

rung und gegebenenfalls auch Beseitigung der Aufhebung des Rechts voraus, so dass eine Art Zustandsverantwortlichkeit entsteht:

Die superior responsibility begründet damit die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Rechtsverletzung als solche, nicht nur für deren Verursachung. Damit wandelt sich die Basis der Verantwortlichkeit von der naturalistisch-kausal orientierten Zurechnung von Rechtsgutsverletzungen zur normativen Verantwortlichkeit für Rechtsverletzungen aufgrund der sphärenbezogenen Kontrollpflicht des Vorgesetzten. Eine solche Betrachtung erscheint geeignet, um die strafrechtsdogmatische Basis für die einheitliche Vorgesetztenverantwortlichkeit des Völkerstrafrechts zu finden, die die Ad-hoc-Gerichte zugrunde legt und wohl auch Art. 28 IStGH-Statut voraussetzt. Mag dieser Ansatz auch kaum in das Gefüge der deutsch(sprachig)en Strafrechtsdogmatik einzupassen sein, so darf nicht vergessen werden, dass sich die Untersuchung an dieser Stelle – auch wenn sie grundsätzlich die Vorgesetztenverantwortlichkeit im deutschen Strafrecht zum Gegenstand hat – dem internationalen Völkerstrafrecht widmet. Es erscheint daher geboten, den Blick zumindest kurzfristig von den „Zwängen“ der deutschen Strafrechtsdogmatik zu befreien. Die Frage, wie eine solche Haftung in Kategorien der deutschen Strafrechtsdogmatik eingeordnet werden kann und inwiefern dies überhaupt notwendig ist, soll das kommende Kapitel zu beantworten versuchen.

### C. Superior responsibility nach dem Völkerstrafgesetzbuch

Mit dem zum 30. Juni 2002 in Kraft getretenen Völkerstrafgesetzbuch (VStGB)<sup>2748</sup> sollte das deutsche Strafrecht an das Rom-Statut und weiteres allgemein anerkanntes Völkerrecht angepasst werden. Zu diesem Zweck wurde mit dem Völkerstrafgesetzbuch ein weitgehend eigenständiges Regelwerk geschaffen, „das die Entwicklung des humanitären Völkerrechts und des Völkerstrafrechts widerspiegelt, indem es Verbrechen gegen das Völkerrecht unter Strafe stellt“. <sup>2749</sup> Dabei stand die Umsetzung der materiellen Strafvorschriften des Rom-Statuts im Zentrum der Bemühungen. Jedoch kamen die Urheber des Völkerstrafgesetzbuchs zu der Überzeugung, dass die Festlegungen des 1998 geschaffenen Statuts nicht mehr den im Jahre 2002 allgemein anerkannten Standards des Völkerstrafrechts entsprachen und das Völkerstrafgesetzbuch deshalb über das Rom-Statut hinauszugehen habe. Die Begründung des Gesetzesentwurfs be-

2748 Das Gesetz wurde als Artikel 1 des Gesetzes v. 26.6.2002 I 2254 vom Bundestag beschlossen. Es ist gem. Art. 8 dieses Gesetzes am 30.6.2002 in Kraft getreten.

2749 So die Begründung des Gesetzesentwurfs vom 18.1.2002, BR-Drs. 29/02, S. 1, 23; kurz zur Entstehungsgeschichte des Rom-Statuts BR-Drs. 29/02, S. 22 f.; ferner Zimmermann, ZRP 2002, 97.

ruft sich insofern ausdrücklich auf Art. 10 IStGH-Statut.<sup>2750</sup> Diese Regelung stellt klar, dass das Statut das bestehende oder sich entwickelnde materielle Völkerstrafrecht im Hinblick auf andere Zwecke als das Statut nicht beschränken soll.

## I. Systematik und Struktur der Regelungen zur Vorgesetztenhaftung des Völkerstrafgesetzbuchs

Das Völkerstrafgesetzbuch behandelt die Strafbarkeit des Vorgesetzten aus der superior responsibility, die in Art. 28 IStGH-Statut eine einheitliche Regelung erfahren hat, in drei Einzelschriften, die jeweils einen eigenständigen Tatbestandscharakter und unterschiedliche Zielrichtungen haben.<sup>2751</sup> Während § 4 VStGB die Strafbarkeit des Vorgesetzten regelt, der vorsätzlich die Hinderung der Straftat des Untergebenen unterlässt, normiert § 13 VStGB die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung von Aufsichtspflichten, die zur Begehung einer Tat nach dem Völkerstrafgesetzbuch geführt hat. § 14 VStGB bestimmt schließlich die Strafbarkeit wegen Unterlassens der Meldung einer solchen Tat, die durch einen Untergebenen begangen wurde. An einer Normierung der Strafbarkeit auch des fahrlässig handelnden Vorgesetzten „*wie ein Täter der Tat*“ nach §§ 6 bis 12 VStGB hat sich der Gesetzgeber durch die Struktur des deutschen Strafrechts gehindert gesehen<sup>2752</sup> und sich daher bei der Erfassung von Nachlässigkeitsunrecht durch Vorgesetzte – ausweislich der Gesetzesmaterialien<sup>2753</sup> – an den bereits erörterten Regelungen in § 41 WStG und § 130 OWiG orientiert. Dabei unterscheidet sich § 4 VStGB von §§ 13, 14 VStGB – den „*sonstigen Straftaten*“, wie es in der Überschrift des dritten Abschnitts des Völkerstrafgesetzbuchs heißt – dahin gehend, dass nur § 4 VStGB eine Strafbarkeit „*wie ein Täter der vom Untergebenen begangenen Tat*“ vorsieht, während §§ 13 und 14 VStGB das Unrecht der jeweiligen Pflichtverletzung eigenständig sanktionieren und eigene Strafraum beinhalten. Der Gesetzgeber hat hier bewusst die einheitliche Regelung des Art. 28 IStGH-Statut aufgespalten und die Norm herausgefiltert und in § 4 VStGB geregelt, die dem Allgemeinen Teil des Völkerstrafgesetzbuchs zuzurechnen ist. §§ 13, 14 VStGB wurden dem Besonderen Teil zugeordnet.<sup>2754</sup>

Während § 4 VStGB also die Bestrafung wegen der noch unbestimmten Beteiligung an der Bezugstat ermöglicht, im Ergebnis also Zurechnungsnorm ist, sanktioniert § 14 VStGB ein Versäumnis, das nicht unmittelbar mit der Tatbegehung selbst im Zusammenhang steht: die Nichtmeldung einer bereits begangenen

2750 BR-Drs. 29/02, S. 23.

2751 Vogel in: Jeßberger/Geneuss, S. 84 f.

2752 BR-Drs. 29/02, S. 40 f.; kritisch hierzu Vogel ZStW 114 (2002), 403, 435 f.

2753 Hierzu der Arbeitsentwurf des Bundesministeriums der Justiz zum Völkerstrafgesetzbuch vom 2. Mai 2001 (BMJ-Entwurf), S. 85 f., abrufbar unter <http://www.bib.uni-mannheim.de/fileadmin/pdf/fachinfo/jura/arbentw-einf-voelkerstgb.pdf> (2.1.2015).

2754 BR-Drs. 29/02, S. 41.

Tat. Dogmatisch betrachtet steht § 13 VStGB zwischen diesen beiden Vorschriften, wobei er einerseits Letzterer im Hinblick auf die Rechtsfolge näher steht, weil auch aus § 13 VStGB keine Strafbarkeit wie ein Täter folgt, sondern die Norm einen eigenen Unrechtsgehalt („*wird wegen der Verletzung der Aufsichtspflicht bestraft*“) und eine deutlich mildere Sanktion aufweist. Andererseits ergeben sich auch Überschneidungen zwischen den Regelungsbereichen des § 4 und des § 13 VStGB. In beiden Fällen geht es um die Strafbarkeit für die Mitwirkung an der Unrechtsverursachung in Gestalt der Anlasstat. Der Vorgesetzte, der die Kontrolle über den unmittelbaren Täter innehat und durch vorsätzliches Geschehenlassen die Begehung der Anlasstat ermöglicht, verletzt nicht nur im Sinne von § 13 VStGB seine Aufsichtspflicht, sondern hindert die Tat auch gemäß § 4 VStGB nicht. Insofern ist es erforderlich, die Grenzbereiche auszdifferenzieren, um eine Abgrenzung zwischen den Anwendungsbereichen und Mitwirkungsformen zu ermöglichen. Im Hinblick darauf lässt sich bereits erahnen, dass der deutsche Gesetzgeber durch die Differenzierungen nach dem jeweiligen Unrechtsgehalt des Handelns des Vorgesetzten nicht nur eine der Schuld angemessenere Strafe ermöglicht haben könnte als die einheitliche Verantwortlichkeit der Statute der internationalen Strafgerichtshöfe, sondern auch die Abgrenzungsschwierigkeiten geschaffen hat, die eine solche Differenzierung zwangsläufig mit sich bringt.

#### 1. Verantwortlichkeit für die Tat des Untergebenen „wie ein Täter“ (§ 4 VStGB)

§ 4 VStGB regelt unter der Überschrift „*Verantwortlichkeit militärischer Befehlshaber und anderer Vorgesetzter*“ die strafrechtliche Vorgesetztenverantwortlichkeit nach dem Völkerstrafgesetzbuch im engeren Sinne. § 4 Abs. 1 VStGB setzt den Vorgesetzten, der es unterlässt, eine Straftat nach dem Völkerstrafgesetzbuch durch einen Untergebenen zu verhindern, dem Täter dieser Tat gleich. Die Vorschrift erfasst damit nur Verletzungen der *duty to prevent*. Der Vorgesetzte wird in den Fällen des vorsätzlichen Geschehenlassens „*wie ein Täter bestraft*“. Die Parallelität zu § 357 StGB, der den vorgesetzten Amtsträger erfasst, der Straftaten Untergebener geschehen lässt, ist offensichtlich und auch beabsichtigt,<sup>2755</sup> wenn sich der Gesetzgeber auch in der Formulierung an der Anstiftung nach § 26 StGB orientiert zu haben scheint.<sup>2756</sup> Es handelt sich bei § 4 VStGB wie bei Art. 28 IStGH-Statut nach dem Verständnis der Gerichtshöfe um eine Zurechnungsvorschrift, die eine Verantwortlichkeit des Vorgesetzten für die Bezugstat des Untergebenen begründet, also um eine Regel über die Beteiligung im Sinne

2755 Vgl. BR-Drs. 29/02, S. 40.

2756 Vgl. BR-Drs. 29/02, S. 40, wo es heißt, dass der Vorgesetzte, der keine Kenntnis von der bevorstehenden Tat des Untergebenen hat, nicht „*gleich einem Täter bestraft*“ werden könne; hier wird die Formulierung des § 26 StGB verwendet.

von § 28 StGB.<sup>2757</sup> Daraus ergibt sich, dass die Vorschrift kein eigenständiges Schutzgut besitzt, sondern dem Schutz des Interesses dient, das durch die Erfüllung des Tatbestandes der Anlasst tat verletzt wird. Die Regelung setzt auf diese Weise den Rechtsgüterschutz der §§ 6 bis 12 VStGB um.

*a) Dogmatische Stellung des Vorgesetzten als Verantwortlicher nach § 4 VStGB*

Die Einordnung von § 4 VStGB in die bestehenden dogmatischen Strukturen des deutschen Strafrechts fällt schwer, ist aber erforderlich, um eine systematische Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale dieser Beteiligungsform „*Vorgesetztenhaftung*“ vornehmen und aus den Regelungen zur superior responsibility im Völkerstrafgesetzbuch weitere Schlussfolgerungen für das allgemeine Strafrecht ziehen zu können. Dabei ergeben sich allerdings aus der Betrachtung von Tatbestand und Rechtsfolge Hinweise in unterschiedliche dogmatische Richtungen:

(1) § 4 Abs. 1 und Abs. 2 VStGB als Grundlage einer Garantenstellung

Der Tatbestand des § 4 Abs. 1 Satz 1 VStGB umschreibt zunächst den Normadressaten. Die Regelung richtet sich sowohl an militärische Befehlshaber als auch an zivile Vorgesetzte. Tathandlung ist das Unterlassen, eine Tat nach dem Völkerstrafgesetzbuch zu hindern. Als weiteres Element setzt die Verantwortlichkeit nach § 4 VStGB voraus, dass von einem Untergebenen des Unterlassenden eine Straftat nach §§ 6 bis 12 VStGB eine Bezugstat begangen worden ist. Diese Bestandteile des Tatbestandes legen es nahe, § 4 VStGB als eine konkretisierte Sondernorm zu § 13 StGB zu betrachten, die die Unterlassungsstrafbarkeit des Vorgesetzten abschließend regelt. § 4 Abs. 1 Satz 1 VStGB würde demnach ausschließlich die völkerrechtlich anerkannte Garantenstellung des Vorgesetzten als Bewacher seiner Untergebenen gesetzlich normieren.<sup>2758</sup> Durch die Strafbewehrung des Unterlassens würde danach die Pflicht zur Hinderung dieser Taten deklaratorisch betont. Eine solche Klassifizierung der Norm als Spezialregelung eines unechten Unterlassungsdelikts für das Völkerstrafgesetzbuch im Sinne von § 2 VStGB hätte zur Folge, dass jede vorsätzliche Nichthinderung der Tat eines Untergebenen nicht mehr Unterlassungsteilnahme oder Unterlassungstäterschaft wäre, sondern diese durch eine einheitliche Vorgesetztenstrafbarkeit, die außerhalb der allgemeinen Regeln von Täterschaft und Teilnahme nach §§ 25 ff. StGB stünde, ergänzt und wohl auch überlagert würde. Eine solche tätergleiche Vorge-

2757 Entgegen *Ambos Allgemeiner Teil*, S. 699 haftet der Vorgesetzte daher auch nicht primär für die Aufsichtspflichtverletzung und sekundär für das sogenannte Grundverbrechen, sondern für die Bezugstat als Täter.

2758 *Werle/Jeffberger JZ* 2002, 726, 729, sehen darin den wesentlichen Inhalt des § 4 VStGB.

setztenhaftung hätte Konsequenzen für die Anforderungen, die an den Vorsatz zu stellen wären. Diese müssten sich wohl am Unterlassungstäter orientieren, was wiederum zur Folge hätte, dass möglicherweise eine Strafbarkeitslücke entstünde, wenn der Vorsatz nicht die für den Täter erforderliche Konkretisierung, sondern nur Teilnehmerqualität erreicht. Dass der Gesetzgeber die Regelung des § 4 VStGB als der Unterlassungsstrafbarkeit gemäß § 13 StGB zumindest nahe stehend angesehen hat, ergibt sich aus § 4 Abs. 1 Satz 2 VStGB, der die Strafmilderungsregel der §§ 13 Abs. 2, 49 StGB ausdrücklich für nicht anwendbar erklärt. Auch die Begründung des Gesetzesentwurfs bestätigt einerseits diesen Eindruck einer Verwandtschaft zu § 13 StGB, weckt aber andererseits auch Zweifel an der Bewertung der Norm als reine Festschreibung einer Garantenstellung. Es heißt dort, eine Strafbarkeit des Vorgesetzten, der vorsätzlich eine Tat des Untergebenen geschehen lasse, ergebe sich „*entweder über § 13 StGB oder jedenfalls über die Sondervorschrift des § 357 StGB ...*“.<sup>2759</sup>

Abgesehen davon, dass § 357 StGB nach einhelliger Ansicht auf Militärangehörige gerade keine Anwendung findet,<sup>2760</sup> schienen die Verfasser des Entwurfs sich über den strafrechtsdogmatischen Charakter der von ihnen geschaffenen Norm nicht ganz im Klaren gewesen zu sein. Sie begründen ihre Alternativkonstruktion – entweder Unterlassen nach § 13 StGB oder § 357 StGB – damit, dass es die Regelung einer allgemeinen strafrechtlichen Vorgesetztenhaftung im deutschen Strafrecht nicht gebe.<sup>2761</sup> Der Entwurf lässt offen, ob es sich bei § 4 VStGB um die reine positiv-gesetzliche Normierung der Garantenstellung und -pflicht und damit mit der Vorgesetztenhaftung letztlich um eine abschließend geregelte Unterlassungsbeteiligung im Sinne von § 13 StGB oder um ein der Konnivenz ähnliches Sonderdelikt handelt.<sup>2762</sup>

Die Begründung des Gesetzesentwurfs gibt einen Hinweis darauf, dass es sich bei der Strafvorschrift nicht allein um die Feststellung einer Garantenstellung bzw. eine Konkretisierung der Unterlassensstrafbarkeit aus § 13 Abs. 1 StGB in Verbindung mit §§ 6 bis 12 VStGB handelt: Von einer reinen Deklarationswirkung des § 4 Abs. 1 S. 1 VStGB kann nämlich nur gesprochen werden, wenn die Strafmilderung, die § 4 Abs. 1 S. 2 VStGB ausdrücklich ausschließt, bereits aus anderen Gründen nicht anwendbar wäre. Ansonsten hätte zumindest diese Vorschrift gerade konstitutive und nicht nur deklaratorische Bedeutung. Ferner spricht auch die Rechtsfolge, die § 4 VStGB anordnet, gegen eine schlichte Haftung aus dem Unterlassungsdelikt, mithin als unterlassungstäterschaftliche Bege-

2759 BR-Drs. 29/02, S. 40; zum Vorschlag einer Anlehnung der Vorgesetztenverantwortlichkeit in einem deutschen VStGB an § 357 StGB und § 130 OWiG Kreß Nutzen eines Völkerstrafgesetzbuchs, S. 28.

2760 Vgl. nur Fischer, § 357 Rn. 3; Heine/Weißer in: Schönke/Schröder, § 357 Rn. 2; Kuhlen in: NK-StGB, § 357 Rn. 4; Schmitz in: MüKo-StGB, § 357 Rn. 25; Andrews, NZWehr 1996, 200.

2761 BR-Drs. 29/02, S. 40.

2762 Vgl. Safferling/Hartwig-Asteroth/Scheffler ZIS 2013, 447, 449.

hungsform. Wäre eine reine Unterlassungstäterschaft im Sinne des § 13 StGB gewollt gewesen, so hätte nichts dagegen gesprochen, den Vorgesetzten nicht *wie* einen Täter, sondern *als* Täter im Sinne des § 25 StGB zu bestrafen und die Vorschrift entsprechend zu formulieren. Gegen letzteres Argument kann allerdings angeführt werden, dass § 4 VStGB ausweislich der Entwurfsbegründung sowohl die Unterlassungsbeteiligung in der täterschaftlichen als auch in der teilnehmerschaftlichen Form erfassen wollte und insofern einen sprachlichen Mittelweg der Bestrafung wie ein Täter und nicht als Täter gewählt hat, um keine dogmatischen Friktionen durch die Umqualifizierung von Teilnahme durch Unterlassen zur Täterschaft durch Unterlassen herbeizuführen.<sup>2763</sup>

Die Begründung des Gesetzesentwurfs lehnt § 4 VStGB an § 357 StGB an, ohne allerdings auf dessen strafrechtsdogmatischen Charakter einzugehen. In das vorbeschriebene Bild des Anwendungsbereichs von § 4 VStGB passt die Bezugnahme auf § 357 StGB, der keine eingehende Untersuchung dieser Vorschrift vorausgegangen sein dürfte, jedoch nicht. Denn nach allgemeiner – wenn auch hier widersprochener<sup>2764</sup> – Auffassung erfasst § 357 StGB gerade nicht die Fälle der täterschaftlichen Begehung der Bezugstat als Unterlassungstäter. Welchen Anwendungsbereich § 357 StGB hier überhaupt noch haben sollte, bliebe jedoch unergründlich, verstünde man die Regelung des § 4 VStGB als herkömmliche strafrechtliche Garantenhaftung.

*Weigend* beschreibt die Regelung des § 4 VStGB als eine Vorschrift, die für das deutsche Strafrecht keine strafbarkeitsbegründende, sondern lediglich verantwortlichkeitsschärfende Wirkung habe.<sup>2765</sup> Die superior responsibility des internationalen Völkerstrafrechts stehe „*dogmatisch ... an der Schnittstelle zwischen den Formen strafbarer Teilnahme und dem strafbaren (eigenen) Unterlassen*“.<sup>2766</sup> Während aber Art. 28 IstGH-Statut eine Verantwortlichkeit für eine fremde Tat begründe, gehe § 4 VStGB von einer Haftung für eigenes Unterlassungsunrecht des Vorgesetzten aus und verweise nur auf die Rechtsfolge der Strafbarkeit des Untergebenen. Dieser Lösung steht jedoch – wie *Weigend* zutreffend selbst anmerkt – in gewisser Weise die Konzeption des § 4 VStGB entgegen:

Zum einen setzt die Vorschrift die Begehung einer (fremden) Tat nach §§ 6 ff. VStGB voraus und stellt damit zumindest keine typische Unterlassungshaftung dar, die nach den allgemeinen Regeln der unechten Unterlassungsdelikte im Sinne von § 13 StGB beurteilt werden müsste. Die Vorgesetztenverantwortlichkeit des deutschen wie auch des internationalen Völkerstrafrechts entfernt sich damit insofern von der unmittelbaren Unterlassungshaftung, als sie nicht lediglich die

2763 Vgl. auch *Weigend* in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 15.

2764 Vgl. hierzu im Einzelnen hier S. 340 ff.

2765 *Weigend* in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 12, 14; vgl. auch *Safferling/Hartwig-Asteroth/Scheffler* ZIS 2013, 447, 449 f.

2766 *Weigend* in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 15.

tatbestandliche Verletzung eines bestimmten Rechtsguts voraussetzt, zu dessen Schutz der Vorgesetzte unmittelbar als Beschützergarant oder mittelbar als Bewachergarant auf Posten gestellt ist, sondern die Begehung einer Tat nach den §§ 6 ff. VStGB durch einen Untergebenen, mithin einer fremden Tat.

Zum anderen dürfte das Verständnis des § 4 VStGB als eine Unterlassungshaftung im Sinne von § 13 StGB auch der von der herrschenden Ansicht im Völkerstrafrecht vertretenen Konzeption widersprechen, dass der Vorgesetzte, der im Wege der superior responsibility als für die Bezugstat verantwortlich angesehen werden soll, nicht die gegebenenfalls notwendigen besonderen subjektiven Voraussetzungen der Bezugstat des Untergebenen erfüllen muss. Nach dem internationalen Völkerstrafrecht ist demnach der militärische Befehlshaber, der die Begehung eines Völkermordes durch von ihm kontrollierbare Untergebene bewusst geschehen lässt, für diesen Völkermord als Tat verantwortlich. Zu einer insofern völkerstrafrechtsfreundlichen Lösung<sup>2767</sup> kommt man im deutschen Völkerstrafrecht nur, wenn man die Verantwortlichkeit nach § 4 VStGB nicht als unmittelbare Unterlassungshaftung ansieht, denn diese würde beim Unterlassungstäter die Erfüllung der subjektiven Merkmale des Delikts verlangen, für das der Unterlassende verantwortlich sein soll.<sup>2768</sup> Dies würde in der hier genannten Konstellation dazu führen, dass der gleichgültige Vorgesetzte evtl. nur wegen Beihilfe durch Unterlassen, nicht aber aus dem ausdrücklich zur Umsetzung der superior responsibility geschaffenen Beteiligungstatbestand verantwortlich wäre, was eine Strafmilderung zur Folge hätte, weil § 27 StGB anzuwenden wäre. Dies war ausweislich der Gesetzesmaterialien aber nicht gewollt, weil Beihilfe durch Unterlassen gerade der Täterschaft gleichgestellt werden sollte.<sup>2769</sup>

(2) § 4 Abs. 1 und Abs. 2 VStGB als völkerstrafrechtsspezifische Regelung einer Einheitstäterschaft für die Mitwirkung an Bezugstaten Untergebener

Daher legt die für das Völkerstrafgesetzbuch grundsätzlich maßgebliche völkerrechtsfreundliche Auslegung,<sup>2770</sup> die auf eine einheitliche Verantwortlichkeit des Vorgesetzten für die Unterlassungsmitwirkung an der Bezugstat des Untergebenen gerichtet ist, eine einheitstäterschaftliche Betrachtung nahe, die dem oben zu § 357 StGB formulierten Verständnis<sup>2771</sup> vergleichbar ist.<sup>2772</sup> Insofern kann die

2767 Vgl. hierzu *Werle/Jeffberger* JZ 2002, 725, 733.

2768 Vgl. nur *Kühl* AT, § 18 Rn. 132; *Rudolphi* in: SK-StGB Vor § 13 Rn. 27 f.

2769 Vgl. auch *Weigend* in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 12.

2770 Vgl. *Weigend* in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 16.

2771 Vgl. hier S. 366 ff.

2772 Vgl. auch BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, BGHSt 55, 157, 167 f. (Rn. 35); i.E. wohl ebenso *Safferling/Hartwig-Asteroth/Scheffler* ZIS 2013, 447 ff.; *Burghardt* ZIS 2010, 695, 705 lehnt die Einheitstäterschaft des § 4 VStGB mit dem Hinweis ab, es komme zu einer Ungleichbehandlung wegen des geringeren Unrechts in der Vorgesetztenverantwortlichkeit; dagegen zu Recht *Vogel* in: *Jeßberger/Geneuss*, S. 85; vgl. auch *Safferling/Hartwig-Asteroth/Scheffler* ZIS 2013, 547, 449.



durch die Begründung des Gesetzesentwurfs hergestellte Beziehung zu § 357 StGB aufgegriffen werden: Der Vorgesetzte ist stets wie ein Täter der rechtswidrigen Bezugstat des Untergebenen strafbar, wenn er es unterlässt, diese Tat zu hindern. Es findet ausweislich der Begründung zum Entwurf des Völkerstrafgesetzbuchs keine Differenzierung zwischen täterschaftlichem und auf eine Tat des Untergebenen bezogenem Unterlassen und Beihilfe durch Unterlassen statt. Zudem dürfte ebenfalls – wie nach dem völkerstrafrechtlichen Verständnis – die aktive Beihilfe zu einer Tat des Untergebenen nicht von § 27 StGB erfasst sein, sondern von § 4 VStGB, weil in jedem aktiven Beitrag zur Bezugstat auch stets das Unterlassen der Hinderung liegt. Dies gilt umso mehr, als ein Wertungswiderspruch entstände, wenn man die Beihilfe durch aktives Tun als mindere Form der Beteiligung gegenüber der von § 4 VStGB erfassten Hilfeleistung durch unterlassene Tathinderung auffasste.

(3) Systematische Einordnung als Vorschrift des Allgemeinen Teils im Besonderen Teil

Aufgrund dieses Charakters der Vorschrift des § 4 VStGB als Regelung der täterschaftsadäquaten Beteiligung *sui generis* hat eine systematische Einordnung der Vorschrift in den Allgemeinen Teil zu erfolgen. Da die Vorschrift jedoch nicht allgemein im Strafrecht anwendbar ist, sondern nur im nationalen Völkerstrafrecht gilt, handelt es sich um eine Bestimmung des Allgemeinen Teils des Völkerstrafgesetzbuchs, mithin eines ausgelagerten Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs,<sup>2773</sup> und nicht um eine herkömmliche Unterlassungshaftung oder gar um ein Sonderdelikt. Dies wird letztlich auch durch die Stellung des § 4 VStGB zu Beginn des Völkerstrafgesetzbuchs bestätigt.

(4) Das Verhältnis der Vorgesetztenverantwortlichkeit zu anderen Beteiligungsformen

Konkurrenzprobleme zwischen der Vorgesetztenhaftung nach § 4 VStGB und anderen Formen der Beteiligung an Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch sind denkbar, wenn auch eher von untergeordneter Bedeutung. So dürften Handlungen des Vorgesetzten, die sowohl als Mitwirkung im Sinne von § 4 VStGB als auch nach den allgemeinen Regeln des § 26 StGB als Anstiftung zur Bezugstat der Untergebenen angesehen werden können, eher unter die besondere völkerstrafrechtliche Haftungsform der Vorgesetztenverantwortlichkeit fallen. Beide

<sup>2773</sup> Ähnlich wohl auch *Triffterer* in: FS Lüderssen, S. 437, 441; die Regelungen des VStGB, die ehemals mit dem Kerntatbestand des Völkermordes im § 220a StGB zu finden waren, wurden mit der Schaffung des VStGB in einem eigenen Gesetzbuch zusammengefasst, um Rechtsklarheit und die Handhabbarkeit in der Praxis zu fördern, hierzu BR-Drs. 29/02, S. 23.



