

# Die strafrechtliche Sicherung humanitärer Abkommen

*Helmut Strebel*

Humanitäre Abkommen, besonders im Bereich des Kriegsrechts, bedürfen zu ihrer Verwirklichung einer von allseitigem Vertrauen der Staatenwelt getragenen, einwandfrei funktionierenden internationalen Organisation, wie sie für den Bereich der klassischen Genfer Abkommen im Internationalen Komitee des Roten Kreuzes ihre mustergültige, durch Generationen bewährte Form gefunden hat. Diese Organisation hat in dieser Hinsicht im zweiten Weltkrieg ihre letzte Probe bestanden und die zur Erfüllung ihrer Funktionen für die Durchführung der Genfer Abkommen zu erhebenden Forderungen nach beiden Seiten im ganzen noch durchzusetzen vermocht. Im Korea-Konflikt hingegen zeigte sich, daß auch eine solche, in den Stürmen fast eines Jahrhunderts bewährte, spezifisch humanitäre Organisation im ideologischen Krieg insoweit zur Wirkungslosigkeit verdammt ist, als ein Kriegführender ihren Organen den Zutritt auf das von ihm beherrschte Gebiet und seine Mitarbeit versagt<sup>1)</sup>. Damit fällt erhöhtes Gewicht auf den zweiten Faktor zur Verwirklichung humanitärer Abkommen: die innerstaatliche, besonders strafrechtliche Sanktionierung<sup>2)</sup>.

Deren Problematik hat daher auch in den letzten Jahren, besonders anlässlich der neuen Genfer Abkommen vom 12. August 1949, erhöhte Aufmerksamkeit gefunden. Diese Abkommen enthalten nur einige Mindestanfor-

1) XVIII<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge Toronto 1952, Résolution 21 Abs. 2: «... le Comité international de la Croix-Rouge a pu remplir son rôle traditionnel touchant les prisonniers de guerre détenus par le Commandement des Nations Unies en Corée, mais a été empêché de s'acquitter de cette fonction vis-à-vis des prisonniers de guerre détenus en Corée du Nord» (Revue internationale de la Croix-Rouge, no. 405, Sept. 1952, p. 722). Bereits in dem CICR-Communiqué vom 28. 3. 1952 (a. a. O., no. 400, 1952, p. 273) hieß es: «... les Autorités nord-coréennes ne lui [au Comité international] ont pas adressé jusqu'ici le moindre signe d'intérêt – pas même un accusé de réception – à propos des quelques cinquante rapports de visites de camps qu'il leur a déjà expédiés.»

2) «... ce sont les gouvernements qui font la guerre, ce sont eux qui signent les Conventions, qui les appliquent ou qui les violent, et c'est à eux qu'il appartient de les faire respecter» (Siordet, La XVIII<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge, Revue internationale de la Croix-Rouge, no. 405, 1952, p. 757).

dernisse für die Gestaltung der Straftatbestände, grundsätzlich ohne auf allgemeine Vorfragen der strafrechtlichen Sanktionierungspflicht und des internationalen Strafrechts<sup>3)</sup> einzugehen. Diese Vorfragen sollen hier insoweit beleuchtet werden, als sie völkerrechtlicher Natur sind.

Die Fragen, ob strafrechtliche Sanktionierung notwendig nationale Angelegenheit ist oder ob auch das Völkerrecht unmittelbar auf Individuen anwendbare Strafrechtsnormen enthält oder entwickeln soll, ebenso inwieweit eine übernationale Strafgerichtsbarkeit über Individuen besteht oder wünschbar ist<sup>4)</sup>, sollen uns nicht beschäftigen. Wir betrachten nur die Aufgaben, Rechte und Pflichten, die den Einzelstaaten (von andern denkbaren Rechts- und Pflichtsubjekten des Völkerrechts abgesehen) im Rahmen der strafrechtlichen Sanktionierung humanitärer Abkommen teils *implicite* zufallen, teils ausdrücklich zugewiesen sind. Möglichkeiten sinnvoller Zuweisung von Judikaturfunktionen über Vorfragen vor allem völkerrechtlicher Art an Organe internationaler Gerichtsbarkeit werden beiläufig hervortreten.

Grundsätzlich nicht zur strafrechtlichen Sanktionierung rechnen wir unmittelbare Reaktionen des Völkerrechts gegen Individuen auf individuelles Verhalten, sei es, daß Individuen ihre völkerrechtlich statuierte Schutzstellung einbüßen oder vom Völkerrecht bestimmten nicht gerichtsförmigen Reaktionsweisen fremder Staaten, ihrer Organe, Streitkräfte usw. ausgeliefert werden, was meist zusammenrifft. Hier ist, unter bestimmten Voraussetzungen, die Rolle des Individuums vergleichbar der eines Schiffs, eines Luftfahrzeugs oder einer andern äußeren Einheit: sein (in manchen Fällen, z. B. Spionage, Blockadebruch, sicher nicht völkerrechtswidriges<sup>5)</sup>) Verhalten löst unmittelbar Völkerrechtsfolgen aus, die sich teilweise gegen das Individuum (Schiff, Luftfahrzeug usw.) selbst richten. Ob man hieraus insoweit, als die Handlung als solche völkerrechtswidrig ist, die Folgerung zieht, daß das Individuum selbst an Völkerrechtsregeln, durch deren Reaktion auf sein Verhalten es getroffen

<sup>3)</sup> Quatrième Rapport du Comité spécial à la Commission mixte, Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949, Tome II Section B, p. 110: «La Conférence diplomatique n'est pas réunie pour élaborer des règles de droit international pénal: elle n'en a pas la compétence. Des organes beaucoup mieux qualifiés essaient du reste de le faire depuis des années.»

<sup>4)</sup> Vgl. dazu: Historical survey of the question of international criminal jurisdiction, Memorandum submitted by the Secretary-General; United Nations – General Assembly, International Law Commission (A/CN. 4/7) vom 27. 5. 1949 und die späteren Memoranden, Berichte und Entwürfe von Alfaro (A/CN. 4/15), Sandström (A/CN. 4/20), Spiropoulos (A/CN. 4/25, 44), Pella (A/CN. 4/39 und A/AC. 48/3) und des Comité pour une juridiction criminelle internationale (A/AC. 48/1 und 4).

<sup>5)</sup> Völkerrechtswidrigkeit des Blockadebruchs scheint mir Guggenheim, Lehrbuch des Völkerrechts Bd. I (1948), S. 202, zu Unrecht anzunehmen; anderer Meinung z. B. Schätzl in Festschrift für Richard Thoma (1950), S. 177.

wird, gebunden, also Träger von Völkerrechtspflichten<sup>6)</sup> und, als Objekt völkerrechtlichen Schutzes (den es auch abstreifen<sup>7)</sup> kann), Träger völkerrechtlicher Rechte sei, ist eine rechtsdogmatische Frage, die hier nicht in ihrer ganzen Breite aufgerollt werden kann. Immerhin ist sie Vorfrage für die weitere, ob ein Individuum gegen das Völkerrecht verstoßen und wegen eines solchen Verstoßes bestraft werden kann.

Triepel<sup>8)</sup> lehrte:

»Der einzelne ist vom Standpunkte einer die Staaten als solche verbindenden Rechtsgemeinschaft unfähig, Träger eigener, von der Rechtsordnung dieser Gemeinschaft ausgehenden Rechte und Pflichten zu sein«

und schloß daraus<sup>9)</sup>:

»... so ist es undenkbar, daß eine ‚Norm‘ des Völkerrechts vom einzelnen übertreten werde. Delikte des Individuums, ‚Verbrechen gegen das Völkerrecht‘ gibt es nicht. Weder gegen ‚allgemeines‘ Völkerrecht, noch gegen ‚Staatsverträge‘ kann sich das Individuum verfehlen«,

und noch Kunz<sup>10)</sup> sagt:

»Das Kriegerrecht bindet nicht unmittelbar die Individuen.«

Jedenfalls aber reagiert es gegen sie auf ihr Individualverhalten, und gerade die neuen Genfer Abkommen von 1949 scheinen sich mit ihren Imperativen mindestens teilweise auch unmittelbar an die beteiligten Individuen wenden zu wollen<sup>11)</sup>.

<sup>6)</sup> Überzeugend für unmittelbare Verbindlichkeit gerade des Kriegsvölkerrechts für Individuen: Lauterpacht, *The Law of Nations and the Punishment of War Crimes*, *British Year Book of International Law*, Vol. XXI (1944), p. 64 ff.

<sup>7)</sup> Zwar nach Art. 7/7/7/8 der Genfer Abkommen von 1949 nicht durch Verzichtserklärung, wohl aber durch Ausführung von Kampfhandlungen, denn eine als Sanitätsfunktionär, Verwundeter usw. geschützte Person verliert diesen besonderen Schutz, sobald sie sich aktiv an den Feindseligkeiten beteiligt, und setzt sich außerdem möglicherweise besonderen Strafsanktionen wegen Mißbrauchs der Schutzstellung usw. aus. Der Verlust der Schutzstellung wird freilich nur in eklatanten Fällen anzunehmen sein. Der z. B. von der niederländischen Delegation auf der Diplomatischen Konferenz von 1949 wenigstens für die Vergangenheit behauptete Völkergewohnheitsrechtssatz, daß das gegen Kriegsrechtsregeln verstoßende Individuum sich nicht mehr auf Völkerrecht berufen könne, also dessen Schutz einbüße, ist jedenfalls für die Gegenwart zu primitiv und wurde durch Art. 85 des Kriegsgefangenenabkommens von 1949 grundsätzlich verworfen (vgl. *Actes de la Conférence II A*, p. 309). Auch das Individuum, das gegen Kriegerrecht verstoßen hat, soll völkerrechtlich nicht mehr ins Leere fallen, mag dies auch gelegentlich, wie der Delegierte der UdSSR befürchtete, zu Vergünstigungen für feindliche vor eigenen Delinquenten führen, die das Völkerrecht grundsätzlich der Willkür ihrer eigenen Staaten überlassen muß. Mag der Staat, dessen interner Strafvollzugsstandard hinter dem der völkerrechtlich geschützten Kategorien zurückbleibt, seinen Standard dem völkerrechtlich sanktionierten anpassen, wenn ihm Unterschiede unangenehm sind.

<sup>8)</sup> *Völkerrecht und Landesrecht* (1899), S. 20 ff.

<sup>9)</sup> *A. a. O.*, S. 329.

<sup>10)</sup> *Kriegerrecht und Neutralitätsrecht* (1935), S. 37 Anm. 171.

<sup>11)</sup> Daß dies stellenweise ausdrücklich geschieht (z. B. in Art. 8 Abs. 3, 32 Abs. 3, 36

In den Bereich der unmittelbar und lediglich völkerrechtlichen Reaktion auf bestimmtes Verhalten (das in diesem Falle ein völkerrechtswidriges sein muß) gehört auch das Repressalienrecht, das ebenfalls grundsätzlich außerhalb unserer Betrachtung liegt und nur als Rechtfertigungs- und Strafausschließungsgrund in Betracht kommt, soweit die Repressalienhandlung selbst beurteilt wird. Wir behandeln vielmehr lediglich das Phänomen des völkerrechtlich gesteuerten Landesrechts auf dem Gebiet strafrechtlicher Sanktionierung von Verstößen gegen humanitäre Völkerrechtsregeln.

Die das Landesstrafrecht normierenden Völkerrechtsnormen haben den Charakter von Geboten, Verboten oder begrenzten Ermächtigungen, insbesondere auch von Kompetenzzuweisungen oder -begrenzungen im zwischenstaatlichen Verhältnis, und können Gewohnheits- oder vertragliches, partikuläres oder allgemeines Völkerrecht sein, insbesondere sich aus dem Koordinationsverhältnis der Staaten und aus ihrer Völkerrechtspflicht zur innerstaatlichen Verwirklichung und Durchsetzung der für sie verbindlichen Völkerrechtsregeln in ihrem Hoheitsbereich, ja in gewissem Umfang auch über diesen hinaus, ergeben.

Es zeichnen sich also zwei große Fragenbereiche ab, die in Bezug auf humanitäre Abkommen besonders zu untersuchen sein werden:

1. Die Frage einer völkerrechtlichen Strafpflicht, und zwar Strafgesetzgebungspflicht;
2. Die Frage der Abgrenzung der Strafkompetenz, eventuell auch der Strafpflicht, im zwischenstaatlichen Verhältnis, insbesondere inwieweit schon die materielle Strafgesetzgebung auf diese Kompetenzabgrenzung Rücksicht zu nehmen habe.

#### *Die völkerrechtliche Strafpflicht*

Verdross hatte 1920, nach Triepels Vorantritt 1899, seine Deduktion der völkerrechtlichen Strafpflicht aufgebaut auf den Satz:

»Es ist allgemein anerkannt, daß nach Völkerrecht die fremden Staatsangehörigen gegen Verletzungen und Gefährdungen in der Regel strafrechtlich ebenso zu schützen sind wie die eigenen Bürger«<sup>12)</sup>.

Dieser Gesichtspunkt scheint das Wesen der strafrechtlichen Sicherung gerade humanitärer Abkommen in mehrfacher Hinsicht nicht genau zu treffen:

1. Er ist in erster Linie fremdenrechtlicher Art und auf andersartige Rechtsgebiete, die nicht speziell den Schutz im Inland lebender Ausländer im Frieden betreffen, nicht ohne weiteres übertragbar;

Abs. 4 des Verwundeten-, Art. 17 Abs. 1–2, 39 des Kriegsgefangenenabkommens von 1949), kann bis zu einem gewissen Grade symptomatisch gewertet werden.

<sup>12)</sup> Verdross, Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staaten (1920), S. 20; Triepel, a. a. O., S. 343 ff.

2. Er geht aus von einem Gleichbehandlungsprinzip in Bezug auf das Objekt der Tat, das in humanitären Abkommen, speziell im Rotkreuzrecht, keineswegs durchweg gilt und zur Fundierung einer Strafpflicht auch nicht immer ausreicht, weil für manche Abkommensverstöße kein Mensch, speziell kein Ausländer, als Objekt in Betracht kommt, der »wie die eigenen Bürger« gegen einen solchen Abkommensverstoß zu schützen wäre (z. B. Mißbrauch des roten Kreuz-Zeichens, Vernichtung von Versorgungsgütern usw.), andererseits aber, weil von Abkommensverstößen im allgemeinen nur dann die Rede sein kann, wenn die Tat irgendwie über den nationalen Bereich hinauswirkt;

3. Er stellt ab auf den Gesichtspunkt der Genugtuung, die in Form der Bestrafung des fremdem staatlichem Machtbereich unterstehenden Täters erfolgt und vorgängige Strafgesetzgebung zur Voraussetzung hat, während Verstöße gegen humanitäre Abkommen nicht notwendig einen bestimmten Staat treffen, dem Genugtuung geschuldet würde, aber unabhängig davon von den Vertragspartnern zu bestrafen sind;

4. Er geht von der zweifelhaften Voraussetzung aus, daß der Staat an sich, wenn nichts anderes vereinbart ist, seiner Völkerrechtspflicht genüge, wenn er die Einhaltung vertraglicher oder allgemeiner, für ihn verbindlicher Völkerrechtsregeln, soweit sie durch das Verhalten von Individuen auch ohne Organcharakter verletzt werden können<sup>13)</sup>, durch Gebot oder Verbot den seiner Jurisdiktion unterworfenen Personen zur Pflicht mache, ohne für den Fall der Zuwiderhandlung eine Sanktion anzudrohen. Nur um einer durch Zuwiderhandlung (zum Nachteil fremder Staaten oder Staatsangehöriger) erst zur Entstehung kommenden Völkerrechtspflicht zur Genugtuung durch Bestrafung des Täters genügen zu können, sei praktisch auch der Erlass von Strafbestimmungen schon vor etwaigen Verletzungen »international unentbehrlich«, also mittelbar erforderlich, wenn auch an sich nicht völkerrechtlich geboten.

Nun könnte man sich theoretisch eine so hoch disziplinierte Streitmacht und Zivilbevölkerung eines Staates denken, der außerdem seiner internationalen Stellung oder sonstigen Umständen nach kaum je in eine Lage (z. B. Kriegszustand) kommt, die seinen Untertanen die Begehung der in Frage kommenden Abkommensverstöße ermöglicht. Es wäre also denkbar, daß ein Staat sich folglich auf den Standpunkt stellt, für ihn sei der Erlass solche Völkerrechtsregeln sanktionierenden Strafrechts überflüssig. Ist er nicht trotzdem völkerrechtlich dazu verpflichtet, solches Strafrecht zu erlassen, auch soweit er keine spezielle Vertragspflicht hierzu übernommen hat, schon weil er für die in seinem Gebiet lebenden Ausländer eine Garantie schlechthin nicht übernehmen kann?

<sup>13)</sup> Triepel (a. a. O., S. 329) hatte diese Möglichkeit überhaupt geleugnet.

Eine völkerrechtliche Strafgesetzgebungspflicht als sekundäre Auswirkung primärer vertraglicher oder allgemeiner Völkerrechtspflichten wird in erster Linie dort in Betracht kommen, wo eine Völkerrechtspflicht sich auf Herbeiführung oder Sicherung eines bestimmten, vor allem eines negativen *E r f o l g s* (z. B. Unversehrtheit völkerrechtlich geschützter Personen, Verhinderung humanitätswidriger Handlungen) richtet, der durch eine nicht individuell erfaßbare Personengesamtheit (Gesamtbevölkerung, aber auch Streitkräfte oder Gesamtheit der in öffentlichem Dienst Stehenden) gefährdet werden kann.

