

Inhaltsverzeichnis

<i>Einführung</i>	15
-------------------	----

ERSTER TEIL:

ENTWICKLUNGSGESCHICHTE UND GEISTIGER HINTERGRUND DER BEFEHLSPROBLEMATIK

<i>Einleitung</i>	19
-------------------	----

<i>Erstes Kapitel: Rückblick auf das Militärstrafrecht des Altertums und die germanischen Volksrechte</i>	20
---	----

A. Handeln auf Befehl im römischen Recht	20
I. Der höhere Befehl in den Quellen des römischen Rechts	20
II. Schlussfolgerungen für die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Untergebenen	21
B. Handeln auf Befehl in den germanischen Volksrechten	23

<i>Zweites Kapitel: Rückblick auf das klassische Völkerrecht</i>	26
--	----

A. Von der Scholastik des Mittelalters bis zur frühen Neuzeit	26
I. Die Offensichtlichkeit der unrechten Tat	27
II. Abstellen auf die positive Kenntnis	28
III. Eigenverantwortlichkeit bei Zweifeln an der gerechten Tat	29
B. Das Zeitalter des Absolutismus	30
I. Die unbedingte Gehorsamspflicht	30
II. Die auf rechtmäßige Befehle beschränkte Gehorsamspflicht	31
III. Fehlende Nachprüfungspflicht bei Zweifeln	32
IV. Der Befehl in Dienstsachen und öffentlich-rechtlichen Subordinationsverhältnissen	34
V. Das Kriterium des Notstandes	34
C. Zusammenfassung	36

Drittes Kapitel: Das Handeln auf Befehl in historischen Gerichtsentscheidungen 37

A. Die Verfahren gegen Hagenbach und Henry Wirz	
– Präzedenzfälle des modernen Völkerrechts?	37
I. Der Hagenbach-Fall (1474)	38
II. Das Verfahren gegen Henry Wirz (1865)	39
B. Die Leipziger-Prozesse	40
I. Der Fall der „Dover Castle“	42
II. Der Fall der „Llandovery Castle“	43
III. Angewandtes deutsches Recht und Völkerrecht	44
IV. Regelung des § 47 MStGB	45
C. Der Nürnberger Prozess	47
I. Der Weg nach Nürnberg	47
II. Schaffung einer Norm zum Handeln auf Befehl	48
III. Das Verfahren	49
1. Vorbringen der Verteidigung zum Handeln auf Befehl	50
2. Erwiderung der Anklage	51
IV. Anwendung des Art. 8 IMT-Statut durch das Tribunal	53
V. Regelung des Art. 8 IMT-Statut	54
VI. Art. 8 IMT-Statut – Ausfluss des Völkerrechts?	56
D. Die Nachfolgeprozesse vor Militärtribunalen der Besatzungsmächte und vor nationalen Gerichten	59
E. Der Tokioter Prozess	61

Viertes Kapitel: Entwicklung nach Ende des Zweiten Weltkrieg 63

A. Lehrmeinungen	63
I. Prinzip der strafbefreienden Wirkung des höheren Befehls (<i>respondeat superior</i>)	64
II. Prinzip der unbedingten strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Untergebenen (<i>absolute liability</i>)	65
III. Prinzipien beschränkter bzw. bedingter strafrechtlicher Verantwortlichkeit	66
1. <i>Manifest illegality principle</i>	66
2. <i>Mens rea principle</i>	68

B. Kodifikationsbemühungen	68
I. Entwürfe der Internationalen Law Commission (ILC)	69
II. Entwürfe der Association Internationale de Droit Pénal (AIDP)	72
III. Entwürfe der International Law Association (ILA)	73
IV. Die Siracusa-Entwürfe	74
V. Die Statute der Internationalen Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und für Ruanda	75
C. Der Weg zum Vertrag von Rom	77
I. Vorarbeiten des Ad-Hoc- und des Preparatory Committee	77
II. Die Konferenz von Rom	80
III. Schaffung einer Norm zum Handeln auf Befehl	82

ZWEITER TEIL:

DER HÖHERE BEFEHL IM DEUTSCHEN RECHT UND IM STATUT FÜR DEN INTERNATIONALEN STRAFGERICHTSHOF

<i>Einleitung</i>	85
<i>Erstes Kapitel: Strafrechtliche Bewertung nach deutschem Recht</i>	88
A. Handeln auf Befehl, § 5 WStG	88
I. § 5 WStG im Kontext des Befehlsrechts	88
II. Systematik der Vorschrift	93
III. Grundsatz fehlender strafrechtlicher Verantwortlichkeit	
– Handeln ohne Schuld	93
1. Begehung einer rechtswidrigen Tat	93
2. Begehung auf Befehl – Voraussetzungen des Befehls	93
a. Anweisung	94
b. Bestimmtes Verhalten	94
c. Anspruch auf Gehorsam	96
d. Form	98
e. Allgemein oder für den Einzelfall	98
f. Subordinationsverhältnis als Voraussetzung des Befehls	99
aa. Vorgesetztenverhältnisse nach der Vorgesetztenverordnung	99
bb. Vorgesetztenverhältnis nach § 21 II WDO	102

cc. Nichtsoldaten als militärische Vorgesetzte und nicht-militärische Vorgesetzte	103
3. Begehung durch einen Untergebenen – Subordinationsverhältnis als Voraussetzung des § 5 WStG	105
4. Rechtsfolge: Grundsätzlich schuldloses Handeln	105
IV. Ausnahmetatbestände strafrechtlicher Verantwortlichkeit	105
1. Erkennen der Rechtswidrigkeit der Tat	105
2. Das Offensichtlichkeitserfordernis in § 5 WStG	107
a. Offensichtliche Strafrechtswidrigkeit	108
b. Beurteilung nach den dem Untergebenen bekannten Umständen	110
c. Das Offensichtlichkeitserfordernis des § 5 WStG in der Recht- sprechung des BGH am Bsp. der sog. „Mauerschützenurteile“	111
aa. Elementares Tötungsverbot und offensichtliche Straf- rechtswidrigkeit	112
bb. Kritische Stimmen im Schrifttum	114
cc. Renaissance der Radbruch'schen Formel und Vorweg- nahme der Offensichtlichkeit	115
dd. Unzulängliche Berücksichtigung der subjektiven Be- urteilungsgrundlage des § 5 WStG	117
d. Zusammenfassung	120
<i>Zweites Kapitel: Strafrechtliche Bewertung nach dem IStGH-Statut</i>	122
A. <i>Superior Orders</i> , Art. 33 IStGH-Statut	122
I. Systematik der Vorschrift	122
II. Grundsatz strafrechtlicher Verantwortlichkeit	123
1. Begehung eines Verbrechens (<i>crime within the jurisdiction of the Court</i>)	123
2. Begehung auf Anordnung (<i>committed pursuant to an order</i>)	123
a. Anweisung zu einem bestimmten Verhalten (<i>specific instruction</i>)	124
b. Anspruch auf Gehorsam (<i>claim to obedience</i>)	125
c. Form (<i>given orally, in writing or in any other way</i>)	127
d. Allgemein oder für den Einzelfall (<i>in general or in an individual case</i>) – Das Problem der sog. Dauerbefehle (<i>standing orders</i>)	127
3. Subordinationsverhältnis (<i>of a Government or of a superior</i>)	130
4. Rechtsfolge: Grundsatz strafrechtlicher Verantwortlichkeit	132

III. Ausnahmetatbestände fehlender strafrechtlicher Verantwortlichkeit	132
1. Gehorsamspflicht (<i>legal obligation to obey</i>)	132
2. Nichtkenntnis der Rechtswidrigkeit der Anordnung (<i>did not know that the order was unlawful</i>)	133
3. Fehlende Offensichtlichkeit (<i>not manifestly unlawful</i>)	134

Drittes Kapitel: Mögliche Unterschiede in der strafrechtlichen Bewertung nach deutschem Recht und nach IStGH-Statut 136