Beteiligungsformen schließen sich tatbestandlich nicht aus. Die Verantwortlichkeit nach § 4 VStGB stellt jedoch die spezifischere Mitwirkungsform dar, wenn auch zuzugeben ist, dass die Anstiftung deswegen als speziellere Vorschrift betrachtet werden könnte, weil sie die engere Regelung über die Tathandlung beinhaltet. Soweit man allerdings § 4 VStGB als spezifische Regelung der Vorgesetztenhaftung für die Mitwirkung an einer Bezugstat eines Untergebenen ansieht und die Unterlassung hier die Grundform der Begehung darstellt, so geht § 4 VStGB – im Rahmen ihres Anwendungsbereichs – den allgemeinen Regeln vor, zumal die Vorgesetztenverantwortlichkeit als „*Sonderform der täterschaftlichen Verantwortlichkeit*“, die volle „*täterschaftliche Strafbarkeit*“ nach sich zieht<sup>2774</sup> und damit als die grundsätzlich vorrangige Beteiligungsform<sup>2775</sup> verstanden wird.

Problematisch erscheint in diesem Kontext jedoch – ebenso wie bei der aktiven Beihilfe –, dass zumindest nach der wohl überwiegenden Ansicht in der Judikatur zu Art. 7 JStGH-Statut und Art. 6 RStGH-Statut die superior responsibility die nachrangige Verantwortlichkeitsform ist und so eine völkerstrafrechtsfreundliche Auslegung des § 4 VStGB dazu kommen könnte, auch für das nationale Völkerstrafrecht diesen Vorrang zu postulieren. Jedoch dürfte diese Bewertung der völkerstrafrechtlichen Judikatur insofern nicht auf das deutsche Strafrecht übertragbar sein, als im Völkerstrafrecht eine generelle Abstufung der Beteiligungsformen hinsichtlich ihres Unrechtsgehalts, wie sie das deutsche Strafrecht kennt – Beihilfe mit fakultativer Strafmilderung und Anstiftung regelmäßig ohne Versuchsstrafbarkeit –, nicht existiert. In ungeprüfter Übertragung der Grundsätze aus dem Völkerstrafrecht hier die Rangfolge zwischen täterschaftlicher bzw. täterschaftsadäquater Beteiligung und Teilnahme umzukehren, würde den bestehenden Differenzen zwischen den Strafrechten nicht gerecht. Die Vorgesetztenverantwortlichkeit, der eine Unterlassungshaftung zugrunde liegt, hat im deutschen Strafrecht aufgrund der generellen und umfassenden Anerkennung der allgemeinen Unterlassungshaftung schlicht eine stärkere Stellung, deren Aufweichung die Umsetzung des Rom-Statuts nicht verlangt.

Vor diesem Hintergrund wäre es sogar denkbar, die Beteiligung an der Tat, die auch von einem Untergebenen begangen wird, die mittäterschaftliche Begehungsweise von § 4 VStGB zu erfassen, denn auch die Erbringung eines Tatbeitrages zur gemeinsamen Tat eines Untergebenen beinhaltet eine Unterlassung, diesen an der Begehung einer Tat nach dem Völkerstrafgesetzbuch zu hindern. Auch wenn die Voraussetzungen des § 4 VStGB insofern erfüllt sind, spricht gegen diese Lösung allerdings, dass es wenig sinnvoll erscheint, den Vorgesetzten „*wie einen Täter der vom Untergebenen begangenen Tat zu bestrafen*“, wenn er

2774 Weigend in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 13, 15.

2775 Vgl. nur Kühl AT, § 21 Rn. 54; vgl. aber Rotsch JuS 2004, 607, 613, der einer aktiven Begehung stets den Vorrang einräumt.

doch Täter dieser Tat ist. *Weigend* geht entsprechend von einem generellen Vorrang der täterschaftlichen Begehungsweise der Bezugstat aus.<sup>2776</sup> Doch zeigt ein Blick in die Entwurfsbegründung, dass die Formulierung „*wie einen Täter*“ eher dem Umstand geschuldet ist, dass sowohl täterschaftliche als auch teilnehmer-schaftliche Tatbeiträge durch die Vorschrift über die Vorgesetztenverantwortlichkeit erfasst werden sollten und man zudem auch die dogmatische unklare Regelung des § 357 StGB im Auge hatte; deshalb musste eine neutrale Regelung gewählt werden. In diesem Punkt war die Formulierung „*wie ein Täter*“ hinreichend klar, um die gewünschte Wirkung einer einheitlichen Strafbarkeitsbestimmung zu erzielen. Damit erscheint es vertretbar, auch die mittäterschaftliche Begehung unter § 4 VStGB zu erfassen, wenn auch die praktischen Folgen gering sein dürften, zumal auch die Begründung des Gesetzesentwurfs von einer Ausdehnung des Konzepts der Täterschaft im Rahmen des § 4 VStGB spricht. Aus Gründen der Klarheit des Schuldspruchs im Rahmen eines Urteils dürfte es allerdings näher liegen, der Tatbegehung als Mittäter den Vorrang vor der Vorgesetztenverantwortlichkeit einzuräumen. Dafür spricht auch die von den Ad-hoc-Gerichten vertretene Auffassung, die Verantwortlichkeit aus Art. 7 Abs. 1 JStGH-Statut und Art. 6 Abs. 1 RStGH-Statut gehe grundsätzlich der Haftung aus superior responsibility vor, denn soweit es die Täterschaft durch aktives Begehen betrifft, ist gegen eine solche Vorrangstellung vor der Vorgesetztenverantwortlichkeit nichts zu einzuwenden.

#### (5) Konkurrenz zu anderen Formen der spezifischen Vorgesetztenverantwortlichkeit

*Weigend* stellt zum Verhältnis von § 4 VStGB zu § 357 StGB lakonisch fest, dass Ersterer Letzterem vorgehe, weil § 4 VStGB die speziellere Vorschrift sei.<sup>2777</sup> Folgt man jedoch der hier vertretenen Auffassung, dass § 357 StGB nur auf die Amtsstraftaten als Bezugstaten Anwendung findet, so stellt sich die Frage nach einem Verhältnis zwischen den Regelungen bereits nicht, weil die Bezugstaten sich nicht überschneiden. Zwischen §§ 33, 34 WStG und § 4 VStGB kann jedoch tatsächlich ein Konkurrenzverhältnis entstehen. Dabei wird es sich regelmäßig um die Fälle handeln, die nach allgemeiner Beteiligungsdogmatik als Anstiftung des Untergebenen durch den Vorgesetzten zu behandeln wären und die nach dem Wehrstrafrecht als Verleiten zu einer rechtswidrigen Tat erfasst werden. Hier gehen die Regelungen der §§ 33, 34 WStG vor. Denn im Hinblick auf diese Vorschriften dürfte § 4 VStGB nicht als Sonderregelung angesehen werden können. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass weder in der Begründung des Gesetzes-

<sup>2776</sup> *Weigend* in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 65.

<sup>2777</sup> *Weigend* in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 64.

entwurfs<sup>2778</sup> noch im sonstigen Gesetzesverfahren ein Hinweis darauf erkennbar ist, dass die Regeln des Wehrstrafrechts durch das VStGB verdrängt werden sollen. Zum anderen sehen die §§ 33, 34 WStG eine im deutschen Strafrecht – soweit ersichtlich – einmalige Möglichkeit der Strafschärfung innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens vor. Diese gesetzlich vorgeschriebene besondere Berücksichtigung der Stellung des soldatischen Vorgesetzten würde außer Acht gelassen, wollte man § 33 WStG nicht anwenden; zumindest müsste man die Vorschrift aber bei der Strafzumessung zur Anwendung bringen. Außerdem weist § 34 WStG die Besonderheit auf, dass bereits das erfolglose Verleiten des Untergebenen zu einer Straftat strafbar ist, unabhängig davon, ob es sich um ein Verbrechen oder ein grundsätzlich selbst im Versuch nicht strafbares Vergehen handelt; so etwa der Versuch, einen Untergebenen zu einer Tat nach §§ 13, 14 VStGB zu verleiten. Sieht man die Vorschriften des Wehrstrafrechts als verdrängt an, so ergibt sich insofern ein Widerspruch. Daher gehen die Regeln über die Vorgesetztenverantwortlichkeit aus dem Wehrstrafrecht jenen des § 4 VStGB im Konkurrenzfall vor.

#### (6) Zwischenfazit

Damit ist die dogmatische Bewertung des § 4 VStGB vorgenommen. Es handelt sich um eine Beteiligungsregelung *sui generis*, die einen Einheitstäterbegriff für die Mitwirkung an den Bezugstaten Untergebener installiert. Diese Bewertung schafft zwar eine eigenständige Beteiligungsform und bereitet damit strafrechtsdogmatische Friktionen, da die Einfügung eines neuen Elements in ein bestehendes System stets die Gefahr von Systembrüchen mit sich bringt. Aber diese Herausforderung muss das deutsche Strafrecht meistern; sie ist auch von den Urhebern des Völkerstrafgesetzbuchs, wenn nicht ausdrücklich, so doch konkludent durch die Orientierung der neuen Vorschrift an einer sehr alten Bestimmung, die ihrerseits noch keine klare Klassifizierung erfahren hat, eingegangen worden. Auch wenn man auf den Weg der Rechtsfigur *sui generis* nur als letztes dogmatisches Mittel ausweichen sollte, wenn keine andere Einordnung zu einem befriedigenden Ergebnis führt, so ist dieser Weg hier wohl der einzig gangbare.

#### b) Auslegung der Tatbestandselemente

Zur genaueren Bestimmung der Konturen der Vorgesetztenverantwortlichkeit sollen im Folgenden die einzelnen Merkmale ihres Tatbestandes nach § 4 VStGB näher betrachtet werden. Dabei liegt ein Schwerpunkt auf der Bestimmung des

2778 BR-Drs. 29/02, S. 41 f.

Normadressaten der Vorschrift, dem Vorgesetzten, und ein weiterer Schwerpunkt auf der Frage nach der erforderlichen Hinderungshandlung.

### (1) Vorgesetztenstellung

Zentraler Begriff der Vorgesetztenverantwortlichkeit des § 4 VStGB ist zwangsläufig der des *Vorgesetzten*. Eine diesbezügliche Definition bietet die Vorschrift nicht. In Absatz 1 wird jedoch zwischen dem militärischen Befehlshaber und dem zivilen Vorgesetzten begrifflich unterschieden; es wird allerdings für beide die gleiche Rechtsfolge angeordnet. Sie haften bei Erfüllung des Zurechnungstatbestandes wie ein Täter der Bezugstat. Absatz 2 macht ferner deutlich, dass es bei der Anwendung der Vorschrift letztlich nicht auf eine formale Vorgesetztenstellung ankommt, wie sie etwa das Wehrrecht in § 5 SoldG verwendet,<sup>2779</sup> sondern auf die faktische Möglichkeit, tatsächliche Kontrolle durch Führungs- oder Befehlsgewalt auszuüben.<sup>2780</sup> Maßgeblich ist also wie im internationalen Völkerstrafrecht die effective control als zentraler Aspekt der superior responsibility. Daher formuliert der Bundesgerichtshof wie folgt: „*Militärischer Befehlshaber im Sinne des § 4 VStGB ist, wer die faktisch ausübbare, gegebenenfalls auch rechtlich fundierte Möglichkeit hat, Untergebenen verbindliche Anweisungen zu erteilen und die Ausführung dieser Anweisungen durchzusetzen.*“<sup>2781</sup>

#### (a) Militärische Befehlshaber und gleichgestellte Personen

Die für den militärischen Kommandeur charakteristische Befehlsgewalt ist in der Regel bei militärischen Vorgesetzten im Sinne des Soldatengesetzes (§ 1 Abs. 3 SG) gegeben, kann aber auch bei Personen vorliegen, die lediglich mit faktischer Befehlsgewalt (bewaffneten) Gruppen vorstehen. Die Verwendung eines materiellen Vorgesetztenbegriffs folgt der Tradition des Völkerstrafrechts und ist dort, wie auch im nationalen Völkerstrafrecht, sinnvoll und notwendig, da es zur Begründung der Verantwortung durch Führung eines Verbandes oder einer Organisation nicht auf die formelle Stellung, sondern vielmehr auf die tatsächliche Lenkungsmacht ankommt.<sup>2782</sup> Also ist hier ebenso wie im internationalen Völkerstrafrecht die effective control der entscheidende Gesichtspunkt für die Vorgesetztenstellung und die sich daraus spiegelbildlich ergebende Untergebenenstellung.<sup>2783</sup> Damit scheidet eine tatbestandliche Vorgesetztenstellung auch im natio-

2779 Vgl. Weigend in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 17; im Einzelnen zum Vorgesetztenbegriff im Wehrrecht hier S. 269 ff.

2780 Vgl. Weigend in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 17.

2781 BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, BGHSt 55, 157, 168 (Rn. 36).

2782 So BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, BGHSt 55, 157, 168 (Rn. 36); vgl. auch Safferling/Hartwig-Asteroth/Scheffler ZIS 2013, 447 f.; a.A. offenbar Safferling JZ 2010, 965, 967.

2783 Vgl. Weigend in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 44.

nen Völkerstrafrecht aus, wenn zwar formell ein Hierarchiegefälle besteht, das dem betreffenden höherrangigen Soldaten oder Privaten eine Führungsrolle und Entscheidungsgewalt über die Handlungen der in der Organisation untergeordneten Personen zuweist, diese hierarchische Stellung jedoch faktisch ignoriert wird, weil keine interne Disziplin besteht und „*jeder macht, was er will*“.<sup>2784</sup> Das bedeutet jedoch nicht, dass schon dann keine Befehlsgewalt mehr besteht, wenn der konkrete Untergebene Befehle ignoriert, sondern erst dann, wenn es dem formell Vorgesetzten aufgrund fehlender Durchsetzungsmittel generell nicht möglich ist, die Ausführung seiner Anordnungen durchzusetzen.

Das Unterscheidungskriterium zwischen dem Vorgesetzten des § 4 Abs. 1 und dem Vorgesetzten nach § 4 Abs. 2 VStGB ist die rechtliche Verfasstheit der Vorgesetztenstellung. Militärischer Befehlshaber ist derjenige, der Soldaten rechtlich verbindliche Befehle geben und die Durchführung seiner Anordnungen auch durchsetzen kann.<sup>2785</sup> Dem einem militärischen Befehlshaber gleichgestellten Befehlshaber steht diese Durchsetzungskraft mittels einer hierarchisch strukturierten und in gewisser Weise institutionalisierten Organisation ebenfalls zur Verfügung, er kann jedoch die Erteilung seiner Befehle nicht auf ein rechtliches Fundament stützen. Man kann hier in Anlehnung an den faktischen Geschäftsführer von einem faktischen Befehlshaber sprechen. Daher kann die faktische Begründung oder Wirkung eines Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnisses im Sinne von § 4 Abs. 2 VStGB ebenso wie im internationalen Völkerstrafrecht einer Vorgesetztenverantwortlichkeit zugrunde liegen. Dazu reicht jedoch nicht die Übernahme einer rein tatsächlich bestehenden Lenkungsmacht aus; es muss sich um eine Kontroll- und Lenkungsmöglichkeit innerhalb einer Organisation handeln.<sup>2786</sup>

Erlangt eine Person innerhalb der Kommunikations- und Interaktionsstrukturen eines solchen Verbandes die Möglichkeit, Anweisungen zu erteilen, die in der Praxis befolgt zu werden pflegen, so kann er insoweit als Vorgesetzter betrachtet werden, auch wenn sich dies nicht in einer rechtlich verfassten Beziehung zwischen Anordnungserteilendem und -empfangendem wiederfindet. Die Notwendigkeit einer gewissen inneren Struktur und Hierarchie für alle Fallgestaltungen des § 4 VStGB ergibt sich bereits aus der Formulierung von Absatz 2, der für den einem zivilen Vorgesetzten gleich zu achtenden Vorgesetzten die Ausübung der Führungsgewalt und Kontrolle in einer Organisation oder einem Unternehmen verlangt. Dies setzt eine verfestigte, wenn auch nicht zwingend verrechtlichte Binnenhierarchiestruktur des Verbandes voraus und schließt die Verantwortlichkeit ausschließlich aufgrund einer beruflichen Stellung eines Titels oder Rangs aus.<sup>2787</sup>

2784 Weigend in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 45; ferner Rn. 20.

2785 Vgl. Weigend in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 18.

2786 Vgl. Weigend in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 45.

2787 So Weigend in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 19.

(b) Notwendigkeit einer Differenzierung zwischen militärischen Befehlshabern und zivilen Vorgesetzten

Auf die Abgrenzung zwischen der Stellung als militärischer und nichtmilitärischer Vorgesetzter kommt es für die Zurechnung über § 4 VStGB nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht an. Dennoch kann diese Differenzierung mittelbar virulent werden, wenn man in Anlehnung an die Formulierung von Art. 28 lit. b IstGH-Statut, dessen Umsetzung auch § 4 VStGB dienen soll, militärische und nichtmilitärische Vorgesetzte nicht tatbestandlich gleichbehandelt, sondern die Verantwortlichkeit des zivilen Vorgesetzten von der weiteren Voraussetzung abhängig macht, dass seine Stellung der des militärischen Befehlshabers gleichzustellen ist. Insofern ist eine nähere Betrachtung des militärischen Vorgesetzten im Sinne des Völkerstrafgesetzbuchs notwendig.

(aa) Militärbegriff des Völkerstrafgesetzbuchs

Die Stellung als militärischer Befehlshaber, im Gegensatz zum sonstigen Vorgesetzten, den das Völkerstrafgesetzbuch als zivilen Vorgesetzten bezeichnet, setzt die Zugehörigkeit des Vorgesetzten zum Militär voraus. Damit stellt sich auch hier die Frage nach dem Militärbegriff, den das Völkerstrafgesetzbuch nicht selbstständig bestimmt und der bereits im Zusammenhang mit Art. 28 IstGH-Statut erörtert und definiert wurde.<sup>2788</sup>

Im Hinblick auf § 4 VStGB konstatiert Weigend, das „*Spezifikum des militärischen Befehlshabers*“ bestehe zunächst in der strengen Befehlsunterworfenheit, so dass das Prinzip von Befehl und Gehorsam herrsche, das sich auf die gesamte Lebensführung beziehe und eine umfassende Kontrolle der Untergebenen ermögliche.<sup>2789</sup> Jedoch reiche dies nicht aus, da ansonsten auch Sekten mit straffer Führung als militärische Organisationen anzusehen seien, innerhalb derer eine zumindest ebenso straffe Führung erfolge wie im klassischen Soldatenverhältnis. Daher müsse neben die Befehlsgewalt eine „*planmäßige Orientierung auf den bewaffneten Einsatz gegenüber einer externen Bedrohung des Staates (oder eines staatsähnlichen Gebildes)*“ treten. Deshalb seien Einheiten, die lediglich die Aufgabe hätten, die Ordnung im Inneren eines Staates aufrechtzuerhalten, wie etwa Polizeieinheiten, keine militärischen Verbände, mögen ihre Angehörigen auch militärisch klingende Rangbezeichnungen führen. Ebenfalls nichtmilitärisch seien bewaffnete Verbände von terroristischen Vereinigungen, weil diese nicht auf eine externe Bedrohung reagieren sollen. Bei bewaffneten Widerstandskämpfern hänge die Klassifizierung als militärisch davon ab, ob sie bereits ein Territorium in

2788 Vgl. hier S. 597 ff.

2789 So Weigend in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 21 f.

einer Weise unter ihre Kontrolle gebracht haben, die es möglich oder notwendig macht, ihre Kräfte zur Stabilisierung ihrer Herrschaft einzusetzen. Nicht relevant sei dagegen, ob der Vorgesetzte nominell Zivilist oder Soldat sei, so dass ein Verteidigungsminister oder Regierungschef ebenso militärischer Vorgesetzter sein könne wie ein General. Ebenfalls irrelevant sei, welche konkreten Aufgaben die Untergebenen ausüben. Auch wenn diese eher ziviler, polizei-ähnlicher Natur seien, wie das Bewachen von Gefängnissen, stehe dies einer Haftung als militärischer Vorgesetzter nicht entgegen.<sup>2790</sup>

Dass die Formalbezeichnung als Soldat oder Zivilist nicht zwingend Bedeutung für die Eigenschaft als militärischer Vorgesetzter hat, dürfte allein im Hinblick auf ausdrückliche Regelungen des deutschen Soldatenrechts unstreitig sein. Für eine solche Bewertung spricht im Übrigen der Umstand, dass das internationale Völkerstrafrecht einen materiellen Vorgesetztenbegriff verwendet und auch daher eine Klassifizierung des Vorgesetzten über eine formelle Eigenschaft als Soldat inkonsequent und damit wenig überzeugend wäre. Problematischer ist dagegen die Statuierung des Erfordernisses einer Ausrichtung des fraglichen Verbandes auf die Kontrolle und Verteidigung eines Territoriums. Während sich der materielle Militärbegriff leicht mit der materiellen Rechtfertigung der Vorgesetztenverantwortlichkeit begründen lässt – die Bezeichnung als General oder als Verteidigungsminister ist für die Schaffung erheblicher Gefahren für die Schutzgüter des Völkerstrafgesetzbuchs irrelevant –, ist nicht einsichtig, welcher sachliche Grund hinter dem Kriterium der Ausrichtung auf Abwehr stehen soll, zumal das Erfordernis der hinreichenden Territorialherrschaft wenig unterscheidungskräftig erscheint. Ob diese hinreichende Herrschaftsmacht erreicht ist, wird man kaum anhand genereller Kriterien bestimmen können. Hier müsste dann auch zwischen Einsatz von Truppen zur Beherrschung von Territorien und zur (vorläufigen) Sicherung von Operationsgebieten unterschieden werden. Die Differenzierung anhand des Einsatzes zur Sicherung eines Territoriums überzeugt auch deswegen nicht, weil das humanitäre Völkerrecht zur Bestimmung, ob ein bewaffneter Konflikt vorliegt, im Hinblick auf asymmetrische Kriegsführung mit modernen Waffensystemen zunehmend auf das Kriterium der territorialen Kontrolle verzichtet. Die Besetzung von Raum ist keine notwendige Bedingung mehr für die Durchführung anhaltender und koordinierter Kampfhandlungen.<sup>2791</sup> Daher wird auch eine Durchführung von Kampfhandlungen durch Terroristen – unabhängig von der Frage nach der Kontrolle eines Territoriums – als Teilnahme

2790 Weigend in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 23 f.

2791 Vgl. hierzu Ambos NJW 2010, 1725, 1726 m.w.N.; ferner IStGH, Vorverfahrenskammer I, Ents. v. 29.1.2007, ICC-01/04-01/06-803 (*Lubanga*), Decision on the conformation of charges, § 233; Werle Völkerstrafrecht, Rn. 1075.



an einem bewaffneten Konflikt angesehen, wenn die Kämpfenden in der Lage sind, anhaltende und konzentrierte militärische Operationen durchzuführen.<sup>2792</sup>

Daher sollte auf ein solches Element auch hier verzichtet werden, so dass hier ebenfalls die Militärdefinition gilt, die bereits im Kontext des Art. 28 IStGH-Statut entwickelt wurde: Als militärisch ist jeder Verband anzusehen, der auf die Mitwirkung an bewaffneten Kampfeinsätzen im Krieg oder einem bewaffneten Konflikt – ausgehend von der Kriegsdefinition *Kendes* im völkerrechtlichen Sinne<sup>2793</sup> – ausgerichtet ist. Militärischer Befehlshaber ist danach auch im Sinne des Völkerstrafgesetzbuchs und im Einklang mit dem Rom-Statut nach der obigen Auslegung derjenige, der innerhalb eines Verbandes, dessen Aufgabe auf die Teilnahme an bewaffneten Auseinandersetzungen innerhalb eines (Bürger-)Krieges ausgerichtet ist, aufgrund seiner hierarchischen Stellung in der Lage ist, verbindliche Anweisungen zu erteilen und deren Befolgung notfalls auch mit unmittelbarem Zwang durchzusetzen. Dabei wird man in Übereinstimmung mit *Weigend* auch solche Truppenteile als militärische Verbände ansehen können, die in concreto keine Aufgaben zu erfüllen haben, die unmittelbar mit den Kampfhandlungen im Zusammenhang stehen. Etwas anderes könnte jedoch im Hinblick auf die Frage der Risikoverursachung gelten, wenn es sich um Soldaten handelt, deren Aufgabe gerade nicht die Teilnahme an Kampfhandlungen, sondern vielmehr die Verhinderung von Schäden an Rechtsgütern ist, die unter dem Schutz des Völkerstrafrechts stehen.

(bb) Einschränkung ziviler Verantwortlichkeit aufgrund der Art und Ausrichtung einer Organisation (*Weigend*)

Grundsätzlich ist ziviler Vorgesetzter jeder Vorgesetzte, der nicht militärischer Befehlshaber ist. Auch hier sind die effective control und die Einbindung in eine Hierarchie als Voraussetzungen für die Vorgesetzteneigenschaft entscheidend. Eine restriktive Anwendung des § 4 VStGB hat *Weigend* im Hinblick auf die drohende unangemessen scharfe Haftung des Unternehmers als zivilem Vorgesetzten gefordert. Es könne nicht angehen, jeden beliebigen Arbeitgeber unter Berufung auf das Völkergewohnheitsrecht als Täter für Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch verantwortlich zu machen, wenn er diese hätte verhindern können. Eine solch strikte Haftung sei nur dann gerechtfertigt, wenn die Stellung des zivilen Vorgesetzten der des militärischen Befehlshabers vergleichbar sei. Das Kriterium für diese Vergleichbarkeit wendet *Weigend* jedoch nicht auf die Lenkungsmacht des Vorgesetzten allein an, sondern bezieht es auch auf die Organisation, in der die Beteiligten tätig sind. Der zivile Vorgesetzte müsse nicht nur eine befehlsähn-

2792 Vgl. hierzu *Ambos* NJW 2010, 1725, 1726; *Safferling/Kirsch*, JA 2010, 81, 82.

2793 *Kende* Kriege nach 1945, S. 5 f.

liche Steuerungsgewalt haben, sondern auch die zivile Organisation oder das Unternehmen müssen demnach „ihrer Art nach ein gesteigertes Gefährdungspotential für die völkerstrafrechtlich geschützten Rechtsgüter aufweisen“.<sup>2794</sup>

Aus diesem Aspekt leitet Weigend zwei Aussagen ab: Zum einen müsse der potenziell verantwortliche Vorgesetzte eine Führungsposition in einer Einrichtung von einiger Bedeutung innehaben, so dass Kleinunternehmen oder ein Verein mit wenigen Mitgliedern als Grundlage der zivilen Vorgesetztenverantwortlichkeit nach § 13 VStGB nicht in Betracht komme. Zum anderen müsse die Organisation „auf Grund ihrer konkreten Zielrichtung oder Tätigkeit eine inhärente (zumindest abstrakte) Gefahr für diese Rechtsgüter mit sich“ bringen. Dies sei etwa der Fall, wenn aufgrund der religiösen, ethischen oder sonstigen ideologischen Ausrichtung oder der „latenten Aggressivität“ die Möglichkeit der Begehung von Straftaten gegen das Völkerstrafgesetzbuch nicht fern liegt.<sup>2795</sup> Diese Restriktion der Vorgesetztenverantwortlichkeit begründet Weigend aus der materiellen Rechtfertigung der superior responsibility. Der Vorgesetzte sei für die Bezugstaten verantwortlich, weil ihm die Stellung als Bewacher über eine Gefahrenquelle übertragen sei, die sich aus dem Unternehmen ergibt. Aus diesem Gedanken ergebe sich die zwangsläufige Beschränkung der Verantwortlichkeit auf Vorgesetzte in Organisationen, deren Art oder Gegenstand ein spezifisches Gefährdungspotenzial für die Rechtsgüter des Völkerstrafgesetzbuchs beinhalten.<sup>2796</sup>

Diese Lösung erscheint prima facie überzeugend, weil sie die materielle Legitimation der Vorgesetztenverantwortlichkeit und damit letztlich den Grund für die Strafbarkeit im Tatbestand der Zurechnungsvorschrift verankert. Zudem stimmt der weigendsche Ansatz auch mit dem überein, was hier bereits im Zusammenhang mit dem Genfer Recht erörtert worden ist: Die superior responsibility des internationalen Völkerstrafrechts basiert auf der Übernahme der Erfüllung staatlicher Pflichten zur Verhinderung von schweren Völkerrechtsverletzungen durch den Vorgesetzten. Diese Pflichten werden ausweislich Art. 87 ZP I regelmäßig militärischen Kommandanten übertragen, die diese Aufgabe der Wahrung des Genfer Rechts im Zusammenhang mit Kampfhandlungen zu erfüllen haben. Geht man mit dem Völkerrecht in diesem Zusammenhang davon aus, dass auch ein nichtmilitärischer Vorgesetzter für die von seinen Untergebenen begangenen grave breaches verantwortlich sein kann, so setzt dies eine Übernahmesituation voraus. Diese kann – wie bereits dargestellt – dann gegeben sein, wenn eine Organisation oder ein Unternehmen einen spezifischen Bezug zu den vom Völkerstrafrecht geschützten Rechtsgütern aufweist, wie dies etwa bei einem Rüstungsunternehmen der Fall ist, das insofern eine solche Nähe zum Völkerstrafrecht

2794 Weigend in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 35.

2795 Weigend in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 36.

2796 Weigend in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 34.

aufweist, als seine Tätigkeit mit der Begehung des § 8 Abs. 3 Nr. 4 VStGB im engen Zusammenhang stehen kann.<sup>2797</sup> Beschäftigt der Unternehmer in seinem Betrieb Kriegsgefangene, die zur Mitwirkung an der Rüstungsproduktion gezwungen werden, so kann dies eine Straftat nach § 8 Abs. 3 Nr. 4 VStGB darstellen. Die Ausrichtung eines medizinischen Forschungszentrums auf Humanexperimente kann eine spezifische Nähe zu Taten nach § 8 Abs. 1 Nr. 8 VStGB bedeuten. In diesen Fällen kann man die Übernahme der Schutzaufgaben aus Art. 86 f. ZP I und die damit einhergehende Garantenstellung dahin gehend begründen, dass die hoheitliche Gewalt dem Unternehmer oder der Organisation die Durchführung dieser spezifisch risikobehafteten Tätigkeiten gestattet, als Korrelat dieser Erlaubnis jedoch die Pflicht zur Gefahrenbeherrschung und -abschirmung entsteht, deren Folge die strafrechtliche Verantwortlichkeit desjenigen ist, der in diese Verantwortungsstellung eintritt, die die Organisation übernimmt.

