

E n t s c h e i d u n g s b e s p r e c h u n g

Leichenschändung als Kriegsverbrechen

Auch ein Verstorbener gilt als nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Person im Sinne von § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB.

VStGB § 8 Abs. 1 Nr. 9

BGH, Beschl. v. 8.9.2016 – StB 27/16¹

I. Einleitung

Der vorliegende Beschwerdebeschluss des 3. Strafsenats über einen Haftfortdauerbeschluss des OLG Frankfurt a.M. liefert nicht nur verstörende Einblicke in die zivilisationsvergessenen Realitäten des Syrienkonflikts, sondern berührt zentrale, über den gegebenen Fall weit hinausreichende Fragen der Auslegung und Anwendung des Völkerstrafrechts durch deutsche Gerichte. Der dem dringenden Tatverdacht zugrunde liegende Sachverhalt ist rasch umrissen: Der Angeklagte betätigte sich, einer vermeintlichen religiösen Pflicht folgend, zwischen September 2013 und Februar 2014 als Kämpfer der sich als „Islamischer Staat“ bezeichnenden Terrormiliz. Am 7.11.2013 rückten der Angeklagte und seine Mitkämpfer in einen Ort bei Aleppo ein, wo sie die Leiche eines im Kampf gefallenen oder in Gefangenschaft ermordeten gegnerischen Kämpfers voranden und beschossen, diesen zu misshandeln und zu schmähen. Zum Kerngeschehen traf der 3. Senat folgende Feststellungen: „Während der Angeklagte das Geschehen mit seinem Mobiltelefon filmte, schnitt ein Mitkämpfer dem Getöteten mithilfe eines Messers beide Ohren und die Nase ab. Der Angeklagte begleitete diese Handlungen durch Ausrufe wie „jetzt schneiden wir ihm Ohren ab“, „ab die Nase“, „in die Hölle, in die Hölle [...] Allahu Akbar [...] Allahu Akbar“ sowie durch höhnisches Lachen. Mit den Worten „mögest du in der Hölle schmoren, du Hurensohn!“ versetzte der Angeklagte dem Getöteten sodann einen Tritt in das entstellte Gesicht. Danach schwenkte er die Aufnahme auf sein eigenes Gesicht und sprach mit erhobenem Zeigefinger das muslimische Glaubensbekenntnis. Anschließend forderte er einen nicht näher identifizierten, mit einem Sturmgewehr bewaffneten Milizionär seiner Einheit mit den Worten „Kuffar! Mach jetzt, im Namen Allahs!“ auf, dem Getöteten in den Kopf zu schießen, was der Mitkämpfer auch tat. Durch den Austritt des Geschosses wurde ein Stück des Schädels des Leichnams weggesprengt. Der Angeklagte filmte die ausgetretene Gehirnmasse in Nahaufnahme und kommentierte dies mit den Worten „Allah sei Dank“. Dabei kam es dem Angeklagten und seinen Mitkämpfern darauf an, den Getöteten, den sie als „Ungläubigen“ ansahen, zu verhöhnen und in seiner Totenehre herabzuwürdigen, wobei der Angeklagte die

Erniedrigung durch die Filmaufnahmen bewusst und gewollt vertiefte.“² Obgleich ein Verstorbener Objekt der Misshandlung war, bejaht der Senat einen dringenden Tatverdacht des § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB, der die entwürdigende oder erniedrigende Behandlung von nach dem humanitären Völkerrecht geschützten Personen unter Strafe stellt. Zur Begründung führt er an, dass das VStGB in erster Linie der Umsetzung des Statutes des Internationalen Strafgerichtshofs (Rom-Statut) diene, und zwei Fußnoten in den sog. „Verbrechenselementen“ zum Rom-Statut ausdrücklich klarstellen, dass die dem § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB entsprechenden Verbrechen des Art. 8 Abs. 2 lit. b (xxi) und lit. c (ii) Rom-Statut auch an den Leichen geschützter Personen begangen werden können.

Kurz vor dem vorliegenden BGH-Beschluss hat das OLG Frankfurt a.M. bereits in einer anderen Sache durch Urteil vom 12.7.2016³ entschieden, dass die Misshandlung von Leichen geschützter Personen in einem bewaffneten Konflikt als Kriegsverbrechen i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB zu qualifizieren sei. Diese Häufung ist kein Zufall. Denn in einer auch auf ihren Schlachtfeldern medial vernetzten Welt kommt dem Propagandakrieg eine große Bedeutung zu. Zu einem erheblichen Teil speist er sich aus Bildern und Videosequenzen, die Verbrechen an geschützten Personen und die Verstümmelung und Verhöhnung der Leichen von Gegnern zeigen. Speziell im Syrienkonflikt ist der vielfältige Missbrauch derartiger Aufnahmen zu einem veritablen Markenzeichen mehrerer Konfliktparteien avanciert.⁴ Durchaus kennzeichnend ist dabei, dass viele der Täter aus Gründen, die von Naivität über perversen Stolz bis hin zu ostentativem Hohn gegenüber Strafverfolgern reichen dürften, ihre Identität freimütig offenbaren oder jedenfalls nicht verbergen. Die medial dokumentierte und somit leicht beweisbare Leichenschändung bildet daher für die deutsche Justiz ein probates „Hilfsverbrechen“, um schnell zu einem Haftbefehl zu kommen und angesichts der sonst schwierigen Beweislage wenigstens durch eine Verurteilung aus diesem Delikt strafrechtlich auf den Täter einwirken zu können. Wenngleich die Verfolgbarkeit solcher Taten daher aus kriminalpolitischer Sicht zweifellos wünschenswert wäre, darf doch nicht verkannt werden, dass ihrer Subsumtion unter § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB erhebliche Einwände entgegenstehen. Diese – nach hiesiger Auffassung durchgreifenden – Vorbehalte gegen die Erstreckung des genannten Tatbestands auf Leichenschändungen in bewaffneten Konflikten sollen im Folgenden zuerst dargestellt werden. Anschließend werden alternative Wege aufgezeigt, wie dem Phänomen von Leichenschändungen in bewaffneten Konflikten auf eine rechtlich unbedenklichere Art und Weise begegnet werden kann.

¹ Die Entscheidung ist im Internet abrufbar unter:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&Seite=5&nr=76074&pos=167&anz=515> (12.4.2017).

² BGH, Beschl. v. 8.9.2016 – StB 27/16, Rn. 16 f.

³ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 12.7.2016 – 5-3 StE 2/16 – 4-1/16.

⁴ Vgl. insbesondere zum Propagandaaufwand des sog. „Islamischen Staates“: *Badar*, International Criminal Law Review 16 (2016), 361 (362-369).

II. Fehlende völkerrechtliche Strafbarkeit von Leichenschändungen als Kriegsverbrechen

Als Hauptkritikpunkt ist anzumerken, dass der *Senat* offenbar wenig Augenmerk auf die Frage gerichtet hat, ob sich die Strafbarkeit der Leichenschändung universeller völkerrechtlicher Anerkennung erfreut, und dies heißt vor allem: ob die angenommene Strafbarkeit bereits völkergewohnheitsrechtliche Verfestigung erlangt hat. Dass die Anwendung des VStGB den gewohnheitsrechtlichen Bestand des Völkerstrafrechts prinzipiell nicht überschreiten darf, beruht auf folgenden Gründen. Erstens gilt es, justizielle Interventionen in die inneren Angelegenheiten fremder Staaten entgegen Art. 2 Nr. 7 SVN zu vermeiden. Denn zur Weltrechtspflege ist die deutsche Strafgewalt nur in den Grenzen des universell anerkannten Bestands völkerstrafrechtlicher Regeln berufen und legitimiert. Zweitens dient das VStGB entscheidend der Umsetzung des Rom-Statuts, das nach dem Selbstverständnis seiner Verfasser und Mitgliedstaaten als Kodifikation des geltenden Gewohnheitsrechts aufzufassen ist.⁵ Und drittens hat der deutsche Gesetzgeber in der Begründung des VStGB mehrfach kundgetan, nur den gewohnheitsrechtlich verfestigten, universell gültigen Bestand des Völkerstrafrechts erfassen zu wollen.⁶ Aus diesem Grund hat er sich auch in einem Zweifelsfall, wo ein „gesichertes Völkergewohnheitsrecht bislang nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit nachweisbar“ war, gegen eine Strafbarstellung entschieden,⁷ und in § 1 VStGB ausdrücklich bekräftigt, dass dem VStGB [nur] die „gegen das Völkerrecht“ begangenen Straftaten unterfallen sollen. Für den deutschen Rechtsanwender folgt aus alledem die Maßgabe, die völkergewohnheitsrechtliche Verfestigung einer nach dem VStGB-Wortlaut möglichen Strafbarkeit kritisch zu prüfen und im Zweifel von Strafverfolgung abzusehen.

