gerade bei Zweifeln des nur widerwillig handelnden Befehlsempfängers die Rechtfertigung dafür sorgen, dass nicht jeder Befehl hinterfragt werden müsse, um die Handlungsfähigkeit der Befehlsstruktur zu sichern³⁶⁷. Die Einbindung des Täters in eine Befehlsstruktur wirkt sich grundsätzlich nicht auf die Verwerflichkeit seiner individuellen Motivation aus und ist somit für das Mordmerkmal der „niedrigen Beweggründe“ unerheblich³⁶⁸.

IV. Zusammenfassung

Die obigen Ausführungen zeigen, dass das Befehlsrecht für das Verständnis des „Handelns auf Befehl“ wesentlich ist. Ob ein Befehl vorliegt bestimmt sich nach § 2 Nr. 2 WStG und dessen Rechtmäßigkeit nach Art. 20 Abs. 3 GG. Ein Befehl ist nur dann rechtmäßig, wenn der Vorgesetzte diesen zu dienstlichen Zwecken und unter Beachtung der Regeln des Völkerrechts, der Gesetze und der Dienstvorschriften erteilt³⁶⁹. Der Untergebene ist gem. § 11 SoldG nicht zu blinden, sondern zu mitdenkenden Gehorsam verpflichtet, so dass ihn gem. § 11 Abs. 2 Satz 2 SoldG eine Mitverantwortlichkeit trifft.

Des Weiteren wurde aufgezeigt, dass im engen Zusammenhang mit § 11 Abs. 2 SoldG der § 5 WStG steht, welcher den Befehl als Schuldausschließungsgrund eigener Art behandelt, der zugleich eine Sonderregelung des Verbotsirrtums darstellt und dessen Grenzen bestimmt. § 5 WStG beinhaltet subjektive (Kenntnis der Rechtswidrigkeit) und objektive Kriterien (Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit).

³⁶⁶ ebd. (239).

³⁶⁷ ebd. (240).

³⁶⁸ ebd. (242).

³⁶⁹ *Lingens/ Marignoni*, S. 38.

Bei Nichtvorliegen der oben ausführlich behandelten Voraussetzungen³⁷⁰ des § 5 Abs. 1 WStG kommt nur eine Strafmilderung in Betracht³⁷¹.

Weiterhin wurde aufgezeigt, dass in der dienstlichen Weisung nach herrschender Lehre ein Rechtfertigungsgrund für den Untergebenen gesehen wird, sofern die dienstliche Weisung selbst gem. § 10 Abs. 4 SoldG rechtmäßig ist.

Anderes gilt in den Fällen der rechtswidrigen Weisung, die für den Untergebenen dessen ungeachtet verbindlich ist und ihn zum Gehorsam verpflichtet. Hierbei ist die Verbindlichkeit der Weisung unabhängig von deren Rechtmäßigkeit. Insoweit gilt hinsichtlich der formellen Voraussetzungen der Verbindlichkeit der Grundsatz, dass für eine Weisung des zuständigen Vorgesetzten die Vermutung der Rechtmäßigkeit besteht, so dass die Weisung dann auch – selbst bei Rechtswidrigkeit – verbindlich ist.

Hinsichtlich einer inhaltlich rechtswidrigen, aber dennoch verbindlichen, Weisung wurde aufgezeigt, dass diese für den Untergebenen einen Rechtfertigungsgrund darstellt. Wer als Untergebener eine verbindliche Weisung ausführt, handelt rechtmäßig; war die Weisung dagegen unverbindlich, handelt der Untergebene rechtswidrig. Im letzteren Fall kommt nur ein Entschuldigungsgrund in Betracht.

Dieser Fall des unverbindlichen rechtswidrigen Befehls ist in §§ 11 SoldG, 22 WStG geregelt. Hier kann sich eine Strafflosigkeit mangels Pflichtenkollision allenfalls auf der Schuldebene ergeben. Die Schuld des Untergebenen ist immer ausgeschlossen, wenn er einen rechtswidrigen unverbindlichen, aber nicht strafrechtswidrigen Befehl ausführt³⁷². Seine Schuld ist nicht ausgeschlossen, wenn er weiß oder als sicher voraussieht, dass er eine rechtswidrige Tat begeht³⁷³. Festgestellt wurde, dass eine Prüfungspflicht des Untergebenen hinsichtlich des Befehls nicht besteht, aber durchaus eine Pflicht zur Gegenvorstellung gegeben sein kann, sofern der Untergebene erkennt, dass der Vorgesetzte irrtümlich von falschen tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen ist.

Auf praktischer Ebene hat der oben behandelte „Mauerschützenfall“ zunächst gezeigt, dass hier eine Verurteilung nur dann erfolgen kann, wenn die Tat nach dem zum damaligen Zeitpunkt geltenden Recht der DDR strafbar war. Hierbei ist beson-

³⁷⁰ Vgl. Punkt C. II. 1. c. dd.

³⁷¹ Vgl. § 5 Abs. 2 WStG.

³⁷² Dies folgt aus dem Wortlaut der §§ 5 WStG und 11 SoldG, der nur die Befolgung strafrechtswidriger Befehle untersagt.

³⁷³ BGHSt 19, 231.

ders der Rechtfertigungsgrund des § 27 DDR-GrenzG – insbesondere hinsichtlich der Frage, ob ein Verbrechen gegeben ist oder nicht – von Bedeutung und es war zunächst festzustellen, dass der Wortlaut des § 27 DDR-GrenzG die Auslegung zulässt, das Verhalten der Mauerschützen als gerechtfertigt anzusehen. Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob ein solcher Rechtfertigungsgrund – wie er in der Staatenpraxis der DDR angewendet wurde – aufgrund der Verletzung höherrangigen Rechts, welches auch von der DDR zu beachten war, außer Betracht bleiben musste, so dass die Todesschüsse nicht gerechtfertigt sein konnten. Diesbezüglich wurde aufgezeigt, dass § 27 DDR-GrenzG in der der Staatenpraxis der DDR entsprechenden Interpretation weder gegen die Verfassung der DDR noch gegen Normen der Völkerrechts verstossen hat und damit nicht nichtig war.

Ein Verstoß gegen das IPbpR scheitert bereits an dessen in der DDR nicht vorhandener innerstaatlicher Rechtsgeltung. Ein möglicher Verstoß des § 27 DDR-GrenzG gegen das IPbpR kann daher mangels Transformation oder Inkorporation nicht zu dessen Nichtigkeit führen. Herauszuheben war, dass allein das Recht der DDR nach dem damaligen Rechtsverständnis zugrunde zu legen ist, so dass es entscheidend auf das oben dargestellte sozialistische Menschenrechtsverständnis der DDR ankommt und nicht auf das westliche, liberale Menschenrechtsverständnis. Letztlich war festzustellen, dass die Rechtfertigung der Todesschüsse nicht gegen damaliges höher-rangiges positives Recht verstoßen hat und der Frage nachzugehen, ob die Rechtfertigung durch überpositives Recht beseitigt wird.

Da eine rechtspositivistische Betrachtung eine Strafverfolgung unter Einhaltung des rechtsstaatlichen Grundsatzes „nullum crimen nulla poene sine lege“ nicht gestattet, war hier die Radbruchsche Formel heranzuziehen, die eine Grenze zum extremen Unrecht dadurch setzt, dass sie die Rechtsgeltung und den Rechtscharakter nach dem Überschreiten dieser Grenze entfallen lässt. Das Vorliegen extremen Unrechts begründete der BGH im Wesentlichen mit Art. 6 und 12 IPbpR, welches jedoch als nicht schlüssig zu erachten ist. Zum einen war hinsichtlich Art. 6 IPbpR festzustellen, dass die diesbezügliche Auffassung, die Schüsse an der Grenze erfolgten zur Abschreckung, nicht der Praxis an der innerdeutschen Grenze und der Berliner Mauer entsprachen. Zum anderen ist die dahingehende Interpretation des Art. 6 IPbpR, dass Todeschüsse im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auf die Verteidigung von Menschen beschränkt werden sollen, durchaus umstritten. Hinsichtlich Art. 12 IPbpR ignoriert der BGH, dass die Diskussion bezüglich der Aus-

reisefreiheit von entgegengesetzten Konzeptionen der Menschenrechte dominiert wurde, so dass § 27 DDR-GrenzG nach sozialistischem Menschenrechtsverständnis – auch in Form der damaligen Staatenpraxis – nicht gegen Art. 12 IPbPR verstoßen hat. Im Übrigen prüft der BGH Art. 6 und 12 IPbPR fälschlicherweise so, als kämen sie als positiv geltendes Völkerrecht zur Anwendung. Des Weiteren gelangt der BGH zu der Auffassung, dass Schießen mit bedingtem Tötungsvorsatz bereits nach damals geltendem Recht der DDR aufgrund von Art. 30 DDR-Verfassung nicht gerechtfertigt gewesen sei³⁷⁴, worin jedoch ein verdeckter Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG zu sehen ist. Aufgrund seiner Argumente kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass die Todesschüsse in dem skizzierten Fall nicht gerechtfertigt waren. Im Rahmen der Prüfung der Schuld zieht er § 5 Abs. 1 WStG analog heran und bejaht die Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit. Hier war kritisch anzumerken, dass der BGH die Möglichkeit des moralischen Irrtums und der moralischen Blindheit bezüglich der Frage der Offensichtlichkeit außer Betracht gelassen und nur kurz hinsichtlich der Strafzumessung berücksichtigt hat. Insgesamt war daher festzuhalten, dass gegen die Praxis des BGH, dem § 27 DDR-GrenzG die Geltung abzusprechen und die Offensichtlichkeit zu bejahen, – wie dargelegt – insbesondere auch im Hinblick auf den verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundsatz „nullum crimen, nulla poena sine lege“ erhebliche Bedenken bestehen.

Folgerichtig hatte das BVerfG die Frage zu beantworten, ob die Verurteilungen gegen das strafrechtliche Rückwirkungsverbot verstoßen und die Nichtigerklärung der rechtfertigenden Normen der DDR durch den BGH im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG zu prüfen. Das BVerfG bejaht die Möglichkeit der Einschränkung des Rückwirkungsverbots³⁷⁵ und hat eine Güterabwägung zwischen dem Gebot der materiellen Gerechtigkeit und der Absolutheit des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots zu Gunsten der materiellen Gerechtigkeit vorgenommen³⁷⁶. Im Gegensatz dazu wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dass eine Einschränkung des Rückwirkungsverbots des Art. 103 Abs. 2 GG unzulässig sei. Im Ergebnis war festzuhalten, dass die Auffassung des BVerfG, dass Art. 103 Abs. 2 GG nicht in allen Situationen absolut gelte, nicht zweifelsfrei ist und dessen historischem Schutzzweck zuwiderläuft. Eine Berücksichtigung von Art. 7 Abs. 2 EMRK kann zu keinem anderen Ergebnis führen, da dieser gemäß einer zulässigen Vorbehaltserklärung der Bundesrepublik Deutschland nur in den Grenzen des Art. 103 Abs. 2 GG Anwendung finden soll.

³⁷⁴ BGHSt 39, 1 (23 f).

³⁷⁵ BVerfGE 95, 96 (131).

³⁷⁶ BVerfGE 95, 96 (133, 136).

Im Anschluss an die Darstellung der deutschen Rechtslage zu der Problematik des Handelns auf Befehl erfolgt nachfolgend die Darstellung der völkerrechtlichen Rechtslage.

E. Die völkerrechtliche Rechtslage im Hinblick auf das Handeln auf Befehl

Hinsichtlich der geschriebenen völkerstrafrechtlichen Quellen ist zunächst zwischen völkerrechtlichen Verträgen und dem „soft law“ zu unterscheiden. Insoweit ist neben dem Statut von Rom lediglich ein internationaler Vertrag identifizierbar, der die Problematik des Handelns auf Befehl regelt. Die UN-Folterkonvention (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)³⁷⁷ regelt in Art. 2 Abs. 3, dass ein Strafausschluss aufgrund des Handelns auf Befehl nicht in Betracht kommt³⁷⁸. Insofern wird jedoch nur klargestellt, dass das Handeln auf Befehl eines Vorgesetzten oder auf Weisung der öffentlichen Gewalt im Falle der Folter nicht zum Strafausschluss führen könne. Eine weitergehende Regelung enthält die Konvention nicht. Auch das Völkermord-Abkommen³⁷⁹ und die Genfer Konventionen enthalten keine Regelungen hinsichtlich des Handelns auf Befehl, obwohl diese noch in den einschlägigen Entwürfen enthalten waren³⁸⁰.

Neben den klassischen Völkerrechtsquellen im Sinne des Art. 38 IGH-Satzung ist zur Darstellung der völkerrechtlichen Rechtslage auf das übrige „soft law“, insbesondere auf das Statut für den Internationalen Militärgerichtshof vom 08.08.1945 sowie dem UN-Sicherheitsratsbeschluss, der das Errichten eines Ad-hoc-Tribunals für Kriegsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien zum Gegenstand hatte, einzugehen.

I. Internationale Übereinkünfte

1. Die Genfer Konventionen von 1949

Das so genannte Genfer Recht beinhaltet die vier Genfer Konventionen vom 12.08.1949 und die Zusatzprotokolle vom 18.06.1977. In den Genfer Konventionen verpflichten sich die Vertragsparteien, diejenigen Verhaltensweisen zu sanktionieren, die einen schweren Verstoß („grave breaches“) gegen die Genfer Konventionen

³⁷⁷ Die Konvention wurde am 10.12.1984 verabschiedet und trat am 26.06.1987 in Kraft.

³⁷⁸ Ambos, Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen, S. 294, 297.

³⁷⁹ Die Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide wurde am 09.12.1948 verabschiedet und trat am 12.01.1951 in Kraft.

³⁸⁰ Die Genfer Konventionen vom 12.08.1949, sämtlich am 21.10.1950 in Kraft getreten.

darstellen. Täter eines solchen Verstoßes kann sowohl der unmittelbar Ausführende als auch der Befehlsempfänger sein. Folglich wird der Befehlsgeber mit dem Befehlsempfänger insofern gleichgestellt, als der Befehl, einen schweren Verstoß gegen die Genfer Konventionen zu begehen, seinerseits einen schweren Verstoß darstellt. Die Bestrafungspflichten beziehen sich ausschließlich auf Kriegsverbrechen, die in zwischenstaatlichen kriegerischen Konflikten begangen werden; Bürgerkriegsverbrechen, d.h. Kriegsverbrechen in nichtinternationalen bewaffneten Auseinandersetzungen, werden nach überwiegender Meinung nicht erfasst³⁸¹. Die Verfolgungspflicht im konkreten Fall obliegt ausschließlich dem gegenwärtigen Aufenthaltsstaat des Beschuldigten. Dieser ist verpflichtet, eine eigene nationale Strafverfolgung einzuleiten. Alternativ steht ihm jedoch auch die Option offen, den Beschuldigten an einen anderen strafverfolgungswilligen Staat zu übergeben³⁸².

Eine Straffreistellung aufgrund des Handelns auf Befehl wurde im Genfer Recht trotz dahingehender Bemühungen nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Der diesbezügliche Entwurf der Expertenkommission unter dem Vorsitz von *Max Huber* billigte das Handeln auf Befehl als selbstständigen Strafausschlussgrund³⁸³. Der Vorschlag kann als geglückter Kompromiss zwischen den widerstreitenden Interessen an militärischer Disziplin und an umfassender Ahndung von Kriegsverbrechen beurteilt werden³⁸⁴. Die Nichtaufnahme des Ausschlusses des Handelns auf Befehl nach dem Vorbild des Nürnberger Rechtes hatte sowohl politische als auch psychologische Gründe. Zum einen wurde befürchtet, dass die Regelung zur Legitimität des Ungehorsams führen könnte³⁸⁵. Zum anderen wurde von den Vertragsparteien befürchtet, dass die Aufnahme des ausdrücklichen Ausschlusses des Handelns auf Befehl die Ratifikation der Konventionen durch die Majorität gefährden könnte³⁸⁶. Gleichwohl lässt sich die Ablehnung einer Straffreistellung des Handelns auf Befehl bereits aus den Vorschriften der Genfer Konventionen entnehmen. Zunächst stellen die so genannten grave-breaches-Vorschriften die Erteilung eines rechtswidrigen Befehls mit der eigenhändig begangenen Verletzungshandlung auf eine Stufe. Der

³⁸¹ *Kreß*, NSTZ 2000, 617 (624); *Zimmermann*, ZRP 2002, 97 (99).

³⁸² *Weiß*, JZ 2002, 696 (699).

³⁸³ «Le fait, pour l'inculpé, d'avoir agi sur l'ordre d'un supérieur ou en exécution d'une prescription officielle, ne constitue pas une excuse légale si l'accusation établit que, d'après les circonstances, l'inculpé pouvait raisonnablement se rendre compte qu'il participait à une violation de la présente Convention.»

³⁸⁴ *Fuhrmann*, S. 15, (115 f).

³⁸⁵ *Gaeta*, EJIL 1999, 172 (188).

³⁸⁶ ebd.

Befehl zur Begehung eines schweren Verstoßes stellt somit selbst einen schweren Verstoß im Sinne des Genfer Rechts dar. Daraus folgt nicht nur die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorgesetzten, sondern überdies die grundsätzliche Pflicht zur Befehlsverweigerung durch den Befehlsempfänger. Des Weiteren ist der Vorgesetzte nach dem Zusatzprotokoll I verpflichtet, den Befehlsempfänger über die Rechtslage zu informieren. Folglich sind diese auch in der Lage, rechtswidrige Befehle in Frage zu stellen und letztlich auch zu verweigern³⁸⁷.

2. Die Genozidkonvention von 1949

Am 11.12.1946 wurde die Resolution 96 von der UN-Generalversammlung verabschiedet. Der darauf beruhende Vertragsentwurf wurde nach nochmaliger Überarbeitung am 09.12.1948 von der Generalversammlung verabschiedet und trat schließlich am 12.01.1951 in Kraft. Das Handeln auf Befehl hat in der Konvention keine Beachtung gefunden. Die Vorschläge des Generalsekretariats und der sowjetischen Delegation, die Berufung auf ein Handeln auf Befehl als Grund für den Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit ausdrücklich auszuschließen, wurde abgelehnt³⁸⁸. Zur Begründung wurde von den ablehnenden Delegationen darauf hingewiesen, dass das diesbezügliche nationale Recht nicht homogen, d.h. der streitgegenständliche Grundsatz – und dies wurde zum damaligen Zeitpunkt entgegen der Feststellungen in den Nürnberger Verfahren erkannt – nicht in allen Rechtsordnungen anerkannt sei. Ferner gefährde die zur Diskussion gestellte Regelung die militärische Disziplin.

II. Völkergewohnheitsrecht

Mangels eines zentralen völkerrechtlichen Rechtssetzungsorgans kommt dem Völkergewohnheitsrecht auch nach Inkrafttreten des Rom-Statuts eine bedeutende Rolle zu³⁸⁹. Art. 38 Abs. 1 lit. b IGH-Statut nennt zwei konstitutive Elemente für die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht: Die allgemeine Übung als objektives Element (*consuetudo*) und die Anerkennung der Übung als Recht (*opinio iuris sive necessitatis*). Nach der herrschenden Völkerrechtslehre wird Völkergewohnheitsrecht in der Regel durch eine gleichförmige Übung mit allmählich hinzutretender Rechtsüberzeugung gebildet³⁹⁰.

³⁸⁷ *Ambos*, Völkerstrafrecht, § 10 II 2.

³⁸⁸ „Command of the law or superior orders shall not justify genocide.“

³⁸⁹ *Werle*, Rn. 128

³⁹⁰ *Verdross/Simma*, § 551 Nr. 5; *Werle*, Rn. 128.

Die Erscheinungsformen der Staatenpraxis umfassen einerseits Rechtsakte, insbesondere Entscheidungen nationaler Gerichte und Rechtsbehauptungen staatlicher Organe, andererseits aber auch faktische Verhaltensweisen derselben, z.B. offizielle Erklärungen oder die Vertragspraxis. Des Weiteren muss diese Staatenpraxis einheitlich, verbreitet und von einer gewissen Dauer sein³⁹¹. Die Beurteilung der Frage, ob eine erforderliche Staatenpraxis vorliegt kann auch anhand von Entscheidungen internationaler Gerichte und der Praxis internationaler Organisationen, die als Indikatoren zu bewerten sind, erfolgen³⁹².

Eine völkerrechtsrelevante Staatenpraxis liegt ferner vor, wenn sich das staatliche Verhalten auf einen völkerrechtlichen Satz bezieht (*repetitio facti cum opinione iuris*), mit anderen Worten, wenn der handelnde Staat durch sein Verhalten Völkerrecht zur Geltung bringen will. Beurteilt ein nationales Gericht einen völkerstrafrechtlich relevanten Sachverhalt ausschließlich auf der Grundlage nationalen Rechts, so kann diese Entscheidung nicht als Hilfsmittel zur Findung von Völkergewohnheitsrechts herangezogen werden, sondern kann allenfalls unter dem Gesichtspunkt eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes berücksichtigt werden.³⁹³ Neben der allgemeinen Übung im vorstehend dargestellten Sinne bedarf es deren Anerkennung als Recht (*opinio iuris*). In den Nordsee-Festlandsockel-Fällen führte der IGH diesbezüglich aus:

*"The frequency, or even habitual character of the acts is not itself enough. There are many international acts, e.g., in the field of ceremonial and protocol, which are performed almost invariably, but which are motivated only by considerations of courtesy, convenience, or tradition, and not by any sense of legal duty"*³⁹⁴.

Die Rechtsüberzeugung entsteht vorwiegend aber nicht ausschließlich in der Staatenpraxis. Als weitere Fälle, aus denen eine Rechtsüberzeugung abgeleitet werden kann, kommen vertragskonformes Verhalten vertragsfremder Staaten und Entschlüsse der Vereinten Nationen in Betracht. Befolgt ein vertragsfremdes Völkerrechtssubjekt Verbote und Gebote eines völkerrechtlichen Vertrags und sind alle Beteiligten der Überzeugung, dass es dazu rechtlich verpflichtet ist, so ist das Vorliegen einer

³⁹¹ *Ipsen/Epping*, S. 214 ff. Die Staatenpraxis ist nach wohl überzeugender Ansicht als konstitutives Element für die Entstehung des Völkergewohnheitsrecht zu bewerten. Daher ist eine spontane völkergewohnheitsrechtliche Norm logisch undenkbar.

³⁹² *Werle*, Rn. 129.

³⁹³ *Werle*, Rn. 130; *Kreß*, ZStW 111 (1999), 597, 604.

³⁹⁴ ICJ, North Sea Continental Shelf Case (Denmark/Netherlands vs. Germany), ICJ Report 1969, 3, 44.

Rechtüberzeugung bezüglich dieser Regelungen zu bejahen. Nichts anderes gilt auch für jene Fälle, in denen die Staaten "extensive and virtually uniform" sich nach einer Entschließung der Generalversammlung der Vereinten Nationen, die lediglich empfehlenden Charakter hat, richten³⁹⁵.

Bei der Klärung der Frage der *opinio iuris* ist weiterhin zu beachten, dass auf völkergewohnheitsrechtlichem Wege nicht nur Normen geschaffen, sondern Normen auch aufgehoben (*desuetudo*) oder abgeändert werden können. So kann beispielsweise ein Verhalten eines Staates eine neue Staatenpraxis, unabhängig von der Frage, ob sich das Verhalten von vornherein auf eine Rechtsüberzeugung stützt oder nicht, einleiten. Maßgebend ist sodann, ob sich die übrigen Staaten dieser neuen Praxis anschließen.

Der Begründung völkerstrafrechtlicher Normen mittels Völkergewohnheitsrechts könnte der *Nullum-Crimen-Grundsatz* entgegenstehen. Gemäß Art. 15 IPbpR, Art. 11 AllgEMR, Art. 7 EMRK darf niemand wegen einer Handlung oder Unterlassung bestraft werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Weiterhin darf auch keine schwerere Strafe verhängt werden. Dieser Regelung liegt der Gedanke zugrunde, dass das staatliche Strafrecht sich nur dann von einer Willkürjustiz unterscheidet, wenn die Machthaber an genau definierte Straftatbestände und präzise Strafraumen gebunden sind³⁹⁶.

Gemäß Art. 15 Abs. 2 IPbpR, Art. 11 Abs. 2 AllgEMR, Art. 7 Abs. 2 EMRK ist allerdings von diesem Grundsatz dann eine Ausnahme zu machen, wenn die Handlung oder Unterlassung zur Zeit ihrer Begehung nach den von zivilisierten Völkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war (s.o.). Dahinter steht der Gedanke, dass der Täter dann zu bestrafen ist, wenn die Bestrafung aus Gründen der Gerechtigkeit geboten ist. Nach *Ambos* handele es sich folglich um eine Umwandlung des *Nullum-crimen-Grundsatzes* in einen Grundsatz materieller Gerechtigkeit³⁹⁷. Dies entspricht mittlerweile vor allem mit Blick auf die Nürnberger und Tokioter Verfahren geltendem Völkergewohnheitsrecht³⁹⁸.

Festzuhalten ist somit, dass der *Nullum-Crimen-Grundsatz* der völkergewohnheitsrechtlichen Ableitung strafrechtlicher Normen nicht grundsätzlich entgegensteht.

³⁹⁵ Ipsen/Epping, S. 216 f.

³⁹⁶ Lüderssen-*Triffierer*, Kriminalpolitik, Bd. 3 (Makrodelinquenz), S. 315; *Ambos*, Völkerstrafrecht, S. 81.

³⁹⁷ *Ambos*, Völkerstrafrecht, S. 81.

³⁹⁸ ebd.; Van Dijk/Van Hoof, S. 365.

1. Staatenpraxis

a. Italien: Art. 51 Codice Penale

Im italienischen Strafgesetzbuch wird nicht zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen unterschieden. Nicht näher bezeichnete Gründe für eine Straffreiheit enthalten die Art. 50 – 54 c.pen, die von der h.M. als Rechtfertigungsgründe bzw. als objektive Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit angesehen werden³⁹⁹. Ausreichend ist allein das objektive Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes, so dass es für die rechtfertigende Wirkung nicht auf die subjektive Täterseite abgestellt wird⁴⁰⁰.

Das in Italien in Art. 51 c.pen. kodifizierte Handeln auf Befehl wird als Straffreistellungsgrund begriffen⁴⁰¹. Gemäß Art. 51 Abs. 4 c.pen. bleibt derjenige straflos, der einen materiell rechtswidrigen, gleichwohl verbindlichen Befehl ausführt. Der Normzweck des Art. 51 c.pen. sei die Sicherung der Wirkungskraft der öffentlichen Macht. Der Vorgesetzte, der den Befehl erteilt hat, ist insoweit zur strafrechtlichen Verantwortung zu ziehen. Dem Befehlsempfänger steht keine Verweigerungsmöglichkeit zu, es sei denn, dass der Befehl offensichtlich verbrecherischen Charakter hat oder bereits formell rechtswidrig ist. In diesen Fällen muss sich der Befehlsempfänger die Ausführung verweigern⁴⁰².

Insbesondere auf dem Gebiet des Militärstrafrechts ist ein Soldat verpflichtet, Befehle dann nicht zu befolgen, wenn sie sich gegen Institutionen des Staates wenden bzw. deren Ausführung eine Straftat darstellen würde. Hier kommt sodann eine Straffreistellung wegen Handelns auf Befehl nicht in Betracht⁴⁰³. Grundsätzlich offensichtlich in diesem Sinne wird die Anweisung zur Begehung von Kriegsverbrechen beurteilt, so dass eine Straffreistellung wegen Handelns auf Befehl hier ausscheidet⁴⁰⁴.

Für das Handeln auf Befehl ist weiterhin Art. 59 Abs. 1 c.pen. von Bedeutung, der eine Strafmilderung für die Fälle vorsieht, in denen ein Untergebener durch den Befehl eines Vorgesetzten zur Tat bestimmt wurde.

³⁹⁹ Eser/ Sieber/ Kreicker- *Grammer*, Band 4, S. 397.

⁴⁰⁰ So die h.M. mit Hinweis auf Art. 59 Abs. 1, wonach die Umstände der Art. 50 – 54 „dem Täter auch dann zu seinen Gunsten angerechnet werden, wenn er sie nicht gekannt hat oder wenn sie von ihm irrtümlich als nicht vorliegend angenommen wurden“.

⁴⁰¹ Eser/ Sieber/ Kreicker- *Grammer*, Band 4, S. 397.

⁴⁰² *Militello*, ZStW 1995, 969 (983 f.).

⁴⁰³ Eser/ Sieber/ Kreicker- *Grammer*, Band 4, S. 397.

⁴⁰⁴ ebd., S. 397 f.

Zusammenfassend ist ein Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nur gegeben, wenn die verbrecherische Natur des Befehls dem Untergebenen nicht bekannt bzw. diese nicht offensichtlich war.

b. Frankreich: Art. 122-4 Code Pénal

Das Problem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Untergebenen für das Handeln auf militärischen Befehl war im französischen Recht lange weder im Codes de justice militaire (Militärgesetzbuch) noch im Code pénal (Strafgesetzbuch) ausdrücklich geregelt⁴⁰⁵. Eine Ausnahme stellte insoweit Artikel 3 der Ordonnance vom 28. August 1944 dar⁴⁰⁶. Die Ordonnance von 1944 wurde in Erwartung eines baldigen Kriegsendes von der neu gebildeten französischen Regierung erlassen und war als Sondergesetz in zeitlicher und persönlicher Hinsicht auf die Verfolgung deutscher Kriegsverbrecher beschränkt⁴⁰⁷. Die Vorschrift des Artikel 3, wonach der militärische Befehl niemals Falle einen Rechtfertigungsgrund, unter Umständen aber einen persönlichen Strafausschließungs- oder Strafmilderungsgrund darstellen konnte, überließ den Gerichten einen weiten Ermessensspielraum hinsichtlich der Frage der Strafbarkeit des Untergebenen⁴⁰⁸.

Die Frage des Handelns auf Befehl ist im französischen Code pénal, welches 1994 in Kraft getreten ist, nunmehr in Art. 122-4 Abs. 2⁴⁰⁹ geregelt. Dieser sieht den Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit ausdrücklich vor, wenn eine offensichtliche Rechtswidrigkeit des Befehls nicht gegeben ist. Folglich ist im französischen Strafrecht die Rechtsfigur des Handelns auf Befehl als Strafausschlussgrund anerkannt.

