

# Der Notwehrexzess im Völkerstrafrecht

## Dogmatische Grundfragen und die Rechtslage unter dem VStGB

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Till Zimmermann, München\*

### I. Problemaufriss

Die Überschreitung der Notwehr wird im nationalen deutschen Strafrecht seit jeher als Straflosigkeitsgrund anerkannt.<sup>1</sup> Offen ist hingegen, ob der sog. Notwehrexzess auch im Völkerstrafrecht einen Straffreistellungsgrund bildet.<sup>2</sup> Dem nachzugehen ist das Anliegen dieses Beitrags. Die Analyse erfolgt zweigliedrig. Zunächst werden Grundzüge der Regelung des § 33 StGB in ihrer Bedeutung für das nationale Strafrecht dargestellt (II.); ein besonderes Augenmerk ist dabei auf die Erklärungsansätze zum Normzweck zu richten. Anschließend wird untersucht, inwiefern § 33 StGB Relevanz erlangen kann, wenn es um die Bestrafung völkerrechtlicher Verbrechen nach den Vorschriften des VStGB geht (III.). Die Frage, ob der Notwehrexzess auch auf dem internationalen Parkett, d.h. insbesondere im Anwendungsbereich des Rom-Statuts, Beachtung finden sollte, wird hingegen in dem gesonderten Beitrag von *Gerson* beleuchtet.<sup>3</sup>

### II. Die Notwehrüberschreitung im StGB

#### 1. Grundsätzliches

§ 33 StGB bestimmt kurz und klar: „Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, so wird er nicht bestraft.“<sup>4</sup> Einige Detailfragen zum Normanwendungsbereich sind umstritten.<sup>5</sup> Als gesichert gilt

gilt aber jedenfalls, dass es sich bei § 33 StGB trotz des insoweit offenen Wortlauts („wird nicht bestraft“) um einen Entschuldigungsgrund handelt,<sup>7</sup> welcher sowohl den bewussten als auch den unbewussten Exzess erfasst.<sup>8</sup> Ferner herrscht Einigkeit, dass unter den Begriff der Grenzüberschreitung in jedem Fall die zu intensive Notwehrhandlung fällt,<sup>9</sup> in keinem Fall aber die „Verteidigung“ gegenüber einem Nicht-Angreifer<sup>10</sup>. Dementsprechend kommt eine straflose Notwehrüberschreitung etwa in Betracht, wenn der Defensor sich mit einem Messerstich gegen den Angreifer behilft, wiewohl ein Fausthieb zur Verteidigung völlig ausreichend wäre (intensiver Notwehrexzess). Keine Entschuldigung ist demgegenüber anzunehmen, wenn der Verteidiger im Zuge einer Überreaktion auch unbeteiligte Dritte verprügelt („personale Grenzüberschreitung“<sup>11</sup>). Ferner gibt es Konsens darüber, dass Exzesse ausschließlich dann entschuldbar sind, sofern diese auf den im Gesetz genannten, auf Gefühlen der Schwäche beruhenden Gemütserregungen (asthenische Affekte) beruhen. Überreagiert der Verteidiger hingegen aus einer Gemütserregung, die auf Gefühlen der Stärke beruht, z.B. aus Wut, Zorn, Hass oder Vergeltungsdrang (sthenischer Affekt), bleibt ihm eine Exkulpation verwehrt.<sup>12</sup>

---

Strafgesetzbuch, 122. Lfg., Stand: Juni 2010, § 33 Rn. 4. Zu offenen Fragen im Rahmen von Irrtumskonstellationen *Engländer*, JuS 2012, 408.

<sup>6</sup> Im Gegensatz dazu finden sich klare deliktssystematische Einordnungen bspw. in § 32 Abs. 1 („handelt nicht rechtswidrig“) und § 35 Abs. 1 S. 1 StGB („handelt ohne Schuld“).

<sup>7</sup> BGH NJW 1995, 973; *Engländer* (Fn. 5), § 33 Rn. 1; *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 33 Rn. 4; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 12 Rn. 128; ähnlich *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommenatr, 62. Aufl. 2015, § 33 Rn. 3 („Schuldausschließungsgrund“). Einzig *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2013, Kap. 16 Rn. 39, sieht in § 33 StGB eine Beweisregel zum Erlaubnistatbestandsirrtum. Zu heute nicht mehr vertretenen Alternativen *Timpe*, JuS 1985, 117 (118).

<sup>8</sup> *Engländer* (Fn. 5), § 33 Rn. 12; *Krey/Esser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2012, Rn. 768; *Theile*, JuS 2006, 965. Eindringlich gegen eine vormals vertretene a.A., die nur den unbewussten Exzess erfasst sah, *Roxin*, in: Grünwald u.a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975, 1975, S. 105 (107 ff.).

<sup>9</sup> *Engländer*, JuS 2012, 408; *Müller-Christmann*, JuS 1994, 649 (650); *Otto*, Jura 1987, 604 (605).

<sup>10</sup> *Rogall* (Fn. 5), § 33 Rn. 7; *Zieschang* (Fn. 1), § 33 Rn. 18 f.; *Müller-Christmann*, JuS 1989, 717 (718).

<sup>11</sup> *Engländer* (Fn. 5), § 33 Rn. 4. Alternative Terminologie bei *Timpe*, JuS 1985, 117 (120 Fn. 33: „räumliche Überschreitung“).

<sup>12</sup> *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 33 Rn. 4; *Timpe*, JuS 1985, 117 (117,

## 2. Ratio legis

Die Sinnhaftigkeit einer Exkulpation wegen Notwehrüberschreitung ist vom Grundsatz her unbezweifelt. Jedoch herrscht Streit, wie sich die Straflosigkeit des Notwehrexzes begründen lässt.<sup>13</sup>

### a) Doppelte Schuld minderung

Einer maßgeblich von *Rudolphi* geprägten Lehrmeinung zufolge beruht die Exkulpation des Exzedenten auf einer doppelten Schuld minderung.<sup>14</sup> Zum einen werde die Schuld des Exzesstäters dadurch gemindert, dass dieser sich in einer realen Notwehrlage befindet und infolgedessen immerhin zu einer erforderlichen Notwehrhandlung berechtigt ist; mithin liege das vorwerfbare Unrecht des Notwehrexzesses – der Erfolgswert – nicht in der gesamten durch die überzogene Verteidigung angerichteten Rechtsgutsverletzung, sondern allein in dem Part, der über das Erforderliche hinausgeht – im Beispielsfall also allein in der Differenz zwischen dem (erlaubten) Faustschlag und dem (exzessiven) Messerstich. Ergo müsse von der (zum Unrechtsgehalt akzessorischen<sup>15</sup>) Tatschuld des Exzedenten derjenige Teil abgezogen werden, welcher vom Notwehrrecht gedeckt gewesen ist (in der Terminologie *Rudolphis*: der Erfolgswert). Den zweiten Teil der Schuld minderung besorge sodann der Umstand, dass eine asthenische Affektivität zwar nicht prinzipiell die Freiheit des Täters zu normgemäßem Handeln aufhebe,<sup>16</sup> eine durch den Angriff hervorgerufene akute Belastungsreaktion beim Verteidiger erfahrungsgemäß aber sehr wohl zu einer „gewissen Trübung der Klarsicht“<sup>17</sup> und daher Verminderung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit führe. Etwas überspitzt lässt die Lehre von der doppelten Schuld minderung sich dahingehend zusammenfassen, die Exkulpation des Notwehrexzesses beruhe auf der Addition einer halben Rechtfertigung gem. § 32 StGB zu einer halben Schuld unfähigkeit nach § 20 StGB.

Gegen diese Auffassung sprechen allerdings zwei gewichtige Einwände. Zum einen vermag die Schuld minderungslehre keine plausible Erklärung dafür anzubieten, warum nicht auch der Notstandsexzess strafbefreien wirkt, obwohl nach diesem Erklärungsmodell auch bei einer Überschreitung des rechtfertigenden Notstands eine zur Unrechtsminderung akzessorische Schuld minderung vorliegt.<sup>18</sup> Zum anderen erscheint die Beschränkung des § 33 StGB auf

Fn. 1); *Engländer* (Fn. 5), § 33 Rn. 10 f. (dort auch zum Problem von Motivbündeln).

<sup>13</sup> Zum historischen Meinungsspektrum knapp *Heuchemer/Hartmann*, JA 1999, 165 (167).

<sup>14</sup> *Rudolphi*, JuS 1969, 461 (462 f.), im Anschluss an *Noll*, ZStW 77 (1965), 1 (17). Dem folgend *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 44. Aufl. 2015, Rn. 446; *Rogall* (Fn. 5), § 33 Rn. 1 f.