Daran gemessen hätte der *Senat* die Schändung der sterblichen Überreste geschützter Personen nicht zur Straftat nach § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB erklären dürfen. Zwar normiert das kodifizierte Konfliktvölkerrecht verschiedene Pflichten zum achtenden Umgang mit den Leichen geschützter Personen,⁸ und es steht auch außer Zweifel, dass diese Pflichten in ihrem Wesensgehalt sowohl im internationalen wie im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt zum gesicherten Bestand des

Völkergewohnheitsrechts zählen.⁹ Gegen die völkergewohnheitsrechtliche Verfestigung der Strafbewehrtheit dieser Pflichten müssen jedoch Einwände erhoben werden.

Zur Annäherung an die Frage ist es zweckmäßig, zunächst einen Blick auf das kodifizierte Konfliktvölkerrecht zu werfen – im vorliegenden Fall das einschlägige 1. Genfer Abkommen vom 12.8.1949 (GK I). Denn diese Regelungen reflektieren nicht nur den Mitte des 20. Jahrhunderts gültigen Stand des Konfliktvölkerrechts, sondern geben auch Auskunft über eine etwaige Strafbarkeit der Leichenschändung zum damaligen Zeitpunkt. Anschließend ist zu fragen, ob sich die nachfolgende Völkerrechtspraxis zu einer entsprechenden gewohnheitsrechtlichen Regel verdichtet hat.

1. Keine Anhaltspunkte im kodifizierten Konfliktvölkerrecht von Genf

Im Kontext internationaler bewaffneter Konflikte unterscheidet die GK I zwischen „schweren Verletzungen“ der humanitären Pflichten, die vom nationalen Recht der Vertragsparteien unter Strafe zu stellen sind, und sonstigen Verfehlungen. Unter den jeweils kataloghaft aufgeführten schweren Pflichtverletzungen¹⁰ sucht man den ungebührlichen Umgang mit den sterblichen Überresten geschützter Personen jedoch vergebens. Er lässt sich auch nicht überzeugend in schwere Pflichtverletzungen wie die von Art. 50 GK I genannte „unmenschliche Behandlung geschützter Personen“ hineinlesen, da das Genfer Recht Verstorbene terminologisch von „Personen“ abgrenzt, indem es von „Toten“¹¹ oder „Überresten von Toten/Personen“¹² spricht. Die GK I ordnet die Schändung von Leichen demnach als einen Pflichtenverstoß ein, zu dessen Strafbarstellung die Vertragsparteien nicht verpflichtet sind. Wenn aber das Genfer Recht von 1949 noch nicht einmal die mittelbare Strafbarkeit derartiger Handlungen im Wege des nationalen Strafrechts statuiert, wird man a minore ad maius schließen dürfen, dass jedenfalls bis Mitte des 20. Jahrhunderts Leichenschändungen in international bewaffneten Konflikten auch nicht unmittelbar kraft Völkerstrafrecht mit Strafe bedroht waren.¹³

Im Kontext eines nichtinternationalen bewaffneten Konflikts, als welchen der *Senat* den Syrienkrieg jedenfalls im

⁵ *Kreß*, *Leiden Journal of International Law* 23 (2010), 855 (868); *Zimmermann*, in: *Triffterer/Ambos* (Hrsg.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 3. Aufl. 2015, Art. 5 Rn. 2. Vgl. auch Abs. 4 der Präambel des Rom-Statuts, wonach die im Statut definierten Verbrechenstatbestände als „the most serious crimes of concern to the international community as a whole“ gelten.

⁶ BT-Drs. 14/8524, S. 12, 13, 21, 22, 24, 25, 27, 28, 35.

⁷ So im Hinblick auf die Verursachung unverhältnismäßiger Umweltschäden im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt: BT-Drs. 14/8524, S. 35. Ähnlich BT-Drs. 14/8524, S. 12, 25, 29.

⁸ Vgl. Art. 15 Abs. 1, Art. 17 Abs. 3 GK I; Art. 130 GK IV; Art. 34 Abs. 1 ZP I.

⁹ ICRC (Hrsg.), *Commentary on the First Geneva Convention*, 2. Aufl. 2016, Art. 3 Rn. 611; Art. 15 Rn. 1512.

¹⁰ Art. 50 GK I; Art. 147 GK IV; Art. 85 ZP I.

¹¹ Art. 15 Abs. 1 GK I.

¹² Art. 34 ZP I.

¹³ Dieser Schluss vom Geringeren auf das Größere ist allerdings nur zwingend, wenn man wie hier das Kriterium der unmittelbaren bzw. mittelbaren Strafbarkeit isoliert betrachtet. Undurchführbar wäre er jedoch, wenn man den Vergleich auf die mit der Strafbarkeit einhergehenden Strafpflichten ausdehnte. Denn die Einordnung einer Pflichtverletzung als „schwere Verletzung“ begründet zwar nur eine mittelbare Strafbarkeit, legt den Mitgliedstaaten jedoch zugleich die Pflicht des *aut dedere aut iudicare* auf, während die unmittelbare Strafbarkeit nach Völkerstrafrecht lediglich in bestimmten Fällen (z.B. für Tatortstaaten) Verfolgungspflichten auslöst.

Tatzeitpunkt Ende 2013 zutreffend qualifiziert hat, finden die basalen Schutzvorschriften des gemeinsamen Art. 3 der Genfer Abkommen Anwendung. Diese Vorschrift gebietet den Konfliktparteien, einen näher bezeichneten Kreis geschützter „Personen“ menschlich zu behandeln (Art. 3 Abs. 1 S. 1) und verbietet zu diesem Zweck insbesondere grausame Behandlungen (cruel treatment – Abs. 1 S. 2 lit. a) und Beeinträchtigungen der persönlichen Würde (outrages upon personal dignity – Abs. 1 S. 2 lit. c). Da es der Konventionssystematik zuwiderliefe, den Begriff der Person hier weiter zu verstehen als im übrigen Vertragstext, dürfte auch der Wortlaut des Art. 3 die entehrende Behandlung von Leichen nicht erfassen. Selbst wenn man jedoch – wie es heute zumeist geschieht¹⁴ – die herabwürdigende Behandlung Toter als Würdeverletzung von „Personen“ i.S.d. Art. 3 auffassen wollte, sprächen noch immer drei Gesichtspunkte gegen eine Verpflichtung der Vertragsstaaten zur Strafbarstellung eines solchen Verstoßes. Zum einen trifft Art. 3 von vornherein keine Bestimmungen zu verpflichtenden Durchsetzungsmechanismen wie insbesondere der Strafbarstellung. Zweitens haben die Mitgliedstaaten den Art. 3 im Vergleich zu den ausgedehnten Schutzregelungen des internationalen bewaffneten Konflikts nur als rudimentären Schutzstandard ausgestaltet. Ein Verhalten, das – wie oben gezeigt – im internationalen bewaffneten Konflikt keiner Pflicht zur Strafbarstellung unterläge, dürfte also im nichtinternationalen Konflikt erst recht keine Strafpflicht auslösen. Und selbst wenn man den Schutzbereich des Art. 3 an den Standard im internationalen bewaffneten Konflikt anpassen wollte, wäre drittens zu beachten, dass Art. 50 GK I für den internationalen bewaffneten Konflikt nur die dem Art. 3 Abs. 1 S. 2 lit. a) entsprechende „unmenschliche Behandlung“ als schwere Pflichtverletzung einordnet, gerade nicht jedoch andere Verletzungen der persönlichen Würde i.S.d. Art. 3 Abs. 1 S. 2 lit. c).¹⁵

Man wird daher davon ausgehen dürfen, dass das Völkerrecht im Abschlusszeitpunkt der Genfer Abkommen eine mittelbare oder gar unmittelbare Strafbarkeit der Leichenschändung in bewaffneten Konflikten nicht kannte.¹⁶

2. Spätere Völkerrechtspraxis: ICC-Verbrechenselemente und Völkerrechtsprechung

Damit kommt es auf die Frage an, ob sich die nachfolgende, von einer entsprechenden opinio iuris getragene Völkerrechtspraxis zu einer solchen Regel verdichtet hat.