A. Grundsatz strafrechtlicher Verantwortlichkeit kontra grundsätzlich schuldlosem Handeln	136
B. Rein objektive kontra auch subjektive Bestimmung der Offensichtlichkeit	137
I. Das Offensichtlichkeitserfordernis im Common Law als Leitfaden einer künftigen Auslegung des Art. 33 IStGH-Statut	137
II. Das Merkmal „ <i>manifestly illegal/unlawful</i> “ in u.s.-amerikanischen Entscheidungen	138
1. Entscheidungen mit rein objektiver Bestimmung der Offensichtlichkeit	139
a. Riggs vs. State (1866)	139
b. McCall vs. McDowell (1867)	140
c. U.S. vs. Kinder (1954)	141
d. Zusammenfassung	142
2. Entscheidungen mit auch subjektiver Bestimmung der Offensichtlichkeit	142
a. U.S. vs. Clark (1887)	143
b. U.S. vs. Jones (1813)	144
c. U.S. vs. Figueroa (1967)	145
d. U.S. vs. Calley (1971)	146
e. Zusammenfassung	149
III. Zwischenergebnis: Rückschlüsse auf das Offensichtlichkeitserfordernis in Art. 33 IStGH-Statut	150
C. Rechtsnatur und Folgen der „Differenz“ zwischen dem objektiven Wortlaut in Art. 33 und dem subjektivierten Wortlaut in § 5 WStG	151
I. Das Abstellen auf die dem Täter bekannten Umstände in § 5 WStG	151

II. Die Berücksichtigung von Irrtümern bei der Bestimmung der Offensichtlichkeit nach § 5 WStG	152
1. Irrtümer tatsächlicher Art	154
2. Irrtümer rechtlicher Art	155
D. Die fehlende Berücksichtigung der dem Täter bekannten Umstände in Art. 33 IStGH-Statut und die Irrtumsregelung als Korrektiv	156
I. Die Irrtumsregelung des Art. 32 IStGH-Statut	156
1. <i>Mistake of fact</i> (Absatz 1)	157
2. <i>Mistake of law</i> (Absatz 2) – Unterscheidung zwischen beachtlichen und unbeachtlichen „Rechtsirrtümern“	158
3. Eintritt der Rechtsfolge – Die Verwendung des Wortes „may“ in Art. 32 II Satz 2 IStGH-Statut	159
II. Die Unterscheidung zwischen beachtlichen und unbeachtlichen „Rechtsirrtümern“ im Common Law	162
III. Übertragung der anglo-amerikanischen Grundsätze auf die Regelung des Art. 32 II IStGH-Statut	165
1. Der beachtliche <i>mistake of law</i> – Negierung der subjektiven Tatbestandsmerkmale	166
2. Der unbeachtliche <i>mistake of law</i>	166
E. Ergebnis	167
<i>Viertes Kapitel: Stellungnahme und Ausblick</i>	169

DRITTER TEIL:

DER BEFEHLSNOTSTAND IM DEUTSCHEN RECHT UND IM STATUT FÜR DEN INTERNATIONALEN STRAFGERICHTSHOF

<i>Einleitung</i>	175
<i>Erstes Kapitel: Strafrechtliche Bewertung nach deutschem Recht</i>	178
A. Notwehr, § 32 StGB	178
B. Rechtfertigender Notstand, § 34 StGB	178

