

Aufsätze

Nuremberg revisited

– Das Bundesverfassungsgericht, das Völkerstrafrecht und das Rückwirkungsverbot –¹

von wiss. Referent Dr. Kai Ambos, Freiburg/Br.

Wie nicht anders zu erwarten, hat sich das BVerfG dem BGH angeschlossen und § 27 DDR-Grenzgesetz gegenüber den »völkerrechtlich anerkannten Menschenrechten« zurücktreten lassen, um so die Bahn für eine Verurteilung von Mauerschützen und ihrer Hintermänner frei zu machen.² Ob diese Entscheidung gegen das innerstaatliche Rückwirkungsverbot des Art. 103 II GG verstößt³ oder der von dieser Vorschrift gewährte Vertrauensschutz bei menschenrechtswidrigen Rechtfertigungsgründen entfällt,⁴ soll hier nur am Rande diskutiert werden (III.). In erster Linie geht es um die Begründung der These, daß dieser Beschluß – hinsichtlich seiner Ausführungen zum Rückwirkungsverbot (I., II.) und anderer völkerstrafrechtlicher Fragen (IV.) – eine Bestätigung der Nürnberger Urteile⁵ darstellt und dem gegenwärtigen Stand des Völkerstrafrechts⁶ entspricht. Damit wurde dem Völkerstrafrecht als solchem und seiner Bedeutung im innerstaatlichen Recht ein großer Dienst erwiesen – freilich ohne daß dies vom BVerfG beabsichtigt gewesen zu sein scheint.

1 Zugleich Anm. zum BVerfG-Beschluß vom 26. 10. 1996 (AZ.: 2 BvR 1851/94, 1853/94, 1875/94, 1852/94 = StV 1997, 14).

2 Die (dünne) Begründung findet sich auf S. 50–52 des Beschlusses.

3 So vor allem *Dannecker/Stoffers*, Rechtsstaatliche Grenzen für die strafrechtliche Aufarbeitung der Todesschüsse an der innerdeutschen Grenze, JZ 1996, 490 (deshalb eine Änderung des Art. 103 II GG fordernd); *Arnold*, Die »Bewältigung« der DDR-Vergangenheit vor den Schranken des rechtsstaatlichen Strafrechts, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt/M. (Hrsg.) Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, Frankfurt/M. 1995, S. 283, 306 ff. (eine Mißachtung des Rechtsverständnisses der DDR kritisierend); *Jakobs*, Untaten des Staates – Unrecht im Staat – Strafe für die Tötungen an der Grenze der ehemaligen DDR?, GA 1994, 1 (auf die »normative Lebenswelt« der DDR abstellend); differenzierend *Lüderssen*, Der Staat geht unter – das Unrecht bleibt?, Frankfurt/M. 1992 (auch ZStW 104, 1992, 735), der zwar das Grenzgesetz, nicht aber informelle, politische Vorgaben für beachtlich hält und im übrigen Exzeßstaten auch durch das Grenzgesetz nicht für gerechtfertigt hält (insbes. S. 32, 34, 52); unklar *Peschel-Gutzeit/Jenckel*, Aktuelle Bezüge des Nürnberger Juristenurteils: Auf welchen Grundlagen kann die deutsche Justiz das Systemunrecht der DDR aufarbeiten?, in: *Peschel-Gutzeit* (Hrsg.), Das Nürnberger Juristen-Urteil von 1947, Baden-Baden 1996, S. 277, 295 ff., die zwar das Rückwirkungsverbot mit überpositivem Recht für unvereinbar halten, aber gleichzeitig die BGH-Rspr. begrüßen und sogar mehr Verurteilungen wegen Rechtsbeugung verlangen. Zum Meinungsstand instruktiv *Zimmermann* (Die strafrechtliche »Bewältigung« der deutschen Diktaturen, JuS 1996, S. 865, 868 f.) zwischen extensivem (etwa *Jakobs*, a.a.O.) und restriktivem Positivismus (etwa *Lüderssen*, a.a.O.) sowie systemimmanenter Auslegung (etwa *Arnold*, a.a.O.)

unterscheidend; vgl. auch *Buchner*, Die Rechtswidrigkeit von Taten von »Mauerschützen« im Lichte von Art. 103 II GG unter besonderer Berücksichtigung des Völkerrechts, Frankfurt/M. 1996, S. 83 ff. Zusammenf. zur Rspr. *Amelung*, Die strafrechtliche Bewältigung des DDR-Unrechts durch die deutsche Justiz – Ein Zwischenbericht, GA 1996, 51.

4 So insbesondere die Rechtsprechung des BGH (von BGHSt 39/1 bis BGHSt 41/101, dazu *Dannecker/Stoffers*, Anm. 3) und nun auch das BVerfG. Auf die faktische Nichtberücksichtigung des Rückwirkungsverbots stellt *Naucke* (Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, 1996, S. 47 ff.) ab. Weitere Nachweise bei *Zimmermann* Anm. 3 S. 869 ff.

5 Zu den »Nürnberger Verfahren« zählen das Verfahren gegen Göring u. a. (*Internationaler Militärgerichtshof-IMG*, Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem IMG, Nürnberg 1947, 42 Bde.) und die Nachfolgeverfahren vor US-Militärgerichten (US-Government Printing Office, Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals, Washington D. C. 1950–53, 15 Bde. – zit. als TWC und Band).