Insofern ist die Einschränkung, die *Weigend* vornimmt, konsequent. Sie vermag aber letztlich dennoch nicht zu überzeugen: Sie ist entweder zu restriktiv, wenn das Kriterium „*eines Gefährdungspotentials für die völkerstrafrechtlich geschützten Rechtsgüter*“<sup>2798</sup> so zu verstehen ist, dass eine generelle Gefährlichkeit erforderlich sein soll, also nur solche Organisationen relevant sind, die unmittelbar (kriegs-)völkerrechtsbezogene Tätigkeiten ausüben, wie etwa Rüstungsunternehmen oder auch private Sicherheitsdienste.<sup>2799</sup> Fraglich wäre aber wohl bereits die Anwendung der Vorgesetztenverantwortlichkeit auf den Inhaber eines Bordells, der es zulässt, dass seine Untergebenen in seinem Betrieb Frauen und Mädchen, die aus eroberten Gebieten verschleppt wurden, zur Prostitution zwingen.<sup>2800</sup> Solche Handlungen der Untergebenen stellen regelmäßig Straftaten nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 VStGB, in jedem Fall aber nach § 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB dar. Diese Taten weisen einen inneren Bezug zu einem Rechtsgut auf, das nach der herrschenden Ansicht auch von den Strafvorschriften der §§ 6 ff. VStGB geschützt ist,<sup>2801</sup> aber ein spezifisches Risikopotenzial für die „*Rechtsgüter des Völkerstrafrechts*“ weist der Betrieb eines Bordells wohl nicht auf.

Sie können aber auch zu wenig materiellen Bezug und keine hinreichende Anknüpfung an die Garantenstellung aufgrund Gefahrübernahme aufweisen, wenn man es ausreichen ließe, dass das Unternehmen überhaupt irgendeinen Bezug zu einem völkerstrafrechtlichen Rechtsgut aufweist. Das würde dazu führen, dass

2797 Zur Zwangsarbeit in der Rüstungsproduktion als Fall des § 8 Abs. 3 Nr. 4 VStGB *Zimmermann/Geiß* in: MüKo-StGB, § 8 VStGB Rn. 251 m.w.N.

2798 *Weigend* in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 35.

2799 Vgl. die Beispiele bei *Weigend* in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 36.

2800 Oder auch der Betrieb einer Fabrik, in der Kremationsöfen für Konzentrationslager hergestellt werden durch die „*Fa. Topf & Söhne*“ in Erfurt, vgl. *Schüle*, Industrie, passim.

2801 Vgl. zu den durch § 8 VStGB geschützten Rechtsgütern im Allgemeinen *Ambos* in: MüKo-StGB Vor § 8 ff. VStGB Rn. 3; und zum durch § 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB im besonderen geschützten Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung *Zimmermann/Geiß* in: MüKo-StGB, § 8 VStGB Rn. 145 ff.

auch der leitende Arzt, der in einem medizinischen Forschungszentrum einer Organisation tödliche Versuche mit Kriegsgefangenen nicht unterbindet, nicht nur als Vorgesetzter für diese Versuche verantwortlich wäre, sondern auch für Massaker, die seine Untergebenen zwar in einem äußeren Zusammenhang mit dem Zentrum, etwa unter Verwendung von Fahrzeugen der Organisation, verüben, die aber in keinem inneren Zusammenhang mit dem Forschungszentrum stehen.

Zudem stellen sich Abgrenzungsfragen, soweit es sich bei der Organisation etwa um ein Unternehmen handelt, das in mehreren Bereichen mit unterschiedlichen Betrieben tätig ist. Dies ist etwa der Fall, wenn ein Betrieb oder auch nur ein Betriebsteil, etwa ein Werk, Munition herstellt und damit in einem völkerstrafrechtlich virulenten Bereich tätig ist, während ein anderer Betrieb oder Betriebsteil des Unternehmens Güter fabriziert, die keinen solchen Bezug aufweisen.<sup>2802</sup> Hier könnte es zu einer Infektionswirkung kommen, durch die dann der Vorgesetzte, der eine einmalige Produktion von Giftgasgranaten in seinem Werk duldet, verantwortlich ist, weil im Unternehmen grundsätzlich Munition hergestellt wird. Man wird nach *Weigends* These aber wohl dazu kommen müssen, dass ein Unternehmensinhaber nicht nach § 4 VStGB verantwortlich ist, wenn in dem Unternehmen üblicherweise nur Metallrohre hergestellt werden, aber nun aufgrund eines einmaligen Auftragsengpasses vorübergehend und ohne Umwidmung des Unternehmens und auf Betreiben eines Werksleiters in einem Werk Giftgasgranaten produziert werden.

Die Ausrichtung des *weigendschen* Lösungsansatzes erscheint damit zu statisch und formal. Zudem kommt es trotz seiner ausdrücklichen Orientierung an der Rechtsgutsgefährdung zu konträren Ergebnissen, bei identischer konkreter Gefährdungslage, indem die Verantwortlichkeit von der Art und auch dem Umfang der Organisation abhängig gemacht wird. Wenn *Weigend* konstatiert, ein Kleinunternehmen, das nur über wenige Angestellte verfügt, könne mangels genereller Gefährlichkeit für die Schutzgüter des Völkerstrafrechts von seinem Risikopotenzial nicht einer militärischen Einheit gleichgestellt werden, so wird dies in der Regel zutreffend sein, darf aber nicht kategorisch als richtig gelten. Nimmt man das Beispiel des Forschungszentrums, in dem möglicherweise nur wenige Spezialisten arbeiten und nach dem Völkerstrafrecht sanktionierbare Humanexperimente vornehmen, so erscheint es wenig überzeugend, diese Fälle nur aufgrund der Menge der Taten aus dem Anwendungsbereich der Vorgesetztenverantwortlichkeit auszuklammern; Gleiches gilt für ein hochspezialisiertes Chemielabor, in dem grundsätzlich Insektizide entwickelt werden. Entwickelt nun einer der wenigen Angestellten Giftgase explizit für den verbotenen Kriegseinsatz und

2802 Vgl. hierzu etwa die Beispiele deutscher Firmen, die sich mit der Entwicklung von Zyklon-B oder dem Bau von Kremationsöfen wesentlich am Holocaust beteiligten, bei *Vest* Völkerrechtsverbrecher, S. 115.

duldet dies der Betriebsleiter, so stellt sich die Frage, warum hier die Vorgesetztenverantwortlichkeit nicht greifen soll, obwohl die Entwicklung eines wirksamen Giftes möglicherweise zu einer Vielzahl von Verbrechen gegen § 12 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 VStGB führt und der Entwickler hierzu Beihilfe leistet.

(cc) Einschränkung ziviler Verantwortlichkeit durch das Kriterium der spezifischen Gefährlichkeit der konkreten Tätigkeit

Gerade dieser Beispielsfall macht deutlich, dass ein flexiblerer Ansatz zu entwickeln ist, der nicht die Eigenart der Organisation zum Dreh- und Angelpunkt der Bewertung wählt, sondern die konkrete Tätigkeit für die Organisation oder den Betrieb, in deren Rahmen die Begehung der Bezugstaten erfolgt. Damit wäre nicht darauf abzustellen, ob von der Tätigkeit der Organisation generell eine spezifische Gefährdung der relevanten Rechtsgüter ausgeht, sondern von der konkreten Tätigkeit, die für den Verband ausgeübt wird.

Eine solche Lösung knüpft an die Bezugstat des Untergebenen an und fragt danach, ob die strafbare Handlung im Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit steht. Diese Sichtweise scheint mit einem Perspektivenwechsel verbunden zu sein, weil nicht mehr die Verantwortungssphäre der Organisation zum Ausgangspunkt der Zurechnung gewählt wird, sondern die konkrete Straftat. Diese wird der Betrachtung zugrunde gelegt, und von der Tat ausgehend wird der Frage nachgegangen, ob ein konkreter Organisationsbezug besteht. Damit wird dieses Element, das auch in § 130 OWiG enthalten ist, ebenso im § 4 VStGB installiert. Gegen eine solche Vorgehensweise – weniger gegen das Ergebnis – lässt sich aus strafrechtsdogmatischer Sicht vorbringen, dass § 130 OWiG und § 4 VStGB insofern wesensverschieden sind, als jener keine Zurechnung fremder Taten, sondern ausschließlich eine Haftung für eigene Pflichtverletzungen beinhaltet. Ferner entspricht der Blickwinkel, den man bei dem von der Bezugstat ausgehenden Ansatz einzunehmen hat, nicht der für die superior responsibility typischen, auf einer Sphärenverantwortung basierenden *Top-down*-Betrachtung. Sie führt zudem zu einem zumindest scheinbaren Ungleichgewicht zwischen ziviler Vorgesetztenverantwortlichkeit, die eine Organisationsbezogenheit erfordert, und der militärischen Befehlshaberverantwortlichkeit, die dieses Merkmal nicht voraussetzt, so dass der Eindruck entsteht, jene sei im Ergebnis an andere und wohl auch strengere Voraussetzungen gebunden als diese.

Doch zumindest der Eindruck der höheren Hürde für die Verantwortlichkeit des nichtmilitärischen Vorgesetzten trägt, gehen doch das Völkerstrafrecht und auch das nationale Wehrrecht von der Prämisse aus, dass der militärische Befehlshaber für jedes im weitesten Sinne dienstliche Verhalten des Untergebenen verantwortlich ist. Seine Dienstaufsicht *„endet weder mit dem Dienst noch an*

den Toren dienstlicher Unterkünfte und Anlagen“,<sup>2803</sup> so dass das Merkmal der Organisationsbezogenheit keine Bedeutung erlangen kann, weil nicht organisationsbezogene Straftaten gegen das Völkerstrafrecht durch den untergeordneten Militärangehörigen nicht denkbar sind. Es ist im Kontext des militärischen Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnisses damit schlicht kein Raum für nicht organisationsbezogene Straftaten gegen das Völkerstrafgesetzbuch.

Dem Argument, die Betrachtung aus der Perspektive der Bezugstat liege dem Völkerrecht eher fern, weil es von der Verantwortungssphäre des Vorgesetzten aus operiert, ist nichts entgegenzusetzen. Dennoch verfängt der Vorhalt im vorliegenden Fall nicht, weil das Völkerstrafrecht des Rom-Statuts den ihm fremden Blickwinkel in Art. 28 lit. b (ii) IStGH-Statut selbst ausdrücklich einnimmt, wenn es dort heißt, dass nur solche Verbrechen Gegenstand der Vorgesetztenverantwortlichkeit sein können, die Tätigkeiten betreffen, die der „*tatsächlichen Verantwortung und Kontrolle*“ des Vorgesetzten unterliegen. Das internationale Völkerstrafrecht des Rom-Statuts bezieht damit das Gefährdungselement auf die konkrete Tätigkeit und wählt damit einen anderen Weg als *Weigend* ihn für das Völkerstrafgesetzbuch vorgeschlagen hat. Im Rahmen einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung des nationalen Strafgesetzes liegt es daher nahe, diese Tatbestandsvoraussetzung des Art. 28 lit. b (ii) IStGH-Statut in § 4 VStGB zu implementieren. Unter dieser Grundannahme kann der zivile Vorgesetzte für ein von seinem Untergebenen begangenes Verbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch nur unter der Voraussetzung strafrechtlich haftbar sein, dass das Bezugsverbrechen eine Tätigkeit betrifft, die unter die tatsächliche Verantwortung und Kontrolle des Vorgesetzten fiel. Die konkrete Tat muss also organisationsbezogen gewesen sein, und der Vorgesetzte muss im Rahmen der Hierarchie in der Organisation, der der Untergebene und er angehören, die effective control im völkerstrafrechtlichen Sinne über die konkrete Verrichtung des Untergebenen innehaben.

#### (dd) Kritik

Der hier vorgeschlagene Lösungsansatz einer Organisationsbezogenheit weist insofern einen Makel auf, als er den Rechtsgutsbezug nicht ausdrücklich benennt und damit scheinbar die Vorgesetztenverantwortlichkeit von ihrer materiellen Rechtfertigungsbasis, der spezifischen Gefahr, loslöst. Eine solche Verankerung der Tatbestandsvoraussetzungen ist jedoch notwendig, um die Verantwortlichkeit in den Grenzen zu halten, innerhalb derer sie von ihrer materiellen Basis noch getragen wird; eine Vorgesetztenverantwortlichkeit jenseits dieser Rechtfertigungsbasis ist nicht denkbar.

<sup>2803</sup> So ausdrücklich BVerwG, Beschl. v. 6.3.1987 – 2 WDB 11/86, BVerwGE 83, 285, 287.

tigungsbasis wäre weder strafrechtsdogmatisch noch verfassungsrechtlich tragbar.

Aber die formelle Loslösung der Verantwortlichkeit von dem Element der spezifischen Gefahrschaffung im Unternehmen hat nicht zwingend zur Folge, dass das besondere Risikopotenzial, auf dem die Garantenstellung fußt, keine Berücksichtigung fände. Die stärker an Art. 28 lit. b (ii) IStGH-Statut orientierte Lösung berücksichtigt nämlich faktisch die Gefahrschaffung durch die Organisation, innerhalb derer die Bezugstat begangen wird, indem der Tatbestand des § 4 VStGB nur dann als erfüllt anzusehen ist, wenn das Verbrechen der Untergebenen in einem inneren und unmittelbaren Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit steht. Daher setzt auch das Merkmal des Organisationsbezugs eine spezifische Gefahrschaffung voraus, nur dass diese anders als im Ansatz *Weigends* nicht genereller Natur ist, sondern die konkrete, sich aus einer bestimmten Tätigkeit im Rahmen des Unternehmensbetriebs ergebende Gefahr bewertet.

Dieser Ansatz ist auch mit der Begründung für die Pflichtenstellung des zivilen Vorgesetzten – Inanspruchnahme wirtschaftlicher Gestaltungsfreiheit und Schaffung spezifischer Risiken für die Rechtsgüter des Völkerstrafrechts – vereinbar, die sich an den Ansatz des Genfer Rechts anlehnt und von einer Übernahme der grundsätzlich staatlichen Aufgabe ausgeht, Verletzungen des humanitären Völkerrechts entgegenzutreten. Zwar könnte man die Beschränkung der Verantwortlichkeit auf Vorgesetzte in spezifisch gefährlichen Organisationen damit begründen, dass die hoheitliche Gewalt den Betrieb eines gefährlichen Unternehmens erlaubt hat und mit dieser Gestattung die Verantwortlichkeit des Unternehmers und der Entscheidungsträger im Unternehmen zur Gefahrbeherrschung einhergeht, die sich in einer Garantenstellung und in der Vorgesetztenverantwortlichkeit niederschlägt. Aber eine solche Beschränkung der Verantwortlichkeit auf die Gefahren aus den typischen Unternehmenstätigkeiten und damit auf die generellen Gefahren würde außer Acht lassen, dass auch die Organisation spezifisch völkerrechtliche Gefahren herbeiführt, die von ihrer Eigenart her nicht auf eine solche Risikoschaffung angelegt ist. Hängen diese Gefahren aber innerlich und unmittelbar mit dem Organisationsbetrieb zusammen, so ergibt sich aus dem Blickwinkel der Rechtsgutsgefährdung kein Grund, diesen Aspekt der Gefahrschaffung nicht bei der Beurteilung der Vorgesetztenverantwortlichkeit wirksam werden zu lassen.

Daher erscheint es im Ergebnis vorzugswürdig, nicht auf die spezifisch-generelle Gefahrschaffung durch das Unternehmen abzustellen, um eine Beschränkung der Vorgesetztenverantwortlichkeit auf ein materiell zu rechtfertigendes Maß zu erreichen. Vielmehr sollte in völkerrechtsfreundlicher Auslegung das Merkmal des Organisationsbezugs der Tätigkeit verwendet werden, das in Art. 28 lit. b (ii) IStGH-Statut bereits angelegt ist und materiell-rechtlich ebenso tragbar, aber wesentlich flexibler und risikogerechter erscheint. Zugestanden



werden muss jedoch, dass beide Kriterien mit dem Problem der fehlenden Trennschärfe im Einzelfall zu kämpfen haben: Wann ein Verbrechen die Tätigkeit betrifft, die in Verantwortlichkeit und Kontrolle für die Organisation ausgeübt wird, ist ebenso wenig anhand klarer genereller Grenzen bestimmbar wie das notwendige Maß einer abstrakt spezifischen Rechtsgutsgefährdung durch die Eigenart der Produkte oder Leistungen einer Organisation.

Die grundsätzliche Notwendigkeit einer Beschränkung der Vorgesetztenverantwortlichkeit durch tatbestandliche Anforderungen der vorgenannten Art – Organisationsbezogenheit o.Ä. –, die über den Gesetzeswortlaut hinausgehen, der nur auf die Ausübung der Kontrolle und die Führungsgewalt abstellt, liegt jedoch auf der Hand. Denn bei der Beurteilung des Anwendungsbereichs dieser Verantwortlichkeitsform muss berücksichtigt werden, dass es sich um ein – zumindest theoretisch – extrem „scharfes Schwert“ innerhalb der ultima ratio des Strafrechts handelt.<sup>2804</sup> Der Vorgesetzte wird – ungeachtet der Strafmilderung nach § 28 Abs. 1 StGB – selbst dann „wie ein Täter“ der Bezugstat bestraft, wenn er die möglicherweise erforderlichen subjektiven Merkmale der Bezugstat – wie etwa bei § 6 VStGB das Handeln in einer deliktischen Absicht – nicht in eigener Person aufweist. Der verantwortliche Vorgesetzte sieht sich zudem einer möglichen Haftung aus Vorschriften ausgesetzt, die in einer beträchtlichen Zahl an Fällen lebenslange Freiheitsstrafen vorsehen. Gegenstand der Vorgesetztenverantwortlichkeit sind im Völkerstrafrecht die schwersten denkbaren Straftaten, so dass allein aus diesem Grund Zurückhaltung bei der Konstruktion einer gesonderten, über die allgemeinen Regeln der §§ 25 ff. StGB hinausgehenden Zurechnung gegenüber solchen Personen angebracht ist, die keine aktiv gestaltenden Tatbeiträge erbracht haben.

### (c) Vergleichbarkeit der Lenkungsmacht

Nicht nur das Gefährdungspotenzial der Organisation, der Vorgesetzter und Untergebener angehören, muss nach *Weigend* dem aus einem militärischen Verband herrührenden Risiko vergleichbar sein, sondern auch die faktische Möglichkeit des Vorgesetzten den Untergebenen zu steuern; der Vorgesetzte muss danach eine über die sozialübliche Anweisungsbefugnis hinausgehende Lenkungsmacht haben, die etwa in einem Arbeitsverhältnis vorliegt.<sup>2805</sup> Diese Annahme *Weigends* ist zutreffend und ergibt sich ebenso zwanglos aus der Judikatur der internationalen Gerichtshöfe wie aus den Grundsätzen des Völkerstrafrechts, die die effective control zum zentralen Element der Vorgesetztenverantwortlichkeit entwickelt haben. Nur wer seine Untergebenen wirksam steuern und vor allem Ta-

2804 Zum Strafrecht als ultima ratio *Kaspar* Verhältnismäßigkeit, S. 243 ff. m.w.N.

2805 *Weigend* in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 38.

ten verhindern kann, hat eine Entscheidungsgewalt über diese Geschehensverläufe, die Zurechnung und strafrechtliche Täterverantwortlichkeit rechtfertigt. Dazu reicht das Direktionsrecht des Arbeitgebers in der begrenzten Form, die es im deutschen Arbeitsrecht durch Kündigungsschutz etc. theoretisch gefunden hat, nicht aus. Insofern ist *Weigend* beizupflichten. Sofern er aber darüber hinaus zu dem Ergebnis gelangt, dass die Vorgesetztenverantwortlichkeit „auf Vorgesetzte in deutschen Wirtschaftsunternehmen kaum zur Anwendung kommen dürfte“, <sup>2806</sup> für diese Vorgesetzten vielmehr die allgemeine Geschäftsherrenhaftung gelte, so regt diese These mit Blick auf die Führungspraxis in vielen deutschen Unternehmen zum Widerspruch an, der sich letztlich aus den Ausführungen *Weigends* selbst ergibt. Danach kann der Vorgesetzte in einer militärähnlich organisierten Einheit, dem zur Durchsetzung seiner Anordnung auch physische Mittel zur Verfügung stehen, über hinreichende Lenkungsmacht verfügen, aber auch der Vorgesetzte in einem Unternehmen, dem unmittelbar wirksame und empfindliche Sanktionen, wie etwa die glaubhafte Androhung des sofortigen und unwiderruflichen Verlusts des Arbeitsplatzes, zu Gebote stehen. <sup>2807</sup> Auch beim Vorgesetzten in ideologisch oder religiös geprägten Organisationen, in denen der gezielte Einsatz psychisch wirkender Mittel wie Gruppendruck oder Gewissensqualen möglich sei, könne eine effektive Kontrolle der Untergebenen in Betracht kommen. <sup>2808</sup>

Betrachtet man die genannten Beispielsfälle näher, so wird die mangelnde Belastbarkeit der These von der Unmöglichkeit einer effective control über Arbeitnehmer in deutschen Unternehmen offensichtlich. In einer Unternehmenskultur, in der ausgedehnte Probezeitregelungen anerkannt sind und entgegen geltendem Recht befristete Verträge ständig wieder verlängert werden und damit eine Schwebelage für die betroffenen Arbeitnehmer geschaffen wird, <sup>2809</sup> kann die effective control über einen Unternehmensmitarbeiter am geltenden Recht vorbei ausgeübt und das Kündigungsrecht wirksam umgangen werden.

Aber auch darüber hinaus dürfte die Beschränkung der hinreichenden Kontrolle auf Fälle, in denen die Drohung eines sofortigen und unwiderruflichen Verlusts des Arbeitsplatzes angewendet werden kann, zu eng gefasst sein. Eine solche Restriktion der Lenkungsmacht würde der rechtlichen Bewertung des Arbeitsplatzes als wichtigem Rechtsgut nicht gerecht: Seine Erhaltung kann bei-

2806 *Weigend* in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 38.

2807 Vgl. insofern auch RG, Urt. v. 23.3.1897 – 576/94, RGSt 30, 25 (Leinenfänger), wo die Kontrollmöglichkeit des Arbeitgebers über die unausgesprochene Drohung des Verlustes von Arbeit „und Brot“ thematisiert wird.

2808 *Weigend* in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 38.

2809 Vgl. hierzu nur den Bericht des Spiegels vom 17.5.2010, demnach bei der Bundesanstalt für Arbeit 23.000 befristete Arbeitsverhältnisse bestehen, die immer wieder verlängert werden. In diesem Spiegel-Bericht wird sehr deutlich, dass die betroffenen Personen ihre Namen nicht nennen wollen, weil sie Sanktionen des Arbeitgebers fürchten, wenn sie sich zu ihrer Situation äußern.

spielsweise wegen außergewöhnlicher Härte das Absehen von Fahrverboten begründen.<sup>2810</sup> Zudem besteht in vielen großen Unternehmen bereits ein Klima des Korps- oder Verbandsgeists,<sup>2811</sup> der nicht nur die Begehung von Straftaten begünstigt, sondern auch die Kontrolle der Arbeitnehmer deutlich erleichtert und die Aufklärung erschwert.<sup>2812</sup> Insbesondere im Zusammenhang mit Korruptionsaffären ist dieses Phänomen immer wieder beschrieben worden. Dass ein solches Klima, das die Strafverfolgungsbemühungen massiv behindert, auch geeignet sein kann, Mitarbeiter eines Unternehmens durch „*Gruppendruck*“ und „*Gewissensqualen*“ zu lenken, ist offenkundig.<sup>2813</sup> Daher kann auch in deutschen Unternehmen eine hinreichende effective control gegeben sein, die in dem Maße wahrscheinlicher wird, in dem sich Mitarbeiter mit ihrem Unternehmen identifizieren oder auf andere Weise eine Art Parallelnormensystem entsteht.<sup>2814</sup>

Daher dürfte nur eine sehr dezidierte Einzelfallbetrachtung den Anforderungen an die Vorgesetztenverantwortlichkeit auf Basis der effective control gerecht werden. Der Arbeitgeber dürfte über einen jüngeren gut ausgebildeten Arbeitnehmer mit insofern starker Persönlichkeit, finanziell gesundem Hintergrund etc. keine so weitgehende Kontrolle haben wie über den älteren Arbeitnehmer, der sich ernsthaft Sorgen machen muss, bei Verlust des Arbeitsplatzes in absehbarer Zeit keine Anstellung mehr zu finden. Zudem sind die allgemeine Unternehmenskultur, die soziale Struktur innerhalb der Belegschaft und Ähnliches zu berücksichtigen. Dass dies zu einer im Vorhinein nur schwerlich einschätzbaren Auslegung des Begriffs des *zivilen Vorgesetzten* führt, bringt die materielle Begriffsbestimmung mit sich. Zur verfassungsrechtlichen Bedenklichkeit führt diese Notwendigkeit einer Einzelfallbetrachtung jedoch nicht, da das Erfordernis einer exakten Erfassung des Sachverhalts zur Beantwortung der Frage nach der Lenkungsmöglichkeit nicht die Bestimmtheit der Strafvorschrift betrifft. Es ist nicht unbestimmt, was unter effective control zu verstehen ist, vielmehr wird in der Regel die exakte Aufklärung der internen Strukturen das Problem bei der Bewertung darstellen. Dabei handelt es sich allerdings um ein Beweisproblem, das sich auf die verfassungsrechtliche Beurteilung der Bestimmtheit der Strafvorschrift im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG nicht auswirkt.