Art. 213-4 CP enthält eine Art. 33 IStGH-Statut entsprechende Spezialregelung zu Art. 122-4 CP des Allgemeinen Teils. Gemäß Art. 213-4 CP kann der Täter oder Teilnehmer eines Völkermords oder eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit

⁴⁰⁵ Vgl. *Stratenwerth*, S. 31.

⁴⁰⁶ Art. 3 Ordonnance: „Les lois, décrets ou règlements émanant de l'autorité ennemie, les ordres ou autorisations donnés par cette autorité ou par les autorités qui en dépendent ou qui en ont dépendu, ne peuvent être invoqués comme fait justificatif au sens de l'article 327 du Code pénal, mais seulement, s'il y a lieu, comme circonstances atténuantes ou comme excuses absolutoires.“

⁴⁰⁷ ebd.

⁴⁰⁸ *Klein*, S. 20.

⁴⁰⁹ Art. 122-4 Code Pénal : „N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires. N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal.“

nicht geltend machen, er habe eine Handlung vorgenommen, die aufgrund von gesetzlichen Bestimmungen vorgeschrieben oder zulässig ist oder von der rechtmäßigen öffentlichen Gewalt angeordnet wurde, so dass der Täter dessen ungeachtet strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen ist. Allerdings sieht die Vorschrift in diesen Fällen die Möglichkeit der Strafmilderung vor⁴¹⁰.

c. Spanien: Art. 8 Nr. 12 Código Penal

Auch das spanische Strafrecht kennt die Figur des Handelns auf Befehl⁴¹¹. Das spanische Strafgesetzbuch sah zunächst unter den „Gründen, die von der strafrechtlichen Verantwortung befreien“, die Begehung der Tat wegen Gehorsamspflicht vor. Unstreitig war insoweit, dass Art. 8 Nr. 12 Código Penal im Falle eines Befehls die strafrechtliche Verantwortlichkeit ausschloss⁴¹². Das am 25.05.1996 in Kraft getretene neue spanische StGB beinhaltet dagegen unter den allgemeinen „Befreiungsgründen von der strafrechtlichen Verantwortung“ nicht mehr den bindenden Befehl. Diese Regelung wurde nunmehr in der Bestimmung über die Pflichterfüllung aufgenommen (Art. 20 Nr. 7 neues spStGB, in Bezug auf die Art. 8 Nr. 12 altes spStGB)⁴¹³.

Die Wirkungsgrenzen des verbindlichen Befehls und besonders die Relevanz seiner offensichtlichen Rechtswidrigkeit werden jedoch nicht ausdrücklich geregelt, so dass der Allgemeine Teil des spanischen StGB hier eine Lücke aufweist, die sich auch in England wiederfindet⁴¹⁴.

d. England

Das englische Strafrecht ist nicht kodifiziert, sondern in verschiedenartige Quellen zerstreut⁴¹⁵. Seit 1965 wurde versucht, die Rechtsordnung zu reformieren und die wachsende Anzahl von geschriebenen Vorschriften und Common Law-Prinzipien zu vereinheitlichen. Die damit befasste Law Commission veröffentlichte 1985 ihr Ergebnis, welches 1989 nach den Stellungnahmen der Rechtsprechung und Lehre in zwei Bänden veröffentlicht wurde. Eine spezifische Rechtsnorm zu der Frage des Handelns auf Befehl enthält der Entwurf nicht. Allerdings enthält der Entwurf unter

⁴¹⁰ Eser/ Sieber/ Kreicker- *Lelieur-Fischer*, Band 4, S. 284.

⁴¹¹ *Militello*, ZStW 1995, 969 (987).

⁴¹² Vgl. *Stratenwerth*, S. 31.

⁴¹³ Eser/ Huber/ Cornils- *Militello*, S. 255 f. m.w.N.

⁴¹⁴ *ebd.*, S. 256.

⁴¹⁵ *Militello*, ZStW 1995, 969 (974).

den Rechtsnormen, die die Defences behandeln, einige Regelungen, die die Rechtsfigur des Befehlsnotstandes zumindest zum Teil betreffen können. Insoweit ist insbesondere auf die „Use of force in public or private Defence“ zu verweisen. Diese ist erlaubt, wenn sie sofort, notwendig und zumutbar ist. Derselbe Schutz ist hingegen nicht anerkannt, wenn die Gewalt gegen einen Polizisten erfolgt, der handelt, um seine eigene Pflicht zu erfüllen. Diese Defence ist folglich in dem Bereich wirksam, in dem die Voraussetzungen für eine rechtmäßige Gewaltanwendung bestehen, wobei diejenige Situation ausdrücklich ausgeklammert wird, in der der Untergebene einen Befehl ausführen muss. Eine Unterscheidung zwischen bindendem und verbrecherischem Befehl erfolgt hier nicht.

Der ICC Act 2001 verweist weder auf Art. 33 IStGH-Statut noch enthält er selbst eine vergleichbare Regelung zum Handeln auf Befehl, so dass diese Verteidigungseinrede im englischen Recht von der herrschenden Meinung abgelehnt wird. Ein Handeln auf Befehl kann jedoch mildernd bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.

Die Ablehnung einer Verteidigungseinrede des Handelns auf Befehl oder auch nur dessen Berücksichtigung bei der Strafzumessung basiert auf dem Common Law-Grundsatz, nachdem ein Soldat nur rechtmäßige Befehle zu befolgen hat⁴¹⁶. Es wird allerdings durchaus erkannt, dass die generelle Nichtanerkennung dieser Verteidigungseinrede für einen Soldaten, der instruiert wurde, Befehle zu befolgen und einen Befehl für rechtmäßig hält, insbesondere in militärischen Einsätzen eine besondere Härte darstellt. Die Tatsache, dass sich der Untergebene im englischen Strafrecht nicht auf den Umstand berufen kann, er habe den Befehl eines Vorgesetzten für rechtmäßig gehalten, ist eng mit der fehlenden Anerkennung des Verbotsirrtums verknüpft⁴¹⁷.

Gegenstand der wissenschaftlichen Diskussion ist schließlich die Frage, ob aufgrund von Art. 33 IStGH-Statut die Möglichkeit besteht, das Handeln auf Befehl als völkergewohnheitsrechtliche Verteidigungseinrede im nationalen Recht anzuwenden. Hiergegen wird unter anderem eingewandt, dass Art. 33 IStGH-Statut ein Handeln voraussetze, zu dem der Betreffende verpflichtet war. Insoweit sei die Vorschrift für britische Soldaten von vornherein von geringem Nutzen, da diese nur zur Befolgung rechtmäßiger Befehle verpflichtet seien⁴¹⁸.

⁴¹⁶ Eser/ Sieber/ Kreicker- Rabenstein/ Bahrenberg, Band 6, S. 296; Watzek, S. 282 f.

⁴¹⁷ Watzek, S. 283.

⁴¹⁸ Eser/ Sieber/ Kreicker- Rabenstein/ Bahrenberg, Band 6, S. 297.

e. Österreich

Im österreichischen Recht gilt das Handeln auf Weisung oder Befehl als Rechtfertigungsgrund. Dies gilt jedoch nicht, sofern die Befolgung der Weisung oder des Befehls gegen Strafgesetze verstoßen würde.

Grundsätzlich sind Beamte gem. Art. 20 Abs. 1 B-VG auch an rechtswidrige Weisungen ihrer Vorgesetzten gebunden, das gilt jedoch ebenso wenig, wenn deren Befolgung strafgesetzwidrig ist. Gleiches gilt für Befehle im militärischen Bereich (§ 3 Abs. 1 MilStG). Der Soldat ist in diesem Falle verpflichtet, die Befolgung abzulehnen (§ 3 Abs. 1 MilStG; § 41 Abs. 3 WehrG)⁴¹⁹.

Folglich kennt das Österreichische Recht auf dem Gebiet des Handelns auf Befehl keine von Strafe befreienden Umstände, sofern durch das Handeln des Täters Strafgesetze verletzt würden⁴²⁰. Allerdings kann der Untergebene unter Umständen wegen eines Befehlsnotstands entschuldigt sein, wenn er im Zeitpunkt der Befehlsverweigerung mit schweren Strafen rechnen musste und dadurch selbst in eine Konfliktsituation geraten war. Dies dürfte jedoch nur der Fall sein, wenn mit der Befehlsverweigerung Leib- und Lebensgefahr für den Untergebenen verbunden ist und seine Straftat als ein letztes milderes Mittel zu beurteilen ist, um die Gefahr von sich abzuwehren⁴²¹.

f. Schweiz: Art. 18 MStG

Nach schweizerischem Militärstrafrecht ist der Untergebene gem. Art. 18 MStG strafrechtlich verantwortlich, wenn er sich bewusst war, dass er durch die Ausführung des Befehls ein Vergehen oder Verbrechen verübt. Demnach ist der Untergebene straflos, wenn er nicht erkennt, dass er bei einem Verbrechen oder Vergehen mitwirkt⁴²².

Im Gegensatz zum Beamtenrecht, welches dem Befehlsadressaten ein beschränktes Prüfungsrecht und –Pflicht auferlegt, hat der Untergebene – schon aus Gründen der Gehorsampflicht – hinsichtlich militärischer Befehle keine Prüfungspflicht⁴²³. Nur was dem Untergebenen als rechtswidrig ins Auge springen muss, mithin für ihn of-

⁴¹⁹ Eser/ Sieber/ Kreicker- Zerbes, Band 3, S. 144; diese Entwicklung gründet sich auf das KriegsverbrecherG, welches in seinem § 5 festgeschrieben hat, dass ein Befehl niemanden dafür entschuldigt, dass er jemanden misshandelt oder gequält oder die Menschlichkeit oder die Menschenwürde verletzt hat.

⁴²⁰ Eser/ Sieber/ Kreicker- Zerbes, Band 3, S. 145.

⁴²¹ ebd., S. 145.

⁴²² Vgl. Kohli, S. 37; Stratenwerth, S. 29.

⁴²³ Kohli, S. 39 ff.

fensichtlich ist, führt zu seiner strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Damit ist eine Prüfungspflicht für die strafrechtliche Verantwortlichkeit bedeutungslos⁴²⁴. Entscheidend ist allein die Offensichtlichkeit sowie – gem. Art. 18 Abs. 2 MStG – das Bewusstsein, einen rechtswidrigen Befehl auszuführen. Die Verantwortlichkeit des Untergebenen wird somit auf die Fälle eingeschränkt, in denen der Untergebene Kenntnis davon genommen hat, dass der Vorgesetzte mit dem Befehl die Verübung eines Vergehens oder Verbrechens bezweckte. Nicht ausreichend ist, dass der Befehlsempfänger die Rechtswidrigkeit hätte erkennen müssen⁴²⁵. Allerdings hat der Glauben an die Rechtmäßigkeit des Befehls seine Grenzen, wo das kriminelle Verhalten offenkundig ist⁴²⁶. Im Übrigen darf der Untergebene grundsätzlich auf die Rechtmäßigkeit des Befehls vertrauen und hat im Zweifel zu gehorchen⁴²⁷.

g. Kroatien: Art. 388 StG RK

Das Handeln auf Befehl ist Regelungsgegenstand des Art. 388 StG RK. Ein Befehl kann dem Untergebenen entsprechend des Art. 388 StG RK in sehr begrenztem Umfang als Rechtfertigungsgrund zur Seite stehen.

Nach Art. 388 StG RK ist ein strafbares Verhalten des Untergebenen nicht gegeben, wenn der Untergebene ein Delikt auf Befehl eines Vorgesetzten verwirklicht und der Befehl sich auf eine Dienstpflicht bezieht, es sei denn, der Befehl sollte die Begehung eines Kriegsverbrechens oder einer sonstigen Straftat, die mit Freiheitsstrafe von bis zehn Jahren oder mit einer schwererer Strafe bedroht ist, bezwecken, oder es offenkundig war, dass durch die Erfüllung des Befehls eine Straftat begangen wird. Bei Betrachtung der Stellung der Vorschrift in Kapitel XVI („Straftaten gegen die Streitkräfte der Republik Kroatien“) folgt, dass die Norm nur für Angehörige des Militärs gilt. Allerdings wird in der Rechtsprechung die Auffassung vertreten, das Handeln auf Befehl könne auch auf hierarchische Verhältnisse außerhalb des Militärs Anwendung finden⁴²⁸.

Unbekannt ist dem kroatischen Strafrecht das Handeln auf Befehl als Entschuldigungsgrund. Soweit ein Täter irrtümlich davon ausgeht, dass der Befehl die Rechtswidrigkeit ausschließt, befindet er sich in einem indirekten Verbotsirrtum, welcher nach Art. 46 StG RK die Schuld ausschließen kann. Im Ergebnis kann diese Rege-

⁴²⁴ ebd., S. 47.

⁴²⁵ ebd., S. 50.

⁴²⁶ ebd., S. 51.

⁴²⁷ ebd., S. 52.

⁴²⁸ Vgl. Eser/ Sieber/ Kreicker- Novoselec, Band 3, S. 54 m.w.N.

lung somit zum gleichen Ergebnis führen wie die Regelung des Art. 33 IStGH-Statut⁴²⁹.

h. Serbien und Montenegro: Art. 239 GStGB und Art. 485 StGBM

Entsprechend Art. 239 GStGB und Art. 485 StGBM wird der Untergebene nicht bestraft, wenn er die Tat in Ausführung eines Befehls seines Vorgesetzten begangen hat und eine Amtspflicht zur Ausführung des Befehls bestand. Ein Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit ist hingegen nicht gegeben, wenn der Befehl auf die Begehung eines Kriegsverbrechens oder eines anderen schweren Verbrechens gerichtet war oder der Untergebene wusste, dass die Befehlsausführung eine Straftat darstellt. Zu letzteren gehören alle anderen völkerrechtlichen Verbrechen und nach h.M. alle Straftaten, für die eine Freiheitsstrafe von fünf oder mehr Jahren vorgesehen ist⁴³⁰.

Die Regelungen des Rechtsirrtums finden nach dem Strafrecht von Serbien und Montenegro dann Anwendung, wenn der Täter keine Kenntnis von der Gesetzwidrigkeit des Befehls hat⁴³¹.

i. Slowenien

Die Fälle einer Handlung auf dienstliche Weisung bzw. deren Strafbarkeit werden nach der neueren slowenischen Strafrechtslehre grundsätzlich nach dafür angepassten Regeln des Verbotsirrtums, also im Rahmen der Schuld, bewertet.

Allerdings findet sich im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs in Art. 283 StGB eine ausdrückliche Regelung zur Strafbarkeit eines strafrechtlich tatbestandsmäßigen Handelns aufgrund militärischen Befehls, die sich jedoch nicht explizit auf die Rechtswidrigkeit der Ausführung des Befehls oder die Schuld des Befehlsausübenden bezieht, sondern allgemein auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit. So bestimmt Art. 283 StGB, dass der Untergebene nicht bestraft wird, wenn er die Straftat auf Befehl oder aufgrund eines Kommandos des Vorgesetzten begeht und sich dieser Befehl oder dieses Kommando auf die Militärpflicht bezieht, mit Ausnahme des Befehls zur Ausführung von Kriegsverbrechen oder ein anderes schweres Verbrechen oder wenn der Untergebene Kenntnis davon hatte, dass die Ausübung des Befehls oder des Kommandos eine Straftat verwirkliche. In der slowenischen Strafrechtslehre wird der Bestimmung die Unvollständigkeit vorgeworfen, da sie sich nur

⁴²⁹ ebd., S. 55.

⁴³⁰ Eser/ Sieber/ Kreicker- Škulić, Band 3, S. 262.

⁴³¹ ebd., S. 262.

auf die dienstliche Weisung im Rahmen eines militärischen Verhältnisses beziehe und andere Formen solcher Weisungen nicht ausdrücklich regele⁴³². Insoweit ist zukünftig eine neue Regelung zur Problematik der Handlung auf dienstliche Weisung im slowenischen StGB zu erwarten.

j. Russland und Weißrussland: Art. 42 russ. StGB und Art. 40 weißruss. StGB

Die Strafbarkeit von Handlungen auf Befehl wird sowohl in Russland wie auch in Weißrussland nach den allgemein geltenden Bestimmungen des jeweiligen StGB, also nach Art. 42 russ. StGB⁴³³ bzw. Art. 40 weißruss. StGB beurteilt.

Danach ist der Täter, der in Erfüllung eines Befehls oder einer für ihn verbindlichen Anordnung gehandelt hat, nicht strafrechtlich für die Folgen seiner Handlung zur Verantwortung zu ziehen. Strafrechtlich verantwortlich für diese Handlung ist allein die Person, die einen solch rechtswidrigen Befehl bzw. eine solche Anordnung erteilt hat. Diese Regel gilt allerdings dann nicht, wenn der Täter die Rechtswidrigkeit des Befehls bzw. der Anordnung kannte⁴³⁴. In diesen Fällen bleibt der Täter für die von ihm begangenen vorsätzlichen Straftaten nach den allgemein geltenden Grundsätzen strafbar.

Eine Art. 33 Abs. 2 IStGH-Statut entsprechende Regel kennt weder das russische noch das weißrussische Strafgesetzbuch⁴³⁵.

k. Türkei: Art. 24 StGB

Gemäß Art. 24 Abs. 1 – 3 StGB wird ein Täter nicht bestraft werden, wenn er eine von ihm pflichtgemäß auszuführende Anordnung der zuständigen Behörde befolgt hat⁴³⁶. Die Norm ist im Zusammenhang mit Art. 137 Verf. zu lesen, der die Folgen eines Handelns in Ausführung eines rechtswidrigen Befehls regelt. Nach Art. 137

⁴³² Eser/ Sieber/ Kreicker- *Korošec*, Band 3, S. 378.

⁴³³ Art. 42 Abs. 1 russ. StGB: „Keine Straftat ist die Herbeiführung eines Schadens für durch das Strafgesetz geschützte Interessen durch eine Person, die in Ausführung eines für sie verbindlichen Befehls oder einer für sie verbindlichen Anweisung handelt. Für die Herbeiführung eines solchen Schadens trägt strafrechtliche Verantwortlichkeit die Person, die den ungesetzlichen Befehl oder die ungesetzliche Anweisung erteilt hat.“

⁴³⁴ Art. 42 Abs. 2 russ. StGB: „Eine Person, die eine vorsätzliche Straftat in Ausführung eines wissentlich ungesetzlichen Befehls oder einer wissentlich ungesetzlichen Anweisung begangen hat, trägt strafrechtliche Verantwortlichkeit nach den allgemeinen Voraussetzungen. Die Nichtausführung eines wissentlich ungesetzlichen Befehls oder einer erkannt ungesetzlichen Anweisung schließt die strafrechtliche Verantwortlichkeit aus.“

⁴³⁵ Eser/ Sieber/ Kreicker- *Lammich*, Band 6, S. 381 f.

Abs. 1 Verf. hat ein Untergebener, der einen Befehl als rechtswidrig erkennt, Gegenvorstellungen zu erheben. Wird der Befehl ungeachtet des Erkennens der Rechtswidrigkeit ausgeführt, ist der Untergebene strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen⁴³⁷. Aus dem Kontext der Vorschriften ergibt sich demnach, dass die Anordnung eines Verhaltens, welches auf die Verwirklichung eines Straftatbestandes gerichtet ist, keine verbindliche Anordnung sein kann⁴³⁸.

Gleichartige Vorschriften finden sich im Gesetz über Aufgaben und Zuständigkeiten der Polizei (Art. 2) und im Beamtengesetz (Art. 11 Abs. 3), wonach der Untergebene in diesen Fällen grundsätzlich eine Prüfungspflicht hinsichtlich der formellen und inhaltlichen Rechtmäßigkeit des Befehls gegenüber dem Vorgesetzten hat.

Demgegenüber hat der Untergebene beim Militär und bei bestimmten polizeilichen Aktionen absoluten Gehorsam zu leisten⁴³⁹. Das heißt, seine Prüfungspflicht gegenüber Befehlen ist eingeschränkt, so dass er den formell korrekten Befehl eines zuständigen Vorgesetzten auch ohne Gegenvorstellungen auszuführen hat. Aber auch hier gilt, dass der Befehl zu einer strafbaren Handlung, die dem Untergebenen erkennbar sein muss, nicht ausgeführt werden darf⁴⁴⁰. Soweit die Befehlsausführung einen Straftatbestand erfüllt, macht sich der Untergebene demnach u.a. strafbar, wenn sich der Befehl auf eine Handlung bezieht, deren Strafbarkeit dem Untergebenen bekannt ist (Art. 41 Abs. 3 lit. B MilStGB)⁴⁴¹.

1. U.S.A.: §§ 3.03., 2.10. Model Penal Code

Die Rechtfertigung von Rechtsgutverletzungen bei der Durchsetzung rechtmäßiger, hoheitlicher Maßnahmen verstand man im anglo-amerikanischen Recht seit jeher als Hauptanwendungsfall einer „defense of necessity“⁴⁴². Eine „justification“ nach diesen Bestimmungen setzt voraus, dass es sich um eine objektiv rechtmäßige Weisung handelte. Nicht ausreichend ist, dass der Weisungsempfänger davon ausging, dass

⁴³⁶ Art. 24 StGB: „(1) Wer gemäß einer gesetzlichen Vorschrift handelt, wird nicht bestraft. (2) Wer eine pflichtgemäß auszuführende Anordnung ausführt, die von einer zuständigen Stelle ergangen ist, ist nicht verantwortlich. (3) Eine Anordnung, deren Inhalt eine Straftat darstellt, darf unter keinen Umständen ausgeführt werden. Andernfalls sind der Ausführende wie der Anordnende verantwortlich.“

⁴³⁷ Art. 137 Abs. 2 Verf.: „Einer Anordnung, welche eine Straftat beinhaltet, darf keinesfalls Folge geleistet werden; wer ihr Folge leistet, kann von der Verantwortlichkeit nicht befreit werden.“

⁴³⁸ Eser/ Sieber/ Kreicker- Tellenbach, Band 6, S. 439 m.w.N.

⁴³⁹ Stratenwerth, S. 29.

⁴⁴⁰ Eser/ Sieber/ Kreicker- Tellenbach, Band 6, S. 439 m.w.N.

⁴⁴¹ ebd., S. 439 m.w.N.

⁴⁴² Etzel, S. 202.

die Weisung rechtmäßig sei⁴⁴³. Allerdings ist gem. § 3.02 MPC eine „justification“ auch dann möglich, wenn der Notstandstäter ein Handeln irrtümlich für erforderlich hält, so dass dem Täter eine „defense of justification“ auch dann zugebilligt wird, wenn er sich über die Erforderlichkeit einer Handlung irrt⁴⁴⁴.

Der Weisungsempfänger gerät auch nach U.S.-amerikanischem Recht erst im Falle einer rechtswidrigen Weisung in eine Kollisionslage. § 2.10. MPC gewährt eine Verteidigungseinrede für die Ausführung rechtswidriger militärischer Befehle. Zur Sicherung des absoluten Gehorsams ist die Regelung sehr weit gefasst und verwehrt die Einrede nur bei positiver Kenntnis der Rechtswidrigkeit des Befehls. Sie erstreckt sich auch auf die Verletzung von Strafgesetzen⁴⁴⁵.

Insoweit kann festgehalten werden, dass die Verbindlichkeit von Befehlen gerade nicht durch ihre Rechtmäßigkeit beschränkt wird. Diese Einrede wird auch im U.S.-amerikanischen lediglich in Fällen offensichtlicher Rechtswidrigkeit abgelehnt⁴⁴⁶.

m. Australien: section 268.116 ICC (Consequential Amendments) Act 2002

Keinen Straffreistellungsgrund stellt hier die Rechtsfigur des Handelns auf Befehl bei Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit dar: Gemäß section 268.116 Abs. 1 ICC (Consequential Amendments) Act 2002 bleibt die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit auch dann bestehen, wenn der Täter nachweislich auf Befehl gehandelt hat.

Auch für Kriegsverbrechen schließt ein Handeln auf Befehl die strafrechtliche Verantwortlichkeit nach section 268.116 Abs. 2 ICC Act 2002 grundsätzlich nicht aus. Allerdings kann das Handeln auf Befehl bei Kriegsverbrechen ausnahmsweise zum Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit führen, wenn (a) das Kriegsverbrechen in Ausführung eines Befehls einer Regierung oder eines militärischen oder zivilen Vorgesetzten begangen wurde, (b) der Täter gesetzlich verpflichtet war, den Befehl auszuführen, (c) der Täter nicht wusste, dass der Befehl rechtswidrig war und (d) der Befehl letztlich auch nicht offensichtlich rechtswidrig war⁴⁴⁷.

⁴⁴³ ebd., S. 203; was sich nach allgemeiner Meinung aus der Formulierung „conduct is justifiable when it is required or authorized by law“ ergibt.

⁴⁴⁴ ebd., S. 203.

⁴⁴⁵ ebd., S. 204.

⁴⁴⁶ ebd., S. 204 f. m.w.N.

⁴⁴⁷ section 268.116 Abs. 3 ICC (Consequential Amendments) Act 2002.

Der ICC Act 2002 sieht mithin einen Straffreistellungsgrund unter den genannten engen Voraussetzungen vor und entspricht im Wesentlichen der Regelung des Rom-Statuts⁴⁴⁸.

⁴⁴⁸ Eser/ Sieber/ Kreicker- *Biehler/ Kerll*, Band 6, S. 57 m.w.N.

n. China

Auch in China wird das Handeln auf Befehl als Grund für den Ausschluss der Strafbarkeit in der wissenschaftlichen Literatur diskutiert und ein Strafausschluss zum Teil befürwortet. Begründet wird die Nichtstrafbarkeit eines solchen widerrechtlichen Handelns mit der besonderen Bedeutung der Wahrung der Disziplin als Gewähr für die gesamte Gesellschaftsordnung⁴⁴⁹.

Die Straffreiheit ist im Einzelnen an folgende Voraussetzungen gebunden: Erstens muss der Befehl von Staatsbediensteten einer übergeordneten Stelle stammen, zweitens muss der Befehl im Kompetenzbereich dieser übergeordneten Stelle liegen, drittens müssen Form und Verfahren der Befehlserteilung rechtmäßig sein, viertens darf der den Befehl Ausführende die Strafbarkeit des Befehls nicht kennen und schließlich muss sich die Befehlsausführung im Rahmen des Befehlsinhalts bewegen.

Soweit diese Voraussetzungen vorliegen, führt die zur Straflosigkeit der Befehlsausführung. Die Handlung des Untergebenen wird nicht als gesellschaftsschädlich angesehen, der Befehlshaber hingegen kann und soll strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden⁴⁵⁰.

Auch die Strafbarkeit der befehlenden Behörde selbst steht nach Einführung der Körperschaftsstrafbarkeit zur Diskussion. Dies kann theoretisch bedeuten, dass sich auch die Armee als Ganzes strafbar macht⁴⁵¹.

o. Weitere Rechtsordnungen

Der Befehlsnotstand hat überdies eine Regelung in dem dänischen Militärgesetzbuch erfahren, wonach der Befehlsempfänger nur dann strafrechtlich zur Verantwortung gezogen wird, wenn „the order was given with malicious intent or if this was immediately obvious“, d.h., wenn dem Untergebenen bekannt war, dass eine rechtswidrige Handlung beabsichtigt war, oder wenn dies ohne weiteres einleuchtend war. Dasselbe gilt für das niederländische Militärrecht, welches einen Strafausschluss unter Berufung auf das Handeln auf Befehl dann versagt, wenn „the action ordered was unlawful or was in good faith considered to be unlawful“. Nichts anderes gilt für das israelische Militärgesetz. Letzteres stellt insoweit zusätzlich klar, dass der Umstand des Handelns auf Befehl jedenfalls im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen

⁴⁴⁹ Vgl. Eser/ Sieber/ Kreicker- Richter, Band 6, S. 224 m.w.N.

⁴⁵⁰ ebd., S. 224 m.w.N.

⁴⁵¹ ebd., S. 224.

gen ist⁴⁵². In Portugal wird der Täter gem. Art. 37 portStGB entschuldigt, wenn er den deliktischen Gehalt des Befehls nicht kannte, nicht aber wenn der kriminelle Gehalt des Befehls für ihn unter den ihm bekannten Tatumständen offensichtlich war. Dies verdeutlicht den entschuldigenden Charakter des Handelns auf Befehl im portugiesischen Strafrecht⁴⁵³.

p. Zwischenergebnis

Festzuhalten ist somit, dass der vorstehende Überblick verdeutlicht, dass die Rechtsfigur des Handelns auf Befehl, wenn auch in unterschiedlichen Ausprägungen, Anerkennung genießt. Hierbei findet sich der Grundsatz, der unbedingten Verantwortlichkeit des Untergebenen ebenso selten wie dessen zwingende Verantwortlichkeit. Vielmehr findet sich vielfach der Grundsatz, dass rechtswidrige Befehle zumindest in bestimmten Grenzen verbindlich sind oder jedenfalls den Untergebenen entlasten. Im Ergebnis stimmt die Mehrzahl der einzelstaatlichen Regelungen im Wesentlichen darin überein, dass der Untergebene in bestimmten Grenzen auf die Rechtmäßigkeit des Befehls seines Vorgesetzten vertrauen darf, so dass eine Bestrafung des Befehlsausführenden nur in Betracht kommt, wenn er den deliktischen Charakter des Befehls tatsächlich gekannt hat oder dieser Charakter offensichtlich war. Es gilt insoweit überwiegend der Grundsatz beschränkter Verantwortlichkeit des Untergebenen bzw. des Befehlsempfängers.

Die aufgezeigte Staatenpraxis zeigt, dass das Handeln auf Befehl als Straffreistellungsgrund zugunsten der zur Ausführung der Weisung bzw. des Befehls verpflichteten Subjekte in den nationalen Strafrechtssystemen unterschiedlich beurteilt wird. Als bedeutsamsten Berührungspunkt der verschiedenen Strafrechtssysteme kann man die – häufig nicht genannte, teilweise aber auch ausdrückliche – Grenze betrachten, die die Strafbarkeit an die offensichtliche deliktische Natur des Befehls knüpft. Diese Grenze kann auf rein objektiver Ebene oder als subjektives Merkmal, d.h. bezüglich ihrer Erfassung durch den Untergebenen in der konkreten Situation, bestimmt werden⁴⁵⁴.

