ALBIN ESER

„Defences“ in Strafverfahren wegen Kriegsverbrechen

„Defences“ in Strafverfahren wegen Kriegsverbrechen*

Albin Eser

I. Einführende Beobachtungen

1. Wie vielleicht schon an der Mischung von Englisch und Deutsch im Titel dieses Beitrags zu erkennen ist, beginnen die Probleme bereits mit der *begrifflichen* Erfassung dessen, was hier behandelt werden soll: Wenn nachfolgend von „superior order“, „necessity“, „self-defence“, „duress“ oder „coercion“, Einwilligung, Irrtum, Repressalien, Kriegsnotwendigkeiten und dem tu-quoque-Argument zu reden sein wird und man vielleicht auch noch Anwendbarkeits- und Jurisdiktionsprobleme bis hin zu Verjährung oder einem internationalen „ne bis in idem“ berücksichtigen wollte, wäre es kaum möglich, alle diese Phänomene mit einem einheitlichen deutschen Begriff zu umfassen, sofern man nicht bei einem erst noch zu etablierenden Begriff „materieller und prozessualer Strafbarkeitshindernisse“ Zuflucht nehmen will. Demgegenüber hat der englische Begriff der „defences“ schon eine lange Tradition, lassen sich doch damit alle Gründe zusammenfassen, die trotz Erfüllung aller begrifflichen Merkmale eines „offence“ letztlich dennoch dessen Sanktionierung entgegenstehen.

Diese Begriffsweite der „defences“ ist freilich andererseits auch mit einer gewissen Inhaltsleere und Strukturlosigkeit erkaufte; denn außer daß bei Vorliegen eines „defence“ die Bestrafung eines Verbrechens ausgeschlossen sei, ist mit diesem Terminus nichts weiteres ausgesagt, und zwar insbesondere nichts über den tieferen Grund des Strafbarkeitsausschlusses und seiner etwaigen Strukturelemente. Dieser Mangel ist nicht nur von theoretischer Bedeutung, sondern hat durchaus auch, wie noch zu zeigen sein wird, praktische Anwendungsprobleme zur Folge.

* Dieser Beitrag geht auf einen Vortrag über „Defences in War Crime Trials“ zurück, der auf dem „International Legal Colloquium on War Crimes“ vom 27.–29. 12. 1993 an der Tel Aviv University gehalten wurde (dokumentiert in Israel Yearbook on Human Rights 24, 1995). – Zu den leider sehr wenigen Strafrechtlern, die sich mit dieser Problematik befassen, gehört mit besonderem Engagement *Otto Triffterer* (vgl. die Nachweise in Fn 2, 7 und 15). Daher möge ihm eine aktualisierte deutsche Fassung zu seinem 65. Geburtstag in freundlicher Verbundenheit gewidmet sein. – Für ihre Mitarbeit bei Sammlung und Sichtung des Materials bin ich Rechtsreferendarin *Christiane Nill* zu besonderem Dank verpflichtet.

2. Mit den begrifflich-terminologischen Defiziten gehen aber auch – und das ist noch weitaus gravierender – gewisse *dogmatische* Mangelerscheinungen einher. Dies wird schon daran deutlich, daß einschlägige Literatur zu „defences in international crimes“ bislang noch sehr dünn gesät ist¹. Sicherlich dürfte dies zum Teil damit zu erklären sein, daß wir ja auch mit der Erarbeitung eines „Code of International Crimes“ noch in den Kinderschuhen stecken, wobei wir mit der Zusammenstellung eines „Besonderen Teils“ von International Crimes vielleicht sogar noch ein Stück weitergekommen sind als mit dessen Einbettung in einen „Allgemeinen Teil“, von dem wir noch weit entfernt sind². Erst mit einem zu erarbeitenden „Allgemeinen Teil“ aber wird zu erwarten sein, daß auch die einer Strafbarkeit entgegenstehenden Gründe in genereller Weise erfaßt und definiert werden³.

3. Wenn für die Herausarbeitung von „defences“ freilich noch weitaus mehr Pionierarbeit zu leisten sein wird als für die Formulierung von „offences“, so gibt es dafür auch gewisse *psychologische* Hindernisse zu überwinden. Denn wenn man sich die Grausamkeit der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und dabei insbesondere die Scheußlichkeit von Kriegsverbrechen, wie sie von den gegenwärtigen Kriegsschauplätzen im ehemaligen Jugoslawien berichtet werden, vor Augen hält, fällt es schwer, solchen Tätern die Hand zu leihen, indem man ihnen mittels möglicher Straffreistellungsgründe oder sonstiger Verfolgungshindernisse zu „defences“ gegen ihre „offences“ verhilft.

Gegenüber solchen emotional verständlichen Gründen kann jedoch im Bereich der Kriegsverbrechen nichts anderes gelten als bei „normaler“ Alltagskriminalität: Ebenso wie ein Totschläger durch Notwehr gerechtfertigt, ein Vergewaltiger durch Schuldunfähigkeit entschuldigt oder ein

¹ Als löbliche Ausnahmen, ohne damit freilich auch inhaltlich volle Übereinstimmung zu signalisieren, seien namentlich erwähnt: *Dinstein* The Defence of „Obedience to Superior Order“ in International Law, Leyden 1965; *Bassiouni* Crimes against Humanity in International Criminal Law, Dordrecht 1992, 397–469.

² Vgl zu derartigen Bemühungen insb *Triffler* Kommentar zum Thema IV des XIV. Internationalen Strafrechtskongresses 1989: Die völkerrechtlichen Verbrechen und das staatliche Strafrecht, ZStW 98 (1986) 816–819; ders Die völkerrechtlichen Verbrechen und das staatliche Strafrecht, Teil I: Bemühungen um Anerkennung und Kodifikation völkerrechtlicher Verbrechen, ZfRV 30 (1989) 83–129, insb 113; ferner *Bassiouni/Blakesley* The Need for a General Part, Vanderbilt Journal of Transnational Law 25 (1992) 151–182, insb 154, 175; *Jeschek* Gegenwärtiger Stand und Zukunftsaussichten der Entwurfsarbeiten auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts, in: *Kaufmann/Schwinge/Welzel* (Hrsg) Erinnerungsgabe für Max Grünhut, Marburg 1965, 47–60, insb 58 ff.

³ Vgl *Eser* The Need for a General Part, in: *Bassiouni* (Hrsg) Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Toulouse 1993, 43–52. Auch von *Triffler* wird die Notwendigkeit von allgemeinen Regeln, wenn auch nicht im einzelnen angeführt, so doch grundsätzlich anerkannt: vgl insb ZfRV 1989, 93, 116.

Polizeibeamter bei Niederschlagung eines Widerstandes durch Berufung auf dienstlichen Befehl salviert sein kann, ist auch bei Kriegsverbrechen nicht von vornherein auszuschließen, daß besondere Umstände einer Sanktionierung entgegenstehen können. Wenn dem aber so sein kann, dann ist es auch ein Stück Gerechtigkeit, Grund und Grenzen solcher „defences“ zu analysieren und bestmöglich zu definieren.

4. Dies erscheint nicht zuletzt auch aus *strukturell-straftatsystematischen* Gründen angebracht. Wie sich zum Verständnis und Vergleich unterschiedlicher Verbrechensbegriffe bereits gezeigt hat, lassen sich die allgemeinen Aufbauelemente einer Straftat – wie in der deutschen Aufgliederung in Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld – unter Umständen erst durch die Frage nach den negativ die Strafbarkeit ausschließenden Gründen erklären, sodaß auch Strukturvergleiche zwischen verschiedenen Strafrechtssystemen möglicherweise überhaupt erst durch die Differenzierung zwischen Rechtfertigung, Entschuldigung und sonstigen Straffreistellungsgründen möglich werden⁴. Ähnlich könnte auch bei der dogmatischen Analyse von „International Crimes“ einschließlich der Kriegsverbrechen die Frage nach Grund, Grenzen und Reichweite möglicher „defences“ einen Schlüssel zum Verständnis und zur Erarbeitung eines „Allgemeinen Teils“ eines „Internationalen Strafgesetzbuches“ bieten.

Ein derart anspruchsvolles und weitgestecktes Ziel zu erreichen, würde natürlich mehr Vorarbeit und Zeit voraussetzen, als in diesem Rahmen zur Verfügung steht. Deshalb kann es hier nur darum gehen, im Sinne eines ersten Überblicks einige der „defences“ zu durchforsten, die im Zusammenhang mit Kriegsverbrechen üblicherweise ins Spiel gebracht werden oder die sich, falls bisher übersehen, möglicherweise anbieten könnten.