<sup>15</sup> Dazu *Kubik/T. Zimmermann*, StV 2013, 582 (585).

<sup>16</sup> *Rudolphi*, JuS 1969, 461 (462). Siehe auch *Schild*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 7), § 20 Rn. 95.

<sup>17</sup> *Roxin* (Fn. 8), S. 110.

<sup>18</sup> *Engländer* (Fn. 5), § 33 Rn. 2.

asthenische Affekte binnenlogikwidrig, da sthenische Affekte gleichermaßen dazu geeignet sind, die Handlungs- und Steuerungsfähigkeit des Angegriffenen herabzusetzen.<sup>19</sup>

### b) Strafzweckbezogenes Begründungsmuster

Eine von *Roxin* begründete Auffassung interpretiert den § 33 StGB vom Strafzweckgedanken her. Dieser Ansicht nach legitimiert die Straflosstellung des Exzedenten sich durch das Fehlen einer Notwendigkeit diesen zu bestrafen:

„Wer das Gesetz nur deswegen übertritt, weil er das Opfer eines rechtswidrigen Angriffs geworden ist und sich durch eine besonders schreckhafte Ängstlichkeit auszeichnet, ist ein sozial integrierter Bürger, der spezialpräventiver Einwirkung nicht bedarf. Und eine Bestrafung aus generalpräventiven Gründen ist ebenfalls nicht geboten. Denn ein ‚Schwächedelikt‘ solcher Art ermuntert auch im Falle seiner Straflosigkeit nicht zur Nachahmung, und es bringt ebenso wenig eine Erschütterung des Rechtsfriedens mit sich, weil der Täter der ursprünglich Angegriffene und der Angreifer an der Grenzüberschreitung überwiegend selbst schuld ist. Der präventive Ansatz erklärt auch zwangslös, warum die Notwehrüberschreitung nur dann straflos ist, wenn sie auf asthenischen, nicht aber, wenn sie auf sthenischen Affekten [...] beruht. Denn aggressive Affekte sind generell weit gefährlicher und müssen deshalb im Interesse der Rechtsgutserhaltung auch um den Preis der Strafe eingedämmt werden, während Verwirrung, Furcht oder Schrecken als tatauslösende Motive nicht [...] vorbildhaft wirken und deshalb milder behandelt werden können.“<sup>20</sup>

Gegen diese im Kern überzeugende Argumentation gibt es – sofern man die präventiven Strafzwecke nicht generell ablehnt<sup>21</sup> – wenig zu erwideren. Als Kehrseite dieser intuitiv hochplausiblen Begründung ist allerdings ein gewisser Mangel an straftheoretischer Begründungstiefe auszumachen; deutlich wird diese Oberflächlichkeit etwa dann, wenn ohne nähere Erläuterung mit vagen Topoi wie der „Erschütterung des Rechtsfriedens“ argumentiert (und damit z.B. der Ausschluss personaler Grenzüberschreitungen aus dem Anwen-

<sup>19</sup> *Heuchemer*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck’scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.7.2013, § 33 Rn. 3; *Timpe*, JuS 1985, 117 (118 f.). Ausführlich und m.w.N. zum (a)sthenischen Affekt als Schuldausschluss- bzw. -minderungsgrund *Steng*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012, Rn. 886 ff.

<sup>20</sup> *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 22 Rn. 69. Ähnlich bereits *ders.* (Fn. 8), S. 113 ff. Zustimmend *Engländer* (Fn. 5), § 33 Rn. 3; *Heuchemer* (Fn. 19), § 33 Rn. 5 f. Teilweise wird diese Argumentation auch als bloße Ergänzung des Schuld minderungs dogmas herangezogen, *Erb*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 33 Rn. 2 f.; *Kühl* (Fn. 7), § 12 Rn. 129 ff.

<sup>21</sup> Krit. zu *Roxin* daher *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 360 Fn. 592.

dungsbereich des § 33 StGB begründet)<sup>22</sup> wird oder wenn aggressive Affekte als „generell gefährlich“ und deshalb bestrafungsbedürftig eingeordnet werden. Ferner tut dieses Modell den zweiten Schritt vor dem ersten, wenn allein mit der Bestrafungsnotwendigkeit des Exzedenten argumentiert wird; zu klären ist aber vorab, ob Strafe hier überhaupt legitim wäre.

### c) Vertragstheoretischer Erklärungsansatz

Versucht man, die Erklärung des § 33 StGB auf ein festeres straftheoretisches Fundament zu stellen, bietet sich ein interessens- bzw. vertragstheoretisches Modell an. Diesem zufolge gilt eine Norm dann als gerechtfertigt, wenn sie sich analytisch als Grundsatz rekonstruieren lässt, auf den rationale Personen sich unter fairen Verhandlungsbedingungen einigen würden.<sup>23</sup> Auf diese Weise lässt sich nicht nur ein basales (straf-)rechtliches Normensystem reziprok geltender Ge- und Verbote schlüssig begründen;<sup>24</sup> auch Ausnahmen in Gestalt von Notrechten<sup>25</sup> sowie Entschuldigungsgründe<sup>26</sup> lassen sich plausibel rekonstruieren als Kompromiss zwischen den besonderen Interessen eines ausnahmesituativ Delinquierenden und den Schutzbefangen seines Opfers. Betrachtet man die Frage nach der Legitimation einer Norm wie § 33 StGB vor diesem Hintergrund, sprechen tatsächlich zunächst gute Gründe für eine Nachsichtigkeit der Rechtsordnung dem Exzedenten gegenüber: Nicht nur muss jeder Bürger die Möglichkeit in Rechnung stellen, im Verlauf seines Lebens ohne eigene Vermeidemacht Adressat eines rechtswidrigen Angriffs werden zu können; auch ist es gedankenexperimentell ohne Weiteres nachvollziehbar, infolgedessen von Gemütserregungen der in § 33 StGB beschriebenen Art erfasst zu werden und aus diesen heraus unbesonnen (d.h. exzessiv) zu nothandeln. Infolgedessen streitet ein starkes Interesse für die Straflosstellung der Notwehrüberschreitung. Demgegenüber hat die gegen eine Exzessexkulpatiōn streitende Position der Opferseite – scil. die des ursprünglichen Angreifers – im Rahmen der Gesellschaftsvertragsverhandlungen schon deshalb keine starke Lobby, weil das Risiko, Exzessopfer zu werden, vermeidbar bleibt: „Insofern hat es jeder in der Hand, sich vor der Gefährlichkeit derartiger Notwehrüberschreitungen zu schützen, indem er rechtswidrige Angriffe unterlässt und sich damit nur so verhält, wie es die Rechts-

ordnung ohnehin verlangt.“<sup>27</sup> Und was schließlich den Ausschluss sthenischer Affekte anbetrifft – auch in diese zu geraten ist menschlich und daher zumindest nachvollziehbar –, verbirgt sich dahinter nichts anderes als der auch anderswo in der Rechtsordnung zum Ausdruck kommende Grundkonsens, wonach im Interesse eines gedeihlichen Zusammenlebens die Selbstbeherrschung aggressiver Wutaffekte unterhalb der Schwelle zum psychologischen Defektzustand schlichtweg vorausgesetzt wird;<sup>28</sup> entsprechend werden bspw. sog. Anti-Aggressivitäts-Trainings als probates Mittel zur Förderung rechtstreuen Verhaltens gehandelt (vgl. § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StPO, § 10 Abs. 1 S. 3 Nr. 6 JGG)<sup>29</sup> und § 213 StGB ordnet obligatorisch Freiheitsstrafe sogar für denjenigen Totschläger an, der „ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung von dem getöteten Menschen zum Zorn gereizt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen worden [war]“. Diese grobe Skizze mag hier genügen, um die Ergebnisse der *Roxin'schen* Strafzweckargumentation rechtsphilosophisch abzusichern. Festzuhalten ist freilich, dass die von § 33 StGB beschriebene Exzesshandlung nach der hiesigen Auffassung weniger der Widerlegung von Zweifeln an der Loyalität des Exzedenten gegenüber der friedliebenden Bürgergemeinschaft dient,<sup>30</sup> sondern dass die Exkulpation derselben schlichtweg ein Ausdruck rationaler Interessenverfolgung darstellt.