6 Unter Völkerstrafrecht ist die Gesamtheit aller völkerrechtlichen Normen zu verstehen, die strafrechtliche Zurechnungsregeln und Rechtsfolgen enthalten (vgl. etwa *Triffterer*, Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg, Freiburg/Br. 1966, S. 34 sowie *Jescheck/Weigend*, Lb Strafrecht 5. Aufl. Berlin 1996, S. 118 ff., gegen den Begriff *Oehler*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. Köln 1983, S. 606). Zur Abgrenzung zum Begriff des »Internationalen Strafrechts« auch *Ambos*, Strafflosigkeit (impunity) von schweren Menschenrechtsverletzungen und die Rolle des Völkerstrafrechts, in: Eser-Festgabe, Freiburg/Br. 1995, S. 250.

I. Nürnberg und das Rückwirkungsverbot⁷

Im Hauptkriegsverbrecherprozeß hatte die Verteidigung vorgebracht, daß es hinsichtlich der Strafbarkeit des Angriffskrieges⁸ an einer Rechtsgrundlage zum Tatzeitpunkt fehle und deshalb eine nachträgliche Verurteilung eine »ex post facto Bestrafung« unter Verletzung des *Rückwirkungsverbots* darstelle.⁹ Der Gerichtshof versuchte, dieses Argument in zweifacher Weise zu entkräften. Zunächst äußerte er *allgemein* zum *nullum crimen* Satz, daß dieser keine Beschränkung der Souveränität, sondern einen *Grundsatz der Gerechtigkeit* darstelle und führte dann *konkreter* aus: »Zu behaupten, daß es *ungerecht* sei, jene zu strafen, die unter Verletzung von Verträgen und Versicherungen Nachbarstaaten ohne Warnung angegriffen haben, ist offenbar unrichtig, denn unter solchen Umständen *muß* der Angreifer *wissen*, daß er unrecht hat, und weit entfernt davon, daß es nicht ungerecht wäre, ihn zu strafen, wäre es vielmehr ungerecht, wenn man seine Freveltat straffrei ließe.«¹⁰ Demnach faßte der *IMG* das Rückwirkungsverbot in erster Linie als *subjektiven Vertrauensstatbestand* für solche Täter auf, denen positive Kenntnisse von der Strafbarkeit der in Frage stehenden Handlung nicht nachgewiesen oder eine Kennenmüssen nicht vorgeworfen werden konnte. In *objektiver* Hinsicht bedurfte es lediglich eines – auch ungeschriebenen – Rechtsgrundsatzes, der das betreffende Verhalten unter Strafe stellte. Dieser erweiterte gewohnheits- oder naturrechtliche Bezugspunkt des Rückwirkungsverbots folgte zunächst aus seiner Ansicht, daß es sich um einen Grundsatz der Gerechtigkeit – nicht etwa des geschriebenen Rechts – handele, zum anderen ergibt er sich aus seinem Verständnis des Völkerrechts als einer nicht positiv rechtlich festgelegten und statischen, sondern dynamischen Rechtsordnung, die sich »durch ständige Angleichung den Notwendigkeiten einer sich wandelnden Welt« anpassen müsse.¹¹

Dem wurde in den *Nachfolgeverfahren* nichts wesentlich neues hinzugefügt.¹² Ein nur formaler Unterschied bestand darin, daß Angriffsobjekt der Verteidigung nicht das *IMG*-Statut, sondern nur das Kontrollratsgesetz Nr. 10 (KRG 10¹³) sein konnte. Als nach Tatbegehung erlassenes Gesetz geriet es mit dem Rückwirkungsverbot in Konflikt. Diesem Einwand wurde von den Militärgerichten immer wieder – in lediglich stilistischer Abweichung vom *IMG* – entgegengehalten, daß das Völkerrecht eben keine statische oder geschriebene, sondern eine dynamische und im wesentlichen auf ungeschriebenen Grundsätzen beruhende Rechtsordnung sei,¹⁴ so daß es allein darauf ankomme, ob sich *aus diesen ungeschriebenen Rechtsgrundsätzen die Strafbarkeit zum Zeitpunkt der Tatbegehung* ergebe. Dies wurde nicht nur bezüglich der Verbrechen gegen den Frieden, sondern auch bezüglich Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit bejaht.¹⁵ Andererseits wurde aber auch deutlich gemacht, daß nicht die Anerkennung des Rückwirkungsverbots als solches, sondern nur sein konkreter Bedeutungsinhalt in Frage stehe.¹⁶ Trotzdem wurde im Nachkriegsdeutschland im Vorwurf des Angriffskrieges überwiegend ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot gesehen.¹⁷

II. Das Rückwirkungsverbot im heutigen Völkerstrafrecht

Das geltende Völkerstrafrecht beruht auf der Nürnberger Rechtsprechung.¹⁸ Art. 15 I Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR),¹⁹ Art. 7 I Europäische (EMRK)²⁰ und Art. 9 Amerikanische Menschenrechtskonvention²¹ sowie Art. 11 II Allgemeine Erklärung der Menschenrechte²² lassen denn auch keinen Zweifel daran, daß es sich beim Rückwirkungsverbot – jedenfalls hinsichtlich der materiellen Strafbarkeitsgrundlagen²³ – um einen international anerkannten Grundsatz handelt.²⁴ Hinsichtlich seines konkreten Regelungsinhalts wird es freilich angesichts des –

im Blick auf Nürnberg – völkervertraglich festgelegten Bestrafungsvorbehalts der Art. 15 II IPbPR und 7 II EMRK²⁵ kaum vertretbar sein, die Existenz einer *geschriebenen* Norm zum Zeitpunkt der Tatbegehung zu fordern; vielmehr wird dem völkerstrafrechtlichen Rückwirkungsverbot durch die Existenz jeglicher Norm – ob geschriebener oder ungeschriebener Art – zum Tatzeitpunkt Genüge ge-