Eine generelle völkerrechtliche Strafgesetzgebungspflicht solcher Art in Bezug auf alle völkerrechtlichen Verhinderungspflichten wird sich für den gegenwärtigen Zeitpunkt kaum nachweisen lassen, schon weil Strafdrohungen, gerade im Kriege, nur geringe Wirkung haben und auch hier, wie häufig im Völkerrecht, der Gesichtspunkt der Effektivität zur Geltung kommt. Man wird insoweit davon auszugehen haben, daß es dem souveränen Ermessen der Staaten und ihrer Gesetzgebungsorgane überlassen ist, auf welche Weise sie ihrer völkerrechtlichen Verpflichtung zur Sicherstellung bestimmter Erfolge, besonders zum Schutz bestimmter Rechtsgüter nachkommen wollen, wobei Strafgesetzgebung nur eine neben andern in Betracht kommenden staatlichen Vorkehrungen, also weder unbedingt erforderlich noch unbedingt ausreichend ist. Dies ist das notwendige Korrelat dazu, daß sich der Staat jeden Abkommensverstoß eines seiner Streitmachtangehörigen im Kriege als eigenen zurechnen lassen muß und dafür unabhängig von Verschuldensfragen haftet<sup>14)</sup>. Man könnte einem Staat unterlassene Strafgesetzgebung nur dann als Verstoß gegen eine gerade hierauf sich beziehende außervertragliche Völkerrechtspflicht vorwerfen, etwa mit der Folge seiner Haftung für Schäden, die unter Strafe zu stellende Handlungen z. B. von Zivilpersonen ohne Organcharakter verursachten, wenn der Erlaß solcher Strafbestimmungen wenigstens zu den Gepflogenheiten staatlichen Verhaltens<sup>15)</sup> mit Rücksicht auf die allgemeine zwischenstaatliche oder engere, durch einen Vertrag verbundene Rechtsgemeinschaft zu rechnen ist. In Anbetracht der Saumseligkeit aber, mit der die Vertragsstaaten der Genfer Verwundetenabkommen von 1906 und 1929 ihren darin sogar förmlich übernommenen Strafgesetzgebungspflichten nachgekommen sind<sup>16)</sup>, wird man hierin vorerst noch keine allzu

<sup>14)</sup> Art. 3 Satz 2 des IV. Haager Abkommens von 1907.

<sup>15)</sup> Für diese Frage ist es nicht unerheblich, daß die Strafrechtspflege mancher, besonders angelsächsischen Staaten überhaupt nicht oder nur zum Teil auf Gesetzesrecht, im übrigen aber auf von der Gerichtspraxis selbst entwickeltem *common law* beruht.

<sup>16)</sup> Vgl. dazu die Kritik von Paul de La Pradelle, *La Conférence Diplomatique et les Nouvelles Conventions de Genève du 12 août 1949* (Paris 1951), p. 248; ferner *Recueil de textes relatifs à l'application de la Convention de Genève... précédé d'une*

strengen Maßstäbe anlegen dürfen. Immerhin: der Bereich, innerhalb dessen die Unterlassung gerade strafgesetzgeberischer Vorkehrungen einem Staat als ein gegebenenfalls zu Schadensersatz verpflichtendes Versäumnis zugerechnet werden kann, ist jedenfalls weiter als der Bereich einer direkten, aus allgemeinem Völkerrecht sich ergebenden Strafgesetzgebungspflicht, denn die Haftbarkeit von Staaten für kausales Unterlassen ist nicht begrenzt durch eine formale und direkte Rechtspflicht zu einem Tun, vielmehr lediglich durch den Umfang der mit Rücksicht auf die Rechtsgemeinschaft erforderlichen und üblichen Sorgfalt (sogenannter Grundsatz des internationalen Standards<sup>17)</sup>). Hier ist das typische Feld der Kollision souveräner Entscheidungs- (oder Nichtentscheidungs-) -freiheit der Gesetzgebungsorgane und dem durch internationale Rücksicht, wenn auch nicht durch spezielle Völkerrechtspflicht Gebotenen.

Der allgemeinen Frage einer aus andern Völkerrechtspflichten sekundär, aber ohne Vertragsbindung folgenden Strafgesetzgebungspflicht soll indes hier nicht nachgegangen werden. Gerade humanitäre Abkommen, auf die sich diese Untersuchung beschränken will, haben zunehmend<sup>18)</sup> durch ausdrückliche Bestimmungen dafür Sorge getragen, über Bestehen, Art und Umfang einer Strafgesetzgebungspflicht zur Sicherung des von den Abkommen bezweckten Erfolgs Klarheit zu schaffen. Aus den vorstehenden Betrachtungen ergibt sich aber, daß aus dem Fehlen oder etwaigen Begrenzungen ausdrücklicher vertraglicher Statuierung nicht ohne weiteres auf das Fehlen einer Pflicht zu bestimmter Strafgesetzgebung geschlossen werden kann. Die Frage, ob über ausdrückliche Vertragsbestimmungen hinaus eine Strafgesetzgebungspflicht angenommen werden kann, ist in erster Linie durch Auslegung dieser Vertragsbestimmungen und des sonstigen Vertragsinhalts zu beantworten.

Die Frage nach Inhalt und Grenzen der Strafpflicht soll im folgenden vor allem am Beispiel der Genfer Abkommen zum Schutze der Wehrlosen im Kriege vom 12. August 1949 insoweit untersucht werden, als darin eine Strafgesetzgebungspflicht der Vertragsstaaten ausdrücklich enthalten ist.

### *Das Individuum als Völkerrechtsnormadressat und die staatliche Transformation*

Die Beantwortung der Frage, ob dem Individuum die grundsätzliche Befähigung zu- oder abzusprechen ist, Träger von der Völkerrechtsordnung

---

préface de M. Paul des Gouttes... Ouvrage publié par le Comité international de la Croix-Rouge, Genève 1934.

<sup>17)</sup> Verdross, Völkerrecht 1950, S. 278, 301.

<sup>18)</sup> Interessant ist in dieser Hinsicht die Stufenfolge der Genfer Abkommen von 1864, 1906, 1929 und 1949. Darüber vgl. unten S. 53 ff.

unmittelbar verliehener Rechte oder auferlegter Pflichten zu sein, ist eine Willensentscheidung, nicht Sache logischer Deduktion. Diese Entscheidung wird von der Staatengemeinschaft durch ihre Vertrags- und sonstige Praxis, in gewissem Umfang unter Vorantritt und Mitwirkung der Wissenschaft, kollektiv getroffen, wenn auch weitgehend unbewußt, schrittweise und in den Formen und Übergängen organischen Wachstums. Der Standpunkt, daß eine Annahme jener grundsätzlichen Befähigung zu Rechts- und Pflichtenträgerschaft des Individuums im Rahmen der völkerrechtlichen Ordnung denkmöglich sei, kann heute als überwunden gelten, überwunden vor allem durch die zunehmend evident werdende direkte Einstrahlung der überstaatlichen in die innerstaatliche Ordnung, mag sie durch automatisch wirkende allgemeine<sup>19)</sup> oder etwa auf gesetzesförmig bestätigte Staatsverträge beschränkte<sup>20)</sup> Transformationsklauseln in Staatsverfassungen bestätigt sein oder nicht.

Diese Frage ist für uns insofern von praktischem Interesse, als sich strafrechtliche Sanktionen grundsätzlich nur gegen Individuen richten (von denkbaren Ausnahmen sei hier abgesehen). Wo es sich aber darum handelt, das Individuum für von ihm begangene Völkerrechtsverletzungen zu bestrafen, muß das verletzte Völkerrecht auf irgendeine Weise als für das Individuum verpflichtend und verbindlich, müssen die verletzten Völkerrechtsnormen als an das Individuum gerichtet angesehen werden können,

1. sei es auf Grund staatlicher Transformation,
2. sei es unmittelbar.

Wird staatliche Transformation – zunächst nur der Verhaltensregeln, also abgesehen von Strafdrohung – als unabdingbare Voraussetzung der Verbindlichkeit von Völkerrechtsregeln für das Individuum angesehen, so erhebt sich in der Mehrzahl der Fälle sofort die Frage, auf wessen Transformation es ankommt: ob auf die des irgendwie durch die Tat getroffenen, geschädigten Staates oder auf die des Staates, dem der Täter angehört, in dessen Gebiet er seinen Wohnsitz, seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, in dessen Diensten er als Beamter oder Soldat steht (jede Anknüpfung kann für dasselbe Individuum wieder einen andern Staat bezeichnen!), oder aber auf dessen Gebiet die Tat begangen wurde, wobei wieder zwischen Ort der Tätigkeit, des Erfolgseintritts und der weiteren Erfolgsauswirkung unterschieden werden kann, schließlich des Staates, der aus irgendwelchen Gründen, die mit den bisher genannten nicht identisch zu sein brauchen, den Täter aburteilt und dazu völkerrechtlich und internationalstrafrechtlich kompetent ist, etwa weil

<sup>19)</sup> So Art. 25 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949.

<sup>20)</sup> So Art. 26 der französischen Verfassung vom 27. 10. 1946.

der Täter sich nunmehr, also zur Zeit der Aburteilung, auf seinem, des aburteilenden Staates, Gebiet befindet.

Da jede dieser (leicht zu vermehrenden) Varianten das Transformationsrecht eines andern Staates als anwendbar und maßgebend bezeichnen würde, wobei möglicherweise das internationale Strafrechtsanwendungsrecht des aburteilenden Staates zu einem abweichenden Ergebnis führt (in der Regel haben Strafgerichte ausschließlich das Strafrecht ihres eigenen Staates anzuwenden), drängt sich das Bedürfnis nach überstaatlichen Regeln auf, die unmittelbar das Verhalten der Individuen normieren, gerade in Situationen, die ein in fremde Hoheitsbereiche, in die zwischenstaatliche Sphäre wirkendes Verhalten von Individuen mit sich bringen.

Eine solche Situation ist in vorderster Linie der Krieg. Der Krieg ist zugleich die Situation, die das Individuum, und zwar nicht nur das als Streitmachtangehöriger am Kriegsgeschehen aktiv beteiligte, grundsätzlich der Vernichtung ausliefert, die Situation also, die mit besonderer Dringlichkeit nach überstaatlichen humanitären Regeln verlangt, die, wie aus dem oben Gesagten erhellt, nach der Natur dieser Situation unmittelbar für das Individuum verbindlich sein müssen; denn wo Nationen sich nicht mehr durch die Verbindungskanäle des Staatsapparates und dessen nach außen gekehrte Organe, die Diplomatie usw., sondern unmittelbar, sozusagen Mann gegen Mann streitend begegnen, müssen einheitliche, das Individualverhalten unmittelbar normierende Rechtsregeln des Krieges die Kämpfenden verbinden, sofern es überhaupt gelingen soll, die Kampfführung noch in wenigstens grob und grundsätzlich geregelten Bahnen zu halten. Hier also zwingt die Natur der Sache zu direkter (verpflichtender wie auch berechtigender) Wirkung des Völkerrechts auf Individuen<sup>21</sup>).

Man könnte einwenden, daß inhaltlich einheitliche Regeln nicht notwendig unmittelbar verbindliche (vom Völkerrecht direkt auf das Individuum wirkende) zu sein brauchen, wenn ihr einheitlicher Erlaß zwischen den Vertragsstaaten vereinbart wird oder wenn die von den Vertragsstaaten in Ausführung des Vertrags zu erlassenden Regeln entweder als bindend vereinbarte Modellgesetze dem Vertrag beigegeben oder im Vertrag selbst so formuliert werden, daß der Vertragstext selbst, auf dem verfassungsrechtlich bestimmten Wege transformiert, das Individualverhalten normiert. Es ist kein Zufall, daß gerade die humanitären Kriegsrechtsabkommen zunehmend in diesem letzteren Sinne formuliert werden, und zwar gerade auch mit strafrechtserheblicher Wirkung: Wie noch zu zeigen sein wird, spielt die Ab-

<sup>21</sup>) Ein analoges Bedürfnis zeigt sich im Bereich des internationalen Handelsverkehrs, und hierauf vor allem stützt Scelle seine These von der Unterordnung des Völkerrechts unter das internationale Privatrecht (*Cours de Droit International Public*, 1948, p. 18 ff.).

urteilung von Abkommensverstößen durch andere Staaten als den Heimatstaat des Täters für die Sanktionierung der Abkommen eine entscheidende Rolle. Von den aburteilenden fremden Staaten aber wird das Völkerrecht wenigstens für die Strafbefugnis grundsätzlich keine Rücksicht darauf fordern, ob der Heimatstaat die Abkommensregeln formal in internes Recht transformiert hat, wenn er nur durch Ratifikation oder Beitritt zur Zeit der Tat an das Abkommen gebunden war. Dann muß nicht nur der völkerrechtlich gebundene Staat, sondern müssen alle auf seiner Seite handelnden Individuen das Abkommen gegen sich gelten und sich nach dem Abkommen, gerade auch strafrechtlich, behandeln lassen, und ihr Heimatstaat muß diese ihre Behandlung dulden<sup>22)</sup>. Dadurch aber sinkt die Transformation eines völkerrechtlich verbindlich gewordenen, Individualnormierungen enthaltenden Abkommens jedenfalls insoweit zu einem nahezu unerheblich werdenden Formalakt ab. Für die unmittelbare Reaktion des Völkerrechts auf Individualverhalten ist die Transformation in innerstaatliches Recht jedenfalls unerheblich: Der seine Kennzeichnung ablegende Kämpfer ändert seinen völkerrechtlichen Status unabhängig davon, ob sein nationales Recht ihm ein solches Verhalten verbietet. In strafrechtlicher Hinsicht einen Unterschied zu machen, mag von allgemein strafrechtlichen Grundbegriffen, insbesondere dem der Schuld, gefordert werden. Man kann aber nicht ohne weiteres sagen, daß auch das Völkerrecht selbst eine solche Forderung als Rechtssatz enthalte: Das allgemeine, außervertragliche Völkerrecht ist in Normierungen solcher Fragen auf strafrechtlichem Gebiet ähnlich, wenn auch nicht ganz so zurückhaltend wie in Fragen des internationalen Privatrechts. Daß es dem nationalen Strafrecht, vor allem aber der Gerichtspraxis freisteht, normativ bzw. bei Beurteilung der Schuldfrage oder bei der Strafzumessung auf den Stand der Transformationsgesetzgebung und auf die Publizität der Abkommenstexte im Heimatstaat des Täters Rücksicht zu nehmen, steht auf einem andern Blatt. Das Völkerrecht steht einer solchen Rücksicht nicht im Wege.

#### »Aburteilung nach Kriegsgebrauch« und "war crimes"

Tatsächlich hat die Rechtswirklichkeit dem situationsbedingten Bedürfnis nach unmittelbarer Anwendung kriegsvölkerrechtlicher Regeln auf Individuen auch weitgehend Rechnung getragen:

1. Die umstrittene »Aburteilung nach Kriegsgebrauch« wird z. B. von

<sup>22)</sup> Siordet bei Pictet, Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire Vol. I, p. 27, drückt dies noch vorbehaltloser so aus: «lorsqu'un Etat s'engage à quelque chose, il oblige par là-même tous ceux sur qui il a autorité ou qui représentent son autorité», fährt aber fort: «il s'oblige à donner les ordres nécessaires».

Verdross<sup>23)</sup> noch heute als Bestandteil des geltenden Völkerrechts erwähnt, der von den »Kriegsverbrechen (*war crimes*)« sagt:

»Die Verfolgung dieser Delikte ist nach Kriegsgebrauch, also unmittelbar auf Grund des Völkerrechts zulässig. Die Bestrafung dieser Personen« [Kriegsgefangener, die vor Gefangennahme Handlungen unter Verletzung des Kriegsrechts begangen haben] »darf daher auch wegen eines kriegsrechtswidrigen Tatbestands erfolgen, der dem Strafgesetzbuch des Tatortes und des Gewahrsamstaates fremd ist. Das beweist uns, daß es sich hier um echte völkerrechtliche Delikte handelt.«

Die gegen diese Praxis besonders nach dem ersten Weltkrieg erhobenen Vorwürfe richteten sich teils gegen Mißbräuche, denen jede Rechtseinrichtung ausgesetzt ist, teils waren sie rein politisch-polemischer Natur. Die Gefahr des Mißbrauchs liegt in dem weiten Ermessensspielraum der Militärgerichte in Bezug auf die Abgrenzung des Tatbestands und auf den praktisch unbegrenzten Strafraumen, schließlich in der möglicherweise auch in die Rechtsfindung eindringenden Kriegsleidenschaft. Andererseits hat die Ausübung der Kriegsgerichtsbarkeit in vielen Fällen die unmittelbare Ordnungsfunktion, durch effektives Eingreifen um sich greifenden Verletzungen des Kriegsvölkerrechts seitens eigener oder feindlicher Truppen Einhalt zu gebieten. Diese Gesichtspunkte sind bei Beantwortung der Frage zu berücksichtigen, ob eine Aburteilung »nach Kriegsgebrauch«, lediglich in unmittelbarer Anwendung des Kriegsvölkerrechts, ohne staatliche Strafrechtsnormen, mit dem Völkerrecht oder mit rechtlichen Grundbegriffen überhaupt in Einklang steht.

2. Eine Parallele findet sich in der Behandlung der *war crimes* in der angelsächsischen Doktrin und Praxis, wie sie in den früheren Ausgaben von Oppenheim's International Law und des britischen Manual of Military Law hervortrat und von Verdross<sup>24)</sup> so umschrieben wurde:

»... , daß nach geltendem Völkerrecht alle Verletzungen der Kriegsgesetze« [gemeint ist: der kriegsvölkerrechtlichen Regeln] »... vom Gegner strafrechtlich verfolgt werden dürfen, ohne Rücksicht darauf, ob diese Handlungen in den Strafgesetzbüchern eine Kriminalisierung erfahren haben.«

Setzt man einmal diese Umschreibungen der »Aburteilung nach Kriegsgebrauch« und von *war crimes* als geltendes Völkerrecht voraus, so besagen sie folgendes:

a) Das Individuum ist an kriegsvölkerrechtliche Regeln unmittelbar gebunden, unabhängig von genereller oder besonderer Transformierung dieser

<sup>23)</sup> Völkerrecht, 2. Aufl. 1950, S. 104; Sperrungen wie dort.