## III. Notwehrexzess und VStGB

### 1. Gesetzliche Ausgangslage

Das VStGB enthält weder eine eigenständige Notwehrvorschrift noch eine Norm zum Umgang mit diesbezüglichen Exzessen.<sup>31</sup> Jedoch folgt aus der „zentralen Umschaltnorm“<sup>32</sup> des § 2 VStGB, dass im Falle des Fehlens einer Spezialnorm „das allgemeine Strafrecht Anwendung [findet]“ – mithin auch die Regeln zur Notwehr und ihrer Überschreitung. Fraglich ist allerdings, inwieweit die Besonderheiten des Völkerstrafrechts eine Anwendung der §§ 32 f. StGB im Bereich der VStGB-Taten überhaupt zulassen.

Als Ausgangspunkt weiterer Überlegungen ist festzustellen, dass die Notwehr im Völkerstrafrecht – trotz ihrer äußerst geringen Praxisrelevanz<sup>33</sup> – nach fast einhelliger Auf-

<sup>27</sup> Erb (Fn. 20), § 33 Rn. 3.

<sup>28</sup> Krit. zum empirieunabhängigen Postulat einer Affektbeherrschungspflicht Schild (Fn. 16), § 20 Rn. 88.

<sup>29</sup> Näher Buhr, in: Meier u.a. (Hrsg.), Jugendgerichtsgesetz, Handkommentar, 2. Aufl. 2014, § 10 Rn. 36.

<sup>30</sup> Formulierung nach Pawlik (Fn. 21), S. 359 f.

<sup>31</sup> Zu einem (später nicht realisierten) Entwurf einer eigenständigen Notwehrvorschrift im VStGB Merkel, ZStW 114 (2002), 437 (445 ff.); Werle, JZ 2001, 885 (891).

<sup>32</sup> Werle, JZ 2001, 885 (889).

<sup>33</sup> Dazu Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2002, S. 830; Weigend, in: Sieber u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatssachen, Festschrift für Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 1439.

fassung einen anerkannten Straffreistellungsgrund darstellt.<sup>34</sup> Dementsprechend wird angenommen, dass einer Anwendbarkeit des § 32 StGB i.V.m. § 2 VStGB grundsätzlich nichts im Weg stehe.<sup>35</sup> Ergo gibt es – zumindest in der Theorie – Fälle, in denen die Begehung von Völkermord, Menschlichkeits- oder Kriegsverbrechen qua Notwehr gerechtfertigt ist.<sup>36</sup> Von hier aus ist es dann nicht mehr weit, auch eine Anwendung des § 33 StGB für möglich zu halten.<sup>37</sup> Denn da, wo ein an bestimmte Voraussetzungen gebundenes Notwehrrecht existiert, ist auch die Überschreitung desselben möglich. Des Weiteren spricht für eine Anwendbarkeit des § 33 StGB auf VStGB-Konstellationen, dass die unter II.2.b) und c) genannten Normzweckerwägungen grundsätzlich auch auf das Völkerstrafrecht übertragbar sind. Für die strafzweckorientierte Argumentation *Roxins* ergibt sich dies daraus, dass zur Sinnhaftigkeit der Bestrafung völkerrechtlicher Verbrechen ganz überwiegend dieselben Präventionstheorien wie im nationalen Strafrechtsdiskurs herangezogen werden.<sup>38</sup> Aber auch die vertragstheoretische Begründung erscheint tragfähig, lässt sich doch die völkerstrafrechtliche Bewehrung bestimmter

Verhaltensnormen letztlich ebenfalls auf Individualinteressen zurückführen.<sup>39</sup>

## 2. Völkerstrafrechtliche Besonderheiten

Dennoch erscheint die VStGB-Tauglichkeit des § 33 StGB vor dem Hintergrund einiger völkerstrafrechtlicher Eigentümlichkeiten gleich unter mehreren Gesichtspunkten nicht unproblematisch. Bei diesen – zumeist bereits das Notwehrrecht als solches betreffenden – Besonderheiten handelt es sich namentlich um die Berücksichtigung von Abwehrbefugnissen bereits auf der Tatbestandsebene (dazu a), um den Bezugspunkt des Rechtswidrigkeitsurteils eines Angriffs (dazu a) sowie den (vermeintlich) kollektivschützenden Charakter der vom Völkerstrafrecht geschützten Rechtsgüter (dazu c).

### a) Einschränkungen auf Tatbestandsebene

In zahlreichen Konstellationen, bei denen, beurteilte man diese nach dem StGB, der Gesichtspunkt der Notwehr(überschreitung) relevant wäre, spielt dieser im Völkerstrafrecht schon deshalb keine Rolle, weil bereits die Ausgestaltung der völkerrechtlichen Straftatbestände die Verteidigungssituation gewissermaßen mitgeregelt hat. An einem Beispiel:

*Fall I:* Der Soldat S ist im Rahmen eines internationalen bewaffneten Konflikts als Angehöriger der Streitkräfte von A zur Bewachung eines Munitionslagers eingeteilt. Als dieses zum Ziel eines militärischen Angriffs der Gegenseite wird, verteidigt S das Lager erfolgreich mit Ge- wehrschüssen. Hierfür war es allerdings erforderlich, den gegnerischen Soldaten G und einen zufällig im Schussfeld befindlichen Zivilisten Z zu töten.

Beurteilt nach den Maßstäben des StGB, handelt es sich um eine Nothilfesituation für fremdes Eigentum (Schutz des Munitionslagers), gepaart mit einem geradezu klassischen Beispiel für den Fall einer – i.E. nicht entschuldbaren – „personalen Grenzüberschreitung“ (Tötung unbeteiligter Dritter)<sup>40</sup>. Die hier relevanten (und gegenüber dem StGB vorrangigen)<sup>41</sup> Kriegsverbrechenstatbestände des VStGB lassen für derartige Überlegungen indes keinen Raum; es mangelt bereits an einer zu rechtfertigenden oder entschuldigenden „Tat“.

Die Tötung des attackierenden Soldaten G unterfällt keinem VStGB-Tatbestand; denn einer Grundregel des bewaffneten Konflikts zufolge ist die „einfache“ Tötung des gegnerischen Kampfpersonals unabhängig vom Vorliegen einer konkreten Notsituation prinzipiell erlaubt.<sup>42</sup> Hingegen unterfällt die Tötung des Z prima facie dem Tatbestand des § 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB, da es sich bei diesem nach Abs. 6 Nr. 1 dieser Vorschrift um eine zu schützende Zivilperson handelt.

<sup>34</sup> Vgl. ICTY, Urt. v. 26.1.2001 – IT-95-14/2-T (Prosecutor v. Kordić & Čerkez), para. 451 („The principle of self-defence [...] may be regarded as constituting a rule of customary international law“); *Werle*, Völkerstrafrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 588; *Werle/Jeffberger*, Principles of International Criminal Law, 3. Aufl. 2014, Rn. 621; *Weigend* (Fn. 33), S. 1445.

Eine krit. Auseinandersetzung mit der von *David* vertretenen Gegenauffassung, wonach Notwehr im Völkerstrafrecht prinzipiell nicht in Betracht komme, findet sich bei *Ambos*, in: Brown (Hrsg.), Research Handbook on International Criminal Law, 2011, S. 299 (309 f.); *Weigend* (Fn. 33), S. 1440 ff.

<sup>35</sup> BT-Drs. 14/8524, S. 15; *Werle*, in: Joecks/Miebach (Fn. 2), Einleitung VStGB Rn. 47; *Weigend* (Fn. 33), S. 1451; *Satzger*, NStZ 2002, 125 (128); *Merkel*, ZStW 114 (2002), 437 (447); *A. Zimmermann*, ZRP 2002, 97 (100). Zu Einschränkungen hinsichtlich der notwehrfähigen Rechtsgüter sowie der Beachtlichkeit einer gewissen Verhältnismäßigkeit *Ambos* (Fn. 33), S. 830 f.

<sup>36</sup> Zutreffend leiten *Werle* (Fn. 34), Rn. 591, und *Safferling*, Internationales Strafrecht, 2011, § 5 Rn. 48, aus den in Art. 31 Abs. 1 lit. c) Rom-Statut genannten, allein die Kriegsverbrechenstatbestände betreffenden zusätzlichen Einschränkungen der völkerstrafrechtlichen Notwehr ab, dass diese nicht nur auf den Bereich der Kriegsverbrechen beschränkt sein könne.

<sup>37</sup> So jew. ganz knapp *Safferling* (Fn. 36), § 8 Rn. 9; *Esser*, Europäisches und Internationales Strafrecht, 2014, § 21 Rn. 27; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. 2013, § 17 Rn. 21; ders., NStZ 2002, 125 (128); *Weigend* (Fn. 2), § 2 VStGB Rn. 18.; *Merkel*, ZStW 114 (2002), 437 (447).

<sup>38</sup> Näher zur völkerstrafrechtliche Strafzweckdebatte *T. Zimmermann*, ZIS 2013, 102 (113 ff.); *Ambos/Steiner*, JuS 2001, 9; *Neubacher*, NJW 2006, 966.