Die Staatenpraxis ist indessen hinsichtlich der dogmatischen Einordnung unterschiedlich, eine einheitliche Praxis kann mithin nicht festgestellt werden. So wird häufig ein Rechtfertigungsgrund anerkannt, wenn die Pflicht, das Rechtsgut zu

⁴⁵² *Gaeta*, EJIL 1999, 172 (175-177); *Cassese/ Gaeta/ Jones- Zimmermann*, Chapter 24.2 V.

⁴⁵³ *Eser/ Huber/ Cornils- Militello*, S. 254, 261.

⁴⁵⁴ *ibd.*, S. 253 f.

schützen, mit der hierarchischen Gehorsamspflicht kollidiert und dieser gegenüber nachrangig ist⁴⁵⁵. Demgegenüber wird anderen Ländern in der Ausführung eines rechtswidrigen Befehls als Entschuldigungsgrund anerkannt⁴⁵⁶. Am deutlichsten tritt die entschuldigende Natur im des Handelns auf Befehl portugiesischen Strafgesetzbuch unter dem Titel „entschuldigender rechtswidriger Gehorsam“ in Art. 37 portStGB auf. Eine ähnliche Einordnung findet sich auch im italienischen Strafgesetzbuch⁴⁵⁷.

In den Staaten, in denen die Straffreiheit des Untergebenen im Falle eines verbindlichen Befehls vorgesehen ist, ist allgemein anerkannt, dass der Untergebene die Befehlsausführung zu verweigern hat, wenn dieser offensichtlich verbrecherischen Charakter hat oder die formelle Rechtswidrigkeit des Befehls gegeben ist.

Das Militärstrafrecht fordert grundsätzlich – mit einigen wenigen Ausnahmen – keinen absoluten Gehorsam, sondern nur die Ausführung von Befehlen, auf deren Rechtmäßigkeit der Untergebene vertrauen darf, die mithin nicht offenkundig deliktischer Natur sind. Die Verantwortlichkeit des Untergebenen wird auf die „Offensichtlichkeit“ oder die Kenntnis des deliktischen Charakters der Befehlsausführung begrenzt⁴⁵⁸. Nur in wenigen Ländern, wie z.B. der Türkei, scheint der Grundsatz des absoluten Gehorsams – jedenfalls beim Militär – zu gelten. Hier wird die Verantwortlichkeit des Untergebenen für auf Befehl begangenes Unrecht nach diesen Regeln daher weitestgehend ausgeschlossen⁴⁵⁹.

Die Rechtsordnungen Spaniens und Englands beinhalten keine spezifischen Rechtsnormen hinsichtlich der Ausführung eines bindenden Befehls.

⁴⁵⁵ ebd., S. 258 m.w.N.

⁴⁵⁶ ebd., S. 259 m.w.N.

⁴⁵⁷ ebd., S. 261.

⁴⁵⁸ Vgl. *Schwaiger*, S. 32; *Stratenwerth*, S. 29.

⁴⁵⁹ Vgl. *Schwaiger*, S. 32; *Stratenwerth*, S. 28.

2. Die wichtigsten richterlichen Entscheidungen

a. Der Hagenbach-Fall

Die völkerstrafrechtliche Relevanz des Hagenbach-Falles ist nicht unumstritten. Der völkerrechtliche Rechtsquellenwert des Hagenbach-Falles bzw. der zugrunde liegenden Rechtsprechung im Sinne des Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut ist sicherlich nur von geringer Bedeutung, zumal die Verurteilung des Landvogts von Hagenbach nach nationalem Recht erfolgte.

Schwarzenberger ist sogar der Auffassung, dass es sich bei dem Hagenbach-Fall um den ersten internationalen Kriegsverbrecherprozess handelt und dieses Verfahren zudem den Weg für die Nürnberger Verfahren geebnet hat⁴⁶⁰. Ungeachtet der Kritik an der Auffassung *Schwarzenbergers* kann die Relevanz des Hagenbach-Falles nicht völlig von der Hand gewiesen werden, zumal auch noch verschiedene Regierungsdelegation in Vorbereitung des Rom-Statutes auf den Hagenbach-Fall hingewiesen haben, so dass eine Erörterung im Rahmen dieser Arbeit angemessen erscheint⁴⁶¹. Dem im Jahre 1474 in Breisach verhandelten Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde: Peter von Hagenbach war der Landvogt der Stadt Breisach unter der Befehlsgewalt von dem Herzog von Burgund (Charles le Téméraire). Auf Geheiß des Herzogs von Burgund versuchte von Hagenbach die Bevölkerung von Breisach zur Gefolgschaft zu zwingen. Dabei wurden zahlreiche Verbrechen durch von Hagenbach begangen. Während der Burgunderkriege wurde von Hagenbach von den alliierten Gegnern Karls in Gefangenschaft genommen und vor einem alliierten Tribunal in Breisach angeklagt, „das Gesetz Gottes und der Menschen mit Füßen getreten“ zu haben⁴⁶². Die Verteidigung berief sich darauf, dass von Hagenbach mit der Ausführung der Befehle beauftragt war und dass es seine Pflicht gewesen sei zu, gehorchen und die Befehle ohne zu hinterfragen, auszuführen. Ferner wurde von der Verteidigung hinterfragt, ob es nicht bekannt sei, dass Soldaten ihren Vorgesetzten absoluten Gehorsam schulden⁴⁶³. Die Berufung auf das Handeln auf Befehl fand durch das Gericht keine Anerkennung, da die Verbrechen von Hagenbach gegen die Gesetze Gottes verstießen. Von Hagenbach wurde schließlich zum Tode verurteilt.

⁴⁶⁰ Schwarzenberger, S. 308 f.

⁴⁶¹ vgl. dazu *Fuhrmann*, S. 35; *Korte*, S. 38; *Dinstein*, S. 124.

⁴⁶² *Dinstein*, S. 123.

⁴⁶³ ebd., S. 124.

b. Leipziger Verfahren

Nach dem Ersten Weltkrieg und den damit verbundenen Eindrücken der neuen, modernen Kriegsführung wurde die unmittelbare Bestrafung von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch die Einsetzung eines internationalen Militärtribunals („interalliierten High Tribunal“) gegen Kaiser Wilhelm II. angestrebt⁴⁶⁴. Damit wandte man sich der seit der Entwicklung des modernen Völkerrechts gängigen Praxis der Vereinbarung von Amnestieklauseln in Friedensverträgen ab. Diese Rechtsauffassung war allerdings auch innerhalb der Alliierten Mächte nicht unumstritten. Frankreich verlangte die Aburteilung der Kaiser Wilhelm II. vorgeworfenen Verbrechen und begründete dies damit, dass auch die Immunität von Staatsoberhäuptern und das Rückwirkungsverbot keinen absoluten Schutz vor einem internationalen Strafanspruch bei Verstößen gegen die grundlegendsten Gesetze des Rechts, der Menschheit und der Gerechtigkeit gewähren könnten⁴⁶⁵. England und Italien forderten ebenfalls insbesondere unter Verweis auf den uneingeschränkten U-Boot-Krieg und die Kriegsverbrechen bei dem Vormarsch auf Belgien eine gerichtliche Aburteilung Kaiser Wilhelm II.⁴⁶⁶. Die USA lehnten hingegen eine strafrechtliche Aburteilung Kaiser Wilhelm II. mit der Begründung ab, dass die Kriegsurheberschaft nach dem Stand des Völkerrechts im maßgebenden Jahre 1914 kein internationales Verbrechen darstellte. Eine nachträgliche Würdigung der Kriegsurheberschaft würde gegen das fundamentale Rechtsprinzip des Rückwirkungsverbotest verstoßen und mit dem Grundsatz der Gleichheit der Staaten nicht vereinbar sein⁴⁶⁷. Der Kompromiss der Alliierten auf der Versailler Friedenskonferenz sah schließlich eine Bestrafung „wegen schwerster Verletzung des internationalen Sittengesetzes und der Heiligkeit der Verträge“ vor.

⁴⁶⁴ *Jescheck*, Verantwortlichkeit der Staatsorgane, S. 54.

⁴⁶⁵ *Hankel*, S. 75.

⁴⁶⁶ *ebd.*, S. 76.

⁴⁶⁷ *ebd.*, S. 76.

Die Aburteilung von Kaiser Wilhelm II. nach Art. 227⁴⁶⁸ des Versailler Vertrages blieb indes aus⁴⁶⁹. Dem Auslieferungsbegehren wurde von den Niederlanden, in die sich Kaiser Wilhelm II. ins Exil begeben hatte, nicht nachgekommen, da der Verstoß „wegen schwerster Verletzung des internationalen Sittengesetzes und der Heiligkeit der Verträge“ weder nach niederländischem Strafrecht noch aufgrund internationaler Abkommen, an denen die Niederlande beteiligt seien, bekannt wären⁴⁷⁰.

Obgleich Art. 228 des Versailler Vertrages die Verpflichtung der deutschen Regierung vorsah, Verfahren gegen deutsche Kriegsverbrecher vor dem „interalliierten High Tribunal“ zuzulassen und die Beschuldigten auf Verlangen auszuliefern, erklärten die Alliierten sich schließlich auf Verlangen der deutschen Regierung und unter Vorbehalt der eigenen - der Alliierten - Verfolgungsrechte bereit, die Kriegsverbrechen vor deutschen Gerichten aburteilen zu lassen⁴⁷¹. Art. 229 des Versailler Vertrages sah insofern die Zuständigkeit der betreffenden Militärgerichte vor.

aa. Dover Castle

Von besonderer Bedeutung für die Frage des Handelns auf Befehl sind die Fälle Llandoverly Castle und Dover Castle.

Dem Fall der liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Im Mai 1917 befand sich das unter dem Kommando der Oberleutnants Neumann stehende Unterseeboot UC 67 innerhalb des - durch Reichsdeklaration als Sperrgebiet ausgewiesenen - Mittelmeers, als es das von zwei Zerstörern begleitete englische Lazarettschiff Dover Castle sichtete. Die Dover Castle führte die für Lazarettschiffe erforderlichen Kennzeichnungen. Die UC 67 torpedierte die Dover Castle, wobei sechs Besatzungsmitglieder starben, und versenkte das Lazarettschiff mit einem zweiten Torpedoschuss, nachdem die Besatzung von den begleitenden Zerstörern übernommen wurde⁴⁷².

⁴⁶⁸ Art. 227: „Die alliierten und assoziierten Mächte stellen Wilhelm II. von Hohenzollern, vormaligen Kaiser von Deutschland, wegen schwerster Verletzung des internationalen Sittengesetzes und der Heiligkeit der Verträge unter öffentliche Anklage. Ein besonderer Gerichtshof wird eingesetzt, um über den Angeklagten unter Wahrung der wesentlichen Bürgschaften des Rechts auf Verteidigung zu Gericht zu sitzen. Der Gerichtshof besteht aus fünf Richtern, von denen je einer von folgenden fünf Mächten, nämlich den Vereinigten Staaten von Amerika, Großbritannien, Frankreich, Italien und Japan, ernannt wird. Der Gerichtshof urteilt auf der Grundlage der erhabensten Grundsätze der internationalen Politik; Richtschnur ist für ihn, den feierlichen Verpflichtungen und internationalen Verbindlichkeiten ebenso wie dem internationalen Sittengesetz Achtung zu verschaffen. Es steht ihm zu, die Strafe zu bestimmen, deren Verhängung er für angemessen erachtet. Die alliierten und assoziierten Mächte werden an die Regierung der Niederlande das Ersuchen richten, den vormaligen Kaiser zum Zwecke seiner Aburteilung auszuliefern.“

⁴⁶⁹ *Jescheck*, Verantwortlichkeit der Staatsorgane, S. 59.

⁴⁷⁰ ebd., S. 62.

⁴⁷¹ ebd., S. 59-64.

⁴⁷² *Weißbuch*, S. 2556 f.

Die Verteidigung berief sich auf das Handeln auf Befehl, hier auf einen Befehl des deutschen Admiralsstabes vom 29. März 1917 an die deutsche Flottille im Mittelmeer. Danach waren Alliierte Lazarettschiffe in einem auch der britischen Regierung mitgeteilten Sperrgebiet im Mittelmeer ohne weiteres anzugreifen. Der deutsche Admiralsstab begründete dies mit der Annahme, dass die Alliierten entgegen der X. Haager Konvention (1907) Lazarettschiffe zu militärischen Zwecken missbrauchten. Die Alliierten wiesen diesen Vorwurf zurück⁴⁷³.

Der Oberleutnant Neumann wurde unter Hinweis auf die zum Tatzeitpunkt geltende Befehlsvorschrift in § 47 MStGB⁴⁷⁴ und darauf, dass es ein mit der Rechtsauffassung anderer Kulturstaaten, insbesondere mit Artikel 443 des British Manual of Military Law von 1914 und Art. 347 des amerikanischen Basic Field Manual, Rules of Land Warfare, in Einklang stehender militärischer Grundsatz sei, dass der Untergebene den dienstlichen Befehlen seines Vorgesetzten zu gehorchen habe, freigesprochen. Diese Gehorsampflicht sei strafrechtlich von wesentlicher Bedeutung. Aus ihr folge, dass der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich sei, wenn durch die Ausführung des Befehls ein Strafgesetz verletzt werde⁴⁷⁵. Da Neumann die Torpedierung der Dover Castle auf Befehl des deutschen Admiralsstabes vom 29.03.1917 vornahm, kam mithin allenfalls eine Strafbarkeit für den Fall in Betracht, dass Neumann bekannt gewesen wäre, dass der Befehl des deutschen Admiralsstabes ein militärisches Vergehen oder Verbrechen bezweckte. Nach alledem kam es für die Frage der Strafbarkeit von Neumann nicht darauf an, ob die Annahme des deutschen Admiralsstabes zutreffend war, die Lazarettschiffe würden unter Verstoß gegen das Kriegsrecht militärischen Zwecken dienen. Entscheidend war indes, ob Neumann bekannt gewesen ist, dass der Befehl - soweit dies der Fall war - ein militärisches Vergehen oder Verbrechen bezweckte. Das Gericht gelangte zu der Überzeugung, dass Neumann die Torpedierung für eine zulässige Repressalie hielt und dementsprechend von der Legalität des Beschusses ausging⁴⁷⁶. Die Berufung auf das Handeln auf Befehl war mithin erfolgreich.

⁴⁷³ *Dinstein*, S. 13.

⁴⁷⁴ „(1) Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich. Es trifft jedoch den gehorchenden Untergebenen die Strafe des Teilnehmers:

1. wenn er den erteilten Befehl überschritten hat, oder
2. wenn ihm bekannt gewesen ist, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein allgemeines oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte.

(2) Ist die Schuld des Untergebenen gering, so kann von der Bestrafung abgesehen werden.“

⁴⁷⁵ *Dinstein*, S. 13.

⁴⁷⁶ *Nill-Theobald*, *Defences*, S. 85.

bb. Llandoverly Castle

In dem zugrunde liegenden Sachverhalt befand sich das gleichnamige Lazarettschiff mit insgesamt 258 Personen mit den für Lazarettschiffe vorgesehenen Lichtern auf dem Weg nach England, als sie, die Llandoverly Castle, am 27. Juni 1918 gegen 21.30 Uhr von einem deutschen U-Boot, der U 86, gesichtet wurde. Der deutsche U-Boot-Kommandant Patzig befahl die Torpedierung des sich außerhalb des Hoheitsgebietes befindlichen Lazarettschiffes in der Annahme, es befänden sich völkerrechtswidrig amerikanische Offiziere und Munition an Bord. Zu jener Zeit wurde in bestimmten Sperrgebieten ein uneingeschränkter U-Boot-Krieg praktiziert. Doch abgesehen davon, dass es sich bei der Llandoverly Castle um ein gekennzeichnetes Lazarettschiff handelte, erfolgte die Versenkung an der Westküste von Irland und damit außerhalb eines Sperrgebietes⁴⁷⁷.

Nach der Versenkung des Lazarettschiffes tauchte die U 86 auf und stellte fest, dass das Lazarettschiff entgegen der ursprünglichen Annahme nicht völkerrechtswidrig zu militärischen Zwecken missbraucht worden war. Ungeachtet dessen befahl Patzig, auf die im Ozean treibenden Rettungsboote dieses Schiffes zu schießen, um so Zeugen des Vorfalls zu liquidieren. Lediglich ein Rettungsboot mit 24 Personen konnte dem Geschützfeuer in der Dunkelheit entkommen⁴⁷⁸.

Die Angeklagten Wachoffiziere Dithmar und Boldt, die zwar nicht das Geschütz bedienten, das Schießen auf die Rettungsboote jedoch durch Meldungen über die jeweiligen Standorte unterstützt und gefördert haben sollen, beriefen sich zu ihrer Verteidigung darauf, auf den Befehl des U-Boot-Kommandanten Patzig gehandelt zu haben. Der Einwand des Handelns auf Befehl wurde zurückgewiesen, und die beiden Wachoffiziere wurden, da der Befehl sich zweifelsfrei erkennbar als verbrecherisch dargestellt habe, verurteilt. Wörtlich führte das Reichsgericht aus:

„Freilich ist zugunsten der militärischen Untergebenen davon auszugehen, dass sie zu einer Nachprüfung der Befehle ihrer Vorgesetzten nicht verpflichtet sind, dass sie vielmehr mit ihrer Rechtmäßigkeit rechnen dürfen. An solcher Vertrauensgrundlage fehlt es aber, wenn der Befehl sich als offenkundig, für jedermann, auch den Untergebenen, zweifelsfrei erkennbar als verbrecherisch darstellt.“⁴⁷⁹

⁴⁷⁷ Hankel, S. 452.

⁴⁷⁸ Jescheck, Verantwortlichkeit der Staatsorgane, S. 61.

⁴⁷⁹ Weißbuch, S. 2586.

Das Gericht betonte, es hätte jedem klar sein müssen, dass das Versenken von Rettungsbooten, an denen sich Menschen klammerten, nicht durch eine militärische Notwendigkeit gerechtfertigt sein könne, sondern ein Verbrechen darstelle⁴⁸⁰. Ebenso wie die Tötung wehrloser Feinde im Landkrieg nach Art. 23 c der Haager Landkriegsordnung nicht gestattet sei, verstoße auch die Tötung Schiffsbrüchiger in Rettungsbooten gegen Völkerrecht⁴⁸¹. Dennoch wurde in dem vorliegenden Fall der Umstand des Handelns auf Befehl strafmildernd berücksichtigt, ohne dass diese Rechtsfolge von dem zum Tatzeitpunkt einschlägigen § 47 MStGB vorgesehen wurde⁴⁸². Die strafmildernden Umstände fanden mithin nicht etwa über §§ 212, 49 StGB, sondern über § 213 StGB Berücksichtigung.

cc. § 47 MStGB

Die Vorschrift des § 47 MStGB entspricht im Wesentlichen dem § 71 des Preußischen MStGB von 1845. Nach § 47 MStGB war für die in Ausführung eines dienstlichen Befehls begangene Verletzung eines Strafgesetzes der befehlende Vorgesetzte prinzipiell allein verantwortlich. Die Befehlsvorschrift des § 47 MStGB sieht mithin grundsätzlich die Straffreiheit des Untergebenen vor. Eine Bestrafung kam nur ausnahmsweise in Betracht. Überschritt der Befehlsempfänger den ihm erteilten Befehl oder war ihm bekannt, dass der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Vergehen oder Verbrechen bezweckte, ging eine Mitverantwortlichkeit im Sinne einer Strafbarkeit als Teilnehmer auf ihn über. Im Hinblick auf den Wortlaut der Vorschrift sowie auf den Sinn und Zweck, nämlich des Schaffens bzw. der Erhaltung einer straffen Disziplin im militärischen Bereich, waren für die Untergebenen sowohl rechtmäßige als auch rechtswidrige Befehle gleichsam verbindlich. Die Verbindlichkeit des Befehls galt indessen nicht für Befehle verbrecherischer Art⁴⁸³. Weder die Rechtswidrigkeit des Befehls noch die Kenntnis derselben seitens des Untergebenen führten demnach bereits zu dessen strafrechtlicher Verantwortlichkeit. Vielmehr musste die befohlene Handlung auf das Begehen eines ‚bürgerlichen oder militärischen Verbrechens oder Vergehens abzielen‘ und dem Untergebenen eine diesbezügliche positive Kenntnis nachgewiesen

⁴⁸⁰ ebd., S. 2585 f.

⁴⁸¹ ebd.

⁴⁸² *Dinstein*, S. 15.

⁴⁸³ *Null-Theobald*, *Defences*, S. 83.

werden⁴⁸⁴. Ferner musste das Motiv des Befehlsgebenden die Bewirkung des Verbrechens sein; die bloße Rechtswidrigkeit des Befehls reichte nicht aus⁴⁸⁵. Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Untergebene einen ihm erteilten Befehl, durch dessen Ausführung ein Strafgesetz verletzt wird, unbedenklich und ohne weiteres Folge leisten durfte, ohne befürchten zu müssen, seinerseits eine strafbare Handlung zu begehen. Dass er, der Untergebene, bei der Befehlsausführung die Gewissheit hatte, mit diesem Befehl solle eine strafbare Handlung bezweckt werden, wird ihm nur sehr schwer nachzuweisen sein. Welche Anforderungen an einen solchen Nachweis zu stellen waren, zeigte das seinerzeit in diesem Zusammenhang immer wieder zur Illustration herangezogene Beispiel des bethlehemitischen Kindermords. Dieser Befehl von König Herodes hatte die Tötung aller neugeborenen Kinder in Bethlehem und Umgebung, mit dem Ziel, den 'neugeborenen König' (Jesus) zu beseitigen, zum Gegenstand. Einen Befehl zum Begehen eines derartigen Verbrechens dürfte kein Untergebener ausführen, da er sich anderenfalls selbst eines Verbrechens schuldig mache⁴⁸⁶.

dd. völkerrechtlicher Rechtsquellenwert

Die Urteile in den Fällen Llandovery Castle und Dover Castle wurden, soweit sie die Frage des Handelns auf Befehl betrafen, allein von § 47 MStGB getragen. Fraglich ist, ob die Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts einen völkerrechtlichen Rechtsquellenwert im Sinne des Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut haben. Maßgebend ist folglich, ob diese Rechtsprechung als Staatenpraxis im Rahmen der Gewohnheitsrechtsbildung herangezogen werden kann. Dies setzt voraus, dass § 47 MStGB mit den anerkannten Rechtsgrundsätzen anderer Kulturstaaten in Einklang stand.

Wie aufgezeigt, lag der Vorschrift des § 47 MStGB der Gedanke der beschränkten Verantwortlichkeit zugrunde, der allerdings sehr restriktiv gefasst war. § 47 MStGB rechtfertigte den Untergebenen nur bei positivem Wissen des rechtswidrigen Zweckes des Befehls nicht. Die meisten anderen Rechtsordnungen statuieren die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Untergebenen bereits bei der offensichtlichen Rechtswidrigkeit des Befehls. Im Gegensatz zu Großbritannien und den Vereinigten Staaten von Amerika gab es in Frankreich keine spezielle Regelung zum Handeln auf Befehl, da weder das französische Militärstrafgesetz noch der Code Pénal die

⁴⁸⁴ *Jescheck*, Verantwortlichkeit der Staatsorgane, S. 256.

⁴⁸⁵ *Nill-Theobald*, Defences, S. 84.

⁴⁸⁶ *Hankel*, S. 248.

Strafbarkeit des Untergebenen bei rechtswidrigen Befehlen regelte⁴⁸⁷. In Frankreich wurde indes nach der herrschenden Auffassung grundsätzlich von der unbedingten Gehorsamspflicht und der Nichtverantwortung des Untergebenen ausgegangen, die jedoch im Falle der für jedermann erkennbaren Rechtswidrigkeit eine Ausnahme erfahre⁴⁸⁸. Diese Auffassung wurde insbesondere mit der unerlässlichen militärischen Disziplin und der Zwangslage des Soldaten begründet, der sich eines Befehles widersetze (Art. 64 des Code pénal). In Großbritannien wurde auf die Offensichtlichkeit der Strafbarkeit der Tat abgestellt und dem Untergebenen dementsprechend eine Prüfungspflicht bzgl. der Rechtswidrigkeit der Befehle auferlegt. Im Militärrecht (Art. 443 des British Manual of Military Law) wurde hingegen eine Nichtverantwortlichkeit des gehorchenden Soldaten festgeschrieben, mit der Konsequenz, dass der Untergebene für auf Befehl begangene Verletzungen des anerkannten Kriegsrechts nicht als Kriegsverbrecher vom Feinde bestraft werden konnte. Auch in der Vereinigten Staaten von Amerika bestand eine dem englischen Recht gleichförmige Diskrepanz zwischen dem innerstaatlichen und dem Militärrecht. In der wissenschaftlichen Literatur und der Rechtsprechung zum innerstaatlichen angloamerikanischen Recht wird die Auffassung vertreten, dass das Handeln auf Befehl keinen Strafausschlussgrund darstelle⁴⁸⁹. Es wird dementsprechend von einer weitgehenden persönlichen Verantwortlichkeit des auf Befehl handelnden ausgegangen. Das anglo-amerikanische Militärrecht sah in Art. 347 des amerikanischen Basic Field Manual, Rules of Land Warfare die Nichtverantwortlichkeit des auf Befehl handelnden vor. Art. 69 des sowjetrussischen Militärstrafgesetzbuches aus dem Jahre 1869 in der Fassung von 1910 sah im Interesse einer strengen Disziplin eine Strafbarkeit im Falle der Befehlsausführung nur dann vor, wenn der Untergebene sich der Strafbarkeit der aufgetragenen Handlung bewusst war⁴⁹⁰.

Von einem völkerrechtlichen Grundsatz wird man trotz der zum damaligen Zeitpunkt zum Teil bestehenden Übereinstimmungen nicht sprechen können. Schließlich ist bereits nach der summarischen Übersicht festzustellen, dass der völkerrechtliche Rechtsquellenwert der vorstehend behandelten Entscheidungen unbedeutend ist, da die Vorschrift des § 47 MStGB keinem geltenden Völkerrechtssatz entsprach und im Rahmen der Gewohnheitsrechtsbildung mangels Übereinstimmung mit den Rechts-

⁴⁸⁷ ebd., S. 249.

⁴⁸⁸ Fuhrmann, S. 56.

⁴⁸⁹ ebd., S. 62.

⁴⁹⁰ ebd., S. 61.

grundsätze aller Kulturstaaten auch nicht als Staatenpraxis herangezogen werden kann.

c. Die Nürnberger Verfahren

Einen erheblichen Fortschritt für die völkerstrafrechtliche Entwicklung erfolgte nach einhelliger Meinung durch die Nürnberger Prozesse. Im Zuge der diesbezüglichen Untersuchung wird die Frage aufzuwerfen sein, welchen tatsächlichen Rechtsquellenwert die Nürnberger Prozesse für das Völkerstrafrecht haben bzw. ob die Entscheidungen als Hilfsquellen dazu geeignet sind, einen Völkerrechtssatz hinsichtlich des Handelns auf Befehl nachzuweisen.

aa. Zugrunde liegende Sachverhalte und Entscheidungsgrundlagen

Im Verlaufe des Zweiten Weltkrieges wurde in immer zunehmendem Maße von alliierter Seite wiederholt die Absicht bekundet, die für Kriegsverbrechen verantwortlichen Angehörigen der Feindstaaten zur Rechenschaft zu ziehen. Zu diesem Zweck wurden in den Jahren 1941 bis 1943 drei Kommissionen gebildet; die ‚Cambridge Commission on Penal Reconstruction and Development‘, die ‚London International Assembly‘ und die ‚United Nations War Crimes Commission‘. Zunächst stimmten die Auffassungen der drei Kommissionen darin überein, dass das Vorliegen eines Vorgesetztenbefehls nicht einen Strafausschließungsgrund per se darstelle. Darüber hinaus sahen sich die Kommissionen jedoch außerstande, einen allgemeinen praktikablen Rechtssatz aufzustellen. Im Wesentlichen übereinstimmend wurde erklärt, dass die Beantwortung der Frage, ob der Beschuldigte sich auf das Handeln auf Befehl berufen könne, dem Einzelfall überlassen bleiben solle⁴⁹¹.

Die letztendlich geringen Ergebnisse der Kommissionen sind insbesondere auf den Umstand zurückzuführen, dass zwischen den innerstaatlichen Grundsätzen der an der Entscheidungsfindung beteiligten Staaten hinsichtlich der Problematik des Handelns auf Befehl keine Übereinstimmung bestand. Gemeinsam konnte hingegen in allen Rechtsordnungen die Ablehnung der unbedingten Unverantwortlichkeit des Untergebenen festgestellt werden sowie die Nichtanerkennung der unbedingten Verantwortlichkeit⁴⁹². Schließlich wurden sowohl das englische Manual of Military Law als auch das amerikanische Basic Field Manual im Jahre 1944 - die bis zu diesem Zeitpunkt eine unbedingte Unverantwortlichkeit des Untergebenen vorsahen - geändert. *Oppenheim* hatte seine Auffassung zum Handeln auf Befehl, die ursprünglich

⁴⁹¹ ebd., S. 68.

⁴⁹² ebd., S. 64.

auf den philosophischen Gedanken von *Hobbes* begründet war, vollkommen verworfen. In der im Jahre 1944 erschienenen 6. Auflage des zweiten Bandes des Oppenheimschen Werkes „International Law“, hieß es nunmehr entgegen der ursprünglichen Rechtsauffassung:

„The fact that a rule of warfare has been violated in pursuance of an order of the belligerent government or of an individual belligerent commander does not deprive the act in question of its character as a war crime; neither does it, in principle, confer upon the perpetrator immunity from punishment by the injured State ... members of the armed forces are bound to obey lawful orders only and ... cannot therefore escape liability if, in obedience to a command, they commit acts which both violate un-challenged rules of warfare and outrage the general sentiment of humanity.“⁴⁹³

Diese Wendung um 180 Grad wurde in der wissenschaftlichen Literatur stark kritisiert. Dabei war nicht etwa die nunmehr vertretene Auffassung Fokus der Kritik, sondern vielmehr die späte Erkenntnis, dass das Handeln auf Befehl die Strafbarkeit des Untergebenen nicht ohne weiteres ausschließe⁴⁹⁴. Unbefriedigend ist zudem, dass die Änderung offensichtlich zur Vorbereitung der beabsichtigten Prozesse wegen Kriegsverbrechen diente und somit offenbar zu dem Zweck eingeführt worden ist, den zukünftigen Beschuldigten das traditionelle Verteidigungsargument des englischen und amerikanischen Militärrechts zu versagen⁴⁹⁵.