<sup>24)</sup> Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung usw. (1920), S. 30; dort S. 94 ff. Abdruck des Abschnitts "The punishment of war crimes" des Manual of Military Law 1914.

völkerrechtlichen Verhaltensnormen in das innerstaatliche Recht seines Heimatstaates, des aburteilenden oder irgendeines dritten Staates; denn anders wäre die Bestrafung des Individuums wegen Verstoßes gegen diese Regeln rein logisch unhaltbar;

- b) Das Individuum kann für Verstöße gegen Völkerrechtsregeln von der Gewahrsamsmacht bestraft werden, ohne daß diese oder der Heimatstaat oder der Staat des Tatortes vor der Tat oder auch nur vor der Aburteilung den begangenen Verstoß gesetzlich unter Strafe gestellt hat;
- c) Folglich ist auch kein gesetzlicher Strafrahmen erforderlich, sondern das Gericht ist in Art und Maß der zu verhängenden Strafe lediglich gebunden an den »Kriegsgebrauch«, allenfalls an einen sehr allgemeinen Maßstab der »Verhältnismäßigkeit«.

Eine solche Praxis beseitigt also den seinem Inhalt nach den nationalen Rechtsordnungen angehörenden Strafrechtsgrundsatz *nulla poena sine lege*<sup>25)</sup> für ihren Bereich, also für den gesamten Bereich des *ius in bello* insoweit, als sie auf das Erfordernis gesetzlicher Festlegung einer Strafdrohung vor der Tat verzichtet. Hingegen verzichtet sie nicht auf das Erfordernis, daß die Kriegsrechtsnorm, die Verhaltensregel, wegen deren Verletzung abgeurteilt wird, zur Zeit der Tat als Bestandteil des positiven, für den Heimatstaat des Angeklagten verbindlichen Völkerrechts in Geltung war. Die entbehrliche *lex* ist also nur die gesetzliche Strafdrohung, unentbehrlich dagegen bleibt das Verbot, die Verhaltensnorm selbst, die aber nicht in Form eines staatlichen Rechtssatzes ergangen zu sein braucht, sondern dem Völkerrecht, auch dem ungeschriebenen, angehören kann.

Nimmt man hinzu, daß die Befugnis zur »Aburteilung nach Kriegsgebrauch« unmittelbar kraft Völkerrechts vielfach beschränkt wird auf die Dauer des Kriegszustandes<sup>26)</sup>, so nähert sie sich in der Funktion einer Re-

<sup>25)</sup> Daß dieser besonders den kontinentaleuropäischen Kulturstaaten gemeinsame Strafrechtsgrundsatz Bestandteil des gemeinen Völkerrechts sei, kann nicht ohne weiteres behauptet werden, schon weil er inhaltlich gar nicht in den Fragenbereich der Staatensymbiose fällt. Es käme also auf den Nachweis an, daß die völkerrechtliche Ermächtigung zur Aburteilung feindlicher Streitmachtangehöriger wegen Verletzung des *ius in bello* durch das Erfordernis eines vor der Tat ergangenen, diese Verletzung unter Strafe stellenden Gesetzes (welches Staates?) eingeeengt sei. Hierbei wieder kommt in Betracht, daß ausländischen Strafgesetzen für die Handlungsmotivation meist nur untergeordnete Bedeutung zukommt, der aburteilende fremde Staat aber grundsätzlich nach seinen Gesetzen oder aber unmittelbar nach Völkerrechtsregeln und »Kriegsgebrauch« richtet, welcher letzterer Normenbereich dem Täter weit eher als für ihn gültig imputiert werden kann als ein ihm fremdes Strafgesetz, dem er möglicherweise entgegenhalten kann, daß er ihm zur Tatzeit gar nicht unterstanden habe. Diesen Einwand wird er gegenüber Kriegsrecht und Kriegsgebrauch nicht erheben können, wenn man von der unmittelbaren Geltung kriegsvölkerrechtlicher Regeln für Individuen, jedenfalls aber für Streitmachtangehörige ausgeht.

<sup>26)</sup> So z. B. Verdross, Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung, S. 32 f.

pressalienmaßnahme zur Unterdrückung künftiger Kriegsrechtsverstöße der Gegenseite, mit Beschränkung auf die individuellen Täter. Insoweit würde aber jene Befugnis an Beweiskraft für eine unmittelbare Verbindlichkeit der Kriegsrechtsregeln für die jener Repressivmaßnahme ausgesetzten Individuen verlieren.

Andrerseits würde aus einer völkerrechtlichen Zulässigkeit einer solchen Praxis nicht folgen, daß den aburteilenden Gerichten von ihrem innerstaatlichen Recht die Anwendung dieser Praxis gestattet wird. Gilt im innerstaatlichen Recht der Grundsatz *nulla poena sine lege* als allgemein verbindlicher in dem Sinne, daß keine Verurteilung ergehen darf ohne ein bereits vor der Tat innerstaatlich erlassenes, die Tat mit einem Strafraumen bedrohendes Strafgesetz, so würde diesem Grundsatz auch eine so umfassende Transformationsklausel wie Art. 25 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 nicht Abbruch tun: Was innerstaatlich verboten ist, bleibt verboten, auch wenn das vorbehaltlos transformierte Völkerrecht ein solches Verbot nicht enthält. Anders wäre es nur, wenn das Völkerrecht eine Pflicht zur »Aburteilung nach Kriegsgebrauch« (oder wenigstens ein Verbot ihres innerstaatlichen Verbotes) enthielte: dann würde diese Völkerrechtspflicht kraft Transformation dem innerstaatlichen Verbot vorgehen. Eine solche außervertragliche Völkerrechtspflicht, in Bezug auf feindliche (nicht eigene) Streitmachtangehörige die »Aburteilung nach Kriegsgebrauch« durchzuführen oder zuzulassen, besteht aber keinesfalls. Der für die Gerichte kraft Landesrechts verbindliche Grundsatz *nulla poena sine lege* und die zunehmende staatliche Gesetzgebung über die Bestrafung von Kriegsrechtsverstößen haben die rein völkerrechtlich fundierte Aburteilung nach Kriegsgebrauch faktisch allmählich verdrängt.

Die »Aburteilung nach Kriegsgebrauch« bzw. der *war crimes* unmittelbar auf Grund Völkerrechts reiht sich systematisch der unmittelbaren Reaktion des Völkerrechts gegenüber Individuen auf Individualverhalten einerseits und der strafrechtlichen Aburteilung durch staatliche Gerichte auf Grund transformierten Völkerrechts andererseits als dritte, zwischen jenen beiden liegende Variante ein mit der Besonderheit, daß zwar staatliche Gerichte tätig werden, aber in unmittelbarer Anwendung völkerrechtlicher Regeln in Bezug auf die verletzte Verhaltensnorm wie auch in Bezug auf das materielle Strafrecht und schließlich in Bezug auf gewisse Verfahrensgrundsätze. Wir finden also hier im Bereich des Völkerrechts von der Staatenpraxis entwickelte Rudimente einer strafrechtlichen und strafverfahrensrechtlichen Ordnung zur Sicherung kriegsvölkerrechtlicher Regeln. Es springt in die Augen, daß hier die Strafgerichte andere als nur staatliche Funktionen wahrnehmen: sie wirken zur Wahrung des Völkerrechts, also in internationaler Funktion. Dies

ist das Musterbeispiel des von Scelle<sup>27)</sup> entwickelten *dédoublement fonctionnel*.

### *Völkerrechtliche Verhaltensregeln und nationales Strafrecht*

Wenn nun die vier Genfer Abkommen von 1949 ausdrückliche Bestimmungen über den Erlaß von Strafgesetzen gegen Abkommensverstöße enthalten, so könnte dies so verstanden werden, daß eine Bestrafung von Abkommensverstößen nur noch im Rahmen der abkommensgemäß erlassenen Strafgesetze des aburteilenden Staates zulässig sein solle, also nicht mehr »nach Kriegsgebrauch« oder unabhängig von nationalen speziellen Strafgesetzen als *war crimes*. Andererseits ist kaum anzunehmen, daß die völkerrechtliche Strafbefugnis, die von den Abkommen teils bestätigt, teils neu zugewiesen wird, davon abhängig sein solle, daß auch der Heimatstaat oder der Staat, in dessen Streitmacht der wegen Abkommensverstoßes Angeklagte gedient hat, oder der Staat, gegen den oder gegen dessen Angehörige der Abkommensverstoß sich richtete, überhaupt oder gerade gegen die zur Aburteilung stehende Tat bereits vor oder auch nur nach der Tat Strafgesetze in Ausführung des auch für den Heimatstaat verbindlichen Abkommens erlassen hat<sup>28)</sup>. Insoweit besteht also die unmittelbare Wirksamkeit der Verhaltensnormen der Abkommen auf das Individuum fort. Die Abkommensnormen selbst sind es, wegen deren Verletzung das Individuum vom fremden Staat nach dessen Strafrecht abgeurteilt wird, nicht etwa diese fremdstaatlichen Strafbestimmungen, denen der Handelnde zur Zeit der Tat normalerweise gar nicht unterstand.

Diese Strafbestimmungen sind, soweit sie sich an Angehörige fremder Staaten oder Streitkräfte richten, inhaltlich, d. h. in der Tatbestandsumschreibung, bloße Rezeption des Völkerrechts und müssen sich darauf beschränken, die Verletzung der (für Individuen unmittelbar verbindlichen) Völkerrechtsregeln unter Strafe zu stellen. Soweit ihre Tatbestände über das völkerrechtliche Verbot hinausgehen, soweit sie insbesondere rechtmäßige Kriegshandlungen umfassen, sind sie völkerrechtswidrig, ebenso natürlich ihre Anwendung. Völkerrechtswidrig ist es insbesondere, rechtmäßige Kriegshandlungen als Delikte des gemeinen Rechts (Totschlag, Sachbeschädigung, Grenzverletzung usw.) an Angehörigen der feindlichen Streitmacht zu be-

<sup>27)</sup> Manuel de Droit international public, 1948, p. 21 ff.

<sup>28)</sup> Art. 85 des Kriegsgefangenenabkommens von 1949 sagt ausdrücklich: «Les prisonniers de guerre poursuivis en vertu de la législation de la Puissance d'étatrice pour des actes qu'ils ont commis avant d'avoir été faits prisonniers resteront, même s'ils sont condamnés, au bénéfice de la présente Convention.» (Sperrung vom Verf.).

strafen<sup>29)</sup>. Völkerrechtswidrig ist aber auch die Bestrafung fremder Streitmachtangehöriger für Verstöße gegen Bestimmungen humanitärer Abkommen, die für den Staat, in dessen Streitmacht der Täter zur Zeit der Tat diente, weder als vertragliche noch als allgemein völkerrechtliche in Geltung waren: Lediglich partikularrechtlich gültige Vertragsbestimmungen können durch Nichtvertragsstaaten und ihre Streitmachtangehörigen gar nicht verletzt werden; für sie ist die »Zuwiderhandlung« eine rechtmäßige Kriegshandlung, deren Bestrafung durch den Gegner völkerrechtswidrig wäre. Die sehr detaillierten Genfer Abkommen von 1949 enthalten manche Einzelregeln, die nicht als bloße Kodifikation ohnehin allgemein gültigen Völkerrechts angesehen werden können. Es wäre unzulässig, solche Regeln Nichtvertragsstaaten, die sich ihnen auch nicht in den vereinfachten Formen des allen vier Abkommen gemeinsamen Art. 2 Abs. 3 Satz 2<sup>30)</sup> unterworfen haben, bzw. ihren Staats- und Streitmachtangehörigen im Wege des nationalen Strafrechts der Vertragsstaaten aufzuzwingen.

Interessant ist in dieser Hinsicht Art. 5 des französischen Gesetzes vom 23. Juli 1913, wonach in einem Krieg mit Vertragsstaaten des Genfer Abkommens vom 6. Juli 1906 Art. 266 des französischen Militärstrafgesetzbuchs anwendbar ist

«à tout individu qui, dans la zone d'opérations d'une force militaire en campagne, emploie publiquement, sans en avoir le droit, le drapeau ou l'emblème de la Croix-Rouge . . . »<sup>31)</sup>.

Hier wird also – für Mißbräuche des Genfer Schutzzeichens – darauf abgestellt, daß sie in einem Krieg mit Vertragsstaaten des Genfer Abkommens begangen wurden, nicht dagegen darauf, ob der Täter einem der kämpfenden oder nicht kämpfenden Vertragsstaaten oder ihren Streitkräften angehört, noch auch, ob die Tat auf dem Gebiet eines dieser Vertragsstaaten oder auf dem Gebiet dritter Staaten begangen wurde. Obwohl ein absoluter Schutz des roten Kreuz-Zeichens auch gegenüber Nichtvertragsstaaten der Genfer Abkommen unzweifelhaft ist<sup>32)</sup>, glaubte der französische Gesetzgeber, seine Strafsanktionen, wenigstens mittelbar und in der praktischen Wirkung, auf Vertragsstaaten und ihre Angehörigen beschränken zu sollen.

<sup>29)</sup> Vgl. Mosler, Die Kriegshandlung im rechtswidrigen Kriege, Jahrbuch für internat. u. ausl. öffentl. Recht II/III, 1948, S. 342 f.

<sup>30)</sup> Wortlaut in dieser Zeitschrift, Bd. 13, S. 124.

<sup>31)</sup> Zitiert nach Travers, Le droit pénal international, Tome 1 (1920), no. 290, p. 383 f.

<sup>32)</sup> Auch Nichtvertragsstaaten der Genfer Abkommen sind gebunden an Art. 23 f. der Haager Landkriegsordnung von 1907, der verbietet «d'user indûment . . . des signes distinctifs de la Convention de Genève» und als universal verbindlicher Satz des allgemeinen Völkerrechts anzuspprechen ist, ohne Rücksicht auf formale Bindung an die LKO.

Artikel 85 des Kriegsgefangenenabkommens von 1949 bestätigt die Befugnis der Gewahrsamsmacht zur Aburteilung vor der Gefangennahme begangener Delikte, insbesondere Kriegsrechtsverstöße, und gestattet der Gewahrsamsmacht, dieser Aburteilung ihr eigenes Strafrecht zugrunde zu legen, ist aber nicht so zu verstehen, daß diese Aburteilung nur auf Grund der Gesetzgebung der Gewahrsamsmacht, also nur unter der Voraussetzung ihres Vorhandenseins überhaupt oder gar schon vor der Tat, erfolgen dürfe. Hierüber will Art. 85 nichts bestimmen, sondern nur den Abkommenschutz auch über eine Verurteilung hinweg aufrechterhalten<sup>33)</sup>. Dies impliziert insbesondere auch die Anwendbarkeit des Art. 99 des Kriegsgefangenenabkommens von 1949, dessen Abs. 1 lautet:

«Aucun prisonnier de guerre ne pourra être poursuivi ou condamné pour un acte qui n'est pas expressément réprimé par la législation de la Puissance détentrice ou par le droit international [Sperrung vom Verf.] qui sont en vigueur au jour où cet acte a été commis.»<sup>34)</sup>

Hier wird also ein zur Tatzeit bestehendes völkerrechtliches Verbot einem innerstaatlichen gleichgestellt, was nicht nur die These stützt, daß sich das völkerrechtliche Verbot – jedenfalls als allein ausreichende Grundlage für die völkerrechtliche Zulässigkeit einer Strafverurteilung – unmittelbar an Individuen richte, sondern darüber hinaus das Prinzip *nulla poena sine lege* in dem Sinne modifiziert, daß die an das Individuum gerichtete, zur Tatzeit geltende völkerrechtliche Verbots- (wenn auch nicht Straf-) -norm für sich

<sup>33)</sup> Die gegenteilige Forderung der sowjetrussischen Delegation, die den Abkommenschutz spätestens mit der Verurteilung endigen lassen wollte, führte zu einer der zähesten Kontroversen der Diplomatischen Konferenz von 1949 und wurde von dieser verworfen (vgl. Actes II A, p. 310 ff., 379, 451, 488 f., 556; II B, p.296–306). Die Ostblockstaaten haben einen entsprechenden Vorbehalt zu Art. 85 gemacht, der bei der Sowjetunion lautet: «L'Union des Républiques Socialistes Soviétiques ne se considère pas tenue par l'obligation, qui résulte de l'article 85, d'étendre l'application de la Convention aux prisonniers de guerre, condamnés en vertu de la législation de la Puissance détentrice conformément aux principes du procès de Nuremberg, pour avoir commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, étant donné que les personnes condamnées pour ces crimes doivent être soumises au régime établi dans le pays en question pour les personnes qui subissent leur peine.»