- 7 Völkerstrafrechtliche Ansätze in diesem Zusammenhang finden sich insbesondere bei Zimmermann, Anm. 3, S. 866 ff.; Lüderssen, Anm. 3, S. 115 ff. Peschel-Gutzeit, Anm. 3, S. 277 f., 298 f.; Naucke, Anm. 4, S. 52 ff.
- 8 Planung, Vorbereitung, Einleitung oder Durchführung eines Angriffskrieges wurde in Art. 6 a) IMG-Satzung als Verbrechen gegen den Frieden erfaßt.
- 9 *IMG*, Anm. 5, S. 244 ff. Dazu auch Taylor, Die Nürnberger Prozesse, München 1996, S. 71, 670 f.
- 10 *IMG*, Anm. 5, S. 245.
- 11 *Ebda.*, S. 247. Die eigentliche Strafbarkeit des Angriffskrieges zum Tatzeitpunkt folgte für den *IMG* aus dem damals geltenden Völkerrecht, insbesondere dem Kellogg-Briand Pakt vom 27. 8. 1928 (in: Heinzel/Schilling, Die Rechtsprechung der Nürnberger Militärtribunale, Bonn 1952, S. 302). Zum Schluß vom Verbot auf Strafbarkeit zu Recht krit. Jescheck, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, Bonn 1952, S. 179 f.
- 12 Dort hatte allerdings auch der Bestimmtheitsgrundsatz Bedeutung (vgl. *U. S. v. Krauch et al.*, TWC VIII, S. 1137; *U. S. v. von List et al.*, TWC XI, S. 1239).
- 13 Amtsblatt des Kontrollrats Nr. 3, 31. 1. 1946, S. 22 ff. (viersprachig); auch: Heinzel/Schilling, Anm. 11, S. 323.
- 14 Vgl. etwa *U. S. v. Milch*, TWC II, S. 849; *U. S. v. Altstoetter et al.*, TWC III, S. 966 ff.; *U. S. v. List et al.*, TWC XI, S. 1234 f., 1238 ff.; *U. S. v. Ohlendorf et al.*, TWC IV, S. 458; *U. S. v. von Weizsäcker et al.*, TWC XIV, S. 317 f.; *U. S. v. von Leeb et al.*, TWC XI, S. 472 f.
- 15 *U. S. v. Milch*, TWC II, S. 848 f. (Mißbrauch der Zivilbevölkerung als internationales Verbrechen); *U. S. v. Altstoetter et al.*, TWC III, S. 966 (bzgl. Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit); *U. S. v. Flick et al.*, TWC VI, S. 1189; *U. S. v. Krupp et al.*, TWC IX, S. 1331 (beide bezüglich KRG 10); *U. S. v. Krauch et al.*, TWC VIII, S. 1131 (bezüglich Kriegsverbrechen); *U. S. v. von List et al.*, TWC XI, S. 1239 (KRG 10 lediglich »deklaratorisch«; ebenso *U. S. v. von Leeb et al.*, TWC XI, S. 477, 482); *U. S. v. Ohlendorf et al.*, TWC IV, S. 458 ff. (bezüglich Kriegsverbrechen), *U. S. v. von Weizsäcker et al.*, TWC XIV, S. 319 ff. (zu Angriffskrieg). Vielfach entsprang diese Ansicht jedoch weniger dem Völkerrecht als dem nationalen common law Denken der Richter (vgl. *U. S. v. Altstoetter et al.*, TWC III, S. 966: »Codification not essential... in our Anglo-American system«, Herv. d. Verf.).
- 16 Vgl. *U. S. v. von List et al.*, TWC XI, S. 1238, wo dem Rückwirkungsverbot im Konfliktfall auch Vorrang eingeräumt wird (S. 1241); ähnlich *U. S. v. Ohlendorf et al.*, TWC IV, S. 458; *U. S. v. von Leeb et al.*, TWC XI, S. 484.
- 17 Vgl. statt vieler Jescheck, Anm. 11, S. 241 f. Skeptisch bezüglich der Verbrechen gegen den Frieden auch Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. Berlin 1984, §§ 440 ff. Vgl. auch die Nachweise bei Zimmermann, Anm. 3, S. 866 ff. Gegen die deutsche Kritik aus common law Sicht Graveson, Der Grundsatz »nulla poena sine lege« und Kontrollratsgesetz Nr. 10, MDR 1947, S. 278.
- 18 Vgl. statt vier internationaler Dokumente nur den Bericht des UN-Generalsekretärs zur Errichtung des ad-hoc Tribunals für das ehem. Jugoslawien, der an mehreren Stellen auf den *IMG* und seine Rechtsgrundlagen Bezug nimmt (UN-Dok. S/25704, 3. 5. 1993, par. 35, 42, 44, 47 usw.).
- 19 BGBl. 1973 II S. 1534.
- 20 BGBl. 1953 II S. 686, 953; 1968 II S. 1166, 1120; 1989 II S. 547; 1994 II S. 491.
- 21 Organización de Estados Americanos, Serie sobre tratados 36, OEA/Ser.A/16 (SEPF), Washington D. C., 1970.
- 22 General Assembly, Official Records, 3rd session, resolutions part I, S. 71.
- 23 Die nachträgliche Begründung einer gerichtlichen Zuständigkeit, wie im Falle der ad hoc-Tribunale für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda, dürfte also zulässig sein (vgl. Oeter, Kriegsverbrechen in den Konflikten um das Erbe Jugoslawiens. Ein Beitrag zu den Fragen der kollektiven und individuellen Verantwortlichkeit für Verletzungen des Humanitären Völkerrechts. ZaöRV 53, 1993, S. 2, 39, Fn. 132).
- 24 Vgl. statt vieler Dannecker, Das intertemporale Strafrecht, Tübingen 1993, S. 178 ff. sowie Bericht des UN-Generalsekretärs, Anm. 18, par. 34: »... the application of the principle *nullum crimen sine lege* requires that the international tribunal should apply rules of international humanitarian law which are beyond any doubt part of customary law...«.
- 25 Art. 7 II EMRK lautet: »Durch diesen Artikel darf die Verurteilung oder Bestrafung einer Person nicht ausgeschlossen werden, die sich einer Handlung oder Unterlassung schuldig gemacht hat, welche im Zeitpunkt ihrer Begehung nach den *allgemeinen... anerkannten Rechtsgrundsätzen* strafbar war.« (Herv. d. Verf.). Ähnlich Art. 15 II IPbPR.