Dabei sind allerdings von vornherein zwei weitere Einschränkungen zu machen:

- Zum einen soll es hier nur um *materielle Strafausschließungsgründe* gehen, so daß prozessuale Verfolgungshindernisse – wie mangelnde Jurisdiktion oder der Grundsatz von „ne bis in idem“ – ausgeklammert bleiben.
- Zum anderen sei hier in erster Linie nur nach der *individuellen* Strafbarkeit von Kriegsverbrechern gefragt, sodaß die nach teils anderen Grundsätzen zu beurteilende *kollektive* Verantwortlichkeit von Staaten oder deren befehlgebenden Organe allenfalls gestreift, nicht aber gezielt

⁴ Vgl dazu im einzelnen Eser „Einführung“, in: Eser/Fletcher (Hrsg) Rechtfertigung und Entschuldigung – Rechtsvergleichende Perspektiven Bd I, Freiburg 1987, 1–8; ferner Eser Die Unterscheidung von Rechtfertigung und Entschuldigung: ein Schlüsselproblem des Verbrechensbegriffs, in: Lahti/Nuotio (Hrsg) Criminal Law Theory in Transition, Helsinki 1992, 301–315, insb 313 f.

beleuchtet wird. Denn gerade bei dem letztgenannten Komplex dürfte es überdies zunächst noch weitaus mehr um die *Begründung* strafrechtlicher Verantwortlichkeit als gegebenenfalls um deren *Ausschluß* gehen.

II. Die wichtigsten Defences

1. Berufung auf „superior order“ – Handeln auf Befehl

a) Zur Entwicklungsgeschichte

Wenn hier mit der Frage eines Strafausschlusses wegen „Handelns auf Befehl“ (obedience to superior order) begonnen werden soll, dann vor allem deshalb, weil es sich dabei um den vergleichsweise meist diskutierten⁵ wie gleichermaßen umstrittenen defence im Bereich der war crimes handelt⁶. In den Auseinandersetzungen um die Anerkennung eines solchen defence sind vier teils recht konträre Entwicklungsschritte und Positionen festzustellen:

Vor Ausbruch des Ersten Weltkriegs spielte das Problem der „superior order“ keine bedeutende Rolle. Da bis dahin die sogenannte *act of state-doctrine* galt und somit nur die Staaten zur Verantwortung gezogen wurden, kam es auf die Verantwortlichkeit der einzelnen Personen ohnehin nicht an⁷.

Diese Ignorierung des Problems fand mit dem Ersten Weltkrieg ein Ende: Mit der nunmehr diskutierten Bestrafung von Soldaten als Kriegsverbrechern konfrontiert, versuchte man das anglo-amerikanische Militärrecht dadurch vorzubeugen, daß es die Strafbarkeit ausschloß, soweit der Soldat durch seine Regierung zum Handeln bestimmt worden war⁸. Dahinter stand die im wesentlichen von *Oppenheim*⁹ begründete *Theorie des „respondeat superior“*, die dem Untergebenen bei möglicher Berufung auf eine „superior order“ gewissermaßen einen „absolute defence“ beschert (auf diese Terminologie wird abschließend noch zurückzukommen sein)¹⁰.

⁵ Vgl. *Jeschek* Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, Bonn 1952, 255.

⁶ Besonders aufschlußreich zu diesem defence *Dinstein* (Fn 1); *ders* International Criminal Law, Israel Law Review 20 (1985) 206–242; ferner *Bassiouni* (Fn 1) 399–438.

⁷ Vgl. *Fuhrmann* Der höhere Befehl als Rechtfertigung im Völkerrecht, München/Berlin 1963, 24–30; vgl. außerdem zur allgemeinen Entwicklung des Völkerstrafrechts *Triffterer* Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg, Freiburg 1966.

⁸ Art 347 der United States Rules of Land Warfare: „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 whose authority they are committed by their troops, may be punished by the belligerent, into whose hands they fall“.

⁹ *Oppenheim* International Law Vol 2, London/New York/Toronto 1912, 264.

¹⁰ Vgl. dazu unten III 2.

Demgegenüber wurde bereits während und unmittelbar nach dem ersten Weltkrieg durch die *Theorie der „absolute liability“* eine strikte Bestrafung der Soldaten als Kriegsverbrecher gefordert¹¹.

Insofern nicht ganz so weitgehend, wurde zumindest bei offensichtlich rechtswidrigen Befehlen durch die *Theorie des „manifest illegality principle“* die Berufung auf superior order als defence abgelehnt¹².

Eine mittlere Position zwischen den beiden vorgenannten Extremen begann sich seit dem Zweiten Weltkrieg zu entwickeln: Nachdem es bei Kriegsbeginn 1939 kein wirksames völkerrechtliches Vertragsrecht gab und auch nicht ein völkerrechtliches Gewohnheitsrecht hinsichtlich der superior order nachweisbar war¹³, kam es mit Beginn der Kriegsverbrecherprozesse zu einer Änderung der Befehlsproblematik: Die Berufung auf superior order sollte jedenfalls nicht mehr als straffausschließender defence zulässig sein, sondern allenfalls *Strafmilderung* ermöglichen, „if the Tribunal determines that justice so requires“ (wie in Art 8 IMT bestimmt)¹⁴. Demzufolge konnte das Handeln auf Befehl nur dann von Strafe befreien, wenn der Soldat unter „duress“ gehorchte und sich damit auf einen zusätzlichen oder gar eigenständigen defence berufen konnte. Immerhin war aber mit Einräumung von Strafmilderung bei Handeln auf Befehl durch die Charta des IMT erstmals in der Geschichte des Internationalen Rechts eine positive Vorschrift über superior order geschaffen worden. Diese Auffassung wurde nun auch im Statut des Internationalen Gerichtshofs für Jugoslawien bestätigt¹⁵.

Während diese Vorschrift freilich nicht erkennen läßt, warum anstelle voller Straffreiheit nur Strafmilderung eingeräumt wird, versucht *Dinstein* mit seiner auf das „mens rea“-Prinzip gestützten Theorie eine gewisse Erklärung zu geben: Zwar sei eine Berufung auf superior order als „defence per se“ zu verneinen, dem Untergebenen jedoch bei fehlendem kriminellen Bewußtsein Strafmilderung zuzubilligen, wobei freilich mangelnde mens rea offenbar nur im Falle von „compulsion“ oder „mistake“ einzuräumen sei¹⁶.

¹¹ Vgl. *Fuhrmann* (Fn 7) 43.

¹² Vgl. II 1 B, insb. Fn 31.

¹³ Vgl. *Fuhrmann* (Fn 7) 48 ff., 65.

¹⁴ In Art 8 Charta of the International Military Tribunal (IMT) von Nürnberg ist vorgesehen: „The fact that the Defendant acted pursuant to order 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 requires“ (wobei man zudem darüber rätseln kann, ob mit der doppeldeutigen „justice“ nun das „Gericht“ oder die „Gerechtigkeit“ gemeint ist).

¹⁵ Vgl. Art 7 Nr. 4 des Statute for the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, UN-Resolution vom 25. 5. 1993 (S/25704). -- Näher zur diesbezüglichen Entwicklung *Triffterer* Von „Nürnberg“ zu einem Internationalen Gerichtshof zur Verfolgung der Kriegsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien. Zum Schutz der Menschenrechte durch das Völkerstrafrecht, in: *Neisser* (Hrsg.) *Menschenrechte als politischer Auftrag*, FOCUS. Eine Schriftenreihe des ÖVP-Parlamentsklubs 1993, 61–136.

¹⁶ Vgl. die Darstellung bei *Dinstein* *International Criminal Law* (Fn 6) 237.

Nach diesem kurzen Rückblick auf die Entwicklungsgeschichte seien nunmehr die vier wichtigsten Positionen etwas kritisch beleuchtet.

b) Meinungsstand

aa) *Das eine Extrem: Handeln auf Befehl als grundsätzlicher Strafausschließungsgrund*

Fragt man nach den Gründen, mit denen die auf *Oppenheim*¹⁷ zurückgehende *Theorie des „respondeat superior“* zu voller Strafbefreiung für einen auf Befehl handelnden Soldaten kommt, so werden dafür vor allem drei Aspekte ins Feld geführt¹⁸, die freilich allesamt nicht überzeugen können:

- Soweit man sich nicht einfach mit einem Verweis auf die Bindungswirkung des Befehls begnügen will¹⁹, wird mit dem *Vorrang des nationalen Rechts* argumentiert: Da das nationale Recht von seinen Soldaten Gehorsam verlange und es ja auch im Interesse des internationalen Rechts liege, Disziplin und Ordnung in der nationalen Armee aufrechtzuerhalten, könne es nicht angehen, daß das internationale Recht den Soldaten bei Ausübung seiner nationalen Pflicht bestraft²⁰. – Wie jedoch bereits *Dinstein* gegen dieses Argument zu Recht eingewandt hat, ist der angebliche Widerspruch zwischen nationalem und internationalem Recht mit Vorrang der nationalen Pflicht schon deshalb ein nur

¹⁷ Vgl hierzu *Oppenheim* (Fn 9).