2810 Vgl. nur BayObLG NZV 1989, 243; OLG Oldenburg NZV 1993, 198; nach OLG NJW 1996, 2173 rechtfertigt bereits die nahe liegende Gefahr des Arbeitsplatzverlustes die Annahme einer außergewöhnlichen Härte.

2811 So *Busch* (Grundlagen, S. 103) unter Berufung auf den von *Spanger* verwendeten Begriff, vgl. ferner hier S. 784 ff.

2812 Vgl. etwa *Goerdel* PharmR 2001, 2, 5; so bereits aber schon *Busch* Grundfragen, S. 98 ff., 103; ferner *Schünemann* Wirtschaftskriminalität, S. 18.

2813 Zur Wirkung dieser kriminogenen Faktoren in der Makrokriminalität hier S. 779 ff.

2814 Vgl. näher hier S. 792 ff.

## (2) Rechtswidrige Bezugstat

Wie unter der Geltung von Art. 28 IStGH-Statut setzt die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten eine Bezugstat des Untergebenen voraus. Der Vorgesetzte muss es unterlassen haben, einen Untergebenen an der Begehung einer Tat nach dem Völkerstrafgesetzbuch zu hindern. Unter *Tat* ist gemäß § 2 VStGB, der die Regeln des StGB auch für das Völkerstrafgesetzbuch für anwendbar erklärt, in Verbindung mit § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB jede tatbestandsmäßige Erfüllung der Tatbestände der §§ 6 bis 12 VStGB zu verstehen. Daher kommt als Bezugstat sowohl die täterschaftlich – durch aktives Tun oder Unterlassen – begangene Tat als auch jede Form der Beteiligung einschließlich § 4 VStGB sowie der strafbare Versuch in Betracht.<sup>2815</sup> Wenn auch § 4 VStGB im Gegensatz zu §§ 26, 27, 357 StGB nicht von rechtswidriger Tat spricht und dies Anlass geben könnte, bereits die Tatbestandserfüllung als solche unabhängig von der Rechtswidrigkeit ihrer Begehung als Bezugstat ausreichen zu lassen, so wird dies zutreffend als nicht hinreichend angesehen. Da § 4 VStGB die Verursachung oder Förderung fremden Unrechts erfasst, ist die Rechtswidrigkeit der Bezugstat denklogische Voraussetzung.<sup>2816</sup> Da zum Unrechtstatbestand bei manchen Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch auch besondere subjektive Merkmale (etwa eine Zerstörungsabsicht im Sinne von § 6 Abs. 1 VStGB) gehören, müssen auch diese beim unmittelbar die Tat begehenden Untergebenen vorliegen.<sup>2817</sup> Ob auch der Vorgesetzte das subjektive Merkmal erfüllt, ist lediglich für die Anwendung von § 28 Abs. 1 StGB und damit für die Strafzumessung relevant.

Die Bezugstat muss jedoch nicht schuldhaft begangen worden sein. *Weigend* begründet dies damit, dass die Pflicht des Vorgesetzten gerade darauf gerichtet sei, das besondere im Untergebenen begründet liegende Risikopotenzial, seine latente Gefährlichkeit einzudämmen.<sup>2818</sup> Dies gilt sowohl für militärische Befehlshaber als auch – unter den erörterten Bedingungen – für zivile Vorgesetzte. Damit ist eine rechtsgutsbezogene Begründung dafür erbracht, dass es auf die Schuldhaftigkeit der Begehung nicht ankommen kann. Vollständig dürfte diese Begründung aber noch nicht sein: Die Forderung nach der Schuldhaftigkeit der Bezugstat würde einen Rückfall in die überwundenen und durch § 29 StGB überholten Schuldteilnahmetheorien<sup>2819</sup> bedeuten. Wenn man sich von dieser Haftung wegen der Verstrickung der Täter der Bezugstat in Schuld und Strafe lösen und die Schuld zu einer Art objektiven Bedingung der Zurechnung gegenüber dem Vorgesetzten machen wollte, so dass dieser zwar nur bei schuldhaftem Verhalten

2815 Vgl. *Weigend* in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 40 f.

2816 Vgl. *Weigend* in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 43.

2817 Vgl. *Weigend* in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 42.

2818 *Weigend* in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 43.

2819 Vgl. hierzu Jescheck/*Weigend* AT, § 64 I Nr. 2, S. 685 f. m.w.N.

der Untergebenen haften soll, aber das Maß der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von der Schuld des unmittelbaren Täters abhängig wäre, so würde dadurch der Charakter der Vorgesetztenverantwortlichkeit verändert. Denn durch die Anknüpfung an die Schuld eines anderen – mag diese auch nur äußerlich erfolgen – würde die Vorgesetztenverantwortlichkeit von der Haftung wegen der Förderung fremden Unrechts aufgrund eigenen Rechtsgutsangriffs dennoch zu einer Haftung (auch) für die Ermöglichung fremder Schuld mutieren. Dies widerspräche zwar nicht dem Wortlaut des § 29 StGB, weil der Vorgesetzte weiterhin nur im Rahmen eigener Schuld verantwortlich ist, aber es träte eine Wandlung von der qualifizierten Gefahrenverantwortlichkeit zu einer Personalverantwortlichkeit im eigentlichen Sinne ein. Da eine Trennung zwischen Rechtsverletzung und Person des Täters in diesem Falle aus Sicht des Vorgesetzten nicht mehr möglich wäre, weil beides zur Bezugstat verschmilzt, würde sich die persönliche Schuld des Untergebenen auf die Strafbarkeit des Vorgesetzten auswirken, was zu einer Vermischung von Schuldspären führt, die – wenn sie auch zugunsten des Vorgesetzten erfolgt – dem Schuldgrundsatz zuwiderlaufen würde.

### (3) Unterlassen der Tathinderung durch erforderliche Maßnahmen

Die eine Verantwortlichkeit des Vorgesetzten begründende Tathandlung ist das Unterlassen der Tatabwendung. Der Vorgesetzte muss seine Pflicht verletzt haben, Taten gemäß §§ 6 bis 12 VStGB durch das Ergreifen der erforderlichen Maßnahmen zu hindern. Er hat, wenn objektiv eine Tatbegehung durch den Untergebenen bevorsteht, alles Erforderliche zu tun, um diese zu verhindern.<sup>2820</sup> Dies beinhaltet neben dem ausdrücklichen Befehl zur Unterlassung der Tat auch, dass der Vorgesetzte den Untergebenen, der sich weigert, einem solchen Befehl Folge zu leisten, mit anderen Maßnahmen, gegebenenfalls sogar durch Gewalt oder Freiheitsentziehung von der Begehung einer Tat im Sinne des Völkerstrafgesetzbuchs abzuhalten hat. Nicht Gegenstand dieser auf eine konkrete Tat bezogenen Verhinderungspflicht sind die allgemeinen Dienst- und Organisationspflichten des Vorgesetzten, etwa zur ordnungsgemäßen Auswahl, Ausbildung und allgemeinen Überwachung der Untergebenen.<sup>2821</sup>

#### (a) Hinderung der Tat und Quasikausalität

Nach *Weigend* handelt es sich bei der verantwortungsbegründenden Tathandlung des § 4 VStGB um ein unechtes Unterlassen. Eine Strafbarkeit wegen einer vollendeten Tat des Vorgesetzten komme daher nicht in Betracht, wenn trotz der

2820 Vgl. *Weigend* in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 52.

2821 Vgl. *Weigend* in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 52.

vorsätzlichen Untätigkeit im Hinblick auf die Bezugstat, diese nicht in strafbarer Weise begangen werde. Ein Unterlassen setze zudem begrifflich die Möglichkeit voraus, die Tat zu verhindern: „[W]er nur ohnmächtig protestieren kann, kann nicht *hindern*“.<sup>2822</sup> Daher sei Voraussetzung, dass der Vorgesetzte nicht nur irgendwelche Aktivitäten mit dem Ziel entwickeln kann, die Bezugstat zu unterbinden. Vielmehr müsse ihm die Möglichkeit gegeben sein, entweder in Kommunikation mit dem zur Tat entschlossenen Untergebenen auf diesen in einer Weise einzuwirken, die erwarten lässt, dass er von der Begehung absieht, oder durch Anweisung an einen Dritten, den Tatwilligen mittelbar, etwa durch Gewalt oder Inhaftierung, zur Tatunterlassung zu zwingen.<sup>2823</sup> Es wird mithin in Anlehnung an die unechten Unterlassungsdelikte, auf die sich § 13 Abs. 1 StGB bezieht, eine physisch reale Möglichkeit verlangt, die Begehung der Bezugstat des Untergebenen zu verhindern.

Auch wenn die Vorschrift nicht explizit verlangt, dass die Begehung der Tat *verhindert* werden muss, sind die Forderungen *Weigends* berechtigt. Soweit hier das Wort *hindern* verwendet wird, das nicht den endgültigen ergebnisbezogenen Charakter von *verhindern* aufweist und damit etwas schwächer erscheint, so lässt sich dies damit erklären, dass nicht das Ergebnis des pflichtmäßigen Tuns beschrieben werden soll, sondern dessen unmittelbare Wirkung. Zudem wird man auch die Formulierung „*jemanden an etwas hindern*“ so verstehen müssen, dass dem Gehinderten die Ausführung seines Vorhabens oder Tuns unmöglich gemacht wird. Auf diese Weise wird deutlich, dass § 4 VStGB zwar eine Unterlassungsbegehung umschreibt, aber der Tatbestand auf die Verhinderung eines Erfolgs zielt. § 4 VStGB verlangt damit die *Verhinderungs-* und nicht lediglich eine *Behinderungsmöglichkeit*.

Dieses Ergebnis wird durch zwei weitere Argumente gestützt: Zum einen würde es zu einer graduellen Ablösung des § 4 VStGB von der Bezugstat führen, wenn man allein das Unterlassen der *Behinderung* der Tatbegehung ausreichen lassen wollte, um die täteradäquate Verantwortlichkeit des Vorgesetzten zu begründen. Zwar beinhaltet auch eine eventuell unterlassene Erschwerung der Tat des Untergebenen durch den Vorgesetzten, der keine effektive Abwendungsmöglichkeit hat, in gewisser Weise eine Förderung der fremden Tat durch Erleichterung der Tatbegehung. Aber diese Förderung rechtfertigt die Gleichbehandlung mit dem Täter keinesfalls, weil sie nur untergeordneter Natur ist. Sie rechtfertigt nicht einmal ohne Weiteres die Betrachtung des Unterlassens als Beihilfehandlung, denn auch die Beihilfe durch Unterlassen ist nur dann gegeben, wenn der Garant zumindest die Möglichkeit hat, dem Täter Hindernisse bei der Tatbegehung in den Weg zu legen, die wenigstens verhinderungsgeeignet sind.

2822 *Weigend* in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 48, 53.

2823 *Weigend* in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 48; ferner *ders.* ZStW 116 (2004), 999, 1018.

Zum anderen würde der Charakter der Vorgesetztenverantwortlichkeit durch ihre Ausweitung auf Fälle der Behinderungsmöglichkeit auch strafrechtsdogmatisch verändert. Der Fokus würde von der Haftung für die zugelassene Bezugstat auf das Geschehenlassen als Unterlassen selbst verlagert, so dass sich der Schwerpunkt der Vorgesetztenverantwortlichkeit auf die Pflichtverletzung selbst verschieben würde. Es entstünde ein echtes Unterlassungsdelikt. Die Zurechnungsnorm des Allgemeinen Teils würde zur von der Bezugstat akzessorischen Haftung für eine Pflichtverletzung, die wohl eher im Besonderen Teil zu lokalisieren wäre. Dieses Ergebnis entspräche nicht der allgemeinen Meinung zur Tathandlung des Geschehenlassens im § 357 StGB,<sup>2824</sup> an den § 4 VStGB ausweislich der Begründung des Gesetzesentwurfs angelehnt ist.

Zweifel an der zutreffenden Ansicht *Weigends* könnte zwar der Blick auf die Judikatur der Ad-hoc-Gerichtshöfe wecken, die das eigenständige Erfordernis der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Begehung der Bezugstat ausdrücklich abgelehnt haben. Jedoch ist hier zu berücksichtigen, dass dieser Verzicht durch eine entsprechende Pflichtbestimmung aufgefangen worden ist: Die duty to prevent im Sinne der superior responsibility wurde nämlich nur dann angenommen, wenn der Vorgesetzte tatsächlich zur Verhinderung der Tat in der Lage war.<sup>2825</sup> Symbolische Verhinderungsversuche mutet auch die Rechtsprechung der internationalen Tribunale dem Vorgesetzten nicht unter dem Druck der Täterstrafbarkeit zu.

#### (b) Pflicht zur Verhinderung der Begehung oder Pflicht zur Erfolgsabwendung?

Dieses klare Bekenntnis zu einem ausdrücklichen oder auch inzidenten Quasi-Kausalitätserfordernis soll jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass § 4 VStGB nicht von einem Unterlassen des Vorgesetzten spricht, die in den Strafvorschriften des Völkerstrafgesetzbuchs pönalisierten tatbestandlichen Erfolge zu verhindern, sondern der Verantwortlichkeit eine Pflicht zur Verhinderung der Bezugstat zugrunde legt. Der Vorgesetzte ist nach dem Wortlaut des § 4 VStGB daher nicht etwa für die Verhinderung des Todes einer vom Völkerrecht geschützten Person, sondern für die Verhinderung der Bezugstat als solcher verantwortlich.

Diese Frage hat regelmäßig wenig praktische Bedeutung, weil die Verhinderung des tatbestandlichen Erfolgs typischerweise mit der Tatverhinderung einhergeht. Jedoch ist dies nicht stets der Fall, wie am Beispiel des untauglichen Versuchs gezeigt werden kann: Setzt der Untergebene unmittelbar dazu an (§ 22

2824 BayObLG, Urt. v. 15.11.1950 – RevReg. Nr. III 12/1950, BayObLGSt 1951, 174, 199; *Jescheck* in: Leipziger Kommentar<sup>11</sup>, § 357 Rn. 8; *Kublen* in: NK-StGB, § 357 Rn. 8.

2825 Vgl. hier S. 573 ff.



StGB), einen verwundeten Kombattanten zu töten und damit eine Straftat gemäß § 8 Nr. 2 VStGB zu begehen, ohne zu bemerken, dass der Verwundete bereits verstorben ist, so wird die Frage nach der Pflicht zur Erfolgsverhinderung oder Pflicht zur Tatverhinderung scheinbar virulent. Doch löst sich dieses Problem mit Blick auf die Akzessorietät der Teilnahme insofern auf, als die Vorgesetztenverantwortlichkeit als eine Art ins Unterlassen gewendete Anstiftung ebenso wie Beihilfe und Anstiftung zur Erfüllung des subjektiven Tatbestandes des Vollendungsvorsatzes bedarf. Der Täter muss also nicht nur wissen, dass sein pflichtmäßiges Handeln geeignet sein muss, die Tatbegehung abzuwenden. Er muss überdies zumindest damit rechnen, dass die Bezugstat vollendet werden kann. Diese Bewertung findet wiederum in der Begründung des Gesetzesentwurfs eine Stütze, denn dort hat sich der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 4 VStGB ausdrücklich an § 13 und § 357 StGB orientiert.<sup>2826</sup> Auch wenn die Parallelität zu § 13 StGB strafrechtsdogmatisch unsauber erscheint, wird aus dem Verweis auf die genannten Vorschriften doch deutlich, dass der Vollendungsvorsatz des Vorgesetzten hinsichtlich der Bezugstat Voraussetzung für eine Strafbarkeit im Kontext des § 4 VStGB ist.

Das bedeutet, auch die § 4 VStGB zugrunde liegende Verhinderungspflicht, die auf die Bezugstat selbst ausgerichtet ist, zwingt nicht zur Verhinderung objektiv harmloser Handlungen des Untergebenen, selbst wenn dieser damit den untauglichen Versuch einer Straftat begeht. Einer solchen Tat fehlt bereits das Potenzial einer Gefährdung des Rechtsguts, zu dessen Schutz die durch die Bezugstat verletzte Norm dient.

### (c) Reichweite und Umfang der Hinderungspflicht

Grundsätzlich hat der Vorgesetzte alle Maßnahmen zu ergreifen, die es ihm im Rahmen seiner Lenkungsmacht ermöglichen, den Untergebenen an der Begehung der Tat zu hindern. Er muss ihn anweisen, die Tat zu unterlassen und ihn notfalls auch mit physischer Gewalt zur Aufgabe der Tat zwingen. Der Vorgesetzte hat alle in seiner Macht stehenden Maßnahmen zur Tatabwendung zu ergreifen. Hat sich der Vorgesetzte durch vorsätzliches Handeln selbst außerstande gesetzt, die ihm obliegende Handlungspflicht zu erfüllen, so kann er sich darauf nicht berufen; hier kann die Rechtsfigur der *omissio libera in causa* zur Anwendung kommen.<sup>2827</sup>

2826 BR-Drs. 29/02, S. 40.

2827 So Ambos Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 59; Weigend in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 51; zu dieser Rechtsfigur Kühl AT, § 18 Rn. 22 m.w.N.; Fünfsinn Aufbau, S. 28.

(aa) Sachliche immanente Grenzen der Hinderungspflicht als  
Vorgesetztenpflicht

Die Herleitung der Pflicht zur Abwendung von Bezugstaten Untergebener aus der Stellung des Vorgesetzten innerhalb einer Organisationshierarchie und der Aufgabenübernahme wirft die Frage auf, ob der Vorgesetzte nur die Mittel einzusetzen hat, die ihm seine Vorgesetztenstellung gibt, oder ob er darüber hinaus auch auf weitere Mittel zurückgreifen muss, die ihm seine Organisation grundsätzlich nicht bietet. Diese Frage kann etwa dann relevant werden, wenn der Vorgesetzte aufgrund mangelnder Durchsetzbarkeit seines Befehls innerhalb des organisatorischen Rahmens keine Möglichkeit zur Verhinderung hat, jedoch über familiäre oder sonstige private Kontakte verfügt, die ihm eine Verhinderung auf außerdienstlichem Wege ermöglichen.

Diese Frage ist im Hinblick auf die materielle Begründung der Vorgesetztenverantwortlichkeit zu verneinen: Zwar steht es außer Frage, dass jedermann aus moralischen Gründen verpflichtet ist, soweit es ihm möglich ist, Verbrechen aller Art zu verhindern, aber diese ausschließlich moralische Begründung kann nicht die Rechtfertigung für die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorgesetzten liefern. Dieser ist, sofern es sich um einen Vorgesetzten nach § 4 Abs. 1 VStGB handelt, der also im Rahmen einer rechtlich verfassten Organisationsstruktur handelt, aufgrund der Übernahme der hoheitlichen Aufgaben zur Verhinderung von Verbrechen im Sinne von Art. 86 f. ZP I verpflichtet. Diese Pflicht kann aber auch beim militärischen Befehlshaber nur so weit gehen, wie ihm durch die hierarchischen Strukturen, in die er eingebunden ist, die Mittel zur Verfügung gestellt werden, um seine Aufgabe zu bewältigen. Eine darüber hinausgehende strafrechtliche Handlungspflicht würde bedeuten, die mit der Übernahme entstehende Pflicht des Vorgesetzten über den Rahmen hinaus auszuweiten, der durch die ursprüngliche Verhinderungspflicht des Staates selbst gesteckt ist. Die beim Delegationsempfänger entstehenden Pflichten durch Übernahme von Aufgaben können nicht weitergehen als die Pflichten, die bereits beim Delegaten bestanden haben. Daher reicht die Garantenpflicht des Vorgesetzten, der aufgrund der Aufgabenübernahme pflichtig ist, nicht weiter als die Mittel und Kompetenzen, die dem Vorgesetzten mit den Aufgaben übertragen worden sind.

Etwas anderes muss für diejenigen gelten, der die Übernahme der Aufgabenerfüllung außerhalb eines rechtlichen Rahmens herbeiführt, also faktische Kontrollgewalt übernimmt. Denn hier findet keine Übernahme aufgrund Übertragung eines bestimmten Aufgabenkreises statt; dieser Vorgesetzte schafft sich seine Kontrollstellung vielmehr allein auf faktischer Basis und ohne formale Begrenzung auf einen bestimmten Wirkungskreis. Diese tatsächliche Grundlage verschafft ihm aber nicht nur die Lenkungsmacht, sondern gibt damit auch die Grenzen seiner Verhinderungspflicht – hier vielmehr ihr Fehlen – vor, so dass

ihm grundsätzlich alle Maßnahmen aufzuerlegen sind, die ihm tatsächlich zu Gebote stehen. Da dieser Vorgesetzte den rechtlichen Rahmen gerade ignoriert und seine Kontrolle allein auf die Faktizität der Hierarchie gründet, kann er sich auch nicht auf eine Begrenzung seiner Aufgaben durch andere Kriterien als Faktizität berufen.

(bb) Begrenzung der Handlungspflicht durch nationales Militärrecht und entgegenstehende Befehle

Soweit es sich um einen Vorgesetzten handelt, dem seine Stellung nicht allein aufgrund tatsächlicher Steuerungsgewalt zukommt, sondern der auch über die Strukturen einer rechtlich verfassten Hierarchie die Kontrollgewalt innehat, ergibt sich die Frage, ob er sich zur Abwendung von Straftaten gegen das Völkerstrafrecht auch außerhalb dieser rechtlichen Strukturen bewegen muss. Diese Fragestellung unterscheidet sich von der zuvor erörterten dadurch, dass hier nicht auf die Aufgabenbestimmung und die darin enthaltenen dienstlichen Mittel zur Tatabwendung abgestellt wird, sondern sich das Problem stellt, ob der Vorgesetzte seine dienstlich grundsätzlich bestehenden Befugnisse „missbrauchen“ muss, um seiner Hinderungspflicht nachzukommen. Die These, der Vorgesetzte müsse gegebenenfalls das nationale Recht verletzen, das ihm doch gerade seine Vorgesetztenstellung einräumt, um seinen Vorgesetztenpflichten nachzukommen,<sup>2828</sup> die sich aus diesem nationalen Recht ergeben, klingt paradox.

Dennoch ist die Judikatur der Ad-hoc-Gerichtshöfe davon ausgegangen, dass die Regeln des nationalen Rechts die Maßnahmen, die der Vorgesetzte zur Abwendung von Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht anzuwenden hat, nicht beschränken können. Der Bruch nationalen Rechts zugunsten der Tatverhinderung könne von einem Vorgesetzten grundsätzlich verlangt werden. Das bedeutet etwa, dass sich der Vorgesetzte selbst dann, wenn er einen gegenteiligen Befehl erhalten hat oder rechtliche Vorschriften beziehungsweise hierarchische Strukturen – etwa die vorgeschriebene Befehlskette – ihm eine wirksame Maßnahme verbieten, grundsätzlich nicht darauf berufen kann, ihm sei die Ergreifung tatsächlich gegebener Möglichkeiten rechtlich versagt gewesen. Diese in der Rechtsprechung nicht näher begründete Auffassung ist zutreffend und mit einem völkerrechtlichen Argument begründbar: Erlegt das nationale Recht dem Vorgesetzten nämlich tatsächlich die Pflicht auf, die Verhinderung eines Verbrechens zu unterlassen, so erzeugt dies eine Kollision zwischen der völkerrechtlich begründeten Pflicht des verpflichteten Staates aus Art. 86 f. ZP I zur Verhinderung solcher Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht einerseits und dem natio-

2828 So aber die Judikatur des JStGH, vgl. die Nachweise hier S. 575; a.A. Weigend in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 50.

nenalen Recht andererseits. Der Vorgesetzte befindet sich in dem Fall, dass das nationale Recht tatsächlich Handlungen nicht erlauben sollte, die zur Abwendung von Straftaten nach dem deutschen Völkerstrafgesetzbuch notwendig sind, in einer Konfliktlage. Hierbei dürfte es sich zwar um einen absoluten Ausnahmefall handeln, aber ausgeschlossen ist diese Situation deswegen nicht, weil das deutsche Völkerstrafgesetzbuch den Anspruch hat, auf jede Handlung weltweit und eines jeden Vorgesetzten Anwendung zu finden. Daher erscheint es zumindest denkbar, dass das nationale (Militär-)Recht irgendeines Staates dem Vorgesetzten im Einzelfall aus militärischen Gründen Handlungen nicht erlaubt, die notwendig sind, um Straftaten nach dem deutschen Völkerstrafgesetzbuch zu verhindern.

Der Vorgesetzte befindet sich dann in der (nominalen) Konfliktlage, entweder die ihm übertragene Pflicht zur Verbrechensverhinderung oder den Normappell der nationalen Vorschrift zu erfüllen, aufgrund des Widerspruchs zwischen beiden ist ihm aber eine Erfüllung beider Vorgaben nicht möglich. Zu einer als Pflichtenkollision zu bezeichnenden Situation kommt es jedoch deswegen nicht, weil die völkerstrafrechtlichen Verbotsnormen nationalen Gesetzen, die diesen zuwiderlaufen, vorgehen und damit zumindest Anwendungsvorrang genießen. Dieser Vorrang des Völkerstrafrechts ergibt sich aus der Natur der Sache, denn seine Verbote sollen Bedrohungen für die Sicherheit und das Wohl der Menschen dieser Welt verhindern. Es ist daher generell kein nationales Interesse denkbar, das diesen Schutzgütern gleichkommt, so dass die Geltung des Völkerstrafrechts sich gegenüber ihm widersprechenden nationalen Rechtsakten durchsetzt. Dieser Gedanke kommt auch in der Regelung des Art. 33 IStGH-Statut – im Wesentlichen umgesetzt durch § 3 VStGB – zum Ausdruck, die die Verantwortlichkeit von Untergebenen trotz Anordnung zur Begehung von Straftaten und damit den Vorrang der Verbote des Völkerstrafrechts ausdrücklich betont. Der Täter, der eine Tat nach §§ 6 ff. VStGB begeht, ist nach diesen Vorschriften allenfalls entschuldigt, weil er die Tat auf Anordnung eines Vorgesetzten hin begangen hat, keinesfalls aber gerechtfertigt.

#### (cc) Pflicht zur Tötung von Untergebenen als Abwehrmaßnahme

Auch wenn man anerkennt, dass eine Pflicht zur Hinderung der schwersten denkbaren Straftaten grundsätzlich nicht durch das nationale Recht beschränkt werden kann, ist nicht ausgeschlossen, dass sich in Extremsituationen dennoch die Frage nach der Vereinbarkeit der völkerstrafrechtlichen Handlungspflicht mit dem deutschen Verfassungsrecht stellt. Eine solche Extremsituation könnte sich dann ergeben, wenn der Vorgesetzte zur Verhinderung der Tatbegehung einen Untergebenen schwer verletzen oder sogar töten müsste, weil er die Tat nicht durch andere Mittel verhindern kann. Der umgekehrte Fall, dass sich der Vorge-

setzte einer Todesdrohung für den Fall der Verhinderung gegenübersteht, ist dagegen für die Frage der Tatbestandserfüllung nicht von Belang, da es sich insofern um eine Konstellation des entschuldigenden Notstandes nach § 35 StGB handelt.<sup>2829</sup>

### (aaa) Handlungsrecht und Abwendungspflicht

Hier stellt sich die Frage nach einer Verletzungs- oder gar Tötungspflicht als Teil der Abwendungspflicht: Kann den Vorgesetzten also eine Pflicht treffen, als ultima ratio seinen Untergebenen zu töten? Wenn der Vorgesetzte jede Handlung vornehmen muss, zu der er in der Lage ist, liegt es nahe, von ihm auch eine Tötungshandlung zu verlangen, soweit diese Handlung erforderlich und rechtmäßig ist. Dieses Problem wird sich zwar typischerweise nur für den militärischen Befehlshaber stellen, da der zivile Vorgesetzte nur selten überhaupt in der Lage sein wird, im Rahmen der hierarchischen Strukturen, in die er eingebunden ist, Tötungshandlungen anzuordnen; denkbar ist eine solche Situation aber auch bei Polizeieinheiten.