<sup>34)</sup> Die gesperrten Worte wurden erst auf der Konferenz von 1949 eingefügt auf einen niederländischen Änderungsantrag in der II. Kommission (Actes II A, p. 317). Diese Änderung wurde ohne jede Diskussion mit 12 gegen 0 Stimmen angenommen. Man war sich wohl der Tragweite dieser Einfügung kaum ganz bewußt: daß dadurch das Prinzip *nullum crimen sine lege*, das durch Aufnahme des Art. 99 Abs. 1 im Kriegsgefangenenabkommen von 1949 erstmals völkerrechtlich sanktioniert wurde, sogleich eine erhebliche Einschränkung erfuhr: das Erfordernis eines (staatlichen) Gesetzes wurde ersetzbar durch eine völkerrechtliche Regel, wenn auch, laut Bericht der II. Kommission an das Plenum (Actes II A, p. 557), beschränkt auf «des règles généralement reconnues», also (andererseits) unter Einbeziehung des Völkergewohnheitsrechts.

allein ausreicht, um eine Strafverurteilung völkerrechtlich zuzulassen<sup>35</sup>). Es ist nicht einmal gefordert, daß zur Zeit der Aburteilung ein die Tat unter Strafe stellendes Gesetz der Gewahrsamsmacht besteht. Es mag bezweifelt werden, ob gerade in dieser Bestimmung lediglich eine Kodifikation ohnehin allgemein anerkannter Völkerrechtsprinzipien zu sehen ist, und sicher ist der materielle Umfang des für das Individuum in diesem Sinne unmittelbar verbindlichen Völkerrechts als sehr eng, jedenfalls als auf das *ius in bello* begrenzt zu verstehen<sup>36</sup>). Doch ist die grundlegende Bedeutung dieser Bestimmung für die großen Kontroversen über die Normenrelation Völkerrecht und Landesrecht und über die Stellung des Individuums im Völkerrecht ohne weiteres ersichtlich. Das Individuum wird sich für die Zukunft darauf einzustellen haben. Daher auch die große praktische Bedeutung der in allen vier Genfer Abkommen von 1949 den Vertragspartnern ausdrücklich zur Pflicht gemachten Verbreitung der Abkommenstexte. Diese Verpflichtung ist folgerichtig als auf das gesamte Kriegsrecht ausgedehnt anzusehen, soweit es von Individuen verletzt, also kraft Art. 85 in Verbindung mit Art. 99 Abs. 1 des Kriegsgefangenenabkommens von 1949 als an Individuen gerichtet angesehen werden kann. Diese Betrachtungsweise gerade auch der Regelung von 1949 erscheint jedenfalls sachgemäßer als die Annahme eines praktisch unbegrenzten Geltungsbereichs der nationalen Strafrechte, die dazu führen würde, das Individuum der gleichzeitigen Geltung Dutzender verschiedener nationaler Strafrechte zu unterstellen.

Soweit die Normierung individuellen Verhaltens in der Form zwischenstaatlicher (in der Regel kollektiver) Übereinkunft ergeht, ist sie der Sache nach weniger oder doch nur teilweise ein Festlegen gegenseitiger Rechte und Pflichten zwischen den vertragschließenden Staaten, als vielmehr gemeinsame Schöpfung von Normen, die sich auch in ihrer sprachlichen Formulierung an Individuen wenden, also gemeinschaftliche Gesetzgebung. Triepel<sup>37</sup>) beanstandet nicht ohne Grund, daß die Staatsverträge das Verhalten der vertragschließenden Staaten mit den das Individualverhalten normierenden Bestimmungen vielfach fast untrennbar verschmelzen. Andererseits ist es

---

<sup>35</sup>) In dem Bericht der II. Kommission (Actes II A, p. 557) heißt es ausdrücklich, das Prinzip *nullum crimen sine lege* sei damit in das Kriegsgefangenenabkommen neu eingeführt. *Nullum crimen* ist aber eine Einschränkung gegenüber *nulla poena* und begnügt sich damit, daß eine bestimmte Verhaltensweise zum Verbrechen erklärt sei, wenn auch ohne Strafdrohung. Gerade dieses Erfordernis vermögen auch Völkerrechtsregeln, und zwar auch ungeschriebene zu erfüllen.

<sup>36</sup>) Spanien unterzeichnete unter folgendem Vorbehalt: «Par ,droit international en vigueur' (article 99), l'Espagne entend n'accepter que celui de source conventionnelle ou celui qu'aurait été élaboré au préalable par des organismes auxquels elle prend part» (Actes 1949 I, p. 340).

<sup>37</sup>) A. a. O., S. 21.

keineswegs denkunmöglich, daß eine und dieselbe Regel sich zugleich an eine unorganisierte Masse von Individuen wie auch, mit entsprechend modifiziertem Inhalt, gleichzeitig an die beteiligten Staaten richtet, die das normierte Individualverhalten ihrerseits zu ermöglichen, zu fordern, zu fördern oder zu erzwingen haben. Vor allem sind Verbotsnormen, um ihres negativen Gehalts willen, absolut und allseitig *par excellence*, richten sich grundsätzlich an alles, was Normadressat sein kann und durch die betreffende Norm erreichbar ist. Schließlich enthalten auch innerstaatliche Rechtsordnungen eine große Anzahl Normen, die sich gleichermaßen an Individuen, Gerichte und andere Behörden bis zu den obersten Staatsorganen wenden und für sie alle verbindlich sind, obwohl die Normadressaten im Rechtsgefüge und in der staatlichen Hierarchie auf denkbar verschiedener Stufe stehen. Es gibt also durchaus in diesem Sinne mehrseitige Regeln, die uns aber hier nur insoweit beschäftigen, als sie sich an Individuen richten und ihrer Natur nach geeignet sind, mit Strafdrohung und -sanktionen erzwungen zu werden.

Da aber über den Inhalt der fraglichen Völkerrechtsregeln vielfach gerade Uneinigkeit besteht, soweit sie nicht so präzise wie in den Genfer Abkommen von 1949 festgelegt sind, drängt sich die Frage nach einer übernational konstituierten Strafgerichtsbarkeit auf, die das völkerrechtlich einheitlich normierte Individualverhalten in einheitlichen Formen nach jenseits der nationalen Gesichtspunkte und Leidenschaften stehenden Ermessensprinzipien und zu entwickelnden Rechtsregeln aburteilt. Eine solche Einrichtung ist als Projekt fast so alt wie das erste der Genfer Verwundetenabkommen. Bis auf weiteres bleibt die Aburteilung noch Aufgabe nationaler Gerichte, die grundsätzlich nur ihr eigenes Strafrecht anwenden, mögen auch mehrere verbündete Staaten sich zu gemeinsamer Ausübung ihrer Gerichtsbarkeit über gegnerische Individuen zusammenschließen, wie dies besonders nach dem zweiten Weltkrieg geschah.

Aus dieser Trennung überstaatlicher Verhaltensnormen einerseits und staatlicher Jurisdiktion nach staatlichen Strafsanktionsnormen andererseits folgt nahezu zwangsläufig eine Aufspaltung des anzuwendenden Rechts: die Verhaltensnormen, einschließlich ihrer Modifikationen durch besondere Umstände und ihnen Rechnung tragende Regeln wie die des Repressalienrechts, gehören dem Völkerrecht an, sind durch Landesrecht allenfalls rezipiert; die spezifisch strafrechtlichen Rechtsfolgen, die Sanktionsregeln einschließlich aller spezifisch strafrechtlichen Fragen hingegen gehören der nationalen Rechtsordnung an, da sie ihrerseits wieder bedingt sind durch das nationale Strafsystem, die nationalen Strafvollzugseinrichtungen und ihre Abstufungen, sind allenfalls, ganz besonders im Verfahrensrecht, durch völkerrechtliche Regeln gebunden. Aber vorläufig hat das Völkerrecht selbst noch keine

detaillierten und unmittelbar anwendbaren Individualstrafsanktionen, sondern nur allgemeine Ermächtigungen entwickelt.

Andererseits gebietet das Völkerrecht die angemessene Berücksichtigung eines die Handlungsfreiheit des Täters einschränkenden nationalen Rechts und aller außerhalb seiner Entscheidung liegenden Umstände: Hat z. B. dessen Regierung aus welchen Gründen auch immer den uneingeschränkten U-Boot- oder Luftkrieg beschlossen und entsprechende Anordnungen getroffen, so kann weder der einzelne Bordkanonier, noch auch der einzelne U-Boot- oder Geschwaderkommandant dafür strafrechtlich, etwa wegen Mordes, belangt werden, mag er auch an der Rechtmäßigkeit der Maßnahme gezweifelt haben. Bei der häufigen Unsicherheit der konkreten Völkerrechtssituationen und der für sie möglicherweise erheblichen Umstände können die ausführenden Streitkräfte sich über solche, meist im Bereich der hohen Politik liegenden Entscheidungen (man denke an den Überfall auf Pearl Harbour oder die Atombombenabwürfe auf Hiroshima und Nagasaki) kein Urteil bilden, mag auch mit der Höhe der Stellung die Pflicht zu Kritik und äußerstenfalls zur Demission wachsen. Bei dem zunehmend komplizierten und vielfältig in Einzelfunktionen aufgeteilten Aktionsapparat des modernen Krieges, wo der Einzelne weder die Grundlagen der Entschlüsse der Gesamtkriegführung noch die Auswirkungen seiner technischen Verrichtungen überblickt, muß in entsprechend enger Auslegung des Begriffs der »Handlung« und weiter Berücksichtigung des grundsätzlichen Kollektivstrafverbots der erforderliche Ausgleich gefunden werden. Über die Berücksichtigung »bindenden Befehls« enthalten die Abkommen von 1949, im Gegensatz zu den Entwürfen des Internationalen Rotkreuzkomitees<sup>38)</sup> nichts. Diese Frage liegt auch an sich außerhalb der Genfer Abkommen. Dem ausführenden unteren Organ die Nachprüfung der auf höherer Ebene getroffenen Entscheidungen zuweisen und gar strafrechtlich zumuten ist gleichbedeutend mit Auflösung der staatlichen Ordnung, auf deren Erhaltung auch die völkerrechtliche angewiesen ist. Ganz verschieden davon ist die Frage, ob das Individuum sich bei Verstößen gegen Kriegsvölkerrecht auf das Fehlen staatlicher Verbote oder Strafdrohungen soll verlassen können. Dies wird durch Art. 99 Abs. 1 des Kriegsgefangenenabkommens von 1949 verneint.

Eine Aburteilung von Personen, die als Organe eines fremden Staates kraft ihrer Entscheidungsbefugnis kriegsrechtswidrige Maßnahmen angeordnet oder getroffen haben, berührt die Frage der Immunität ausländischer

---

<sup>38)</sup> Remarques et propositions du CICR, Genève, Février 1949, p. 19, 22; vgl. P i c t e t, Commentaire, Vol. I, 1952, p. 409 f.

4 Z. ausl. öff. R. u. VR., Bd. 15

Hoheitsakte<sup>38a)</sup>. Ob von dieser Immunität Völkerrechts- oder Kriegsrechtsverstöße allgemein oder nur unter besonderen Voraussetzungen ausgenommen sind und wie weit der Begriff des Hoheitsaktes bei Kriegshandlungen reicht, ist nach wie vor streitig. Sicher aber ist, daß die Vertragsstaaten der Genfer Abkommen von 1949 in Bezug auf die in Art. 50/51/130/147 umschriebenen »schweren Verstöße« auf jenen Immunitätseinwand verzichtet haben: In dem jeweils vorhergehenden Artikel ist die Anordnung eines »schweren Verstoßes« seiner Ausführung gleichgestellt und wie diese der universalen Strafverfolgung durch die Vertragsstaaten unterstellt, ohne irgend einen Vorbehalt im Sinne der Immunität von Staatsakten. Gerade hierin liegt vielleicht der großartigste gegenseitige Vertrauensbeweis der Vertragsstaaten der neuen Genfer Abkommen in der solidarischen Bekämpfung der schwersten Verstöße gegen die Gebote der Menschlichkeit, gleichviel von wem sie verübt wurden. Schwieriger ist die Frage, ob und inwieweit sich dieser Verzicht auch auf die Unterlassung kriegsrechtlich gebotener Hoheitsakte und Amtshandlungen erstreckt, und diese Frage steht neben der nach Begehung durch Unterlassung, die unten noch zu berühren sein wird. Jedenfalls hat mit den genannten Abkommensbestimmungen der Immunitätsgrundsatz einen nicht zu unterschätzenden Einbruch im Interesse universaler Prinzipien erlitten, und die Weiterentwicklung auf diesem Wege wird wesentlich davon abhängen, ob die Strafrechtspflegeorgane von den ihnen damit eingeräumten hohen Befugnissen angemessenen, international verantwortungsbewußten Gebrauch zu machen verstehen.

*Strafrechtliche Sicherung völkerrechtlicher Regeln und völkerrechtliche Koordination auf dem Gebiet des Strafrechts*

Der Gedanke, die Einhaltung von Völkerrechtsnormen durch nationale Strafdrohungen gegenüber dem normwidrig handelnden Individuum zu sichern, steht in mancherlei Beziehung zu der umgekehrten Erscheinung: der staatsvertraglichen, also völkerrechtlichen Koordination der Bestrafung von Delikten, die als gegen gemeinsame Interessen der Vertragsstaaten gerichtet angesehen werden und deren Verfolgung von der Reichweite der Strafbefugnis und von der Initiative eines einzelnen Staates unabhängig gemacht werden soll.

Es ist nicht ohne Interesse, die Erscheinungen des strafrechtlichen Völkerrechtsschutzes einerseits und der völkerrechtlichen Strafrechts- und Strafverfolgungskoordination andererseits miteinander in systematische und historische Beziehung zu setzen. Unter anderem wird darin das Zusammenspiel

<sup>38a)</sup> Vgl. dazu z. B. J e s c h e c k, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, 1952, S. 164 ff.

innerstaatlicher und völkerrechtlicher Normenentstehung sichtbar. Sieht man einmal vom Strafrecht ab, so wird dieses Zusammenspiel vielleicht am deutlichsten bei den zunächst, seit Ende des 18. Jahrhunderts in den verschiedensten Abwandlungen und Abgrenzungen verfassungsrechtlich garantierten Menschenrechten<sup>39)</sup>, um deren völkerrechtliche Gewährleistung gegenwärtig von verschiedenen Organisationszentren her Bemühungen im Gange sind. Von der völkerrechtlichen Gewährleistung her werden wieder Rückwirkungen auf innerstaatliches Verfassungs-, Straf-, Verwaltungs- usw. -recht erkennbar.

Eine parallele Entwicklung zeigt sich im Strafrecht: Eine Anzahl zunächst nur innerstaatlich (von manchen Staaten auch noch gar nicht) unter Strafe gestellter Deliktstypen wurden im Lauf des 19. Jahrhunderts als den gemeinsamen Interessen und humanitären Grundanschauungen der allmählich, vom europäischen Zentrum aus räumlich, von kommerziellen auf andere Sachgebiete sich gegenständlich erweiternden Gemeinschaften der sich solidarisch fühlenden Kulturstaaten widerstreitend erkannt mit dem Ergebnis zwischenstaatlicher Vereinbarungen über die Koordination der Strafgesetzgebung und -verfolgung auf den betreffenden Gebieten (Seeraub, Rauschgift-, Sklaven-, Mädchen-, Kinderhandel, Verbreitung obszöner Publikationen, Beschädigung von Unterseekabeln, Falschmünzerei). Auch die zu koordinierter Bekämpfung dieser Delikte geschlossenen Abkommen bezwecken zum wesentlichen Teil den Schutz humanitärer Interessen, doch ist bei ihnen die staatliche Strafgesetzgebung grundsätzlich das Primäre, die völkerrechtliche Koordination das Sekundäre. Vor allem kann dabei von einer unmittelbaren Bindung des Individuums durch Völkerrechtsregeln oder von Verstößen des Individuums gegen solche nicht die Rede sein; lediglich die Staaten sind es, die sich zu koordinierter Verbrechensbekämpfung verabreden und verpflichten.

Bei den Genfer Abkommen von 1949 hingegen ist die auch das Individuum bindende völkerrechtliche Verhaltensregelung das Primäre. Diese Verhaltensregelung findet ihre Sanktionierung teils unmittelbar im Völkerrecht (Verlust der Schutzstellung unter bestimmten Voraussetzungen), andererseits im innerstaatlichen Strafrecht, das hier also sekundären oder Hilfscharakter hat und gewissermaßen im Rahmen eines vom Völkerrecht erteilten Auftrags ergeht und nach Inhalt, Sinn und Struktur von der völkerrechtlichen Verhaltensregelung abhängt. Dabei läßt sich eine Gewichtsverlagerung von der unmittelbar völkerrechtlichen zur strafrechtlichen Sanktion feststellen, die auch insofern an Bedeutung zunimmt.

<sup>39)</sup> Texte bei Aulard-Mirkine-Guetzévitch: Les Déclarations des droits de l'homme... Paris (Payot) 1929. Vgl. Mosler, Die Sicherung der Menschenrechte durch die internationale Rechtsordnung, 2. Beiheft zur Herder-Korrespondenz, besprochen unten S. 297 f.

Hieraus ergibt sich ein weiterer wesentlicher Unterschied: der rechtstechnische Zweck der Strafrechtsabkommen ist vor allem die Festlegung der Kompetenzen (und Pflichten) der Vertragsstaaten zur Strafgesetzgebung in Bezug auf bestimmte Delikte, zur Anwendung ihrer Strafgesetze und zur Strafverfolgung, grundsätzlich unabhängig von besonderen den betreffenden Staat zur Betätigung seiner Strafgewalt legitimierenden Voraussetzungen, also die staatsvertragliche internationalstrafrechtliche Unterstellung bestimmter Deliktstypen unter das sogenannte »Weltrechtsprinzip«. Diese kompetenzrechtliche Rechtsfolge ist an die in den Abkommen umschriebenen Straftatbestände unmittelbar geknüpft, ohne daß die Einzeltat in ihren Wirkungen, Merkmalen und Begleitumständen über den Bereich eines Vertragsstaates hinauszuwirken brauchte. Insofern bietet die den Legislativen der Vertragsstaaten obliegende vertragsgemäße Tatbestandsumgrenzung keine Besonderheiten.