¹⁸ Vgl *Brownlee* Superior orders – Time for a new realism?, *Criminal Law Review* 1989, 396–411, 397 f; sowie die Darstellung bei *Dinstein* (Fn 1) 38 f (der allerdings selbst diese Auffassung nicht vertritt).

¹⁹ Vgl dazu die Nachweise bei *Jescheck* (Fn 5) 259.

²⁰ Vgl *Oppenheim* (Fn 9) 343. Vgl auch die Rechtsprechung (bei *Brownlee* [Fn 18] 398), die aufgrund der früheren Fassung des Art 443 des britischen *Manual of Military Law* (der seinerseits auf die Lehrmeinung von *Oppenheim* zurückgeht) ebenfalls von der absoluten Unverantwortlichkeit des Untergebenen ausging: „Members of the armed forces who commit such violations of the recognized 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...“. Ohne daß sich dies freilich dem Wortlaut entnehmen ließe, sind diese defences nach *Jescheck* (Fn 5) 261 als Schuldaußschließungsgrund zu verstehen. Die spätere Abänderung von Art 443 des britischen *Manual* machte die Verantwortlichkeit des Soldaten von der Rechtmäßigkeit des Befehls abhängig; bei Vorliegen eines rechtswidrigen Befehls konnte sich dieser nicht der Verantwortung entziehen: „The question, however, is governed by the major principle that members of the armed forces are bound to obey lawful orders only and that they cannot escape liability if, in obedience to a command, they commit acts which both violate unchallenged rules of warfare and outrage the general sentiment of humanity.“ Eine ähnliche Abänderung erfuhr auch der Art 347 der *United States Rules of Land Warfare*, der allerdings die Verantwortlichkeit von der Frage abhängig machte, ob der Untergebene an die Befehlsgebundenheit glauben durfte. Insb siehe hierzu *Jescheck* (Fn 5) 261.

scheinbarer, weil bereits das *Verbot* eines Kriegsverbrechens durch internationales Recht konstituiert und damit möglicherweise entgegenstehendem nationalen Recht aufoktroziert wird und demzufolge auch *Ausnahmen* von dieser Sanktionierung nur vom internationalen Recht gemacht werden können²¹. Denn anderenfalls könnte jedes internationale Verbot von Kriegsverbrechen durch nationale Befehle aus den Angeln gehoben werden.

- Ebensowenig zieht der Verweis auf *subjektive Unmöglichkeit der Befehlsverweigerung*, weil der Soldat durch Einbindung in eine strenge Militärdisziplin gleichsam ein Werkzeug in den Händen einer Übermacht sei²². Denn nicht nur, daß damit der Soldat zu einer blind gehorchenden Maschine ohne eigene Verantwortlichkeit degradiert wird²³; auch sprechen die Tatsachen eher dagegen, daß er bei Verweigerung eines kriegsverbrecherischen Befehls zwangsläufig Strafe zu befürchten hätte²⁴. Zudem müßte man bei strafbefreiender Akzeptanz einer streng-hierarchischen „Befehl ist Befehl“-Mentalität die fatalen politischen und generalpräventiv kontraproduktiven Auswirkungen bedenken: Wenn es den kriegsverbrecherischen Befehlsgebern gelingt, sich durch Selbstmord – wie Hitler und Himmler – oder durch Flucht in einen sicheren Hafen der eigenen Verantwortung zu entziehen, so müßten bei absoluter Straffreiheit der tatusführenden Befehlsempfänger Kriegsverbrechen praktisch ohne jede Sanktion bleiben²⁵.
- Wer dieser Konsequenz dadurch zu entgehen versucht, daß er Straffreiheit für Befehlsausführung nur bei *Handeln in gutem Glauben* einräumt, verschiebt im Grunde das Problem²⁶. Denn strafbefreiend wirkt dann nicht der Gehorsam gegenüber dem Befehl, sondern der *Irrtum* im Hinblick auf die Rechtswidrigkeit des Befehls. Entsprechendes gilt für den Fall, daß der Untergebene trotz Kenntnis von der Rechtswidrigkeit des Befehls diesen ausführt, weil ihm für den Fall der Befehlsverweige-

²¹ Dinstein (Fn 1) 42 f.

²² *Belgion Victors Justice*, London 1949, 143.

²³ Vgl dazu *Johnson The Defence of Superior Orders*, Australian Yearbook of International Law 1985, 291–314, 299.

²⁴ Um ein Beispiel zu geben: *Jäger Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, Studien zur national-sozialistischen Gewaltkriminalität, 1967, 158 fand heraus, daß von 103 Fällen, in denen sich Nazifunktionäre den Befehlen widersetzen, keiner davon bestraft wurde. Vgl außerdem *Gelberg Die Nürnberger Prinzipien und das moderne Völkerrecht, Demokratie und Recht*, 1978, 177–187. Siehe dagegen *v Knieriem Nürnberg. Rechtliche und menschliche Probleme*, Stuttgart 1953, 275, der jedenfalls die Gefahr der Untergebenen schon in der bloßen Tatsache sieht, daß ihnen durch die Militärgerichte kein Schutz zukommen konnte, weil die Befehle im Zweifel von Hitler selbst stammten.

²⁵ Vgl *Gelberg* (Fn 24) 181; ferner *Latenser Looking Back at the Nuremberg Trials with Special Consideration of the Process against Military Leaders*, Whittier Law Review 1986, 557–580, 577.

²⁶ Vgl hierzu die Meinung von *Röling Criminal Responsibility for Violations of the Laws of War*, *Revue belge de droit international* 12 (1976) 8–26, 18 f.

zung seine Erschießung angedroht wird: Auch in diesem Fall wäre Strafbefreiungsgrund nicht der Befehl, sondern der *Notstand*²⁷.

bb) Das andere Extrem: „Absolute Liability“ trotz Handelns auf Befehl

Das genaue Gegenstück zur „*respondeat superior*“-Theorie bildet die „*absolute liability*“-*doctrine*, wonach superior order weder ein eigenständiger defence sei noch überhaupt bei anderen defences mitberücksichtigt werden dürfe²⁸.

- Dies wird zum Teil damit begründet, daß für den Soldaten von vornherein nur die Pflicht zur Ausführung rechtmäßiger Befehle bestehe und demnach Befehlsgehorsam nie als Verteidigungsmittel herangezogen werden dürfe²⁹. Dabei wird jedoch der Drucksituation, der ein Soldat durch Einbindung in hierarchische Befehlsstrenge ausgesetzt sein kann, nicht genügend Rechnung getragen.
- Auch das Argument, daß bei Berufung auf einen Befehl stufenweise jegliche Eigenverantwortung bis zum letzten Befehlsgeber weggeschoben werden könne und daher nur eine Art „Ursprungskausalität“ strafbar bleibe³⁰, sticht nur dann, wenn man dem Gehorsam gegenüber einem Befehl *per se und bedingungslos strafbefreiende Wirkung* beilegt.
- Im übrigen leidet die strikte Ablehnung jeglicher Berufung auf einen Befehl daran, daß dabei zu pauschal und vordergründig nur auf das Moment des „Befehls als solchen“ gestarrt wird, ohne nach dessen rechtmäßigem oder rechtswidrigem *Inhalt* zu fragen und/oder die *subjektive* Gut- oder Bösgläubigkeit des Befehlsempfängers zu berücksichtigen.

cc) Differenzierungen nach „Manifest Illegality“ und/oder „mens rea“

Mit derartigen Differenzierungen versucht man nun in steigendem Maße, jenen konträren Extremen zwischen strafbefreiender Akzeptierung

²⁷ In diesem Sinne dürfte auch *Jeschek* (Fn 5) 255 zu verstehen sein, wenn ihm beim dienstlichen Befehl „eine feste Einordnung in den Katalog der Schuldtausschließungsgründe überhaupt nicht möglich (erscheint), da je nach dem Sachverhalt der Gesichtspunkt des Verbotsirrtums oder der der Pflichtenkollision im Vordergrund stehen kann“.