Ebenso wie der *Senat* verweisen auch die literarischen Befürworter eines völkergewohnheitsrechtlichen Kriegsverbrechens der Leichenschändung vor allem auf eine Fußnote zu den sog. „Verbrechenselementen“, die dem ICC bei der Auslegung und Anwendung der Verbrechenstatbestände eine Hilfestellung bieten sollen (Art. 9 Abs. 1 Rom-Statut).¹⁷ Die-

se Fußnote bezieht sich auf die statuarische Vorlage für § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB – die „Beeinträchtigung der persönlichen Würde“ gemäß Art. 8 Abs. 2 lit. c (ii) Rom-Statut¹⁸ – und vermerkt, dass auch Tote „Personen“ im Sinne dieser Vorschrift darstellen können.¹⁹ Dieser Anmerkung kann jedoch keine gewohnheitsrechtsbildende Kraft zukommen. Gegen eine zentrale Bedeutung der Verbrechenselemente für die Beurteilung von Gewohnheitsrecht spricht bereits, dass die Elemente als unverbindliche Interpretationshilfen ausgestaltet sind. Dies nährt Zweifel daran, ob sie durchweg von der erforderlichen opinio iuris der Mitgliedstaaten getragen werden – also der Überzeugung, dass die empfohlene Auslegung bereits verbindliches Völkerrecht darstellt. Dass die Erstreckung des Personenbegriffs auf Verstorbene in eine Fußnote verschoben wurde, anstatt sie als eigenständiges Verbrechenselement auszugestalten, lässt zudem vermuten, dass ein voller Konsens über diese Frage in Rom nicht erzielt werden konnte, zumal die „Fußnotentechnik“ auch bei anderen Verbrechenselementen zur Scheinlösung von Dissensen genutzt wurde.²⁰ Aufschlussreich sind ferner die Motive, die die Preparatory Commission for the International Criminal Court (PrepCom) zur Aufnahme der Fußnote veranlasste. *Dörmann* zufolge wurde die Anmerkung aufgenommen, um Nachkriegsrechtsprechung mit einzubeziehen, in der die Misshandlung der Leichen von Kriegsgefangenen als Kriegsverbrechen geahndet wurde.²¹ Die in diesem Zusammenhang zitierte Rechtsprechungssammlung der United Nations War Crimes Commission (UNWCC) benennt jedoch nicht mehr als fünf derartige Prozesse, von denen drei vor US-Militärgerichten²² und zwei vor australischen Militärgerichten²³

Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 2. Aufl. 2013, § 8 VStGB Rn. 204; ICRC (Fn. 9), Art. 50 Rn. 1512; *Dörmann*, Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, 2003, S. 314.

¹⁸ Art. 8 Abs. 2 lit. c (ii) Rom-Statut: „[...] Committing outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment“.

¹⁹ Element 1, Fn. 57 zu Art. 8 Abs. 2 lit. c (ii): „For this crime, „persons“ can include dead persons.“ Ebenso: Element Nr. 1, Fn. 49 zu Art. 8 Abs. 2 lit. b (xxi) Rom-Statut.

²⁰ So bestimmt etwa Element Nr. 3 zu Art. 7, dass nur aktive Verhaltensweisen eines Staates oder einer Organisation eine Angriffs-„Politik“ im Sinne der Vorschrift darstellen können, während eine solche Politik nach der dazu gehörigen Fußnote auch in einem Unterlassen bestehen kann. Näher zu dem dahinter stehenden Dissens *Berster*, in: Kreß (Hrsg.), 10 Jahre Arbeitskreis Völkerstrafrecht, 2015, S. 311 (328 f.).

²¹ *Dörmann* (Fn. 17), S. 314.

²² Trial of Max Schmid, United States Military Government Court, Dachau v. 19.5.1947, UNWCC (Hrsg.), Law Reports of Crimes of War Criminals, Bd. 13, 1949, S. 151 f.; Trial of Jutaro Kikuchi, United States Military Commission, Yokohama v. 20.4.1946, a.a.O., S. 152; Trial of Yochio Tachibana, United States Military Commission, Mariana Islands v. 2.-15.8.1946, a.a.O., S. 152.

²³ Trial of Takehiko Tazaki, Australian Military Court, Wewak v. 30.11.1945, UNWCC (Fn. 22), S. 152; Trial of

¹⁴ ICRC (Fn. 9), Art. 3 Rn. 611.

¹⁵ Ähnlich ICRC (Fn. 9), Art. 3 Rn. 671.

¹⁶ A.A. ICRC (Fn. 9), Art. 15 Rn. 1512.

¹⁷ UN Human Rights Council, Advisory Committee, UN Doc. A/HRC/AC/4/CRP.2/Rev.1, 25.1.2010, Rn. 68; *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 1238; *Zimmermann/Geiß*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener

geführt wurden. Angesichts dieser schmalen justiziellen Nachkriegspraxis gerade einmal zweier Staaten kann die PrepCom nicht ernsthaft davon ausgegangen sein, die Misshandlung Toter bilde ein universell anerkanntes gewohnheitsrechtliches Kriegsverbrechen. Dafür streitet auch die Vorgeschichte des Art. 8 Abs. 2 lit. c (ii) Rom-Statut. Den unmittelbaren Vorläufer dieser Vorschrift bildet der fast wortgleiche Art. 20 lit. d des Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind der VN-Völkerrechtskommission (ILC) aus dem Jahre 1996.²⁴ Der dem Draft Code beigefügten Kommentierung²⁵ lässt sich jedoch kein Anzeichen dafür entnehmen, dass die ILC eine Anwendung der Vorschrift auf Leichenschändungen intendierte oder auch nur erwogen hätte. Gegen ein solches extensives Verständnis spricht auch, dass sich die ILC bei der Formulierung der Norm ausdrücklich auf den ebenfalls fast identischen Art. 4 Nr. 2 lit. e des 2. Genfer Zusatzprotokolls aus dem Jahre 1977 (ZP II) bezog.²⁶ Während das gleichzeitig verhandelte 1. Zusatzprotokoll nämlich ausdrücklich Pflichten im Umgang mit Verstorbenen statuiert,²⁷ fehlen vergleichbare Regelungen im ZP II und sollten daher auch nicht in Art. 4 ZP II hineingelesen werden. Dementsprechend enthält auch der ZP II-Kommentar des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz keinen Hinweis darauf, dass sich die Regelung auf die Misshandlung von Leichen erstrecken sollte.²⁸ Das hiermit skizzierte und der PrepCom zweifellos bekannte historische Textverständnis spricht somit ebenfalls gegen die Annahme, die Fußnote habe bereits verfestigtes Gewohnheitsrecht widerspiegeln sollen. Und schließlich gerät die Erstreckung des Begriffs der „Person“ auf Tote auch in Widerspruch zum Statut selbst, da Art. 22 Abs. 2 Rom-Statut bestimmt, dass die Merkmale der Verbrechenstatbestände eng auszulegen sind. Insgesamt erscheint der Fußnotenvermerk daher als zu leichtgewichtig, um die gewohnheitsrechtliche Verfestigung der Leichenschändung als Kriegsverbrechen entscheidend mitzutragen.

Als zweites Hauptargument für die gewohnheitsrechtliche Verfestigung der Leichenschändung als Kriegsverbrechen wird auf entsprechende Entscheidungen internationaler Gerichtshöfe verwiesen,²⁹ deren Rechtsfindung – wie auch der

Senat zutreffend vermerkt – für die Feststellung und Verfestigung von Völkergewohnheitsrecht eine zentrale Rolle spielt.³⁰ Bei näherer Betrachtung erweist sich jedoch auch die genannte Judikatur als wenig aussagekräftig. Soweit das erstinstanzliche Urteil des ICTY gegen Radoslav Brđanin³¹ in diese Richtung gedeutet wurde, muss zunächst eingewendet werden, dass hier nicht die Begehung von Kriegsverbrechen, sondern eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit („Verfolgung“) gemäß Art. 5 lit. h ICTY-Statut in Rede stand. Zudem wurde die entehrende Behandlung der Leichen hier nur im Rahmen der Frage angeführt, ob diese Einzelakte in Kombination mit einer Reihe weiterer Akte (unter ihnen Tötungen, Folter, Vergewaltigungen) den Tatbestand der „Verfolgung“ erfüllten. Da es jedoch ständiger Rechtsprechung des ICTY entspricht, dass nicht alle die „Verfolgung“ bildenden Einzelakte einen völkerstrafrechtlichen Tatbestand erfüllen müssen,³² kann die Einbeziehung der Leichenschändung nicht als Votum für ihre selbständige Strafbarkeit gewertet werden. Im Gegenteil deutete die *Kammer* im genannten Fall sogar eher eine ablehnende Haltung an, indem sie die Leichenschändung nicht als „crime“ oder „criminal act“, sondern nur als „humiliating gesture“ bezeichnete.

Nur wenig aussagekräftiger ist die zum Teil ebenfalls in Bezug genommene Entscheidung der ICTR-*Verhandlungskammer* gegen Eliézer Niyitegeka.³³ Zwar hatte die *Kammer* den Angeklagten hier unter anderem wegen der Ermutigung anderer zur Verstümmelung einer Männerleiche sowie des Befehls zum Geschlechtsverkehr mit einer Frauenleiche der Begehung „anderer unmenschlicher Handlungen“ (other inhumane acts) gemäß Art. 3 lit. i ICTR-Statut für schuldig befunden. Indes ging es auch hier nicht um Kriegsverbrechen, sondern um ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit.