C. Entschuldigender Notstand, § 35 StGB	179
I. Systematik des § 35 I Satz 1 u. 2 StGB	
– Zumutbarkeit der Gefahrtragung	180
II. Regelbeispiel des besonderen Rechtsverhältnisses	181
1. Die erhöhten Gefahrtragungspflichten der Soldaten	181
a. Das „besondere Gewaltverhältnis“ als Begründung soldatischer Gefahrtragungspflichten	182
b. Die Regelung des § 6 WStG	183
c. Die Gesamtstruktur soldatischer Pflichten und die Vorschriften des Soldatengesetzes (SG)	183
d. Kritik an der Herleitung soldatischer Gefahrtragungspflichten	184
2. Die absoluten Grenzen soldatischer Gefahrtragungspflichten	184
a. Der „sichere Tod“ – eine hinzunehmende Gefahr?	185
b. Todesgewissheit als Verletzung der Menschenwürde	185
c. Todesgewissheit in der Gesamtstruktur soldatischer Pflichten	186
d. Dogmatische Einordnung i.R.d. § 35 I S. 2 StGB	187
3. Zwischenergebnis	187
III. Disproportionalität von Eingriffs- und Erhaltungsgut	187
IV. Ergebnis	188
 Zweites Kapitel: Strafrechtliche Bewertung nach dem IStGH-Statut	189
A. <i>Self defence</i> , Art. 31 I (c) IStGH-Statut	189
B. <i>Duress</i> , Art. 31 I (d) IStGH-Statut	191
I. Systematik der Vorschrift	191
II. Notstandslage	192
1. Notstandsfähige Rechtsgüter (<i>threat of death or of serious bodily harm</i>)	192
2. Ursprung der Notstandslage (<i>by other persons or circumstances</i>)	193
III. Notstandshandlung (<i>conduct caused by duress/acts to avoid this threat</i>)	193
IV. Notwendigkeit der Rettungshandlung (<i>acting necessarily to avoid the threat</i>)	194
1. Geeignetes Mittel zum Schutz des Erhaltungsguts	194
2. Relativ mildestes Mittel hinsichtlich des Eingriffsguts	195

V. Angemessenheit der Rettungshandlung (<i>acting reasonably to avoid the threat</i>)	195
1. Die Verwendung der Begriffe „ <i>reasonably</i> “ bzw. „ <i>angemessen</i> “ in den verschiedenen Rechtssystemen	196
2. Berücksichtigung des subjektiven Notstandselementes in Art. 31 I (d) IStGH-Statut	197
a. Auslegung nach <i>Eser</i>	198
b. Kritische Würdigung	198
aa. Konsequenzen einer losgelösten Betrachtung von objektiver Angemessenheit und subjektiver Schadensabwägung	199
bb. Vereinbarkeit mit systematischen und objektiv-teleologischen Erwägungen	200
cc. Zusammenfassung	202
3. Ergebnis: Angemessenheit im Sinne einer objektiven Schadensabwägung	203
VI. Subjektives Notstandselement (<i>does not intend to cause a greater harm than the one sought to be avoided</i>)	204
1. Schadensabwendungsabsicht	204
2. Schadensabwägung	205

<i>Drittes Kapitel: Mögliche Unterschiede in der strafrechtlichen Bewertung nach deutschem Recht und nach IStGH-Statut</i>	206
A. Die Abwägung von Leben im deutschen Notstandsrecht	206
I. Prinzip der Rechtswidrigkeit notstandsbedingter Tötungen	207
II. Prinzip der Unzumutbarkeit einer Selbstopferung	210
III. Übertragbarkeit der deutschen Rechtsgrundsätze auf die Regelung des Art. 31 I (d) IStGH-Statut	212
B. Die Abwägung von Leben im anglo-amerikanischen Notstandsrecht	213
I. Ansätze quantitativer Abwägung von Leben in der anglo-amerikanischen Strafrechtsliteratur	213
II. Die strengere Haltung der anglo-amerikanischen Rechtsprechung zur notstandsbedingten Tötung	214
1. Überblick über das anglo-amerikanische Notstandsrecht	215
2. Präzedenzfälle (<i>leading cases</i>) zu <i>necessity</i>	216
a. Regina vs. Dudley and Stephens (1884)	216
b. U.S. vs. Holmes (1842)	219

3. Präzedenzfälle (<i>leading cases</i>) zu <i>duress</i>	221
a. Jüngere Entwicklung in der Rechtsprechung	221
b. Regina vs. Howe (1987)	222
4. Ursache und Konsequenz der fehlenden Unterscheidung von Rechtfertigung und Entschuldigung	225
5. Korrekturmöglichkeiten des Common Law	227
6. Zusammenfassung	228
III. Übertragbarkeit der anglo-amerikanischen Grundsätze auf die Regelung des Art. 31 I (d) IStGH-Statut	229
C. Ergebnis	230
<i>Viertes Kapitel: Stellungnahme und Ausblick</i>	231
Literaturverzeichnis	234