Die rechtliche Grundlage für die Nürnberger Verfahren war das zwischen Großbritannien, Frankreich, den Vereinigten Staaten und der Sowjetunion abgeschlossene Viermächteabkommen über die Verfolgung und Bestrafung der Hauptkriegsverbrecher mit dem Statut für den Internationalen Militärgerichtshof vom 08.08.1945. Der Frage des Handelns auf Befehl kam insoweit schon deshalb besondere Bedeutung zu, weil *Hitler* selbst als oberster Befehlshaber aufgrund seines Selbstmordes nicht mehr strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden konnte. Das Prinzip der unbedingten Nichtverantwortlichkeit würde dementsprechend zum Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Beschuldigten führen, wenn jedes nationalsozialistische Kriegsverbrechen bei der Annahme eines streng vertikalen Rangverhältnisses der Befehlsstrukturen auf den obersten Befehlshaber hätte zurückgeführt werden können. Maßgebende Bedeutung kommt insoweit Art. 8 des Statuts des Internationalen Militärgerichtshofes (IMT) zu. Darin heißt es:

⁴⁹³ *Oppenheim/ Lauterpacht*, S. 453 ff.

⁴⁹⁴ Umfangreiche Nachw. bei: *Fuhrmann*, S. 71; Fn. 16, 17.

⁴⁹⁵ *Jescheck*, Verantwortlichkeit der Staatsorgane, S. 260.

„The fact that the Defendant acted pursuant to orders of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment, if the Tribunal determines that justice so desires.“

Nach Art. 8 IMT-Statut kommt folglich ein Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit unter Heranziehung des Handelns auf Befehl nicht in Betracht und kann nur strafmildernd berücksichtigt werden. Diese Bestimmung ist ein Kompromiss aus den amerikanischen und sowjetischen Vorschlägen. Allerdings sah der amerikanische Vorschlag zunächst – zumindest vom Wortlaut – keine völlige Zurückweisung des Einwandes des Handelns auf Befehl als Grund für den Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit vor. Der Vorschlag war wie folgt gefasst:

“The fact that a defendant acted pursuant to order of a superior or government sanction shall not constitute an absolute Defence but may be considered either in Defence or in mitigation of punishment if the tribunal ... determines that justice so requires.⁴⁹⁶”

Aus dem Wortlaut, nämlich „either in Defence or in mitigation of punishment“ war mithin darauf zu schließen, dass ein völlige Nichtberücksichtigung des Handelns auf Befehl als Grund für den Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit auf amerikanischer Seite erst einmal nicht gewollt war. Der sowjetische Vorschlag, der letztlich dazu führte, dass die Frage, ob dem Handeln auf Befehl straffausschließende Bedeutung zukommen kann, negativ beantwortet wurde, lautete wie folgt:

„The fact that the accused acted under orders of his superior or his government will not be considered as justifying the guilt circumstances.⁴⁹⁷”

Letztlich wurde in dem entsprechenden Art. 8 IMT-Statut der amerikanische Vorschlag aufgegriffen, wobei jedoch die ausschlaggebenden Worte „either in Defence“ ausgelassen wurden. Das Resultat des amerikanisch-sowjetischen Kompromisses ist jedoch im Hinblick auf die innerstaatlichen Rechtssätze inkonsequent und scheint von dem (nachvollziehbaren) politischen Willen getragen, die Gräueltaten des nationalsozialistischen Regimes ausnahmslos sanktionieren zu wollen.

bb. Kritik an Art. 8 IMT-Statut

Vor der Änderung des amerikanischen Militärrechtes und der Oppenheimschen⁷ Kehrtwendung im Jahre 1944 galt das Handeln auf Befehl noch als Schuldaußschließungsgrund neben der bloßen Strafmilderung. Auch das sowjetische Militärstraf-

⁴⁹⁶ Report of R.H. Jackson, S. 24.

⁴⁹⁷ Aide-Mémoire vom 14.07.1945 (Nikolai V. Novikov) in: Report of R.H. Jackson, S. 24f.

recht im Jahre 1910 betonte im Interesse einer strengen Disziplin die verbindliche Kraft des Befehls, soweit der kriminelle Charakter des Befehls nicht offenkundig zu Tage trete⁴⁹⁸. Im Zeitpunkt der Verhandlungen hinsichtlich des Abkommens der Siegermächte über die Verfolgung und Bestrafung der Hauptkriegsverbrecher fehlte es im sowjetischen Militärrecht an einer positiven Regelung zur Befehlsproblematik. Der militärische Gehorsam wurde jedoch mit äußerster Strenge durchgesetzt. Die Verantwortlichkeit lag allein bei dem Vorgesetzten. Der Untergebene war nicht befugt, die Erforderlichkeit, Zweckmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit eines Befehls zu überprüfen. Dementsprechend wurde auch der rechtswidrige Befehl von der Wissenschaft und Praxis in der Regel als ein Grund für den Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit angesehen. Nur wenn der Befehl offensichtlich kriminellen Charakter hatte, traf den Untergebenen die strafrechtliche Verantwortlichkeit. Diese Ausnahme spielte jedoch angesichts des Verbotes der Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Befehls eine sehr geringe Rolle⁴⁹⁹. Bereits vor dem Hintergrund der dargestellten amerikanischen und sowjetischen innerstaatlichen Rechtssätze vermag die Stellungnahme des Internationalen Militärgerichtshofes zu Art. 8 IMT-Statut in dem am 01.10.1946 verkündeten Urteil, wonach die Bestimmungen dieses Artikels im Einklang mit dem Recht aller Nationen stehen, nicht zu überzeugen. Der Gerichtshof argumentiert damit, dass der Umstand, dass ein Soldat einen Befehl erhalten habe, unter Verletzung des Völkerrechts zu töten oder zu martern, niemals als ein Entschuldigungsgrund für solche Handlungen der Brutalität anerkannt worden sei, wenn auch ein solcher Befehl als Milderungsgrund in Betracht komme⁵⁰⁰. Neben der augenscheinlichen Missinterpretation, dass Art. 8 IMT-Statut mit dem Recht aller Nationen im Einklang stehe - Art. 8 IMT-Statut konnte unter Berücksichtigung der uneinheitlichen innerstaatlichen Rechtssätze der Nationen und auch der heterogenen Meinung in der Wissenschaft keinesfalls als von den Völkern übereinstimmend anerkannter Rechtsgrundsatz hinsichtlich des Problems der Strafbarkeit bei Handeln auf Befehl angesehen werden -, vermag insbesondere der Umstand nicht zu überzeugen, dass kein Unterschied zwischen offensichtlich rechtswidrigen Befehlen, und solchen, die dem Untergebenen als rechtmäßig erschienen und erscheinen konnten, gemacht wird.

⁴⁹⁸ Art. 69 MStGB von 1869 in der Fassung von 1910: „Als strafbar wird weder die Handlung, die in Erfüllung eines Gesetzes, noch diejenige erachtet, die in Erfüllung eines von dem Vorgesetzten gegebenen Befehls ausgeführt ist, wenn der Befehl im Dienste gegeben wurde oder hierbei ein Untergebenenverhältnis bestand, und der Untergebene sich der Strafbarkeit der aufgetragenen Handlung nicht bewusst war.“

⁴⁹⁹ Jescheck, Verantwortlichkeit der Staatsorgane, S. 258.

⁵⁰⁰ Prozess gegen Hauptkriegsverbrecher, Band 1, S. 250.

cc. Entscheidungen im Rahmen der Nürnberger Prozesse

Angesichts des klaren Wortlauts von Art. 8 IMT-Statut und dem nahezu wortidentischen Art. II 4b) des Kontrollratsgesetzes stellten der Militärgerichtshof und die Militärgericht in den Nachfolgeverfahren unmissverständlich fest, dass „Befehle von oben, auch wenn einer Militärperson erteilt, ... nicht als mildernder Umstand betrachtet werden“ können, „wenn derart empörende und weit verbreitete Verbrechen bewusst, rücksichtslos und ohne militärische Notwendigkeit oder Rechtfertigung begangen worden sind“⁵⁰¹. In einigen Verfahren wurden zudem materielle Anwendungsvoraussetzungen des Handelns auf Befehl hinsichtlich der Frage, ob eine Strafmilderung in Betracht komme, entwickelt. In dem sog. Ärzte-Prozess, welcher die Sanktionierung der medizinischen Experimente des nationalsozialistischen Regimes zum Gegenstand hatte, vertrat das Gericht die Ansicht, dass die Berufung auf das Handeln auf Befehl ausscheide, wenn der Beschuldigte einen Entscheidungsspielraum besitze. Dies sei der Fall, wenn der Beschuldigte etwa die Befugnis hatte den Befehl abzulehnen, oder den Befehl freiwillig und mit Eigeninitiative ausführte⁵⁰². Mithin wurde durch das Abstellen auf den Entscheidungsspielraum auf die „moral choice“-Frage Bezug genommen. Allerdings ist auch zu erwähnen, dass es sich für den Hauptankläger bei den angeklagten Deutschen gerade nicht um die typischen Befehlsempfänger gehandelt hat, denn er führte während des Prozesses aus: „Diese Männer waren nicht bloß willige Werkzeuge, obwohl sie schon in dieser Rolle hinreichende Schuld auf sich geladen hätten, sie sind die Männer, mit deren Hilfe Hitler seine Machtstellung so ausgebaut hat, wie er es beabsichtigte. Sie sind die Männer, die durch ihre Initiative und Planung die in Hitlers Namen vorgenommenen Angriffshandlungen oft ersannen und sicherlich erst möglich machten; ... Niemandes Vollmacht rechtfertigt die Ausführung einer ungesetzlichen Handlung. Politische Ergebenheit und militärischer Gehorsam sind vorzügliche Dinge, aber weder erheischen noch rechtfertigen sie die Ausführung von offenkundig ruchlosen Taten. Es kommt ein Punkt, wo ein Mann sich weigern muss, seinem Führer zu folgen, will er seinem Gewissen folgen. Selbst der gemeine Soldat, der in seiner Armee dient, ist nicht dazu verpflichtet, ungesetzlichen Befehlen zu gehorchen.“⁵⁰³

⁵⁰¹ ebd., S. 328.

⁵⁰² *Nill-Theobald*, Defences, S. 96.

⁵⁰³ Vgl. *Prozess gegen Hauptkriegsverbrecher*, Band 3, S. 166.

dd. Bedeutung und Konsequenzen der Entscheidungen für das Völkerstrafrecht bzw. für das Handeln auf Befehl (Hilfsquellen)

Nach alledem ist zu beachten, dass das IMT-Statut und die Entscheidungen des Internationalen Militärgerichtshofes kein neues Völkerrecht geschaffen haben. Zum einen spiegelt die Regelung des Art. 8 IMT-Statut in der umfassenden Ausweitung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Untergebenen durch die mangelnde Anerkennung des Handelns auf Befehl als Grund für den Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit weder einen bereits zum damaligen Zeitpunkt existierenden Völkerrechtssatz wieder, noch ist die Regelung Ausdruck einer allgemeinen Staatenpraxis aufgrund übereinstimmender nationaler Vorschriften in den nationalen Rechtsordnungen. Freilich ist unter Berücksichtigung der aufgezeigten Widersprüchlichkeiten festzustellen, dass die Hinweise auf das Völkerrecht bzw. die allgemeine Rechtsgrundsätze, mithin insbesondere darauf, dass Art. 8 IMT-Statut „im Einklang mit dem Recht aller Nationen“ stehe, unzutreffend sind oder sich lediglich als unbegründete Behauptung erweisen.

Zum anderen war der Gerichtshof kein echtes internationales Tribunal; seine Bezeichnung ist insoweit irreführend. Das dahingehende Abkommen konnte wegen der inter partes-Wirkung nur zwischen den Parteien Gültigkeit beanspruchen. Das kollektive Zusammenwirken der vier beteiligten Staaten darf nicht mit der Ausübung von völkerrechtlicher Gerichtsbarkeit verwechselt und kann mit dieser nicht gleichgesetzt werden. Der Internationale Militärgerichtshof war ein Besatzungsgericht, welches nach besonders geschaffenem Besatzungsrecht urteilte⁵⁰⁴. Ziel des Internationalen Militärgerichtshofes war ausweislich des Art. 1 IMT-Statut ausdrücklich die gerechte und schnelle Aburteilung der Hauptkriegsverbrecher der europäischen Achse.

Ungeachtet dessen können die Erkenntnisse des Gerichtshofes als Hilfsmittel zur Ableitung völkerrechtlicher Grundsätze dienen, soweit die betreffenden Ausführungen zutreffend und schlüssig dargelegt sind.

Festzustellen bleibt, dass die act-of-state-doctrine letzten Endes apodiktisch abgelehnt wurde. Hinsichtlich der Frage des Ausschlusses der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei Handeln auf Befehl folgten die Besatzungsgerichte im Ergebnis der Theorie der absolute liability. Die Frage, nach welchen Kriterien eine grundsätzlich mögliche Strafmilderung zugunsten des Befehlsempfängers bestimmt werden soll, blieb in den Nürnberger Verfahren zunächst offen.

⁵⁰⁴ Fuhrmann, S. 86.

Die United Nations War Crimes Commission (UNWCC), welche den Zweck verfolgte, Kriegsverbrechen zur Vorbereitung der dahingehenden Prozesse zu untersuchen und zu dokumentieren, konkretisierte die Voraussetzungen, unter denen eine Strafmilderung unter Berücksichtigung des Handelns auf Befehl in Betracht kam. Demzufolge waren der Grad der militärischen Disziplin, dem der Beschuldigte im Tatzeitpunkt unterworfen war, und die hierarchische Stellung des Befehlsgebers und des Befehlsempfängers zu berücksichtigen. Ferner war die allgemeine militärische Situation zum Tatzeitpunkt, etwa ein feindlicher Angriff, mit einzubeziehen. Letztlich war die Sichtweise des vernünftigen Durchschnittsbeobachters hinsichtlich der Rechtswidrigkeit des Befehls in die Abwägung aufzunehmen. Anzumerken ist jedoch, dass sich nicht feststellen lässt, inwieweit diese Aspekte von der Rechtsprechung tatsächlich berücksichtigt worden sind.

d. Sog. Nachfolgeprozesse

Dem Verfahren vor dem Interalliierten Gerichtshof gegen die Hauptkriegsverbrecher folgten weitere Prozesse zur Aburteilung der im Rahmen des Nationalsozialismus begangenen Verbrechen. Die rechtliche Grundlage für diese Prozesse bildete das Kontrollratsgesetz Nr. 10 vom 20.12.1945. Die Problematik des Handelns auf Befehl ist in Art. II 4 b des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 geregelt und entspricht wörtlich dem Artikel 8 der Charter des IMT. Die nach dem Kontrollratsgesetz Nr. 10 zu urteilenden Gerichte hatten sich wie bereits angedeutet mehrfach mit dem Einwand des Handelns auf Befehl auseinanderzusetzen. Die Rechtsprechung fiel insoweit jedoch nicht uneingeschränkt gleichförmig aus. Besondere Berücksichtigung ist aufgrund des Ausnahmecharakters dem sog. Einsatztruppen-Prozess und dem OKW-Prozess zu schenken.

aa. Einsatzgruppen-Fall

Der so genannte Einsatzgruppen-Fall behandelte einen Fall von Massenmord. Der Befehlseinwand wurde jedoch in diesem Verfahren nicht ohne weiteres unter Verweis auf den eindeutigen Wortlaut des Art. II 4 b des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 zurückgewiesen. Vielmehr wurde in diesem Verfahren insbesondere auf die Kenntnis des Befehlsempfängers abgestellt. Aus der Tatsache, dass ein Soldat kein Automat, sondern ein Vernunftwesen sei, folge, dass ein Ausschluss der Verantwortlichkeit überhaupt nur bei solchen Befehlen in Frage komme, die sich auf militärische

Pflichten bezögen, zu deren Erlass der Vorgesetzte befugt sei und die rechtmäßig seien⁵⁰⁵. Zudem sei es ein verbreiteter Irrtum, dass ein Soldat alles tun müsse, was man ihm befiehlt⁵⁰⁶. Im Falle eines rechtswidrigen Befehls komme es auf die Möglichkeit an, ob der Befehlsempfänger eine entschuldbare Unkenntnis der Rechtswidrigkeit vorweisen könne. Folglich setzte man sich in diesem Verfahren über die besatzungsrechtliche Vorschrift hinweg, die grundsätzlich keinen Schuldausschluss vorsah, sondern allenfalls eine Strafmilderung zuließ.

Überdies setzte sich das Gericht neuerlich über den Wortlaut des Art. II 4 b des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 hinweg, indem es den Einwand der Verteidigung beachtete, namentlich die Berufung auf eine Befehlssituation, die mittels Zwang durchgesetzt wurde. Allerdings forderte das Gericht für den Strafausschluss, dass soweit ein Befehlsempfänger Zwang bei der Ausführung des Befehles vorgebe, dieser nachweisen müsse, dass der verursachte Schaden nicht unverhältnismäßig größer ist als der Schaden, der durch die Nichtbefolgung des rechtswidrigen Befehls entstanden wäre⁵⁰⁷. Schließlich bleibt insoweit festzustellen, dass das Gericht eine automatische Strafbefreiung von der Schuld aufgrund von zwanghaften Befehls ablehnte und somit nicht im Sinne der respondeat superior Theorie urteilte. Dennoch wurde das Handeln auf Befehl entgegen dem Wortlaut von Art. II 4 b des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 offenbar als Defence per se angesehen.

bb. OKW-Fall

Dem OKW-Fall lagen Befehle zugrunde, die die Hinrichtung aller politischen Kommissare anordneten, selbst wenn sie in Uniform auf dem Schlachtfeld gefangen genommen würden. Das entscheidende Gericht verneinte - im Gegensatz zur bislang erfolgten Rechtsprechung - ausdrücklich eine Prüfungspflicht des Befehlsempfängers hinsichtlich der Legalität des Befehls. Den Befehlsempfänger traf somit auch keine Pflicht zum Widerstand bei unrechtmäßigen Befehlen. Art. II 4 b des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 wurde lediglich dahingehend überprüft, ob der Befehlsempfänger Kenntnis von der Rechtswidrigkeit hatte. Es gebe Befehle, bei denen das Vertrauen auf ihre Rechtmäßigkeit geschützt werden müsse. Mithin wurde der Einwand des Irrtums innerhalb eines Befehls berücksichtigt. Den Befehlsempfänger treffe keine Prüfungspflicht, soweit er über eine zweifelhafte Rechtsfrage irre, er solle dann entschuldigt sein. Mithin müsse ein Verbotsirrtum, der sich auf eine befohlene

⁵⁰⁵ ebd., § 2 II 2 c.

⁵⁰⁶ *Nill-Theobald*, Defences, S. 98.

⁵⁰⁷ ebd., S. 99.

Handlung beziehe, Beachtung finden⁵⁰⁸. Das Handeln auf Befehl wurde jedoch letztlich in dem OKW-Fall als eigenständiger Entschuldigungs- und Strafmilderungsgrund abgelehnt.

e. Tokioter Prozesse

Nach der Kapitulation Japans am 2. September 1945 wurde auch in Fernost ein Internationales Militärtribunal zur Verurteilung der Hauptkriegsverantwortlichen eingerichtet (IMTFE). Das Verfahren in Nürnberg dauerte bereits ein halbes Jahr an, als am 3. Mai 1946 das Verfahren gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem IMTFE in Tokio begann. Angeklagt waren insgesamt 28 ehemalige japanische Generäle und Politiker wegen der aggressiven und expansiven Kriegspolitik Japans vor und während des Zweiten Weltkrieges. Das IMTFE-Statut entsprach im Wesentlichen dem IMT-Statut. Das Handeln auf Befehl wurde in Art. 6 IMTFE-Statut⁵⁰⁹ geregelt, der eine Verknüpfung der Art. 7 und Art. 8 IMT-Statut darstellte. Folglich verwehrte auch Art. 6 IMTFE-Statut dem Angeklagten eine Berufung auf das Handeln auf Befehl. Dieser Umstand konnte lediglich als Strafmilderungsgrund, nicht jedoch als Strafausschließungsgrund Berücksichtigung finden.

Die Rechtsgrundlage des Tokioter Tribunals, die Zusammensetzung des Gerichts und der Anklagebehörde wie auch das Verfahren an sich wurden aus rechtsstaatlicher Sicht heftig kritisiert und entsprachen weitgehend den Einwänden gegen den IMT. Kritikpunkte waren insbesondere die Rechtsform des Statuts, welches nicht wie etwa im Falle des IMT, einen völkerrechtlichen Vertrag zwischen den Siegermächten darstellte, sondern einen Erlass, der so genannten Special Proclamation vom 19. Januar 1946, des Oberbefehlshabers der alliierten Streitkräfte (General MacArthur), sowie die mangelhaften Verteidigerrechte, die den europäischen Standards nicht genügten. Die Tokioter Prozesse endeten sämtlich mit der Verurteilung der Angeklagten.

f. Die Verfahren vor den Ad-hoc-Gerichten der UNO

Der UN-Sicherheitsrat hat im Jahre 1993 die Errichtung eines internationalen Strafgerichtshofs für das Gebiet des ehemaligen Jugoslawien und 1994 eines internationalen Strafgerichtshofs zur Verfolgung der in Ruanda begangenen Verbrechen be-

⁵⁰⁸ ebd., S. 100.

⁵⁰⁹ Art. 6 IMTFE-Statut: „Neither the official position, at any time, of an accused, nor the act that an accused acted pursuant to order of his government or of a superior shall, of itself, be sufficient to free such accused from responsibility for any crime with which he is charged, but such circumstances may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires“.

schlossen. Die der Tätigkeit der Gerichte zugrunde liegenden nahezu identischen Satzungen behandeln neben verfahrensrechtlichen und gerichtsorganisatorischen auch materiell-rechtliche Fragestellungen. In Art. 7 Abs. 4⁵¹⁰ des Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) ist das Handeln auf Befehl geregelt.

Beruft sich der Beschuldigte auf einen Befehl oder eine anderweitige Weisung, so enthebt ihn dies gemäß entsprechender Vorschriften nicht seiner strafrechtlichen Verantwortung. Das Gericht kann das Handeln auf Befehl in einem Ausnahmefall jedoch strafmildernd berücksichtigen, wenn es feststellt, dass dies im Interesse der Rechtspflege steht.

Die Statuten haben im Wesentlichen entsprechende Regelungen der Statuten des Internationalen Militärgerichtshofs und des Internationalen Militärgerichtshofs für den Fernen Osten (Tokio) übernommen und folgt der absolute liability Theorie⁵¹¹.

Der in der Rechtsprechung der Ad-hoc Gerichte für Jugoslawien (ICTY)⁵¹² und Ruanda (ICTR)⁵¹³ einzige Fall, in dem das Handeln auf Befehl relevant wurde, ist der Fall von Drazen Erdemovic.

aa. Sachverhalt

Dem bosnischen Staatsbürger Drazen Erdemovic wurde vorgeworfen, als Mitglied der bosnisch-serbischen Armee am 16. Juli 1995 zusammen mit anderen Mitgliedern des 10. Sabotagekommandos an der Tötung unbewaffneter Menschen nach der Einnahme der Stadt Srebrenica teilgenommen zu haben. Er wurde wegen eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit, alternativ wegen Verletzungen des Kriegsrechts, angeklagt. Zur Tatzeit war er Soldat in der oben genannten Einheit, in der auch Kroaten, Slovenen und Muslime dienten. Er nahm an dem Krieg teil, weil er sich dadurch Geld und nötige Ausreisepapiere für ihn und seine Familie verschaffen wollte. Nach seinen Angaben verweigerte er die Befehle, "civilian losses" zu verursachen, was ihm „Probleme“ mit seinen Vorgesetzten (*Leutnant Milorad Pelemis* und *Oberst Salapura*) bereitete. Am 16. Juli bekamen er und sieben andere Mitglieder der Einheit den Befehl von *Brano Gojkovic*, dem Kommandeuer der Operation in Branjevo, sich für eine Operation vorzubereiten. Über die Ziele der Operation

⁵¹⁰ Art. 7 ICTY: „The fact that an accused person acted pursuant to an order of a Government or of a superior shall not relieve him of criminal responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the International Tribunal determines that justice so requires“.

⁵¹¹ *Van Sliedregt*, S. 328

⁵¹² Insgesamt 52 Verurteilungen (Quelle: www.un.org/icty)

⁵¹³ Insgesamt 22 Verurteilungen (Quelle: <http://69.94.11.53/default.htm>)

wurden sie nicht informiert. Nachdem sie in Branjevo eingetroffen waren, wurde ihnen erklärt, sie sollen an einer Erschießung von Hunderten von Muslimen teilnehmen. Erdemovic verweigerte seine Teilnahme. Daraufhin wurde ihm der Tod angedroht und gesagt, wenn er nicht teilnehmen wolle, solle er sich in die Linie mit den anderen (d.h. zu Exekutierenden) stellen und sein Gewehr abgeben, damit die anderen Soldaten auf ihn schießen könnten. Er sah, wie *Leutnant Pelemis* befahl, Menschen wegen vergleichbarer Befehlsverweigerung zu erschießen. Da er um sein und das Leben seiner Frau fürchtete, führte er den Befehl aus. Die Erschießungen dauerten von 10 bis 15 Uhr. Es wurden insgesamt 1.200 Menschen erschossen. Nach der Einschätzung des Angeklagten habe er zwischen 60 und 70 Menschen erschossen. Am 30. März 1996 traf er in Den Haag ein und legte sofort ein Geständnis ab.

bb. Erstinstanzliche Entscheidung

Drazen Erdemovic bekannte sich schuldig und fügte hinzu:

"Your Honour, I had to do this. If I had refused, I would have been killed together with the victims."⁵¹⁴

Bezüglich des Handelns auf Befehl führte Kammer aus:

"Although the accused did not challenge the manifestly illegal order he was allegedly given, The Trial Chamber would point out that according to the case-law referred to, in such an instance, the duty was to obey rather than to disobey. This duty to disobey could only recede in the face of the most extreme duress"⁵¹⁵. "The Trial Chamber emphasizes ... that a subordinate defending himself on the grounds of superior orders may be subject to a less severe sentence only in cases where the order of the superior effectively reduces the degree of his guilt. If the order had no influence on the unlawful behaviour because the accused was already prepared to carry it out, no such mitigating circumstances can be said to exist."⁵¹⁶

Nach einer Analyse der Gerichtspraxis stellen die Richter weiterhin fest, dass eine Verbindung zwischen Handeln auf Befehl und Nötigungsnotstand bestehe. Wurde der zum Gehorsam Verpflichtete bedroht und/oder genötigt, kann dies zur einen zusätzlichen Strafmilderung führen⁵¹⁷. Ferner führte das Gericht aus, dass eine Ten-

⁵¹⁴ ICTY-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, 29.11.1996 (IT-96-22-T), Sentencing Judgment, para.10. (zitiert: *Sentencing Judgment*).

⁵¹⁵ ebd., para. 18.

⁵¹⁶ ebd., para.53.

⁵¹⁷ ebd., para. 54.

denz in der Rechtsprechung anderer Gerichte festzustellen sei, dass bei Tätern mit niedrigem Dienstgrad milder geurteilt werde als bei den hochrangigen Offizieren (z.B. *Keitel*-Fall). Dem Urteil ist ferner zu entnehmen, dass die Kammer von der absolute liability Theorie abgewichen ist und der mens rea Theorie den Vorrang einräumt. Des Weiteren ist festzustellen, dass nach Ansicht der Kammer das Handeln auf Befehl keinen Strafausschluss, sondern lediglich eine Strafmilderung für den Angeklagten bewirken kann. Im vorliegenden Fall verneinte das Gericht allerdings das Vorliegen des auf den höheren Befehl zurückzuführenden Nötigungsnotstandes aufgrund mangelnder Beweise. Aufgrund des Vorliegens anderer mildernder Umstände wurde Drazen Erdemovic in der ersten Instanz zu einer Freiheitsstrafe von 10 Jahren verurteilt.

cc. Appeal Chamber

Zu der Frage, ob *superior order* eine eigenständige *Defence* darstellt, führen Richter McDonald und Vorhah aus:

"We subscribe to the view that obedience to superior order does not amount to a Defence per se but is a factual element, which may be taken in consideration in conjunction with other circumstances of the case in assessing, whether the Defences of duress or mistake of fact are made out."⁵¹⁸

Dies bedeutet, dass das Handeln auf Befehl keine eigenständige *Defence* darstelle. Aus den vorstehenden Ausführungen lässt sich folgern, dass das Gericht nicht konsequent die absolute liability Theorie, die dem ICTY-Statut zu Grunde liegt, vertrat, sondern sich durchaus auch des Instrumentariums der mens rea bediente.

Die eigentliche Problematik des Falles liegt in der Behandlung des Notstandes (*duress*), der im Gegenteil zum *superior order* nicht ausdrücklich in ICTY-Statut geregelt ist. Nötigung ist nach Ansicht der Berufungskammer nur als Strafmilderungsgrund, nicht hingegen als Strafausschlussgrund, bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit und/oder den Verbrechen, denen Unschuldige zum Opfer fallen - zu bewerten⁵¹⁹. Demzufolge ist ein Ausschluss von der strafrechtlichen Verantwortung nicht einschlägig.

Es ist indes anzumerken, dass diese Entscheidung mit einer knappen Mehrheit von drei gegen zwei Stimmen zustande kam. Aus den Sondervoten, die von jedem Rich-

⁵¹⁸ ICTY-Appeals Chamber, *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, 7.10.1997 (IT-96-22-A), Joint separate opinion of Judge McDonald and Judge Vorhah, para. 34. (zitiert: *McDonald/Vorhah*).