Anders bei den Straftatbeständen, die in Ausführung der Genfer Abkommen von 1949 zu umschreiben sind: Der durch die Abkommen an die Vertragsstaaten ergehende Auftrag geht dahin, bestimmte **A b k o m m e n s v e r s t ö ß e** unter Strafe zu stellen. Hier muß als Tatbestand ein über den Eigenbereich eines Staates hinauswirkendes und dadurch völkerrechtlich relevant werdendes und als »Abkommensverletzung« in Betracht kommendes Verhalten von Staatsorganen oder Individuen vorliegen, das dann seinerseits zum Gegenstand strafrechtlicher Sanktionierung und schließlich internationalstrafrechtlicher Kompetenzregelung gemacht wird. Hier ist der Punkt, wo das Völkerrecht für die strafrechtliche Beurteilung des Individualverhaltens erheblich wird und dadurch der normative Bezug zwischen Völkerrecht und Individualverhalten unausweichlich entsteht. Erst wenn in dieser Hinsicht, also in der Frage der Völkerrechtsverletzung, ein positiver Befund vorliegt, kann die an diese Bedingung geknüpfte internationale Kompetenzregelung Platz greifen. Ob eine solche internationale Kompetenzregelung in Bezug auf strafrechtliche Sicherung von Kriegsrechtsabkommen vorliegt, ist Tatfrage. Sie tritt als staatsvertragliche in den Genfer Abkommen von 1949 erstmals in Erscheinung.

Neben den beiden Kategorien: den international koordiniert bekämpften Weltrechtsdelikten und den nationalgesetzlich unter Strafe zu stellenden Verstößen gegen humanitäre Kriegsrechtsabkommen wurde als neuer Begriff der des »Verbrechens gegen die Menschlichkeit«<sup>40)</sup> besatzungsrechtlich wie auch auf zwischenstaatlicher Ebene entwickelt. Es kann hier nur gesagt werden, daß diese neue Kategorie sich in weitem Umfang, ja typischerweise deckt mit

<sup>40)</sup> Über die Entwicklung dieses Begriffes insbesondere seit dem zweiten Weltkrieg vgl. z. B. Mittermaier in Schweizerische Juristen-Zeitung 1949, S. 213 ff.

den sogenannten »schweren Verstößen« gegen die Genfer Abkommen von 1949, sie aber weder alle umfaßt noch von ihnen restlos gedeckt wird noch auch bisher allgemeingültig unter den Weltrechtsgrundsatz gestellt werden konnte.

*Die Entwicklung der Strafsanktionierungspflicht in den Genfer Abkommen seit 1864*

Die Vorläufer der Genfer Rot-Kreuz-Abkommen von 1949 sind erst schrittweise dazu übergegangen, die Sicherung der Einhaltung ihrer Regeln durch Strafgesetzgebung den Vertragsstaaten zur Pflicht zu machen. Das älteste Genfer Abkommen von 1864<sup>41)</sup> enthielt keine besondere Strafsanktionierungspflicht, sondern lediglich die allgemeine Bestimmung:

Art. 8. «Les détails d'exécution de la présente Convention seront réglés par les Commandants en chef des armées belligérantes, d'après les instructions de leurs Gouvernements respectifs et conformément aux principes généraux énoncés dans cette Convention.»

Das Verwundetenabkommen von 1906<sup>42)</sup> enthielt folgende durchaus unzulängliche Bestimmung:

Art. 28. «Les Gouvernements signataires s'engagent également à prendre ou à proposer à leurs législatures, en cas d'insuffisance de leurs lois pénales militaires<sup>43)</sup>, les mesures nécessaires pour réprimer, en temps de guerre, les actes individuels de pillage et de mauvais traitements envers des blessés et malades des armées, ainsi que pour punir, comme usurpation d'insignes militaires, l'usage abusif du drapeau et du brassard de la Croix-Rouge par des militaires ou des particuliers non protégés par la présente Convention.

Ils se communiqueront, par l'intermédiaire du Conseil fédéral suisse, les dispositions relatives à cette répression, au plus tard dans les cinq ans de la ratification de la présente Convention.»

Das Verwundetenabkommen von 1929<sup>44)</sup> brachte die allgemeine Formulierung:

Art. 29. «Les Gouvernements des Hautes Parties Contractantes prendront ou proposeront également à leurs législatures, en cas d'insuffisance de leurs lois

<sup>41)</sup> Convention pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne du 22 août 1864 (französischer, deutscher, englischer und holländischer Text bei Deltenre-Bosch, Recueil Général des Lois et Coutumes de la Guerre d'après les Actes élaborés par les Conférences Internationales depuis 1856, Bruxelles 1943, p. 30-39; französisch in Actes de la Conférence Diplomatique, Réunion à Genève du 1<sup>er</sup> au 27 juillet 1929, p. 3).

<sup>42)</sup> Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne du 6 juillet 1906 (Deltenre-Bosch, p. 160-185; Actes 1929, p. 4-9).

<sup>43)</sup> Hier war offenbar nur an »Militärpersonen« als Normadressaten gedacht.

<sup>44)</sup> Convention pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées

pénales, les mesures nécessaires pour réprimer, en temps de guerre, tout acte contraire aux dispositions de la présente Convention.

Ils se communiqueront par l'intermédiaire du Conseil fédéral suisse, les dispositions relatives à cette répression, au plus tard dans les cinq ans à dater de la ratification de la présente Convention.»

Das Kriegsgefangenenabkommen von 1929<sup>45)</sup> hingegen enthält keine Bestimmung über Strafgesetzgebung gegen Abkommensverletzungen, ebenso wenig die Haager Abkommen von 1899 bzw. 1907 betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs, die je ein Kapitel über die Behandlung Kriegsgefangener und andere dem humanitären Kriegsrecht zuzurechnende Bestimmungen enthalten.

Der Vorentwurf des Rot-Kreuz-Komitees, der die Grundlage der diplomatischen Verhandlungen von 1929 über ein Kriegsgefangenenabkommen war<sup>46)</sup>, hatte in Art. 96 eine ausdrückliche Bestimmung enthalten:

«Les Gouvernements contractants s'engagent à prendre ou à proposer à leurs législatures, en cas d'insuffisance des lois pénales militaires, les mesures nécessaires pour réprimer en temps de guerre, tous actes et en particulier les actes individuels contraires aux dispositions de la Convention.

Ils se communiqueront, par l'intermédiaire du Conseil fédéral suisse, les dispositions relatives à cette répression, au plus tard dans les cinq ans de la ratification de la présente Convention.»<sup>47)</sup>

Diese Bestimmung wurde von der 2. Kommission der Konferenz von 1929 ohne Diskussion angenommen<sup>48)</sup>, von den Unterausschüssen und dem Koordinationskomitee der 2. Kommission aber zu der unverbindlichen Formel abgeschwächt:

Art. 85. «Les Hautes Parties Contractantes se communiqueront par l'intermédiaire du Conseil fédéral suisse les traductions officielles de la présente Convention ainsi que les lois et règlements qu'elles pourront être amenées à adopter pour assurer l'application de la présente Convention.»

und in dieser Form, ohne besondere Erwähnung im Schlußbericht vor dem Plenum<sup>49)</sup>, in die Konvention aufgenommen.

Die vier Genfer Abkommen von 1949 haben in ihren im wesentlichen gleichartigen Schlußbestimmungen die Verpflichtungen der Vertragsstaaten

en campagne du 27 juillet 1929 (Deltendre-Bosch, p. 460-489; Actes 1929, p. 655-680).

<sup>45)</sup> Convention relative au traitement des prisonniers de guerre du 27 juillet 1929 (Deltendre-Bosch, p. 490-557; Actes 1929, p. 681-740).

<sup>46)</sup> Actes 1929, p. 443.

<sup>47)</sup> Actes 1929, p. 33.

<sup>48)</sup> Actes 1929, p. 554.

<sup>49)</sup> Actes 1929, p. 637; die entsprechende Bestimmung Art. 29 des Verwundetenabkommens war hingegen im Schlußbericht eingehend erläutert worden (Actes 1929, p. 624 f.).

zum Erlaß von Strafbestimmungen gegen »schwere Abkommensverstöße« eingehend umschrieben. Allen vier Abkommen gemeinsam ist die Bestimmung<sup>50)</sup>:

«Les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention définies à l'article suivant.

Chaque Partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Elle pourra aussi, si elle le préfère et selon les conditions prévues par sa propre législation, les remettre pour jugement à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite, pour autant que cette Partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes.

Chaque Partie contractante prendra les mesures nécessaires pour faire cesser les actes contraires aux dispositions de la présente Convention, autres que les infractions graves définies à l'article suivant.

En toutes circonstances, les inculpés bénéficieront de garanties de procédure et de libre défense qui ne seront pas inférieures à celles prévues par les articles 105 et suivants de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949.»

Den verschiedenen Gegenständen der vier Abkommen von 1949 angepaßt sind die Umschreibungen der »schweren Verstöße« im jeweils folgenden Artikel, wörtlich übereinstimmend Art. 50 des I. und Art. 51 des II. Abkommens:

«Les infractions graves visées à l'article précédent sont celles qui comportent l'un ou l'autre des actes suivants, s'ils sont commis contre des personnes ou des biens protégés par la Convention: l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, *la destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire.*»

Die hier kursiv gesetzten Worte sind in dem bis «ou à la santé» gleichlautenden Art. 130 des Kriegsgefangenenabkommens (III.) von 1949 ersetzt durch:

«... le fait de contraindre un prisonnier de guerre à servir dans les forces armées de la Puissance ennemie, ou celui de le priver de son droit d'être jugé régulièrement et impartialement selon les prescriptions de la présente Convention.»

<sup>50)</sup> Art. 49/50/129/146 der vier Abkommen von 1949.

im IV. Abkommen (zum Schutze der Zivilpersonen im Kriege), Art. 147 durch:

«... la déportation ou le transfert illégaux, la détention illégale, le fait de contraindre une personne protégée à servir dans les forces armées de la Puissance ennemie, ou celui de la priver de son droit d'être jugée régulièrement et impartialement selon les prescriptions de la présente Convention, la prise d'otages, la destruction et l'appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire.»

Die sowjetrussische Delegation hatte diese »schweren Verstöße« in den Abkommenstexten als »Verbrechen« bezeichnen wollen<sup>51)</sup>, wovon jedoch Abstand genommen wurde, um der nationalen Strafrechtsterminologie und -klassifikation nicht vorzugreifen<sup>52)</sup>. Dies ändert aber nichts daran, daß die »schweren Verstöße« bereits durch die Abkommen, nicht erst durch Transformation in Landesrecht kriminalisiert sind im Sinne des Art. 99 Abs. 1 des Kriegsgefangenenabkommens von 1949 mit der oben erörterten Folge, daß der Kriegsgegner völkerrechtlich ohne weiteres zu ihrer Bestrafung berechtigt ist.

*Gesetzestechische Methoden der strafrechtlichen Sicherung der Genfer Abkommen von 1949*

Versucht man nun zu klären, welches der Inhalt der mit diesen Bestimmungen übernommenen Vertragspflichten ist und auf welche Weise die Vertragsstaaten sich ihrer entledigen können, so ist verhältnismäßig unproblematisch die Wiedergabe der in den Abkommen selbst als »schwere Verstöße« gekennzeichneten Tatbestände. Geht man davon aus, daß deren Aufzählung keineswegs begrenzend sein soll etwa für die Befugnis der Vertragsstaaten, fremde Staats- oder Streitmachtangehörige wegen Abkommensverletzung strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen, noch auch unbedingt den Umfang der aus allgemeinen Völkerrechtsgrundsätzen sich ergebenden Strafgesetzgebungs- und sonstigen Vorkehrungspflicht erschöpft, so bieten sich gesetzgebungstechnisch folgende Möglichkeiten:

1. *Enumeration*, also ausdrückliche direkte Umschreibung der im einzelnen unter Strafe zu stellenden Tatbestände, die mindestens sämtliche »schweren Verstöße« im Sinne der Art. 50/51/130/147 der vier Abkommen von 1949, möglicherweise auch weitere konkret umschriebene Abkommensverstöße umfassen. Der Vertragsstaat würde damit seiner formalen Straf-

<sup>51)</sup> Actes 1949, II A, p. 310, 379 f.; II B, p. 351 ff.

<sup>52)</sup> Der Delegierte der USA erklärte: «Cette Convention n'est manifestement pas un code pénal, et le terme 'crimes' pour exprimer des violations de la Convention est sans aucun doute impropre, puisque ces violations ne constitueront un crime que si la législation pénale d'un Etat en décide ainsi». (Actes II B, p. 352).

gesetzgebungspflicht aus den Abkommen genügen, doch ist zu bedenken, daß die Formalpflicht auf die aufgezählten »schweren Verstöße«, deren krimineller Charakter außer Zweifel steht, lediglich deshalb beschränkt wurde, um die allseitige Annahme der Abkommen gerade auch hinsichtlich der Strafsanktionierungspflicht sicherzustellen. Ob und inwieweit im einzelnen darüber hinausgehende Strafbestimmungen zur wirksamen Sicherung der Abkommen unerlässlich und insofern auch völkerrechtlich geboten sind, soll hier nicht näher untersucht werden und hängt nicht zuletzt auch von den Verhältnissen innerhalb der einzelnen Staaten ab. Gesetzgebungstechnisch könnte dies auch durch die eine oder andere Form der generellen Verweisung<sup>53)</sup> oder generellen Delegation (siehe unten) geschehen, also in kombinierter Methode. Die Enumerationsmethode findet sich z. B. angewandt in Art. 125 ff. des jugoslawischen Strafgesetzbuchs vom 2. März 1951<sup>54)</sup>.

2. **Generelle Verweisung auf den Inhalt der Abkommen** mit entsprechend weitem Strafrahmen für im einzelnen nicht näher bezeichnete Abkommensverstöße. So will die in Art. 109 des schweizerischen Militärstrafgesetzes vom 21. 12. 1950<sup>55)</sup> enthaltene Generalverweisung »so viel als möglich der Interpretation des geltenden Rechtes für die Berücksichtigung der Forderungen der Abkommen« überlassen<sup>56)</sup>. Ob und wie sich eine solche in erster Linie auf inländische Täter<sup>56a)</sup> abgestellte Regelung bewährt, bleibt

<sup>53)</sup> Diese Methode empfiehlt Pilloud bei Pictet, Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire Vol. I, p. 413.

<sup>54)</sup> Nr. 134 Sluzbeni List FNRJ VII/13 vom 9. 3. 1951; deutsche Übersetzung in dieser Zeitschrift Bd. 14, S. 336 f.

<sup>55)</sup> Sammlung der eidgenöss. Gesetze 1951, S. 444. Art. 109 lautet: »Wer den Vorschriften internationaler Abkommen über Kriegführung und zum Schutze von Kriegsopfern zuwiderhandelt, wird wegen Dienstverletzung im Sinne des Artikels 72 bestraft, sofern nicht schärfere Strafbestimmungen dieses Gesetzes zur Anwendung gelangen.«

Art. 72 lautet:

»1. Wer ein Reglement oder eine andere allgemeine Dienstvorschrift nicht befolgt, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft.

In leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung.

2. In Kriegszeiten kann auf Zuchthaus oder Gefängnis erkannt werden.«

Die Generalverweisung des Art. 109 wird ergänzt durch einige spezielle Strafbestimmungen mit selbständig umschriebenen Tatbeständen in Art. 110–114 gegen Mißbrauch des Zeichens oder Schutzes des Roten Kreuzes, Feindseligkeiten gegen Personen oder Materialien, die unter dem Schutz des Roten Kreuzes stehen, Verstümmelung eines toten Feindes usw. (die andern Bestimmungen betreffen allgemeines Kriegsvölkerrecht der Haager Landkriegsordnung).

<sup>56)</sup> Nachtragsbotschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Teilrevision des Militärstrafgesetzes und der Militärstraferichtsordnung (Anpassung an die Genfer Abkommen vom 12. August 1949) vom 19. 6. 1950, V. (Bundesblatt 102 II 1950, S. 271; französische Fassung im Schweizerischen Jahrbuch für internationales Recht Bd. VIII, 1951, S. 195 ff.).

<sup>56a)</sup> Auf Zivilpersonen findet das schweizerische Militärstrafgesetzbuch nur in den dort umschriebenen Ausnahmefällen Anwendung.

abzuwarten. Soweit sie auf Ausländer gerade in Bezug auf andere als die in den Abkommen umschriebenen »schweren Verstöße« angewandt werden soll, wird sie vielleicht dem Einwand begegnen, nicht in Einklang zu stehen mit dem Erfordernis hinreichender Bestimmtheit und Klarheit des unter Strafe gestellten Tatbestandes, welches Erfordernis als ein den modernen Kulturstaaten gemeinsames strafrechtliches Grundprinzip angesehen werden könne, das in dem Satze *nullum crimen – nulla poena sine lege* enthalten sei. Als *lex* in diesem Sinne könne nur verstanden werden eine für alle betroffenen Kreise ohne weiteres verständliche, auf dem verfassungsmäßig für Gesetzesverkündungen bestimmten Wege bekanntgemachte, hinreichend konkretisierte Verhaltens-, Verbots- und Strafnorm. Ob und inwieweit dieses strafrechtliche Prinzip auch völkerrechtlichen Charakter hat, etwa als Begrenzung einer vom Völkerrecht erteilten Ermächtigung zur strafrechtlichen Aburteilung von Ausländern wegen Kriegsrechtsverletzungen, ist in unserem Zusammenhang nicht zuletzt eine Frage der Auslegung des Art. 99 Abs. 1 des Kriegsgefangenenabkommens von 1949, der die materiellrechtlichen Voraussetzungen solcher Strafbefugnis behandelt. Solche Begrenzungen völkerrechtlich zugewiesener Aburteilungsbefugnis lassen sich auch in anderen Richtungen leicht aufzeigen als im Begriff der Strafgerichtsbarkeit liegend, wie er sich in den letzten Jahrhunderten in der abendländischen Kulturwelt in gemeinsamen Grundelementen, wie denen der objektiven Wahrheitsermittlung, des richterlichen Gehörs, der ungehinderten Verteidigung herausgebildet hat und mit diesem Inhalt vom Völkerrecht verwendet wird. Wir stoßen im Völkerrecht auf Schritt und Tritt auf von ihm vorausgesetzte, aber nicht normativ festgelegte Begriffe, an die es Rechtsfolgen anknüpft oder die es zur Bezeichnung von Rechtsfolgen verwendet, so daß die Auslegung der an sich völkerrechtsfremden Begriffe Sinn und Reichweite der sie verwendenden Völkerrechtsnormen abgrenzt. Ob aber ein so spezielles Postulat wie *nulla poena – nullum crimen sine lege* im Begriff der »Bestrafung«, »strafrechtlichen Aburteilung«, *poursuivre* oder *condamner* usw. ohne weiteres enthalten ist, scheint gerade durch Art. 99 Abs. 1 des Kriegsgefangenenabkommens von 1949 eher verneint als bejaht zu werden<sup>57)</sup>.