Die Beurteilung der Rechtmäßigkeit richtet sich auch hier grundsätzlich nach den allgemeinen strafrechtlichen Regeln, die im Einzelfall aber durch eine völkerrechtsfreundliche Auslegung beeinflusst sein können. So wäre es denkbar, dass der Vorgesetzte nicht nur im Rahmen der gesetzlich geregelten Notwehr zur Tötung des Untergebenen berechtigt sein könnte, sondern auch im Rahmen der heftig diskutierten, von der wohl herrschenden Ansicht aber abgelehnten sogenannten Präventivnotwehr<sup>2830</sup> oder eines übergesetzlichen rechtfertigenden Notstandes. Jedoch könnte gerade die Garantenpflicht, die dem Vorgesetzten die Handlungspflicht auferlegt, auch eine immanente Begrenzung eben der Handlungspflicht beinhalten. Denn die Prämisse, dass die Vorgesetztenverantwortlichkeit des § 4 VStGB auf einer Übernahme staatlicher Schutzaufgaben gegenüber den Rechtsgütern des Völkerstrafrechts gegen spezifische Gefahren aus militärischen Verbänden oder gefährlichen Tätigkeiten basiert, legt den Schluss nahe, dass die Garantenpflicht des Vorgesetzten in den Vorgaben ihre Schranken findet, die auch staatliches Handeln begrenzen:

Wer staatliche Schutzaufgaben wahrnimmt, kann auch nur zur Aufgabenerfüllung mit solchen Mitteln verpflichtet werden, die der Staat ihm zur Erfüllung dieser Aufgaben an die Hand gegeben hat, sofern es sich um Hoheitsträger – et-

2829 Vgl. hierzu etwa Hirsch ZStW 116 (2004), 835, 847 Fn. 30.

2830 Vgl. hierzu nur Suppert, Studien, S. 356 ff.; ferner Jakobs AT, 12/27 m.w.N. auch zur Rspr.; Jescheck/Weigend AT, § 32 II Nr. 1 d), S. 341 f.; Krey/Esser AT, Rn. 488, 624; Kübl AT, § 7 Rn. 42; Otto AT, § 8 Rn. 40; Roxin AT I, § 15 E Rn. 27; Wessels/Beulke/Satzger AT, Rn. 329 f.; Schmitt JuS 1967, 24; Kindhäuser in: NK-StGB, § 32 Rn. 55 f.; Lackner/Kühl, § 32 Rn. 4; Perron in: Schönke/Schröder, § 32 Rn. 17; Rönnau/Hohn in: Leipziger Kommentar, § 32 Rn. 145; Geilen Jura 1981, 200, 210; Hirsch JR 1980, 116.

wa um einen regulären Soldaten oder Beamten etc. – des Staates handelt oder die – bei Privaten – den Hoheitsträgern zu Gebote stehen würden, um die dem Betroffenen übertragenen Aufgaben zu erfüllen. Demnach kann das Recht von dem Vorgesetzten nicht nur keine strafbaren Handlungen, sondern vielmehr auch keine Handlungen verlangen, die rechtsstaatswidrig, menschenrechtswidrig oder verfassungswidrig wären.

(bbb) Rechtfertigungsgründe als Basis strafrechtlichen Unrechtsausschlusses und als öffentlich-rechtliche Ermächtigungsgrundlage

Diese Perspektive verdeutlicht letztlich die doppelte Dimension der Rechtfertigungsgründe, die hier einerseits als Rechtfertigung für die Erfüllung eines Unrechtstatbestandes durch ein Individuum und andererseits als Ermächtigungsgrundlage für staatliches Handeln Wirkung entfalten können. Dieser Dualismus, der insbesondere im Bereich der Notwehr durch Hoheitsträger wie etwa Vollzugsbeamte der Polizei zum Tragen kommt, aber auch im Rahmen von § 127 StPO unter umgekehrten Vorzeichen Bedeutung gewinnt,<sup>2831</sup> führt nach herrschender Ansicht im Strafrecht dazu, dass der strafrechtliche Rechtfertigungsgrund die öffentlich-rechtlichen Gefahrabwendungsbefugnisse erweitert.<sup>2832</sup> Auf diese Weise soll verhindert werden, dass der Bürger in seiner Verteidigungshandlung über das hinausgehen darf, was der Hoheitsträger, etwa der Polizist zur Rettung von Rechtsgütern als Mittel einsetzen darf; so werden die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe, insbesondere die Notwehr, zur Ermächtigungsgrundlage hoheitlichen Handelns.

Eine solche Ermächtigungs- oder Ausstrahlungswirkung des § 32 StGB ist kritisiert worden, weil die durch sie erreichte Rechtssicherheit durch einen „zu hohen Preis“ erkaufte werde, nämlich durch die Missachtung des Gesetzesvorbehalts; könne sich die hoheitliche Gewalt stets auf Notwehr berufen, dann laufe die Forderung nach Eingriffsermächtigungen letztlich leer. Dieses Argument ist zutreffend, aber im hier vorliegenden Kontext der Bestimmung einer Garantspflicht weniger schwerwiegend als eine andere Überlegung: Eine unmodifizierte Anwendung von Notwehrregelungen zur Rechtfertigung staatlichen Handelns führt zu einer Umgehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der im Rahmen des § 32 StGB de lege lata nur deswegen allenfalls marginal – nämlich bei den sogenannten krassen Ausnahmefällen – berücksichtigt werden darf, weil der Gesetzestext keinen hinreichenden Anhaltspunkt für eine Beschränkung der strafrechtlichen Wirkung der Notwehr nach Verhältnismäßigkeitserwägungen bietet.<sup>2833</sup>

2831 Vgl. hierzu *Bülte* ZStW 121 (2009), 377 ff.

2832 Vgl. die Nachweise bei *Rönnau/Hohn* in: Leipziger Kommentar, § 32 Rn. 218.

2833 Vgl. zur verfassungsrechtlichen Notwendigkeit von Verhältnismäßigkeitserwägungen in der Notwehr *Kaspar* Verhältnismäßigkeit, S. 610 ff.; ferner *Bülte* GA 2011, 145, 161 ff.

Im Hinblick auf diese Problematik der mangelnden Rechtsstaatlichkeit geht die wohl herrschende öffentlich-rechtliche Lehre mittlerweile davon aus, dass die Betrachtung des § 32 StGB als öffentlich-rechtliche Ermächtigungsgrundlage einerseits und als materiell-strafrechtliche Rechtfertigung zu unterschiedlichen Ergebnissen führt.<sup>2834</sup> Es entsteht eine Normspaltung, so dass das die hoheitliche Handlung ausführende Individuum strafrechtlich nicht rechtswidrig handelt, obwohl das staatliche Handeln nicht von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt ist. Diese Lösung hat zur Folge, dass eine strafrechtliche Ahndung unmöglich ist, während aber beamtenrechtliche Maßnahmen gegen den Notwehrübenden ebenso in Betracht kommen wie zivilrechtliche Amtshaftungsansprüche gegen seinen Dienstherrn.<sup>2835</sup> Dieser Ansatz wird unter anderem dahin gehend kritisiert, dass man dann entweder das Notwehrrecht als eine reine Handlungsbefugnis verstehen müsse, was zu unerwünschten Konsequenzen – insbesondere der Möglichkeit der Notwehr gegen die gerechtfertigte Notwehrhandlung – führe oder die Notwehr von Hoheitsträgern als Strafrechtsunrechtsausschlussgrund bzw. Deliktsunrechtsausschlussgrund zu betrachten sei. Dies sei aber nur dann als letzter Ausweg vertretbar, wenn eine einheitliche Behandlung von Rechtfertigungs- und Ermächtigungswirkung nicht erfolgen könne.<sup>2836</sup>

Schenkt man diesem Monitum Beachtung, so führt dies zu einem öffentlich-rechtlichen Primat bei der Bewertung der Rechtfertigung, insbesondere der Notwehr von Hoheitsträgern, die von einer Bestimmung des Umfangs der strafrechtlichen Rechtfertigung einer potenziellen Notwehrhandlung durch die öffentlich-rechtliche Befugnisnorm ausgeht, so dass entweder nur die Regeln über den unmittelbaren Zwang angewendet werden dürfen oder § 32 StGB einschränkend auszulegen sei.<sup>2837</sup> Diese Lösung vermeide zum einen den Übergriff des Bundesstrafrechts auf das Landespolizeirecht und sichere zum anderen die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Allerdings erkennen auch die Vertreter dieser Ansicht an, dass ein solcher Vorrang des Polizeirechts vor dem Strafrecht zu einem Leerlaufen polizeirechtlicher Regelungen zum Notwehrvorbehalt<sup>2838</sup> führt. Jedoch habe der Landesgesetzgeber in Hamburg und im Saarland deswegen bereits mit der Streichung des polizeirechtlichen Notwehrvorbehalts reagiert.<sup>2839</sup> Ferner sei eine nicht durch Verhältnismäßigkeitsgrenzen beschränkte Notwehr

2834 Vgl. *Fechner*, S. 85 f., 98; *Felix* Einheit der Rechtsordnung, S. 402 f.; *Beaucamp*, JA 2003, 402, 403 f.

2835 *Rönnau/Hohn* in: Leipziger Kommentar, § 32 Rn. 219 m.w.N.; vgl. zu dieser Lösung insbesondere § 10 Abs. 3 BremPol, wonach die zivil- und strafrechtlichen Vorschriften über Notwehr, Nothilfe oder Notstand – die nach § 40 Abs. 4 BremPolG von den Regeln des Gesetzes nicht berührt werden – keine polizeilichen Befugnisse begründen.

2836 *Rönnau/Hohn* in: Leipziger Kommentar, § 32 Rn. 219 m.w.N.

2837 Vgl. hierzu *Rönnau/Hohn* in: Leipziger Kommentar, § 32 Rn. 219 m.w.N.

2838 Etwa § 40 Abs. 4 BremPolG; § 250 Abs. 2 LVwG SchlHS; § 57 Abs. 4 POG-RhPf.; § 57 Abs. 2 PolG NRW; Art. 60 Abs. 2 Bay PAG; § 71 Abs. 2 Nds SOG; § 58 Abs. 2 PAG Thüringen.

2839 So *Rönnau/Hohn* in: Leipziger Kommentar, § 32 Rn. 220.



des Hoheitsträgers allein deswegen nicht tragbar, weil sich der mit dem Schutz der Rechtsordnung betraute Hoheitsträger nicht auf das Prinzip „*Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen*“<sup>2840</sup> in dem Sinne berufen könne, dass der Grundsatz den Kreis seiner Eingriffsrechte erweitere.

(ccc) Beschränkung der Handlungspflicht auf die Reichweite der Ermächtigungsgrundlage

Die Antwort auf die Frage, wie weit das Notwehrrecht bzw. die sonstige Rechtfertigung eines Hoheitsträgers und damit auch eines mit der Erfüllung hoheitlicher Schutzpflichten betrauten Vorgesetzten reicht, steckt jedoch nur den äußeren Rahmen seiner tatsächlichen Handlungsmöglichkeiten ab; sie beinhaltet keine Aussage darüber, inwieweit er auch zu allen grundsätzlich gerechtfertigten Handlungen verpflichtet ist. Denn aus einem Handlungsrecht folgt nicht zwingend eine Handlungspflicht. Doch für die Bestimmung einer Handlungspflicht des Hoheitsträgers steckt die Ermächtigungsgrundlage nicht nur die (zumindest) verwaltungsrechtliche Grenze der Rechtmäßigkeit ab, sondern bildet auch das Maß dessen ab, was zur Verhinderung der Rechtsgutsverletzung bzw. einer Bezugstat eingesetzt werden muss. Erlaubt das geltende Eingriffsrecht eine Maßnahme, so ist sie zwingend zu ergreifen, wenn dies zur Abwendung der Tat erforderlich ist. Damit wird ein grundsätzlicher Gleichlauf von Verwaltungsrecht und strafrechtlicher Handlungspflicht des Garanten hergestellt. Auf diese Weise wird die vorzunehmende Handlung durch die vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bestimmte Ermächtigungsgrundlage auf der einen und die Anforderung an die Mindestwirksamkeit der pflichtmäßigen Abwendungshandlung auf der anderen Seite bestimmt und letztlich auf einen engen Bereich von in Betracht kommenden Handlungsoptionen beschränkt.

Außerhalb des Völkerstrafrechts bereitet die Bestimmung der Reichweite der Handlungspflicht grundsätzlich mehr tatsächliche als rechtliche Probleme, weil die Ermächtigungsgrundlage dem Gesetzlichkeitsprinzip genügen muss und daher die Reichweite der Handlungspflicht gesetzlich bestimmt ist. Im völkerstrafrechtlichen Kontext fehlen entsprechend klare Regelungen mangels gesetzlich bestimmter Eingriffsnormen. Die Zulässigkeit der Verwendung von Waffen etwa wird im Völkerrecht nur unvollständig geregelt. Das Haager und das Genfer Recht regeln insbesondere die äußersten Grenzen dessen, was im Krieg erlaubt sein kann, geben aber keine konkreten Handlungsanleitungen für den Vorgesetzten im Einzelfall. Solche Handlungsanweisungen ergeben sich aus den militärischen Einsatzrichtlinien, den „*rules of engagement*“, die die völkerrechtlichen

2840 Zu diesem Grundsatz im Einzelnen *Bülte* GA 2011, 145, ff.; *Kaspar* Rechtswissenschaft, 2013, 40 ff.

Vorgaben konkretisieren und verdeutlichen, aber nach herrschender Ansicht nicht den Charakter von Rechtsvorschriften haben, sondern nur bestehende Regeln, insbesondere für den Soldaten, darlegen; es handelt sich also in gewisser Weise um Nachfolger der Kriegsartikel.<sup>2841</sup> Dennoch dürften diese – häufig als „restricted“ und damit nur für den Dienstgebrauch zu verwendenden eingestuft<sup>2842</sup> – Regeln ausreichend sein, um dem Vorgesetzten Vorgaben an die Hand zu geben, welche Maßnahmen zur Verhinderung von Straftaten von Untergebenen gegen das Völkerstrafgesetzbuch zu ergreifen sind.

(ddd) Konfliktpotenzial durch völkerrechtliche Ausprägung der  
Hinderungspflicht

Probleme können sich dann ergeben, wenn die bestehende Ermächtigungsnorm eine Anwendung besonderer Maßnahmen, wie etwa des Schusswaffengebrauchs, nur in bestimmten Konstellationen erlaubt und diese Voraussetzungen trotz drohender Begehung einer Straftat gegen das Völkerstrafrecht nicht gegeben sind. Häufig besteht für die Anwendung von Gewalt gegen einen Untergebenen, der im Begriff ist, eine Straftat gegen das Völkerstrafrecht zu begehen, eine Ermächtigungsgrundlage. So sieht etwa das Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes (UZwGBw) in § 10 Abs. 1 Nr. 1 vor, dass die Verwendung von Schusswaffen gegen Personen zulässig ist, um die unmittelbar bevorstehende Ausführung oder die Fortsetzung einer rechtswidrigen Tat zu verhindern, die sich den Umständen nach als ein Verbrechen darstellt. Ähnliche Regelungen enthalten die Polizeigesetze der Länder.<sup>2843</sup>

Insbesondere für den deutschen Soldaten im Auslandseinsatz gibt es aber keine klaren Rechtsvorschriften für die Verwendung von tödlichen Kampfmitteln, insbesondere der Schusswaffe. Hier bestehen nur die rules of engagement, die keine Rechtsqualität besitzen. Es stellt sich insofern die Frage, wie weit die Pflicht des Vorgesetzten zur Abwendung von Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht durch die Anwendung von Gewalt geht, wenn eine Ermächtigung nicht zur Verfügung steht, entsprechende Regelungen über die Anwendung von Gewalt also fehlen und er sich auf die Notrechte wie Notwehr und Notstand berufen müsste, um eine möglicherweise tödliche Abwendungshandlung vorzunehmen. Konsequenterweise müsste man in einer solchen Fallgestaltung eine Abwendungspflicht verneinen. Ist also der Untergebene im Begriff, einen Kriegsgefangenen zu foltern, und ist eine Hinderung an dieser Tat, die eine Straftat nach § 8

2841 Hierzu eingehend *Dreist* NZWehrr 2007, 46 ff.

2842 Vgl. *Dreist* NZWehrr 2007, 146, 161.

2843 Vgl. § 54 Abs. 1 Nr. 1a BW PolG; ähnlich auch Art. 67 Nr. 2 Bay PAG.

Abs. 1 Nr. 1 VStGB darstellt, nur durch einen lebensgefährlichen Schuss auf den Untergebenen möglich, so steht der Vorgesetzte vor dem Problem der fehlenden Ermächtigungsgrundlage. Mag die Anordnung des Schusses auch durch Notwehr gerechtfertigt sein, so wäre der Vorgesetzte doch mangels Ermächtigungsgrundlage nicht zur Verhinderung der Tat verpflichtet.

Eine so grundlegende Einschränkung der Abwendungspflicht des Vorgesetzten dürfte dem völkerrechtlichen Gebot der Verbrechensverhinderung allerdings nicht gerecht werden und daher mit den hohen Anforderungen, die die Judikatur der Ad-hoc-Gerichte an den Vorgesetzten stellt und die bei der Auslegung des § 4 VStGB als Umsetzung des Rom-Statuts zu berücksichtigen ist, nicht in Einklang zu bringen sein. Hält daher das nationale Recht keine Ermächtigungsgrundlage für spezifische Maßnahmen bereit, die mit Eingriffen in die Rechtsgüter des ungehorsamen Untergebenen, der im Begriff ist, eine Straftat zu begehen, verbunden sind, so bedeutet das nicht, dass der Vorgesetzte von solchen Eingriffsmaßnahmen absehen darf. Vielmehr hat er die Regeln über die Notwehr oder den Notstand seinem Handeln zugrunde zu legen, wobei er jedoch die auch völkerrechtlich anerkannten Grenzen der Verhältnismäßigkeit<sup>2844</sup> streng beachten muss. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass der Vorgesetzte einerseits grundsätzlich die Verhinderungspflicht hat, diese aber nur so weit ausüben muss und darf, wie es den rechtsstaatlichen Vorgaben entspricht, und diese sind in diesem Zusammenhang insbesondere am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auszurichten. Betrachtet man also den Zuschnitt der Verhinderungspflicht, so deckt diese grundsätzlich alle tatsächlich möglichen Handlungsoptionen ab; der Vorgesetzte muss alles tun, um die Bezugstat gegen das Völkerstrafgesetzbuch zu verhindern. Jedoch findet die Handlungspflicht ihre Grenzen in den strafrechtlichen Verboten; eine Rechtspflicht kann schon begrifflich kein rechtswidriges Handeln vorgeben. Diese Grenzen strafrechtlicher Verbote werden durch die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe mitbestimmt, die aber – wegen der Hoheitlichkeit des Handelns oder zumindest des Handelns im Interesse der Erfüllung hoheitlicher Hinderungspflichten – wiederum durch die rechtsstaatlichen Grenzen beschränkt werden. Damit sind dem Vorgesetzten unverhältnismäßige Notwehrhandlungen verboten, zu verhältnismäßiger Notwehrausübung ist er jedoch verpflichtet. Auch wenn das Notwehrrecht grundsätzlich keine Verpflichtungen begründen kann, so erweitert es doch den Handlungsspielraum der Pflichtigen, der die sich aufgrund dessen ergebenden Handlungsoptionen zu nutzen hat, um die Verhinderung von Straftaten gegen das Völkerstrafgesetzbuch zu erreichen. Der Vorgesetzte kann daher strafrechtlich verpflichtet sein, die Tötung eines Untergebenen anzuordnen, wenn dieser anders nicht von der Begehung eines Kriegsverbrechens abgehalten werden kann.

2844 Vgl. *Frister/Kortel/Kreß* JZ 2010, 10, 16.

## (eee) Tödliche Maßnahmen gegen militärische Ziele und zivile Objekte oder Zivilpersonen nach dem Kriegsvölkerrecht

Soweit sich die notwendigen Handlungen zur Abwehr einer Gefahr gegen den Untergebenen selbst richten, bereitet die Anwendung möglicherweise tödlicher Gewalt zwar auch verfassungsrechtliche Probleme; diese Fallgestaltungen sind mit jenen des „finalen Rettungsschusses“<sup>2845</sup> vergleichbar. Der tödliche Schuss auf den Geiselnnehmer oder Flugzeugentführer und daher wohl auch auf einen Untergebenen, der im Begriff ist, ein Verbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch zu begehen, ist aber nach wohl herrschender Ansicht über § 32 StGB gerechtfertigt, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen der Notwehr gegeben sind.<sup>2846</sup> In diesem Zusammenhang findet keine generell-abstrakte, pauschale – und daher verfassungsrechtlich verbotene – Abwägung von Lebensrechten<sup>2847</sup> – das des Angreifers gegen das der Angegriffenen – gegeneinander statt, sondern es wird die Gesamtsituation und hier insbesondere der Aspekt der Gefahrverursachung berücksichtigt, der auch in der Formulierung des § 35 Abs. 1 S. 2 StGB sowie den §§ 228, 904 BGB zum Ausdruck kommt, so dass die Abwägung unterschiedlicher Grundrechte, die im Strafrecht oftmals durch die Schutzgüter der Strafvorschriften verkörpert sind, entscheidend vom Gesamtzusammenhang abhängt. *Di Fabio* betont, an der Tötung von Menschen in Notwehrsituationen zeige sich die „Kontextabhängigkeit der grundrechtlichen Werteordnung, die nie abstrakt am Reißbrett entworfen, sondern die sich in der Anschauung des einzelnen Falles zu bewähren und zu konkretisieren hat“. Die Ratio der Verfassung des Grundgesetzes sei eine wertgebundene Zweckrationalität, so dass nicht nur das Notwehrrecht gegen Entführer oder Vergewaltiger bis zur Tötung des Angreifers reiche, sondern auch die öffentliche Gewalt das Leben des Angreifers zum Schutz höchstpersönlicher „Rechtsgüter unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit opfern“ dürfe.<sup>2848</sup>

Hochproblematisch ist die Lage dagegen, wenn der Vorgesetzte zur Verhinderung einer Straftat eines Untergebenen nicht nur diesen töten oder schwer verletzen (lassen) müsste, sondern auch andere Personen, wie etwa Zivilisten, Soldaten von Verbündeten oder andere Personen. Dass eine solche Situation leicht entstehen kann, hat der Zwischenfall der Bundeswehr in Kundus am 4. September

2845 So der von *Di Fabio* (in: Maunz/Dürig Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Rn. 40) verwendete Begriff; andernorts wird vom „polizeilichem Todesschuss“ gesprochen, vgl. etwa *Witzstrock* Todesschuß, passim.

2846 Vgl. nur *Di Fabio* in: Maunz/Dürig Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Rn. 37.

2847 Vgl. zur Unzulässigkeit einer solchen Abwägung BVerfG, Urt. v. 25.2.1975 – 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74, BVerfGE 39, 1, 58.

2848 Vgl. nur *Di Fabio* in: Maunz/Dürig Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Rn. 37.

2009 gezeigt.<sup>2849</sup> Überträgt man den dortigen Sachverhalt auf die hier relevante Fallgestaltung, so stellt sich die Frage, ob ein Vorgesetzter zur Abwendung einer schweren Straftat gegen das nationale Völkerstrafrecht wenige unbeteiligte Opfer in Kauf nehmen darf oder sogar zu einem Handeln unter Inkaufnahme solcher Opfer verpflichtet sein kann. Der Generalbundesanwalt hat in seiner Stellungnahme zu der Bombardierung der Tanklastzüge festgestellt, der objektive Tatbestand des § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB sei erfüllt gewesen, weil ein Angriff mit militärischen Mitteln durchgeführt worden sei. Da der Befehlshaber den Tod von Zivilisten aber nicht als sicher erwartete, habe es jedoch an der Erfüllung der subjektiven Komponente, dem direkten Vorsatz gefehlt. Ferner wird in diesem Zusammenhang ausgeführt, Angriffe auf Zivilisten, die durch das Kriegsvölkerrecht geschützt sind, seien selbst dann noch völkerrechtlich zulässig, wenn sie zum Tod der Betroffenen geführt haben. Der Schutz von Zivilisten gelte nicht uneingeschränkt. Vielmehr verbiete das Kriegsvölkerrecht nur „unterschiedslose“ Angriffe, also gezielt gegen Zivilisten oder zivile Objekte – unter Gleichachtung von Person und Objekt<sup>2850</sup> – gerichtete militärische Angriffe und solche Angriffe, die sich zwar gegen ein militärisches Ziel richten, bei denen aber der zu erwartende Schaden an zivilen Zielen in keinem Verhältnis zu dem zu erreichenden militärischen Nutzen stehe.<sup>2851</sup> Hierzu stellte die Generalbundesanwaltschaft zutreffend fest, „die Tötung unbeteiligter Menschen kann nie angemessen im menschenrechtlichen Sinne sein“. Diese Feststellung negieren ihre weiteren Ausführungen jedoch, wenn es dort heißt, selbst wenn bei der Operation mit der Tötung mehrerer Dutzend Zivilisten hätte gerechnet werden müssen, hätte dies bei taktisch-militärischer Betrachtung nicht „außerhalb jeden Verhältnisses zu den erwarteten militärischen Vorteilen gestanden“. Aufgrund der besonderen Situation innerhalb eines bewaffneten Konflikts sei ein solches Außer-Verhältnis-Stehen „nur bei offensichtlichem Exzess“ anzunehmen, also wenn der Befehlshaber unter Außerachtlassen jeglicher Verhältnismäßigkeitserwägung nicht „honestly“, „reasonable“ und „competently“ gehandelt hat.<sup>2852</sup> Unverhältnismäßig sei etwa die Vernichtung einer Ortschaft mit Hunderten Zivilisten zu dem Zweck, einige wenige gegnerische Kämpfer zu treffen, nicht aber, wenn es um die Ausschaltung einer

2849 Bei einem Luftangriff nach der Entführung von zwei Tanklastzügen mit Treibstoff in der Nähe der afghanischen Stadt Kundus wurden mindestens 142 Zivilisten getötet. Der verantwortliche deutsche Offizier hatte US-amerikanische Luftunterstützung angefordert und erhalten und die Luftangriffe durchführen lassen, weil er befürchtete, die Lastkraftwagen könnten für einen Anschlag auf ein deutsches Feldlager verwendet werden; vgl. zum Sachverhalt: Presseerklärung der Generalbundesanwaltschaft, Presseerklärung 8/2010 v. 19.4.2010, GBA NStZ 2010, 581 ff.; ferner *Ambos* NJW 2010, 1725 ff.; *Kaleck/Schüller/Steiger* KritVj 2010, 270 ff.

2850 Vgl. *Ipsen* NZWehr 2008, 156, 160.

2851 GBA NStZ 2010, 581, 583; krit. zu den Ermittlungen der GBA insbesondere *Kaleck/Schüller/Steiger*, KritVj 2010, 270, 274 ff.; vgl. hierzu ferner *Ipsen* NZWehr 2008, 156, 159.