⁵¹⁹ ICTY-Appeal Chamber, *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, 7.10.1997 (IT-96-22-A), Judgment, unter IV (4).

ter von der Appeal Chamber verfasst wurden, wird deutlich, dass es im Völkerstrafrecht keine Einigkeit bezüglich der Behandlung des Nötigungsnotstandes gibt. Die vertretenen Grundpositionen sind der Vollständigkeit halber darzustellen.

●Die Ansicht der Richter Mc Donald/Vorhah

Die Richter untersuchen die Frage, ob in Völkergewohnheitsrecht eine Regel besteht, nach der der Täter straffrei ist, wenn er unschuldige Menschen im Nötigungsnotstand getötet hat. Dafür analysieren sie die Gerichtspraxis und stellen fest, dass weder die Gerichtspraxis noch die Staatenpraxis einheitlich sei. In nationalen Rechtsordnungen Frankreichs, Deutschlands und Italiens kann der im Nötigungsnotstand handelnde Täter straffrei sein. Hingegen wäre er im angloamerikanischen Rechtssystem mit wenigen Ausnahmen strafbar⁵²⁰. Die Richter sind weiterhin der Überzeugung, dass auch anhand der Rechtsprechung der Militärgerichte nach dem Zweiten Weltkrieg die Frage, ob es sich beim Notstand um eine Defence handle oder nicht, nicht eindeutig beantwortet werden könne.

Da es mithin an einer erforderlichen opinio juris fehle, bestehe keine völkergewohnheitsrechtliche Regelung zur Frage des Notstandes⁵²¹. Nach einer Analyse sämtlicher nationaler Rechtsordnungen gelangen die Richter zu dem Ergebnis, dass bezüglich der Frage, ob der im Notstand Handelnde von jeglicher strafrechtlicher Verantwortung zu befreien sei, sich ein allgemeiner Rechtsgrundsatz nicht feststellen lasse⁵²².

Da es an einer völkerrechtlichen Regelung fehle, versuchen die Richter eine geeignete Regelung zu entwickeln. Sie widmen sich daher der Frage, ob eine Tötung unschuldiger Menschen dann nicht strafrechtlich zu ahnden ist, wenn der Täter dazu unter Androhung des Todes genötigt wurde. Diese Frage wird mit folgenden Argumenten verneint:

Erstens sanktionieren einige nationale Rechtsordnungen die Tötung unschuldiger Menschen auch dann, wenn der Täter dazu genötigt wurde. Für das Völkerstrafrecht sollen diese Sanktionen erst recht gelten, denn es befasse sich mit "brutaleren Mördern".

Zweitens wird der Täter in manchen nationalen Rechtsordnungen bestraft, wenn er in einer Notstandslage einen Menschen getötet hat. Im Völkerstrafrecht, das sich mit Tötungen im größeren Umfang beschäftigt, solle nach Überzeugung der Richter *Mc-*

⁵²⁰ McDonald/ Vorhah, para. 46 ff.

⁵²¹ ebd., para. 55.

⁵²² ebd., para. 72.

Donald und Vorhah nichts anderes gelten⁵²³. Von diesem Grundsatz sei auch in jenen Fällen nicht abzuweichen, wenn die Opfer auch ohne Täterbeteiligung sterben würden, weil andere potentiellen Täter zur Verfügung standen (*Masetti*-Fall; kollektive Tötungen durch spezielle Einheiten, die aus mehreren Mitgliedern bestehen). Dies wird mit dem Schutzzweck des humanitären Völkerrechts, das Leben unschuldiger Menschen zu schützen, begründet. Er kann nur dann verwirklicht werden, wenn die Tötung unschuldiger Menschen in keinem Fall entschuldigt wird. Ferner könne von einem Soldaten aufgrund seines Berufs eine höhere Widerstandsfähigkeit gegen die Nötigung als von einem Zivilisten erwartet werden⁵²⁴.

Folglich werde nach Ansicht der Richter der Nötigungsnotstand nur bei der Strafzumessung als Strafmilderungsgrund berücksichtigt⁵²⁵.

●Die Ansicht des Richters Cassese

Es gibt nach *Cassese* weder eine gewohnheitsrechtliche Regelung noch einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, wie der Notstand im Falle der Tötung unschuldiger Menschen zu behandeln ist. Da es an einer speziellen Regelung fehlt, ist der Logik folgend auf die allgemeinen Regeln zurückzugreifen. Daher ist auch in diesen Fällen ein Strafausschluss nicht von vornherein ausgeschlossen. Die Argumentation mit "considerations of social and economic policy"⁵²⁶ sei seiner Ansicht den Aufgaben des Tribunals fremd und deswegen abzulehnen. Abzulehnen sei auch die Übertragung der Grundsätze aus dem common law auf internationales Recht.⁵²⁷ Argumentiere das Gericht in dieser Weise, obwohl die Behandlung des Notstandes im Völkerstrafrecht nicht klar sei, so handele es mithin ultra vires. Sollte die Behandlung des Notstandes tatsächlich unklar sein oder existiere eine Regelungslücke in diesem Bereich, so müsse man auf alle nationalen Rechtsordnungen zurückgreifen, anstatt mit "considerations of social and economic policy" zu argumentieren⁵²⁸.

⁵²³ ebd., para. 75.

⁵²⁴ ebd., para. 83 f.

⁵²⁵ ebd., para. 87.

⁵²⁶ Siehe Argumentation von Richtern McDonald und Vorhah in ihrem Joint Separate Opinion, para 75 ff.

⁵²⁷ CTY-Appeals Chamber, *Prosecutor v. Drasen Erdemovic*, 7.10.1997 (IT-96-22-A), Joint separate opinion of Judge Cassese para 11. (zitiert: *Cassese*)

⁵²⁸ Cassese, para 49.

Im Falle der Tötung unschuldiger Personen ist seiner Ansicht nach folglich auf die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Notstandes als Defence zurückzugreifen. Zu diesen gehören:

- die unmittelbare Drohung einer ernsthaften Schädigung von Leben und Körper des Täters,
- keine Möglichkeit dieser drohenden Gefahr auszuweichen,
- keine Unverhältnismäßigkeit der Notstandshandlung gegenüber der möglichen Rechtsgutsverletzung und
- keine freiwillige Herbeiführung der Notstandslage durch den Täter.

Die Rechtsprechung nationaler Gerichte sei bei der Behandlung des Notstandes im Falle der Tötung unschuldiger Personen sehr restriktiv, was auf den hohen Stellenwert des Menschenlebens zurückzuführen sei. Die Analyse der Rechtsprechung zeige, dass in diesen Fällen die dritte Voraussetzung, die Verhältnismäßigkeit der Notstandshandlung, regelmäßig nicht erfüllt sei. Die Rechtsordnung verlange aber auch keinen heroischen, nutzlosen Tod. Dieser Gedanke folge der klassischen Regel, dass man sein Leben nicht auf Kosten anderer Menschen retten müsse. Kann die Verweigerung der Tötungshandlung das Leben des Opfers nicht retten (*Masseti-Fall*), so ist die Notstandshandlung nicht unbedingt unverhältnismäßig. Da durch die Befehlsausführung kein größerer Schaden als durch seine Verweigerung entsteht, ist die Verhältnismäßigkeit zu bejahen. Da die Opfer auf jeden Fall sterben werden, gleichgültig ob durch den Schuss des Täters oder anderer, würde der Tod des Täters nichts bewirken. In diesem Fall überwiege nach *Cassese* das Täterleben das der Opfer⁵²⁹.

Seine Ansicht begründet er weiterhin mit dem Zweck des Strafrechts, der nicht darin bestehe, unrealistische Verhaltensstandards, beispielsweise auch Märtyrertum, vorzuschreiben, sondern kriminelles Verhalten zu bestrafen. Seine Argumentation verdeutlicht er anhand des Falles eines KZ-Häftlings, der genötigt wird, einen anderen schon fast totgeschlagenen Inhaftierten zu töten; andernfalls werden ihm die Augen herausgerissen. *Cassese* wirft die Frage auf, ob die Rechtsordnung vom Täter tatsächlich verlangen könne, seine Augen herausreißen zu lassen und ob die Tötung ein vom Strafrecht zu sanktionierendes kriminelles Verhalten darstelle. Diese Frage wäre seiner Ansicht nach zu verneinen⁵³⁰.

⁵²⁹ Cassese, para. 42 ff.

⁵³⁰ ebd., para 47.

Im Ergebnis stellt er fest, dass das Handeln auf Befehl als besonderer Fall des Notstandes nur in den seltenen Ausnahmefällen der Tötungen unschuldiger Personen als Defence durchgreifen kann.

dd. Kritische Würdigung des Meinungsstreits zwischen ICTY-Richtern

Dogmatisch überzeugt die Lösung von *Casesse. McDonald und Vorhah* lassen den Grad an Gefahr, in die individuelle Entscheidungsnot zu geraten, der im Völkerrecht höher als im nationalen Recht ist, außer Betracht. *Kreß* bezweifelt daher die Geeignetheit der hohen Strafandrohung für diejenigen Situationen, die der im Erdemovic-Fall vergleichbar sind⁵³¹. Sowohl die Unzulässigkeit der sozial-philosophischen Argumentation von Richtern *McDonald* und *Vorhah* als auch die nach Ansicht des Verfassers zutreffende Feststellung des Zwecks des Strafrecht - kriminelles Verhalten zu sanktionieren – lassen *Casesses* Ansicht gegenüber der Ansicht anderer Richter vorzugswürdig erscheinen.

ee. Zusammenfassung der ICTY-Rechtsprechung für die Frage der Behandlung des Handelns auf Befehl als Strafausschließungsgrund

Dem erstinstanzlichen Urteil ist zu entnehmen, dass die Kammer von der absolute liability Theorie abgewichen ist und der mens rea Theorie den Vorrang einräumt. Des Weiteren ist festzustellen, dass nach Ansicht der Kammer das Handeln auf Befehl keinen Strafausschluss, sondern lediglich eine Strafmilderung für den Angeklagten nach sich ziehen kann, wenn das Handeln auf Befehl nachgewiesen ist.

Dem Urteil der Berufungsinstanz zufolge kann das Handeln auf Befehl keine eigenständige Defence darstellen, sondern ist als ein Teilaspekt des Nötigungsnotstandes zu bewerten. Handelt es sich um die Fälle, in denen der Täter aufgrund eines Befehl oder in einer Nötigungsnotstandslage unschuldige Personen getötet hat, so bewirkt die Berufung auf den Nötigungsnotstand allenfalls eine Strafmilderung. Zusammenfassend ist zu sagen, dass das Gericht die Existenz der Defence des Handelns auf Befehl verneint. Bei der Behandlung dieser Frage folgt das Gericht aber nicht konsequent der absolute liability Theorie, die dem ICTY-Statut zu Grunde liegt.

⁵³¹ Kreß, ZStW 111 (1999), 597, 618 ff.

Der Hinweis des ICTY, das Art. 7 Abs. 4 ICTY im Wesentlichen dem in den Nürnberger Verfahren einschlägigen Art. 8 IMT-Statut entspreche und das nach der Analyse der internationalen Spruchpraxis allenfalls eine Strafmilderung in Betracht komme, vermag ebenso wenig zu überzeugen wie die Ausführungen des Internationalen Militärgerichtshofs über ein halbes Jahrhundert zuvor, als in den Nürnberger Verfahren darauf hingewiesen wurde, dass Art. 8 IMT-Statut „im Einklang mit dem Recht aller Nationen“ stehe. Die Theorie der absolute liability stand zu dem damaligen Zeitpunkt nicht im Einklang mit den dahingehenden innerstaatlichen Rechtssätzen anderer Nationen. Bereits bei summarischer Betrachtung ist zu erkennen, dass auch im Zeitpunkt der Rechtsprechung durch die Ad-hoc-Tribunale eine übereinstimmende Regelung der Befehlsproblematik nicht bestand. So bestimmen insbesondere die entsprechenden Regelungen in Deutschland (§ 5 WStG), Italien (Art. 4 der Norme di principio sulla disciplina militare), Spanien (Art. 8 Nr. 12 C.p., Art. 25 Código penal militar), Großbritannien (Teil I, Kap. V, Art. 24 Manual of Military Law) und in den Vereinigten Staaten (Art. 409 Basic Field Manual), dass der Untergebene entschuldigt ist, wenn er die Rechtswidrigkeit des Befehls nicht erkannt hat und sie auch nicht als vernünftig denkender Mensch hätte erkennen können⁵³². Der in der Schweiz einschlägige Art. 18 MStGB geht noch weiter und bestimmt, dass der Untergebene nur dann strafbar ist, wenn er weiß, dass er durch die Befolgung des Befehls an einem Verbrechen oder Vergehen mitwirkt⁵³³.

Darüber hinaus kann - mit Ausnahme der Nürnberger Verfahren - auch keine allgemeine Spruchpraxis dahingehend erkannt werden, dass die strafbefreiende Wirkung des Handelns auf Befehl kategorisch von vornherein ausgeschlossen sei. Vielmehr zeigt eine bündige Untersuchung, dass lediglich offensichtlich rechtswidrige Befehle einen Strafausschluss nicht zu begründen vermögen. Die offensichtliche Rechtswidrigkeit stellt ihrerseits ein Indiz für die Kenntnis des Befehlsempfängers von der Rechtswidrigkeit dar. Der Maßstab für diese Kenntnis ist objektiv zu bemessen, d.h. es ist auf einen vernünftigen Durchschnittsmenschen abzustellen.

g. Zusammenfassung

Noch im Verfahren Dover Castle, dem ein Kriegsverbrechen im Ersten Weltkrieg zugrunde lag, wurde unter Verweis auf § 47 MStGB und die Rechtsauffassung anderer Staaten der militärische Grundsatz hervorgehoben, dass der Untergebene den

⁵³² Jescheck/ Weigend, § 46 III 1.

⁵³³ M.w.N.: ebd.

dienstlichen Weisungen seines Vorgesetzten zu gehorchen habe. Insofern sei nur der Vorgesetzte verantwortlich, wenn durch die Befehlausführung ein Strafgesetz verletzt werde; der Ausführende sei nur dann zu bestrafen, wenn ihm selbst bekannt gewesen sei, dass dieser Befehl ein militärisches Verbrechen oder Vergehen bezwecke. Demgegenüber wurde den Befehlsempfängern im Verfahren Llandovery Castle die Berufung auf ein Handeln auf Befehl mit Blick auf die Offenkundigkeit der Rechtswidrigkeit verwehrt, indem festgestellt wurde, dass die Ausführenden nicht auf die Rechtmäßigkeit des Befehls vertrauen dürfen, wenn sich der Befehl für jedermann als offenkundig, zweifelsfrei erkennbar verbrecherisch darstellt. Die mangelnde „Kenntnis“ i.S.d. § 47 MStGB fand lediglich strafmildernde Berücksichtigung. Diese Norm, dem der Gedanke der beschränkten Verantwortlichkeit zugrunde lag und deren Problematik darin bestand, dem Ausführenden die Gewissheit, dass mit dem Befehl eine strafbare Handlung bezweckt werden sollte, nachzuweisen, stimmte allerdings nur teilweise mit den Rechtsgrundsätzen der Kulturstaaten überein. Dort wurde grundsätzlich die Verantwortlichkeit bereits bei offensichtlicher Rechtswidrigkeit des Befehls verankert. § 47 MStGB kann daher nicht als völkergewohnheitsrechtliche Norm anerkannt werden. Einen Fortschritt für die völkerstrafrechtliche Entwicklung hätte dann im Rahmen des Zweiten Weltkriegs durch die Nürnberger Verfahren erzielt werden können. Einerseits erklärten die diesbezüglich eingerichteten Kommissionen, dass die Behandlung der Berufung des Handelns auf Befehl im Einzelfall zu entscheiden seien, andererseits war in allen Rechtsordnungen sowohl die Ablehnung der unbedingten Unverantwortlichkeit des Befehlsempfängers als auch die der unbedingten Verantwortlichkeit verankert. Die Nürnberger Verfahren basierten auf dem Viermächteabkommen über die Verfolgung und Bestrafung der Hauptkriegsverbrecher mit dem Statut für den Internationalen Militärgerichtshof vom 08.08.1945, dessen Art. 8 zufolge ein Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Untergebenen beim Einwand des Handelns auf Befehls nicht in Betracht kommt. Dieser Einwand konnte allenfalls strafmildernd berücksichtigt werden. Bezüglich dieser Norm wurde jedoch festgestellt, dass die vom Gerichtshof aufgestellte Behauptung, dass die Bestimmungen dieses Artikels mit dem Recht aller Nationen in Einklang stünden, aufgrund der Verschiedenheit der nationalen Rechtsordnungen unzutreffend ist.

Des weiteren war zum damaligen Zeitpunkt kein Völkerrechtssatz existent, der die Verantwortlichkeit des Untergebenen durch die fehlende Anerkennung des Handelns auf Befehl in solch einem Umfang wie durch Art. 8 IMT-Statut ausgeweitet hat. Im

Ergebnis konnten daher Art. 8 IMT-Statut und den Entscheidungen des Internationalen Militärgerichtshofs keine Bedeutung für die Aufstellung neuer völkerrechtlicher Grundsätze beigemessen werden. Vergleichbar mit Art. 8 IMT-Statut war auch in den Verfahren vor den Ad-hoc-Gerichten der UNO beim Jugoslawien-Tribunal durch die Regelung des Art. 7 Abs. 4 ICTY höchstens eine Strafmilderung, aber kein Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit denkbar, wobei festzuhalten ist, dass – entgegen der Behauptung des Tribunals – auch zum Zeitpunkt der Rechtsprechung dieser Gerichte keine internationale Übereinstimmung im Hinblick auf die Problematik des Handelns auf Befehl bestand.

Demzufolge handelte es sich sowohl bei den Erklärungen des Militärgerichtshofs in den Nürnberger Verfahren als auch bei dem Hinweis der Ad-hoc-Gerichte der UNO, dass dem Handeln auf Befehl grundsätzlich keine strafausschließende Wirkung zukomme und sich dieses aus einer Analyse der internationalen Spruchpraxis ergebe⁵³⁴, lediglich um eine reine Behauptung, deren Begründung die Gerichte jedoch in beiden Fällen schuldig geblieben sind.

Die verkannte Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung wird beispielweise am Fall *Calley*⁵³⁵ ersichtlich, in dem die Berufung auf das Handeln auf Befehl nicht von vornherein ausgeschlossen, sondern davon abhängig gemacht wurde, ob der Beschuldigte die Rechtswidrigkeit des Befehles erkannt habe und ob - im Falle der negativen Beantwortung dieser Ausgangsfrage - er die Rechtswidrigkeit des Befehles hätte erkennen müssen. Der Fall *Calley* hatte das My Lai Massaker aus dem Jahre 1968, welches im Zuge des Vietnamkrieges begangen wurde, zum Gegenstand. Bei diesem Massaker tötete die 11. Brigade der US-amerikanischen Streitkräfte mindestens 175 wehrlose Zivilisten, die sich in dem Dorf My Lai befanden, zerstörte ferner die Häuser und die Lebensmittelvorräte des Dorfes. Allein gegen sechs der hundert beteiligten Soldaten wurde ein Verfahren eröffnet. Nur im Verfahren *Calley* kam es zu einer Verurteilung. Das Gericht stellte unabhängig von der Frage, ob es überhaupt einen Tötungsbefehl eines Vorgesetzten gegeben hat oder nicht, fest, dass *Calley* hätte wissen müssen, dass er die wehrlosen Dorfbewohner nicht hätte töten

⁵³⁴ *Klip/Sliuter*, S. 515, para. 52.

⁵³⁵ *United States v. Calley*, 46 C.M.R. 1131 (ACMR 1973); *United States v. Calley*, 22 U.S.C.M.A. 534, 48 C.M.R. 19 (1973); *Calley v. Callaway*, 382 F. Supp. 650 (1974); *Calley v. Callaway*, U.S. Court of Appeals for Fifth Circuit, 10 September 1975, allesamt in: *Goldstein/ Marshall/ Schwartz*, S. 475 - 573.

dürfen⁵³⁶. Mithin konnte das Handeln auf Befehl im damaligen Fall - was im Ergebnis zu begrüßen ist - keine strafausschließende Wirkung entfalten.

3. **Opinio iuris**

a. **International Law Commission (ILC) - Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind⁵³⁷**

Rechtsquellen besonderer Art bilden die Ergebnisse und Beschlüsse von so genannten Governmental (IGO's) und Non-Governmental Organisationen (NGO's). Diese sind in Art. 38 I IGH-Statut nicht als Rechtsquelle eigener Art genannt, bedürfen auf Grund der wachsenden Bedeutung für den internationalen Rechtsbildungsprozess dennoch der besonderen Beachtung und sind insbesondere für die vorliegend behandelte Frage der opinio iuris mittelbar heranzuziehen⁵³⁸. ILC-Entwürfe können zudem zur Entwicklung des Völkerstrafrechts beitragen, soweit diese von den einzelnen Staaten ratifiziert werden.

Die ILC wurde am 11.12.1946 als Nebenorgan der UNO unter dem Eindruck der Nürnberger Verfahren mit der Aufgabe betraut, die fortschreitende Entwicklung des Völkerstrafrechts zu fördern sowie seine Kodifizierung zu begünstigen. Am 21.11.1947 beauftragte die Generalversammlung der UNO die ILC damit, einen Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind zu entwerfen. Dieses zählt zu den wichtigsten Arbeiten der ILC hinsichtlich des Schaffens eines Völkerstrafgesetzbuches, welches bis zum heutigen Tage zahlreiche Veränderungen erfahren hat. Das Ergebnis der Verhandlungen war ein Entwurf, der sieben Grundsätze enthielt, die an das IMT-Statut angelehnt waren. Art. IV des Entwurfs von 1951 lautete:

„The fact that a person acted pursuant to order of his Government or of a superior does not relieve him from responsibility under international law, provided a moral choice was in fact possible to him.”⁵³⁹

Ein Strafausschluss schien durch diese Regelung folglich ausgeschlossen. Dieser Entwurf wurde in den Folgejahren überarbeitet und 1954 in abgeänderter Form angenommen und lautete sodann:

⁵³⁶ Calley v. Callaway, U.S. Court of Appeals for Fifth Circuit, 10. September 1975, allesamt in: Goldstein/ Marshall/ Schwartz, S. 556 - 573.

⁵³⁷ Bis 1987 lautete die offizielle Bezeichnung: Draft Codes of Offences against the Peace and Security of Mankind.

⁵³⁸ Vgl. zur Unterscheidung von Governmental und Non-Governmental Organizations die Ausführungen unter A.I.

⁵³⁹ 6 U.N. GAOR, Supp.No. 9, S. 13.

„The fact that a person charged with an offence defined in this code acted pursuant to an order of his Government or of a superior does not relieve him of responsibility in international law if, in the circumstances at the time, it was possible for him not to comply with that order.⁵⁴⁰”

Verwirrung löst der Wortlaut aus, insofern nunmehr auf die Umstände des Befehls abgestellt werden sollte. Grundsätzlich besteht zwar die Möglichkeit, dass ein Befehl unter Umständen erteilt wird, die den Zustand des Notstandes - mithin eine Notstandslage - begründen können und die dem Untergebenen neben dem Einwand des Handelns auf Befehl die Möglichkeit der Berufung auf den Notstand geben. Beide Strafausschließungsgründe sind jedoch von einander zu trennen. Darüber hinaus bleibt die Frage, welche Tatumstände die freie Wahl ausschließen bzw. ermöglichen sollen, unbeantwortet. Im Ergebnis kann dieser Entwurf nicht als besonders geglückt bezeichnet werden, zumal er als Resultat nicht etwa zur Erhellung der Befehlsproblematik führte, sondern vielmehr zusätzliche Unklarheiten schuf. Dennoch scheint dieser Entwurf aus dem Jahre 1954 das Prinzip der beschränkten Verantwortlichkeit zuzulassen, obwohl die Vermengung des Handelns auf Befehl mit dem Notstand durch die Hinzufügung des Umstandsmomentes („in the circumstances at the time“) zu der Annahme verleiten könnte, dass dem Handeln auf Befehl auch in dieser Fassung keine Bedeutung als selbstständiger Strafausschließungsgrund zukommt⁵⁴¹. Eine weitere Veränderung hinsichtlich des Handelns auf Befehl erfuhr der Draft Code im Jahre 1984. Nach Art. 9 sollte die Strafbarkeit nunmehr entfallen, wenn „a moral choice was in fact not possible for the perpetrator⁵⁴²“. Aber auch diese Fassung sollte nicht von fortwährender Dauer sein. Der Entwurf des ILC-Draft Code von 1991 kehrte mit Art. 11 zu der verwirrenden Formulierung aus dem Jahre 1954 zurück. Mit der Änderung des Draft Code anno 1996 näherte sich die ILC der Ursprungsfassung aus dem Jahre 1951 an. Eine Berufung auf das Handeln auf Befehl sollte nunmehr nicht mehr als Strafausschließungsgrund in Betracht kommen, sondern allenfalls als Strafmilderung. In der Kommentierung bezog sich die ILC ausdrücklich auf Art. 8 IMT-Statut. Art. 5 des Draft Code 1996⁵⁴³ lautet letztlich:

⁵⁴⁰ 9 U.N. GAOR, Supp.No. 9, S. 11.

⁵⁴¹ vgl. *Fuhrmann*, S. 111.

⁵⁴² *Triffterer*, Völkerrecht, S. 196 (S. 240).

⁵⁴³ Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind (Report of the International Law Commission on the work of its 48th Sess., 06.05.-26.06.1996, A/CN.4/L.532)

„The fact that an individual charged with a crime against the peace and security of mankind acted pursuant to an order of a Government or a Superior does not relieve him of criminal responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if justice so requires⁵⁴⁴.“

Schließlich bleibt nach der Betrachtung der Arbeitsergebnisse der ILC festzustellen, dass das Konglomerat der einzelnen Entwürfe nicht dazu beitragen kann, eine eindeutige Tendenz aufzuzeigen. Sicherlich - und dies löst wenig Verwunderung aus - wird dem Handeln auf Befehl in keinem der Entwürfe eine unbedingte strafausschließende Wirkung beigemessen. Ob jedoch dem Handeln auf Befehl, wie in der letzten Fassung des Draft Code, lediglich eine Strafmilderung beigemessen werden soll oder ob auch eine strafausschließende Wirkung des Vorgesetztenbefehls in Betracht kommt, kann aufgrund des Mangels an Kontinuität nicht beantwortet werden.

b. Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali - Siracusa Draft

Nach Vorlage des ILC Draft Statute wurde dieses durch eine Expertenkommission auf Initiative von *Bassiouni*, *Eser* und *Shibahara* in Siracusa, Italien überarbeitet. Zunächst wurde 1995 das Siracusa-Draft ausgearbeitet. Diese enthielt noch keine differenzierten Regelungen zu den einzelnen Punkten, sondern vielmehr eine Art „to do“-Liste („Open questions and elements to be regulated in a general Part“) zur Ausarbeitung eines Allgemeinen Teils auf dem Weg zu einem universellen Strafrecht. Aus dem Siracusa-Draft ist am 15.03.1996 das Updated-Siracusa-Draft (Siracusa-Draft II)⁵⁴⁵ hervorgegangen. Erst dieser enthielt allgemeine Regelungen, die auf einem im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht erarbeiteten Entwurf eines Allgemeinen Teils beruhten („MPI-AT-Entwurf“). Die einschlägige Vorschrift Artikel 33-16 (Superior Order) des Updated-Siracusa-Draft lautet wie folgt:

„1. A person acting pursuant to an order of a government or a superior, whether military or political, is not relieved of criminal responsibility, if the order appears to be manifestly unlawful and the person at a greater risk to himself has no alternative but to obey, or has no other moral choice. In such cases the norms of Articles 33-13⁵⁴⁶ and 33-15⁵⁴⁷ shall apply.“

⁵⁴⁴

⁵⁴⁵ 1994 ILC Draft Statute for an International Criminal Court with suggested modifications (Updated Siracusa Draft), prepared by a Committee of Experts, Siracusa / Freiburg i.Br. / Chicago, 15.03.1996.

⁵⁴⁶ Necessity, coercion, duress.

⁵⁴⁷ Mistake of law or fact.

2. A superior order may be considered in mitigation of punishment.”

Diese Formulierung ist auf den ersten Blick - zumindest bei wörtlicher Übersetzung - verwirrend, denn es scheint so, als ob ein Strafausschluss für den Untergebenen selbst dann nicht in Betracht kommt, wenn er keine andere Handlungsalternative gehabt hat. In solchen Fällen sollen aber die Vorschriften zum Notstand und zum Irrtum Anwendung finden. Folglich kann die Formulierung in Artikel 33-16 des Updated-Siracusa-Draft nur so verstanden werden, dass dem Handeln auf Befehl grundsätzlich keine strafausschließende Wirkung zukommen kann, es dementsprechend als Defence per se ausscheidet. Diesen Schluss legt auch der dem Updated-Siracusa-Draft zugrunde liegende MPI-AT-Entwurf nahe. Darin heißt es in der entsprechenden Vorschrift Artikel 33 o:

„1. A person acting pursuant to an order of a government or a superior is not relieved of punishability, unless such order results in coercion or duress, mistake of fact or law.

2. A superior order may be considered in mitigation of punishment if justice so requires.”

Dessen ungeachtet vermag die Behandlung des Handelns auf Befehl im Updated-Siracusa-Draft nicht zu überzeugen. Neben der umständlichen Formulierung, widerspricht es zudem der Systematik, das Handeln auf Befehl grundsätzlich als Defence per se ausschließen zu wollen, obwohl es neben dem Notstand und Nötigungsnotstand - zumindest auf den ersten Anschein – als eigenständige Defence formuliert wird.

c. Association Internationale de Droit Pénal (AIDP) - Draft International Criminal Code

Die AIDP ist eine 1924 ins Leben gerufene Organisation des französischen Rechtskreises, deren Arbeit - ebenso wie jene der ILC - dem Schaffen eines universellen Strafrechts dient. Auch diese wissenschaftliche Organisation hat 1980 einen Vorschlag zu einem Völkerstrafgesetzbuch gemacht, der 1987 von *Bassiouni* überarbeitet wurde. Die im vorliegenden Fall interessierende Norm hinsichtlich der Frage des Handelns auf Befehl hat durch die Überarbeitung von *Bassiouni* keine Änderung erfahren und lautet in beiden Entwürfen:

„A person acting in obedience to superior orders shall not be exonerated from responsibility for his conduct if he could have reasonably known that his conduct constituted a crime and he had a moral choice in refusing to obey the order.“⁵⁴⁸”

Diese Vorschrift lässt den Strafausschluss ausdrücklich zu. Insoweit werden objektive und subjektive Voraussetzungen - begrüßenswerterweise - miteinander verknüpft. Ein Strafausschluss kommt demnach nur in Betracht, wenn der Untergebene erkennen konnte, dass sein Verhalten einen Verbrechenstatbestand erfüllt und ferner eine „moral choice“ fehlte. Mithin nimmt die Vorschrift abweichend von Art. 8 IMT-Statut ausdrücklich Bezug auf den „moral choice test“.