Nach dem oben Gesagten läßt sich diese Bestimmung an einer Kriminalisierung einer Verhaltensweise durch das Völkerrecht als Voraussetzung der Strafbefugnis der Gewahrsamsmacht genügen. Dies wird aber, besonders in Anbetracht der etwas hastigen Entstehung jener Klausel, als auf Akte beschränkt zu verstehen sein, an deren Völkerrechtswidrigkeit kein Zweifel bestehen kann, d. h. der vom Völkerrecht kriminalisierte Tatbestand muß klar umrissen und die Kriminalisierung muß eindeutig sein, was mehr bedeu-

<sup>57)</sup> Vgl. oben S. 46 f.

tet als völkerrechtliche Unzulässigkeit. Gerade die sehr detaillierten neuen Genfer Abkommen enthalten zahlreiche Bestimmungen mehr formaler und technischer Art, deren Verletzung nicht ohne weiteres als kriminell gewertet werden kann. Das in Art. 99 Abs. 1 aufgestellte Erfordernis *expressément réprimé* (nicht nur *interdit*) muß in dieser Hinsicht eng ausgelegt werden, was natürlich schwierige Abgrenzungsfragen aufgeben kann. Bemerkenswert ist jedenfalls, daß die Generalklausel des schweizerischen Militärstrafgesetzes eine solche spezielle Abgrenzung nicht enthält, sondern jede »Zu widerhandlung« gegen Kriegsrechtsabkommen einbezieht. Nun kann ein nationales Strafrecht auch Tatbestände, insbesondere Abkommensverstöße, seinerseits unter Strafdrohung stellen, die vom Völkerrecht nicht kriminalisiert (*expressément réprimé*) sind, und dadurch die erste Alternative des Art. 99 Abs. 1 des Kriegsgefangenenabkommens von 1949 erfüllen. Die Frage ist aber, ob dies in einer so weit und allgemein gefaßten Formulierung geschehen kann, ob also eine nationalstrafrechtliche Generalklausel dieser Art den Erfordernissen des Art. 99 Abs. 1 insoweit genügt, als die Tat nicht bereits durch das Völkerrecht als strafwürdig gekennzeichnet ist. Das Problem liegt in der Umschreibung nicht nur der Tatbestände selbst, sondern auch der Begehungsformen, was unten noch zu behandeln sein wird. Hier dürfte doch der Gesichtspunkt Platz greifen, daß eine staatliche Strafverhängung ohne zugrundeliegende feste und generelle, den (im Völkerrecht nicht kriminalisierten) Tatbestand klar umschreibende Normen dem Rechtsbewußtsein, dem Gewaltenteilungs- und anderen Rechtsgrundprinzipien derart widerstreitet, daß ohne zwingende Gründe nicht angenommen werden kann, das Völkerrecht erteile *implicite* außerhalb dieser Prinzipien liegende Strafbefugnisse in Bezug auf nicht bereits völkerrechtlich für strafwürdig erklärte Abkommensverstöße. Gerade die Verwendung fast unbegrenzt dehnbarer Generalklauseln und die Verwischung der Grenze zwischen Strafrechtsprechung und sichernder Exekutionsmaßnahme »des sozialen Schutzes« ist es, die Verurteilungen deutscher Kriegsgefangener durch sowjetrussische und andere Gerichte zu jahrzehntelanger Zwangsarbeit zur Folge hatte, denen die gesamte Kulturwelt verständnis- und fassungslos gegenübersteht<sup>57a</sup>).

Diese Gesichtspunkte gelten weniger für den Strafrahmen, dessen denkbare Breite für das Ausmaß hier in Betracht kommender verbrecherischer Möglichkeiten vergleichsweise dürftig ist, als für die Tatbestandsumschreibung. Hier würde sich doch wohl eine wenn auch nicht gerade restlos enume-

<sup>57a</sup>) Es geht jedenfalls nicht an, daß auf dem Umweg über eine allgemein auf völkerrechtliche Unzulässigkeit verweisende landesrechtliche Generalklausel das auf »par le droit international« bezogene »*expressément réprimé*« des Art. 99 Abs. 1 des Kriegsgefangenenabkommens von 1949 doch wieder durch ein bloßes »*interdit*« ersetzt wird, ohne daß das Landesstrafrecht selbst den Tatbestand konkret umreißt und unter Strafe stellt.

rative, so doch etwas genauere Abgrenzung dessen empfehlen, was aus dem Bereich der Abkommensverstöße als kriminell zu werten ist. Denn es gibt nicht nur zahlreiche Sollvorschriften oder Bestimmungen von untergeordneter, mehr technischer Bedeutung in den Abkommen, deren Nichteinhaltung nicht ohne weiteres als strafwürdig angesehen und auch nicht als Vorwand für drastische Bestrafung verwendet werden darf, sondern es gibt auch Begehungsformen, z. B. die der pflichtwidrigen oder in unrichtiger Abwägung kollidierender Pflichten geschehenen Unterlassung, die kriminell zu bestrafen vielfach die völkerrechtliche Strafbefugnis überschreiten würde. Außerdem fehlt in der schweizerischen Bestimmung jede Bezugnahme auf das allgemeine Völkerrecht, das möglicherweise Rechtfertigungsgründe ergeben kann, deren Transformation in schweizerisches, für Schweizer Gerichte verbindliches Recht nicht ohne weiteres unterstellt werden kann. Demgegenüber enthalten die jugoslawischen Strafbestimmungen durch die jedem Artikel vorangestellte Eingangsformel

»Wer in Verletzung völkerrechtlicher Bestimmungen . . .«

eine Bezugnahme nicht nur auf die zu sichernden Genfer Abkommen, einschließlich ihrer allgemeinen Bestimmungen über Anwendungsbereich usw., sondern gerade auch auf allgemeines Völkerrecht, also insofern eine spezielle *ad hoc*-Transformation, die sich zwar nicht auf die Tatbestandsumschreibungen, wohl aber auf die Frage der Rechtswidrigkeit auswirkt. Dabei wird die Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit als eine einheitliche vorausgesetzt, was bedeutet, daß die strafrechtliche (innerstaatliche) Rechtswidrigkeit abhängig ist von der völkerrechtlichen, durch einen völkerrechtlichen Rechtfertigungsgrund also ausgeschlossen wird. Schon in jener Formulierung läßt also der jugoslawische Gesetzgeber erkennen, daß er das einschlägige Völkerrecht als für die Bewertung des Individualverhaltens erheblich, d. h. als auch an die Adresse des Individuums und des sein Verhalten beurteilenden Gerichts gerichtet betrachtet.

Dadurch wird der jugoslawische Richter gezwungen, eine Tat zunächst unter dem Gesichtswinkel des Völkerrechts, in- und außerhalb der Genfer Abkommen, zu würdigen und dann erst die etwa nach jugoslawischem Recht in Betracht kommenden Rechtfertigungs-, Schuld- und Strafausschließungsgründe in Betracht zu ziehen. Dadurch wird jedenfalls die Strafbarkeit einer durch Völkerrechtsgrundsätze gerechtfertigten Tat ausgeschlossen, möglicherweise sogar die eines Täters, der das Vorliegen völkerrechtlicher Rechtfertigungsgründe gutgläubig aber irrtümlich angenommen hatte (Art. 9, 10 des jugoslawischen StGB).

Die generelle Verweisung auf das Völkerrecht kann aber den nationalen Richter auch in die Lage bringen – und der Gesetzgeber wird dem Rechnung

zu tragen haben –, feststellen zu müssen, daß Kriegsmaßnahmen seines eigenen Staates (genauer: Angehöriger der Streitkräfte seines eigenen Staates), die gegnerische Streitmacht zu Repressalien berechtigte, die sich als Rechtfertigungsgrund für eine zur Aburteilung stehende Abkommensverletzung durch Angehörige der feindlichen Streitmacht darstellen, was z. B. bei Zerstörung von Sachwerten in Betracht kommt, die von Art. 50 des Verwundenabkommens von 1949 unter bestimmten Voraussetzungen als *infractio grave* qualifiziert wird.

Der Richter wird zur Feststellung der tatsächlichen Voraussetzungen eines Repressalienrechts auf amtliche Auskünfte von Dienststellen der Streitmacht, des auswärtigen Dienstes oder anderer Exekutivorgane seines Staates angewiesen sein, wobei sich unter Umständen die Frage der Bindung des Richters an Auskünfte der Exekutive nach Maßgabe des Strafverfahrensrechts oder allgemeiner Rechtsgrundsätze seines Staates erhebt: also das Problem der justizfreien Hoheitsakte<sup>58)</sup>. Dieses Problem kann auch auftauchen bei Anwendung der in Art. 50 des Verwundenabkommens von 1949 verwendeten Begriffe

«non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire»,

soweit diese Begriffe unverändert in das nationale Strafrecht zum Schutze des Abkommens übernommen werden, was naheliegt, jedenfalls zulässig erscheint und z. B. in Art. 125 des jugoslawischen Strafgesetzbuchs tatsächlich geschehen ist.

Es ist hier nicht der Raum, dieses Problem als solches im Rahmen des strafrechtlichen Schutzes der Genfer Abkommen von 1949 erschöpfend zu behandeln. Doch wird die Entscheidung über solche Vorfragen zu denen gehören, die möglicherweise einer internationalen Gerichtsbarkeit zuzuweisen wären.

3. Eine dritte Möglichkeit ist die der *generellen Delegation*, wovon auch sonst im Strafrecht, besonders im Kriegs- und Besatzungsstrafrecht vielfach Gebrauch gemacht wird. Sie besteht darin, den Verstoß gegen bestimmte Vorschriften mit Strafe zu bedrohen, die von dem ermächtigten Staatsorgan in Ausführung der Genfer oder sonstiger Kriegsrechtsabkommen erlassen sind oder künftig erlassen werden.

Diese Methode findet sich z. B. in Kap. 27 § 11 des schwedischen Strafflag in der Fassung vom 30. Juni 1948<sup>59)</sup>, worin mit Strafe bedroht wird,

---

<sup>58)</sup> Vgl. z. B. Hans Schneider, *Gerichtsfreie Hoheitsakte* (1951) S. 54 ff., über die *certificates* des britischen Foreign Office.

<sup>59)</sup> SFR Nr. 448. Eine Neuregelung auf Grund der Genfer Abkommen von 1949 ist noch im Gange.

wer, während sich Schweden im Kriege befindet<sup>60</sup>), Kampfmittel benutzt, die der König verboten hat, oder mißbräuchlich Kennzeichen führt, die dem Schutze Verwundeter und Kranker vorbehalten sind, oder wer gegenüber der Bevölkerung besetzter Gebiete oder Kriegsgefangenen gegen die Vorschriften, die der König auf Grund völkerrechtlicher Abkommen erlassen hat, oder gegen allgemein anerkannte Völkerrechtsgrundsätze verstößt.

Diese Methode ermöglicht rasche Anpassung des Verbotsinhalts, auf den die Strafnorm verweist, an die jeweilige völkerrechtliche und sonstige Lage, macht aber andererseits die ausdrückliche innerstaatliche Normierung zur Voraussetzung der Strafbarkeit, mit der bemerkenswerten Ausnahme der »allgemein anerkannten Völkerrechtsgrundsätze«, die hier unmittelbar und in Bausch und Bogen durch Generalverweisung in Strafrecht transformiert werden. Daß diese letzteren nicht der innerstaatlichen Formulierung bedürfen sollen, obwohl ihr Inhalt oft bedeutend schwerer erkennbar ist als der staatsvertraglicher Abmachungen, nimmt zunächst wunder. Durch diese Generalverweisung sollte auch die Einhaltung nicht in Verträgen niedergelegter Kriege rechtsregeln strafrechtlich gesichert werden<sup>61</sup>). Da aber auf diese allgemein anerkannten Völkerrechtsgrundsätze in der »Martens'schen Klausel« der Präambel des von Schweden am 27. November 1909 ratifizierten IV. Haager Abkommens vom 18. Oktober 1907 verwiesen wird, wird es gerade auch Aufgabe des königlichen Verbots sein, die durch die Martens'sche Klausel zum Vertragsinhalt gemachten Völkerrechtsgrundsätze («tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique») zu konkretisieren und zu erläutern.

Nach Kap. 27 § 11 Abs. 3 des schwed. Strafflag vom 30. 6. 1948 soll dessen Anwendbarkeit auf Angehörige der feindlichen Streitmacht davon abhängig sein, daß die Tat gegen beiderseits geltende Abkommen oder gegen allgemein anerkannte Völkerrechtsgrundsätze verstößt, während eine Anwendbarkeit auf Zivilpersonen und auf Angehörige neutraler Staaten nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Die Sachverständigen führten bei ihrem Gesetzesvorschlag aus, daß für Angehörige der feindlichen Kriegsmacht die fraglichen Handlungen kein Völkerrechtsverstoß sind, sofern sie nicht ein beiderseits verbindliches Abkommen oder allgemein anerkannte Völkerrechtsgrundsätze verletzen, daß aber wohl nichts im Wege stehe, das schwedische Strafrecht, wie sonst so auch in dieser Hinsicht, gegenüber andern Ausländern anzuwen-

<sup>60</sup>) Der Fall der Neutralität Schwedens ist a. a. O. § 14 Abs. 3 analog geregelt.

<sup>61</sup>) Ähnlich die oben S. 46 f. erwähnte Formulierung des Berichts der II. Kommission an das Plenum der Diplomatischen Konferenz von 1949 (Actes II A, p. 557).

den<sup>62)</sup>. Das würde gegenüber Zivilpersonen oder Angehörigen neutraler Staaten einen Anwendungsbereich ergeben, der sich jedenfalls nicht deckt mit dem des *in concreto* verletzten Abkommens und insofern mit den Genfer Abkommen von 1949 nicht in Einklang stehen dürfte.

### *Die völkerrechtliche Strafkompetenz*

Wir haben gesehen, daß sowohl das allgemeine Völkerrecht als das partikuläre der Genfer Abkommen von 1949 den Staaten bestimmte Befugnisse, ja Pflichten, zur Aburteilung von Kriegsrechtsverstößen durch staatsfremde Einzelpersonen zuweist. Soweit es sich um eigene Untertanen handelt, liegt der Nachdruck auf den Pflichten; die Befugnisse sind insoweit grundsätzlich unbegrenzt. Soweit Angehörige fremder Staaten oder Streitkräfte abgeurteilt werden, erhebt sich die Frage nach den Grenzen der hierin den Staaten vom Völkerrecht eingeräumten Befugnisse, insbesondere unter folgenden beiden Gesichtspunkten:

1. Was ergibt sich für die völkerrechtliche Strafkompetenzzuweisung daraus, daß diese Strafkompetenz dazu bestimmt ist, die Einhaltung völkerrechtlicher, speziell kriegsrechtlicher, und zwar humanitärer Abkommen durch Individuen zu sichern?

2. Erfährt die internationale Strafkompetenz eines Staates (seiner Gerichte und seiner Strafnormen) auf diesem Sachgebiet eine Verengung oder Erweiterung durch den völkerrechtlichen Kriegszustand oder besondere kriegsrechtliche Gegebenheiten wie die Anwesenheit fremder Streitkräfte auf dem Staatsgebiet oder die *occupatio bellica*?

#### *a) Aus der besonderen Funktion der Sicherung humanitärer Abkommen*

Hierfür ist zu berücksichtigen einmal die positivrechtliche Kompetenzzuweisung durch Abs. 2 der Art. 49/50/129/146 der vier Genfer Abkommen von 1949, wodurch »schwere Verstöße« – für den Kreis der Vertragsstaaten – zu »Weltrechtsdelikten« erklärt werden, zum andern die Eigenart der zu verfolgenden Delikte als Völkerrechtsverletzungen, und zwar als Verstöße gegen humanitäre Kriegsrechtsabkommen.

Die humanitären Kriegsrechtsregeln, vor allem also die Genfer Abkommen, heben sich von dem übrigen Bereich des Kriegsvölkerrechts von Stufe zu Stufe (1864, 1906, 1929, 1949) deutlicher dadurch ab, daß sie das wehrlose und schutzbedürftige, am Kriegsgeschehen nicht oder nicht mehr aktiv beteiligte Individuum und das seiner physischen Rettung aus der Kriegsgefahr, vor allem seiner Bergung, Heilung und leiblichen und seelischen

<sup>62)</sup> Nytt Juridiskt Arkiv, Avd. II, 1949, S. 189.

Betreuung dienende Personal und Gut (Sanitätspersonal, -einrichtungen, -material, -transportmittel usw.) als Schutzobjekt in den Mittelpunkt stellen. Daraus ergibt sich zunächst für die strafrechtliche Qualifikation von Abkommensverstößen, daß wir es vorwiegend mit Erfolgsdelikten zum Nachteil der Schutzobjekte zu tun haben, wie schon in der Formulierung der Art. 50/51/130/147 der vier Genfer Abkommen von 1949 zum Ausdruck kommt, während Verletzungen sonstiger Kriegsrechtsregeln (unzulässige Kampfmittel usw.) sich strafrechtlich vorwiegend als »schlichte Tätigkeitsdelikte« darstellen. Die wichtigste Ausnahme bildet der Mißbrauch des Genfer Schutzzeichens, der sich im allgemeinen als schlichtes Tätigkeitsdelikt darstellt. Im übrigen, also im Bereich der Erfolgsdelikte, wird der Begehung durch pflichtwidrige Unterlassung besondere Aufmerksamkeit zu schenken sein.