Eher gegen die Anerkennung der Leichenschändung als Kriegsverbrechen spricht zudem das Urteil der ICTY-*Verhandlungskammer* gegen Zejnir Delalić. In dieser Entscheidung nämlich hatte sich die *Kammer* mit äußerster Sorgfalt einer Begriffsbestimmung des Kriegsverbrechens „inhuman treatment“ gem. Art. 2 lit. b ICTY-Statut gewidmet,³⁴ jedoch keinen Anlass gesehen, diesen Tatbestand auf die

Hisato Tomiyasu, Australian Military Court, Rabaul v. 2.4.1946, UNWCC (Fn. 22), S. 152.

²⁴ Art. 20 lit. d ILC Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, 1996: „[...] outrages upon personal dignity in violation of international humanitarian law, in particular humiliating and degrading treatment, rape, enforced prostitution and any form of indecent assault“.

²⁵ ILC (Hrsg.), Yearbook of the International Law Commission, Bd. 2, 1996, S. 55.

²⁶ Art. 4 Nr. 2 lit. e ZP II: „[...] outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, rape, enforced prostitution and any form of indecent assault“.

²⁷ Vgl. Art. 34 Abs. 1 ZP I.

²⁸ ICRC (Hrsg.), Commentary on Protocol II, 1987, Art. 4 Rn. 4539.

²⁹ Zimmermann/Geiß (Fn. 17), § 8 VStGB Rn. 8, 204 mit Verweisen auf ICTY (Trial Chamber), Urte. v. 25.6.1999 – IT-95-14/1-T (Prosecutor v. Aleksovski), Rn. 49, 54, und ICTY

(Trial Chamber), Urte. v. 1.9.2004 – IT-99-36-T (Prosecutor v. Brđanin), Rn. 1019. Vgl. auch ICRC (Hrsg.), Geneva Convention I Commentary, 2016, Art. 3 Rn. 668 mit Verweisen auf ICTR (Trial Chamber), Urte. v. 16.5.2003 – ICTR-96-14-T (Prosecutor v. Niyitegeka), Rn. 303 und ICTY (Trial Chamber), Urte. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (Prosecutor v. Delalić), Rn. 849.

³⁰ Vgl. Art. 21 Abs. 1 lit. a Rom-Statut.

³¹ ICTY (Trial Chamber), Urte. v. 1.9.2004 – IT-99-36-T (Prosecutor v. Brđanin), Rn. 1019.

³² Vgl. statt Vieler: ICTY (Trial Chamber), Urte. v. 14.1.2000 – IT-95-16-T (Prosecutor v. Kupreškić et al.), Rn. 593 ff., 617; ICTY (Appeals Chamber), Urte. v. 29.7.2004 – IT-95-14-A (Prosecutor v. Blaškić), Rn. 143, 150 f.

³³ ICTR (Trial Chamber), Urte. v. 16.5.2003 – ICTR-96-14-T (Prosecutor v. Niyitegeka), Rn. 303, 467.

³⁴ ICTY (Trial Chamber), Urte. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (Prosecutor v. Delalić), Rn. 512-544.

Schändung von Leichen auszudehnen, obwohl derartige – allerdings nicht von den Angeklagten begangene – Handlungen im Prozess zur Sprache gekommen waren.³⁵

3. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass die Leichenschändung in bewaffneten Konflikten derzeit noch keine völkergewohnheitsrechtliche Verfestigung als Kriegsverbrechen erlangt haben dürfte. Jedenfalls aber kann sie nicht dem gesicherten Bestand des Völkergewohnheitsrechts zugerechnet werden, den allein der deutsche Gesetzgeber in Gestalt des VStGB kodifizieren wollte. Schon dies wäre Grund genug, den Tatbestand des § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB nicht auf Leichenschändungen zu erstrecken.

III. Weitere Gesichtspunkte gegen die Strafbarkeit der Leichenschändung als Kriegsverbrechen gem. § 8 VStGB

Hinzu kommen weitere Einwände. Zweifelhaft ist zunächst, ob die Subsumtion Verstorbener unter den Begriff der „Person“ noch mit dem Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG (und Art. 22 Abs. 2 Rom-Statut) vereinbar ist. In der Alltagssprache wird der Begriff (außerhalb des Bezugs zu juristischen Personen) weitgehend synonym mit „Mensch“ verwendet,³⁶ und bezeichnet daher ohne das Hinzutreten der Adjektive „tot“ oder „verstorben“ nur das lebende Individuum, das Lebewesen. Auch das vom BVerfG zum Teil zugrunde gelegte juristische Sprachverständnis³⁷ spricht gegen die Erstreckung des Personenbegriffs auf Tote. Denn obwohl das Strafgesetzbuch den Begriff der (natürlichen) „Person“ extensiv verwendet und mal zur Kennzeichnung des „Menschen“ (z.B. § 223 Abs. 1 StGB), mal seiner „Persönlichkeit“ (z.B. §§ 54 Abs. 1, 57 Abs. 2 Nr. 2 StGB) oder auch seiner „Personalien“ (z.B. §§ 77b Abs. 2, 78b Abs. 2 Nr. 1, 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB) einsetzt, spricht es im Zusammenhang des § 168 StGB (Störung der Totenruhe) gerade nicht von einer „Person“, sondern von einem „verstorbenen Menschen“. Ähnliches gilt für die spätestens seit *John Locke* in der Philosophie geführte Personalitätsdebatte, innerhalb derer von wenigen Ausnahmen abgesehen³⁸ die Existenz eines lebenden menschlichen Körpers als notwendige Bedingung für die Existenz einer menschlichen Person gilt.³⁹

³⁵ ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (Prosecutor v. Delalić), Rn. 849.

³⁶ Duden Online-Wörterbuch

<http://www.duden.de/suchen/dudenonline/Person>.

³⁷ Vgl. BVerfG NJW 2007, 1666 (1667), wo sich das Gericht bei der Bestimmung der Wortlautgrenze des § 142 StGB de facto einer fachsprachlichen Auslegung bedient.

³⁸ Rehbock, Personsein in Grenzsituationen, 2005, S. 256. Hierzu kritisch Kersting, in: Knoblauch/Esser/Groß/Tag/Kahl (Hrsg.), Der Tod, der tote Körper und die klinische Sektion, 2010, S. 57 (59-62).

³⁹ Vgl. Ausborn-Brinker, Person und Personalität, 1999, S. 30, der zufolge „im allgemeinen“ anerkannt sei, dass der Personenbegriff Intentionalität und Körperlichkeit voraussetze. Ferner Quante, Personales Leben und menschlicher Tod, 2002, S. 119 ff.; ders., Person, 2. Aufl. 2012, S. 23 ff.

Darüber hinaus weist Pawlik zutreffend darauf hin, dass der ontologische Status des Begriffs der „Person“ – anders als „Mensch“ – derjenige einer „institutionellen Tatsache“ ist und damit nur mithilfe der Wertauffassungen der betroffenen normativ konstituierten Gemeinschaft verständlich gemacht werden kann.⁴⁰ Im Falle des Völkerstrafrechts aber handelt es sich bei der zugrunde zu legenden Wertegemeinschaft um die normativ äußerst heterogene Weltgemeinschaft. Auch deshalb erscheint es notwendig, bei der Auslegung des Begriffs der „Person“ auf seinen Begriffskern „lebender Mensch“ abzustellen und nicht in seinem semantischen Randbereich zu fischen, der dem weltweit konsensfähigen Begriffsverständnis nicht mehr sicher entspricht.