Das Handeln auf Befehl soll dennoch keine eigenständige Defence darstellen. Der Hinweis von *Nill-Theobald*⁵⁴⁹ hinsichtlich der Ähnlichkeit der Formulierungen der Vorschriften bezüglich des Handelns auf Befehl im Rahmen des Draft International Criminal Code und des Updated-Siracusa-Draft ist trotz des durchaus vertretbaren Ergebnisses verwirrend. Anders als in Art. 33-16 des Updated-Siracusa-Draft wird vorliegend die Berufung auf ein Handeln auf Befehl gerade nicht bereits vom Wortlaut ausgeschlossen⁵⁵⁰. Folglich liegt der Schluss nahe, dass das Handeln auf Befehl im Draft International Criminal Code anders als Updated-Siracusa-Draft als eigenständige Defence anerkannt werden sollte. Allerdings soll ein Strafausschluss nur dann in Betracht kommen, wenn der Untergebene die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens vernünftigerweise nicht erkennen konnte („have reasonably known“) und keine moralische Wahl hatte („had a moral choice in refusing to obey the order“), die Befehlsausführung zu verweigern. Ist nach alledem die Rechtswidrigkeit des Befehls vernünftigerweise nicht zu erkennen, stellt sich konsequenterweise die Frage, ob ein Strafausschluss nicht vielmehr aufgrund eines Irrtums des Untergebenen einschlägig ist. Wird diese Frage bejaht, so greift letzten Endes nicht etwa das Handeln auf Befehl, sondern vielmehr der Irrtum als Defence ein. Darüber hinaus indiziert das moral choice Kriterium eine Situation des Nötigungsnotstandes, so dass der Umstand des Handelns auf Befehl erneut lediglich im Rahmen einer anderen Defence Beachtung findet.

⁵⁴⁸ *Bassiouni*, International Criminal Code, S. 109.

⁵⁴⁹ *Nill-Theobald*, Defences, S. 79.

⁵⁵⁰ *Ambos*, Völkerstrafrecht, § 14 I 2 b, aa.

d. International Law Association (ILA) - Draft Statute for an International Criminal Court and to the Statute for an International Commission of Criminal Inquiry

Die ILA ist eine Juristenkommission, die bereits 1873 auf eine amerikanische Initiative hin gegründet wurde. Ursprüngliches Ziel der Kommission war die Ausarbeitung eines „Code of International Law“. Die Kommission legte 1990 das „Protocol II to the Statute for an ICC and to the Statute for an International Commission of Criminal Inquiry containing Defences“ vor. Dieser Entwurf unterscheidet, an die deutsche Verbrechensdogmatik anlehnd, zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen sowie Regelungen, die die strafrechtliche Haftung als solche betreffen. Als Rechtfertigungsgrund wird u. a. das Handeln auf Befehl betrachtet. Nachdem das Handeln auf Befehl im anfänglichen Entwurf aus dem Jahre 1988 noch jeden Untergebenen rechtfertigen sollte, der aufgrund eines Befehls gehandelt hat und dessen Rechtswidrigkeit nicht kannte oder den Befehl nicht für offensichtlich rechtswidrig hielt, wurden die Voraussetzungen, unter denen ein Berufen auf das Handeln auf Befehl in Betracht kommen sollte, neu gefasst⁵⁵¹. Die diesbezügliche Vorschrift lautet nunmehr wie folgt:

„Obedience to superior orders does not constitute a justification per se, but it can be taken into consideration in conjunction with other facts of the case in the context of Excuses, Mistake of Fact, Mistake of Law, Duress.“⁵⁵²

Folglich soll das Handeln auf Befehl nicht als eigenständige Defence anerkannt werden („does not constitute a justification per se“), sondern nur im Zusammenhang mit dem Irrtum oder Nötigungsnotstand, die ihrerseits als Entschuldigungsgründe klassifiziert werden.

III. Der Meinungsstand der Wissenschaft

1. act-of-State doctrine

Handeln auf Befehl und die act-of-State doctrine bilden Pendants. Insbesondere vor Beginn des Ersten Weltkrieges galt die so genannte act-of-State doctrine praktisch unbestritten. Als Subjekt des Völkerrechts, d.h. als Träger von Rechten und Pflichten, galten nur die Staaten. Dieser Rechtsgrundsatz bedingt die grundsätzlich alleini-

⁵⁵¹ „Protocol II to the Statute for an ICC and to the Statute for an International Commission of Criminal Inquiry containing Defences“ 63rd Conference; *Ambos*, Völkerstrafrecht, § 14 II 2 a.

⁵⁵² „Protocol II to the Statute for an ICC and to the Statute for an International Commission of Criminal Inquiry containing Defences“ 64th Conference.

ge völkerrechtliche Deliktsfähigkeit der Staaten. Handlungen von Organen eines Staates oder durch von solchen Organen beauftragte andere Personen galten als Völkerrechtsverletzung durch den Staat, so dass im Falle der Verletzung des Völkerrechts durch ein Organ oder durch eine autorisierte Einzelperson dem ungeachtet die alleinige Verantwortung des betreffenden Staates gegeben war⁵⁵³. Die Einzelperson war hingegen nicht haftbar bzw. verantwortlich zu machen. Folglich ist der Problematik des Handelns auf Befehl vor dem Hintergrund der act-of-State doctrine keine Bedeutung beizumessen. Insoweit ist jedoch festzustellen, dass diese Doktrin heute keine Gültigkeit mehr beanspruchen kann.

2. Das Handeln auf Befehl als grundsätzlicher Strafausschließungsgrund - respondeat superior

Nach dem Ersten Weltkrieg galt insbesondere die Theorie des respondeat superior, die darauf abstellte, dass einem Befehl unbedingter Gehorsam zu leisten sei und demnach ein Kriegsverbrechen nur begangen werden könne, wenn kein Befehl des Vorgesetzten oder der Regierung gegeben war. Im Wesentlichen wurde die Theorie mit dem Vorrang des nationalen Rechts, welches dem Untergebenen Gehorsam abverlange, der fehlenden Kompetenz des Untergebenen zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Befehlen und der subjektiven Unmöglichkeit der Befehlsverweigerung des Untergebenen begründet.

Die im Wesentlichen auf die Ausführungen von *Oppenheimer* zurückzuführende Theorie der respondeat superior vermag nicht zu überzeugen. Sicherlich besteht ein internationales Interesse daran, dass die Disziplin und Ordnung in nationalen Armeen aufrechterhalten wird. Auch darf nicht verkannt werden, dass der Untergebene im Regelfall nur eine begrenzte Kompetenz hinsichtlich der Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Befehlen hat. Diesem Umstand ist umso mehr Beachtung zu schenken, wenn der Untergebene in einem indoktrinierten System aufgewachsen ist, in dem eine kritische Auseinandersetzung mit dem System gar nicht oder nur schwerlich möglich war. Allerdings finden auch die aufgezeigten Aspekte ihre Grenzen, da anderenfalls jedes internationale Verbot von Kriegsverbrechen durch nationale Befehle aus den Angeln gehoben werden könnte⁵⁵⁴.

Ferner vermag auch der Verweis der Befürworter der respondeat superior Theorie auf die subjektive Unmöglichkeit der Befehlsverweigerung die Strafbefreiung nicht

⁵⁵³ *Fuhrmann*, S. 30 f.; *Nil-Theobald*, *Defences*, S. 67.

⁵⁵⁴ *Eser*, S. 761.

zu rechtfertigen. Anderenfalls würde damit der Soldat zu blindem Gehorsam ohne eigene Verantwortlichkeit degradiert mit der moralisch nicht vertretbaren Folge, dass er bei Verweigerung eines kriegsverbrecherischen Befehls zwangsläufig Strafe zu befürchten hätte⁵⁵⁵. Letztlich käme es für den Fall der Flucht oder des Todes der kriegsverbrecherischen Befehlshaber zu nicht vertretbaren Ergebnissen, da aufgrund der absoluten Straffreiheit der tatusführenden Befehlsempfänger das verübte Kriegsverbrechen praktisch nicht sanktioniert würde. Den Befürwortern dieser Theorie ist es gemeinsam, dass die Erklärungen von einer totalitären Sichtweise geprägt sein zu scheinen. Exemplarisch sei auf *Hobbes* verwiesen, der sagt:

„... das, was Recht und Unrecht ist, kommt von dem Recht des Herrschers. Was mit- hin ein rechtmäßiger König gebietet, macht er durch seinen Befehl zu dem Rechten, und was er verbietet, durch das Verbot zu dem Unrechten. Wenn dagegen die einzel- nen Bürger das Urteil über das Gute und Böse für sich beanspruchen, so wollen sie soviel wie der König sein, was mit der Wohlfahrt des Staates sich nicht verträgt. ... Wenn ich auf Befehl etwas tue, was für den Befehlenden eine Sünde ist, so begehe ich, wenn ich es tue, keine Sünde sofern der Gebietende mein Herr von Rechts we- gen ist. Wenn ich z. B. auf Befehl meines Staates in den Krieg ziehe, so tue ich damit kein Unrecht, wenn auch meiner Meinung nach der Krieg mit Unrecht begonnen ist; vielmehr täte ich Unrecht, wenn ich den Kriegsdienst verweigerte und mir die Ent- scheidung über Recht und Unrecht anmaßen würde, die allein dem Staate ge- bührt.“⁵⁵⁶

Van Bynkershoeck teilt diese Ansicht und äußert sich dahingehend wie folgt:

„Wenn ein Souverän den Krieg erklärt und befiehlt Truppen auszuheben, sollen dann die Betroffenen zuerst erwägen, ob der Krieg gerecht ist oder nicht, und sollen sie gehorchen, wenn sie entscheiden, er sei gerecht, und den Gehorsam verweigern, wenn sie entscheiden, er sei ungerecht?“⁵⁵⁷

Zu bedenken ist, dass diese Ansichten in Unkenntnis der Gräueltaten des Dritten Reiches formuliert wurden, das ein bislang nicht gekanntes Ausmaß an menschen- verachtenden Verbrechen zu Tage kommen ließ. Die Notwendigkeit der zumindest eingeschränkten Eigenverantwortlichkeit liegt auf der Hand. Das Prinzip der unbedingten Nichtverantwortlichkeit des Untergebenen hätte die Wehrlosigkeit gegen

⁵⁵⁵ ebd.

⁵⁵⁶ *Hobbes*, S. 193 f.

⁵⁵⁷ *Van Bynkershoeck*, Cornelius „*Quaestionum juris publici libri duo*“ (1737), *The Classics of Inter- national Law* No. 14, Bd. II, S. 154.

noch so willkürliche und verbrecherische Befehle zur Konsequenz. Sie bewirkt, dass die Macht, Befehle zu geben, und die Rechtmäßigkeit der Befehle im Ergebnis gleichgestellt werden. Zudem führt die Befreiung des Untergebenen von jeder Verantwortung dazu, dass dieser zu einem gedanken- und willenslosen Werkzeug degradiert wird. Dies steht jedoch im Widerspruch zu der Würde des Menschen, die zumindest nach hiesigem und freiheitlich, demokratischem Rechtsverständnis unantastbar ist. Konsequenterweise änderte *Oppenheim* – der einer der wenigen namenhaften Anhänger des Prinzips der unbedingten Nichtverantwortlichkeit des Untergebenen in der modernen Völkerrechtswissenschaft war - seine Ansicht entgegen der ursprünglich verfolgten Theorie der *respondeat superior* noch vor Beendigung des Zweiten Weltkriegs und Beginn der Nürnberger Verfahren.

Nach alledem hat diese Theorie in der völkerrechtswissenschaftlichen Gegenwart keine Bedeutung mehr.

3. Die unbedingte Verantwortlichkeit der Befehlsempfänger - absolute liability

Das genaue Gegenstück zur *respondeat liability doctrine* stellt die Theorie der *absolute liability* dar, wonach das Handeln auf Befehl für die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Untergebenen ohne Berücksichtigung bleibt. Dieser Ansatz wird damit begründet, dass für den Untergebenen von vornherein nur die Pflicht zur Ausführung rechtmäßiger Befehle bestehe. Überdies wird angeführt, dass es lediglich bei einer „Ursprungskausalität“ bleibe, wenn durch die Berufung auf einen Befehl jegliche Eigenverantwortung stufenweise bis zum letzten Befehlshaber weggeschoben werden könne. Soweit auf die Pflicht der Soldaten verwiesen wird, nur rechtmäßige Befehle ausführen zu müssen, wird verkannt, welcher Drucksituation sich der Soldat durch die Einbindung in hierarchische Befehlsketten ausgesetzt sehen kann⁵⁵⁸. Dabei kann von dem Untergebenen nicht verlangt werden, die Rechtmäßigkeit eines Befehls im Einzelfall beurteilen zu müssen, um einer etwaigen strafrechtlichen Verantwortlichkeit zu entgehen. Eine derartige Pflicht würde zudem nicht den Besonderheiten der militärischen Strukturen Rechnung tragen, der die grundsätzliche Gehorsamspflicht immanent ist.

Auch das Vorbringen, dass die Berufung auf einen Befehl zu einer Ursprungskausalität führe und somit jede Eigenverantwortung stufenweise weggeschoben werde,

⁵⁵⁸ *Nill-Theobald*, Defences, S. 71; *Eser*, S. 762.

vermag nur dann zu überzeugen, wenn man dem Handeln auf Befehl grundsätzlich strafbefreiende Wirkung beimessen will. Darüber hinaus leidet die Theorie der „absolute liability“, wie auch die Theorie der respondeat superior, daran, dass - ohne jegliche Berücksichtigung der subjektiven Gut- oder Bösgläubigkeit des Täters - nur abstellend darauf, ob ein Befehl gegeben wurde oder nicht, über den Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit entschieden werden soll. So soll nach der einen Theorie „superior order“ im Falle eines Befehles immer eine Defence gegeben sein, wohingegen die entgegengesetzte Theorie eine solche Defence nicht zulassen will, wobei das kriminelle Bewusstsein in beiden Fällen völlig außer Acht gelassen wird.

4. Die beschränkte Verantwortlichkeit der Befehlsempfänger - Theorien der conditional liability

Zwischen der Theorie des respondeat superior und der Theorie der absolute liability stehen die Theorien der conditional liability.

a. Theorie des Manifest Illegality Principle

Das manifest illegality principle schließt die Berufung auf den höheren Befehl als Strafausschließungsgrund nur dann aus, wenn der Befehl offensichtlich unrechtmäßig war. Das manifest illegality principle versucht auch den Vorwurf zu umgehen, der sowohl gegen die Theorie des respondeat superior als auch gegen die der absolute liability gerichtet war, sie würden nicht das Element der mens rea, des kriminellen Bewusstseins, berücksichtigen. Die Prüfung, inwieweit ein Befehl offensichtlich illegal war, soll gemäß der Theorie vom manifest illegality principle gleichzeitig die Prüfung der mens rea sein. Die Theorie vom manifest illegality principle stützt sich darauf, dass das Verbot der Befolgung offensichtlich verbrecherischer Befehle ein allgemein anerkannter Rechtsgrundsatz im Sinne des Art. 38 lit. d IGH-Statut sei.

Es stellt sich jedoch die Frage, wann ein Befehl offensichtlich illegal ist? Das Kriterium der Offensichtlichkeit könnte sich allein nach objektiven Kriterien, nämlich am Maßstab eines objektivierten Dritten, festmachen lassen⁵⁵⁹, oder aber an subjektiven Kriterien. Insoweit wäre nicht etwa nur auf einen objektivierten Dritten, sondern auch auf in der Person des Täters liegende Umstände, Kenntnisse und Fähigkeiten⁵⁶⁰, abzustellen. Eine allgemein gültige Definition oder Auslegungsregel hinsichtlich des Offensichtlichkeitserfordernisses ist bislang nicht gegeben.

⁵⁵⁹ *Dinstein*, S. 26 f. unter Angabe umfassender Literatur.

⁵⁶⁰ *ebd.* S. 27 f.

In dem Verfahren gegen *Adolf Eichmann* vor dem Jerusalemer Bezirksgericht (1961/62) erhob der Angeklagte den Einwand des Handelns auf Befehl. Dieser wurde unter dem Hinweis auf dessen fehlende völkerrechtliche Anerkennung bei „augenscheinlich unrechtmäßigen“ („manifestly unlawful“) Befehlen verworfen⁵⁶¹. Von den israelischen Militärgerichten wurde hinsichtlich dieser Frage folgende Definition herangezogen, wonach „... das Kennzeichen eines augenscheinlich unrechtmäßigen Befehls ... wie eine schwarze Fahne über dem erteilten Befehl wehen muss, wie ein Warnungszeichen, welches besagt: > Verboten! < ...“⁵⁶². Von Bedeutung ist insofern die Kritik, dass die vom manifest illegality principle verlangte Bewertung einer Handlung als offensichtlich illegal, die Möglichkeit des Befehlsempfängers, diese Rechtswidrigkeit zu erkennen, völlig unberücksichtigt lässt.

b. Theorie des Personal Knowledge Principle

Eng verwandt mit der Theorie vom manifest illegality principle und von dieser in dem Bemühen, deren Schwächen zu überwinden, abgeleitet ist die Theorie vom personal knowledge principle⁵⁶³. Diese Theorie zielt nicht mehr auf die Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit des Befehls ab, sondern auf die Erkenntnis dieser Rechtswidrigkeit durch den Befehlsempfänger. Damit ist jedoch ein Weg eröffnet, der unter dem Bruch des Grundsatzes *ignorantia juris non excusat* die Unkenntnis des Rechts zum Strafausschlussgrund erhebt⁵⁶⁴. Wenn die Unkenntnis des Rechts nicht als von der Verantwortung befreiend anerkannt werden soll, bleibt dem Ausführenden eines völkerrechtswidrigen Befehls nur der Verweis darauf, dass er glaubte, der ihm erteilte Befehl sei völkerrechtsgemäß. Damit verlässt er jedoch die Berufung auf Handeln auf höheren Befehl und begibt sich auf das Feld der Berufung auf einen Irrtum⁵⁶⁵. Ähnlich der Theorie des respondeat superior, die die Frage des Handelns auf Befehl mit der des Notstandshandelns vermischt, verweist die Theorie vom personal knowledge principle letztendlich auf ein anderes Problem, hier auf die Irrtumsproblematik.

c. Theorie des Mens Rea Principle

⁵⁶¹ *Ambos*, Völkerstrafrecht, § 5, 2 b, bb.

⁵⁶² *Ahrend*, S. 61 f.

⁵⁶³ *Dinstein*, S. 27 ff.

⁵⁶⁴ ebd., S. 30 f.

⁵⁶⁵ ebd., S. 36.

Das Problem des kriminellen Bewusstseins, der mens rea, wird von dieser Theorie in den Mittelpunkt gerückt. Durch das mens rea principle soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass das Handeln auf Befehl immer wieder mit der Notstandsproblematik und der Frage des Rechtsirrtums verbunden wird. Die Prüfung der Berufung auf einen Rechtsirrtum kann nach Ansicht ihrer Vertreter das Vorliegen eines Befehls nicht ignorieren⁵⁶⁶. Der Angeklagte wird oft darauf verweisen, dass er glaubte, dass seine Vorgesetzten eine rechtmäßige Entscheidung getroffen hätten. Bei der Prüfung, ob und wie ein Irrtum des Angeklagten zustande gekommen ist, sei das Vorliegen eines höheren Befehls als ein gleichgewichtiger Faktor neben den anderen zu prüfen⁵⁶⁷. Desgleichen im Falle des Notstandes. Das Vorliegen eines höheren Befehls kann ein Indiz für Notstandshandeln sein. Als gemeinsamer Nenner dieser beiden Strafausschließungsgründe, Notstand und Irrtum, wird das Fehlen der mens rea identifiziert⁵⁶⁸. Damit ist das Vorliegen eines höheren Befehls nicht mehr die zentrale Problematik in einem Verfahren wegen Kriegsverbrechen. Zentral zu prüfen ist nach dieser Theorie das Vorliegen der mens rea zum Tatzeitpunkt, und zu dieser Prüfung ist der höhere Befehl als ein Element unter anderen heranzuziehen.

Sowohl die Theorie des manifest illegality, des personal knowledge principle, als auch die mens rea Theorie differenzieren zwischen den beiden zuvor genannten Prinzipien, die zu einer unbedingten Verantwortlichkeit bzw. Nichtverantwortlichkeit des Untergebenen gelangen, indem das Unrechtsbewusstsein Geltung erlangt. Das manifest illegality principle schließt die Berufung auf das Handeln auf Befehl jedenfalls bei offensichtlicher Rechtswidrigkeit des Befehls aus und knüpft dadurch neben der objektiven Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Befehls an ein subjektives Element an, nämlich die Offensichtlichkeit⁵⁶⁹. Das Handeln auf Befehl bleibt freilich als Grund für den Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bestehen. Selbiges gilt für das personal knowledge principle.

Die mens rea Theorie differenziert zwischen den beiden zuvor Ansichten verstärkt nach dem subjektiven Element. Obwohl die Theorien der conditional liability durch die Berücksichtigung eines subjektiven Elementes Gemeinsamkeiten aufzeigen, bestehen mithin wesentliche systematische Unterschiede. Während nach der manifest illegality Theorie die Ausführung eines nicht offensichtlich rechtswidrigen Befehls

⁵⁶⁶ ebd., S. 76.

⁵⁶⁷ ebd., S. 76 f.

⁵⁶⁸ ebd., S. 87.

⁵⁶⁹ Jescheck, Bundeswehr, S. 78.

einen eigenständigen Strafausschließungsgrund darstellt, wird nach der mens rea Theorie ein Strafausschluss allein aufgrund des Befehls nicht anerkannt. Vielmehr werden weitere Umstände verlangt, die zu einem Fehlen des Vorsatzes, im Rahmen einer anderen Defence, etwa eines Irrtums oder eines Nötigungsnotstandes, führen⁵⁷⁰. Folglich stellt das Handeln auf Befehl lediglich ein Tatumstandsmoment im Rahmen einer anderen Defence dar, welches strafmildernd berücksichtigt werden kann, ohne jedoch selbst einen eigenständigen Strafausschließungsgrund darzustellen⁵⁷¹. Ohne an dieser Stelle eine Wertung dahingehend vorwegnehmen zu wollen und zu entscheiden, ob es begrüßenswert ist, das Handeln auf Befehl als Defence grundsätzlich anzuerkennen oder nur als Bestandteil eines anderen Strafausschließungsgrundes berücksichtigen zu wollen, ist der Weg der beschränkten Verantwortlichkeit - von welchem sowohl „manifest illegality“ als auch „mens rea“ gekennzeichnet sind - vorzugswürdig. Allein die Befürchtung mit den damit verbundenen moralischen Bedenken, dass dem Handeln auf Befehl die Eigenschaft als Defence eingeräumt wird, vermag es nicht zu rechtfertigen, diese von vornherein obligatorisch - d. h. ohne jegliche Berücksichtigung der subjektive Täterseite - auszuschließen.

5. Zwischenergebnis

Zusammenfassend bleibt festzustellen, dass es in der völkerrechtswissenschaftlichen Literatur nicht nur umstritten ist, in welchem Maße ein Berufen auf den Vorgesetztenbefehl möglich sein soll, d.h., ob das Handeln auf Befehl als möglicher Strafausschließungsgrund oder lediglich als Strafmilderungsgrund in Betracht kommt. Darüber hinaus besteht auch keine Einigkeit hinsichtlich der Frage, ob das Handeln auf Befehl überhaupt eine Defence darstellen soll oder lediglich im Rahmen von anderen Defences beachtet werden soll.

F. Artikel 33 IStGH-Statut - "Anordnung Vorgesetzter und gesetzlicher Vorschriften"

⁵⁷⁰ *Nill-Theobald*, Defences, S. 72 f.; *Eser*, S. 763; *Ambos*, Völkerstrafrecht, § 15 II 1; *Bassiouni*, Crimes Against Humanity, S. 437.

⁵⁷¹ *Nill-Theobald*, Defences, S. 72.

Nach der Regelung in Artikel 33⁵⁷² zur „superior order“, die für die Kernverbrechen des Statuts von größter praktischer Bedeutung ist⁵⁷³, kommt ein Strafausschluss nur ausnahmsweise in Betracht. Insbesondere die deutsche Delegation forderte die Zugrundelegung der absolute liability doctrine. Zur Begründung der Befürworter dieser Doktrin wurde darauf hingewiesen, dass diese im Londoner Abkommen zugrunde gelegt worden und die grundsätzliche strafrechtliche Verantwortlichkeit des Befehlsausführenden im Falle der Begehung von internationalen Verbrechen inzwischen Teil des Völkergewohnheitsrechts sei⁵⁷⁴. Die US Amerikanische Delegation favorisierte hingegen die Theorie der conditional liability und verwies dementsprechend auf nationale Case Law nach dem Zweiten Weltkrieg, welches den „Nürnberger Standard“ ersetzt habe⁵⁷⁵. Vielmehr seien die Untergebenen nach dem Völkergewohnheitsrecht nur dann strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen, wenn sie einen Befehl ausführen, der „manifestly illegal“ ist. Im Rahmen der Verhandlungen konnten die verschiedenen Standpunkte der Delegationen nicht in Einklang gebracht werden, so dass die beiden vorstehend bezeichneten doktrinären Ansätze schlicht in eine Norm zusammengefasst wurden. Im Ergebnis ist ein Kompromiss zustande gekommen, der hinter den „Nürnberger Standards“ liegt⁵⁷⁶. Auf der einen Seite kommt die Theorie der conditional liability zum Ansatz, indem ein Handeln dann zum Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit führen soll, wenn der Befehlsempfänger die Rechtswidrigkeit des Befehles nicht kannte und diese auch nicht offensichtlich war. Auf der anderen Seite folgt Artikel 33 Abs. 2 IStGH-Statut der Theorie der absolute liability, soweit die Verbrechen des Völkermordes oder des Verbrechens gegen die Menschlichkeit einschlägig sind. Die Vorschrift des Artikels 33 ist jedoch mit Blick auf § 5 WStG vergleichsweise eng gefasst.

Anders als § 5 WStG - wonach eine schuldhafte Tat im Falle der Begehung einer rechtswidrigen Tat auf Befehl nur ausnahmsweise angenommen wird - ist im vorliegenden Falle das Regel-Ausnahme-Prinzip genau umgekehrt (vgl. die englische Originalfassung: „... shall not relieve ... of criminal responsibility unless...“). *Triffte-*

⁵⁷² „(1) Die Tatsache, dass ein der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs unterliegendes Verbrechen auf Anordnung einer Regierung oder eines militärischen oder zivilen Vorgesetzten begangen wurde, enthebt den Täter nicht der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, es sei denn a) der Täter war gesetzlich verpflichtet, den Anordnungen der betreffenden Regierung oder des betreffenden Vorgesetzten Folge zu leisten, b) der Täter wusste nicht, dass die Anordnung rechtswidrig ist, und c) die Anordnung war nicht offensichtlich rechtswidrig. (2) Anordnungen zur Begehung von Völkermord oder von Verbrechen gegen die Menschlichkeit sind im Sinne dieses Artikels offensichtlich rechtswidrig.“

⁵⁷³ *Kreß*, HuV-I 1999, 4 (7).

⁵⁷⁴ *Gaeta*, EJIL 1999, 172 (188).

⁵⁷⁵ ebd.

⁵⁷⁶ *Ambos*, Internationales Strafrecht, S. 170.

rer⁵⁷⁷ entnimmt der generellen Regel „shall not relieve“ den Umstand, dass das Rom-Statut grundsätzlich von einer Strafbarkeit auch im Falle eines Handelns auf Befehl ausgeht. Daher sei das Handeln auf Befehl auch nicht dergestalt formuliert worden, dass es zunächst als klassische Defence ausgestaltet wurde und sodann durch Ausnahmen eingeschränkt werde. Dem ist zuzustimmen. Der Wortlaut der Vorschrift verdeutlicht, dass eine Berufung auf das Handeln auf Befehl für die in die Jurisdiktion des IStGH fallenden Verbrechen grundsätzlich ausgeschlossen sein soll. Nur ausnahmsweise entfällt die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Täters im Hinblick auf das Handeln auf Befehl, soweit weder der Völkermord noch das Verbrechen gegen die Menschlichkeit einschlägig sind. Es bedarf der Erfüllung dreier kumulativer Voraussetzungen, um in den Genuss des Ausschlusses der strafrechtlichen Verantwortlichkeit zu gelangen, wobei die ersten beiden Voraussetzungen positiver, die Letztere negativer Natur sind. Obwohl der Sinn der Vorschrift, nämlich die Erhaltung der (militärischen) Ordnung und Disziplin, einen Strafausschluss nur bei militärischen Befehlsstrukturen rechtfertigt, bezieht sich Artikel 33 IStGH-Statut sowohl auf militärische als auch auf zivile Anordnungen. Diesbezüglich ist es jedoch angezeigt, „nur eine „Anordnung von vergleichbarer tatsächlicher Bindungswirkung“ einem militärischen Befehl im engeren Sinne“⁵⁷⁸ gleichzustellen. Mit der erstmaligen und vorläufig abschließenden Kodifikation und Legaldefinition bestimmter Verbrechen wurde ferner auch an Rechtssicherheit gewonnen, denn nun ist verdeutlicht, welche Taten als schwere internationale Verbrechen einzustufen sind⁵⁷⁹.

I. Anordnung

Unter einer Anordnung i.S.v. Art. 33 ist jede mündliche oder schriftliche oder anderweitige, z.B. konkludent, geäußerte Bitte an einen Personenkreis sich in einer bestimmten Weise zu verhalten oder bestimmtes Verhalten zu unterlassen hat. Der Begriff sei nach *Triffterer* weit zu verstehen, was auf die anderen Bestimmungen des Absatzes 1, zurückzuführen sei⁵⁸⁰.