Wir hatten Verstöße gegen die Genfer Abkommen strafrechtlich charakterisiert als Delikte, die in der Herbeiführung eines bestimmten, verpönten Erfolgs zum Nachteil persönlicher oder sachlicher Schutzobjekte bestehen; und zwar muß das Schutzobjekt einer anderen politischen Machtsphäre<sup>63)</sup> angehören als der Täter, damit das Delikt als Völkerrechtsverstoß, speziell als Verstoß gegen die Genfer Abkommen, relevant werden kann (anders beim Genocide-Abkommen). Denn in unserem Zusammenhang hat der Strafgesetzgeber in Erfüllung der ihm durch die Genfer Abkommen gestellten Aufgabe nur tätig zu werden in dem Bereich des Völkerrechts-erheblichen, und zwar des Völkerrechtswidrigen: Er hat das und nur das als Straftatbestand zu erfassen, was primär ein Völkerrechtsverstoß (und zwar ein Verstoß gegen die Genfer Abkommen von 1949) ist, und daran in dem ihm durch die Abkommen gesteckten Rahmen sekundäre innerstaatliche Strafrechtsfolgen zu knüpfen.

Zugleich tritt damit die Erheblichkeit der rechtlichen Zuordnung des Täters zu einem bestimmten Staat in Erscheinung, und zwar zunächst im Verhältnis zur Zuordnung des von der Tat betroffenen Schutzobjekts. Die Zuordnung des Täters wird hier, wenn das Vorliegen eines völkerrechts-erheblichen Abkommensverstoßes als unentbehrlicher Bestandteil, als Voraussetzung einer Straftat in dem vom nationalen Strafgesetzgeber zu umschreibenden Sinne angesehen wird, relevant für die Umschreibung des Straftatbestandes, zugleich aber auch für die internationale Strafkompetenz eines die Gerichtsbarkeit ausübenden fremden Staates, wie

<sup>63)</sup> Unter diesen absichtlich vagen Begriff fassen wir alle Staaten und sonstigen Mächte, die nach Art ihres organisatorischen Aufbaus Parteien eines bewaffneten Konfliktes sein und als Kriegführende anerkannt werden könnten.

überhaupt der rechtlichen und funktionellen Stellung des Täters bei der zu erlassenden Strafgesetzgebung besondere Bedeutung zukommt.

Zu den strafrechtlichen Besonderheiten, die sich aus der Zugehörigkeit der Genfer Abkommen zum Kriegsvölkerrecht ergeben, gehört eine komplizierte Täterklassifikation. Man kann nicht einfach sagen: »Wer sich dieser Handlung schuldig macht oder jenen Erfolg verursacht, ist so oder so zu bestrafen«, sondern es ergeben sich für die Tatbestandsumgrenzung (mit Wirkung für das »Ob« der Strafbarkeit) oder auch nur für die den Strafrahmen beeinflussenden besonderen Tatbestandsmerkmale, schließlich auch für die Strafkompentenz, vielerlei Differenzierungen, und zwar

1. aus der (sagen wir »politischen«) Zugehörigkeit des Täters zu einer der Konfliktparteien oder einer neutralen oder nichtkriegführenden Macht kraft Staats- oder Streitmachtangehörigkeit oder anderen Merkmalen, an sich und im Verhältnis zur Zugehörigkeit des von der Tat betroffenen Schutzobjekts und zu der des aburteilenden Gerichts;

2. aus der (sagen wir »funktionellen«) Zugehörigkeit des Täters zu einer anders bestimmten Personengruppe wie Streitmacht, Streitmachtgefølge, Zivilbevölkerung besetzter oder unbesetzter Gebiete, Sanitätspersonal, Wachpersonal, aus leitender oder untergeordneter Stellung usw.

Die unter Ziffer 1 genannten Gesichtspunkte interessieren uns vor allem wegen ihrer Bedeutung für die internationale Strafkompentenz.

Gehören Täter (z. B. Soldat) und Objekt der Tat (z. B. Verwundeter, Sanitäter) derselben Streitmacht an, so fehlt, da die Tat nicht über den nationalen Bereich hinaus wirkt, die Völkerrechtserheblichkeit; es kann also grundsätzlich auch kein Verstoß gegen die Genfer Abkommen vorliegen, der als »Weltrechtsdelikt« unter die besondere Strafkompentenzzuweisung der Genfer Abkommen fiel. Die internationale Kompentenz ist also wesentlich bedingt durch materiellrechtliche Tatbestandselemente, wie dies auch bei andern Weltrechtsdelikten der Fall ist. Nur ist das in unserem Fall entscheidende Element das der Völkerrechtserheblichkeit, also das Auseinanderfallen der politischen Zugehörigkeit von Täter und Tatobjekt zu antagonistierenden Machtsphären. Das Weltrechtsprinzip (immer verstanden im Kreise der Vertragsstaaten, soweit nicht die oben erörterten Grundsätze des allgemeinen Völkerrechts über die strafrechtliche Aburteilung von Angehörigen der feindlichen Streitmacht wegen Verletzung des Kriegsvölkerrechts Platz greifen) wird aber auch wirksam bei nur mittelbarer Berührung einer fremden Machtsphäre oder der internationalen Rot-Kreuz-Einrichtung, ihrer Symbole oder ihrer Idee selbst.

So schützt Art. 19 Abs. 1 des Verwundetenabkommens von 1949, unabhängig von Zugehörigkeit auch gegen Angriffe und Zerstörungen seitens eige-

5 Z. ausl. öff. R. u. VR., Bd. 15

ner Truppen, *les établissements fixes et les formations sanitaires mobiles du Service de santé*<sup>64)</sup>.

Wird der eigene Sanitäter bei oder wegen Versorgung feindlicher Verwundeter erschossen, so ist auch dies eine Abkommensverletzung, aber ganz anderer Art als die Erschießung eines feindlichen Sanitäters. Im ersteren Falle wird die Sanitätsversorgung feindlicher Verwundeter gestört; die Tötung als solche ist völkerrechtlich irrelevant, eine Strafbefugnis des Gegners fehlt in dieser Hinsicht. Im zweiten Falle liegt der Abkommensverstoß gerade in der Verletzung der Integrität des feindlichen Sanitäters.

Die Ermordung Kriegsgefangener ist ein »schwerer Verstoß« im Sinne des Art. 130 des Kriegsgefangenenabkommens von 1949, auch wenn sie von einer Zivilperson, einem neutralen Staatsangehörigen, überhaupt einer in Freiheit befindlichen Person begangen wird. Kein Abkommensverstoß ist die Ermordung, wenn der Täter ein Mitgefangener gleicher Nationalität ist. Die Befugnis und Pflicht der Gewahrsamsmacht zur Bestrafung von Gewalttaten Kriegsgefangener untereinander kann hier außer Betracht bleiben und untersteht andersartigen Regeln. Die Anwendung des für gleichartige Taten von Angehörigen der Gewahrsamsmacht untereinander geltenden Strafrechts genügt nicht unbedingt den völkerrechtlichen Erfordernissen. In all diesen Fragen hat sich eine differenzierte Praxis entwickelt.

Sicher ist, daß die Genfer Abkommen, im Gegensatz zum Genocide-Abkommen, an sich nicht dazu bestimmt sind, das Individuum gegenüber seiner eigenen Staatsgewalt zu schützen, wenn man absieht von den besonderen Fällen, in denen das Individuum kraft seiner potentiell auch zur Hilfeleistung für feindliche Streitmachtangehörige bestimmten Sanitätsfunktion oder als lebender Teil einer Sanitätsformation auch gegenüber der eigenen Staatsgewalt völkerrechtlich gesichert ist. Wenn nun der Normalfall der Verteilung von Täter und Tatobjekt auf Kriegsgegner unproblematisch ist, so ergeben sich doch zahlreiche Schattierungen und Zweifelsfragen, ob auch Verteilung von Täter und Objekt auf einen Kriegführenden und einen Neutralen, auf zwei verschiedene Alliierte, schließlich auf verschiedene Nationalitäten oder sonstige Kategorien innerhalb derselben Streitmacht genügen, eine Tat zur völkerrechtswidrigen im Sinne der Genfer Abkommen und damit zum Weltrechtsdelikt zu machen, für dessen Aburteilung alle Vertragsstaaten gleichermaßen zuständig sind. Diese Fragen sollen hier nur angedeutet werden. Es ergibt sich daraus jedenfalls, daß bei der Formulierung der Straftatbestände in den nationalen Gesetzgebungen auch diese Subjekt-Objektverteilung berücksichtigt werden muß, wie es im jugoslawischen Strafgesetz

<sup>64)</sup> Actes 1949 II A, p. 81.

vom 2. März 1951 geschehen ist durch die jedesmal wiederholte Eingangsformel »Wer in Verletzung völkerrechtlicher Bestimmungen...«. Damit wird dem jugoslawischen Strafrichter zugleich die Begrenzung seiner Kompetenz auf die Fälle erteilt, die durch Hinauswirken aus dem nationalen Bereich in den des Völkerrechtserheblichen, und zwar Völkerrechtswidrigen eindringen, woraus sich das Erfordernis der Subjekt-Objektverteilung auf verschiedene politische Machtsphären von selbst ergibt.

*b) Völkerrechtliche Modifikationen der staatlichen Strafkompetenz  
durch den Kriegszustand*

Der Ständige Internationale Gerichtshof hat sich im »Lotus«-Urteil<sup>65</sup>) zu der Auffassung bekannt, daß die Befugnis der Staaten zur strafrechtlichen Ahndung einer Tat nach ihren Strafgesetzen grundsätzlich unbegrenzt sei, also unabhängig davon, ob die Tat von einem Inländer oder im Inland oder gegen einen Inländer oder gegen inländische Interessen begangen wurde, sofern nur die Gerichtsbarkeit innerhalb des eigenen Hoheitsgebiets ausgeübt werde und soweit diese Ausübung nicht gegen besondere, die grundsätzliche Handlungsfreiheit der Staaten einengende Völkerrechtsregeln verstoße.

Solche einengenden Völkerrechtsregeln bestehen nun jedenfalls im Kriege insoweit, als die Bestrafung völkerrechtlich zulässiger Kriegshandlungen grundsätzlich völkerrechtlich unzulässig ist<sup>66</sup>) (Ausnahmen: Spionage, Kriegsverrat, Blockadebruch usw.). Dies bedeutet eine Einengung der Freiheit inhaltlicher Gestaltung der auf Angehörige fremder Streitkräfte anzuwendenden Straftatbestände. Außerdem dürfte der Kriegszustand eine Einengung der völkerrechtlichen Strafbefugnis der Staaten insoweit mit sich bringen, als es sich um rein interne Vorgänge im Bereich des Kriegsgegners handelt, mag auch ein spezieller, im Frieden allgemeingültiger Legitimationsgrund dadurch gegeben sein, daß der Tatort auf dem (z. B. feindlich besetzten) Staatsgebiet des Gerichtsstaates liegt; denn eine Solidarität der durch eine Straftat bedrohten, den beteiligten Staaten gemeinsamen Interessen an der Wahrung ihrer in den Grundlagen gleichartigen Gesellschaftsordnung gegen asoziale Elemente kann im Kriege nicht ohne weiteres unterstellt werden. Vielmehr wird hier von dem umgekehrten Grundsatz auszugehen sein, daß der Kriegführende dem in seine Macht geratenen Angehörigen des feindlichen Staates nur insoweit, insbesondere auch strafrechtlich, Übel zufügen darf, als ihm dies durch die für den Krieg gültigen Völkerrechtsregeln ausdrücklich

<sup>65</sup>) Série A No. 10, p. 18 f; Fontes Juris Gentium, Series A Sectio I Tomus I, Handbuch der Entscheidungen des Ständigen Internationalen Gerichtshofs, S. 30 ff.

<sup>66</sup>) Siehe oben S. 44 f.

gestattet wird<sup>67)</sup>, und diese ausdrücklich eingeräumten Befugnisse (zur Freiheitsbeschränkung usw.) sind grundsätzlich restriktiv auszulegen. Eine solche ausdrücklich eingeräumte Befugnis ist die Bestrafung während und vor der Gefangenschaft begangener Taten<sup>68)</sup> nach dem Strafrecht der Gewahrsamsmacht nach Maßgabe der Artikel 85 und 99 des Kriegsgefangenenabkommens von 1949, die aber nichts Spezielles enthalten über die Befugnis der Gewahrsamsmacht zur Anwendung ihres Strafrechts auf außerhalb ihres Hoheitsbereichs und ohne Berührung ihrer Interessen begangenen Taten.

Bei Behandlung der Frage, ob im unbesetzten Teil eines teilweise besetzten Staatsgebiets fungierende Gerichte Strafkompetenz haben für von Angehörigen der Besatzungsmacht im besetzten Teil des Landes verübte Straftaten, werden im allgemeinen<sup>69)</sup> Fälle zugrunde gelegt, die durch Auswirkung der Tat auf die Bevölkerung oder irgendwelche Interessen des besetzten Gebiets über die Tatortbeziehung hinaus kompetenzbegründende Momente (Protektionsprinzip) enthalten. Wo aber solche Momente fehlen, wo es sich also nur um Angelegenheiten innerhalb einer Besatzungsmacht handelt, beispielsweise Kameradendiebstahl, -totschlag usw., Fahnenflucht oder sonstige Delikte von Besatzungsmachtangehörigen gegen die Besatzungsmacht selbst, muß angenommen werden, daß die friedensmäßige, durch bloße Tatortbeziehung gegebene Strafkompetenz des teilweise besetzten Staates, sei es innerhalb oder außerhalb des besetzten Gebietsteils, sei es während oder nach der Besetzung, kraft Völkerrechts ausgeschlossen ist, sofern nicht die Besatzungsmacht den Gerichten des besetzten Gebiets oder Staates diese Kompetenz ausdrücklich übertragen hat. Dies wird aber kaum in Betracht kommen für Taten, die äußerlich Verletzungen der Genfer Abkommen gleichen, aber nicht völkerrechtserheblich werden, weil auch das Objekt der Tat der Besatzungsmacht angehört.

### *Die Begehungsformen*

Art. 49/50/129/146 der Genfer Abkommen von 1949 sieht in Abs. 1 zweierlei Begehungsformen vor: die eigenhändige Tat und die Befehlerteilung. Wir haben bereits festgestellt, daß sich die Verstöße gegen die Genfer

<sup>67)</sup> Verdross, *Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung...*, S. 26. Vgl. auch von Mangoldt, *Das Kriegsverbrechen und seine Verfolgung in Vergangenheit und Gegenwart*, Jahrbuch f. intern. u. ausl. öff. Recht II/III, 1948, S. 295.

<sup>68)</sup> Verdross, *Völkerrecht 1950*, S. 104, sieht die Strafbefugnis des Gegners als auf jene Handlungen Kriegsgefangener beschränkt an, »die sie vor der Gefangennahme unter Verletzung des Kriegsrechts begangen haben« (Sperrung von Verdross), scheint also ebenfalls mit dem Krieg nicht zusammenhängende Delikte des gemeinen Rechts, soweit sie nur interne Interessen berühren, von der Strafbefugnis des Gegners ausnehmen zu wollen.

<sup>69)</sup> Vgl. z. B. Travers, *Le droit pénal international*, Tome II (1921) nos. 964 ff.,

Abkommen vorwiegend als Erfolgsdelikte darstellen, woraus sich, wenigstens nach deutschem Strafrecht, die Möglichkeit der Begehung durch pflichtwidrige *U n t e r l a s s u n g* ergibt <sup>70</sup>). Man spricht hier, soweit die Unterlassung nicht als solche ausdrücklich unter Strafe gestellt ist, von »unechten Unterlassungsdelikten«.

Vergegenwärtigt man sich die für die personellen Schutzobjekte der Genfer Abkommen typische Lage nicht nur der Wehr-, sondern der Hilflosigkeit, sei es wegen körperlicher Behinderung (Verwundete und Kranke), sei es wegen Beschränkung der Bewegungsfreiheit (Kriegsgefangene und Zivilinternierte), sei es wegen Störungen des Wirtschaftslebens oder wegen sonstiger Kriegsverhältnisse (Zivilbevölkerung) –

vergegenwärtigt man sich weiter die zahlreichen *p o s i t i v e n* Handlungs-, Fürsorge- und Sicherungspfllichten, die die Vertragspartner der Genfer Abkommen übernommen haben und die alle der Ausführung durch eine große Zahl von Einzelpersonen in vielfach gestufter Hierarchie bedürfen –

vergegenwärtigt man sich endlich, daß das massenhafte Auftreten menschlicher Elendszustände in Massenlagern und auf Transporten von Kriegsgefangenen und Internierten zum wesentlichen Teil auf Unterlassungen aus böser Absicht, Trägheit, Nachlässigkeit, Unfähigkeit oder einer aus diesen Komponenten irgendwie zusammengemischten menschlichen Rohheit beruht, deren Folgen oft grauenhafter und unmenschlicher sind als ein jäher Massenmord,

so erweist sich, daß hier eines der Zentralprobleme liegt, von dessen Lösung die Erreichung eines der wichtigsten Zwecke der Genfer Abkommen abhängt: die Verhütung von Massenelend, -siechtum und -sterben massenhaft zusammengepferchter Menschen.