tan.²⁶ Diese Ansicht wird durch eine jüngere Entscheidung des *EuGMR*²⁷ und Art. 13 Nr. 2 des Entwurfs eines internationalen Strafgesetzbuchs (1996)²⁸ bekräftigt.

Freilich bleibt trotz oder gerade wegen der erfolgten Kodifikationen fraglich, welche allgemeinen Rechtsgrundsätze im Sinne von Art. 7 II EMRK ungesetzte Normen im Sinne des völkerstrafrechtlichen Rückwirkungsverbot darstellen. Anders gewendet lautet die Frage: Welche Normen des ungesetzten Völkerstrafrechts erfahren eine solche Anerkennung der internationalen Staatengemeinschaft und können als so weit verbreitet gelten, daß ihre nachträgliche strafrechtliche Anwendung nicht gegen das Rückwirkungsverbot verstößt, weil der Täter in jedem Fall mit einer Bestrafung rechnen mußte?²⁹ Die Antwort ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift und dem gegenwärtigen Stand des Völkerstrafrechts. Als »Nürnbergklausel« konnte sich Art. 7 II EMRK (und ebenso 15 II IPbPR) nur auf die im IMG-Statut und dem KRG 10 festgelegten Verbrechen – Verbrechen gegen den Frieden, Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit – beziehen.³⁰ Diese Kerngruppe internationaler Verbrechen ist einerseits beschränkt, andererseits ausgedehnt worden.³¹ Dementsprechend muß auch der Inhalt der allgemeinen Rechtsgrundsätze im Sinne von Art. 7 II EMRK angepaßt werden.

III. Das Bundesverfassungsgericht, das völkerstrafrechtliche Rückwirkungsverbot und Art. 103 II GG

Die Entscheidung des *BVerfG* befindet sich mit dem *Völkerstrafrecht* in Einklang. Der Heranziehung allgemeiner Rechtsgrundsätze durch die Nürnberger Urteile entspricht der Bezug auf naturrechtlichen Maßstäbe mittels der Radbruchschen Formel in der bundesdeutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung. Völkerstrafrecht und Radbruch lassen sich – in diesem Punkt – auf Gerechtigkeitserwägungen zurückführen. So argumentiert das *BVerfG* wie der *IMG*, wenn es das Rückwirkungsverbot angesichts des Erlasses eines menschenrechtswidrigen Rechtfertigungsgrundes zurücknimmt und ausführt: »In dieser ganz besonderen Situation untersagt das Gebot materieller *Gerechtigkeit*, das auch die Achtung der völkerrechtlich anerkannten Menschenrechte aufnimmt, die Anwendung eines solchen Rechtfertigungsgrundes.«³² Der *zweite Senat* denkt die historische Parallele sogar an, wenn er zustimmend die Rechtsprechung des *OGH* der britischen Zone und des *BGH* in Sachen NS-Unrecht zitiert, wonach es einerseits gesetzliches Unrecht (das nicht zu befolgen sei) und andererseits ungeschriebene fundamentale Rechtsgrundsätze gebe, von deren Beachtung und Kenntnis auch ohne Kodifikation auszugehen sei.³³ Die ratio dieser und der Entscheidungen des *BGH* – gegen die fundamentalen Menschenrechte verstoßende Verhaltensweisen strafrechtlich sanktionieren zu können – deckt sich mit aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Sinne von Art. 38 I c) IGH Satzung³⁴ begründbaren völkerrechtlichen Bestrafungspflichten.³⁵

Eine *ganze andere Frage* ist jedoch, ob die völkerstrafrechtliche Rechtslage die vom *BVerfG* ausdrücklich anerkannte »rechtsstaatliche und grundrechtliche Gewährleistungsfunktion«³⁶ des Art. 103 II GG beeinflussen kann. Dies ist zu verneinen.

Völkerrecht findet entweder – in Form von Völkervertragsrecht (Art. 38 I a) IGH Satzung) – als *Bundesgesetz* (Art. 59 II GG) oder – in Form von Völkergewohnheitsrecht³⁷ (Art. 38 I b) IGH Satzung) – als *allgemeine Regeln* (Art. 25 GG) in die innerstaatliche Rechtsordnung Eingang.³⁸ Die Bundesrepublik hat zwar die EMRK innerstaatlich umgesetzt,³⁹ doch bezüglich Art. 7 II EMRK einen Vorbehalt angebracht.⁴⁰ Die positivrechtliche Begründung dieses Vorbehalts ergibt sich aus Art. 103 II GG: Die »strikte Formalisierung«⁴¹ dieser Vorschrift erlaubt eine Einschränkung

durch ungeschriebene allgemeine Rechtsgrundsätze, wie sie Art. 7 II EMRK vorsieht, nicht.⁴² Mag dieser Vorbehalt aus formaljuristischer Sicht auch überflüssig⁴³ und in erster Linie politisch begründet gewesen sein (»Nürnbergklausel«),⁴⁴ so bestätigt er doch die strikte Positivität von Art. 103 II GG.⁴⁵ Das *BVerfG* ignoriert dies, wenn es trotzdem die »allgemein anerkannten Menschenrechte« zur Nichtanwendung »menschenrechtswidriger« Rechtfertigungsgründe heranzieht. Darin liegt nicht nur eine Verletzung von