Problembehaftet ist ferner das vom BGH und in der Literatur angenommene Schutzgut der „Totenehre“. Sofern hiermit eine fortbestehende Rechtssubjektivität des Verstorbenen selbst im Hinblick auf einen sozialen Achtungsanspruch gemeint sein sollte, widerspräche dies zum einen dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 GG, der die Würdeträgerschaft an die Menscheigenschaft bindet. Zum anderen widerspricht es der hergebrachten Definition des subjektiven Rechts als „Willensmacht, die dem Einzelnen zum Zwecke der Befriedigung seiner Interessen vom objektiven Recht gewährt wird“⁴¹ – denn Tote haben gemeinhin weder einen Willen noch Interessen. Zweifelhaft ist auch, ob die Androhung von Freiheitsstrafe von einem bis 15 Jahren (!) zum Schutze der Ehre von Toten noch schuldangemessen wäre, zumal § 185 StGB zum Schutz der Ehre Lebender nur Freiheitsstrafe von höchstens einem oder – bei tätlicher Beleidigung – zwei Jahren androht. Derartige Bedenken lassen sich auch nicht überzeugend mit dem in Literatur und Judikatur zum Teil angeführten Gedanken überbrücken, hier sei nicht die Würde/Ehre des verstorbenen Einzelnen, sondern die des Menschen als „Gattungswesen“ angesprochen.⁴² Denn die Konstruktion der Würde als Kollektivrechtsgut brächte die große Gefahr mit sich, es auch dort zur Rechtfertigung von Eingriffen aller Art in Individualrechte zu nutzen, wo die Würde von Individuen gar nicht betroffen ist und keinen Schutz erfordert.⁴³

Abschließend muss auch bezweifelt werden, ob das Schutzgut der „Totenehre“ überhaupt genügend Gewicht besitzt, um im Falle seiner Verletzung im Rahmen eines bewaffneten Konflikts eines der „schwersten Verbrechen“ zu erzeugen, „welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren.“ (Präambel Abs. 4, Art. 5 Abs. 1 Rom-Statut). Diese Zweifel werden noch verstärkt durch einen Unrechts-

⁴⁰ Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 143.

⁴¹ Luther, Postmortaler Schutz nichtvermögenswerter Persönlichkeitsrechte, 2009, S. 67 f.; Eneccerus/Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Halbbd. 1, 15. Aufl. 1959, § 71; Kaufmann, Grundprobleme der Rechtsphilosophie, 1994, S. 90. Näher Berster, ZIS 2017, 139 (142).

⁴² Ähnlich der 2. Strafsenat im sog. „Kannibalenfall von Rotenburg“ (BGHSt 50, 80 [90] unter Verweis auf BVerfGE 87, 209 [228]).

⁴³ Neumann, ARSP 84 (1998), 153 (157) spricht insoweit plastisch von einer „Tyrannei der Würde“. Vgl. auch Berster, ZIS 2017, 139 (143 f.) m.w.N.

vergleich mit § 168 StGB (Störung der Totenruhe). Mit Blick auf dieses Vergehen nämlich herrscht innerhalb des deutschen Strafrechts ein annähernder Konsens, dass die Strafbarkeit durch den Eingriff in die Totenehre allein nicht zu rechtfertigen ist⁴⁴ und die Norm teils ergänzend, teils ausschließlich auf andere Schutzgüter gestützt werden muss. Genannt werden insbesondere das Pietätsgefühl Angehöriger und/oder der Allgemeinheit,⁴⁵ der öffentliche Friede⁴⁶ sowie die psychische Integrität Trauernder und die ungestörte Auseinandersetzung mit der eigenen Vergänglichkeit.⁴⁷ Wenn aber Verletzungen der Totenehre für sich genommen im nationalen deutschen Strafrecht noch nicht einmal die Schwelle zur Strafbarkeit überschreiten, ist schwerlich begründbar, wie sie zu einem „das Gewissen der Menschheit zutiefst erschütternden“ (Präambel Abs. 2 Rom-Statut) Verbrechen mutieren könnten, wenn sie im Kontext eines bewaffneten Konflikts begangen werden.

Aus den genannten Gründen kommt nach hier vertretener Auffassung eine Strafbarkeit der Leichenschändung aus § 8 VStGB nicht in Betracht.

IV. Perspektivenwechsel: Leichenschändung als Anreiz zu weiteren Verbrechen

Bleibe es dabei, dass Leichenschändungen in bewaffneten Konflikten nur bestraft werden könnten, wenn das Strafanwendungsrecht die Anwendung des § 168 StGB erlaubt, so wäre dies eine schlechte Nachricht für die justizielle Bekämpfung von Terrormilizen wie dem sog. „Islamischen Staat“. Bis hierhin wurde jedoch lediglich festgestellt, dass sich das spezifische völkerstrafrechtliche Unrecht von Leichenschändungen durch § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB und die angebliche Verletzung einer „Totenehre“ nicht angemessen erfassen lässt. Unter einem anderen Blickwinkel können derartige Handlungen aber sehr wohl mit den vorhandenen Regeln erfasst werden, und obendrein in einer Weise, die dem völkerstrafrechtlichen Schutzauftrag gerechter wird. Darauf soll nun näher eingegangen werden.

⁴⁴ Eine Ausnahme dürfte allerdings der Ansatz *Hörnles* darstellen, dem zufolge § 168 StGB den Schutz von über den Tod hinausreichenden Interessen des Verstorbenen bezweckt (*Hörnle*, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, S. 162 ff.).

⁴⁵ BGHSt 50, 80 (89); *Binding*, Lehrbuch des Gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 1902, S. 184; *Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 16. Aufl. 1925, § 168 II.; *Lenckner/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, Vor §§ 166 ff. Rn. 2.

⁴⁶ *Hilgendorf*, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 44 Rn. 55; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 64. Aufl. 2017, § 168 Rn. 2; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 2. Aufl. 1984, § 64 Rn. 1; *Rudolphi/Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 58. Lfg., Stand: September 2003, § 168 Rn. 2.

⁴⁷ *Berster*, ZIS 2017, 139 (145 ff.).

1. Der eigentliche Schutzzweck

Der völkerstrafrechtliche Schutzzweck richtet sich in erster Linie auf „den Frieden, die Sicherheit und das Wohl der Welt“⁴⁸ als den höchsten Gütern der internationalen Gemeinschaft und bezieht Individualrechtsgüter nur insoweit mit ein, als ihre Verletzung die Trias höchster Güter mitbeeinträchtigt. Demgemäß ist es das Hauptziel des Konfliktvölkerstrafrechts, durch die Strafbarstellung von schweren Verfehlungen gegenüber geschützten Personen die Störung von Frieden, Sicherheit und Wohl zu begrenzen und ein friedliches Zusammenleben nach dem Ende des Konflikts zu befördern.⁴⁹ Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass sich die völkerstrafrechtliche Missbilligung von Leichenschändungshandlungen nicht auf den zwar sittlich verwerflichen, aber für die Weltgemeinschaft irrelevanten Eingriff in das zweifelhaftes Rechtsgut „Totenehre“ richtet, sondern auf das friedensgefährdende kommunikative Potential solcher Verhaltensweisen. Medial verbreitet oder vor anderen verübt nämlich senden Schändungen von Leichen der Gegner in einem bewaffneten Konflikt eine fatale doppelte Botschaft: „Lasst alle Hoffnung fahren!“ an die Gegner; „lasst alle Hemmungen fallen!“ an die Mitkämpfer. Freund und Feind gegenüber kommunizieren sie die Haltung, der „Feind“ sei vollständig zu verdinglichen und es seien ihm nicht einmal die primitivsten Rudimente mitmenschlicher Achtung entgegenzubringen. Zugleich kündigt gerade das Zurschaubringen von Leichenschändungen von einer besonderen Nichtachtung der konfliktvölkerrechtlichen Trennung zwischen Kombattanten und Nicht-Kombattanten – denn niemand ist offensichtlicher *hors de combat* als ein Toter, niemandem steht die Harmlosigkeit deutlicher auf der Stirn. Die ostentative Schändung der Leichen gefallener Gegner ist daher lebendiger Ausdruck des Willens, einen „totalen Krieg“ zu führen – also die wie auch immer definierte Gegenseite total schutzlos zu stellen. In den hiermit verbundenen Gefahren für die Rechtsgüter der lebenden geschützten Personen der gegnerischen Konfliktparteien – und nicht im Schutz der „Totenehre“ – liegt daher der eigentliche Grund für die konfliktvölkerrechtlichen Pflichten gegenüber Verstorbenen⁵⁰ und ein vorzugswürdiger Ansatzpunkt für die Suche nach einem passenden völkerstrafrechtlichen Tatbestand.

2. Einschlägige Tatbestände des Völkerstrafrechts und nationalen Strafrechts

Die vorhergehenden Überlegungen rücken den völkerstrafrechtlichen Unrechtsgehalt der Leichenschändung vordergründig in die Nähe des § 11 Abs. 1 Nr. 6 VStGB, der die von einem Befehlshaber gegebene Anordnung oder Androhung, dass kein Pardon gegeben wird, mit Freiheitsstrafe

⁴⁸ Präambel Abs. 3 Rom-Statut. Vgl. zu den gleichgelagerten Zielen der VN-Charta *Simma/Wolfrum*, Charta der Vereinten Nationen, 1991, Art. 1 Rn. 4.

⁴⁹ *Werle/Jeßberger* (Fn. 17), Rn. 1127 m.w.N.