<sup>39</sup> Für eine vertragstheoretische Skizze siehe *T. Zimmermann*, JZ 2014, 388 (389 f. mit Fn. 23).

<sup>40</sup> Vgl. hierzu RGSt 54, 36 mit krit. Besprechung von *Roxin* (Fn. 8), S. 111 mit Fn. 35.

<sup>41</sup> *T. Zimmermann*, GA 2010, 507 (513 f.).

<sup>42</sup> Ausführlich *T. Zimmermann*, GA 2010, 507 (509 ff.).

Allerdings ist der Tatbestand teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass die durch eine im Einzelfall völkerrechtlich zulässige Kriegshandlung verursachte Tötung nicht erfasst wird.<sup>43</sup> So liegt es hier: Einem nahezu unbestrittenen (und in § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 VStGB positiv anerkannten) Grundsatz zufolge sind im Rahmen von militärischen Auseinandersetzungen unbeabsichtigte Tötungen von Zivilisten (sog. Kollateralschäden) solange nicht verboten, wie diese nicht außer Verhältnis zu dem damit bezweckten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil stehen.<sup>44</sup> Danach handelte S nicht unerlaubt, da kriegsrechtlichen Maßstäben zufolge der Verlust eines Menschenlebens nicht viel schwerer wiegt als der Verlust eines Munitionslagers.

## b) Rechtswidriger Angriff

Das Notwehrrecht gem. § 32 StGB erfordert, ebenso wie die Exzessentschuldigung gem. § 33 StGB, das Vorliegen eines rechtswidrigen Angriffs. Nähere Ausführungen hierzu sind angebracht, da dieses Merkmal im völkerstrafrechtlichen Kontext sehr leicht Verwirrung stiftet. So ist insbesondere bei Taten im Zusammenhang mit bewaffneten Konflikten nämlich streng zu differenzieren zwischen dem auf der Ebene des ius contra bellum (internum) relevanten konfliktauslösenden Angriffsverhalten einer Kriegspartei einerseits und der nach dem ius in bello zu beurteilenden rechtswidrigen Einzelaktion im Verlauf der Konfliktaustragung andererseits (spiegelbildlich dazu muss unterschieden werden zwischen dem Selbstverteidigungsrecht eines Kollektivs auf der einen und dem Selbstverteidigungsrecht des Individuums auf der anderen Seite<sup>45</sup>). Denn für die hier interessierende Frage nach dem Vorliegen einer Notwehrlage i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB ist ausschließlich die Ebene des ius in bello relevant. Dazu folgendes Beispiel:

*Fall 2:* Im Rahmen eines internationalen bewaffneten Konflikts, welcher durch eine Aggression des A-Landes gegen den V-Staat ausgelöst worden ist, dient der Soldat S auf Seiten der V-Armee. Als sich S in einem Lazarett der V-Streitkräfte befindet, wird dieses von der A-Armee angegriffen. Als einziges Verteidigungsmittel steht S ein mit Dum Dum-Munition geladenes Gewehr zur Verfügung, von dem er sodann Gebrauch macht.

<sup>43</sup> A. Zimmermann/Geiß, in: Joecks/Miebach (Fn. 2), § 8 VStGB Rn. 259.

<sup>44</sup> Siehe nur Ambos, in: Joecks/Miebach (Fn. 2), Vor §§ 8 ff. VStGB Rn. 43; Safferling/Kirsch, ZJS 2012, 672 (675). Zu den rechtsethischen Hintergründen Merkel, JZ 2012, 1137 mit Replik T. Zimmermann, JZ 2014, 388, sowie die Diskussion zum Referat von Merkel, in: Prittitz u.a. (Hrsg.), Rationalität und Empathie, Kriminalwissenschaftliches Symposium für Klaus Lüderssen zum 80. Geburtstag, 2014, S. 248 ff.

<sup>45</sup> Näher Werle (Fn. 34), Rn. 597 f.; Weigend (Fn. 33), S. 1441 f.; Ambos (Fn. 34), S. 309; Nill-Theobald, „Defences“ bei Kriegsverbrechen am Beispiel Deutschlands und der USA, 1998, S. 358 ff.

Durch die Verwendung der Dum Dum-Munition erfüllt S den Tatbestand eines Kriegsverbrechens, § 12 Abs. 1 Nr. 3 VStGB. Für die Frage, ob sich S auf ein Notwehrrecht (oder wenigstens auf eine Entschuldigung für die Überschreitung desselben) berufen kann, ist das Vorliegen eines rechtswidrigen Angriffs auf das Lazarett zu klären. Nach dem zuvor Gesagten kann die Rechtswidrigkeit des Angriffs der A-Armee auf das V-Lazarett nicht damit begründet werden, dass die Führung von A-Land einen verbotenen Angriffskrieg (vgl. Art. 2 Nr. 4 UN-Charta)<sup>46</sup> vom Zaun gebrochen hat. Zwar hat die Frage, wer den Konflikt ausgelöst hat, durchaus (völker)strafrechtliche Relevanz: Das unnötige Auslösen eines internationalen bewaffneten Konflikts kann als unerlaubter Angriffskrieg (Art. 8<sup>bis</sup> Rom-Statut; § 80 StGB)<sup>47</sup>, das Verursachen eines nicht-internationalen bewaffneten Konflikts ggf. als Verfassungshochverrat (z.B. § 81 StGB) strafbar sein,<sup>48</sup> spiegelbildlich dazu steht dem angegriffenen Kollektiv auch ein Recht zu, sich gegen den Aggressor militärisch zur Wehr zu setzen (im internationalen bewaffneten Konflikt nach dem Selbstverteidigungsrecht gem. Art. 51 UN-Charta, im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt nach dem allgemeinen Widerstandsrecht,<sup>49</sup> vgl. Art. 20 Abs. 4 GG). Jedoch bezieht sich das Urteil der Rechtswidrigkeit bei der individuellen Selbstverteidigung gem. § 32 StGB nicht auf die konfliktauslösende Angriffshandlung eines Kollektivs, sondern allein auf den konkreten Einzelakt im Konfliktverlauf. Denn durch das mit der Entstehung des bewaffneten Konflikts einhergehende „Umschalten“ von Friedens- auf Kriegsrecht werden die Rechte und Pflichten des Kampfpersonals der Konfliktparteien egalisiert<sup>50</sup> – es gelten daher für beide Seiten ungeachtet der Kriegsschuldfrage dieselben Regeln und die Berufung auf einen „gerechten Krieg“ ist hinsichtlich des Wie der Kriegsführung ausgeschlossen. Entsprechend kann sich auf Notwehr ggf. auch der Angehörige einer Armee berufen, die einen verbotenen Angriffskrieg führt,<sup>51</sup> und die bloße Teilnahme an einem Verteidigungskrieg stellt für sich genommen noch keine Notwehrlage dar. Kurz: Das ius ad bellum spielt für die Frage der Rechtswidrigkeit eines einzelnen Angriffsakts keine Rolle. Dies ist in Art. 31 Abs. 1 lit. c) S. 2 Rom-Statut deklarato-

<sup>46</sup> Näher zum Gewaltverbot etwa Hilpold, JA 2006, 234.

<sup>47</sup> Zur Frage, ob Aggressionsverbrechen künftig in das VStGB aufgenommen werden sollten, siehe A. Zimmermann/Henn, ZRP 2013, 240.

<sup>48</sup> Dazu, ob die vorsätzliche Auslösung eines nicht-internationalen Konflikts künftig auch als völkerrechtliches Verbrechen eingestuft werden sollte, siehe Kreß, JZ 2014, 365 (371 ff.); T. Zimmermann, JZ 2014, 388 (391).

<sup>49</sup> Einzelheiten sind noch völlig ungeklärt, vgl. Kreß, JZ 2014, 365 (371); T. Zimmermann, JZ 2014, 388 (391), sowie die Kontroverse zwischen Merkel, FAZ v. 22.3.2011, S. 31; ders., ZIS 2011, 771, und Tomuschat, FAZ v. 23.3.2011, S. 29.

<sup>50</sup> Ausführlich T. Zimmermann, GA 2010, 507 (509 ff.).

<sup>51</sup> Weigend (Fn. 33), S. 1442.

risch festgehalten und heute praktisch allg. Ansicht<sup>52</sup> (zumindest unter Völkerstrafrechtlern<sup>53</sup>). Für Fall 2 folgt aus allem, dass S sich nicht schon deshalb in einer Notwehrlage befunden hat, weil der Lazarettangriff der Gegenseite Teil der Durchführung eines Angriffsriegs ist. Dass S sich hier gleichwohl eines rechtswidrigen Angriffs versah, folgt vielmehr aus dem Umstand, dass der Angriff auf ein Lazarett nach dem humanitären Völkerrecht verboten und seinerseits als Kriegsverbrechen strafbar ist (vgl. § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VStGB).