2852 Eine Regelung findet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im humanitären Völkerrecht insbesondere in Art. 51 ZP I; vgl. hierzu *Ipsen* NZWehr 2008, 156, 159.

in dieser Ortschaft befindlichen Artilleriestellung gehe. Aber auch hier gälten das Gebot des mildesten Mittels aus Art. 57 IIa (ii) ZP I und die Pflicht zur Erteilung von Warnungen vor einem Angriff, der auch Zivilisten verletzen kann (vgl. Art. 57c II ZP I). Damit wird deutlich, dass der Generalbundesanwalt mit der herrschenden Ansicht im Kriegsvölkerrecht davon ausgeht, Angriffe, die auch Zivilisten tödlich treffen, seien bei Vorliegen einer Prognose<sup>2853</sup> hinreichenden militärischen Nutzens kriegsvölkerrechtlich zulässig.<sup>2854</sup> Damit macht Art. 51 ZP I den Menschen allerdings „zum bloßen Objekt des Staates, da sein Leben als *schlichte, quantifizierbare Rechengröße in eine Erfolgsabwägung eingestellt wird*“.<sup>2855</sup>

Aus der Sicht des Kriegsvölkerrechts ist diese Bewertung naheliegend, weil es seinen Ausgangspunkt nicht zum Schutz des Lebens der Einzelperson nimmt, sondern die Aufgabe hat, „die *Ausnahmesituation des Krieges rechtlichen Regelungen zu unterwerfen*“.<sup>2856</sup> Das Genfer Recht soll die Balance zwischen den Interessen einer effektiven Kriegsführung und den Interessen der Menschlichkeit herzustellen suchen.<sup>2857</sup> Eine Einschränkung des Schutzes der Zivilbevölkerung, der in § 8 VStG implizit als absoluter Schutz gedacht wird, findet sich in den dieser Vorschrift vorgehenden und ihn beschränkenden § 11 und § 12 VStGB wieder. Diese Regelungen sind Umsetzungen des Grundsatzes des humanitären Völkerrechts, dass zivile Opfer „*bei überwiegender militärischer Notwendigkeit (Kollateralschäden)*“ als zulässig hingenommen werden.<sup>2858</sup>

(fff) Zur Geltung verfassungsrechtlicher und menschenrechtlicher Grund- und Mindestwerte im Völkerstrafrecht

Legt man diese Annahmen zugrunde, so drängt sich nahezu der Schluss a maiore ad minus auf, dass die Verletzung und Tötung von Zivilisten, die bereits um eines nennenswerten militärischen Vorteils willen zulässig ist, doch erst recht zulässig sein muss, um eine schwerwiegende Völkerrechtsverletzung, ein völkerrechtlich geächtetes Verbrechen zu verhindern. Andernfalls würde man dem Kriegsvölkerrecht unterstellen, es sehe die Durchsetzung militärischer Ziele einzelner Parteien als wichtiger an als die Verhinderung von Angriffen auf seine

2853 Vgl. Ipsen NZWehr 2008, 156, 160.

2854 Vgl. zur Bewertung des militärischen Nutzens Dörmann in: MüKo-StGB, § 11 VStGB Rn. 83 ff.; ferner Thym DÖV 2010, 620, 624.

2855 So Ipsen NZWehr 2008, 156, 160 f. auch zu den Folgen für den deutschen Staatsangehörigen, der durch Unterzeichnung des ZP I durch die Bundesrepublik einer Behandlung als Objekt durch mögliche Kriegsgegner Deutschlands ausgesetzt wird.

2856 Thym DÖV 2010, 620, 624.

2857 Thym DÖV 2010, 620, 624.

2858 Ambos NJW 2010, 1725, 1726 f.; vgl. auch Safferling/Kirsch, JA 2010, 81, 84 m.w.N.; Thym DÖV 2010, 620, 624; Zimmermann/Geiß Der Staat 2007, 377, 380 ff.; krit. Kaleck/Schüller/Steiger, Krit-Vj 2010, 270, 274 ff.

Grundfesten, die Gebote der Menschlichkeit. Folge dieser Prämisse wäre wiederum die Annahme einer Rechtspflicht des Vorgesetzten, auch die „*verhältnismäßige*“ Tötung von unbeteiligten Zivilisten anzuordnen, wenn dies zur Verhinderung des Verbrechens erforderlich ist.<sup>2859</sup> Auch wenn die internationalen Menschenrechte ihre Einschränkung in Art. 15 EMRK durch das Kriegsvölkerrecht zulassen und das humanitäre Völkerrecht somit als *lex specialis* für die Tötung von Menschen in bewaffneten Konflikten gilt,<sup>2860</sup> dürfte diese Bewertung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur schwer in Einklang zu bringen sein; es kommt hier zu einem Anwendungskonflikt, der auch mit einer menschenrechtsfreundlichen Auslegung des Kriegsvölkerrechts<sup>2861</sup> nicht aufzulösen ist. So hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts doch in der viel beachteten und heftig diskutierten Luftsicherheitsgesetz-Entscheidung vom 15. Februar 2006<sup>2862</sup> festgestellt, dass die Opferung unbeteiligter Personen zur Rettung einer überwiegenden Vielzahl von Personen selbst dann nicht Gegenstand einer Ermächtigungsgrundlage sein kann, wenn die geopfert Menschen nur noch eine sehr geringe Lebenserwartung haben und die Zahl der zu rettenden Menschen die der zu opfernden Menschen weit überwiegt:

Der Erste Senat hat in diesem Urteil zur Verfassungswidrigkeit von § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz deutlich gemacht, dass der Staat jedem Menschen das Recht auf Leben im Sinne einer biologisch-physischen Existenz als Freiheitsrecht zu gewährleisten hat, und insbesondere jedes menschliche Leben gleichermaßen wertvoll ist. Dennoch stehe das Leben nach Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG unter einem Gesetzesvorbehalt, der einen Eingriff aufgrund eines förmlichen Parlamentsgesetzes ermöglicht. Eine Beschränkung dieses Grundrechts sei aber stets in dessen Lichte und „*der damit eng verknüpften Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG*“ zu sehen. „*Das menschliche Leben ist die vitale Basis der Menschenwürde als tragendem Konstitutionsprinzip und oberstem Verfassungswert.*“<sup>2863</sup> Der Staat sei aufgrund dieses Verhältnisses der Menschenwürde zum Recht auf Leben in besonderer Weise zum Schutz des menschlichen Lebens verpflichtet. Diese Schutzpflicht gebiete es dem Staat, sich schützend vor das Leben jedes Einzelnen zu stellen und den Einzelnen weder selbst zum Objekt staatlichen

2859 Vgl. hierzu im Einzelnen *Dörmann* in: MüKo-StGB, § 11 VStGB Rn. 78 ff.

2860 Vgl. hierzu *Thym* DÖV 2010, 620, 625; *Zimmermann/Geiß* Der Staat 2007, 377, 381 auch zu entsprechenden Vorbehalten in anderen Menschenrechtserklärungen und -verträgen.

2861 Vgl. hierzu *Thym* DÖV 2010, 620, 625 m.w.N.

2862 BVerfG, Urt. v. 15.2.2006 – 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 139 ff.; zust. *Paeffgen* in: NK-StGB, Vor § § 32 ff. Rn. 115 m.w.N.

2863 BVerfG, Urt. v. 15.2.2006 – 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 152 unter Hinweis auf BVerfG, Urt. v. 25.2.1975, 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74, BVerfGE 39, 1, 42 (Schwangerschaftsabbruch) u.a.; vgl. hierzu auch *Ipser* NZWehr 2008, 156, 158.



Handeln zu machen,<sup>2864</sup> noch zuzulassen, dass Dritte dem Individuum die Subjektqualität absprechen, mithin den Selbstzweck des Menschen in Abrede stellen.<sup>2865</sup> Der Senat formuliert den Schutz des sich aus der Menschenwürde ergebenden Achtungsanspruchs absolut:

*„Schlechthin verboten ist damit jede Behandlung des Menschen durch die öffentliche Gewalt, die dessen Subjektqualität, seinen Status als Rechtssubjekt, grundsätzlich in Frage stellt ..., indem sie die Achtung des Wertes vermissen lässt, der jedem Menschen um seiner selbst willen, kraft seines Personseins zukommt ... Wann eine solche Behandlung vorliegt, ist im Einzelfall mit Blick auf die spezifische Situation zu konkretisieren, in der es zum Konfliktfall kommen kann ...“*<sup>2866</sup>

Dagegen äußert das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich keine Bedenken gegen die Schaffung einer Ermächtigungsgrundlage zur unmittelbaren Einwirkung mit Waffengewalt auf Personen, die ein *„Luftfahrzeug als Tatwaffe gegen das Leben von Menschen“* einsetzen wollen. Wer Rechtsgüter anderer angreife, wird *„nicht als bloßes Objekt staatlichen Handelns in seiner Subjektqualität grundsätzlich in Frage gestellt ..., wenn der Staat sich gegen den rechtswidrigen Angriff zur Wehr setzt ...“*.<sup>2867</sup> Vielmehr entspreche es gerade der Subjektstellung des Angreifers, wenn ihm die Reaktion auf sein Handeln persönlich zugerechnet und er für den von ihm in Gang gesetzten Geschehensablauf in Verantwortung genommen werde. Der Einsatz auch von tödlich wirkender Gewalt gegen solche Personen könne verhältnismäßig sein, zumal es in der Hand des von der Gewalt Betroffenen liege, die Gewalteinwirkung durch Absehen von der Planverwirklichung abzuwenden, er also den weiteren Geschehensablauf in der Hand hält.<sup>2868</sup>

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass das Verfassungsrecht die Tötung eines Menschen als solche nicht kategorisch verbietet, sondern nur eine mit der Verletzung des sich aus der Menschenwürde ergebenden Achtungsanspruchs einhergehende Tötung von Menschen unzulässig ist. Dass auch im Rechtsstaat des Grundgesetzes Tötungen von Menschen zulässig und damit strafrechtlich gerechtfertigt sein können, zeigt unter anderem die Beibehaltung des § 53 RStGB im aktuellen § 32 StGB. Die Europäische Menschenrechtskonvention lässt die Tötung von Menschen in bestimmten Fällen ebenfalls zu, wie Art. 2 Abs. 2 EMRK verdeutlicht, der ausdrücklich Situationen benennt, in denen die Tötung

2864 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.7.1969 – 1 BvL 19/63, BVerfGE 27, 1, 6; Urt. v. 21.6.1977 – 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187, 228; Beschl. v. 12.11.1997 – 1 BvR 479/92, 1 BvR 307/94, BVerfGE 96, 375, 399; vgl. zur Objektformel *Dürig* Kommentar zum GG\*, Art. 1 Abs. 1 Rn. 28 ff.; ferner *Palm*, AöR 132 (2007), 95, 105 ff.

2865 BVerfG, Urt. v. 15.2.2006 – 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 152.

2866 BVerfG, Urt. v. 15.2.2006 – 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 153.

2867 Vgl. hierzu auch *Witzstrock* Todesschuß, S. 73 ff.

2868 BVerfG, Urt. v. 15.2.2006 – 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 160 ff.



eines Menschen nicht menschenrechtswidrig ist.<sup>2869</sup> Daraus folgt jedoch lediglich, dass im hier relevanten Fall die Tötung des Untergebenen, der im Begriff ist, eine Straftat nach den §§ 6 ff. VStGB zu begehen, durch den Vorgesetzten zulässig sein kann. Diese Haltung deutet auch die Rechtsprechung des JStGH an, die im Hinblick auf die Kontrollmöglichkeiten eines Vorgesetzten über Untergebene durch tödliche Gewaltanwendung hinweist.<sup>2870</sup>

Die Bejahung der grundsätzlichen Möglichkeit, dass die Tötung eines Menschen gerechtfertigt sein kann, beantwortet die Frage nach der Zulässigkeit und vor allem pflichtmäßigen Gebotenheit der Anordnung einer Tötung von unbeteiligten Personen zur Verhinderung einer Straftat gegen das Völkerstrafgesetzbuch aber nicht. Vielmehr liegt es nahe, dass die Tötung von unbeteiligten Menschen zur Verhinderung einer solchen Straftat nach dem deutschen Verfassungsrecht – und im Übrigen auch nach Unionsrecht, denn Art. 1 der GR-Charta der Europäischen Union schützt ebenfalls die Menschenwürde<sup>2871</sup> – unzulässig ist, weil sie die Menschenwürde der betroffenen Personen verletzt: Die Verletzung des Achtungsanspruchs aus der Menschenwürde durch einen auf § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz gestützten Flugzeugabschuss hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung daraus hergeleitet, dass die Passagiere und Besatzung eines gekaperten Zivilflugzeuges ohne eigenes Zutun in eine Situation geraten, in der sie ihre Lebensumstände aufgrund der ausweglosen Lage nicht mehr unabhängig von anderen selbst beeinflussen können.<sup>2872</sup> Wenn sie in dieser Situation als Teil der Waffe der Flugzeugentführer betrachtet und deswegen mit diesen abgeschossen werden, so mache diese Behandlung nicht den Täter, sondern die friedlichen Passagiere zum Objekt. In diesem Punkt führt der erkennende Senat des Bundesverfassungsgerichts im Verhältnis zu dem so unbestimmbaren Begriff der *Menschenwürde* relativ plastisch vor Augen, worin er die Degradierung der betroffenen Menschen zum Objekt erblickt:

*„Die Ausweglosigkeit und Unentrinnbarkeit, welche die Lage der als Opfer betroffenen Flugzeuginsassen kennzeichnen, bestehen auch gegenüber denen, die den Abschuss des Luftfahrzeugs anordnen und durchführen. Flugzeugbesatzung und -passagiere können diesem Handeln des Staates auf Grund der von ihnen in keiner Weise beherrschbaren Gegebenheiten nicht ausweichen, sondern sind ihm wehr- und hilflos ausgeliefert mit der Folge, dass sie zusammen mit dem Luftfahrzeug gezielt abgeschossen und infolgedessen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit getötet werden. Eine solche Behandlung*

2869 EGMR, Urt. v. 24.2.2005 – 57947/00, 57948/00, 57948/00 (*Isayeva u.a./Russland*) Nr. 181, EuGRZ 2006, 32, 36; allerdings hat sich der EGMR generell für nicht zuständig für die Kontrolle von Militäreinsätzen unter der Letztverantwortung des UN-Sicherheitsrats erklärt und die Konvention keine weltweite Kontrolle von Militäreinsätzen bezwecken soll, vgl. die Nachweise bei *Thym* DÖV 2010, 620, 622.

2870 JStGH, Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžihasanović*) §§ 88 f.

2871 Vgl. hierzu im Einzelnen Mayer in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union Art. 1 Rn. 88 ff.

2872 BVerfG, Urt. v. 15.2.2006 – 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 153 f.

*missachtet die Betroffenen als Subjekte mit Würde und unveräußerlichen Rechten. Sie werden dadurch, dass ihre Tötung als Mittel zur Rettung anderer benutzt wird, verdinglicht und zugleich entrechtlicht; indem über ihr Leben von Staats wegen einseitig verfügt wird, wird den als Opfern selbst schutzbedürftigen Flugzeuginsassen der Wert abgesprochen, der dem Menschen um seiner selbst willen zukommt.*<sup>2873</sup>

Es sei daher, so der Senat nach der Erörterung der notwendig unsicheren Tatsachenbasis einer Abschussentscheidung weiter,

*„schlechterdings unvorstellbar, auf der Grundlage einer Ermächtigung unschuldige Menschen, die sich wie die Besatzung und die Passagiere eines entführten Luftfahrzeugs in einer hoffnungslosen Lage befinden, gegebenenfalls unter Hinnahme solcher Unwägbarkeiten vorsätzlich zu töten“.*<sup>2874</sup>

In einer vergleichbaren Lage können sich auch Personen befinden, die von der Anwendung militärischer Gewalt gegen einen Untergebenen betroffen sind, der im Begriff ist, eine Straftat gegen das Völkerstrafgesetzbuch zu begehen. Dabei kann es sich sowohl um Zivilpersonen als auch um Soldaten handeln, die von Aktionen gegen den Untergebenen betroffen sind. Mag man bei der Tötung von Soldaten noch berücksichtigen können, dass es sich um eine an den militärischen Aktionen beteiligte und deswegen weniger schutzwürdige Person handelt, so ist ein Unterschied zwischen den Flugzeugpassagieren und einem Kriegsgefangenen, der sich in einem Hubschrauber befindet, den der Vorgesetzte abschießen lässt, um die Begehung eines Massakers an der Bevölkerung eines Dorfes zu verhindern, das die Besatzung des Helikopters zu begehen im Begriff ist, nicht mehr erkennbar.<sup>2875</sup> Zwingende Schlüsse im Sinne einer formal-juristischen Bindung lässt die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts für diesen Fall im Rahmen einer kriegerischen Auseinandersetzung allerdings aus zwei Gründen nicht zu: Zum einen hatte sich das Gericht nur zu der Frage zu äußern, ob es verfassungsrechtlich zulässig sei, eine Ermächtigungsgrundlage für eine Tötung Unbeteiligter zu schaffen; diese Frage hat der Senat deutlich verneint.<sup>2876</sup> Zum anderen bezieht sich die Entscheidung ausdrücklich nur auf den nicht kriegerischen Kontext.<sup>2877</sup> Sie lässt die Frage nach einer Aufopferungspflicht des Einzelnen bei einer existen-

2873 BVerfG, Urt. v. 15.2.2006 – 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 154; im Ergebnis ebenso Höfling/Augsberg JZ 2005, 1080, 1088; Hörnle in: FS Herzberg, S. 555, 568; Merkel JZ 2007, 373 ff.; Roxin ZIS 2011, 552, 561 f.; abl. Hillgruber JZ 2007, 209, 216 f.; Rogall NSTz 2008, 1 ff.

2874 BVerfG, Urt. v. 15.2.2006 – 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 157; dagegen „hyperkritisch“ (so Paeffgen in: NK-StGB, Vor §§ 32 Rn. 115) Isensee in: FS Jakobs, S. 205, 233 im „schizophrenen Idealismus des Flugsicherungs-Urteils manifestiert sich das gestörte Verhältnis der Deutschen zum Staat“. „In dieser Sicht erscheint das Grundgesetz als Schönmwetterverfassung, in der der Ernstfall keinen Platz findet.“.

2875 Vgl. hierzu auch Zimmermann/Geiß Der Staat 2007, 377, 387.

2876 BVerfG, Urt. v. 15.2.2006 – 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 118, 153 ff.

2877 BVerfG, Urt. v. 15.2.2006 – 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 157.

ziellen Bedrohung des Gemeinwesens oder der Vernichtung der staatlichen Rechts- und Freiheitsordnung vielmehr ausdrücklich offen.<sup>2878</sup>

Dennoch überzeugt eine abweichende Behandlung von Menschen, die im Rahmen einer kriegerischen Auseinandersetzung in eine der Besatzung oder den Passagieren vergleichbare ausweglose Situation geraten sind, nicht. Die Bewohner eines Dorfes, die die Entscheidung über Krieg und Frieden in der Regel nicht selbst getroffen haben, für ihre mittelbare Mitwirkung an dieser politischen Entscheidung – ein funktionierendes demokratisches System vorausgesetzt – deswegen verantwortlich zu machen, weil sie nicht ohne ihr Zutun in diese Situation geraten seien, scheitert bereits daran, dass moderne Demokratien kein imperatives Mandat kennen und insofern der mittelbare Einfluss sehr begrenzt ist. Zudem kann diese Argumentation für Nichtwahlberechtigte nicht greifen.

Auch das Argument, die Achtung der Menschenwürde könne für den Fall einer kriegerischen Auseinandersetzung nicht in der gleichen Weise Geltung beanspruchen, wie dies in Friedenszeiten der Fall ist, kann zumindest aus der Verfassung nicht hergeleitet werden und wird – soweit erkennbar – auch nicht ausdrücklich behauptet, wenn auch das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz zweimal ausdrücklich darauf Bezug nimmt, dass die Entscheidung „nicht kriegerischer Luftzwischenfälle“ bzw. „Streitkräfteeinsätze nichtkriegerischer Art“ betrifft.<sup>2879</sup> Das Grundgesetz sieht jedoch kein Kriegsrecht im engeren Sinne vor, das mit generellen Grundrechtseinschränkungen oder gar der Außerkraftsetzung der Grundrechte – ein klassisches Instrument des Totalitarismus – verbunden wäre.<sup>2880</sup> Es sind in Art. 115c GG, der besondere Regelungen für die Gesetzgebung im Verteidigungsfall trifft, lediglich Einschränkungen bestimmter Grundrechte vorgesehen, zu denen das Grundrecht auf Leben ebenso wenig gehört oder auch nur gehören kann wie die eng mit ihm verbundene Menschenwürde.<sup>2881</sup> Das kategorische Verletzungsverbot aus Art. 1 Abs. 1 GG<sup>2882</sup> lässt keinen Raum für Güterabwägungen und verfassungsimmanente Einschränkungen. Dass dieses Ergebnis auch im Rahmen kriegerischer Auseinandersetzungen gilt, und der Achtungsanspruch der Menschenwürde aufrechterhalten wird, bestätigt § 2 WStG. Nach dieser Vorschrift rechtfertigt kein Befehl einen Eingriff in die Menschenwürde des Soldaten oder auch eines Dritten.<sup>2883</sup> Zwar gilt für das interne Verhältnis innerhalb der Streitkräfte das

2878 BVerfG, Urt. v. 15.2.2006 – 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 159; vgl. hierzu auch Pawlik JZ 2004, 1045, 1054, der die Opfer von Unbeteiligten in diesem Fall für grundsätzlich zulässig hält.

2879 BVerfG, Urt. v. 15.2.2006 – 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 153, 157; vgl. hierzu auch Zimmermann/Geiß Der Staat 2007, 377, 379.

2880 Vgl. Herzog in: Maunz/Dürig, Art. 115c GG Rn. 27.

2881 Ipsen NZWehr 2008, 156, 159.

2882 So Herdegen in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 GG Rn. 73.

2883 Vgl. Dau in: MüKo-StGB, § 2 WStG Rn. 32; Korte in: Lingens/Korte WStG § 2 Rn. 37 f.; Schwenck Wehrstrafrecht, S. 81.

(Kriegs-)Völkerrecht gerade nicht, dennoch verdeutlicht diese klare Aufrechterhaltung der Menschenwürde und die ihr im Wehrrecht eingeräumte Rolle, dass sie auch für die Bewertung militärischer Operationen eine zentrale Stellung einnimmt.

Für die Annahme einer Einschränkung des der Menschenwürde des Einzelnen zukommenden Achtungsanspruchs könnte noch am ehesten die Argumentation ins Feld geführt werden, dass zur Verhinderung von Straftaten, die sich gegen die menschliche Gesellschaft als solche richten, eine Opferung von Unbeteiligten zulässig sein kann. In diesem Fall könnte man vorbringen, dass durch die Tötung Einzelner ein Schaden am Gesamtsystem des menschlichen Zusammenlebens vermieden werden kann und daraus die Rechtfertigung einer entsprechenden Opferpflicht des Einzelnen hergeleitet wird. Jedoch setzt sich eine solche Argumentation in Widerspruch zu sich selbst. Grundlage der Verfassung, die das Grundgesetz gibt, sind Rechtsstaatlichkeit und Menschenwürde; auf diesen Grundwerten basiert aus Sicht des deutschen Grundgesetzes, aber auch des Rom-Statuts, auch das friedliche Zusammenleben der Völker. Die Verletzung des Anspruchs auf Achtung der Menschenwürde des Einzelnen zum Zwecke des Schutzes des friedlichen Zusammenlebens der Völker beinhaltet das Paradoxon der Verletzung eines Grundwertes zum Schutz eines Rechtsguts, das auf genau jenem Grundwert basiert. Um mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts in anderem Kontext zu sprechen: Die Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland wird infrage gestellt.<sup>2884</sup>

#### (ggg) Aufweichung der Grundfesten des Verfassungsrechts durch das Kriegsvölkerrecht

Damit steht der Vorgesetzte vor der Frage, ob jede Maßnahme, die völkerrechtlich zulässig, weil durch das internationale Kriegsvölkerrecht im Rahmen eines internationalen bewaffneten Konfliktes nicht verboten ist, auch von seiner Verhinderungspflicht umfasst ist. Die Ad-hoc-Gerichtshöfe haben in ihrer Rechtsprechung konstatiert, der Vorgesetzte könne sich grundsätzlich nicht auf nationales Recht berufen, um seine Verhinderungspflicht unter das völkerrechtlich zulässige Maß zu beschränken. Diese Argumentation kann sich darauf stützen, dass rechtliche Regeln, die geeignet sind, die völkerrechtlich übernommene Pflicht zur Verbrechensverhinderung einzuschränken, in sich widersprüchlich sind und daher nicht anwendbar sein können. Dies kann für die Regeln des einfach-gesetzlichen nationalen Rechts, möglicherweise auch für nationales Verfassungsrecht gelten; stellt die Abwehrhandlung jedoch die Grundlagen des Verfassungsrechts, die Ba-

<sup>2884</sup> Vgl. BVerfG, Urt. v. 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07 Rn. 91, NJW 2013, 1499, 1501 mit Bespr. *Bülte/Krell*, StV 2013, 713 ff.

sis des menschlichen Zusammenlebens, wie sie sich aus dem Grundgesetz ergibt, infrage, so kann eine entsprechende Handlungspflicht nicht mehr angenommen werden.

Selbst wenn das Kriegsvölkerrecht Verletzungen der Menschenwürde aus Gründen der Kriegsführung zulassen sollte, und das liegt nach den Feststellungen des Generalbundesanwalts in dem Beschluss zum Zwischenfall in Kundus nahe, kann sich daraus keine Pflicht eines deutschen Hoheitsträgers ergeben, solche Handlungen vorzunehmen, denn das Grundgesetz und insbesondere Art. 1 Abs. 1 GG gilt auch bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr.<sup>2885</sup> Selbst wenn man also eine Handlung wie die Bombardierung der Tankwagen mit dem Argument der Unvermeidlichkeit ziviler Opfer in Kriegen<sup>2886</sup> als völkerrechtlich zulässig ansehen sollte, so stellt eine solche Vorgehensweise im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Verletzung des Anspruchs auf Achtung der Menschenwürde eines jeden einzelnen Verletzten dar. Das bedeutet, dass der deutsche Soldat zu einem solchen Handeln – mag es auch im Rahmen des durch das Völkerrecht Zugelassenen liegen – nicht berechtigt sein kann, weil er als Vertreter der Bundesrepublik Deutschland keine Verletzungen der Menschenwürde begehen darf; insofern greift die Feststellung von *Ambos*, eine völkerrechtliche Erlaubnis wirke im allgemeinen Strafrecht als Zurechnungsausschluss oder Rechtfertigung,<sup>2887</sup> zu kurz. Zwar dürfen völkerrechtliche Wertungen nicht durch das nationale Strafrecht unterlaufen werden, aber eine Verletzung des Achtungsanspruchs der Menschenwürde, wie sie das Grundgesetz vorsieht, strafrechtlich zu rechtfertigen, würde nicht nur einer Verfassungsverletzung, sondern geradezu einer Negierung des Grundgesetzes gleichkommen, dessen Dreh- und Angelpunkt die Menschenwürde letztlich ist. Insofern schränken die unumstößlichen verfassungsrechtlichen Grundtatsachen des Grundgesetzes die Regeln des Kriegsvölkerrechts dahin gehend ein, dass von deutschen Streitkräften nur solche Handlungen vorgenommen werden dürfen, die keine Verletzungen der Menschenwürde beinhalten.

Jedoch haben sich die Urheber des Völkerstrafgesetzbuchs über die Frage der Menschenwürde offensichtlich keine Gedanken gemacht, denn der Begriff der *Menschenwürde* taucht in den Begründungen des Entwurfs nicht auf. Daher ist die von *Zimmermann/Geiß*<sup>2888</sup> gestellte Frage berechtigt, ob hier die vom Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz angedeutete Differenzierung zwischen einer Menschenwürde im Frieden und einer Menschenwürde im Krieg denkbar ist, ob also eine Handlung, die in Friedenszeiten wegen

2885 Vgl. *Thym* DÖV 2010, 620, 629 m.w.N.; *Zimmermann/Geiß* Der Staat 2007, 377, 387.

2886 So *Hertel* HRRS 2010, 339, 340.

2887 *Ambos* NJW 2010, 1725, 1727; GBA Verf. v. 16.4.2010 – 3 BJs 6/10-4, NStZ 2010, 581, 583 f.; so wohl auch *Hertel* HRRS 2010, 339, 342 f.

2888 *Zimmermann/Geiß* Der Staat 2007, 377 ff., 379.