26 So schon *Jescheck*, Anm. 11, S. 236 ff., der zwar zu einem grundsätzlichen Verbot rückwirkender *Strafbegründung* gelangt, doch eine Ausnahme wegen »zwingende(r) Erfordernisse(n) der Gerechtigkeit« im Bereich schwerer Menschlichkeitsverbrechen anerkannt wissen will. Auch für *Trifflerer*, Anm. 6, S. 123, kann die aufgrund des Rückwirkungsverbot erforderliche Norm »dem gesetzten oder ungesetzten Recht angehören«. Ebenso *ders.*, Österreichs Verpflichtungen zur Durchsetzung des Völkerstrafrechts, *ÖJZ* 1996, S. 328; *Meron*, International Criminalization of Internal Atrocities, 89 *AJIL* (1995), S. 554, 565 f.; *Greenwood*, International Humanitarian Law and the Tadic case, 7 *EJIL* (1996), S. 265, 281.

27 ECHR reports, series A, vol. 335-B and 335-C (SW vs. UK; CR vs. UK). Die Entscheidungen behandelten die Frage, ob wegen Vergewaltigung in der Ehe nach common law bestraft werden darf, wenn 1736 durch ein englisches Gericht festgestellt worden war, daß Vergewaltigung in der Ehe nicht strafbar sei. Der *EuGMR* betonte zwar die Schutzfunktion des Art. 7 EMRK für den Angeklagten, schränkte jedoch ein, daß er nicht eine fortschreitende Auslegung des nationalen Rechts in Anpassung an die veränderten Umstände verbiete, sofern diese mit dem Wesen des Straftatbestandes vereinbar und vorherrschbar sei.

28 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (UN-Doc. A/CN.4/L.532, vgl. auch: Report of the International Law Commission-ILC on the work of its forty-eight session, 6 May – 26 July 1996, GA, official records, fifty-first session, supplement No. 10, A/51/10, S. 9 ff.). Art. 13 Nr. 2 entspricht Art. 15 II IPbPR und 7 II EMRK.

29 Daß diese »Fragestellung in der Geschichte des Völkerrechts nicht erledigt« ist, hat kürzlich erst wieder *Quaritsch* in Erinnerung gerufen [in: *ders.* (Hrsg.), Carl Schmitt. Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz »nullum crimen, nulla poena sine lege« usw., Berlin 1994, S. 5].

30 Vgl. *Nowak*, UNO Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll, Kehl/Rhein u. a. 1989, Art. 15 Rdnr. 18 f.; *Blumenwitz*, Zur strafrechtlichen Verfolgung Erich Honeckers, DA 1992, S. 567, 575.

31 Vgl. Art. 16–20 Draft Code 1996, Anm. 28, wonach einerseits »aggression« (als Verbrechen gegen den Frieden) beibehalten wurde, aber andererseits Völkermord und Verbrechen gegen »UN- und assoziiertes Personal« als eigenständige Tatbestände formuliert sowie Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen erheblich ausgedehnt wurden (vgl. *Ambos*, Zum Stand der Bemühungen um einen ständigen Internationalen Strafgerichtshof und ein Internationales Strafgesetzbuch, ZRP 7/96, S. 263, 268; *ders.*, Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code, 7 *EJIL* 1996, S. 519, 534 ff.).

32 *BVerfG*, Anm. 1, S. 50 (Herv. d. Verf.).

33 *BVerfG*, Anm. 1, S. 51 (unter Bezug auf *OGHSt* 2, 231 ff.; *BGHSt* 1, 391; 2, 173; 2, 234; 3, 110; 3, 357). Zu dieser Rspr. etwa auch *Klug*, in: Kohlmann (Hrsg.), Rechtsphilosophie – Menschenrechte – Strafrecht, Köln 1994, S. 227, 229 ff.

34 BGBl. 1973 II S. 505.

35 Näher *Ambos*, Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen, Freiburg/Br. 1997, S. 163 ff.

36 *BVerfG*, Anm. 1, Leitsatz 1.

37 Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Sinne von Art. 38 I c) IGH Satzung zählen nicht zu den allgemeinen Regeln i. S. v. Art. 25 GG (*Jarass/Pieroth*, GG, 3. Aufl. München 1995, Art. 25 Rdnr. 2).

38 Zum ganzen *Geiger*, GG und Völkerrecht, 2. Aufl. München 1994, S. 162 ff.

39 Vgl. Anm. 20.

40 BGBl. 1954 II S. 14. Danach soll die Vorschrift nur in den Grenzen von Art. 103 II GG angewendet werden.

41 Wieder *BVerfG*, Anm. 1, Leitsatz 1.

42 Vgl. *Jescheck/Weigend*, Anm. 6, S. 133, Fn. 25; *Roxin*, Strafrecht AT, 2. Aufl. München 1994, § 5 Rdnr. 17; *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT I, 8. Aufl. Heidelberg 1992, § 12 Rdnr. 3.

43 Art. 60 EMRK garantiert ohnehin den Vorrang weitergehenden Landesrechts, so daß Art. 103 II GG Art. 7 II EMRK vorgehen würde (so schon v. *Weber*, Die strafrechtliche Bedeutung der EMRK, ZStW 65, 1953, S. 334, 348; LR-Gollwitzer, MRK, Art. 7, Art. 15 IPbPR Rdnr. 4 f.; *Peschel-Gutzeit/Jenckel*, Anm. 3, S. 282 f.).