²⁸ *Bellot* A Permanent International Criminal Court, London 1922, 73, 78; *Brand* The War Crimes Trials and the Laws of War, British Yearbook of International Law 26 (1949) 414–427, 416; *Goodhardt* Questions and Answers Concerning the Nuremberg Trials, International Law Quarterly 1947, 525–531, 527; *Phillipson* International Law and the Great War, London 1915, 260; *Schwarzenberger* The Judgement of Nuremberg, Yearbook of World Affairs 1948, 94–124, 117 f; vgl außerdem dazu die Nachweise bei *Dinstein* (Fn 1) 68 Fn 205.

²⁹ *Bellot* (Fn 28) 73, 78; vgl hierzu auch den Hinweis von *Schwenk* Gesetzgeberische Konsequenzen aus den Verboten der Zusatzprotokolle, Neue Zeitschrift für Wehrrecht 1978, 199–212, insb 207, 211 auf das heutige Soldatenverhältnis.

³⁰ *Phillipson* (Fn 28) 260 f.

jedes Befehls einerseits und dessen völliger Ignorierung andererseits zu entkommen.

- So versucht man einerseits nach dem „*manifest illegality principle*“ eine Berufung auf superior order jedenfalls bei *offensichtlicher Unrechtmäßigkeit des Befehls* auszuschließen³¹.
- Das bereits darin liegende subjektive Moment scheint nach dem „*mens rea principle*“ noch verstärkt, wird dabei doch dem Unrechtsbewußtsein beziehungsweise dessen Fehlen aufgrund von Verbotsirrtum besondere Bedeutung beigelegt³².
- Trotz dieser Gemeinsamkeit bleibt jedoch ein wesentlicher Unterschied zu beachten: Während nach dem „*manifest illegality principle*“ die Ausführung eines nicht offensichtlich illegalen Befehls einen eigenständigen defence bildet, soll nach dem „*mens rea principle*“ das Befehlsmoment offenbar allenfalls Bestandteil eines anderen defence, wie insbesondere von mistake of law oder compulsion, sein können³³.

Ohne dies hier näher begründen zu können, dürfte die richtige Lösung jedenfalls im Ergebnis von Differenzierungen der vorgenannten Art zu erwarten sein. Wenn freilich die dahin führenden Begründungswege oft alles andere als klar und geradlinig erscheinen, so könnte dies an der mangelnden Differenzierung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung oder gar sonstigen möglicherweise allgemein politisch motivierten Strafausschließungsgründen liegen: Weil manche fürchten, daß die Einräumung eines defence als Billigung des ausgeführten rechtswidrigen Befehls erscheinen könnte, glaubt man selbst bei Gutgläubigkeit des Befehlsempfängers die Berufung auf den Befehl ablehnen zu müssen. Würde man sich dagegen klarmachen, daß bei Verneinung von Rechtfertigung und Einräumung von bloßer Entschuldigung die Mißbilligung des Befehls und seiner Ausführung unangetastet bleibt, würden sich vielleicht manche scheinbare Widersprüche als durchaus auflösbar erweisen³⁴.

³¹ Greenspan *The Modern Law of Land Warfare*, 1959, 409; Jescheck Befehl und Gehorsam in der Bundeswehr, in: Jescheck/Scheuner/Schüle (Hrsg) *Bundeswehr und Recht*, 1965, 63–91, 63; *Keijzer Military Obedience*, London 1978, 169; Dahm *Lehrbuch des Völkerrechts* Bd I, Stuttgart 1961, 311; so wohl auch Vogler *The defense of „superior order“ in international criminal law*, in: Bassiouni/Nanda (Hrsg) *A Treatise on International Criminal Law* Vol I, Crimes and Punishment, 1973, 619–634, 634.

³² Vgl dazu namentlich Dinstein (Fn 1) 76 ff, 87 ff; sowie ders *International Criminal Law* (Fn 6) 233.

³³ Auf derselben Linie dürfte auch die „*command responsibility*“-Theorie von Bassiouni (Fn 1) 437 liegen, wenn er sich einerseits gegen eine totale Absage an diesen defence wendet und andererseits dessen Anerkennung offenbar von besonderen Umständen des Falles abhängig machen will.

³⁴ Zur Aufhebung ähnlicher scheinbarer Inkonsistenzen durch Differenzierung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung vgl Eser *Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime*, in: Eser/Fleischer (Hrsg) *Rechtfertigung und Entschuldigung – Rechtsvergleichende Perspektiven*, Bd I, Freiburg 1987, 17–65, 37 ff.

dd) Handeln auf Befehl als möglicher Strafmilderungsgrund

Soweit obedience to superior order als voller oder jedenfalls eigenständiger defence abgelehnt wird, sei ihm immerhin die Möglichkeit der *Strafmilderung* einzuräumen³⁵. Dies ist, wie bereits erwähnt, insbesondere durch die Charta des IMT geschehen, wobei freilich weder die Milderungsvoraussetzungen näher beschrieben noch der Milderungsumfang genauer bestimmt ist, sondern offenbar beides in das Gerechtigkeitsermessen des Tribunals gestellt sein soll³⁶. Wenn dieses Ermessen aber nicht völlig maßstabslos sein soll, wird man nach den Gründen fragen müssen, derentwegen bei Handeln auf Befehl einerseits volle Straffreiheit verweigert, andererseits aber immerhin Strafmilderung eingeräumt wird. Diese Gründe mit entsprechenden Konsequenzen können recht unterschiedlich ausfallen:

- Stellt man etwa darauf ab, daß nicht dem Befehlsgehorsam, sondern dem Mangel von „mens rea“ das entscheidende Gewicht zukommt, so kann der Befehl konsequenterweise nur ein Faktor unter anderen schuldbezogenen Umständen sein³⁷.
- Oder wenn Straffreiheit wegen der sonst zu befürchtenden völligen Sanktionslosigkeit eines auf Befehl ausgeführten Verbrechens verweigert wird³⁸, so wird man die Strafmilderung davon abhängig machen müssen, daß ein solcher rechtserstatternder Eindruck nicht entsteht.
- Oder wenn einerseits blinder Gehorsam nicht honoriert, andererseits aber Druck auf den Untergebenen nicht völlig ignoriert werden soll³⁹, so wird die Strafmilderung nach Art und Grad der Drucksituation des Soldaten zu bemessen sein.

Wie schon diese wenigen Beispiele zeigen, ist mit Einräumung bloßer Strafmilderung das dem Handeln auf Befehl zugrunde liegende Problem nur kaschiert, aber nicht wirklich gelöst.

2. Necessity – Notstand

Ebenso wie im innerstaatlichen Recht in bestimmten Notlagen an sich verbotene Handlungen gerechtfertigt sein können, ist auch im Völkerrecht

³⁵ *Dinstein* (Fn 1) 88 ff; *Lauterpacht* in: *Lauterpacht/Oppenheim* (Hrsg) *International Law* Vol 2, 1952, 302; *Green* *Superior Orders and the Reasonable Man*, *The Canadian Yearbook of International Law* 8 (1970) 61–103, 103; *Johnson* (Fn 23) 307; *Gelberg* (Fn 24) 181; *Guggenheim* *Lehrbuch des Völkerrechts* Vol I, 1948, 551; *Jeschek* (Fn 5) 268; vgl. des weiteren Nachweise bei *Bassiouni* (Fn 1) 415.

³⁶ Vgl. oben zu Fn 14.

³⁷ Vgl. *Dinstein* (Fn 1) 88 ff.

³⁸ In diese Richtung wohl *Green* (Fn 35) 103; vgl. auch die Nachweise bei *Johnson* (Fn 23) 307 und *Bassiouni* (Fn 1) 415 sowie *Gelberg* (Fn 24) 181.

³⁹ Vgl. *de Vabres* *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 1947, 241; aber auch *Garner* *International Law and the World War*, London/New York 1920, 484 f.

der Notstand als Rechtfertigungsgrund grundsätzlich anerkannt⁴⁰. Doch über diese lapidare Aussage hinaus ist im Hinblick auf unterschiedliche Notstandssituationen die Rechtslage nur schwer zu durchschauen.