Verletzung des Anspruchs auf Achtung der Menschenwürde unzulässig ist, im Krieg zulässig sein kann. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Chemiewaffen-Entscheidung die Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verneint und die Frage der Menschenwürde im Zusammenhang mit den von Verteidigungsanlagen ausgehenden Gefahren nicht angesprochen.<sup>2889</sup> Damit – so *Zimmermann/Geiß* – habe das Gericht nicht infrage gestellt, dass die in Kauf genommene Tötung von Zivilisten in einem bewaffneten Konflikt völkerrechtlich zulässig sein könne. Auch an den nachträglichen Änderungen des Grundgesetzes durch die Einführung der Regelungen zur Verteidigungsverfassung lasse sich ablesen, dass der Verfassungsgeber offensichtlich davon ausging, eine Tötung von Zivilisten sei in bewaffneten Konflikten notfalls hinzunehmen.<sup>2890</sup> Zu Recht wird jedoch zu bedenken gegeben, dass diese Prämisse vor dem Hintergrund der Luftsicherheits-Entscheidung eine Spaltung in kriegsvölkerrechtlich zulässige Eingriffe in die Menschenwürde und friedensrechtlich unzulässige Menschenwürdeverletzung erfordern würde. Dies wiederum würde voraussetzen, dass die Verneinung einer Verletzung von Art. 1 Abs. 1 GG bei kriegerischen Operationen inhaltlich andere „Wertungen hinsichtlich der Menschenwürdegarantie“ zugelassen seien als bei nicht kriegerischen, wie sie Gegenstand des Art. 14 Abs. 3 LuftSiG sein sollten. „Eine derartige Differenzierung dürfte aber schwer fallen, wenn nicht gar ausgeschlossen sein.“<sup>2891</sup> Sie stellt zudem die Absolutheit der Menschenwürde infrage.<sup>2892</sup>

*Zimmermann/Geiß* haben überzeugend dargelegt, dass kein substanzieller Unterschied zwischen dem unbeteiligten Opfer einer nicht kriegerischen Rettungsaktion und dem von einer kriegerischen Operation betroffenen Zivilisten im Hinblick auf die vom Bundesverfassungsgericht angelegten Kriterien in der Luftsicherheits-Entscheidung besteht. Auch der durch einen kriegerischen Einsatz getötete Zivilist wird zum Objekt staatlichen Handelns und der Widerspruch kann nicht durch eine Einbeziehung des Aspekts der Landesverteidigung aufgelöst werden.<sup>2893</sup> Der Argumentation, es könne im Extremfall vom Einzelnen eine solidarische Einstandspflicht zur Opferung geben,<sup>2894</sup> soweit die Bedrohung die Grundlagen des Gemeinwesens der Bundesrepublik Deutschland betrifft, die das Bundesverfassungsgericht insofern angedacht hat, wird schon mit dem formalen Argument abgewiesen, dass sich diese Pflicht allenfalls auf deutsche Staatsbürger

2889 BVerfG, Beschl. v. 29.10.1987 – 2 BvR 624/83, 2 BvR 1080/83, 2 BvR 2029/83, BVerfGE 77, 170, 221; vgl. *Zimmermann/Geiß* Der Staat 2007, 377, 384.

2890 *Zimmermann/Geiß* Der Staat 2007, 377, 384.

2891 *Zimmermann/Geiß* Der Staat 2007, 377, 387; ferner *Waechter* JZ 2007, 61, 67 f.

2892 *Zimmermann/Geiß* Der Staat 2007, 377, 389 f.

2893 *Zimmermann/Geiß* Der Staat 2007, 377, 379.

2894 So *Enders* in: Berliner Kommentar zum GG Art. 1 Rn. 93; ausdrücklich zweifelnd BVerfG, Beschl. v. 13.6.2006 – 1 BvL 9/00, 1 BvL 11/00, 1 BvL 12/00, 1 BvL 5/01, 1 BvL 10/04, BVerfGE 116, 118, 159.

beziehen könne.<sup>2895</sup> Die Annahme, eine gewisse Zahl ziviler Todesopfer sei als „Kollateralschaden“ hinnehmbar, ist mit dem Grundgesetz nicht vereinbar. Bringt man die Wertungen des Grundgesetzes in die Auslegung des nationalen Völkerstrafrechts ein, so ist der Begriff der *Unverhältnismäßigkeit* in § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB dahin gehend auszulegen, dass schon die Tötung oder schwerwiegende Verletzung eines einzigen Menschen stets unverhältnismäßig ist, auch wenn der militärische Nutzen eines Unschuldigen überragend wäre.

Dass eine solche Lösung systematisch wenig sinnvoll erscheint, liegt auf der Hand, da die Vorschrift des § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB gerade die Tötung von Menschen als Folge der militärischen Operation benennt und die Möglichkeit der Abwägung eröffnet. Zudem kann und muss diese Lösung, die im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – die, wie *Ipsen*<sup>2896</sup> so zu treffend wie apodiktisch feststellt, durch erste und zweite Gewalt als bindend zu akzeptieren ist – alternativlos sein dürfte,<sup>2897</sup> fraglos dahin gehend kritisiert werden, dass eine effektive Kriegsführung ohne Menschenrechtsverletzungen nicht denkbar ist.<sup>2898</sup> Das wirft die elementare Frage auf, ob ein Staat, der die Anforderungen der eigenen Verfassung im Hinblick auf die Menschenwürde ernst nimmt, zu einer effektiven Kriegsführung überhaupt in der Lage sein kann. Diese Unfähigkeit, Kriege zu führen, dürfte wohl der Konzeption des deutschen Grundgesetzes entsprechen, das vor dem Hintergrund des gerade beendeten Zweiten Weltkrieges geschaffen wurde und der Verfassungskonvent in seinem ersten *Chiemseer-Entwurf* in Art. 26 noch jede Kriegsführung als Störung des friedlichen Zusammenlebens der Völker ächtete. Dass damit die Verfassungsordnung des Grundgesetzes nicht mit „dem Völkerrecht kompatibel“ wäre, wie *Zimmermann/Geiß* annehmen, träfe nur zu, wenn die Bundesrepublik Deutschland völkerrechtlich verpflichtet wäre, Krieg zu führen. Wenn *Merkel* also feststellt, ein Verbot der Verletzung der Menschenwürde auch im Krieg würde auf dessen absolutes Verbot hinauslaufen, und dieses Postulat sei nur um den Preis der „esoterischen Lebensferne“ zu haben,<sup>2899</sup> so ist dies ein zu extremes Verdikt. Das Urteil muss lauten: Deutschland darf sich nicht an einem Krieg beteiligen.

Dagegen liegt der Einwand auf der Hand: Die Bundesrepublik Deutschland hat diverse Bündnisverpflichtungen, etwa innerhalb der NATO, geschlossen, und das Bundesverfassungsgericht hat der Bundesrepublik ausdrücklich das Recht zugebilligt, sich Verteidigungsbündnissen anzuschließen und ihre entsprechenden Pflichten zu erfüllen.<sup>2900</sup> Der Bundesrepublik Deutschland müsste man zudem das

2895 *Zimmermann/Geiß* Der Staat 2007, 377, 388.

2896 *Ipsen* NZWehr 2008, 156, 158.

2897 Vgl. hierzu auch *Paeffgen* in: NK-StGB, Vor §§ 32 Rn. 115, insbes. Fn. 444 f.

2898 Vgl. *Merkel* JZ 2012, 1137, 1143; kritisch hiergegen *Zimmermann* JZ 2014, 388, 389 ff.

2899 *Merkel* JZ 2011, 1438, 1443.

2900 BVerfG, Beschl. v. 25.3.1999 – 2 BvE 5/99, BVerfGE 100, 266, 269.



Recht zur Selbstverteidigung im Falle eines Angriffes absprechen, wenn man jede Verletzung der Menschenwürde ausschließen wollte; sie müsste auf die Bildung und Unterhaltung von Streitkräften verzichten.<sup>2901</sup> Diese Lösung wäre wohl der konsequenteste Weg, um zu verhindern, dass die deutsche Staatsgewalt sich selbst durch die Verteidigung der freiheitlich demokratischen Grundordnung mit Mitteln ad absurdum führt, die genau diese Grundordnung in ihren Grundfesten erschüttert. Aber das Grundgesetz sieht in Art. 87a GG ausdrücklich die Möglichkeiten der Selbstverteidigung mit militärischen Mitteln vor, und mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum mandatierten Einsatz ist festgestellt, dass „zur Wahrung und Wiederherstellung des Friedens auch militärische Mittel zur Verfügung“ stehen.<sup>2902</sup> Daraus wird man wohl schließen können, dass das Bundesverfassungsgericht im Falle einer Existenzbedrohung für die Bundesrepublik, unabhängig davon, ob diese durch symmetrische oder asymmetrische oder terroristische Kriegsführung droht, entweder eine Verletzung der Menschenwürde oder in Uminterpretation ihrer Abwägung gegen den Bestand des Staates als letztes Mittel akzeptieren wird. Ob das der richtige Weg ist, muss hier nicht weiter erörtert werden.

#### (hhh) Keine Pflicht einer Verhinderung mit menschenwürdewidrigen Mitteln

Im Ergebnis kann jedoch konstatiert werden, dass es eine Pflicht zur Verletzung der Menschenwürde nicht geben kann. Das gilt sowohl für eine Verpflichtung des Vorgesetzten, unbeteiligte Menschen zu töten, um eine Straftat gegen das Völkerstrafrecht zu verhindern, wie für eine Ermächtigungsgrundlage, entführte Flugzeuge abzuschießen, in denen sich neben den Entführern unschuldige Fluggäste befinden. Der grundlegendste Wert, den das deutsche Verfassungsrecht kennt, die Menschenwürde, verbietet die Statuierung eines hoheitlichen Rechts, Unbeteiligte für irgendeinen Zweck aufzuopfern. Mag es sich bei der Menschenwürde auch um eine Grundlage der deutschen Verfassung handeln, so wäre es dennoch im Rahmen einer Beurteilung durch das deutsche Strafrecht – und dieses kommt im Rahmen des § 4 VStGB zur Anwendung – unververtretbar, einem ausländischen Befehlshaber die Achtung der Menschenwürde zum Vorwurf zu machen. Insofern muss das deutsche Strafrecht völkerrechtliche Regeln der deutschen Verfassung unterordnen, wenn ansonsten ein Grundwert missachtet würde, auf dem das deutsche Strafrecht basiert; das Strafrecht würde sich selbst ad absurdum führen. Dieses Ergebnis wird letztlich durch die in § 2 WStG zum Ausdruck kommende Wertung bestätigt, dass ein Befehl, der die Menschenwürde

2901 Ipsen NZWehrr 2008, 156, 162.

2902 BVerfG, Urt. v. 12.7.1994 – 2 BvE 3/92, 2 BvE 5/93, 2 BvE 7/93, 2 BvE 8/93, BVerfGE 90, 286, 345.



verletzt, nicht verbindlich ist. Kann der Vorgesetzte einen solchen Befehl nicht verbindlich und damit rechtlich wirksam erhalten, so kann er auch nicht verpflichtet sein, einen solchen unverbindlichen Befehl zu erteilen. Damit sind in diesem Falle zudem Zweifel an seiner militärischen Befehlsgewalt angebracht, weil er einen solchen Befehl zwar eventuell faktisch durchsetzen kann, sich aber dabei nicht auf die ihm durch die militärische Hierarchiestruktur gegebene Befehlsmacht berufen kann. Erteilt er einen solchen Befehl, so ist es rechtlich in die Verantwortung der Soldaten gelegt, ob sie die Anordnung ausführen; von Steuerungsgewalt durch Befehlsherrschaft kann insofern nur sehr bedingt gesprochen werden, nämlich nur dann, wenn der Untergebene aufgrund der konkreten Drucksituation und oder seiner Unwissenheit über das Recht zur Befehlsverweigerung für den Vorgesetzten steuerbar ist.

(jjj) Exkurs: Strafbarkeit der Verhinderung mit menschenwürdedidrigen Mitteln

Mit der Frage, inwiefern der Vorgesetzte, der dennoch den Abschuss eines Hubschraubers und damit die Tötung an Bord befindlicher Kriegsgefangener anordnet, um ein Massaker an Zivilisten zu verhindern, sich wegen der Tötung der Kriegsgefangenen strafbar macht, ist mit dieser Feststellung keine Aussage getroffen. Die sich im Kontext des Luftsicherheitsgesetzes stellende parallel gelagerte Frage nach der Strafbarkeit eines Waffeneinsatzes, der zum Tod von Passagieren und Besatzung eines zur Waffe pervertierten entführten Flugzeuges führt, hat auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung unter implizitem Verweis auf die Diskussion um die Rechtfertigung von Anstaltsärzten, die sich durch die Prüfung von Verlegungslisten an einem Massenmord in der NS-Diktatur beteiligt hatten,<sup>2903</sup> offengelassen, weil es für die verfassungsrechtliche Beurteilung auf die strafrechtliche Bewertung nicht ankam.<sup>2904</sup>

In der strafrechtlichen Diskussion wird vielfach die Auffassung vertreten, bei einer einseitigen Verteilung der Rettungschancen, wie diese bei der Fallgestaltung des Abschusses eines Luftfahrzeuges und der Tötung von Besatzung und Passagieren gegeben sei, begründe die Chancenlosigkeit der Unbeteiligten für die Rechtsordnung die Notwendigkeit, „zugunsten derer Partei zu ergreifen“, die der Gefahr noch entinnen können. Hier bestehe keine Gefahr widersprüchlicher Rechtmäßigkeitsurteile, weil sich der Chancenlose nicht auf die Solidarität anderer berufen könne, wenn er diese überstrapazierte. Dem könne auch nicht das Argument entgegengehalten werden, die vom Recht geforderte Aufopferung der verbleibenden Lebensspanne des rettungslos Verlorenen bedeute eine Relativie-

2903 Vgl. hierzu BGH, Urt. v. 28.11.1952 – 4 StR 23/50, NJW 1953, 513 f.; OGHBritZ, Urt. v. 5.3.1949 – StS 19/49, OGHSt 1, 321, 331 ff.; zum Streitstand *Erb* in: MüKo-StGB, § 34 Rn. 117 ff. m.w.N.

2904 BVerfG, Urt. v. 15.2.2006 – 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 157.

rung des Lebensschutzes,<sup>2905</sup> weil sie hier, anders als im Fall der Verlegungslisten, nicht die positive Zuweisung des Todesschicksals beinhalte, die sich die Rechtsordnung nicht anmaßen dürfe. Es werde nur das Opfer daran gehindert, sich um den Preis des Lebens anderer noch kurzfristig gegen die Gefahr zu behaupten. Das Opfer sei keinem neuartigen staatlich gesetzten Schadensverlauf ausgesetzt, sondern es komme lediglich zu einer beschleunigten Umsetzung des kurzfristig unausweichlichen Risikos.<sup>2906</sup>

Diese Argumentation vermag jedoch zunächst aus formalen Gründen nicht zu überzeugen. Wenn hier angenommen wird, der staatliche Eingriff in das Lebensrecht der unbeteiligten, aber dem Tode geweihten Personen beschleunige lediglich den Geschehensverlauf, der bereits in Gang gesetzt ist und in kurzer Frist den Tod herbeiführen wird. Es mag Fälle geben, in denen dies tatsächlich zutrifft,<sup>2907</sup> aber gerade für die Konstellation des Flugzeugabschlusses kann von einer Beschleunigung nicht gesprochen werden, da die Anwendung von Waffengewalt eine eigenständige Ursache für den Tod der Passagiere und Besatzungsmitglieder setzt. Dies wird von den Vertretern einer möglichen Rechtfertigungslösung auch grundsätzlich zugegeben, wobei *Erb* aber den Standpunkt vertritt, es müsse sich um ein „*völlig anderes Schadensereignis*“ handeln, das den Tod herbeiführt. Dazu verweist er auf den Mignonette-Fall.<sup>2908</sup>

Zudem lässt die Lösung, die auf die Aussichtslosigkeit der Situation der Todgeweihten abstellt und darauf eine Lösung aufbaut, die vordergründig keine Abwägung vornimmt, sondern den Betroffenen nur das Recht zur Inanspruchnahme von Solidarität abspricht, die Dimension der Menschenwürde außen vor. Zwar ist die Argumentation mit der Menschenwürde im Strafrecht stark strapaziert und daher nur mit Vorsicht anzuwenden, weil sie leicht zum Totschlagargument zur Unterstützung einer ansonsten schwachen Begründung werden kann, aber dieser Umstand des Missbrauchs desavouiert Art. 1 Abs. 1 GG nicht als Argumentationsbasis. Zum unsachlichen Begründungsansatz wird der Hinweis auf eine Verletzung der Menschenwürde durch staatliches Handeln nämlich erst dann, wenn die Behauptung, durch die fragliche Handlungsweise werde dem Menschen der Achtungsanspruch verweigert, der ihm als Mensch zukommt, nicht weiter begründet wird. Eine Verletzung dieses Achtungsanspruchs wird man aber wohl mit dem Bundesverfassungsgericht in dem Fall, in dem einem Unbeteiligten eine Pflicht zur Aufopferung seines Lebens auferlegt werden soll, ihm die Geltendmachung seines Lebensrechts verwehrt werden soll, kaum ablehnen

2905 So aber *Paeffgen* in: NK-StGB, Vor §§ 32 Rn. 115.

2906 So *Erb* in: MüKo-StGB<sup>1</sup> § 34 Rn. 119; anders nun *ders.* in: MüKo-StGB Rn. 127 Fn. 29 (Differenzierung entbehrlich); ähnlich auch *Neumann* in: NK-StGB, § 34 Rn. 77; ferner *Merkel* ZStW 114 (2002), 437, 452 f.

2907 Vgl. hierzu die von *Erb* (in: MüKo-StGB, § 34 Rn. 122) genannte Fallgestaltung des Bergsteigers, der ein Seil, das einen Verunglückten hält, durchtrennt, um nicht mit diesem abstürzen zu müssen.

2908 *Erb* in: MüKo-StGB, § 34 Rn. 127.

können. Eine Rechtfertigung des Befehls des Vorgesetzten, Unbeteiligte zu töten, um eine Straftat gegen das deutsche Völkerstrafrecht zu verhindern, kann es daher nicht geben.

#### (dd) Fazit zur Reichweite der Verhinderungspflicht des Vorgesetzten

Zusammenfassend kann also zur Verhinderungspflicht des Vorgesetzten festgestellt werden, dass er alle Handlungen vorzunehmen hat, die notwendig sind, um bevorstehende rechtswidrige Taten gegen das Völkerstrafrecht zu verhindern, soweit diesen Maßnahmen kein strafrechtliches Verbot entgegensteht. Dabei hat er auch die in der konkreten Situation bestehenden strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe in Anspruch zu nehmen, weil diese nicht nur Handlungsrechte geben, sondern durch ihre Ausweitung des rechtlich Zulässigen auch die Grenzen der Handlungspflicht verschieben. Jedoch hat der Vorgesetzte zu beachten, dass er diese Rechtfertigungsgründe nur insoweit auszunutzen hat, wie dies verhältnismäßig ist, weshalb eine grundsätzlich zulässige, aber unverhältnismäßige Notwehrhandlung, rechtmäßig, eine Pflicht zu ihrer Durchführung aber nicht gegeben sein kann. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist nicht nur für alle Handlungen deutscher Hoheitsträger eine bindende Maxime, sondern zudem im Völkerrecht, insbesondere im Kriegsvölkerrecht anerkannt. Eine weitere Grenze für die Handlungspflicht des Vorgesetzten sind die notwendigen Grundlagen der deutschen Verfassung. Eine völkerrechtlich zulässige Handlung kann jedoch nicht Gegenstand einer im deutschen Strafrecht relevanten Handlungspflicht sein, wenn sie zu einer Verletzung der Menschenwürde führen. Das unter dem Regime des Grundgesetzes stehende Strafrecht kann eine solche Pflicht zur Verletzung der Menschenwürde nicht anerkennen, ohne sich selbst zu negieren.

#### (4) Vorsatzerfordernis

Es handelt sich bei der Vorgesetztenverantwortlichkeit nach § 4 VStGB um eine besondere Form der Teilnahme am vorsätzlichen Delikt. § 4 VStGB, wonach der Vorgesetzte „*wie ein Täter*“ der Bezugstat bestraft wird, fordert daher vorsätzliches Handeln. Aufgrund der Einbettung dieser deutschen Ausprägung der superior responsibility in die Allgemeinen Lehren des Strafrechts kann die Diskussion, die um Art. 28 IStGH-Statut über die Frage der mens rea geführt wird,<sup>2909</sup> hier nicht aufkommen: Der Vorsatz wird auch im Völkerstrafgesetzbuch nach den allgemeinen Lehren des deutschen Strafrechts bestimmt; es reicht mithin dolus eventualis aus.<sup>2910</sup> Insofern stellt sich hier auch nicht das Problem, dass eine welt-

2909 Vgl. hier S. 566 ff.

2910 Vgl. Weigend in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 54; Zimmermann ZRP 2002, 97, 100.

weite Anwendung des VStGB auch bei Vorliegen von *nur* dolus eventualis gegen das Nichteinmischungsverbot verstoßen könnte, wenn das IstGH-Statut diese Vorsatzform grundsätzlich nicht ausreichen lässt. Für die Vorgesetztenverantwortung reicht nach dem Statut in Abweichung von Art. 30 IstGH-Statut bereits Fahrlässigkeit aus, weshalb davon auszugehen ist, dass die Anwendung von § 4 VStGB auch bei Eventualvorsatz vom Völkerstrafrecht gedeckt ist. Dieser Eventualvorsatz des Vorgesetzten muss sich zunächst auf die Tatbegehung durch den Untergebenen beziehen; der Vorgesetzte muss also ernsthaft damit rechnen oder gar sichere Kenntnis davon erlangen, dass einer seiner Untergebenen eine Tat nach den §§ 6 bis 14 VStGB begehen wird oder schon begeht. Des Weiteren muss der Vorgesetzte erkennen oder zumindest ernsthaft die Möglichkeit in Betracht ziehen, dass er durch seine Steuerungsmacht die Bezugstat verhindern kann.<sup>2911</sup> Liegen diese Voraussetzungen vor, so wird der Vorgesetzte *wie ein Täter* dieser vom Untergebenen begangenen Tat bestraft.

Mit diesen Feststellungen ist jedoch der Vorsatz lediglich abstrakt beschrieben, nicht aber das Bezugsobjekt des kognitiven Vorsatzelements. Die dogmatische Stellung des § 4 VStGB als eine Unterlassungseinheitstäterschaft des Vorgesetzten wirft die Frage auf, wie die Kenntnis des Vorgesetzten von der durch den Untergebenen zu begehenden Tat beschaffen sein muss. Wie im Hinblick auf den insofern vergleichbaren und auch in der Begründung des Gesetzesentwurfs als Vorbild dienenden § 357 StGB kann man entweder einen Anstiftervorsatz<sup>2912</sup> oder einen Gehilfenvorsatz<sup>2913</sup> voraussetzen.<sup>2914</sup> *Weigend*<sup>2915</sup> hat einen Vorsatz ähnlich dem des Anstifters verlangt und sich dazu darauf berufen, dass es sich bei § 4 VStGB um eine täterschaftliche Haftung handelt. Doch zu § 357 StGB wurde bereits begründet, warum der Gehilfenvorsatz ausreichend ist. Diese Begründung ist auf § 4 VStGB übertragbar. Dafür spricht bereits der Umstand, dass § 357 StGB für § 4 VStGB Pate gestanden hat; ferner liegt eine Parallelität der Vorschriften ihrer Begründung durch besondere Aufsichts- und Kontrollverantwortung des Vorgesetzten vor. Zudem spricht ein strafrechtsdogmatisches Argument für diese Annahme: Die Begründung des Gesetzesentwurfs weist ausdrücklich darauf, dass § 4 VStGB aufgrund der besonderen Verantwortung des Vorgesetzten die durch Unterlassen begangene Beihilfe durch den Vorgesetzten in gleichem Maße als Täterschaft erfassen soll wie das Handeln des Untergebenen.<sup>2916</sup>

2911 Vgl. *Weigend* in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 55.

2912 Zu den Mindestanforderungen an den Anstiftervorsatz BGH, Urt. v. 21.4.1986 – 2 StR 661/85, BGHSt 34, 63, 66 ff. m.w.N.

2913 Vgl. hierzu insbesondere BGH, Urt. v. 16.11.2006 – 3 StR 139/06 (*Motassadeq*), NJW 2007, 384, 389 ff.

2914 Vgl. hier S. 383 ff.

2915 *Weigend* in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 56; vgl. auch *Burghardt* ZIS 2010, 695, 709.

2916 Vgl. BR-Drs. 29/02, S. 40.

Schließlich ist es auch im Sinne einer völkerstrafrechtsfreundlichen Auslegung des § 4 VStGB in Orientierung an Art. 28 IStGH-Statut geboten, die Anforderungen an den subjektiven Tatbestand nicht zu hoch anzusetzen. Es ist das erklärte Ziel des Völkerstrafgesetzbuchs gewesen, alle Formen der Unterstützung völkerstrafrechtlicher Verbrechen durch Vorgesetzte zu erfassen und das Rom-Statut so effektiv wie möglich und dennoch verfassungsrechtlich tragfähig umzusetzen. Art. 28 IStGH-Statut lässt in der *mens rea* nicht nur vorsätzliches Verhalten ausreichen, um die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten für die Bezugstat zu begründen. Da eine solche umfassende Zurechnung den Urhebern des Gesetzesentwurfs zu weit ging und der Weg der „*respondeat superior*“<sup>2917</sup> – einer verschuldensunabhängigen Haftung für Untergebene – nicht gangbar erschien,<sup>2918</sup> wird man annehmen können, dass eine Anwendung auf jene Fälle gewollt war, in denen auch nach deutschem Strafrecht noch vom Vorliegen eines Vorsatzes hinsichtlich der Bezugstat gesprochen werden kann. Denn § 4 VStGB soll in Anlehnung an Art. 28 IStGH-Statut eine weitergehende Strafbarkeit von Vorgesetzten normieren, die das deutsche Strafrecht in dieser Allgemeinheit nicht kennt. Daher müssen – ebenso wie Art. 28 IStGH-Statut<sup>2919</sup> – hinsichtlich der Bezugstat nicht so hohe Anforderungen an den Vorsatz gestellt werden wie bei der Täterschaft oder der Anstiftung.<sup>2920</sup> Dagegen spricht auch nicht das von *Weigend*<sup>2921</sup> vorgetragene Argument, § 4 VStGB schütze nicht die Truppendisziplin, sondern die durch die Untergebenen angegriffenen Rechtsgüter. Daher müsse der Vorsatz die Bezugstat hinreichend erfassen; das ist auch bei einem Gehilfenvorsatz der Fall. *Burghardt* sieht hierin einen Verstoß gegen strafrechtsdogmatische Grundsätze und das verfassungsrechtliche Schuldgrundprinzip.<sup>2922</sup> Dieser Vorwurf berücksichtigt jedoch die strafrechtsdogmatische Eigenart der Strafbarkeit nach § 4 VStGB als Einheits-täterschaft nicht; im Übrigen muss dem Gebot der „*Proportionalität von Schuld und Strafe*“ aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht bereits auf Tatbestandsebene Genüge getan werden.<sup>2923</sup> Dass eine Einheitstäterschaft, die erst auf der Ebene der Strafzumessung nach Unrecht und Schuld differenziert,<sup>2924</sup> mit dem Schuldgrundsatz vereinbar ist, kann nicht bestritten werden, ohne einen Großteil der europäischen Strafrechtssysteme für unionsrechtswidrig zu erklären.

2917 Wörtlich übersetzt: Der Vorgesetzte möge antworten. Diese Formulierung beschreibt ein Instrument der verschuldensunabhängigen Haftung des *masters* für den *servant* im englischen Recht.

2918 So ausdrücklich BR-Drs. 29/02, S. 40.

2919 Vgl. *Triffterer* in: FS Lüderssen, S. 437, 449.

2920 Vgl. auch BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, BGHSt 55, 157, 169 f. (Rn. 39 ff.); *Ambos Internationales Strafrecht*, § 7 Rn. 59 m.w.N.

2921 *Weigend* in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 56.

2922 *Burghardt* ZIS 2010, 695, 703; dagegen ausdrücklich *Safferling/Hartwig-Asteroth/Scheffler* ZIS 2013, 447, 449.