### c) Verteidigung

Verteidigung im Sinne des § 32 Abs. 2 StGB setzt schon begrifflich voraus, dass sich der Notwehrende mit seiner tatbestandlichen Defensivaktion ausschließlich gegen die Rechtsgüter des Angreifers wendet; die Schädigung von Rechtsgütern Dritter zur Angriffsabwehr kann deshalb niemals durch Notwehr gerechtfertigt sein<sup>54</sup> (allenfalls unter Notstandsgesichtspunkten kommt eine Erlaubnis in Betracht). Und ebenso wie das Notwehrrecht setzt auch die Entschuldigung seiner Überschreitung voraus, dass sich die exzessive Notwehrhandlung zumindest gegen den „richtigen“ Adressaten – den Angreifer – richtet: Überschreitet der Defensor jene personale Grenze zulässiger Selbstverteidigung, kann er sich, wie eingangs dargelegt, nicht auf § 33 StGB berufen.

Dieses Ur-Dogma der deutschen Notwehrdogmatik beansprucht zudem Gültigkeit sowohl im common law<sup>55</sup> als auch

im Völkerstrafrecht<sup>56</sup>. Daraus erwächst allerdings ein gravierendes, bislang völlig übergegangenes Problem, zu dessen Veranschaulichung folgendes Beispiel dient:

*Fall 3:*<sup>57</sup> Soldat S ist nach der siegreichen Einnahme einer Siedlung in die Dorfschenke eingekehrt, wo sich auch einige Dorfbewohner aufhalten. Dorfbewohner D holt in der Küche ein Fleischermesser und geht damit auf den S los. Obwohl dieser den D ohne Weiteres seinerseits mit einem Messerstich kampfunfähig machen könnte, erschießt S den D in einer schreckbedingten Überreaktion.

S verwirklicht den Tatbestand des § 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB, da es sich bei D um einen Zivilisten handelt. Zugleich besteht aber eine Notwehrlage, denn es droht dem S unmittelbare Gewalt durch D, die auch ihrerseits unrechtmäßig ist, weil Zivilisten sich nicht an Feindseligkeiten beteiligen dürfen.<sup>58</sup> In Analogie zu dem eingangs erwähnten Beispiel (s.o. II. 1.) scheint auch die weitere Lösung angesichts der strukturellen Identität beider Fälle vorgezeichnet: Auf Notwehr kann S sich infolge seiner zu intensiven Verteidigungshandlung nicht berufen, jedoch greift § 33 StGB und S ist exkulpiert. Damit überginge man indes jenen notwehrdogmatischen Grundsatz, wonach (sowohl gerechtfertigte als auch exzessbedingt bloß entschuldigte) Verteidigung stets zur Voraussetzung hat, dass die Notwehrhandlung ausschließlich Rechtsgüter des Angreifers beeinträchtigt.<sup>59</sup> Als Ausprägung dieses Grundsatzes ist nach praktisch allg. Ansicht nämlich auch diejenige „Verteidigung“ unzulässig, durch welche neben Individualrechtsgütern des Angreifers notwendigerweise zugleich Universalrechtsgüter (d.h. solche der Allgemeinheit) verletzt werden.<sup>60</sup> Folgt man aber der h.M. zum Rechtsgut der Kriegsverbrechenstatbestände, geschieht im Fall 3 genau dies: Da diese Strafnormen nach fast einhelliger Auffassung neben Individualrechtsgütern auch<sup>61</sup> (oder sogar nur)<sup>62</sup> überindividuelle Rechtsgüter schützen (häufig genannt wird der „Weltfrieden“), greift das von S begangene Kriegsverbrechen nicht (nur) in das Individualrechtsgut Leben (des D) ein, sondern (zumindest auch) in ein globales Kollektivinteresse am Unterbleiben der Tötung von Zivilisten im Krieg. Folgt man der

<sup>52</sup> Siehe nur ICTY, Urt. v. 26.1.2001 – IT-95-14/2-T (Prosecutor v. Kordić & Čerkez), para. 452; *Werle* (Fn. 34), Rn. 598; *Ambos*, Internationales Strafrecht, 4. Aufl. 2014, § 7 Rn. 84; *Eser*, in: Triffterer (Hrsg.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2. Aufl. 2008, Art. 31 Rn. 39 f. Ebenso bereits OLG Dresden SJZ 1947, 519 (521). Anders etwa noch *Arndt*, SJZ 1947, 330 (333), demzufolge die Beteiligung eines einfachen Soldaten an Hitlers Angriffsriegs per se rechtswidrig war und allenfalls „aus Rechtsirrtum oder Notstand gerechtfertigt sein [konnte].“

<sup>53</sup> Demgegenüber finden sich in der geschichtswissenschaftlichen Literatur namhafte Stimmen, die für bestimmte Kriegsverbrechen – etwa die Flächenbombardements der britischen Luftwaffe im Zweiten Weltkrieg oder den Abwurf der Atombomben über Japan – eine moralische Rechtfertigung (oder zumindest Entschuldigung) der verantwortlichen Politiker unter Hinweis auf die Kriegsschuld der Gegenseite (und eine damit verbundene Erwartungshaltung der eigenen Bevölkerungsmehrheit, um jeden Preis einen Siegfrieden zu erringen) zu konstruieren versuchen. Zahlreiche Nachweise bei *Fritze*, Die Moral des Bombenterrors, 2007, S. 267 ff., der für seine zutreffende Kritik hieran u.a. die zu § 33 StGB entwickelten Grundsätze heranzieht.

<sup>54</sup> BGH NStZ 1994, 277 (278); *Engländer* (Fn. 5), § 32 Rn. 23; *Erb* (Fn. 20), § 32 Rn. 123; *Kindhäuser* (Fn. 7), § 32 Rn. 80.

<sup>55</sup> Näher *Watzek*, Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht, 1997, S. 108 f. m.w.N.

<sup>56</sup> *Safferling* (Fn. 36), § 5 Rn. 66; *Weigend* (Fn. 33), S. 1443; *Eser* (Fn. 52), Art. 31 Rn. 46 Fn. 121.

<sup>57</sup> Nach *Safferling* (Fn. 36), § 5 Rn. 47.

<sup>58</sup> *Safferling* (Fn. 36), § 5 Rn. 47; *A. Zimmermann/Geiß* (Fn. 43), § 8 VStGB Rn. 80.

<sup>59</sup> Ohne das Problem anzusprechen gehen von Verteidigung im notwehrrechtlichen Sinne aus *A. Zimmermann/Geiß* (Fn. 43), § 8 VStGB Rn. 15; *Safferling* (Fn. 36), § 5 Rn. 47.

<sup>60</sup> Zu § 32: *Rönnau/Hohn*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 1), § 32 Rn. 160; *Engländer* (Fn. 5), § 32 Rn. 23. Zu § 33: *Zieschang* (Fn. 1), § 33 Rn. 13 ff.; *Rogall* (Fn. 5), § 33 Rn. 7; *Kindhäuser* (Fn. 7), § 33 Rn. 13.

<sup>61</sup> *Ambos* (Fn. 44), Vor §§ 8 ff. VStGB Rn. 3; *ders.* (Fn. 52), § 7 Rn. 231; *Kreß*, in: Joecks/Miebach (Fn. 2), § 12 VStGB Rn. 2; *Werle* (Fn. 34), Rn. 1065 f.; *Esser* (Fn. 37), § 20 Rn. 54; *Satzger* (Fn. 37), § 16 Rn. 57.

<sup>62</sup> So *Safferling* (Fn. 36), § 6 Rn. 127.

h.M., käme ein Straffreistellungsgrund nach § 32 oder § 33 StGB bei Kriegsverbrechen deshalb per se nicht in Betracht; dasselbe gälte zudem erst recht für Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, da auch insoweit nach ganz h.M. (zumindest auch) überindividuelle Rechtsgüter zugrunde liegen.<sup>63</sup> Welche das Notwehrrecht betreffenden Folgen zeitigt dieser Befund? Verschiedene Argumentationsmuster sind denkbar.