Immerhin scheint insoweit Einvernehmen zu bestehen, als zwischen dem Staatsnotstand (oder auch „völkerrechtlicher Notstand“ genannt) und dem persönlichen Notstand zu unterscheiden ist⁴¹.

a) Soweit ein *Staatsnotstand* vorliegt, nämlich eine die Existenz des Staates bedrohende schwere Gefahr, aus der sich der Staat aus dem ihm zustehenden „Grundrecht auf Selbsterhaltung“ befreien darf⁴², sind die obersten Organe zu entsprechenden Notstandsmaßnahmen berechtigt und dementsprechend auch die ausführenden Organe gerechtfertigt⁴³. Als Beispiele für solche Maßnahmen werden etwa die Versenkung von Flotten oder die Verhängung von Nachrichtensperren angeführt⁴⁴. – Von einem solchen Staatsnotstand konnte jedoch beispielsweise weder bei den Ausrottungsaktionen des Naziregimes, zu denen auch SS-Einsatzgruppen herangezogen wurden, die Rede sein, noch trifft dies auf die meisten Greueltaten im ehemaligen Jugoslawien zu.

b) Deshalb käme allenfalls ein *persönlicher Notstand* in Betracht. Sich einen solchen im Sinne einer nicht anders als durch ein Kriegsverbrechen abwendbaren Gefahr vorzustellen, fällt freilich schon tatsächlich schwer – es sei denn, ein Soldat wird durch seine Kameraden zum Mitmachen bei einem Kriegsverbrechen genötigt: Dann aber handelt es sich genau besehen nicht mehr um einen Fall von Notstand oder necessity, sondern um „duress“ oder „compulsion“ im Sinne des früher sogenannten „Nötigungsnotstandes“⁴⁵. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

Im übrigen scheint die anglo-amerikanische Sichtweise gegenüber der Berufung auf necessity eine durchwegs strengere zu sein⁴⁶, wobei sich

⁴⁰ Vgl. *Seidl-Hohenveldern Völkerrecht*, 7. Auflage, 1992, Rn 1674–1680; *Verdross/Simma Universelles Völkerrecht*, 3. Auflage, 1984, 869 f § 1290; *Gornig Die Verantwortlichkeit politischer Funktionsträger nach völkerrechtlichem Strafrecht*, Neue Justiz 1992, 4–14, 10.

⁴¹ Vgl. in diesem Sinne auch Art 32 des ILC-Entwurfs zur Verantwortlichkeit von Staaten (ILC-Yearbook 1980 II, Teil 2, 30 ff), wo es heißt: „1. The wrongfulness of an act of a state not in conformity with an international obligation of that state is precluded if the author of the conduct which constitutes the act of that state had no other means, in a situation of extreme distress, of saving his life or that of persons entrusted to his care. 2. Paragraph 1 shall not apply if the state in question has contributed to the occurrence of the situation of extreme distress or if the conduct in question was likely to create a comparable or greater peril“. Vgl. auch *Verdross/Simma* (Fn 40) 871.

⁴² Vgl. *Jescheck* (Fn 5) 220.

⁴³ Vgl. im einzelnen *Jescheck* (Fn 5) 222 f.

⁴⁴ Vgl. *Jescheck* (Fn 5) 222 bzw. *Verdross/Simma* (Fn 40) 870.

⁴⁵ Vgl. dazu aus der Sicht des deutschen Rechts *Hirsch* in: *Jescheck/Ruß/Willms* (Hrsg) *Strafgesetzbuch*. Leipziger Kommentar, 10. Auflage, Berlin 1985, Vorbem zu § 35.

⁴⁶ Vgl. dazu *Dinstein International Criminal Law* (Fn 6) 235; ferner *American Jurisprudence* Bd 15, 16, § 318 Coercion or Command (1943). Vgl. dazu auch *Linnan Iran Airflight 655*

allerdings wiederum die mangelnde Unterscheidung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung als Hindernis gegen ausgewogene Differenzierungen erweisen könnte.

3. *Self-defence – Notwehr*

Ähnlich wie beim zuvor behandelten Notstand ist es auch bei Notwehr schon vom Tatsächlichen her schwer, sich einen Fall vorzustellen, in dem die Abwehr eines Angriffs zu einer Verteidigung in Form eines Kriegsverbrechens berechtigen könnte. Gewiß ist der Notwehrgedanke auch dem internationalen Strafrecht nicht fremd, wird doch durch Art 51 der UN-Charta sogar ausdrücklich das „naturgegebene Recht zur individuellen oder kollektiven Selbstverteidigung“ jedenfalls so lange anerkannt, bis der Sicherheitsrat die zur Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit erforderlichen Maßnahmen getroffen hat. Deshalb erscheint es zumindest mißverständlich, wenn beispielsweise Bassiouni in seinem Handbuch über „Crimes against Humanity“ im Sinne eines recht umfassenden Begriffs von „international crimes“ self defence deshalb glaubt nicht behandeln zu müssen, weil es sich dabei um ein „personal defence (handele), which arises under the criminal law of the enforcing state“⁴⁷.

Immerhin kann man aber dieser Auffassung insofern etwas Richtiges abgewinnen, als das durch die UN-Charta anerkannte Selbstverteidigungsrecht in erster Linie dem angegriffenen Staat und allenfalls in abgeleiteter Nothilfe dem einzelnen Soldaten eingeräumt ist und sich schwerlich auf kriegsverbrecherische Formen der Verteidigung erstrecken wird. Diese mangelnde Reichweite individueller Notwehr gegen Bedrohungen eines Staates mag es auch erklären, daß sich die Literatur – soweit ersichtlich – zum Anwendungsgebiet der Notwehr im Bereich von Kriegsverbrechen nahezu völlig ausschweigt.

4. *Compulsion (Necessity – Duress – Coercion) – Nötigungsnotstand*

Noch stärker als bei den bisher behandelten defences, wo begriffliche Unschärfen das Bild verdunkeln, leidet bei den unter den Stichworten der compulsion, necessity, duress und coercion behandelten defences die Problemlösung darunter, daß es an einer einheitlichen Terminologie fehlt⁴⁸.

and Beyond: Free Passage, Mistaken Self-Defence and State Responsibility, Yale Journal of International Law 16 (1991) 245–389, 340 f, der auf einen Fall hinweist, in dem die Berufung auf „necessity“ abgelehnt wurde. Dort wurden Gefangene deswegen umgebracht, weil man deren Entdeckung bei Nahen des Feindes verhindern wollte. Hierzu v Kriemier (Fn 24) 279.

⁴⁷ Bassiouni (Fn 1) 398.

⁴⁸ Vgl Dinstein International Criminal Law (Fn 6) 234. Als einer der wenigen, die sich überhaupt etwas eingehender mit diesem Problembereich befassen, ist namentlich hinzuweisen auf die Fallanalyse von *Dienstag Federenko v United States: War Crimes, the Defense of Duress and American Nationality Law*, Columbia Law Review 1982, 120–183.

Während etwa *Bassiouni* coercion und duress in engem Zusammenhang mit der „obedience to superior order“ sehen möchte, nicht aber die necessity⁴⁹, erscheint es *Dinstein* als möglich, im Anschluß an das Internationale Militärtribunal von Nürnberg die „compulsion“ als Oberbegriff zu verstehen, die sich dann in „duress under threat“ und „necessity to avoid fatal results in other circumstances“ untergliedern lasse⁵⁰. Demgegenüber erscheint es mir, wie offenbar im Anschluß an die deutsche Unterscheidung zwischen Notstand und Nötigungsnotstand auch in der deutschsprachigen völkerrechtlichen Literatur vertreten, am zweckmäßigsten, zwischen Not- oder Zwangslagen zu unterscheiden, die entweder von einer anderen Person ausgehen (dann Nötigungsnotstand – compulsion – duress) oder in anderen, von der Natur oder anderen Umständen ausgehenden Gefahren ihre Ursache haben (Notstand – necessity)⁵¹.

Stellt man sich im Hinblick auf einen derart umgrenzten „Nötigungsnotstand“ die Frage nach einer strafbefreienden Wirkung, so ist der Meinungsstand alles andere als übersichtlich. So entschuldigt etwa das common law im allgemeinen Aktivitäten, die in einer besonderen Zwangssituation begangen werden; wenn es dagegen um Tötung von unschuldigem Leben, um sein eigenes zu retten, geht, soll man sich keinesfalls auf duress berufen dürfen⁵². Teils wird die Ablehnung eines solchen defence auch damit begründet, daß einem Kriegsverbrecher meist auch andere Möglichkeiten zur Verfügung stünden, der ihm angedrohten Verletzung im Falle einer Weigerung zu entgehen⁵³. Des weiteren wird befürchtet, daß sich mit Anerkennung eines solchen defence jeder Untergeordnete entlasten könnte und allenfalls „the very apex of the command chain“ zur Verantwortung gezogen werden könnte, falls überhaupt greifbar⁵⁴. Doch ganz abgesehen davon, daß bei Verweigerung von Strafbefreiung für den Genötigten das abgenötigte Verbrechen nicht zwangsläufig unterbleibt, weil sich der Befehlsgeber immer noch einen gefügigeren Untergebenen suchen und diesen auch finden könnte, wäre es wohl eine moralische Überforderung des Durchschnittssoldaten, ihm unter Strafandrohung einen selbstmörderischen Heroismus abzuverlangen.