Dieses Problem ist nicht nur deshalb zentral,

weil Unterlassung notwendiger *E i n z e l a k t e* (z. B. rechtzeitiger Erteilung einer technischen Anweisung für die Trinkwasserversorgung von 50 000 Kriegsgefangenen) Folgen der oben angedeuteten Art haben kann,

sondern weil die Einhaltung der Abkommen abhängt von der richtigen *E r f ü l l u n g* der auf zahllose Einzelorgane verteilten Obliegenheiten und von der Respektierung der Verbote durch alle irgendwie am Krieg beteiligten *I n d i v i d u e n*,

und weil diese Erfüllung und Respektierung aber wieder abhängt von

p. 463 ff.; Frey, Die disziplinarische und gerichtliche Bestrafung von Kriegsgefangenen (Wien 1948), S. 100 ff.

<sup>70</sup>) Vgl. dazu Jescheck, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, 1952, S. 223 ff.

einer groß angelegten, bis in die untersten Einheiten der Wehrorganisation vordringenden, ständig wirksamen, aktiven Instruktions- und Erziehungsarbeit, vor allem aber von einer sorgfältigen und strengen Überwachung des abkommensgemäßen Verhaltens, der Verhinderung abkommenswidriger Erfolge und Zustände und der Herbeiführung und Sicherung des von den Abkommen geforderten Mindeststandards.

Hieraus ergeben sich vielerlei völkerrechtliche Probleme, die im Grunde viel wichtiger und weittragender sind als die des völkerrechtswidrigen Befehls und seiner Befolgung, der Strafbarkeit des Versuchs, der Anstiftung und der Teilnahme.

Die erste Frage ist, ob die Abkommen strafrechtliche Sanktionierung auch solcher Abkommensverletzungen fordern, die in der Form pflichtwidriger Unterlassung begangen werden. Bei der vorsichtigen Enumeration der Art. 50/51/130/147 werden wir diese Frage grundsätzlich zu verneinen haben, mit Ausnahme des Falles:

«le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances»,

vielleicht auch des weiteren:

«de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé».

Hier verwendet der Abkommenstext den weiten Begriff »verursachen«. Der Fall, daß mit einer pflichtwidrigen Unterlassung der verpönte schwere Erfolg beabsichtigt und auch herbeigeführt wird, muß von den Vertragspartnern unter Strafe gestellt werden<sup>71</sup>). Ebenso liegen schwere Beeinträchtigungen der Gesundheit durch Unterlassungen, vielleicht auch durch fahrlässige (das Wort *intentionnellement* ist hier nicht wiederholt), im Bereich der Strafpflicht. Zweifelhafter könnte dies sein für *des atteintes graves à l'intégrité physique*, mag auch die Begehung durch pflichtwidrige Nichtverhinderung der Verletzung durch Dritte durchaus einbezogen werden können, doch soll hier in eine Einzelauslegung nicht eingetreten werden.

Die zweite Frage ist, ob auch andere als die in Art. 50/51/130/147 genannten »infractions graves« unter Strafe gestellt werden dürfen. Die bejahende Antwort ergibt sich zunächst aus Art. 49 III/50 III/129 III/146 III. Wo aber liegt die Grenze für die Zulässigkeit der Bestrafung von Ausländern? Kann, unter der Voraussetzung der Nichtdiskriminierung also der einheitlichen Behandlung von In- und Ausländern (ob unter Abstellung auf Staats- oder Streitmachtangehörigkeit, mag noch offen bleiben), ein Ausländer für jeden beliebigen Abkommensverstoß bestraft werden, auch für den

<sup>71</sup>) Pilloud bei Pictet, Commentaire, Vol. I (1952), p. 418.

durch pflichtwidrige, auch nur fahrlässige Unterlassung, unabhängig davon, wie weit die Gesetzgebung des Heimatstaates des Ausländers das betreffende Verhalten zur Zeit der Tat mit Strafe bedroht hatte? Auch unabhängig davon, ob das Heimat-Rechtssystem die Begehungsform des unechten Unterlassungsdelikts überhaupt kennt?

Hier wird man zu unterscheiden haben zwischen den Abkommensnormen selbst, die für den Ausländer als Angehörigen eines Vertragsstaats verbindlich sind, und den im Rahmen der Abkommen erlassenen nationalen Ausführungsstrafbestimmungen. Wollte man die Berücksichtigung der Heimatstrafbestimmungen verlangen, so würde dies ein praktisch kaum durchführbares Studium aller Heimatstrafrechte der Kriegsgegner und Neutralen durch den Strafrichter erfordern und eine Bestrafung unmöglich machen, wenn der Heimatstaat seiner Völkerrechtspflicht zum Erlaß von Strafbestimmungen noch nicht nachgekommen ist. Dies kann nicht der Sinn der Abkommen sein, die hierin als partikuläres Völkerrecht allgemeinen Prinzipien des internationalen Strafrechts vorgehen. Hierin wird aber die Notwendigkeit möglichst weitgehender internationaler Koordination dieses Ausführungsstrafrechts besonders deutlich.

Andererseits ist zu berücksichtigen, daß die oben erwähnten Generalverweisungen, die jeden schuldhaften Verstoß gegen die Abkommen für strafbar erklären, mindestens in Staaten, die an sich das unechte Unterlassungsdelikt bestrafen, den Bereich des Strafbaren sehr weit ziehen. Hinzu kommt, daß eine von den Abkommen geforderte Fürsorgehandlung (Zuweisung lebensnotwendiger Materialien) oft nur möglich ist unter Preisgabe akut lebenswichtiger Eigeninteressen des Kriegführenden. Hier wird die Grenze des absolut und relativ Unmöglichen und die des schuldhaften Ermessensfehlers gegenüber dem kriminell Strafwürdigen oft schwer zu ziehen sein.

Die hier auftretenden Probleme werden durch die Strafgesetzgebung nicht restlos zu lösen sein. Hier öffnet sich vielmehr ein weiteres Feld für Klärung und Entscheidung von **V o r f r a g e n** zunächst im Rahmen des Schlichtungsverfahrens nach Art. 11/11/11/12, oder durch überstaatliche Instanzen, sei es im Rahmen der Ermittlungsverfahren nach Art. 52/53/132/149 der Genfer Abkommen von 1949, sei es durch Einschaltung der internationalen Gerichtsbarkeit. Ein Strafverfahren, dessen Ausgang von einem der oben genannten Verfahren und seinem Ergebnis abhängt, wird bis zur Entscheidung über die betreffende Vorfrage auszusetzen sein, wofür die nationalen Verfahrensordnungen Sorge zu tragen haben.

Es ist aber auch denkbar, daß ein Staatsapparat so unterentwickelt oder desorganisiert ist, daß kein Einzelner für einen bestimmten abkommenswidrigen Erfolg strafrechtlich haftbar gemacht werden kann. Schließlich kann

ein solcher Erfolg auch herbeigeführt sein durch das Ergebnis einer parlamentarischen Abstimmung. In jedem Falle hängt die Frage der Strafbarkeit pflichtwidriger Unterlassung eng zusammen mit der Stellung und dem in erster Linie vom innerstaatlichen Recht bestimmten Verantwortungsbereich des Täters, ebenso von der rechtlichen Qualifikation der Handlungspflicht. Hierin, sowie in der Festsetzung differenzierter Strafraumen wird der Strafgesetzgeber bestimmte, wenn auch allgemein gehaltene Abgrenzungen zu ziehen haben, insbesondere die Frage der Täterqualifikation und besonderer Eigenschaften zu berücksichtigen haben.

Grundsätzlich abzulehnen ist jede Art strafrechtlicher Kollektivhaftung gegenüber ausländischer Strafgewalt. Abgesehen von der ablehnenden Stellungnahme schon der Haager Landkriegsordnung wie auch der Genfer Abkommen, soweit es sich um Zivilbevölkerung, Kriegsgefangene usw. handelt, ist dabei zu berücksichtigen, daß militärische Einheiten keine autonom konstituierten Zweckverbände, sondern von der Staatsgewalt zusammengestellte Untergliederungen der Streitkräfte sind, denen ein gemeinsamer verbrecherischer Wille nicht grundsätzlich unterstellt werden kann. Eine Kollektivhaftung besteht lediglich für den Staat im ganzen, nicht aber für vom Feind oder von andern fremden Strafgewalten mehr oder weniger willkürlich umschriebene Gruppen. Eine mittelbare strafrechtliche Haftung kann nur für Disziplinarvorgesetzte und sonstige verantwortliche Organe auf pflichtwidrige Unterlassung, insbesondere Vernachlässigung der Aufsichtspflicht, rechtlich gegründet werden, wobei die Frage einer Entlastungsbeweislast der verantwortlich zu machenden Vorgesetzten auftritt. Eine mittelbare strafrechtliche Haftbarmachung Gleichgestellter, lediglich mangels individueller Feststellbarkeit des Täters, führt zur Auflösung der den modernen Kulturstaaten gemeinsamen Strafrechtsbegriffe, auf die, wie oben ausgeführt, das Völkerrecht verweist.

### *Auslieferung und Neutralität*

Die bereits berührte Frage der Befreiung von der Strafpflicht durch Auslieferung interessiert besonders, soweit sich der Delinquent im Gewahrsam eines neutralen Vertragspartners befindet. Hieraus ergeben sich interessante Überschneidungen mit dem Neutralitätsrecht:

Der neutrale Vertragspartner ist nicht nur verpflichtet, den seitens eines Kriegführenden gegen Angehörige des andern, die sich im Gewahrsam des Neutralen befinden, erhobenen Beschuldigungen der Abkommensverletzung nachzugehen, sondern bei auftauchendem Verdacht auch von sich aus Ermitt-

lungen und Strafverfolgung einzuleiten<sup>72)</sup>). Der Neutrale hat dann die Wahl, entweder:

1. durch strafrechtliche Aburteilung unter Umständen über Kontroversen zwischen den Kriegführenden um die Einhaltung der Genfer Abkommen mittelbar eine Entscheidung zu fällen, die möglicherweise in den gegenständlichen Bereich des in Art. 52/53/132/149 vorgesehenen Ermittlungsverfahrens eingreift, und zwar bei Beurteilung der völkerrechtlichen Vorfragen, die dem Strafrichter durch generelle Verweisung auf das Völkerrecht oder auch stillschweigend zugewiesen wird; denn die Frage, ob *in concreto* eine Abkommensverletzung vorliegt, wird er in jedem Strafverfahren über angebliche Abkommensverstöße zu beantworten haben.

2. Der Neutrale kann sich unter bestimmten Voraussetzungen von der Aburteilungspflicht durch *Auslieferung* an einen der beiden Kriegführenden, gegebenenfalls an einen andern Neutralen, befreien. Der letztere Fall kann als unproblematisch beiseite bleiben.

Wie aber verhält sich die Auslieferung an einen der Kriegführenden zu den »Rechten und Pflichten der neutralen Mächte im Falle eines Landkriegs« aus dem V. Haager Abkommen von 1907? Der Hauptfall wird sein, daß ein auf neutrales Gebiet entfloher Kriegsgefangener vom bisherigen Gewahrsamstaat wegen begründeten Verdachts der Abkommensverletzung zurückgefordert wird. Denkbar ist aber auch, daß ein Kriegführender seine eigenen, auf neutrales Gebiet übergetretenen und dort gemäß Art. 11 des V. Haager Abkommens internierten Truppen zwecks Strafverfolgung wegen Abkommensverletzung zurückfordert und so die Möglichkeit gewinnt, sie (vor oder nach Aburteilung) erneut zum Kampf einzusetzen. In beiden Fällen kann aber auch der andere Kriegführende das Auslieferungsersuchen stellen, und in jedem Falle setzt sich der Neutrale dem Vorwurf neutralitätswidrigen Verhaltens von Seiten eines der Kriegführenden aus, so daß gegen die Erstreckung der Straf- bzw. Auslieferungspflicht auf Neutrale Bedenken erhoben wurden:

Nach Ziffer 5 des Berichts vom 12. 7. 1949 des Spezialkomitees der Gemischten Kommission der Diplomatischen Konferenz<sup>73)</sup> hatte der italienische Delegierte zu Art. A Abs. 2<sup>74)</sup>, der dann in leicht revidierter Form als Art. 49 Abs. 2/50 Abs. 2/129 Abs. 2/146 Abs. 2 in die vier Abkommen von 1949 einging und die Ermittlungs- und Strafverfolgungspflicht mit Alternative der Auslieferung statuiert, vorgeschlagen:

<sup>72)</sup> Pilloud bei Pictet, Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire, Vol. I (1952), p. 411.

<sup>73)</sup> Actes II B, p. 109 ff., 111.

<sup>74)</sup> Annexe 49, Actes III, p. 42.

«de limiter aux Parties au conflit l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis une infraction grave, et celle de les déférer à un tribunal.»

Dem entgegenete der Delegierte der Niederlande, daß jede der vertragsschließenden Parteien diesen Verpflichtungen unterworfen sein solle, auch wenn sie im Konflikt neutral bliebe. Hier müsse das Universalitäts- (Weltrechts-) Prinzip angewandt, also nach Auffassung des niederländischen Delegierten für die Vertragspartner der Genfer Abkommen zum völkerrechtlich verbindlichen Vertragsinhalt in dieser Sache gemacht werden:

«La Partie contractante au pouvoir de laquelle une personne se trouve devrait avoir l'obligation, soit de la juger, soit de la livrer à une autre Partie contractante.»

Der Bericht hierüber schließt:

«Le Président estima qu'un Etat neutre ne violerait pas sa neutralité en déférant un prévenu à un tribunal ou en l'extradant, en vertu d'une obligation internationale. La proposition [italienne] fut retirée.»

Damit war die Frage im Sinne der Erstreckung der Nachforschungs-, Strafverfolgungs- bzw. Auslieferungspflicht auch auf neutrale Vertragspartner erledigt.

Mit Rücksicht auf den politischen Charakter der Entscheidung zwischen eigener Strafverfolgung und Auslieferung, in letzterem Falle, an welchen von mehreren sie begehrenden Staaten, werden die Gesetzgeber Sorge tragen, daß diese Entscheidung nicht ohne Einvernehmen mit den politischen Instanzen, besonders dem Außen- und dem Verteidigungsministerium neben dem Justizministerium, getroffen wird.

Die Frage, ob schwere Abkommensverstöße als *gemeine* oder als *politische Delikte* angesehen werden sollen, ist insofern von Bedeutung, als die nationalen Gesetzgebungen, auf die Art. 49/50/129/146 der Genfer Abkommen verweisen, vielfach auf diesen Unterschied für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Auslieferung abstellen. Die schweren Verstöße gegen die Genfer Abkommen stehen lediglich durch das Kriegsgeschehen als solches mittelbar in politischem Zusammenhang, mögen sie auch gelegentlich in politischer Leidenschaft ihre Ursache haben; doch liegt es im Sinn der in den Genfer Abkommen zum Ausdruck kommenden ethischen Wertung, sie grundsätzlich zu gemeinen Delikten zu stempeln, also die Entscheidung über die Auslieferungsfrage nicht der Beeinflussung durch den losen politischen Zusammenhang auszusetzen. Es kennzeichnet gerade die schweren Abkommensverstöße, daß sich in ihrer Verurteilung sämtliche am Krieg auf der einen oder der andern Seite Beteiligten und die Unbeteiligten einig sind. Zweckmäßig wäre eine Klarstellung dieser Art in den Auslieferungsgesetzen

selbst, die sich auf Verstöße auch gegen andere humanitäre Abmachungen erstrecken könnte.

\*                      \*  
                                 \*

Die Problematik der Aburteilung von Angehörigen eines im Krieg befindlichen Staates und seiner Streitmacht durch Gerichte des feindlichen Staates für Völkerrechtsverstöße, durch die in der Regel dieser feindliche Staat oder seine Bürger betroffen sind, liegt auf der Hand. Ebenso, daß die eingangs erwähnten Momente, die sich der Wirksamkeit internationaler Organisationen für die Einhaltung der humanitären Kriegsrechtsabkommen widersetzen, auch ein sachgemäßes Funktionieren der nationalen Strafrechtspflege in diesem Aufgabenbereich in Frage stellen. Der Ruf nach einer internationalen Strafgerichtsbarkeit und international gültigen Strafrechtssätzen ist daher verständlich. Ob es aber zum erstrebten Ziele führt, die internationale Gerichtsbarkeit mit der großen Masse von Individualfällen und Einzelermittlungen gerade auch in tatsächlicher Hinsicht zu belasten und ob das Vertrauen, das die internationale Gerichtsbarkeit in ihrem rein zwischenstaatlichen Aufgabenbereich genießt, einer solchen Belastung gewachsen sein wird, mag bezweifelt werden. Betrachtet man andererseits die an Zahl und Maß der Beschwerden verhältnismäßig unbedeutenden Kontroversen, die während der Feindseligkeiten des zweiten Weltkriegs über die strafrechtliche Behandlung von Kriegsgefangenen durch gegnerische Gerichte der westlichen Hemisphäre auftraten, so erscheint es doch vorläufig noch als die sachgemäßere und praktikablere Lösung, die Aburteilung der Einzelfälle den hierfür sorgfältig zu instruierenden nationalen Gerichten zu überlassen und nur zwischen den Staaten streitige Grundsatz- und Vorfragen völkerrechtlicher Art der internationalen Gerichtsbarkeit vorzubehalten, soweit deren Tätigwerden zwischen kriegführenden Staaten ermöglicht werden kann. Und wie der nationale Richter seine eigentliche Legitimation und Würde darin findet, in diesem übernationalen Aufgabenbereich sich von nationalen Perspektiven freizumachen, so das Individuum darin, bei einer Disharmonie zwischen nationalem Recht oder Befehl und den Forderungen der völkerrechtlichen Ordnung Entscheidungen auf hoher Stufe und unter persönlichem Risiko zu treffen.

(Abgeschlossen am 15. Juli 1953).