44 Dies zeigt etwa die *vorbehaltlose* Ratifikation des *inhaltslich gleichen* Art. 15 II IPbPR – unter einer anderen Bundesregierung in einem unterschiedlichen historischen Kontext. Im übrigen geht auch insoweit günstigeres innerstaatliches Recht vor (Art. 5 II IPbPR).

45 Zutreffend *Dannecker/Stoffers*, Anm. 3, S. 492.

Art. 103 II GG,⁴⁶ sondern möglicherweise auch der EMRK. Wenn nämlich Art. 7 II EMRK nach dem – bisher noch nicht rückgängig gemachten – Willen des Bundesgesetzgebers nur in den Grenzen von Art. 103 II GG anwendbar ist (vgl. Anm. 40), gilt Art. 7 I EMRK für die Bundesrepublik uneingeschränkt. Es stellt sich also die – gleichermaßen delikate wie interessante – Frage, ob das darin enthaltene menschenrechtliche Rückwirkungsverbot die Anwendung eines als »menschenrechtswidrig« apostrophierten Rechtfertigungsgrundes (Art. 27 GrenzG) garantiert (und damit möglicherweise »Menschenrechtsverletzer« schützt) oder dieser Rechtfertigungsgrund, wie die deutsche Rechtsprechung argumentiert, wegen seiner »Menschenrechtswidrigkeit« zurücktreten muß.⁴⁷

Auch *völkerrechtliche Bestrafungspflichten* ändern daran grundsätzlich nichts. Sie mögen zwar im Einzelfall eine *Völkerrechtsverletzung* wegen fehlender Strafverfolgung begründen,⁴⁸ doch bleibt die *innerstaatliche* Rechtslage davon unberührt.⁴⁹ Sie würde sich nur ändern, wenn man diese Bestrafungspflichten als allgemeine Regeln im Sinne von Art. 25 GG verstehen und sie somit zum Bestandteil des Bundesrechtes machen würden. Dies ist jedoch abzulehnen, wenn man, wie hier, davon ausgeht, daß diese Bestrafungspflichten auf allgemeinen Rechtsgrundsätzen beruhen,⁵⁰ denn diese werden nicht zu den allgemeinen Regeln im Sinne von Art. 25 GG gezählt.⁵¹ Selbst wenn man in völkerrechtsfreundlicher Auslegung das Tor zum innerstaatlichen Recht auch für solche Grundsätze öffnen will,⁵² können sie nicht Art. 103 II GG aushebeln, denn sie stehen im Rang unter dem GG.⁵³ Auch eine Einbeziehung der Bestrafungspflichten über Art. 8 DDR-Verfassung⁵⁴ hilft nicht weiter, denn zu den dort genannten allgemeinen Regeln zählen nur Grundsätze im Sinne der UN-Charta, nicht aber allgemeine Menschenrechte oder gar völkerrechtliche Bestrafungspflichten.⁵⁵ Selbst wenn man Art. 8 DDR-Verfassung uminterpretieren wollte⁵⁶ oder §§ 95, 258 StGB-DDR als Einfallstor für menschenrechtliche Bestrafungspflichten ansieht,⁵⁷ führt das zu keinem anderen Ergebnis, denn dann müßte bundesdeutsches Recht als *lex mitior* Anwendung finden (Art. 315 I EGStGB i. V. m. § 2 III StGB). Eine andere (zu bejahende) Frage ist freilich, ob die Bundesrepublik ihren *völkerrechtlichen* Verpflichtungen freiwillig nachkommen und ein verfassungsänderndes Gesetz zu Art. 103 II GG erlassen sollte, daß die heute anerkannten internationalen Verbrechen von seinem Regelungsgehalt ausnimmt.⁵⁸

Schließlich stellt sich das Problem, ob völkerrechtliche Bestrafungspflichten oder die Art. 7 II EMRK ausfüllenden *internationalen Verbrechen* sich überhaupt auf die *Todeschüsse an der Mauer* erstrecken. Die höchstrichterliche Rechtsprechung geht zumindest von schweren Menschenrechtsverletzungen aus, wenn sie das Verbot der Grenzüberschreitung als »offensichtlichen, unerträglichen Verstoß(es) gegen elementare Gebote der Gerechtigkeit« bezeichnet.⁵⁹ Doch selbst wenn man das Grenzregime im allgemeinen und die Todesschüsse im besonderen als Menschenrechtsverletzungen im Sinne von Art. 6 IPbR betrachtet,⁶⁰ so folgt daraus nicht ohne weiteres, daß sie internationale Verbrechen darstellen und als solche universell strafbar sind. Das Verhältnis zwischen Menschenrechtsverletzungen und internationalen Verbrechen ist noch nicht abschließend geklärt.⁶¹ »Paßt« eine Menschenrechtsverletzung nicht unter die oben genannten Verbrechengruppen,⁶² wird man sie wohl nur dann als ein internationales Verbrechen betrachten können, wenn sie zugleich erga omnes Verpflichtungen oder internationale Rechtsgüter verletzt.⁶³

IV. Weitere völkerstrafrechtliche Fragen

Nach der von der angelsächsischen Rspr. entwickelten »act of state« Doktrin genießen hoheitliche Akte eines souveränen