Wenn sich die internationale Lehre und Praxis bei Lösung des duress-Problems so schwer tut, so scheint einmal mehr die mangelnde Unterscheidung von Rechtfertigung und bloßer Entschuldigung eine unheilvolle Rolle zu spielen: Würde man sich nämlich klarmachen, daß mit bloßer Entschuldigung einer abgenötigten Handlung diese selbst nicht gebilligt wird, wäre der Weg zu ausgewogenen Lösungen vielleicht eher frei.

⁴⁹ *Bassiouni* (Fn 1) 439.

⁵⁰ *Dinstein* International Criminal Law (Fn 6) 233 f.

⁵¹ Vgl im gleichen Sinne wohl auch *Bassiouni* (wie Fn 49), der dabei compulsion offenbar als Oberbegriff von coercion und duress versteht.

⁵² Vgl *Dienstag* (Fn 48) 137 mit Hinweisen auf Rechtsprechung in Fn 62.

⁵³ *Dienstag* (Fn 48) 149.

⁵⁴ *Dienstag* (Fn 48) 151.

5. Conflict of Interests – Pflichtenkollision

In den Nürnberger Prozessen haben sich namentlich die militärischen Führungskräfte gerne auf eine Pflichtenkollision berufen: Die vaterländische Pflicht habe von ihnen verlangt, auf dem Posten zu bleiben, und um Schlimmeres zu verhüten, habe man sich den Befehlen gebeugt. Mit der darin liegenden Berufung auf eine Pflichtenkollision findet sich eine nähere Auseinandersetzung erstaunlicherweise nur in der grundlegenden Studie von *Jeschek* zu den Nürnberger Prozessen⁵⁵, während in anderen Auflistungen von „defences or exonerations“ (wie beispielsweise bei *Bassiouni*) dieser allgemeine Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund nicht angesprochen wird. Vielleicht könnte dieses Schweigen der außerdeutschen Literatur zu international crimes seinen Grund darin haben, daß in den Nürnberger Urteilen die Berufung auf Pflichtenkollision rundweg abgelehnt wurde, weil das Verbleiben im Amt ein moralischer Beitrag zur Gewaltherrschaft Hitlers darstellte und somit schwerer wog als die Amtshilfe, die im Einzelfall dem Verfolgten hätte zugute kommen können⁵⁶.

Ob sich diese generelle Ablehnung von Pflichtenkollision als ein defence – und sei es auch nur als ein jenseits von Rechtfertigung oder Entschuldigung stehender Strafausschließungsgrund, wie beispielsweise vom damaligen Obersten Gerichtshof für die Britische Zone unter bestimmten Umständen für „Euthanasie-Ärzte“ in NS-Vernichtungsanstalten zugestanden⁵⁷ – ausnahmslos aufrechterhalten läßt, hängt nicht zuletzt vom Verständnis und der Reichweite einer Pflichtenkollision ab⁵⁸.

Trotzdem wird man auch bei Kriegsverbrechen nicht völlig ausschließen können, daß militärische Führungskräfte sich in einem echten Gewissenskonflikt sehen können, in dem ihnen nach dem Prinzip des „geringeren Übels“ kein anderer Ausweg zu bleiben scheint. Für einen solchen defence sollten freilich nur wirkliche Extremsituationen in Betracht kommen können.

6. Consent of the Victim – Einwilligung

Auch die bei der „normalen“ Kriminalität mögliche Berufung auf Einwilligung des Betroffenen findet sich in der Literatur zu Kriegsverbrechen

⁵⁵ *Jeschek* (Fn 5) insb 395 f.

⁵⁶ Vgl. *Jeschek* (Fn 5) 394 f., insb 398.

⁵⁷ Vgl. OGHSt (Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen) 321 ff, 335 (1949); OGHSt 117 ff, 126 (1949); demgegenüber aber auch BGH NJW 1953, 513 f., der in diesen Fällen einen Ausweg über einen besonders sorgfältig zu prüfenden Verbotsirrtum suchte. Vgl. auch die Anmerkung von *Welzel* MDR 1949, 375 und *Eb Schmidt* Süddeutsche Juristenzeitung 1949, 568–570.

⁵⁸ Näher dazu *Lenckner* in: *Schönke/Schröder* Kommentar zum StGB, 24. Auflage, München 1991, Vorbem zu § 32 ff, Rn 71–78, 115–120 mwN.

nur sporadisch erörtert⁵⁹, obgleich sich bereits die Nürnberger Urteile mit diesem defence zu beschäftigen hatten:

a) Soweit es dabei um die Rechtmäßigkeit des freiwilligen *Einsatzes von Kriegsgefangenen in der Rüstungsindustrie* ging, wurde die Berufung auf Einwilligung der Betroffenen schon deshalb abgelehnt, weil den Beschäftigungsverträgen die Rechtsgrundlage gefehlt habe und daher von Zwang auszugehen sei⁶⁰.

b) Soweit es dagegen um die *Verwendung von Kriegsgefangenen bei militärischen Operationen* ging, sei dies nur im Falle von „Gewalt, Drohung oder Nötigung“ völkerrechtswidrig gewesen, nicht jedoch, soweit die Dienste freiwillig geleistet wurden. In dieser Argumentation im sogenannten Wilhelmstraßen-Urteil sieht jedoch *Jescheck* zu Recht eine höchst gefährliche Ansicht, weil damit der immanente Druck verkannt wird, der mit der Kriegsgefangenschaft immer dann verbunden ist, wenn die Lebensbedingungen an den Grenzen des Existenzminimums liegen⁶¹.

c) Auch soweit es in den Nürnberger Ärzte-Prozessen um die *Einwilligung von Häftlingen als Versuchspersonen* bei Experimenten ging, wird man schwerlich von echter Freiwilligkeit sprechen können. Selbst wenn die Anregung zu solchen Versuchsmaßnahmen (wie beispielsweise die Sterilisierung von Halbjuden) von den Opfern ausgegangen war, geschah dies doch allein in der Absicht, auf diese Weise dem Abtransport in Todeslager zu entgehen: Unter diesen Umständen von freiwilliger Teilnahme an einem medizinischen Versuch zu sprechen, wäre blanker Zynismus⁶².

d) Dieser wäre kaum geringer, wenn man die *Vergewaltigung von Frauen durch Soldaten* (wie vor allem aus Bosnien berichtet) mit Einwilligung durch duldende Hinnahme verteidigen wollte.

Wie schon diese wenigen Fallgestaltungen zeigen, dürfte für Einwilligung als defence gegenüber einem Kriegsverbrechen kaum Raum sein. Denn selbst wenn sich ein Opfer gefügig zeigt, um Schlimmeres zu verhüten, kann jedenfalls von Freiwilligkeit – und damit vom Kernelement einer Einwilligung – keine Rede sein.

7. *Mistake of Law and Fact – Irrtum*

Diesem defence kommt vor allem dort eine große Bedeutung zu, wo eine eigenständige Berufung auf „superior order“ abgelehnt wird, um statt

⁵⁹ Aber immerhin einmal mehr namentlich bei *Jescheck* (Fn 5) 335 f.; vgl. *ferner v. Knieriem* (Fn 24) 309 f.

⁶⁰ Vgl. *Jescheck* (Fn 5) 335 zum Milch- und IG-Farben-Urteil.

⁶¹ *Jescheck* (Fn 5) 336.

⁶² Daher zu Recht ablehnend auch *v. Knieriem* (Fn 24) 309 ff.

dessen auf das „mens rea principle“ zu rekurrieren, wie namentlich bei *Dinstein*⁶³.

Vorbehaltlos anerkannt ist aber in der international-rechtlichen Praxis offenbar nur der „mistake of fact“ im Sinne des Tatsachenirrtums, während der Rechtsirrtum nach der alten Maxime „error juris criminalis nocet“ durchwegs als unbeachtlich angesehen wird⁶⁴. Immerhin finden sich aber Ausnahmen für den Fall, daß es dem Täter aufgrund eines „ehrlichen Irrtums“ an seiner „mens rea“ fehlte.

Auf dieser Linie soll nach *Jescheck* insbesondere auch der Irrtum über Rechtsbegriffe des Kriegsvölkerrechts zumindest als Entschuldigungsgrund anerkannt werden⁶⁵. Die Gefahr eines solchen Irrtums drohe vor allem militärischen Führern, wenn sie unter dem Druck außergewöhnlicher Verantwortung und schwerer seelischer Belastung handeln müssen. Soweit ein solcher Irrtum mit den gesunden Auffassungen von Recht und Unrecht nicht im Widerspruch stehe, also keine Rechtsblindheit darstelle, müsse er berücksichtigt werden.