⁵⁰ Ebenso ICRC (Fn. 9), Art. 50 Rn. 1508: „[...] These obligations are important in ensuring respect for the dignity of the dead, which is crucial, not least because disrespect for the dead might set off a cycle of barbarity.“

nicht unter drei Jahren bedroht. Eine Strafbarkeit nach dieser Norm setzt jedoch voraus, dass der Erklärung ein besonderer Androhungs- bzw. Anweisungscharakter und eine besondere Glaubhaftigkeit zukommen, die gerade auf der Befehlshabereigenschaft des Erklärenden beruhen.⁵¹ Leichenschändungen durch Untergebene wären demnach von vornherein nicht erfasst, und selbst bei Leichenschändungen durch Vorgesetzte dürfte dem nur schlüssigen Erklärungsgehalt solcher Handlung nur selten der geforderte „Anweisungscharakter“ zukommen.

Sofern aus dem Empfängerkreis der in einer Leichenschändung liegenden Hassbotschaft heraus Kriegsverbrechen gegen geschützte Personen begangen werden, kommt jedoch eine psychische Beihilfe zu derartigen Anschlussstaten in Betracht. Die objektive Tatseite dieser auch im Völkerstrafrecht anerkannten⁵² Beteiligungsform entspricht weitgehend den eher geringen Voraussetzungen des deutschen Strafrechts. So wurden auch geringfügige Unterstützungshandlungen bis hin zum beredten Nichteinschreiten während der Tat von der nationalen wie auch der internationalen Judikatur für ausreichend erachtet.⁵³ Als Verbindungselement zwischen Beihilfehandlung und Haupttat lässt die deutsche Rechtsprechung eine Verstärkerkausalität⁵⁴ und die neuere Völkerrechtsprechung einen Risikozusammenhang⁵⁵ genügen. Kausalität im Sinne der Äquivalenztheorie oder der anglo-amerikanischen „but-for“-Regel ist nicht erforderlich. Angesichts dessen erscheint es als gut vertretbar, die in Leichenschändungen liegende Bekräftigung des Tatentschlusses Dritter, gegnerische Personen als Sachen zu behandeln, sowie die einhergehenden Abstumpfungseffekte auf die Täter nachfolgender Kriegsverbrechen als psychische Beihilfe zu werten. Juristisch unproblematisch ist dies jedoch nur im Hinblick auf Einzeltaten, die in zeitlicher Nähe der Leichen-

schändung von Personen aus dem unmittelbaren Umfeld des Täters begangen werden. Jedoch werden sich gerade solche, im Kriege als dem „Gebiet der Ungewissheit“ (*Clausewitz*) begangene Haupttaten nur selten aufklären lassen. Ob die Beihilfestrafbarkeit ein effektives Instrument zur Ahndung und Bekämpfung von Leichenschändungen in bewaffneten Konflikten sein kann, hängt daher entscheidend davon ab, ob auch auf andere, leichter nachweisbare Taten oder Tatkomplexe als Haupttaten im Sinne des § 27 StGB abgestellt werden darf. In Betracht kommen zum einen verbrecherische Anweisungen der obersten Kommandoebene (z.B. die Anweisung, bei der Eroberung einer Stadt Kriegsgefangene und Zivilisten einer gegnerischen Ethnie oder Glaubensgemeinschaft zu töten), zum anderen zeitlich/räumlich abgrenzbare, verbrecherische Gesamtgeschehen, die zu Haupttaten zusammengezogen werden (z.B. die im Verlauf der Eroberung einer Stadt an Kriegsgefangenen und Zivilisten begangenen Kriegsverbrechen). Die deutsche Rechtsprechung hat sich mit diesen Fragen in einer Vielzahl von Entscheidungen gegen Holocaust-Beteiligte befasst und erst kürzlich ein neues Kapitel aufgeschlagen, das nun im Wege eines kurzen Exkurses betrachtet werden soll.

In der gesamten Nachkriegsrechtsprechung gab es einen weitgehenden Konsens, dass im Hinblick auf die sog. „reinen“ Vernichtungslager, deren Zweck sich in der unmittelbaren physischen Vernichtung von Menschen erschöpfte (namentlich die Lager Sobibór, Treblinka II und Belzec sowie die Vernichtungsstätte Chelmno), die Gesamtheit planmäßiger Tötungen als *eine* Haupttat anzusehen sei, zu der jeder im Lagerbetrieb Tätige – unabhängig von der Art seines Aufgabenbereichs – Hilfe geleistet habe.⁵⁶ Jenseits dieses „Sonderstrafrechts“ für reine Vernichtungslager jedoch blieb es bei der Beurteilung der Mordbeihilfe im Rahmen des Holocausts bei den hergebrachten Regeln der Beihilfestrafbarkeit. Dies galt namentlich auch für die Mitarbeit im Betrieb „multifunktionaler“ Konzentrationslager – also solchen, die neben der Menschenvernichtung noch weiteren, vor allem industriellen Zwecken dienten.⁵⁷ Als teilnahmefähige Haupttaten kamen hier nur einzelne Gesetzesverletzungen in Betracht, die jede für sich des Beweises bedurften. Mit Blick auf die fortlaufende Menschenvernichtung im Lager Auschwitz-Birkenau etwa bedeutete dies, dass äußerstenfalls noch die Aussonderung und Ermordung der Opfer ein und desselben Eisenbahntrans-

⁵¹ Näher *Dörmann*, in: Joecks/Miebach (Fn. 17), § 11 VStGB, Rn. 126, 128.

⁵² ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 15.3.2002 – IT-97-25-T (Prosecutor v. Krnojelac), Rn. 88; ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 30.11.2005 – IT-03-66-T (Prosecutor v. Limaj et al.), Rn. 517.

⁵³ Vgl. zur deutschen Judikatur *Fischer* (Fn. 46), § 27 Rn. 13 f.; zur Völkerrechtsprechung ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 3.3.2000 – IT-95-14-T (Prosecutor v. Blaškić), Rn. 284; ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 1.6.2001 – ICTR-95-1-A (Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana), Rn. 201 f. (zur missverständlichen Bezeichnung des Beteiligtenverhaltens in diesen Fällen als „Omission“: *Berster*, Die völkerstrafrechtliche Unterlassungsverantwortlichkeit, 2008, S. 78 ff.).

⁵⁴ Ausreichend ist eine Bestärkung des Tatplans, Tatentschlusses oder Tatausführungswillens. Näher *Fischer* (Fn. 46), § 27 Rn. 11. Einschränkend *Otto*, in: Eser/Schittenhelm/Schumann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 193 (198 f.).

⁵⁵ ICC (Pre-Trial Chamber), Beschl. v. 15.6.2009 – ICC 01/05-01/08 (Prosecutor v. Bemba Gombo), Rn. 435. Näher *Ambos*, *Leiden Journal of International Law* 22 (2009), 721; *ders.*, *Treatise on International Criminal Law*, Bd. 1, 2013, S. 165.

⁵⁶ Eingehend *Werle/Burghardt*, in: Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Hrsg.), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe*, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 339 (342 f., 348) m.w.N. Die einschränkende Vorgabe des BGH, dass die jedem Angeklagten zuzurechnenden Mindestopferzahlen angegeben werden müssen (BGH, Urt. v. 25.11.1964 – 2 StR 71/64), modifizierte diese Praxis nur insoweit, als nun Mindestschätzungen für die während der Dienstphasen des Angeklagten zu Tode gekommenen Insassen in Ansatz gebracht und hiervon Opferzahlen während urlaubs- oder krankheitsbedingter Abwesenheiten in Abzug gebracht wurden. Näher *Werle/Burghardt*, a.a.O., S. 343.

⁵⁷ *Werle/Burghardt* (Fn. 56), S. 345 ff. m.w.N.

ports als teilnahmefähige Haupttat gewertet wurde.⁵⁸ Neuerdings zeigt sich allerdings eine Tendenz in der Instanzrechtsprechung, den hier als „Sonderstrafrecht“ bezeichneten Ansatz auch auf Beschäftigte von Lagern auszudehnen, die (wie insbesondere das Lager Auschwitz-Birkenau) zuvor nicht als „reine“ Vernichtungslager angesehen wurden. Dies zeigt sich in den Urteilen des LG Lüneburg gegen Gröning⁵⁹ und des LG Detmold gegen Hanning.⁶⁰ Ungeachtet gewisser Variationen in der Formulierung erheben auch diese Entscheidungen im Kern das gesamte organisatorisch-personell abgrenzbare Unrechtssystem Birkenaus zur „Haupttat“, um sodann die Angeklagten, die das System durch ihre Mitarbeit stützten und förderten, als Gehilfen aller Morde verurteilen zu können, die der Systembetrieb im Verlauf ihrer Dienstzeit bestimmungsgemäß hervorbrachte.⁶¹