Staates oder seiner Organe im Ausland gerichtliche Immunität.⁶⁴ Insofern setzt aus völkerrechtlicher Sicht Immunität die Anerkennung der »act of state« Doktrin voraus. Dies scheint das *BVerfG* zu erkennen, denn es stellt einerseits zutreffend fest, daß die »act of state« Doktrin nicht als allgemeine Regel des Völkerrechts angesehen werden kann, da sie jedenfalls außerhalb des angloamerikanischen Rechtskreises nicht anerkannt sei; andererseits ende eine gerichtliche Immunität mit dem Untergang des Staates.⁶⁵ Dem ist lediglich hinzuzufügen, daß die »act of state« Doktrin nicht nur außerhalb des angloamerikanischen Rechtskreises, sondern auch im universell geltenden Völkerstrafrecht als Strafausschlußgrund nicht mehr anerkannt wird. Der Anfang ihres Endes wurde schon mit der Strafverfolgung Karls I. von England (1649), Ludwig XVI. von Frankreich (1792/3) und Art. 227 f. Versail-

46 Insofern folge ich im Ergebnis den bei Anm. 3 angegebenen Autoren, insbes. *Lüderssen*.

47 Eine Entscheidung dieser Frage scheint nun möglich, nachdem der ehem. DDR-Vizeverteidigungsminister Streletz – gemäß Art. 25 I EMRK i. V. m. Art. 43 f. VerfO EuKom. – eine Beschwerde an die Europäische Kommission für Menschenrechte gerichtet hat (FAZ v. 29. 11. 1996). Hält sie die Kommission für zulässig und begründet, wird sie dem Gerichtshof vorgelegt (Art. 48 I EMRK). Nach dem 9. Zusatzprotokoll v. 9. 11. 1990 (in Kraft getreten am 1. 11. 1994 = BGBI 1994 II S. 3624) haben nun auch natürliche Personen ein Vorlagerecht an den Gerichtshof (Art. 48 I e EMRK).

48 Und entsprechende völkerrechtliche Sanktionen nach sich ziehen (näher *Ambos*, Anm. 35, S. 194 f.).

49 Nach den in den Rechtsfolgen insoweit angeglichenen Theorien des (gemäßigten) Monismus und Dualismus gelten innerstaatliche Vorschriften jedenfalls so lange auch entgegen Völkerrecht, bis dieses in innerstaatliches Recht umgesetzt worden ist (vgl. *Verdross/Simma*, Anm. 17, §§ 71 f. sowie *Geiger*, Anm. 38, S. 16).

50 Vgl. schon Anm. 35. A. A. insbes. angloamerikanische Verf., etwa *Orenilicher*, *Settling accounts: the duty to prosecute human rights violations of a prior regime*, *The Yale Law Journal* 100 (1991), S. 2537.

51 Vgl. schon Anm. 37.

52 So jüngst *Buchner*, Anm. 3, für die der Schußwaffeneinsatz an der Grenze ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit (!) darstellt (253, 302), das über Art. 25 GG als ius cogens (!) in das innerstaatliche Recht Eingang findet (270 ff., 303).

53 *Jarass/Pieroth*, Anm. 37, Art. 25 Rdnr. 6. A. A. *Buchner*, Anm. 3, S. 271 ff., 302 f., für die Verbrechen gegen die Menschlichkeit als »allgemeine Regeln« Verfassungsrang haben, so daß Art. 103 II GG im Wege der praktischen Konkordanz eingeschränkt werde und zurücktreten müsse.

54 Danach sind die allgemeinen Regeln des Völkerrechts für die Staatsmacht und jeden Bürger verbindlich.

55 *Sorgenicht/Weichelt/Riemann/Semler*, Verfassung der DDR, Berlin 1969, S. 308.

56 So *Triffterer*, Was kann das Völkerstrafrecht zur Bewältigung der Regierungskriminalität in der DDR beitragen?, in: Lampe (Hrsg.), *Deutsche Wiedervereinigung. Die Rechtseinheit. Arbeitskreis Strafrecht. Band II. Die Verfolgung von Regierungskriminalität der DDR nach der Wiedervereinigung*, Köln 1993, S. 131, 141; ähnlich *Wullweber*, *Die Mauerschützen-Urteile*, KJ 1993, 48, 51, aber dies ist eben wieder »westliche« Auslegung.

57 Vgl. *Buchner*, Anm. 3, S. 98 ff.; auch *Peschel-Gutzeit/Jenckel*, Anm. 3, S. 298 bzgl. der Nürnberger Grundsätze.

58 Im Ergebnis ebenso *Dannecker/Stoffers*, Anm. 3, S. 494.

59 *BGH NJW* 1994, 2709; *BGH NJW* 1994, 2705 und nun vom *BVerfG*, Anm. 1, S. 52 ff. übernommen. Nur nebenbei sei gesagt, daß damit im Ergebnis NS- und DDR-Unrecht gleichgestellt wird, was nicht nur für NS-Opfer und ehemalige DDR-Bürger unerträglich sein dürfte. Die Ablehnung dieser Position nimmt der *BGH* bloß zur Kenntnis (*NJW* 1995, 2728, 2731). Zur Problematik etwa *Lüderssen*, Anm. 3, S. 46 ff.

60 So *Buchner*, Anm. 3, S. 229 ff. (vgl. schon Anm. 52); a. A. etwa *Polakiewicz*, *EuGRZ* 1992, 177, 184.

61 Vgl. *Roht-Arriaza*, in: dies. (Hrsg.), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, New York/Oxford 1995, S. 68 ff.

62 Anm. 31.

63 Diese Überlegung beruht auf Art. 19 des ILC-Entwurfs zur Staatenverantwortlichkeit (*Yearbook ILC* 1980 II, Part 2, S. 30 ff.), wonach zwischen »international crime« und »international delict« zu unterscheiden ist. Während dieses die »normalen« Verletzungen des Völkerrechts darstellt (Art. 19 Abs. IV Entwurf), werden die »crimes« als Verletzungen der Verpflichtungen *erga omnes* betrachtet (Art. 19 Abs. II und III). Vgl. insbes. *Hofmann*, *Zur Unterscheidung Verbrechen und Delikt im Bereich der Staatenverantwortlichkeit*, *ZaöRV* 45 (1985) S. 195.