Wenn die Nürnberger Urteile dieses Zugeständnis bei Irrtümern über Rechtsbegriffe des Kriegsvölkerrechts nicht zu machen bereit waren, so dürfte dies nicht zuletzt mit der nach wie vor größeren Zurückhaltung zu erklären sein, mit der man im common law-Bereich auch bei „normalen“ Straftaten nach wie vor einer Berufung auf „mistake of law“ begegnet⁶⁶.

Hält man sich die Verwirrung dessen, was man ohnehin nur mit zwiespältigen Gefühlen als „Kriegsmoral“ bezeichnen kann, in vielen der gegenwärtigen kriegesischen Auseinandersetzungen vor Augen, so spricht in der Tat viel dafür, die Berufung auf Rechtsirrtum so schwer wie möglich zu machen, um der Gewissenlosigkeit nicht auch noch Vorschub zu leisten.

8. Reprisals – Repressalien

Bei dieser Kategorie bewegt man sich auf vergleichsweise sicherem völkerrechtlichem Gelände, ist doch das Ergreifen von Vergeltungsmaßnahmen gegenüber einem anderen Staat oder dessen Staatsangehörigen jedenfalls insoweit grundsätzlich anerkannt, als damit der Gegner zu

⁶³ Vgl oben zu II 1 B(b) mit Fn 32. Auch bei *Bassiouni* (Fn 1) 398 wird zwar auf „mistake of law or fact“ als mögliche defences hingewiesen, dann aber lediglich zu mistake of law auf Chapter 1 über „emergence as an international crime“ verwiesen, wo dann allerdings ebensovien eindeutige Aussagen zu finden sind.

⁶⁴ *Jescheck* (Fn 5) 378.

⁶⁵ *Jescheck* (Fn 5) 383.

⁶⁶ Vgl *Smith Error and Mistake of Law in Anglo-American Criminal Law*, in: *Eser/Fletcher* (Hrsg) *Rechtfertigung und Entschuldigung – Rechtsvergleichende Perspektiven*, Bd II, Freiburg 1988, 1075–1124; ferner *Kaplan Mistake of Law*, in: *Eser/Fletcher aaO* 1125–1148.

völkerrechtsgemäßem Handeln veranlaßt werden soll⁶⁷. In diesem Rahmen soll dies übrigens nicht nur zur Zerstörung von Sachgütern, sondern auch zur Tötung von Menschen berechtigen, sofern dabei Verhältnismäßigkeit zwischen dem Anlaß der Repressalie und der Tat gewahrt bleibt. Dies aber wurde beispielsweise im sogenannten Einsatzgruppen-Fall verneint, wo es um die Vernichtung von 859 von 2100 Juden als Repressalie für die Tötung von 21 deutschen Soldaten ging⁶⁸.

Über die Unzulässigkeit solcher Exzesse wird man sicherlich nicht streiten können. Um jedoch schon dem Mißbrauch durch Repressalien vorzubeugen, wie er mit der Maßlosigkeit jeder Art von Rache verbunden sein kann, sollte man die Repressalien schon von vornherein nicht als Vergeltungsakte, sondern lediglich als Erzwingungsmaßnahmen, soweit und solange erforderlich, verstehen.

9. Das „Tu Quoque“-Argument

Der Repressalie nah verwandt erscheint das „Tu quoque-Argument“, mit dem man – entweder ganz platt nach dem Motto „Du ja auch“ oder mit der Autorität des alttestamentlichen „Auge um Auge, Zahn um Zahn“ – ein Verbrechen deshalb meint begehen zu dürfen, weil sich die Gegenseite gleichermaßen verhalten habe.

Doch während sich einerseits die biblische Vergeltung gegen den Versucher des ursprünglichen Schadens richtet und andererseits die Repressalie auf Erzwingung von völkerrechtskonformem Verhalten ausgerichtet ist, geht es bei Berufung auf „tu quoque“ um den Versuch, eigenes Unrecht gegen Dritte mit dem rechtswidrigen Verhalten des Gegners gegen andere Dritte zu rechtfertigen⁶⁹.

In den Nürnberger Prozessen glaubte man den Verweis von deutschen Angeklagten auf Kriegsrechtsverletzungen der Alliierten schon damit ablehnen zu können, daß diese Verstöße nicht mit den Nazi-Verbrechen verglichen werden könnten⁷⁰.

Doch selbst wenn die beiderseitigen Kriegsverbrechen vergleichbar wären, scheint es schon zweifelhaft, ob man überhaupt einen Strafmilderungsgrund einräumen sollte, wie in den Nürnberger Prozessen grundsätzlich zugestanden⁷¹, ganz zu schweigen von Straffreistellung oder gar Rechtfertigung. Denn schon allein mit dem Öffnen dieses Tores wäre die Eskalation zu immer schwereren gegenseitigen Aufrechnungen vorge-

⁶⁷ Vgl zu diesbezüglichen Bestätigungen durch das internationale Militärtribunal von Nürnberg *Jescheck* (Fn 5) 333 f; ferner *Seidl-Hohenveldern* (Fn 40) 387 Rn 1298; *Bassiouni* (Fn 1) 447 ff.

⁶⁸ *Bassiouni* (Fn 1) 458.

⁶⁹ Vgl *Bassiouni* (Fn 1) 460 f.

⁷⁰ Vgl *Jescheck* (Fn 5) 411 ff; *Gelberg* (Fn 24) 184.

⁷¹ Vgl *Jescheck* (Fn 5) 412 zum II. Generals-Urteil.

zeichnet. Deshalb stößt das *tu quoque*-Argument zu Recht auf weitgehende Ablehnung⁷².

10. „Military Necessity“ – Kriegsnotwendigkeiten

Im Unterschied zu Repressalien, die nur berechtigt sein können, wenn dem eine Völkerrechtsverletzung des anderen Staates vorausgegangen ist, geht es bei den „Kriegsnotwendigkeiten“ um den Fall, daß ein Staat gegen einen anderen Staat eine Völkerrechtsverletzung begeht, um sich aus einer Kriegsgefahr zu retten⁷³.

Bedeutsam ist dieser *defence* im Falle von Verwüstungen. So sollten nach der Charta des IMT von Nürnberg – und wie auch jüngst durch das YUG-Statut bestätigt – sogar umfassende Zerstörungen und Besitzergreifungen des Eigentums⁷⁴ sowie „mutwillige Zerstörung von Großstädten, Städten und Dörfern durch militärische Notwendigkeit gerechtfertigt“ sein⁷⁵. Dieser „*defence*“ findet jedoch zu Recht seine Grenze bei der Tötung von Zivilisten und der Verbringung in ein Konzentrationslager; derartige Handlungen sind niemals gerechtfertigt⁷⁶.

Auch dieser *defence* ist nicht ungefährlich, könnte doch die Berufung auf Kriegsnotwendigkeit leicht zu dem zwar irrigen, aber naheliegenden Schluß verleiten, daß eine Kriegspartei alles tun dürfe, was ihr zum Sieg verhilft.

11. Immunity of Heads of State – Immunität des Staatsoberhauptes

Last but not least bleibt auch noch die Frage einer Immunität von Staatsoberhäuptern wenigstens kurz anzusprechen. Auf den ersten Blick könnte eine solche Straffreistellung naheliegen, nachdem jedenfalls in Friedenszeiten dem Staatsoberhaupt einer fremden Macht grundsätzlich Immunität eingeräumt wird⁷⁷. Würde diese Freistellung von gerichtlicher Verantwortung auch auf Kriegsverbrechen erstreckt, mit der Folge, daß der oberste Befehlsggeber straffrei bliebe, während sich der Befehlsvollstrecker strafrechtlich verantworten müßte, so wäre dies der gerade klassische Beweis des fragwürdigen Erfahrungssatzes: „Die Kleinen hängt man, die Großen läßt man laufen“.

Auch wenn es nun lebensfremd wäre zu leugnen, daß die internationale Praxis weitgehend so verfährt, wurde in der Charta für das IMT von

⁷² Vgl auch Gelberg (Fn 24) 184 und Woetzel *The Nuremberg Trials in International Law*, London 1962, 120 f.

⁷³ Vgl v *Knieriem* (Fn 24) 322.

⁷⁴ Art 2d des YUG-Statuts.

⁷⁵ Art 3b des YUG-Statuts. Vgl ebenso Art 5b des Nürnberger IMT-Statuts.

⁷⁶ Vgl *Jeschek* (Fn 5) 331 zum II. Generals-Urteil.