II. Voraussetzungen für einen Strafausschluss

⁵⁷⁷ *Triffterer*, Commentary on the Rome Statute, art. 33 Rn. 14; vgl. auch Cassese/ Gaeta/ Jones- Zimmermann, Chapter 24.2. VIII. A.

⁵⁷⁸ *Ambos*, Internationales Strafrecht, S. 169 unter Hinweis auf § 3 VStGB.

⁵⁷⁹ ebd., S. 170.

⁵⁸⁰ *Triffterer*, Commentary on the Rome Statute, art. 33 Rn. 17.

Der Täter ist nur dann nicht zu bestrafen, wenn die in a bis c aufgeführten Voraussetzungen *kumulativ* gegeben sind⁵⁸¹. Aufgrund der negativen Formulierung der Vorschrift, nämlich dem grundsätzlichen Ausschluss der Strafausschluss, ist davon auszugehen, dass den Untergebenen die Beweislast für das Vorliegen strafausschließender Voraussetzungen trifft⁵⁸².

1. Verpflichtung, den Anordnungen Folge zu leisten

Die Verpflichtung des Untergebenen, den Anordnungen einer Regierung, eines militärischen oder zivilen Vorgesetzten Folge zu leisten, muss bereits im Zeitpunkt der Tatbegehung bestanden haben. Dieses Erfordernis bezieht sich auf Befehle im Allgemeinen und nicht etwa darauf, ob eine gesetzliche Verpflichtung dazu bestand, den einschlägigen Befehl zur Begehung eines Kriegsverbrechens ausführen zu müssen⁵⁸³. Dabei ist vorauszusetzen, dass dem Befehlsgeber überhaupt das Recht zusteht, vom Empfänger Gehorsam zu verlangen⁵⁸⁴. Ferner muss zwischen dem Befehl und seiner Ausführung ein Kausalzusammenhang bestehen. Wer die Tat unabhängig vom Befehl begeht, kann sich nicht auf Artikel 33 berufen. Allerdings braucht der Befehl auch nicht der einzige Beweggrund für den Täter zu sein⁵⁸⁵. Ein Motivbündel ist insoweit unschädlich.

Die geforderte Gehorsamspflicht ergibt sich aus der jeweils einschlägigen nationalen Rechtsordnung. Schließlich handelt es sich bei der Verpflichtung, den Anordnungen Folge zu leisten, um ein objektives Erfordernis. Handelt der Täter in der irrigen Annahme, einen Befehl ausführen zu müssen, scheidet ein Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach Artikel 33 aus und es kommt allenfalls eine Straflosigkeit nach der Irrtumsregelung des Artikels 32 in Betracht⁵⁸⁶. Problematisch zu bewerten ist der Fall, wenn sich der Befehl auf Handlungen richtet, die für sich genommen harmlos wirken, sich jedoch in ein komplexes Gesamtsystem von kriminellen Maßnahmen einfügen. Nach *Clark* öffnet im Hinblick auf die Frage nach dem Vorliegen eines diesbezüglichen Irrtums bei Kriegsverbrechen der Ausdruck „unlawful“ in Art. 33 Absatz 1 lit. b und c die Tür für jegliche Arten von Fehlvorstellung hin-

⁵⁸¹ *Triffterer*, Commentary on the Rome Statute, art. 33 Rn. 25.

⁵⁸² *Ambos*, Internationales Strafrecht, S. 171.

⁵⁸³ *Triffterer*, Commentary on the Rome Statute, art. 33, Rn. 26.

⁵⁸⁴ *ebd.*, art. 33, Rn. 17.

⁵⁸⁵ *ebd.*, art. 33, Rn. 23.

⁵⁸⁶ *Cassese/ Gaeta/ Jones- Zimmermann*, Chapter 24.2. VIII. D.

sichtlich der rechtlichen Tragweite des Befehls und sogar des Verbotenseins der Handlung als solcher. Daher könne der Ausführende des Befehls durch Artikel 33 in wesentlich erheblicherem Umfang entlastet werden als durch Artikel 32⁵⁸⁷.

2. Unkenntnis des Täters von der Rechtswidrigkeit der Anordnung

Ein Strafausschluss nach Artikel 33 kommt für den Befehlsempfänger nur in Betracht, wenn er oder sie nicht wussten, dass die Anordnung rechtswidrig war. Die Frage der Rechtswidrigkeit der Anordnung ist anhand der einschlägigen Vorschriften des Rom-Statuts selbst zu beantworten. Auf die Frage, ob die Handlung auch nach dem betreffenden nationalen Recht rechtswidrig ist, kommt es nicht an⁵⁸⁸.

Kenntnis im Sinne des Artikels 33 Absatz 1 lit. b setzt voraus, dass der Täter erkennt, d. h. weiß bzw. als sicher voraussieht, dass die Anordnung rechtswidrig ist. Für den Fall, dass Zweifel an der positiven Kenntnis des Täters von der Rechtswidrigkeit der Anordnung bestehen, bedarf es des Nachweises der Kenntnis des Täters. Gelingt dieser Nachweis nicht, so ist die Voraussetzung der Unkenntnis der Rechtswidrigkeit als gegeben zu betrachten. Letztlich wird es - soweit die Beschuldigten den Einwand des Handelns auf Befehl erheben - nur schwerlich gelingen, den Nachweis zu führen, dass der oder die Beschuldigte(n) Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der Anordnung hatte(n). Der Nachweis der positiven Kenntnis des Beschuldigten wird ggf. unter Berücksichtigung der Umstände der Tat zu führen sein⁵⁸⁹.

3. Offensichtliche Rechtswidrigkeit der Anordnung

Vor dem Hintergrund, dass der Untergebene regelmäßig einer Gehorsamspflicht unterliegen wird und es schwerlich widerlegbar erscheint, dass dieser die Rechtswidrigkeit des Befehls nicht gekannt habe, kommt der Prüfung der Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit besondere Bedeutung zu.

Zunächst bedarf es der Beantwortung der Frage, ob die Offensichtlichkeit rein objektiv oder aber auch subjektiv zu bestimmen ist. Der Wortlaut der Vorschrift legt für eine rein objektive Auslegung Nahe („... *die Anordnung war nicht offensichtlich rechtswidrig*.“). Im Gegensatz zu § 5 WStG erfährt das Offensichtlichkeitserfordernis in Artikel 33 IStGH-Statut gerade keine Einschränkung nach den dem Täter bekannten Umständen. Allerdings lässt der Wortlaut auch nicht den Schluss zu, dass

⁵⁸⁷ Clark, ZStW 2002, 372 (401).

⁵⁸⁸ Cassese/ Gaeta/ Jones- Zimmermann, Chapter 24.2 VIII E.

⁵⁸⁹ ebd., Chapter 24.2. VIII. D.

eine subjektive Beurteilung der Offensichtlichkeit kategorisch ausgeschlossen sein soll. Ungeachtet dessen ist eine Beurteilung der Offensichtlichkeit ausschließlich nach objektiven Gesichtspunkten, nämlich in Form der Einschätzung eines objektivierten Dritten, zu erwarten. Denn die Kenntnis des Täters findet bereits im Rahmen von Artikel 33 Abs. 1 lit. b IStGH-Statut Berücksichtigung.

Es handelt sich folglich bei der Bestimmung der Offensichtlichkeit um ein objektives Element. Es kommt weder darauf an, ob der Untergebene besonders intelligent ist noch darauf, ob er eine besondere Erkenntnisfähigkeit besitzt⁵⁹⁰. Maßgebend ist, ob es für einen durchschnittlichen Untergebenen auf der Hand liegt, dass die Anordnung rechtswidrig war. Zur Beantwortung dieser Frage sind alle relevanten Umstände in Betracht zu ziehen. Allerdings sind solche Umstände auszuklammern, denen sich der Beschuldigte bei Begehung der Tat nicht bewusst war. Folglich ist die Frage aufzuwerfen, ob eine durchschnittliche Dritte Person die Rechtswidrigkeit in derselben Situation offensichtlich erkannt hätte⁵⁹¹. Abzustellen ist mithin darauf, ob selbst ein Laie mit lediglich vorhandenen Grundkenntnissen des humanitären Völkerrechts den Befehl als offensichtlich rechtswidrig erkannt hätte („Parallelwertung in der Laiensphäre“). Bedeutungslos für die aufgeworfene Fragestellung ist wiederum, wie sich die Rechtswidrigkeit nach dem betreffenden nationalen Recht beurteilt. Da es sich bei diesem Erfordernis um eine Schuldbegründende, eine die Defence widerlegende Tatsache handelt, obliegt die Beweislast den Verfolgungsbehörden⁵⁹². Verbleiben insoweit Zweifel, so ist zugunsten des Untergebenen davon auszugehen, dass die Anordnung nicht offensichtlich rechtswidrig war.

4. Offensichtliche Rechtswidrigkeit im Falle von Anordnungen zur Begehung von Völkermord oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit

Die Möglichkeit eines Strafausschlusses kommt nach Artikel 33 Absatz 2 nicht im Falle des Völkermords oder des Verbrechens gegen die Menschlichkeit, sondern nur für Kriegsverbrechen und gegebenenfalls für das Verbrechen der Aggression in Betracht. Dies liegt daran, dass bei der Begehung des Genozids und des Verbrechens gegen die Menschlichkeit die offensichtliche Rechtswidrigkeit entsprechender Befehle ohne Exkulpationsmöglichkeit vermutet wird. Bei der Unterscheidung von

⁵⁹⁰ Vgl. u.a. *Korte*, S. 150; *Cassese/ Gaeta/ Jones- Zimmermann*, Chapter 24.2. VIII. C, *Triffterer-Eser*, Commentary on the Rome Statute, art. 33 Rn. 15.

⁵⁹¹ *Cassese/ Gaeta/ Jones- Zimmermann*, Chapter 24.2. VIII. D.

⁵⁹² *Ambos*, Völkerstrafrecht, § 15 II 1.

Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit auf der einen Seite und insbesondere Kriegsverbrechen auf der anderen Seite handelt es sich um eine bislang weder nach nationalem noch nach Völkerrecht gekannten Differenzierung. Grund für diese Unterscheidung ist zum einen die Angst einiger Verhandlungsdelegationen, insbesondere der Vereinigten Staaten von Amerika, vor dem vollständigen Ausschluss des Handelns auf Befehl als Grund für den Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit. In Artikel 33 Absatz 2 ist mithin ein Zugeständnis derjenigen Staaten zu erblicken, die die Theorie der conditional liability favorisierten. Zum anderen war davon auszugehen, dass der Gerichtshof Anordnungen zur Begehung von Völkermord oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit als ipso facto offensichtlich rechtswidrig beurteilen wird. Ein wesentlicher Unterschied zwischen Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit auf der einen Seite und Kriegsverbrechen auf der anderen Seite ist ferner, dass die zuerst genannten Verbrechen keine individuellen Personen betreffen, sondern sich als Verstoß gegen die Menschheit und die menschliche Würde darstellen⁵⁹³.

Der Völkermord und das Verbrechen gegen die Menschlichkeit sind notwendigerweise an einen bestimmten Plan oder eine bestimmte Politik gebunden. Die offensichtliche Rechtswidrigkeit wird sich in einem solchen Fall kaum verleugnen lassen. Allerdings stimmt es bedenklich, dass die Opfer von Kriegsverbrechen nicht in demselben Ausmaß durch das Rom-Statut geschützt werden, wie Opfer des Verbrechens des Völkermordes und des Verbrechens gegen die Menschlichkeit, selbst wenn die Anzahl der Opfer im Falle des Kriegsverbrechens genauso oder gar höher sein kann. Zu bemerken ist, dass für den Fall, dass durch eine Handlung sowohl Artikel 8 als auch Artikel 7 betroffen sind, eine Bestrafung wegen des Völkermordes bzw. Verbrechens gegen die Menschlichkeit auch in diesem Fall nicht durch Artikel 33 ausgeschlossen werden kann, auch wenn sich der Beschuldigte im Falle des Kriegsverbrechens erfolgreich auf Artikel 33 berufen kann.

Triffterer sieht einen weiteren Grund für die seines Erachtens zwar auf den ersten Blick überraschende aber im Ergebnis gerechtfertigte Unterscheidung: Insbesondere Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit werden in der Regel von den militärischen oder paramilitärischen Einheiten begangen. Um sie zu schützen, seien nur zwei Delikte in den Katalog des Absatzes 2 aufgenommen worden⁵⁹⁴.

⁵⁹³ Cassese/ Gaeta/ Jones- Zimmermann, Chapter 24.2 VIII F.

⁵⁹⁴ *Triffterer*, Commentary on the Rome Statute, art. Rn.31.

Clarke weist darauf hin, dass im wirklichen Leben niemand den Befehl erteile „Begehe einen Völkermord!“, so dass beim Fehlen einer solch eindeutigen Anweisung der Artikel 33 Absatz 1 auch in den Fällen von Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit einschlägig sein könne⁵⁹⁵.

III. Rechtsfolgen

Liegt keines der im zweiten Absatz genannten Verbrechen vor und sind die Voraussetzungen des ersten Absatzes gegeben, ist der Angeklagte von der Strafe frei zu sprechen.

Nach *Triffterer* werden weder der Befehl noch die Tat an sich dabei gerechtfertigt. Der Untergebene wird nur entschuldigt (= can only be excused). Ein Kriegsverbrechen, das einen groben Verstoß gegen die elementaren Grundsätze des humanitären Völkerrechts darstellt, kann mithin in keinem Fall gerechtfertigt werden. Der Angeklagte ist in Anbetracht seiner absoluten Ausnahmesituation ausnahmsweise von der Strafe befreit. Die mangelnde Differenzierung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung spiele in der Praxis und erst recht für den Angeklagten eine untergeordnete Rolle und sei dem common law Dogmatik geschuldet⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ *Clark*, ZStW 2002, 372 (401).

⁵⁹⁶ *Triffterer*, Commentary on the Rome Statute, art. 33 Rn 29; van Sliedgert, S. 366.

G. Zusammenfassung und Ergebnis, Thesen und Ausblick

Im Rom-Statut wurden allgemeine Grundsätze des Völkerstrafrechts in verbindlicher Weise kodifiziert. Die völkerrechtlichen Verbrechen werden in einer Vielzahl von Fällen auf Befehl begangen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass im militärischen Bereich regelmäßig die Pflicht zum Gehorchen von Befehlen besteht und eine Befehlsverweigerung daher grundsätzlich zur Strafbarkeit führt. Der militärische Befehlsempfänger befindet sich insofern in einer misslichen Lage. Einerseits läuft er Gefahr, sich wegen eines Kriegsverbrechens strafbar zu machen, wenn er der Auffassung ist, dass die befohlene Tat kein Kriegsverbrechen darstellt und er demzufolge den Befehl ausführt. Andererseits besteht dann, wenn er in der irrigen Annahme, dass die befohlene Tat ein Kriegsverbrechen ist, die Ausführung des Befehls verweigert, die Gefahr, sich dem strafrechtlichen Vorwurf der Befehlsverweigerung auszusetzen.

Art. 33 IStGH-Statuts stellt als aktuelle Kodifizierung des Handelns auf Befehl ein Konglomerat der verschiedenen im Rahmen der Arbeit behandelten Rechtssysteme und -traditionen dar. Sofern nationale Rechtsordnungen wie z.B. die französische oder die österreichische bestimmen, dass das Handeln auf Befehl bei völkerrechtlichen Verbrechen niemals Straffreistellungsgrund darstellt, sind diese gegenüber dem Rom-Statut unproblematisch, da deren Voraussetzungen noch enger sind als Regelung des Art. 33 IStGH-Statuts. Demgegenüber bleiben Rechtsordnungen wie etwa die russische und weißrussische hinter den Bestimmungen des Art. 33 IStGH-Statuts zurück, indem sie in einem weiten Umfang das Handeln auf Befehl grundsätzlich als Straffreistellungsgrund anerkennen und eine Bestrafung nur vorgesehen ist, wenn dem Befehlsausführenden die Rechtswidrigkeit der Tat oder des Befehls positiv bekannt ist. Hier ist selbst bei Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit die Bestrafung ausgeschlossen, wenn der Täter diese nicht erkannt hat.

Die Einordnung des Handelns auf Befehl bleibt auch nach der erfolgten Analyse problematisch. Zusammenfassend bleibt festzustellen, dass es in der völkerrechtswissenschaftlichen Literatur nicht nur umstritten ist, in welchem Maße ein Berufen auf den Vorgesetztenbefehl möglich sein soll, d.h., ob das Handeln auf Befehl als möglicher Strafausschließungsgrund oder lediglich als Strafmilderungsgrund in Betracht kommt. Darüber hinaus besteht auch keine Einigkeit hinsichtlich der Frage, ob das Handeln auf Befehl überhaupt eine Defence darstellen soll oder lediglich im Rahmen von anderen Defences Berücksichtigung finden soll.

Die Entwürfe der Governmental und Non-Governmental Organisationen sowie die Rechtsprechung im Rahmen der Nürnberger Verfahren und der Ad-hoc Gerichte der UNO lassen darauf schließen, dass das Handeln auf Befehl keine Defence per se darstellen soll. Andererseits wird das Handeln auf Befehl - wie bereits dargestellt - in den nationalen Rechtsordnungen überwiegend als Strafausschließungsgrund anerkannt. Aufgrund der konträren Entwicklungsgeschichte und der Differenzen in der völkerrechtswissenschaftlichen Literatur kann ein gemeinsamer Tenor hinsichtlich der Befehlsproblematik nicht festgestellt werden. Obwohl das Handeln auf Befehl, insbesondere in der Rechtsprechung des Internationalen Militärtribunals von Nürnberg, aber auch in den Ad-hoc-Tribunalen zur Aburteilung der Kriegsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien und Ruanda, kategorisch als Defence abgelehnt wurde und allenfalls im Rahmen der Strafzumessung Berücksichtigung fand, stellt Artikel 33 des Statuts jedoch zumindest hinsichtlich des Wortlauts eine Abkehr zu dieser Rechtsprechung dar. Dieser Strafausschlussgrund wurde entgegen der aufgezeigten Rechtsprechungspraxis im Rom-Statut gerade nicht von vornherein ausgeschlossen. Allerdings wird durch die Ausgestaltung des Wortlautes „... enthebt den Täter nicht der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, es sei denn ...“ deutlich, dass das Handeln auf Befehl grundsätzlich nicht gleichberechtigt neben den anderen Defences stehen soll.

Die Kodifizierung im Rom-Statut enthält letztlich zwei unterschiedliche doktrinäre Ansätze, die schlicht in einer Norm zusammengefasst wurden. Auf der einen Seite kommt der doktrinäre Ansatz der conditional liability zum Ansatz, indem ein Handeln dann zum Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit führen soll, wenn der Befehlsempfänger die Rechtswidrigkeit des Befehles nicht kannte und diese auch nicht offensichtlich war. Auf der anderen Seite folgt Artikel 33 Abs. 2 IStGH-Statut der Theorie der absolute liability, soweit die Verbrechen des Völkermordes oder des Verbrechens gegen die Menschlichkeit einschlägig sind. Diese Regelung scheint dem Umstand Rechnung zu tragen, dass eine Homogenität hinsichtlich der Frage, inwieweit sich ein Befehlsempfänger auf das Handeln auf Befehl berufen kann, nach der aufgezeigten Analyse nicht erkennbar ist. Die verschiedenen doktrinären Ansätze, die in den nationalen Rechtsordnungen und in der internationalen Rechtsprechung vorherrschen, lassen sich indes wie folgt erklären: Der Fokus der nationalen Rechtsordnungen ist ein gänzlich anderer als jener, der im Rahmen der Internationalen Rechtsprechung dominiert. Zunächst umfassen die nationalen Rechtsordnungen regelmäßig einen umfangreichen Katalog von Straftatbeständen.

Im Gegensatz dazu befasste sich die Internationale Rechtssprechung mit Gesetzen bzw. Statuten, die speziell auf Kriegsverbrechen und andere gleichartig schwere Tatbestände gerichtet waren. Es bleibt festzustellen, dass die Berufung auf das Handeln auf Befehl als Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund im Falle von Kriegsverbrechen auch im Rahmen der nationalen Judikatur nahezu ausnahmslos unberücksichtigt blieb.

Die aufgeworfene Fragestellung, ob das Handeln auf Befehl nunmehr als eigenständige Defence Anerkennung finden soll oder aber wie von *Bassiouni* vertreten, die „obedience to superior order“ im engen Zusammenhang mit „coercion“ und „duress“ zu sehen sein soll, ist entgegen der Ansicht von *Gaeta* nicht ohne weiteres damit zu beantworten, dass unter anderem die Theorie der conditional liability in Artikel 33 Niederschlag gefunden hat und infolgedessen davon ausgegangen werden könne, dass das Handeln auf Befehl eine Defence per se darstelle⁵⁹⁷. Demgegenüber ist *Eser* zuzustimmen⁵⁹⁸. Denn trotz der Gemeinsamkeiten des manifest illegality principle und des mens rea principle bildet das Handeln auf Befehl nach dem manifest illegality principle bei der Ausführung eines nicht offensichtlich illegalen Befehls eine eigenständige Defence, wohingegen das mens rea principle das Befehlsmoment offenbar lediglich als Bestandteil einer anderen Defence, nämlich insbesondere des mistake of law und der compulsion, anerkennt. Wie die durchgeführte Analyse verdeutlicht, kann Artikel 33 IStGH-Statut eine Defence per se darstellen, wenn das Kriegsverbrechen (objektiv) nicht offensichtlich rechtswidrig war. Folglich stellt Artikel 33 IStGH-Statut einen selbstständigen Straffreistellungsgrund dar und nicht etwa lediglich einen Tatumstand, der im Rahmen einer anderen Defence Berücksichtigung finden kann.

Auch im Rahmen des Artikels 33 - insbesondere unter Berücksichtigung des Kataloges der Kriegsverbrechen in Artikel 8 - scheint es indessen kaum denkbar, dass einer der in Artikel 8 kodifizierten Kriegsverbrechenstatbestände bzw. ein dahingehender Befehl nicht eklatant rechtswidrig ist. Im Ergebnis ist daher m.E. davon auszugehen, dass trotz der inhaltlichen Regelung in Artikel 33 ein Strafausschluss im Hinblick auf das Handeln auf Befehl - zumindest faktisch - ausgeschlossen ist, so dass die unterschiedlichen Ansätze nach dem Dafürhalten des Verfassers formeller, nicht jedoch praktischer Natur zu sein scheinen.

⁵⁹⁷ *Gaeta*, EJIL 1999, 172 (175).

⁵⁹⁸ *Eser*, S. 763.

Aus diesem Grunde erscheint es sinnvoll, auch die in Artikel 8 Abs. 2 aufgezählten Tatbestände der Kriegsverbrechen bereits von vornherein als „offensichtlich rechtswidrig“ i.S.d. Artikel 33 Abs. 2 IStGH-Statut zu behandeln. Systematisch gesehen unterscheidet Artikel 8 Abs. 2 zwischen internationalen und nicht-internationalen bewaffneten Konflikten. Die Buchstaben a) und b) regeln Kriegsverbrechen in internationalen bewaffneten Konflikten, wobei der Buchstabe a) die Definitionen der Genfer Abkommen von 1949 über die schweren Verletzungen und der Buchstabe b) Normierungen enthält, die auf die Bestimmungen über schwere Verletzungen von Zusatzprotokoll I und auf Vorschriften der Haager Landkriegsordnung zurückgehen. Von den Buchstaben c) und e) werden Straftaten erfasst, die in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten, also Bürgerkriegsverbrechen, begangen worden sind. Dabei lässt sich Buchstabe c) auf den gemeinsamen Artikel 3 der vier Genfer Abkommen und Buchstabe e) vor allem auf das Zusatzprotokoll II zurückführen. Zwar sind die Regelungen in Artikel 8 Abs. 2 unübersichtlich und weisen mehrfach Überschneidungen auf. Außerdem sind mehrere Tatbestände unter dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitsgrundsatzes problematisch⁵⁹⁹. Nichtsdestotrotz indizieren gerade die teilweise verwandten Adjektive die Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit. Zu nennen sind diesbezüglich z.B. die „unmenschliche Behandlung“ in Abs. 2 Buchst. a) ii), die „meuchlerische Tötung oder Verwundung“ in Abs. 2 Buchst. b) xi) und die „entwürdigende und erniedrigende Behandlung“ in Abs. 2 Buchst. b) xxi). Desweiteren lässt sich der Katalog der Kriegsverbrechen dahingehend kennzeichnen, dass er grundsätzlich alle Fälle umfasst, die sich nicht auf einen sozusagen „fairen Kampf zwischen Mann und Mann mit Waffengleichheit“ beziehen, sondern vor allem auf die Behandlung von bereits von vornherein unterlegenen Personen. Diese Unterlegenheit der geschädigten Person wird insbesondere erfasst bei der „Nötigung eines Kriegsgefangenen“ in Abs. 2 Buchst. a) v), den Angriffen auf „die Zivilbevölkerung als solche oder auf einzelne Zivilpersonen, die an den Feindseligkeiten nicht unmittelbar teilnehmen“ in Abs. 2 Buchst. b) i), und der „Tötung oder Verwundung eines die Waffen streckenden oder wehrlosen Kombattanten, der sich auf Gnade oder Ungnade ergeben hat“ in Abs. 2 Buchst. b) vi). Gleiches gilt z.B. auch für die „körperliche Verstümmelung von Personen, die sich in der Gewalt einer gegnerischen Partei befinden, oder die Vornahme medizinischer oder wissenschaftlicher Versuche jeder Art an diesen Personen, die nicht durch deren ärztliche, zahnärztliche oder Krankenhausbehandlung gerechtfertigt sind oder in ihrem Interesse durchgeführt werden und

⁵⁹⁹ Werle/ Nerlich, HuV-I 2002, 124 (125).

die zu ihrem Tod führen oder ihre Gesundheit ernsthaft gefährden“ in Abs. 2 Buchst. b) x) oder die „Vergewaltigung, sexuelle Sklaverei, Nötigung zur Prostitution, erzwungene Schwangerschaft ...“ in Abs. 2 Buchst. b) xxii) und das „vorsätzliche Aushungern von Zivilpersonen als Methode der Kriegsführung“ in Abs. 2 Buchst. b) xxv).

Bei diesen Tatbeständen liegt es allein schon aufgrund der Chancen- bzw. Waffenungleichheit der beteiligten Personen deutlich auf der Hand, dass diese Taten keinesfalls durch militär-strategische Zwecke motiviert sind, sondern stattdessen ausschließlich der Tötung oder Erniedrigung von nicht bzw. nicht mehr aktiv am Krieg Teilnehmenden dienen. Solche Fälle sind daher als evident rechtswidrig einzustufen, so dass nach Auffassung des Verfassers die Kriegsverbrechen i.S.d. Art. 8 IStGH-Statut ebenso wie der Völkermord und die Verbrechen gegen die Menschlichkeit in die Offensichtlichkeits-Klausel des Art. 33 Abs. 2 IStGH-Statut aufgenommen werden sollten. Dieser Abs. 2 wäre demnach wie folgt zu fassen:

„Anordnungen zur Begehung von Kriegsverbrechen, Völkermord oder von Verbrechen gegen die Menschlichkeit sind im Sinne dieses Artikels offensichtlich rechtswidrig.“

Dass dann einzig noch das Verbrechen der Aggression nach Art. 33 Abs. 1 IStGH-Statut zu beurteilen wäre, würde auch vor dem Hintergrund zu akzeptieren sein, dass dieses Verbrechen im Gegensatz zu den anderen dreien nicht im Rom-Statut tatbestandlich definiert bzw. umschrieben ist, so dass es bereits unter diesem Gesichtspunkt äußerst problematisch wäre, die Fälle der Verbrechen der Aggression pauschal als offensichtlich rechtswidrig einzustufen.

Literaturverzeichnis

Adomeit, Klaus: Gustav Radbruch – zum 50. Todestag, in: NJW 1999, S. 3465-3469.

(zitiert: *Adomeit*, NJW 1999, 3465)

Ahrend, Hannah: Eichmann in Jerusalem - Ein Bericht von der Banalität des Bösen, 8. Aufl., München 1998.

(zitiert: *Ahrend*)

Alexy, Robert: Mauerschützen - Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit, Hamburg 1993.

(zitiert: *Alexy*)

Ambos, Kai: Internationales Strafrecht, München 2006.

(zitiert: *Ambos*, Internationales Strafrecht)

ders.: Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts - Ansätze einer Dogmatisierung, Berlin 2002.

(zitiert: *Ambos*, Völkerstrafrecht)

ders.: Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs, in: ZStW Band 111 (1999), S. 175-211.

(zitiert: *Ambos*, ZStW 1999, 175).

ders.: Der neue Internationale Strafgerichtshof – ein Überblick, in: NJW 1998, S. 3743-3746.

(zitiert: *Ambos*, NJW 1998, 3743)

ders.: Zur strafbefreienden Wirkung des ‚Handelns auf Befehl‘, in: JR 1998, S. 221-226.

(zitiert: *Ambos*, JR 1998, 221)

ders.: Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen - zur impunidad in südamerikanischen Ländern aus völkerstrafrechtlicher Sicht, Freiburg i. Br. 1997.

(zitiert: *Ambos*, Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen)

Amelung, Knut: Strafbarkeit von „Mauerschützen“ – BGH, NJW 1993, 141, in: JuS 1993, S. 637-643.

(zitiert: *Amelung*, JuS 1993, 637)

Amtliches Weißbuch über die Prozesse vor dem Reichsgericht, Urteile des Reichsgerichtes auf Grund der Gesetze vom 18.12.1919 und 24.03.1920, in: Verhandlungen des Reichstages, I. Wahlperiode 1920/24, Band 368, Aktenstück Nr. 2542 ff.

(zitiert: *Weißbuch*)

Arndt, Herbert: Grundriss des Wehrstrafrechts, 2. Aufl., Berlin 1966.

(zitiert: *Arndt*, Wehrstrafrecht)

ders.: Die strafrechtliche Bedeutung des militärischen Befehls, in: NZWehrr 1960, S. 145-154.