64 Vgl. *Verdross/Simma*, Anm. 17, §§ 1168 ff., insbes. 1177 f. Sie geht auf die Grundsätze »princeps legibus solutus« und »par in parem non habet imperium« zurück.

65 *BVerfG*, Anm. 1, S. 45.

ler Friedensvertrag (1919) eingeleitet.⁶⁶ In Nürnberg war es dem *IMG* und den Nachfolgerichtern angesichts der klaren Rechtslage⁶⁷ ein leichtes, sie folgendermaßen zu verwerfen: »Jener Grundsatz des Völkerrechts . . . kann nicht auf Taten Anwendung finden, die durch das Völkerrecht als verbrecherisch gebrandmarkt werden. Diejenigen, die solche Handlungen begangen haben, können sich nicht hinter ihrer Amtsstellung verstecken, um in geordneten Gerichtsverfahren der Bestrafung zu entgehen.«⁶⁸ Das gegenwärtige Völkerstrafrecht bestätigt diese Rechtslage.⁶⁹ Dabei wird freilich vom Fortbestehen des Staates ausgegangen. Der Ausschluß der »act of state«-Doktrin gilt also erst recht, wenn – wie im Falle der DDR – der Staat untergegangen oder in einem neuen Staat aufgegangen ist.

Auf die weiteren, vom Urteil angesprochenen völkerstrafrechtlichen Fragen kann aus Platzgründen nur kurz eingegangen werden. Der – auch in Nürnberg geäußerte – Einwand des *Handelns auf Befehl*,⁷⁰ kann nach dem gegenwärtigen Völkerstrafrecht allenfalls zu einer Strafmilderung führen, wenn die Tat dem Täter mangels einer »moral choice« nicht vorgeworfen werden kann.⁷¹ Unter bestimmten Voraussetzungen kann er sich allerdings auf *Nötigungsnotstand* berufen.⁷² Demgegenüber besteht hinsichtlich der Zulässigkeit eines *Irrtums über das Verbotensein* der Tat⁷³ keine Einigkeit: Entweder wird im Sinne der »ignorantia iuris nocet«-Lehre Rechtsunkenntnis überhaupt als unbeachtlich betrachtet⁷⁴ oder ein Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund kann zu einem Strafausschluß führen.⁷⁵

Fazit

Das *BVerfG* bewegt sich auf dem – noch unsicheren – Boden des Völkerstrafrechts und kommt zu richtigen Ergebnissen.

Den strikten Formalismus des Art. 103 II GG erkennt es an, ohne daraus die rechtsstaatlichen Konsequenzen zu ziehen. Damit haben wir – um *Bärbel Bohleys* überspitzte Formulierung umzukehren – Gerechtigkeit (Völkerstrafrecht) erhalten und ein Stück Rechtsstaat (Verfassungsrecht) verloren.⁷⁶

66 Vgl. vor allem *Naucke*, Anm. 4, S. 12 ff. m. w. N.

67 Sowohl Art. 7 IMGS wie Art. II 4 a) KRG 10 schließen die amtliche Stellung als Strafausschluß- oder -milderungsgrund aus.

68 *IMG*-Prozeß, Anm. 5, S. 249. Ebenso *U. S. v. Leeb et al.*, TWC XI, S. 475; *U. S. v. von Weizsäcker et al.*, TWC XIV, S. 322.

69 Vgl. Art. 7 Draft Code, Anm. 28, und dazu die Stellungnahme der ILC: »It would be paradoxical to allow the individuals who are . . . the most responsible for the crimes covered by the Code to invoke the sovereignty of a state and to hide behind the immunity that is conferred on them by virtue of their positions . . . (Report of the ILC, Anm. 28, S. 39). Ebenso Art. 7 Abs. 2 der Satzung für das Jugoslawien (in: S/25704, 3. 5. 1993) und Art. 6 Abs. 2 der Satzung für das Ruanda Tribunal (S/Res/955, 8. 11. 1994). Deshalb aus völkerrechtlicher Sicht unzutreffend *Merkel*, Politik und Kriminalität. Über einige vernachlässigte Probleme der deutsch-deutschen Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht, in: *Unselde* (Hrsg.), Politik ohne Projekt? Frankfurt/M. 1993, S. 298, 302 ff. Vgl. auch *Triffterer*, Anm. 56, S. 142 ff.

70 *BVerfG*, Anm. 1, s. 32, 62 f.

71 *IMG*, Anm. 5, S. 250: Nach dem Strafrecht der meisten Nationen sei darauf abzustellen, »ob eine dem Sittengesetz entsprechende Wahl tatsächlich möglich war«. Art. 5 Draft Code 1996, Anm. 28, will eine Strafmilderung zulassen, »if justice so requires«. Näher *Ambos*, Anm. 35, S. 294 ff.

72 Vgl. bes. *U. S. v. Ohlendorf et al.*, TWC IV, S. 471, 480, 488. Das *BVerfG*, Anm. 1, S. 32 f. rekurriert auf § 35 StGB.

73 *BVerfG*, Anm. 1, S. 33.

74 *U. S. v. Flick et al.*, TWC VI, S. 1208. Das ist allerdings angloamerikanisches Strafrecht (vgl. *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law Bd. I, Minnesota 1986, S. 575 ff.).

75 *U. S. v. von List et al.*, TWC XI, S. 1296 f.

76 Die Idee der Umkehrung des *Bohleyschen* Satzes verdanke ich *Jörg Arnold*.