## *aa) Nichtexistenz eines individuellen Notwehrrechts im Völkerstrafrecht*

Naheliegend erscheint es zunächst, die Möglichkeit einer Notwehrfertigung bei völkerrechtlichen Verbrechen (und akzessorisch dazu auch einer Entschuldigung wegen Exzesses) für gänzlich ausgeschlossen zu betrachten.<sup>64</sup>

Diese Konsequenz ist allerdings fast schon zu radikal, um richtig sein zu können. Immerhin gehen Rspr. und Schrifttum nahezu einhellig davon aus, dass die individuelle Selbstverteidigung im Völkerstrafrecht sehr wohl einen anerkannten Straffreistellungsgrund darstellt. Zudem müsste man dann die Notwehrvorschrift des Art. 31 Abs. 1 lit. c) Rom-Statut als einen groben Konstruktionsfehler des Statuts betrachten. Neben diesen – starken – formalen Argumenten wäre ein genereller Ausschluss des Notwehrrechts im Völkerstrafrecht auch vom Ergebnis her befremdlich. Denn es wäre schlichtweg unzumutbar, müsste, wie im Beispielsfall der S, ein Soldat im Interesse des Weltfriedens seine eigene rechtswidrige Tötung ohne Gegenwehr von Völkerrechts wegen hinnehmen.<sup>65</sup> Ferner ist nicht recht ersichtlich, warum es für den Weltfrieden nicht mindestens gleichermaßen abträglich wäre, müssten widerrechtliche Einzelangriffe im Völkerstrafrecht ohne Abwehrmöglichkeit hingenommen werden. Die gänzliche Verneinung jeglicher Notwehr ist deshalb m.E. kein gangbarer Ausweg.

<sup>63</sup> Zum Genozid: BGH NStZ 1999, 396 (401); *Safferling* (Fn. 36), § 6 Rn. 9 f.; *Esser* (Fn. 37), § 20 Rn. 6 (jew. nur kollektives Rechtsgut); *Werle* (Fn. 34), Rn. 757 ff.; *Ambos* (Fn. 52), § 7 Rn. 124 f.; *Satzger* (Fn. 37), § 16 Rn. 7; *Kreß* (Fn. 61), § 6 VStGB Rn. 2 (jew. Kollektiv- und Individualrechtsgüter). Zu Menschlichkeitsverbrechen: *Safferling* (Fn. 36), § 6 Rn. 54 (nur kollektives Rechtsgut); *Esser* (Fn. 37), § 20 Rn. 27; *Satzger* (Fn. 37), § 16 Rn. 32 (jew. „primär“ kollektives Rechtsgut geschützt); *Werle* (Fn. 34), Rn. 860; *Werle/Burchards*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 2), § 7 VStGB Rn. 1; *Ambos* (Fn. 52), § 7 Rn. 173; *Vest*, ZStW 113 (2001), 457 (464); *Lampe*, in: *Hirsch/Wolter/Brauns* (Hrsg.), Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag, 2003, S. 147 (155 f., jew. Kollektiv- und Individualrechtsgüter).

<sup>64</sup> So wird bspw. auch angenommen, eine Einwilligung in völkerstrafrechtliche Verbrechen sei deshalb unmöglich, weil „Völkerrechtsverbrechen [sich] durchweg auch gegen überindividuelle Interessen richten“, *Werle* (Fn. 34), Rn. 663. Übereinstimmend *Ambos* (Fn. 34), S. 328; *Safferling* (Fn. 36), § 5 Rn. 64.

<sup>65</sup> So auch *Weigend* (Fn. 33), S. 1444; *Nill-Theobald* (Fn. 45), S. 198.

## *bb) Modifikation der Notwehrdogmatik*

Will man sowohl an dem Postulat überindividueller Schutzgüter festhalten als auch im Völkerstrafrecht die Existenz eines Notwehrrechts begründen, könnte die Lösung in einer völkerstrafrechtlichen Sonderdogmatik der Notwehr zu suchen sein. Als Ansatzpunkt könnte die nationale Rspr. zu den Fällen der erforderlichen Verteidigungshandlung mittels eines waffenrechtlich verbotenen Werkzeugs herangezogen werden. In derartigen Fällen nimmt der BGH – entgegen der ganz h.L.<sup>66</sup> – regelmäßig Notwehr nicht nur hinsichtlich der körperlichen Beeinträchtigung des Angreifers, sondern auch bezüglich des die Allgemeinheit schützenden Verbots der Verwendung illegaler Waffen an.<sup>67</sup> Diese Lösung ließe sich offenbar problemlos auf einige Kriegsverbrechen – etwa den in Fall 2 thematisierten Gebrauch von Dum Dum-Geschossen oder gar den Einsatz von Giftgas, soweit dieser seinerseits zur Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs dient – übertragen.

Allerdings erscheint auch diese Überlegung kaum erfolgversprechend. Außer einer schlichten Behauptung hat es der BGH nie vermocht, seine Position auch nur irgendwie näher zu begründen; tatsächlich ist die Linie des Gerichts auch keineswegs einheitlich.<sup>68</sup> Und auch in der Literatur wird eine Notwehrfertigung der „drittewirkenden Notwehr“<sup>69</sup>, so weit ersichtlich, nicht (mehr) vertreten.<sup>70</sup> Schließlich greift bei den hier interessierenden Fällen auch nicht das beim BGH latent mitschwingende Argument, wonach es sich bei der zu rechtfertigenden Verletzung des Allgemeinrechtsguts (Waffenverbot) lediglich um den verhältnismäßig gering wiegenden Begleiteffekt einer fraglos durch Notwehr erlaubten Haupttat (Verletzung oder Tötung des Angreifers) handelt; denn im Völkerstrafrecht geht es ja gerade um die Rechtfertigung der Haupttat. Es ist daher nicht ansatzweise auszumachen, auf welche überzeugenden Argumente – vom Ergebnis einmal abgesehen – sich eine völkerstrafrechtliche Sonderdogmatik stützen ließe. Dies gilt umso mehr, als auch die common law-Rspr. in den Fällen der erforderlichen Verteidigung mit verbotenen Waffen hinsichtlich der waffenrechtlichen Straftat eine Berufung auf Notwehr ablehnt.<sup>71</sup>

<sup>66</sup> *Perron* (Fn. 12), § 32 Rn. 32 f.; *Erb* (Fn. 20), § 32 Rn. 123; *Günther*, in: *Wolter* (Fn. 5), § 32 Rn. 84a; *Heinrich*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 2), § 52 WaffG Rn. 168.

<sup>67</sup> BGHSt 39, 305 (308); BGH NStZ 2011, 82 (83); BGH NJW 2001, 3200 (3203).

<sup>68</sup> In BGH NJW 1986, 2716 (2717), wird stattdessen auf die Notstands-Vorschriften abgestellt.

<sup>69</sup> Begriff bei *Zieschang* (Fn. 1), § 32 Rn. 13.

<sup>70</sup> Die Position von *Spandel*, in: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 11. Aufl. 2003, § 32 Rn. 210 ff.; *ders.*, NStZ 1994, 279, wonach Rechtsgüter Dritter ausnahmsweise qua Notwehr beeinträchtigt werden dürfen, wenn diese in den Angriff „verstrickt“ sind, hat keine Anhängerschaft gefunden. Zudem hat *Spandel* stets betont, dass Eingriffe in Kollektivrechtsgüter von dieser Ausnahme ohnehin nicht erfasst seien (a.a.O., § 32 Rn. 207 f.).

<sup>71</sup> So etwa der englische Court of Appeal (1984) 1 Q.B.D., 456 (471). Ebenso *Ormerod*, in: *Smith/Hogan*, Criminal Law,

## cc) Notwehr als bloßer Strafunrechtsausschließungsgrund

Nach der maßgeblich von *Günther* geprägten Lehre von den Strafunrechtsausschließungsgründen<sup>72</sup> soll die durch das Erfüllen eines Straftatbestands indizierte Strafwürdigkeit eines Verhaltens dann entfallen, wenn besondere Umstände zwar zur Legitimation einer „echten“ Eingriffsbefugnis nicht hinreichen, diese aber gleichwohl das Unrecht der Tat soweit verringern, dass dieses nunmehr unterhalb der Schwelle der Strafwürdigkeit liegt. Dies soll etwa bei bestimmten Konstellationen der Notwehrüberschreitung der Fall sein.<sup>73</sup> Auf die völkerstrafrechtlichen Tatbestände bezogen könnte diese Argumentation fruchtbare gemacht werden, weil nach h.A. die Strafwürdigkeit der völkerrechtlichen Verbrechen ja gerade auf einer kumulierten Verletzung von Individual- und Universalrechtsgütern beruht. Entfällt aber in den Fällen der Selbstverteidigung immerhin die Verletzung eines Individualrechtsguts – denn insoweit besteht ja kein Zweifel, dass dem widerrechtlich Angreifenden kein Unrecht geschieht –, könnte man die noch verbleibende Beeinträchtigung des Kollektivrechtsguts unterhalb der Strafwürdigkeitsschwelle taxieren. Demnach wäre die Notwehr bei der Verwirklichung völkerstrafrechtlicher Tatbestände immerhin als Strafunrechtsausschließungsgrund begründbar.