Der mit dem Fall Gröning befasste 3. Strafsenat des BGH hat in seiner unlängst ergangenen Revisionsentscheidung den Schuldspruch des LG Lüneburg zwar im Ergebnis bestätigt, ist in der Begründung jedoch einen anderen Weg gegangen. Anders als das Tatgericht fragt er danach, ob das Verhalten des Verurteilten die Entschlussfassung der NS-Führungselite zur „Anordnung und raschen Durchführung der Ermordung

der aus Ungarn zu deportierenden Juden“ gefördert habe.⁶² Für den BGH saßen die Haupttäter demnach nicht in Auschwitz, sondern in Berlin. Anschließend bejaht der Senat eine (wohl psychische) Beihilfe mit der Begründung, der Angeklagte sei am Betrieb des Vernichtungslagers Auschwitz-Birkenau beteiligt gewesen, dessen Effizienz als „industrielle Tötungsmaschinerie“ wiederum den Tatenschluss der NS-Machthaber und führender SS-Chargen zur Durchführung der sog. „Ungarn-Aktion“ „wesentlich [...] bedingt und [...] gefördert“ habe.⁶³

Diese beiden unterschiedlichen Ansätze der bisherigen Rechtsprechung und der Gröning-Entscheidung des BGH entsprechen den beiden Hörnern eines Dilemmas, auf das die deutsche Rechtsprechung stößt, wenn sie die auf „gewöhnliche“ Mikrokriminalität zugeschnittene Beihilfestrafbarkeit auf systemische Massenverbrechen zur Anwendung bringen muss. Zwei elementare Bedingungen rechtsstaatlichen Strafsens – das Vorliegen eines greifbaren Sozialschadens⁶⁴ und die Bestimmtheit der Strafbarkeit – scheinen im makrokriminellen Kontext bei der strafrechtlichen Bewertung von Förderungshandlungen „kleiner Rädchen im Getriebe“ typischerweise nicht kumulativ, sondern nur unter Aufgabe der jeweils anderen erfüllbar zu sein:

Bringt man mit der bisherigen Rechtsprechung den Gesamtbetrieb eines Vernichtungslagers als Haupttat in Ansatz, so bleiben selbst vordergründig neutrale Beiträge (wie im Falle Grönings: Buchhaltertätigkeiten) zur Aufrechterhaltung des Tötungsbetriebs eines Vernichtungslagers als sozial-schädliche Förderungshandlung greifbar. Andererseits wird die Verschmelzung des durch den KZ-Betrieb hervorgebrachten Gesamtunrechts zu einer Quasi-Haupttat den strafrechtlichen Bestimmtheitserfordernissen nicht gerecht. Zudem dürfte ein solches Haupttatverständnis die Grenze zur belastenden Analogie überschritten haben, da es mit den Tatbegriffen des Allgemeinen Teils nicht mehr in Übereinstimmung gebracht werden kann. Denn danach kann der Begriff der „Tat“ im Sinne der Beihilfe nur als einzelne Gesetzesverletzung (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB) oder allenfalls noch als einheitliche Tat i.S.d. § 52 StGB aufgefasst werden, nicht jedoch fortlaufende Morde in einem über Monate oder Jahre hinlaufenden Lagerbetrieb umfassen.⁶⁵

Der alternative, vom 3. Senat beschrittene Weg vermeidet dieses Problem, indem er die Haupttat unmittelbar auf der

⁵⁸ Ausdrücklich maß das Frankfurter Schwurgericht im ersten Frankfurter Auschwitzprozess (1963-65) die in Birkenau geübte systemische Makrokriminalität an denselben individualstrafrechtlichen Zurechnungsregeln wie gewöhnliche Mikrokriminalität. Vgl. LG Frankfurt a.M., Urte. v. 19.8.1965 – 4 Ks 2/63, mündliche Urteilsbegründung: „Es handelt sich ja hier um einen normalen Strafprozess, mag er auch einen Hintergrund haben, wie er wolle.“ Der BGH bestätigte das Urteil (BGH, Urte. v. 20.2.1969 – 2 StR 280/67). Näher *Kurz*, ZIS 2013, 122 (123 ff.).

⁵⁹ LG Lüneburg, Urte. v. 15.7.2015, 27 Ks 1191 Js 98402/13 (9/14) – im Internet abrufbar unter:

<https://nebenklageauschwitz.files.wordpress.com/2015/09/urteil-grc3b6ning1.pdf>.

⁶⁰ LG Detmold, Urte. v. 17.6.2016 – 4 Ks 45 Js 3/13 (9/15), im Internet abrufbar unter:

<https://nebenklage-auschwitz.de/urteil-lg-detmold-vom-17-juni-2016-az-4-ks-45-js-313-915/>.

⁶¹ Einen ähnlichen Ansatz vertrat auch bereits der spiritus rector der Frankfurter Auschwitzprozesse *Fritz Bauer*, JZ 1967, 625 (627 f.). Die Nähe dieses Ansatzes zu der vom ICTY entwickelten Beteiligungsform der „joint criminal enterprise“ in seiner systemischen Variante (JCE II) ist offenkundig, und ebenso wie das JCE ist die genannte Rechtsprechung in der Literatur auf ein geteiltes Echo gestoßen (befürwortend *Kurz*, ZIS 2013, 122 [129]; kritisch *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 345-349. Vgl. zur Kritik am JCE auch *Werle/Jeßberger* [Fn. 17], Rn. 560). Zu der noch nicht konsolidierten Völkerrechtsprechung in diesem Bereich sowie systemischen Beteiligungsmodellen im Allgemeinen siehe *Kreß*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, Erinnerung an Joachim Vogel, 2016, S. 259 (263 ff.).

⁶² BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 22.

⁶³ BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 23. Siehe hierzu auch die Anmerkungen von *Roxin*, JR 2017, 83 (88 ff.); *Safferling*, JZ 2017, 255 (258 ff.); *Rommel*, NStZ 2017, 158 (161 ff.).

⁶⁴ Dazu jüngst *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (656 ff.) m.w.N.

⁶⁵ Mit Einführung des § 220a StGB a.F. und später des VStGB wurde diese Problematik insoweit partiell entschärft, als nun vor allem im Bereich des Völkermords und der Menschlichkeitsverbrechen einzelne übergreifende Tatbestände (umbrella crimes) vorhanden sind, die eine Vielzahl von Einzelakten zu tatbestandlichen Handlungseinheiten verbinden (insbes. §§ 6 Abs. 1 Nr. 3, 7 Abs. 1 Nr. 2 u.10 VStGB). Im Übrigen bleibt sie jedoch relevant.

Führungsebene ansiedelt und den von der NS-Führungsclique gegebenen Befehl zur Ermordung der ungarischen Juden als „Tat“ i.S.d. § 27 StGB (bzw. § 49 StGB a.F.) ausweist. Die Haupttat ist damit hinreichend bestimmt. Bezogen auf eine so monströse Haupttat muss nunmehr jedoch der Beitrag eines irgendwo in der Peripherie des Unrechtsstaats angesiedelten, subalternen Bediensteten als so unbedeutend erscheinen, dass er als greifbares Hilfe-Leisten grundsätzlich ausfällt. Für homöopathisch verdünnte Förderungshandlungen dieser Art die gleiche volle Gehilfenhaftung anzunehmen, der sich auch die Berater und Planungshelfen Himmlers und anderer Führungstäter ausgesetzt gesehen hätten, droht den Boden der „Individualdogmatik des rechtsstaatlichen (Individual-) Strafrechts“⁶⁶ zu verlassen und gerät auf Kollisionskurs mit dem Gleichheitssatz sowie dem Gebot verhältnismäßigen und schuldangemessenen Strafens.⁶⁷

Beide Ansätze haben also einen Pferdefuß, und die Lage erscheint verfahren. Gleichwohl ist in der Gröning-Entscheidung des 3. *Senats* eine mögliche Lösung bereits angelegt, allerdings ohne klar zum Ausdruck gebracht worden zu sein. Dieser mögliche Lösungsweg lässt sich leicht mithilfe eines kleinen Seitenblicks auf die Diskussion um das sog. erfolgsqualifizierte Delikt verdeutlichen. Dort dreht es sich bekanntlich um die Frage, worin das spezifische Mehr an Unrecht erblickt werden kann, durch das sich die erheblichen Strafschärfungen dieser Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen im Vergleich zur jeweils tateinheitlichen Begehung von Grunddelikt und fahrlässigem Erfolgsdelikt rechtfertigen lassen. Seit geraumer Zeit befindet sich eine Meinungsgruppe im Aufwind, die das unrechtssteigernde Moment – mit unterschiedlichen Nuancierungen – in einem gesteigerten Handlungsunrecht erblickt, also auf eine besonders hohe rechtliche Missbilligung bzw. Gefährlichkeit des Handlungsnormverstoßes abstellt.⁶⁸ Dieser Gedanke lässt sich auch zur Begrün-

dung und Begrenzung strafbarer Beihilfe im Rahmen völkerstrafrechtlicher Massenverbrechen nutzbar machen. Denn hier geht es um die ähnliche Frage, worin das Mehr an Unrecht liegen könnte, das nötig erscheint, um den Urheber einer hochverdünnten, täterfernen Förderungshandlung ebenso als Gehilfen haften zu lassen wie eine Person, die dem Täter unmittelbar mit Rat und Tat zur Seite steht. Und so liegt auch hier nahe, die Lösung in einem gesteigerten Handlungsunrecht zu sehen.⁶⁹ Sofern als konkretisierbare Haupttat nur ein globaler Vernichtungsbefehl oder eine ähnliche Handlung der oberen Führungsebene in Betracht kommt und die subalterne Gehilfenhandlung die Tat somit allenfalls peripher gefördert haben kann, müsste also das Weniger an Erfolgsunrecht durch ein Mehr an Handlungsunrecht ausgeglichen werden. Bei subalternen Hilfstätigkeiten, die für sich allein genommen das Gefahrenpotential der Haupttat niemals signifikant erhöhen könnten, kommt dies in wenigstens zwei Konstellationen in Betracht:

Erstens, wenn die Gehilfenhandlung einen greifbaren Beitrag zum Betrieb eines selbständigen Unrechtssystems (paradigmatisch: Konzentrationslager⁷⁰) leistet, das seinerseits für die Haupttat eine wichtige Rolle spielt. Hier – so lässt sich argumentieren – wirkt die Eingebundenheit der Handlung in den Unrechtsapparat wie ein Verstärker, durch den sonst unbedeutende Handlungen zu gesteigert gefährlichen Förderungsbeiträgen avancieren. In diesem Sinne wird man auch die Gröning-Entscheidung des 3. *Senats* verstehen dürfen. Nebenbei bemerkt hat diese Interpretation auch den Vorteil, die in der ICTY-Rechtsprechung fest etablierte Figur des JCE II auf rechtstaatliche Weise in die deutsche Beteiligungslehre integrieren zu können.

Eine zweite Gruppe von Beihilfehandlungen, die sich durch ein gesteigertes Handlungsunrecht auszeichnen, wird gebildet durch verbotswidrige Beihilfehandlungen im Rahmen bewaffneter Konflikte. Die Verhaltensnormen des Konfliktvölkerrechts nämlich liefern eine verlässliche Beurteilungsgrundlage dafür, welche Verhaltensweisen im Konflikt besonders gefahrenträchtig sind. Verletzt die Förderungshandlung eines Gehilfen also bereits für sich genommen ein

mentar zum Strafgesetzbuch, 145. Lfg., Stand: September 2014, § 227 Rn. 10) heraufbeschworen haben müssen.

⁶⁹ Weniger überzeugend ist hingegen der Vorschlag *Fahls*, der in der „Solidarisierung“ mit der Haupttat und den Tätern das entscheidende Kriterium für die Abgrenzung neutraler Alltagshandlungen von strafbaren Förderungshandlungen erblickt (*Fahl*, HRRS 2015, 210 [217]). Denn hierdurch würde die Strafbegründung nicht nur in bedenklicher Weise von der Gesinnung des Beteiligten abhängig gemacht, sondern faktisch auch die zu Recht aufgebene extrem-subjektive Theorie der frühen BGH-Rechtsprechung wiedereingeführt, wengleich nicht zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, so doch zur Abgrenzung von Teilnahme und Straflosgigkeit.

⁷⁰ Ob die frühere Unterscheidung zwischen „reinen Vernichtungslagern“ und „multifunktionalen Lagern“ praktisch möglich und rechtlich sinnvoll ist, soll im Rahmen der vorliegenden Skizze offengelassen werden.

⁶⁶ *Eidam* (Fn. 61), S. 348.

⁶⁷ Gleichwohl findet der Gröning-Beschluss des BGH (kritikwürdige) Vorbilder in der Rechtsprechung des ICTR und ICTY, die eine JCE-Haftung bisweilen auf „vast enterprises“ gegründet hat. So sah etwa die ICTY Trial Chamber in Krajišnik (Urt. v. 27.9.2006 – IT-00-39-T, Rn. 876, 1089 f.) die „permanente gewaltsame oder anderweitige Entfernung von Bosniaken, Kroaten und anderen Nichtserben aus großen Teilen Bosnien-Herzegovinas durch die Begehung strafbarer Handlungen nach dem ICTY-Statut“ als ein taugliches JCE an.

⁶⁸ Im Zusammenhang mit § 227 StGB wird beispielsweise gefordert, die Handlung des Grunddelikts müsse „besonders (gesteigert) gefährlich“ (*Vogel*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann [Hrsg.], Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 18 Rn. 46) oder „leichtfertig“ gewesen sein (*Freund*, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron [Hrsg.], Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 677 [687 f.]; *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen [Hrsg.], Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 18 Rn. 43 ff.), oder habe eine „naheliegende Todesgefahr“ (*Wolters*, in: Wolter [Hrsg.], Systematischer Kom-

(nicht notwendig strafbewehrtes) konfliktvölkerrechtliches Verbot, so verwirklicht sie nicht nur das in jeder Förderung fremder Taten liegende Handlungsunrecht, sondern ein zusätzliches, rechtlich in hohem Maße missbilligtes Risiko.

Nach alledem kann nun auch die Ausgangsfrage beantwortet werden, ob sich Leichenschändungen auch dann noch als Beihilfe zu Kriegsverbrechen bestrafen lassen, wenn sich konkret geförderte Taten im näheren Umfeld nicht nachweisen lassen, und daher auf die verbrecherischen Anweisungen der Führungsebene als Haupttat zurückgegriffen werden muss. Auf Basis der vorhergehenden Erwägungen ist diese Frage zu bejahen. Denn die Schändung der Leichen geschützter Personen stellt bereits für sich genommen einen flagranten Verstoß gegen das Konfliktvölkerrecht dar, dessen internationale Bewertung sich sogar auf eine künftige Anerkennung als eigenständiges Kriegsverbrechen zubewegt. Damit verwirklicht die Beihilfehandlung ein deutlich gesteigertes Handlungsunrecht, das den verschwindend geringen Förderungserfolg kompensiert. Die sonst berechtigten Bedenken gegen eine maßlose Beihilfestrafbarkeit treten daher hier zurück. Auf Grundlage des hier skizzierten und wohl auch der Gröning-Revisionsentscheidung zugrunde liegenden Verständnisses bietet die Beihilfestrafbarkeit damit ein effektives Instrument, um Leichenschändungen in bewaffneten Konflikten völkerstrafrechtlich zu erfassen.

Sofern die Auslandstaten nach dem Strafanwendungsrecht am StGB gemessen werden dürfen, kommt schließlich auch eine Strafbarkeit aus § 111 StGB (öffentliche Aufforderung zu Straftaten) und § 168 StGB (Störung der Totenruhe) in Frage. Dabei lindert § 111 Abs. 2 StGB die chronische Beweisnot bei Auslandstaten in Krisengebieten, da es auf die tatsächliche Begehung der aufgeforderten Tat nicht ankommt. Ist nicht nachweisbar, dass der Täter einer Leichenschändung hiervon gefertigte Bilder oder Videos selbst der Öffentlichkeit zugänglich gemacht hat, so kommt zudem noch eine strafbare Beihilfe zu § 111 StGB in Betracht.

Insgesamt ist daher festzustellen, dass gangbare Alternativen zur Verfolgung von Leichenschändungen in bewaffneten Konflikten zur Verfügung stehen. Auch unter kriminalpolitischen Gesichtspunkten besteht daher keine Notwendigkeit, derartige Handlungen unter § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB zu subsumieren.

V. Ergebnis

Als Fazit bleibt zunächst festzuhalten, dass die vom *Senat* angenommene Strafbarkeit von Leichenschändungen in bewaffneten Konflikten einem dringenden kriminalpolitischen Bedürfnis Rechnung trägt. Die Subsumtion derartiger Taten unter § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB jedoch bewegt sich auf völkergeohnheitsrechtlich unsicherem Terrain und dürfte die Grenze zur verbotenen Analogie überschritten haben. Zusätzlich bestehen gegen die Bestimmung der „Totenehre“ als Schutzgut teils verfassungsrechtliche, teils dogmatische Bedenken. In vielen Fällen wird die Leichenschändung jedoch einer Bestrafung als Beihilfe zu völkerstrafrechtlich relevanten Anschlussstaten zugänglich sein. In Betracht kommt ferner eine Bestrafung aus den §§ 111, 168 StGB, sofern § 7 StGB die Anwendung auch dieser Tatbestände gestattet.

Akad. Rat a.Z. Dr. Lars Berster, Köln