(zitiert: *Arndt*, NZWehrr 1960, 145)

Arnold, Jörg: Forum: Probleme der Strafbarkeit von Mauerschützen, in: JuS 1992, S. 991-997.

(zitiert: *Arnold*, JuS 1992, 991)

Ayala, Balthazar: C. et exercitus regii apud belgas supremi iudicis de jure et officiis bellicis et disciplina militari libri III / ed. by *Westlake*, John, The classics of international law no. 2, Washington 1912.

(zitiert: *Ayala*)

Bartmann, Martin: Strafbar trotz verbindlicher Weisung – benachteiligt die Rechtsprechung des BGH den gehorsamen Soldaten?, in: NZWehrr 2000, S. 244-250.

(zitiert: *Bartmann*, NZWehrr 2000, 244)

ders.: Strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb militärischer Weisungsverhältnisse nach der Rechtslage des Deutschen Reiches, der DDR und der Bundesrepublik Deutschland, Aachen 2000.

(zitiert: *Bartmann*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit)

Bassiouni, M. Cherif: Crimes Against Humanity in International Criminal Law, 2nd ed., The Hague 1999.

(zitiert: *Bassiouni*, Crimes Against Humanity)

ders.: Connecticut Journal of International Law 1999, S. 443 ff.

(zitiert: *Bassiouni*, CJIL 1999, 443)

ders.: Das ‚Vermächtnis von Nürnberg‘: eine historische Bewertung fünfzig Jahre danach, in: Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen - Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen, hrsg. von *Hankel*, Gerd/ *Stuby*, Gerhard, Hamburg 1995, S. 15.

(zitiert: *Bassiouni*, Vermächtnis von Nürnberg)

ders.: A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal, Dordrecht 1987.

(zitiert: *Bassiouni*, International Criminal Code)

ders.: International Criminal Law, 2nd ed., vol. I, Crimes, Ardsley 1999

(zitiert: *Bassiouni*, International Criminal Law)

Baumann, Jürgen/ *Weber*, Ulrich/ *Mitsch*, Wolfgang: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Bielefeld 2003.

(zitiert: *Baumann/ Weber/ Mitsch*)

Beling, Ernst von: Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906.

(zitiert: *von Beling*)

Belli, Pierino: De re militari et bello tractatus, A treatise on military matters and warfare, The classics of international law no. 14, Oxford 1936.

(zitiert: *Belli*)

Bremer, Kathrin: Nationale Strafverfolgung internationaler Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht – Am Beispiel einer Rechtsvergleichung Deutschlands, der Schweiz, Belgiens und Großbritanniens, in: Schriften zum Europa- und Völkerrecht und zur Rechtsvergleichung, Bd. 3, hrsg. von *Zuleeg*, Manfred, Frankfurt a. M. 1999.

(zitiert: *Bremer*)

Brunner, Georg: Neue Grenzregelungen der DDR, in: NJW 1982, S. 2479-2489.
(zitiert: *Brunner*, NJW 1982, 2479)

Buchner, Silke: Die Rechtswidrigkeit der Taten von „Mauerschützen“ im Lichte von Art. 103 II GG unter besonderer Berücksichtigung des Völkerrechts, Schriften zum Staats- und Völkerrecht, Frankfurt a. M. 1996.
(zitiert: *Buchner*)

Burmester, Wilhelm: Das militärische Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnis - Ein Beitrag zur rechtlichen Begründung der militärischen Hierarchie, in: NZWehrr 1990, S. 89-106.
(zitiert: *Burmester*, NZWehrr 1990, 89)

Bynkershoek, van Cornelii: Quaestionum juris publici libri duo, The photographic reproduction of the edition of 1737, The classics of international law no. 14, Oxford 1930.
(zitiert: *van Bynkershoek*)

Cassese, Antonio/ Gaeta, Paola/ Jones, John R.W.D.: The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, vol. I, Oxford 2003.
(zitiert: *Cassese/ Gaeta/ Jones- Bearbeiter*)

Clark, Roger S.: Subjektive Merkmale im Völkerstrafrecht, in: ZStW Band 114 (2002), S. 372-402.
(zitiert: *Clark*, ZStW 2002, 372)

Creifelds, Carl: Rechtswörterbuch, 17. Aufl., München 2002.
(zitiert: *Creifelds*)

Dahm, Georg: Völkerrecht, Bd. I/1, 2. Aufl., Berlin 1989.
(zitiert: *Dahm*)

Dannecker, Gerhard: Die Schüsse an der innerdeutschen Grenze in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, in: Jura 1994, S. 585-595.
(zitiert: *Dannecker*, Jura 1994, 585)

Dinstein, Yoram: The Defence of ‚Obedience to Superior Orders‘ in International Law, Leyden 1965.

(zitiert: *Dinstein*)

Dreher, Eduard: Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, in: Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag, hrsg. von *Lüttger*, Hans in Verbindung mit *Blei*, Hermann/ *Hanau*, Peter, Berlin 1972, S. 207-228.

(zitiert: *Dreher*, in: FS Heinitz, S. 207)

Dreier, Horst: Gustav Radbruch und die Mauerschützen, in: JZ 1997, S. 421-434.

(zitiert: *Dreier*, JZ 1997, 421)

Dreier, Ralf: Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des DDR-Grenzgesetzes, in: Strafgerechtigkeit, Festschrift für A. Kaufmann, hrsg. von *Haft*, Fritjof/ *Hassemer*, Wilfried/ *Neuman*, Ulfried/ *Schild*, Wolfgang/ *Schroth*, Ulrich, Heidelberg 1993, S. 57-70.

(zitiert: *Dreier*, Gesetzliches Unrecht)

Ebner von Eschenbach, Georg-Friedrich: Wieviel Unrecht verträgt der deutsche Rechtsstaat? - Verfassungsrechtliche Probleme der Verurteilungen von „Mauerschützen“, München 2000.

(zitiert: *Ebner von Eschenbach*)

Engisch, Karl: Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, in: ZStW Band 70 (1958), S. 566-615.

(zitiert: *Engisch*, ZStW 1958, 566)

Eser, Albin: „Defences“ in Strafverfahren, in: Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, hrsg. von *Schmoller*, Kurt, Wien/New York 1996, S. 755-775.

(zitiert: *Eser*)

Eser, Albin: Schuld und Entschuldbarkeit von Mauerschützen und ihren Befehlsgewehrn, in: Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996, hrsg. von *Böttcher*, Reinhard/ *Hueck*, Götz/ *Jähnke*, Burkhard, Berlin/New York 1996, S. 337-349.

(zitiert: *Eser*, in: FS Odersky, S. 337)

Eser, Albin/ Huber, Barbara/ Cornils, Karin (Hrsg.): Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht, Freiburg i. Br. 1998.

(*Eser/ Huber/ Cornils- Bearbeiter*)

Eser, Albin/ Sieber, Ulrich/ Kreicker, Helmut (Hrsg.): Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, Band 3, Berlin 2004.

(zitiert: *Eser/ Sieber/ Kreicker- Bearbeiter*, Band 3)

dies.: Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, Band 4, Berlin 2005.

(zitiert: *Eser/ Sieber/ Kreicker- Bearbeiter*, Band 4)

dies.: Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, Band 6, Berlin 2005.

(zitiert: *Eser/ Sieber/ Kreicker- Bearbeiter*, Band 6)

Etzel, Jochen: Notstand und Pflichtenkollision im amerikanischen Strafrecht, Freiburg i. Br. 1993.

(zitiert: *Etzel*)

Ferencz, Benjamin B.: Von Nürnberg nach Rom, Policy Paper der Stiftung Entwicklung und Frieden Nr. 8, Bonn 1998.

(zitiert: *Ferencz*)

Fincke, Martin: Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts, Berlin 1975.

(zitiert: *Fincke*)

Frowein, Jochen, Abr./ Peukert, Wolfgang: Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Engel 1996.

(zitiert: *Frowein/ Peukert*)

Fürst, Walther/ Arndt, Horst: Soldatenrecht - Kommentar des Soldatengesetzes mit ergänzenden Vorschriften, Berlin 1992.

(zitiert: *Fürst/ Arndt*)

Fuhrmann, Peter: Der höhere Befehl als Rechtfertigung im Völkerrecht, München 1963.

(zitiert: *Fuhrmann*)

Gaeta, Paola: The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law, in: EJIL 10 (1999), S. 172-191.

(zitiert: *Gaeta*, EJIL 1999, 172)

Gallas, Wilhelm: Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, in: ZStW Band 67 (1955), S. 1-47.

(zitiert: *Gallas*, ZStW 1955, 1)

Gimbernat Ordeig, Enrique: Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?, in: ZStW Band 82 (1970), S. 379-410.

(zitiert: *Gimbernat Ordeig*, ZStW 1970, 379)

Goldstein, Joseph/ *Marshall*, Burke/ *Schwartz*, Jack: The My Lai Massacre and Its Cover-up: Beyond the Reach of Law?, New York/London 1976.

(zitiert: *Goldstein/ Marshall/ Schwartz*)

Graefrath, Bernhard: Die Verhandlungen der UN-Völkerrechtskommission zur Schaffung eines Internationalen Strafgerichtshofs, in: ZStW Band 104 (1992), S. 190-200.

(zitiert: *Graefrath*, ZStW 1992, 190)

Grebing, Gerhardt: Zur Frage der Schaffung eines Internationalen Strafgerichtshofs, in: GA 1976, S. 97-113.

(zitiert: *Grebing*, GA 1976, 97)

Gropp, Walter: Strafrecht - Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Heidelberg 2001.

(zitiert: *Gropp*)

Grünwald, Gerald: Die strafrechtliche Bewertung in der DDR begangener Handlungen, in: StV 1991, S. 31-37.

(zitiert: *Grünwald*, StV 1991, 31)

ders.: Ist der Schusswaffengebrauch an der Zonengrenze strafbar?, in: JZ 1966, S. 633-638.

(zitiert: *Grünwald*, JZ 1966, 633)

ders.: Bedeutung und Begründung des Satzes „nulla poena sine lege“, in: ZStW Band 76 (1964), S. 1-18.

(zitiert: *Grünwald*, ZStW 1964, 1)

Hankel, Gerd: Die Leipziger Prozesse - Deutsche Kriegsverbrechen und ihre Strafverfolgung nach dem Ersten Weltkrieg, Hamburg 2003.

(zitiert: *Hankel*)

Hassemer, Winfried: Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht, in: Rechtfertigung und Entschuldigung - Rechtsvergleichende Perspektiven, Bd. I, hrsg. von *Eser*, Albin, Freiburg i. Br. 1987, S. 175-227.

(zitiert: *Hassemer*, Rechtfertigung und Entschuldigung)

ders.: Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., München 1990.

(zitiert: *Hassemer*, Strafrecht)

Herzberg, Rolf: Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage, in: JA 1986, S. 190-201.

(zitiert: *Herzberg*, JA 1986, 190)

Hobbes, Thomas: Vom Menschen- vom Bürger, 2. Aufl., Hamburg 1966.

(zitiert: *Hobbes*)

ders.: De Cive, A critical ed. Howard Warrender, Oxford 1983.

(zitiert: *Hobbes*, De Cive)

Hokema, Grit: Immunität von Staatsoberhäuptern, in: Schriften zum Staats- und Völkerrecht, Bd. 96, hrsg. von *Blumewitz*, Dieter, Frankfurt a. M. 2002.

(zitiert: *Hokema*)

Hollweg, Carsten: Das neue Internationale Tribunal der UNO und der Jugoslawienkonflikt, in: JZ 1993, S. 980-989.

(zitiert: *Hollweg*, JZ 1993, 980)

Hruschka, Joachim: Die Todesschüsse an der Berliner Mauer vor Gericht, in: JZ 1992, S. 665-670.

(zitiert: *Hruschka*, JZ 1992, 665)

Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg: Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof, Bd. I, Amtlicher Text in deutscher Sprache, Nürnberg 1947.

(zitiert: *Prozess gegen Hauptkriegsverbrecher*, Band 1)

Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg: Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof, Bd. III, Amtlicher Text in deutscher Sprache, Nürnberg 1947.

(zitiert: *Prozess gegen Hauptkriegsverbrecher*, Band 3)

Ipsen, Knut/ *Epping*, Volker: Völkerrecht, 5. Aufl., München 2004.

(zitiert: *Ipsen/ Epping*)

Jackson, R. H.: Report of R. H. Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials, Washington 1949.

(zitiert: Report of *R. H. Jackson*)

Jakobs, Günther: Strafrecht - Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., Berlin 1991.

(zitiert: *Jakobs*)

Jescheck, Hans-Heinrich: Befehl und Gehorsam in der Bundeswehr, in: Bundeswehr und Recht, hrsg. von *Schüle*, Adolf/ *Scheuner*, Ulrich/ *Jescheck*, Hans-Heinrich, Köln 1965, S. 63-91.

(zitiert: *Jescheck*, Bundeswehr)

ders.: Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, Bonn 1952.

(zitiert: *Jescheck*, Verantwortlichkeit der Staatsorgane)

ders./ Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996.

(zitiert: *Jescheck/ Weigend*)

Kant, Immanuel: Grundlegung der Metaphysik der Sitten in: Kants Werke, Akademie-Ausgabe, Bd. IV, Berlin 1903.

(zitiert: *Kant*)

Kaufmann, Arthur: Die Irrtumsregelung, in: ZStW Band 76 (1964), S. 543-581.

(zitiert: *Kaufmann*, ZStW 1964, 543)

ders.: Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion und das im Namen der DDR begangene Unrecht, in: NJW 1995, S. 81-86.

(zitiert: *Kaufmann*, NJW 1995, 81)

Klein, Herbert: Das Handeln auf militärischen Befehl im französischen, englischen und amerikanischen Recht, Köln 1966.

(zitiert: *Klein*)

Klip, André/ *Sliuter*, Göran: Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals – The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 1993 - 1998, vol. 1, Antwerpen 1999.

(zitiert: *Klip/ Sliuter*)

Köhler, Michael: Strafrecht - Allgemeiner Teil, Berlin 1997.

(zitiert: *Köhler*)

Kohli, Ulrich A.: Handeln auf Befehl im schweizerischen Militärstrafrecht, Frankfurt a. M. 1975.

(zitiert: *Kohli*)

Korte, Marcus: Das Handeln auf Befehl als Strafausschließungsgrund, Baden-Baden 2004.

(zitiert: *Korte*)

Kreß, Claus: Völkerstrafrecht in Deutschland, in: NStZ 2000, S. 617-626.
(zitiert: *Kreß*, NStZ 2000, 617)

ders.: Zur Methode der Rechtsfindung im Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts,
in: ZStW 111 (1999), 597- 623.
(zitiert: *Kreß*, ZStW 111 (1999), 597)

ders.: Die Kristallisation eines Allgemeinen Teils des Völkerstrafrechts: Die Allgemeinen Prinzipien des Strafrechts im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, in:
Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften 1999, S. 4-10.
(zitiert: *Kreß*, HuV-I 1999, 4)

Kühl, Kristian: Strafrecht – Allgemeiner Teil, 5. Aufl., München 2005.
(zitiert: *Kühl*)

Küper, Wilfried: Grundsatzfragen der „Differenzierung“ zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, Notstand, Pflichtenkollision, Handeln auf dienstliche Weisung,
in: JuS 1987, S. 81-92.
(zitiert: *Küper*, JuS 1987, 81)

Lackner, Karl/ *Kühl*, Kristian: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, Kommentar, 25. Aufl., München 2004.
(zitiert: *Lackner/ Kühl- Bearbeiter*)

Lammich, Christoph: Befehl ohne Gehorsam, in: NZWehrr 1970, S. 47-55.
(zitiert: *Lammich*, NZWehrr 1970, 47)

Lange, Richard: Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung,
in: JZ 1953, S. 9-15.
(zitiert: *Lange*, JZ 1953, 9)

Laskowski, Silke: Unrecht-Strafrecht-Gerechtigkeit, Die Probleme des Rechtsstaats mit dem DDR-Unrecht, in: JA 1994, S. 151-166.
(zitiert: *Laskowski*, JA 1994, 151)

Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch: Band 2, §§ 32-60, hrsg. von *Jähnke*, Burkhard/ *Laufhütte*, Heinrich Wilhelm/ *Odersky*, Walter, 12. Auflage, Berlin 2006.
(zitiert: *LK- Bearbeiter*)

ders.: Band 5, §§ 146-222, hrsg. von *Jähnke*, Burkhard/ *Laufhütte*, Heinrich Wilhelm/ *Odersky*, Walter, 11. Auflage, Berlin 2005.
(zitiert: *LK- Bearbeiter*)

Lingens, Eric: Befehlsbefugnis und Vorgesetzteneigenschaft, in: *NZWehrr* 1993, S. 19-21.
(zitiert: *Lingens*, *NZWehrr* 1993, 19)

ders./ Marignoni, Hartmut: Vorgesetzter und Untergebener - Ein Grundriss zum Befehlsrecht, 3. Aufl., Herford 1987.
(zitiert: *Lingens/ Marignoni*)

Lippmann, Matthew: Genocide, in: M. Cherif Bassiouni: *International Criminal Law*, 2nd ed., vol. I, Crimes, Ardsley 1999, S. 589-613.
(zitiert: *Lippmann*)

Locke, John: *Two Treatises of Government*, Cambridge 1690.
(zitiert: *Locke*)

Lüderssen, Klaus (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, 1. Aufl., Baden-Baden 1998.
(zitiert: *Lüderssen-Bearbeiter*, *Kriminalpolitik*)

Luhmann, Niklas: *Rechtssoziologie*, 2. Aufl., Opladen 1983.
(zitiert: *Luhmann*)

Maier, Angelika: Nürnberg, Den Haag, Rom – Gemeinsamkeiten und Unterschiede, Rechtsstaatlichkeit und Politik, in *Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung*, hrsg. von Michael Lehmann, München 2003.
(zitiert: *Maier*).

Mampel, Siegfried: Die sozialistische Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1982.

(zitiert: *Mampel*)

Marx, Reinhard: Auf dem Weg zum permanenten Internationalen Straftribunal?, in: KJ 1994, S. 358-368.

(zitiert: *Marx*, KJ 1994, 358)

Militello, Vincenzo: Entschuldigungsgründe in der Neukodifizierung des Strafrechts, in: ZStW Band 107 (1995), S. 969-1002.

(zitiert: *Militello*, ZStW 1995, 969)

Momsen, Carsten: Der Mordtatbestand im Bewertungswandel? Abweichende soziokulturelle Wertvorstellungen, Handeln auf Befehl und das Mordmerkmal der „niedrigen Beweggründe“ (§ 211 StGB), in: NStZ 2003, S. 237-242.

(zitiert: *Momsen*, NStZ 2003, 237)

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: Band 1, §§ 1-51 StGB, hrsg. von *Joecks*, Wolfgang/ *Miebach*, Klaus, 1. Auflage, München 2003.

(zitiert: MK- *Bearbeiter*)

Neumann, Ulfried/ *Kindhäuser*, Ulfried/ *Paeffgen*, Hans-Ullrich (Hrsg.): Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Baden-Baden 2005.

(zitiert: Nomos Kommentar- *Bearbeiter*)

Niehoff, Martina: Die von internationalen Strafgerichtshöfen anwendbaren Normen des Völkerrechts, Münster 1998.

(zitiert: *Niehoff*)

Nill-Theobald, Christiane: 'Defences' bei Kriegsverbrechen am Beispiel Deutschlands und der USA - Zugleich ein Beitrag zu einem Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts, Freiburg i. Br. 1998.

(zitiert: *Nill-Theobald*, Defences)

dies.: Die Straffreistellungsdiskussion im Bereich des materiellen Völkerstrafrechts, in: ZStW Band 109 (1997), S. 950-972.

(zitiert: *Nill-Theobald*, ZStW 1997, 950)

dies.: Anmerkungen über die Schaffung eines Ständigen Internationalen Strafgerichtshofs, in: ZStW Band 108 (1996), S. 229-239.

(zitiert: *Nill-Theobald*, ZStW 1996, 229)

Oppenheim, Francis Lawrence/ *Lauterpacht*, Hersch: International Law, vol. I, 9th ed., London 1992.

(zitiert: *Oppenheim/Lauterpacht*)

Ostendorf, Heribert: Thesen zur Ahndung von Völkerrechtsverbrechen, in: ZRP 1996, S. 467-468.

(zitiert: *Ostendorf*, ZRP 1996, 467)

Perron, Walter: Hat die deutsche Straftatsystematik eine europäische Zukunft? in: Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, hrsg. von *Eser*, Albin/ *Schittenhelm*, Ulrike/ *Schumann*, Heribert, München 1998, S. 227-247.

(zitiert: *Perron*)

Pieroth, Bodo: Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit, in: VVDStRL H. 51 (1992), S. 91-115.

(zitiert: *Pieroth*, VVDStRL 1992, 91)

Polakiewicz, Jörg: Verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte der strafrechtlichen Ahndung des Schusswaffeneinsatzes an der innerdeutschen Grenze, in: EuGRZ 1992, S. 177-190.

(zitiert: *Polakiewicz*, EuGRZ 1992, 177)

Radbruch, Gustav: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: SJZ 1946, S. 105-108.

(zitiert: *Radbruch*, SJZ 1946, 105)

Renzikowski, Joachim: Zur Strafbarkeit des Schußwaffengebrauchs an der innerdeutschen Grenze, in: NJ 1992, S. 152-155.

(zitiert: *Renzikowski*, NJ 1992, 152)

Roggermann, Herwig, Die strafrechtliche Aufarbeitung der DDR-Vergangenheit am Beispiel der „Mauerschützen“- und der Rechtsbeugungsverfahren. Eine Zwischenbilanz, in: JZ 1997, 226-232.

(zitiert: *Roggermann*, JZ 1997, 226)

ders.: Internationales Strafrecht, 2. Aufl., Berlin 2000.

(zitiert: *Roggermann*, Int. StR)

ders.: Der Internationale Strafgerichtshof der Vereinten Nationen von 1993 und die Balkankriegsverbrechen, in: ZRP 1994, S. 297-301.

(zitiert: *Roggermann*, ZRP 1994, 297).

Roitzheim, Gudrun: Ein Ständiger Internationaler Strafgerichtshof – Utopie oder realistische Zukunftsperspektive?, in: DRiZ 1996, S. 389-391.

(zitiert: *Roitzheim*, DRiZ 1996, 389).

Rosenau, Henning: Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag – Die strafrechtliche Verantwortung von Grenzsoldaten für den Schusswaffengebrauch an der deutsch-deutschen Grenze, 2. Aufl., Göttingen 1998.

(zitiert: *Rosenau*)

Rostek, Holger: Der rechtlich unverbindliche Befehl, Berlin 1971.

(zitiert: *Rostek*)

Roxin, Claus: Strafrecht, Allgemeiner Teil Band 1 Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., München 2006.

(zitiert: *Roxin*)

ders.: Zur Kritik der finalen Handlungslehre, in: ZStW Band 74 (1962), S. 515-561.

(zitiert: *Roxin*, ZStW 1962, 515)

Rummler, Toralf, Die Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze vor Gericht, Berlin 2000.

(zitiert: *Rummler*)

Schaffstein, Friedrich: Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, in: ZStW Band 72 (1960), S. 369-396.

(zitiert: *Schaffstein*, ZStW 1960, 369)

Scherer, Werner/ *Alff*, Richard: Soldatengesetz - Kommentar, 7. Aufl., München 2003.

(zitiert: *Scherer/ Alff*)

Schick, F.B.: The Nuremberg Trial and the International Law of the Future, in: AJIL 41 (1947), S. 770-794.

(zitiert: *Schick*, AJIL 1947, 770)

Schölz, Joachim/ *Lingens*, Eric: Wehrstrafgesetz – Kurzkomentar, Bd. 46, 4. Aufl., München 2000.

(zitiert: *Schölz/ Lingens*)

Schönke, Adolf/ *Schröder*, Horst: Strafgesetzbuch - Kommentar, 27. Aufl., München 2006.

(zitiert: Schönke/ Schröder- *Bearbeiter*)

Schomburg, Wolfgang: Jugoslawien-Strafgerichtshof-Gesetz, in: NStZ 1995, S. 428.

(zitiert: *Schomburg*, NStZ 1995, 428)

Schroeder, Friedrich-Christian: Die Rechtswidrigkeit der Flüchtlingserschießungen zwischen Transzendenz und Immanenz, in: JR 1993, S. 45-51.

(zitiert: *Schroeder*, JR 1993, 45)

Schünemann, Bernd: Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre, in: GA 1985, S. 341-380.

(zitiert: *Schünemann*, GA 1985, 341)

Schwaiger, Konrad: Handeln auf Befehl und militärischer Ungehorsam nach dem Wehrstrafgesetz vom 30.3.1957, Heidelberg 1962.

(zitiert: *Schwaiger*)

ders.: Der Anwendungsbereich des § 5 WStG, in: NZWehrr 1961, S. 64-69.

(zitiert: *Schwaiger*, NZWehrr 1961, 64)

Schwarzenberger, Georg: International Law as applied by International Courts and Tribunals, vol. 2, The Law of armed conflict, London 1968.

(zitiert: *Schwarzenberger*)

Schwenck, Hans-Günther: Wehrstrafrecht im System des Wehrrechts und in der gerichtlichen Praxis, Frankfurt a. M. 1973.

(zitiert: *Schwenck*)

ders.: Die Gegenvorstellung im System von Befehl und Gehorsam, in: Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag, hrsg. von *Jescheck*, Hans-Heinrich/ *Lüttger*, Hans, Berlin 1977, S. 495 ff.

(zitiert: *Schwenck*, FS Dreher)

Siekmann, Hanno: Das Unrechtsbewusstsein der DDR-"Mauerschützen", Berlin 2005.

(zitiert: *Siekmann*)

Stratenwerth, Günter: Verantwortung und Gehorsam, Tübingen 1958.

(zitiert: *Stratenwerth*)

Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch: Allgemeiner Teil, Band 1, §§ 1-79b, hrsg. von *Rudolphi*, Hans-Joachim u.a., 7. Aufl., Bonn 2001.

(zitiert: SK- *Bearbeiter*)

Tomuschat, Christian: Von Nürnberg nach Den Haag, in: Die Friedenswarte, hrsg. von *Ipsen*, Knut/ *Rittberger*, Volker/ *Tomuschat*, Christian, Berlin 1995, S. 143-166.

(zitiert: *Tomuschat*, Nürnberg nach Den Haag)

ders.: Das Statut von Rom für den Internationalen Strafgerichtshof, in: Die Friedenswarte, hrsg. von *Ipsen*, Knut/ *Rittberger*, Volker/ *Tomuschat*, Christian, Berlin 1998, S. 335-347.

(zitiert: *Tomuschat*, Friedenswarte)

Triffterer, Otto (ed.): Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers' Notes, Article by Article, Baden-Baden 1999.

(zitiert: *Triffterer- Bearbeiter*, Commentary on the Rome Statute)

ders.: Der ständige Internationale Strafgerichtshof – Anspruch und Wirklichkeit, in: Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, hrsg. von *Gössel*, Karl Heinz/ *Triffterer*, Otto, Heidelberg 1999, S. 493-558.

(zitiert: *Triffterer*, IStGH, 493)

ders.: Bestandsaufnahme zum Völkerrecht, in: Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen - Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen, hrsg. von *Hankel*, Gerd/ *Stuby*, Gerhard, Hamburg 1995, S. 169-252.

(zitiert: *Triffterer*, Völkerrecht)

ders.: Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg, Freiburg i. Br. 1966.

(zitiert: *Triffterer*, Völkerstrafrecht)

Tröndle, Herbert/ *Fischer*, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 54. Aufl., München 2007.

(zitiert: *Tröndle/ Fischer- Bearbeiter*)

van Dijk, Pieter/G.J.H. *van Hoof*, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 2. Aufl., Deventer-Boston, 1990.

(zitiert: *van Dijk/van Hoof*)

Van Sliedregt, Elies The Criminal Responsibility of Individuals for Violation of International Humanitarian Law, Den Haag, 2003.

(zitiert: *Van Sliedregt*)

Verdross, Alfred/ *Simma*, Bruno: Universelles Völkerrecht - Theorie und Praxis, 3. Aufl., Berlin 1984.

(zitiert: *Verdross/ Simma*)

Walter, Tonio: Das Handeln auf Befehl und § 3 VStGB, in: JR 2005, S. 279-283.

(zitiert: *Walter*, JR 2005, 279)

Watzek, Jens: Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht, Freiburg i. Br. 1997.

(zitiert: *Watzek*)

Weber, Hellmuth von: Die strafrechtliche Bedeutung der europäischen Menschenrechtskonvention, in: ZStW Band 65 (1953), S. 334-350.

(zitiert: *Weber*, ZStW 1953, 334)

Weigend, Thomas: Zur Frage eines ‚internationalen‘ Allgemeinen Teils, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, hrsg. von *Schünemann, Bernd*, u.a., Berlin 2001, S. 1375-1399.

(zitiert: *Weigend*, S. 1375)

Weiß, Wolfgang: Völkerstrafrecht zwischen Weltprinzip und Immunität, in: JZ 2002, S. 696-704.

(zitiert: *Weiß*, JZ 2002, 696)

Weißhuhn, Reinhard: Menschenrechte in der DDR, in: Jahrbuch Menschenrechte 1999, hrsg. von *Arnim, von Gabriele/ Deile, Volkmar/ Hutter, Franz-Josef/ Kurtenbach, Sabine/ Tessmer, Carsten*, Duisburg 1999, S. 247-260.

(zitiert: *Menschenrechte- Bearbeiter*)

Werle, Gerhard: Völkerstrafrecht, Tübingen 2003.

(zitiert: *Werle*)

ders.: Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts, in: JZ 2001, S. 885-895.

(zitiert: *Werle*, JZ 2001, 885)

ders./ Nerlich, Volker: Die Strafbarkeit von Kriegsverbrechen nach deutschem Recht, in: Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften 2002, S. 124-134.

(zitiert: *Werle/ Nerlich*, HuV-I 2002, 124)

ders.: Rückwirkungsverbot und Staatskriminalität, in: NJW 201, S. 3001-3008.

(zitiert: *Werle*, NJW 2001, 3001)

Zimmermann, Andreas: Auf dem Weg zu einem deutschen Völkerstrafgesetzbuch,
in: ZRP 2002, S. 97-102.

(zitiert: *Zimmermann*, ZRP 2002, S. 97)