⁷⁷ Vgl *Seidl-Hohenveldern* (Fn 40) 312 Rn 1485; vgl ebenso *Bassiouni* (Fn 1) 465; *Schwarzenberger* (Fn 28) 508.

Nürnberg die Immunität des Staatsoberhauptes zu Kriegszeiten ausdrücklich abgelehnt⁷⁸. Und dies wurde nun neuerdings auch durch den IGH für das ehemalige Jugoslawien bestätigt (Art 8 III).

Der bislang einzige Fall, in dem einem Staatsoberhaupt unter Verweigerung von Immunität durch ein anderes Land der Prozeß gemacht wurde, ist der Fall von *General Noriega*⁷⁹; dagegen sind bei gleichen Bestrebungen gegenüber *Saddam Hussein* den vielen Worten bisher keine Taten gefolgt⁸⁰.

Für die Zukunft mag zwar hoffnungsvoll stimmen, daß auch der Draft Code of Crimes von 1991 ein Staats- oder Regierungsoberhaupt nicht von strafrechtlicher Verantwortlichkeit entbindet⁸¹ und inzwischen ein Internationaler Gerichtshof für die Verfolgung von Kriegsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien eingerichtet wurde⁸². Solange jedoch Strafverfahren und Verurteilungen in Abwesenheit des Angeklagten nicht durchgeführt werden können⁸³, sind die Aussichten auf eine wirksame Strafverfolgung gegen die Hauptverantwortlichen für Kriegsverbrechen in den jugoslawischen Auseinandersetzungen zutiefst pessimistisch einzuschätzen.

III. Zusammenfassung – Ausblick

Auch wenn dieser Überblick weder Vollständigkeit noch volle Problemerkennung beanspruchen kann und will, mögen doch einige zusammenfassende Beobachtungen erlaubt sein.

1. *Entstehungsgeschichtlich* erscheint bemerkenswert, daß die Nürnberger Prozesse nicht nur für die Etablierung von völkerrechtlichen „defences“, sondern auch für die Einräumung von straffausschließenden „defences“ einen Meilenstein darstellen. Zwar wurde dadurch nur auf Deutschland beschränktes Besatzungsrecht geschaffen und kein Völkerrecht im

⁷⁸ In Art 7 IMT heißt es: „Neither the official position, at any time, of an accused, nor the fact that an accused acted pursuant to order of his government or of a superior shall, of itself, be sufficient to free such an 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“.

⁷⁹ Dazu *United States v Noriega*, Case No 88 – 0079 – CR, United States District Court for the Southern District of Florida.

⁸⁰ Vgl Hearing before the Subcommittee on International Law, Immigration and Refugees of the Committee of the Juridacy, House of Representatives, 102nd Congress, 1st Session, March 13, 1991, Serial No 3.

⁸¹ Vgl Art 13 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind: „The official position of an individual who commits a crime against the peace and security of mankind, and particularly the fact that he acts as head of State or Government, does not relieve him of criminal responsibility“.

⁸² Vgl dazu *Hollweg* Das neue Internationale Tribunal der UNO und der Jugoslawienkonflikt, JZ 1993, 980–989 mwN.

⁸³ Wobei hier offenbleiben muß, ob Prozesse in absentia überhaupt zulässig wären: verneinend dazu *Hollweg* (Fn 82) 989 Fn 68.

eigentlichen Sinne; immerhin wurden aber dabei bereits bestimmte defence-Strategien entwickelt und teils anerkannt, teils verworfen. Bedauerlich ist dabei nur, daß – über die erste Analyse dieser Prozesse durch *Jescheck* hinaus – keine weiteren Auseinandersetzungen mit diesen Fragen erfolgt sind, und zwar weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung. Auch der Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind der International Law Commission von 1991 läßt nicht zuletzt im Hinblick auf die Formulierung klarer defences manche Wünsche offen⁸⁴. Und Gleiches gilt für das IGH-Statut für Jugoslawien, wo lediglich die „military necessity“ als Rechtfertigungsgrund (Art 2d, 3b) bzw die „superior order“ als bloßer Strafmilderungsgrund (Art 7 Abs 4) Erwähnung finden.

2. Was die *straffreistellende Wirkung und Reichweite* der derzeit vornehmlich diskutierten defences betrifft, so lassen sich im wesentlichen drei Gruppen unterscheiden:

a) Eine erste Gruppe könnte man als „*absolute defences*“ kennzeichnen und zusammenfassen. Dazu sind jene defences zu rechnen, denen – aus welchen Gründen auch immer – traditionell und anerkanntermaßen strausschließende Wirkung beigelegt wird: so dem Staatsnotstand und dem Notwehrrecht, dem Erzwingen von völkerrechtskonformem Verhalten durch Repressalien, der Zerstörung von Sachgütern aus Kriegsnotwendigkeiten, dem Tatsachenirrtum sowie dem Handeln unter duress. Diesen defences ist gemeinsam, daß sie in bestimmten Gefahrenlagen oder Zwangssituationen ihre Ursache haben und daher als gleichsam „natürliche Reaktion“ menschlich und/oder politisch nachvollziehbar und bis zu einem gewissen Grad durch Rekonstruktion der zur Tatzeit bestehenden Sachlage nachprüfbar sind.

b) Eine zweite Gruppe könnte man als „*situation defences*“ bezeichnen. Für sie ist charakteristisch, daß sie wesentlich von den Umständen des Einzelfalles abhängen und/oder Teilelemente von anderen defences enthalten. Hierher wären vor allem der Rechtsirrtum (mistake of law), die Pflichtenkollision und das Handeln auf dienstlichen Befehl (obedience to superior order) zu rechnen. Keiner dieser defences ist bislang vorbehaltlos anerkannt und sollte es vielleicht auch in Zukunft nicht sein; dennoch sind auch bei Kriegsverbrechen Situationen denkbar, wo es die Umstände des Einzelfalles angezeigt erscheinen lassen, einem „ehrlichen Irrtum“, einem echten Gewissenskonflikt oder auch einem nicht anders abwendbar erscheinenden Befehlsdruck strafbefreiend Rechnung zu tragen.

c) Als dritte Gruppe bleiben Verteidigungsstrategien, denen man die strafbefreiende Wirkung grundsätzlich absprechen sollte und die man daher

⁸⁴ Vgl Eser (Fn 3) 48.

als „*non-defences*“ bezeichnen könnte: Dazu wäre das „*tu quoque*-Argument“ sowie die zu weitgehende Berufung auf dienstlichen Befehl nach der „*respondeat superior*-Theorie“ zu rechnen.

3. Schließlich darf die Feststellung nicht fehlen, daß das Gesamtfeld der *defences* einer umfassenderen und tiefergehenden Bearbeitung bedürfte, als es bisher geschehen ist und wie es natürlich auch hier nicht nachgeholt werden konnte. Bei einem solchen Stück Grundlagenforschung wäre – unter anderem – vor allem folgenden Fragen besondere Beachtung zu schenken:

- Zum einen der Feststellung, daß es sich bei den bisherigen *defences* um ein recht ungeordnetes Konglomerat aus verschiedenen Rechtstraditionen handelt, wobei vor allem zwischen kontinentaleuropäischen Ansätzen und den teils andersartigen Denktraditionen des *common law* sowohl sachliche wie begriffliche Friktionen bestehen, die zunächst sowohl in ihren Gründen wie auch Auswirkungen zu verstehen wären, um sie dann mit einem politischen Willensakt beheben zu können.
- Dies wird des weiteren voraussetzen, daß man sich auch über die unterschiedliche Legitimationswirkung von *defences* und demzufolge ihre strukturell-strafrechtssystematische Klassifizierung mehr Klarheit verschafft als bisher vorhanden. Denn ohne sich über die rechtfertigende oder nur entschuldigende oder gar nur sonst strausschließende Wirkung eines *defence* Klarheit verschafft zu haben, wird man auch bei deren sachgerechter Erfassung und Abstufung nicht weiterkommen.
- Als ein besonderes Problem kommt bei Kriegsverbrechen hinzu, daß noch weithin ungeklärt ist, inwieweit Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe, die bei Alltagskriminalität ihre unbestrittene Berechtigung haben und vielleicht auch bei anderen international crimes akzeptabel sein mögen, gerade auch zur Straffreistellung von Kriegsverbrechen sollten herangezogen werden dürfen.

Wenn ich zur Erforschung dieses noch weithin unbeackerten Feldes einige Einblicke und Anstöße geben konnte, wäre der Zweck dieses einführenden Überblicks voll erreicht – und damit vielleicht auch ein Anliegen des Jubilars ein Stück vorangebracht.