Auch diese Argumentation kann indes, unabhängig von der Überzeugungskraft des Konzepts an sich, nicht überzeugen. Strafunrechtsausschließungsgründe kennzeichnen sich dadurch, dass zwar eine Entkriminalisierung eintritt, die Tat aber im Übrigen rechtswidrig und das fragliche Verhalten mithin verboten bleibt.<sup>74</sup> Diese dogmatische Konsequenz lässt sich nicht damit vereinbaren, dass die Notwehr bei VStGB-Taten auf § 32 StGB gestützt sein soll, welcher als Rechtsfolge aber eine „vollständige“ Erlaubnis vorsieht.<sup>75</sup>

---

11. Aufl. 2005, S. 340 ff., der hinsichtlich des verbotenen Waffeneinsatzes Notstand annimmt.

<sup>72</sup> *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Unrechtsausschlusschluss, 1983. Grds. zustimmend *Hauck*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar StGB, 2. Aufl. 2014, Vor §§ 32 ff. Rn. 5; *Engländer* (Fn. 5), Vor §§ 32 ff. Rn. 3 (dort auch mit Nachweisen zu abl. Stellungnahmen).

<sup>73</sup> *Günther* (Fn. 72), S. 324 ff., der von „notwehrähnlichen Lagen“ spricht.

<sup>74</sup> *Günther*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 31. Lfg., Stand: September 1999, § 32 Rn. 57; *Engländer* (Fn. 5), Vor §§ 32 ff. Rn. 3; *T. Zimmermann* (Fn. 25 – Rettungstötungen), S. 223 Fn. 817.

<sup>75</sup> Anders ließe sich möglicherweise zur Notwehrvorschrift des Rom-Statuts argumentieren, da diese – entsprechend der common law-Tradition (dazu *Watzen* [Fn. 55], S. 74 ff.; *Radbruch*, Der Geist des Englischen Rechts, 1. Aufl. 1946, S. 72 ff.) – keiner zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung differenzierenden Systematik folgt, sondern im Rahmen eines zweigliedrigen Deliktsaufbaus nur Strafausschlussgründe kennt (näher *Ambos* [Fn. 52], § 7 Rn. 2, 77; *Safferling* [Fn. 36], § 5 Rn. 45 [der allerdings in Bezug auf Art. 8 Rom-Statut gleichwohl zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen differenziert, § 6 Rn. 130]; *Satzger* [Fn. 37], § 15 Rn. 29. Krit. *Merkel*, ZStW 114 [2002], 437 [448]:

## dd) Revision des Dogmas vom Kollektivrechtsgut

Betrachtet man alle bisherigen Lösungsansätze für gescheitert, bleibt nur noch die Möglichkeit, die h.A. zu hinterfragen, wonach es sich bei allen VStGB-Tatbeständen (auch) um solche zum Schutz von überindividuellen Rechtsgütern handle. Sollte sich nämlich herausstellen, dass – wie von einigen (wenigen) Stimmen vertreten<sup>76</sup> – zumindest manche völkerrechtliche Verbrechenstatbestände ausschließlich Individualrechtsgüter schützen, erübrigte sich zumindest hinsichtlich dieser Tatbestände das Problem der dogmatischen Unbegründbarkeit eines Notwehrrechts.

Relativ unstrittig ist, dass wenigstens manche völkerstrafrechtlichen Verbrechen auch eine individualschützende Komponente aufweisen.<sup>77</sup> Diese Annahme leuchtet unmittelbar ein, da zur Verwirklichung zahlreicher VStGB-Tatbestände die Schädigung konkreter individueller Personen erforderlich ist. Entsprechend sind viele VStGB-Tatbestände in einer Weise formuliert, die im nationalen Strafrecht keinen Zweifel an dem individualschützenden Charakter der Norm ließe – bspw. der Völkermord gem. § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB („Wer [...] einem Mitglied der Gruppe schwere körperliche [...] Schäden [...] zufügt“), das Menschlichkeitsverbrechen gem. § 7 Abs. 1 Nr. 6 VStGB („Wer [...] einen anderen Menschen [...] vergewaltigt“) oder das Kriegsverbrechen gegen Personen gem. § 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB („Wer [...] eine [...] zu schützende Person tötet“).

Im hiesigen Kontext fraglich ist daher lediglich, ob es zutrifft, dass neben diesen Individualrechtsgütern zugleich auch überindividuelle Rechtsgüter geschützt werden. An dieser Stelle offenbart sich allerdings ein fundamentales Problem

---

„fühlbarer Mangel“). Allerdings ist, wenigstens bei deutschen Autoren, eine starke Tendenz zu erkennen, den Straffreistellungsgrund des Art. 31 Abs. 1 lit. c) Rom-Statut der Sache nach als echte Erlaubnis zu interpretieren, vgl. *Kreß*, Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuchs, 2000, S. 27 f. („Notwehrbefugnis“); *Weigend* (Fn. 33), S. 1445 („Notwehrrecht“); *Werle* (Fn. 34), Rn. 588 („Recht auf Notwehr“); *Ambos* (Fn. 52), § 7 Rn. 78 Schaubild 10 („Rechtswidrigkeitsebene“); *Satzger* (Fn. 37), § 15 Rn. 31; *Eser* (Fn. 52), Art. 31 Rn. 48 („justification“). Ebenso *Cassese* (Hrsg.), International Criminal Law, 3. Aufl. 2013, S. 210 ff. („justification“). Dazu, dass auch das anglo-amerikanische Recht (inzwischen) dazu tendiert, die Notwehr als Rechtfertigungsgrund („justification“) zu interpretieren, *Dubber/Hörnle*, Criminal Law, A Comparative Approach, 2014, S. 185, 390 ff.

<sup>76</sup> Zu Verbrechen gegen die Menschlichkeit etwa *Gil Gil*, ZStW 112 (2000), 381 (382 ff.); *Kirsch*, in: *Michalke* (Hrsg.), Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24.12.2008, 2008, S. 269 (284 f.); *ders.*, Der Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, 2009, S. 123; zum Genozid *Drost*, The Crime of State II, Genocide, 1959, S. 124 f., zu Kriegsverbrechen gem. § 8 VStGB *A. Zimmermann/Geiß* (Fn. 43), § 8 VStGB Rn. 1 ff.

<sup>77</sup> Siehe die Nachweise in Fn. 61 und 63. A.A. *Safferling* (Fn. 36), § 4 Rn. 65, demzufolge ausschließlich kollektive Rechtsgüter geschützt sind.

der Völkerstrafrechtswissenschaft, nämlich das latent unklare Verhältnis von Individual- und Kollektivinteressen bei der Begründung völkerstrafrechtlicher Normen.<sup>78</sup> Häufig sind in diesem Zusammenhang Formulierungen der Art anzutreffen, das Völkerstrafrecht diene dem globalen Interesse an einem friedlichen Zusammenleben der Völker,<sup>79</sup> wobei der Inhaber dieses Interesses nur ein Kollektiv sein könne (entweder die Menschheit als Ganzes<sup>80</sup> oder zumindest einzelne Staaten als ihrerseits supraindividuelle Entitäten<sup>81</sup>). Das ist gewiss richtig und erklärt nebenbei auch, weshalb das Völkerstrafrecht – im Unterschied zum nationalen Strafrecht – bisweilen utilitaristisch anmutende Züge aufweist.<sup>82</sup> Allerdings leitet die h.M. aus diesem Befund zusätzlich ab, dass deshalb auch das Rechtsgut der völkerstrafrechtlichen Tatbestände (zumindest auch) überindividueller Natur sein müsse.<sup>83</sup> Dieser Schluss macht es sich jedoch zu einfach. Denn dass auch eine nationale Strafrechtsordnung eine gemeinschaftlich – also kollektiv – betriebene „Friedensordnung“ darstellt,<sup>84</sup> ist ebenso unbestritten wie die Tatsache, dass hieraus kein Präjudiz für die Frage abzuleiten ist, ob es sich bei den konkreten Tatbeständen dieser Ordnung um individual- oder kollektivschützende handelt. Schließt man also vom (kollektiven) Geltungsinteresse bezüglich einer Strafrechtsordnung an sich auf den Träger einzelner von dieser Ordnung geschützter Rechtsgüter, werden Fragen der Geltungsgründe mit denjenigen der Rechtsgutsträgerschaft vermenkt.<sup>85</sup>

Konkreter: Ein Unterschied zwischen nationalem und Völkerstrafrecht besteht darin, dass den erhöhten (weil globalen) Geltungsgrad des Letzteren nur solche Strafnormen erhalten können, welche sich auf ein weltweites Interesse am Unterbleiben der darin pönalisierten Schädigungshandlungen berufen können. Ein solcherart globales Interesse ist nur bei Taten anzunehmen, die das gedeihliche Zusammenleben der Völker zu beeinträchtigen geeignet sind. Damit ist aber lediglich eine Frage nach der Bedingung für eine globale Normgeltung – gewissermaßen eine besondere Zuständigkeitsre-

gel<sup>86</sup> – geklärt. Keineswegs vorentschieden ist damit aber, ob diese Taten, deren Begehung den Weltfrieden zu erschüttern vermag, nicht ihrerseits „bloß“ dem Schutz von Individuen dienen – und mit anderen Worten individuelle Rechtsgüter schützen. Es ist nämlich ein ohne Weiteres möglicher Zustand, dass im Interesse eines Kollektivs die Rechtsgüter eines Einzelnen geschützt sein sollen, ohne dass hierdurch das geschützte Rechtsgut automatisch zu einem überindividuellen würde.<sup>87</sup>

Ist das aber richtig, folgt daraus, dass die vom VStGB geschützten Rechtsgüter durchaus nur einen individuellen Rechtsgutsträger haben können. Um dies im Einzelfall zu ermitteln, können m.E. die für das nationale Strafrecht entwickelten (im Einzelnen streitigen) Grundsätze zur Identifizierung überindividueller Rechtsgüter<sup>88</sup> zum Einsatz gebracht werden. Bei einer kurSORischen Durchsicht der VStGB-Tatbestände ergibt sich dabei Folgendes.

Bei den Tatbeständen des Völkermordes dürfte es sich ausschließlich um Normen zum Schutz gemischt kollektiv-individualschützender Rechtsgüter handeln, da die neben der Schädigung Einzelner erforderliche Gruppenzerstörungsabsicht des Delikt – ebenso wie die amtliche Bezeichnung als Völkermord – das spezifische Unrecht als Angriff auf ein Kollektiv hervorhebt.<sup>89</sup> Daraus folgt, dass die Notwehr-Rechtfertigung einer Völkermordtat ebenso per se ausgeschlossen ist wie eine Exzessentschuldigung.<sup>90</sup>

Anderes gilt hingegen für die meisten der Menschlichkeitsverbrechen nach § 7 VStGB. Diese stellen, mit Ausnahme der Ausrottung gem. Abs. 1 Nr. 2, der Verfolgung gem. Abs. 1 Nr. 10 und des Apartheidverbrechens gem. Abs. 5, allein Individualrechtsgüter unter Schutz; das daneben erforderliche Gesamttaatelement stellt, anders als die Gruppenzerstörungsabsicht beim Völkermord, lediglich einen Mechanismus zur Ausfilterung für die sub specie Globalinteresse verfolgungsunwürdigen Privatverbrechen dar. Ergo ließe sich bspw. die im Rahmen einer Gesamttat erfolgende Tötung theoretisch durchaus qua Notwehr rechtfertigen.

<sup>78</sup> Safferling (Fn. 36), § 6 Rn. 9, spricht von einem „ungelösten Wechselspiel“.

<sup>79</sup> Exemplarisch Werle (Fn. 34), Rn. 93, 860 („Frieden, Sicherheit und Wohl der Welt“), 1066 („Weltfrieden“); A. Zimmermann/Geiß (Fn. 43), § 10 VStGB Rn. 1; T. Zimmermann, ZIS 2013, 102 (106).

<sup>80</sup> So etwa Satzger (Fn. 37), Rn. 6 („überstaatliche Rechtsgüter“); Kreß (Fn. 61), § 6 VStGB Rn. 3 („Weltgemeinschaftsinteresse“).

<sup>81</sup> In Bezug auf das Rechtsgut des Völkermordes spricht Safferling (Fn. 36), § 6 Rn. 10 von „Staateninteressen“.

<sup>82</sup> Bspw. wenn es um die Rechtfertigung von Kollateralschäden geht, vgl. T. Zimmermann, ZIS 2013, 102 (112 Fn. 118).

<sup>83</sup> Deziert Safferling (Fn. 36), § 4 Rn. 65.

<sup>84</sup> Siehe nur Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 14), Rn. 6; Pawlik (Fn. 21), S. 360 („gemeinsame[s] Projekt eines ‚Friedens durch Recht‘“).

<sup>85</sup> Ähnlich bereits Gil Gil, ZStW 112 (2000), 381 (383).

<sup>86</sup> So Kirsch (Fn. 76 – Festschrift Hamm), S. 286 und passim. Zu den völkerrechtsphilosophischen Hintergründen Merkel, ZIS 2011, 771 (776).

<sup>87</sup> Dies übergeht Safferling (Fn. 36), § 6 Rn. 65, wenn dort Fragen des Geltungsinteresses mit denen der Rechtsgutsträgerschaft gleichsetzt werden. Soweit der Verf. in ZIS 2013, 102 (112, Fn. 118) ebenso argumentiert, wird diese Ansicht hiermit aufgegeben.

<sup>88</sup> Hierzu etwa Greco, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Strafrecht als Scientia Universalis, 2011, S. 199.

<sup>89</sup> So auch Gil Gil, ZStW 112 (2000), 381 (393 f.). Ausführlich und krit. zur besonderen Schutzwürdigkeit des Kollektivs „Gruppe“ aus rechtsphilosophischer Perspektive May, Genocide, 2010, S. 61 ff.

<sup>90</sup> A.A. Safferling (Fn. 36), § 5 Rn. 48. I.E. wie hier Schabas, Genozid im Völkerrecht, 2003, S. 447 (der dies allerdings mit Proportionalitätserwägungen begründet); Werle, JZ 2001, 886 (891, Fn. 51, Verteidigungswille und Völkermordabsicht schließen sich von vornherein aus).

Eine differenzierte Betrachtungsweise ist bei den Kriegsverbrechenstatbeständen am Platz. Soweit darin allein die Beeinträchtigung der Interessen einzelner Personen (Leben, Leib, Freiheit, Eigentum usw.) genannt ist, liegt es gerade angesichts der Zielrichtung des humanitären Völkerrechts, überflüssige Leiden zu vermeiden,<sup>91</sup> nahe, in diesen allein den Schutz individueller Rechtsgüter zu erblicken. Einer Anwendbarkeit der §§ 32, 33 StGB steht insoweit also prinzipiell nichts im Weg. Anderes gilt lediglich für diejenigen Kriegsverbrechen, welche sich gegen solche Rechtsgüter richten, die schon begrifflich nicht einer Einzelperson zugeordnet werden können – bspw. bei Delikten gegen die Umwelt (§ 11 Abs. 3 VStGB), gegen Güter, deren besondere Schutzwürdigkeit sich erst aus einem Allgemeininteresse an ihrem Erhalt ergibt (z.B. Gebäude der Kunst und Wissenschaft sowie kulturelle Denkmäler, § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VStGB) sowie gegen bestimmte Institutionen wie etwa die Immunität von Sanitätseinrichtungen gem. § 10 Abs. 1 S. 1 VStGB oder das völkertragliche Einsatzverbot grausamer Waffen (§ 12 Abs. 1 VStGB). Für die Notwehr(exzess)frage ist entsprechend ebenfalls eine differenzierte Betrachtungsweise nötig. Während also im Beispielsfall 2 (Dum Dum-Geschoss) allenfalls eine Notstandsrechtfertigung gem. § 34 StGB in Betracht kommt, steht in Fall 3 einer Anwendung des § 33 StGB nichts im Weg.

## IV. Ergebnis

Die Entschuldigung wegen Notwehrüberschreitung gem. § 33 StGB kann über die Verweisungsnorm des § 2 VStGB auch bei der Verwirklichung völkerstrafrechtlicher Tatbestände zur Anwendung kommen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass Notwehr gem. § 32 StGB und – insoweit akzessorisch dazu – ein exkulpierbarer Exzess nach § 33 StGB nur dann in Betracht kommen, wenn der Täter mit seiner VStGB-Tat ausschließlich Rechtsgüter des Angreifers verletzt. Diese Voraussetzung ist bei einem Völkermord nie, bei Menschlichkeits- und Kriegsverbrechen nur hinsichtlich bestimmter Tatbestände erfüllbar.

---

<sup>91</sup> T. Zimmermann, GA 2010, 507 (509) m.w.N.