2923 Im Ergebnis ebenso *Vogel* in: Jeßberger/Geneuss, S. 85.

2924 Das räumt *Burghardt* (in: Jeßberger/Geneuss, S. 96) im Übrigen auch ein.

Diese Auffassung hat auch der Bundesgerichtshof in der Entscheidung zur Vorgesetztenverantwortlichkeit in der sogenannten *Forces Démocratiques de Libération du Rwanda* (FDLR) vom 17. Juni 2010 vertreten:

*„Der subjektive Tatbestand des § 4 VStGB setzt mindestens bedingten Vorsatz des Vorgesetzten voraus. Dieser muss u. a. erkennen oder mit der konkreten Möglichkeit rechnen, dass der Untergebene eine Straftat nach dem Völkerstrafgesetzbuch zu begehen beabsichtigt. Dabei genügt es, wenn sein bedingter Vorsatz die Art der zu begehenden Straftat umfasst und sich weiter darauf erstreckt, dass derartige Taten bei dem Einsatz der ihm unterstellten Truppen im Kampfgebiet begangen werden; ein hierüber hinausgehendes Detailwissen ist nicht erforderlich.“*<sup>2925</sup>

Es sei nicht erforderlich – so der Bundesgerichtshof weiter –, dass der Vorgesetzte wie bei § 26 und § 30 StGB die wesentlichen Merkmale und Grundzüge der konkretisierten Haupttat vor Augen habe.<sup>2926</sup> Eine solche Einschränkung der Strafbarkeit verlange der Wortlaut nicht; sie würde zudem den spezifischen Besonderheiten

*„der Zurechnung von Verstößen gegen das Völkerstrafgesetzbuch in mehrfacher Hinsicht nicht gerecht. Dieses unterscheidet sich vom allgemeinen Strafgesetzbuch namentlich dadurch, dass es den regelmäßigen kollektiven Charakter der von ihm erfassten Delikte in den Vordergrund stellt. Zentraler Aspekt seiner Strafkonzption ist gerade die Ahndung der Tatbeteiligung einer Vielzahl von Personen, die auf unterschiedlichen hierarchischen Ebenen an der Deliktsverwirklichung mitwirken. Mit Blick auf die – völkerstrafrechtliche – Vorprägung des Gesetzes ist es unabdingbar, diese Besonderheiten bei dessen Auslegung wesentlich mit einzubeziehen.“*<sup>2927</sup>

Daraus leitet der Senat ab, den Vorgesetzten treffe die Pflicht, Straftaten seiner Untergebenen zu verhindern nicht erst dann, wenn ihm die wesentlichen Merkmale der Bezugstat bekannt seien. Dies ergebe sich aus der großen Gefahr für „besondere hochwertige Rechtsgüter“, die von der Bewaffnung der Untergebenen ausgehe. Der Bundesgerichtshof führt zur Begründung dieser relativ geringen Anforderungen an den Vorsatz ferner an, „gerade auch Vorgesetzte, die an der Spitze der Befehlshierarchie stehen und damit regelmäßig von dem tatsächlichen Geschehen vor Ort so weit entfernt sind, dass sie keine detaillierten Kenntnisse etwa bezüglich des genauen Ortes, der genauen Zeit und der konkreten Opfer haben“, sollten strafrechtlich verantwortlich sein.<sup>2928</sup>

*„Die Vorschrift [§ 4 VStGB] würde weitgehend leer laufen und könnte die ihr zugedachte Funktion nur in äußerst eingeschränktem Umfang erfüllen, wollte man an den Vorsatz des Vorgesetzten bezüglich der von dem Untergebenen zu begehenden Straftat zu hohe*

2925 BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, BGHSt 55, 157 (2. Amtl. Leitsatz), 169 ff. (Rn. 40 ff.); zust. Safferling JZ 2010, 965, 967.

2926 Vgl. auch Safferling JZ 2010, 965, 968.

2927 BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, BGHSt 55, 157, 170 f. (Rn. 43); dem ausdrücklich zust. Safferling JZ 2010, 965, 967.

2928 BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, BGHSt 55, 157, 172 (Rn. 45); vgl. auch Safferling/Hartwig-Asteroth/Scheffler ZIS 2013, 447 449.

Anforderungen stellen. Dies wird besonders deutlich in Fällen wie dem vorliegenden, die ihr wesentliches Gepräge dadurch erhalten, dass die Verstöße gegen das Völkerstrafgesetzbuch Teil der allgemeinen Strategie der Organisation sind. Diese allgemeinen Direktiven gehen indes regelmäßig von den Führern der Organisation aus; gerade diese wären bei zu hohen Anforderungen an das Wissenselement des Vorsatzes mangels ausreichend konkreter Kenntnisse von den einzelnen Übergriffen von der Haftung nach § 4 VStGB ausgenommen.“<sup>2929</sup>

Dies gelte auch deswegen, weil sich in bewaffneten Auseinandersetzungen „typischerweise häufig erst kurzfristig ergibt, welche genauen Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch in Betracht kommen, so dass die Zurechnung der Taten nach § 4 VStGB auch aus diesem Grunde nur ganz eingeschränkt möglich wäre, wollte man detaillierte Kenntnisse des Vorgesetzten verlangen“. <sup>2930</sup> Offengelasen hatte der Bundesgerichtshof, ob sogar die Kenntnis, von „einer bloß abstrakten Möglichkeit der Begehung von Menschlichkeits- oder Kriegsverbrechen durch einen Untergebenen“ ausreichen könne.<sup>2931</sup>

Demnach reicht es zur Annahme des Vorsatzes im Sinne von § 4 VStGB aus, wenn der Vorgesetzte allgemein damit rechnet, dass seine Untergebenen bei einem bestimmten Einsatz Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch begehen werden und ihm die wesentlichen Dimensionen des verwirklichten Unrechts bekannt sind.<sup>2932</sup> Das bedeutet, dass der Vorgesetzte die grobe Stoßrichtung der Bezugstat kennen muss, wenn ihm auch die Einzelheiten unbekannt sind. Den Vorsatzgegenstand hier genauer zu bestimmen, ist kaum möglich; insofern stellen sich die auch im Bereich des allgemeinen Gehilfenvorsatzes bekannten Probleme bei der Konkretisierung der Vorsatzvorgaben.<sup>2933</sup>

Weigend weicht von dieser Linie auch im Ergebnis nicht so weit ab:

„Denn es genügt, wenn der Vorgesetzte die konkrete Möglichkeit erkennt und billigend in Kauf nimmt, dass in einem bestimmten militärischen Zusammenhang – etwa bei einem Angriff auf eine Stadt oder ein Gebiet – bestimmte Arten von Taten begangen werden. Ein derartiger (Eventual-)Vorsatz kann auch (und gerade) dann gegeben sein, wenn der leitende Vorgesetzte sich für die Einzelheiten nicht interessiert, aber die Neigung der Truppe zu bestimmten Arten von Übergriffen kennt.“<sup>2934</sup>

2929 BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, BGHSt 55, 157, 170 (Rn. 41).

2930 BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, BGHSt 55, 157, 172 (Rn. 46).

2931 BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, BGHSt 55, 157, 172 (Rn. 45); dagegen Safferling JZ 2010, 965, 967.

2932 A.A. Burghardt ZIS 2010, 695, 710; Vogel in: Jeßberger/Geneuss, S. 87 hat dies als Ausweitung in den Bereich der groben oder bewussten Fahrlässigkeit angesehen.

2933 Im Ergebnis ebenso BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, BGHSt 55, 157, 169 ff. (Rn. 40 ff.).

2934 Weigend in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 56.

### c) Fazit zu § 4 VStGB

In einem Zwischenfazit kann festgestellt werden, dass die Haftung des Vorgesetzten nach § 4 VStGB und damit *wie der Täter* der Bezugstat die schwerste Form der Vorgesetztenhaftung im deutschen Völkerstrafrecht darstellt. Diese Beteiligungsform *sui generis* deckt die Fallkonstellationen ab, die im Zentrum der Bemühungen um die Erfassung von Unrechtsverwirklichung durch Vorgesetzte im Zusammenhang mit Völkerstraftaten stehen. Nicht erfasst sind jedoch die Konstellationen, in denen der Vorgesetzte entweder aus Nachlässigkeit nicht erkennt, dass eine Tat begangen wird oder begangen werden wird, oder die ihm nachträglich bekannt gewordene Bezugstat eines Untergebenen nicht verfolgt oder verfolgen lässt und damit seine *duty to punish* verletzt. Damit erfasst § 4 VStGB die im internationalen Völkerstrafrecht etablierte superior responsibility nur partiell – nur die vorsätzliche Verletzung der *duty to prevent* – und wird isoliert betrachtet der völkerrechtlichen Pflicht der Signatarstaaten des ZP I zur Sanktionierung von Vorgesetzten, die mit ihrem Verhalten – untechnisch gesprochen – an Verbrechen gegen das Völkerrecht mitwirken, wohl isoliert betrachtet nicht gerecht.

#### (1) Notwendigkeit einer eigenständigen Regelung der Vorgesetztenverantwortlichkeit

Soweit § 4 VStGB jedoch inhaltlich reicht, hatte man sich vonseiten der deutschen Legislative Gedanken über die Frage gemacht, ob eine solche eigenständige Regelung zur Erfassung des bewussten Geschehenlassens von Völkerstraftaten Untergebener durch Vorgesetzte grundsätzlich notwendig ist oder das deutsche Strafrecht bereits ohne eine solche eigenständige Beteiligungsform eine hinreichende Grundlage für eine Sanktionierung bietet. Diese Frage wurde von den Urhebern des Gesetzesentwurfs zum Völkerstrafgesetzbuch nur bedingt bejaht: Zwar seien die Beteiligungsformen des allgemeinen Strafrechts grundsätzlich geeignet, das durch den Vorgesetzten verursachte Unrecht zu erfassen, da mit der Unterlassungsbegehung im Sinne von § 13 StGB und der Sonderform der Vorgesetztenverantwortlichkeit des § 357 StGB die relevanten Fallgestaltungen des vorsätzlichen Geschehenlassens abgedeckt seien. Jedoch sei es zur hinreichenden Umsetzung des Rom-Statuts notwendig, auch solche Unterlassungen von Vorgesetzten mit der Täterstrafe zu bedrohen, die nach dem Strafgesetzbuch lediglich als Beihilfe und daher mit der Strafmilderung des § 27 StGB zu behandeln wäre. Daher wurde eine § 357 StGB ähnliche Vorschrift geschaffen, die jede vorsätzli-



che Mitwirkung an der Bezugstat des Untergebenen wie die Täterschaft selbst bestraft.<sup>2935</sup>

Ob diese Aufwertung der Beihilfe zur täterschaftsgleichen Verantwortlichkeit tatsächlich notwendig war, um eine Sanktionierung zu garantieren, die den Ansprüchen des Rom-Statuts gerecht wird, ist fraglich, weil sich aus diesem Vertrag das Gebot der äquivalenten Bestrafung kaum eindeutig herleiten lässt. Aber letztlich ist diese Frage auch nicht relevant, da das Völkerstrafgesetzbuch diese vermeintliche oder tatsächliche Sanktionslücke schließt. Darüber hinaus schließt die Vorschrift des § 4 VStGB jedoch eine weitere Sanktionslücke, über deren kriminalpolitische Existenz man jedoch streiten kann: Durch die Aufstufung von Gehilfenhandlungen zur täterschaftsadäquaten Verantwortlichkeit entsteht eine Versuchsstrafbarkeit. Wird der Vorgesetzte wie ein Täter der Bezugstat bestraft, so gilt dies auch für die Versuchsstrafbarkeit, die bei den §§ 6 bis 12 VStGB wegen des Verbrechenscharakters der dort umschriebenen Taten nicht ausdrücklich normiert werden musste. Im Hinblick auf Konstellationen, die nach den Regeln des allgemeinen Strafrechts als versuchte Beihilfe zu bewerten wären, stellt § 4 VStGB eine strafbegründende Vorschrift dar.

## (2) Klarstellungsfunktion des § 4 VStGB

Soweit die Urheber des Gesetzesentwurfs ferner zu der Überzeugung gelangt sind, das deutsche Strafrecht garantiere die Verantwortlichkeit vorsätzlich unterlassender Vorgesetzter für die Taten ihrer Untergebenen bereits nach der damals – ohne Völkerstrafgesetzbuch – geltenden Rechtslage, so ist diese Feststellung zumindest angreifbar. In der Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung zu § 4 VStGB heißt es, das deutsche Strafrecht beinhalte zwar keine allgemeine Regelung zur Vorgesetztenverantwortlichkeit, jedoch gelange man in den Fällen, in denen Vorgesetzte Taten befehlsgebundener Untergebener bewusst geschehen lassen, entweder über § 13 StGB „oder jedenfalls über die Sondervorschrift des § 357 StGB ebenfalls zum Ergebnis der Strafbarkeit“.<sup>2936</sup> Der letztere Hinweis ist insofern problematisch, als er zumindest der herrschenden Auffassung zu § 357 StGB widerspricht; danach gilt diese Vorschrift ausdrücklich nicht für den vorgesetzten Soldaten, da dieser kein Amtsträger im Sinne des § 11 StGB ist und § 357 StGB nicht im Katalog des § 48 WStG genannt ist.<sup>2937</sup> Jedoch kommt insofern im Einzelfall eine Erfassung der Vorgesetztenverantwortlichkeit

2935 Vgl. BR-Drs. 29/02, S. 40; zur subsidiären Anwendung der allgemeinen Regeln von Täterschaft und Teilnahme *Safferling/Hartwig-Asteroth/Scheffler* ZIS 2013, 447 ff.

2936 BR-Drs. 29/02, S. 40.

2937 Vgl. hierzu BT-Drs. II/3040, S. 49; ferner ausführlich *Andrews*, NZWehrr 1996, 200 ff.; vgl. auch *Kublen* in: NK-StGB, § 357 Rn. 4.

über §§ 33 f. WStG in Betracht, die jedoch aufgrund ihrer aktivischen Formulierung einen engeren Anwendungsbereich haben als § 4 VStGB.<sup>2938</sup>

Im Hinblick auf die Anerkennung der Vorgesetztenverantwortlichkeit im deutschen Strafrecht hat § 4 VStGB eine zumindest klarstellende Funktion: Die strafrechtliche Haftung des Geschäftsherrn für die Straftaten seiner Angestellten und des Abteilungs- oder Betriebsleiters für die Taten der ihm unterstellten Mitarbeiter ist sowohl in ihrer dogmatischen Begründung als auch in ihrer Reichweite umstritten.<sup>2939</sup> Dagegen ist nunmehr die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorgesetzten in völkerstrafrechtlicher Hinsicht einer – soweit möglich – eindeutigen Klärung zugeführt worden. Insofern ist die Regelung des § 4 VStGB – bei aller Strenge der Strafdrohung – aus Gründen der Rechtsklarheit und damit auch der Rechtssicherheit begrüßenswert. Denn im Hinblick auf § 4 VStGB erübrigt sich die Frage dereteiligungsform des Vorgesetzten und nach der Garantenstellung des Vorgesetzten. Aber letztlich wird damit nur eine Frage beantwortet, nämlich die nach der Reichweite der strafrechtlichen Haftung: Jeder Vorgesetzte, der die Hinderung der Bezugstat vorsätzlich unterlässt, haftet täterschaftlich.

### (3) Typisierung von Garantenstellung und Garantenpflicht durch § 4 VStGB

Mit dieser Feststellung trifft das Gesetz aber nicht nur eine Aussage zum Strafrahmen und zur Strafbegründung, sondern mittelbar auch zur Legitimation der weitreichenden Unterlassungshaftung des Vorgesetzten. Angesichts des Regelungsgehalts von § 4 VStGB erübrigt sich die Suche nach einer dogmatischen Einordnung des Grundes für die Verhinderungspflicht in die üblichen Kategorien, die hierzu entwickelt worden sind. Es ist für die unmittelbare Rechtsanwendung zunächst nicht relevant, ob man die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorgesetzten mit der Gewaltausübung über einen anderen oder über eine Gefahrenquelle begründet; der Gesetzgeber musste in dem zur Geschäftsherrenverantwortlichkeit dargestellten Streit also nicht Stellung beziehen. Dadurch enthebt das Gesetz die Rechtsanwendung der Beantwortung der jeweils mit der Einordnung einer Vorgesetztenhaftung in die Kategorien der Personal- oder Gefahrenhaftung verbundenen Frage nach der notwendigen Verursachungs- und Beherrschungsmacht. Es kommt insofern zu einer Typisierung der Garantenstellung und der Garantenhaftung durch den Vorgesetztenbegriff: Der militärische Vorgesetzte, der die Befehlsgewalt hat, ist Garant für die Verhinderung der Taten seiner Untergebenen. Diese Festlegung führt zu einer gesetzlichen Konkretisierung der Garantenstellung für den Vorgesetzten im Sinne von § 4 VStGB. Das verschiebt den Fokus von der allgemeinen Frage nach der Garantenstellung zu der speziellen

2938 Vgl. zum Anwendungsbereich von §§ 33 f. WStG hier S. 285 ff.

2939 Vgl. hierzu hier S. 131 ff.

Frage nach der Vorgesetzteneigenschaft. Für den formellen militärischen Vorgesetzten ist diese Typisierung effektiv und bietet ein praktikables Beurteilungsschema. Der Vorgesetzte kann regelmäßig durch die hierarchischen Strukturen der Streitkräfte identifiziert werden, und soweit er tatsächliche Befehlsgewalt innehat, ist ihm die strafrechtliche Verhinderungspflicht auferlegt. Aber auch für einen nichtmilitärischen Vorgesetzten in hierarchischen Polizei- und Beamtenapparaten bietet § 4 VStGB eine klare tatbestandliche Beurteilungsgrundlage, die mehr Sicherheit bietet als die im Rahmen des § 13 StGB entwickelten Kriterien der Unterlassungshaftung.

Die Typisierung und damit auch der Vorteil an Rechtssicherheit reduzieren sich jedoch dort auf eine Konkretisierung der Garantenstellung, wo die Vorgesetztenstellung lediglich noch auf faktischen und nicht rechtlich verfassten Strukturen basiert. Hier verblasst das durch § 4 VStGB zur Verfügung gestellte tatbestandliche Schema in dem Maße, wie die rechtlich verfasste Struktur des Vorgesetztenverhältnisses schwindet. Wird die Vorgesetztenstellung lediglich noch durch die Steuerungsgewalt aus einem faktisch-institutionalisierten Überordnung-Unterordnungsverhältnis hergeleitet, so verschwimmen die scheinbar festen Konturen der Vorgesetztenverantwortlichkeit. Die Strafbarkeit als Vorgesetzter lässt sich nur noch anhand der Umstände des Einzelfalls beurteilen. Dadurch wird der Gewinn an Rechtssicherheit durch § 4 VStGB beinahe wieder aufgezehrt und die Normbestimmtheit sinkt fast auf das Maß des § 13 StGB ab. Während sich dort jedoch aus dem Gesetz gerade noch so viel ergibt, dass das Bundesverfassungsgericht die Strafbarkeit wegen unechten Unterlassens noch als im Sinne von *nullum crimen* hinreichend bestimmt angesehen hat,<sup>2940</sup> hält die Vorgesetztenverantwortlichkeit im § 4 VStGB selbst ein Modell für die Anforderungen an die Vorgesetztenstellung bereit, an dem sich die Haftungsbegründung ausrichten kann und muss: Die Lenkungsmacht des Vorgesetzten muss faktisch mit derjenigen des militärischen Befehlshabers noch vergleichbar sein, um die strenge Täteräquivalente Haftung zu begründen. Die Mindestanforderungen an diese strafbegründende Vorgesetzteneigenschaft umschreibt § 4 VStGB mit der Ausübung der tatsächlichen Befehls- oder Führungsgewalt und Kontrolle.

Diese sowohl dem internationalen Völkerstrafrecht als auch den tatsächlichen Gegebenheiten geschuldete Ausweitung des Vorgesetztenbegriffs zu einer Sammelbezeichnung für Personen, die im Kontext der völkerstrafrechtlichen Rechtsgüter irgendwie verfestigte Kontrollmacht über Personen ausüben, löst die Konturen der Vorgesetztenstellung zu einer Garantenstellung kraft Befehls- und Führungsgewalt auf, die im formellen militärischen Befehlshaber lediglich noch ihren Referenzpunkt findet. Damit ist der Rechtsanwender in diesem Bereich im Hin-

<sup>2940</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.6.1997 – 2 BvR 1516/96, NJW 1998, 50, 56 f.; Beschl. v. 21.11.2002 – 2 BvR 2202/01, NJW 2003, 1030 f.

blick auf die Bezugstat letztlich nur der Einordnung der Garantenstellung ihrer Herkunft und Stoßrichtung nach enthoben und findet Kriterien vor, die ihm die Bestimmung der Stellung als verantwortlicher Vorgesetzter erleichtern. Die Feststellung und Bewertung der konkreten Kontrollmöglichkeit und die Beurteilung ihrer Vergleichbarkeit wird jedoch dadurch nicht entbehrlich.

## 2. Strafbare Verletzung von Aufsichtspflichten nach § 13 VStGB

§ 13 VStGB ist die zweite Vorschrift, die der Gesetzgeber im Völkerstrafgesetzbuch installiert hat, um die Vorgesetztenverantwortlichkeit strafrechtlich zu erfassen, die das Rom-Statut in Art. 28 vorsieht. In der Begründung des Gesetzesentwurfs zu § 4 VStGB heißt es ausdrücklich, die Regelung des § 13 VStGB solle die Fälle erfassen, in denen der Vorgesetzte nicht von den bevorstehenden Straftaten des Untergebenen gewusst habe und daher nach den Grundsätzen des deutschen Strafrechts mangels Vorsatz nicht gleich einem Täter bestraft werden könne.<sup>2941</sup> Eine „*Ausdehnung des Konzepts der Täterschaft nach der Maxime ‚respondeat superior‘ ... auch für Fälle der bloß fahrlässigen Nichthinderung von Straftaten ... konnte daher in den Allgemeinen Teil des VStGB nicht übernommen werden*“.<sup>2942</sup> Um dennoch die in Art. 28 IStGH-Statut erfassten Fälle von Nachlässigkeit zu erfassen, müssten daher weitere Regelungen eingeführt werden, die einerseits eine völkerrechtlich hinreichende Sanktionierung sicherstellen, andererseits aber den verfassungsrechtlichen Vorgaben für das deutsche Strafrecht gerecht werden.<sup>2943</sup>

### a) Deliktscharakter des § 13 VStGB

§ 13 VStGB stellt die Verletzung von Aufsichtspflichten unter Strafe. Die Vorschrift erfasst in Absatz 1 die Verletzung der Aufsichtspflicht militärischer Befehlshaber und in Absatz 2 die Verletzung dieser Pflicht durch zivile Vorgesetzte. Die Regelung, die ihren Strafgrund ausweislich ihrer Überschrift und des Wortlauts der Vorschrift selbst in der Verletzung von Aufsichtspflichten hat, aus denen Taten nach den §§ 6 bis 12 VStGB folgen, ist vom Gesetzgeber ausdrücklich an § 130 OWiG und § 41 WStG angelehnt worden.<sup>2944</sup> Das Strafgesetzbuch kennt eine vergleichbare allgemeine Regelung nicht. § 13 VStGB stellt insofern systematisch eine Besonderheit dar, als er eine Strafbarkeit des Vorgesetzten normiert, die mit der Begehung der Tat durch den Untergebenen zwar eng zusammenhängt, jedoch keine Bestrafung als oder wie ein Täter vorsieht, sondern aus

2941 BR-Drs. 29/02, S. 40 f.

2942 BR-Drs. 29/02, S. 40.

2943 Vgl. hierzu auch Krefß Nutzen eines Völkerstrafgesetzbuchs, S. 10 ff.

2944 An diese Normen lehnt sich auch der BMJ-Entwurf ausdrücklich an, vgl. S. 85.

eigenem Strafraum. Der Vorgesetzte ist Täter einer strafrechtlich insofern eigenständigen Aufsichtspflichtverletzung und nicht für die Bezugstat verantwortlich.<sup>2945</sup>

Die Konzeption des § 13 VStGB als völkerstrafrechtliche Parallelvorschrift zu § 130 OWiG legt die Annahme nahe, dass es sich bei Taten gemäß § 13 VStG in dem Sinne um ein echtes Unterlassungsdelikt handelt, zu dessen Unrechtstatbestand lediglich die Verletzung der Aufsichtspflicht gehört, die Begehung der Tat des Untergebenen jedoch eine nicht unrechtsbezogene objektive Bedingung der Strafbarkeit<sup>2946</sup> darstellt. Diese rein objektive Betrachtung wird in der Begründung des Gesetzesentwurfs zu § 13 VStGB auch ausdrücklich betont.<sup>2947</sup> Zu dieser strafrechtsdogmatischen Einordnung passt jedoch die zusätzliche Anlehnung der Vorschrift an § 41 WStG nicht, weil dort für die durch die Pflichtverletzung verursachte schwere Folge Fahrlässigkeit gefordert wird. Die Betrachtung der Tat des Untergebenen als objektive Bedingung der Strafbarkeit hat *Weigend* mit Hinweis auf § 41 WStG und der Begründung abgelehnt, dass die Tatbegehung durch den Untergebenen eng mit der Aufsichtspflichtverletzung durch den Vorgesetzten verbunden sei. § 13 VStGB sei daher ein unechtes Unterlassungsdelikt in dem Sinne, dass ein tatbestandsmäßiger *Erfolg* in Gestalt der Begehung der Tat durch den Untergebenen vorsätzlich oder fahrlässig verursacht werden müsse. Dem ist zuzustimmen, weil zur Tatbestandserfüllung das vorsätzliche oder fahrlässige Verkennen der sich anbahnenden Tat und die Möglichkeit ihrer Verhinderung gehört. Insofern kombiniert § 13 VStGB Elemente von § 130 OWiG und § 41 WStG und bleibt damit auch in dem von Art. 28 IStGH-Statut gesteckten Rahmen der Vorgesetztenverantwortlichkeit.<sup>2948</sup> Aufgrund dieser Tatbestandsstruktur handelt es sich bei § 13 VStGB um ein Verletzungsdelikt.<sup>2949</sup>

### b) Schutzgut und systematische Bedeutung des § 13 VStGB

Wegen dieser doppelten Anlehnung an § 130 OWiG einerseits und § 41 WStG andererseits liegt eine entsprechende Bestimmung des Schutzgutes des § 13 VStGB nahe. § 130 OWiG schützt nach herrschender Ansicht die Rechtsgüter, deren Bewahrung die Aufsichtspflichten des Betriebs- oder Unternehmensinhabers dienen. Da diese Pflichten wiederum darauf gerichtet sind, Zuwiderhand-

2945 Vgl. *Weigend* in: MüKo-StGB, § 13 VStGB Rn. 2.

2946 Vgl. zu der Differenzierung zwischen strafunrechtstypisierenden und nicht tatunrechtsbezogenen, kriminalpolitischen Bedürfnissen dienenden objektiven Strafbarkeitsbedingungen *Schlehofer* in: MüKo-StGB Vor §§ 32 ff. Rn. 25 ff.

2947 So ausdrücklich BT-Drs. 14/8524, S. 36, *Ambos* Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 57.

2948 *Weigend* in: MüKo-StGB, § 13 VStGB Rn. 3 Fn. 3; vgl. auch *Ambos* Der Allgemeine Teil, S. 693; *Triffterer* in: FS Lüderssen, S. 437, 446.

2949 *Vogel* in: Jeßberger/Geneuss, S. 75, 89 wirft die Frage auf, warum § 13 VStGB nicht unmittelbar nach dem Vorbild des § 130 OWiG geschaffen wurde, und bezeichnet die strafrechtsdogmatischen und verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine solche Regelung als überwindbar.

lungen gegen Straf- und Ordnungswidrigkeitsvorschriften zu verhindern, dient § 130 OWiG letztlich der Prolongierung des Rechtsgüterschutzes durch den konkreten Sanktionstatbestand, dem der Untergebene zuwider gehandelt hat.<sup>2950</sup> Vergleichbares gilt für § 41 WStG, dessen unmittelbares Angriffsobjekt zwar die Dienstaufsicht ist, der jedoch ausschließlich die in § 2 Abs. 3 WStG genannten Rechtsgüter schützen soll. Daher ist es folgerichtig, auch im Hinblick auf den an diesen beiden Vorschriften angelehnten § 13 VStGB anzunehmen, er sei dazu bestimmt, die Rechtsgüter zu schützen, die durch die von dem Untergebenen begangenen Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch verletzt werden. Demnach wäre ebenfalls eine Prolongierung des Rechtsgüterschutzes beabsichtigt, so dass die Vorschrift ein zur Tat des Untergebenen akzessorisches Schutzgut besitzt. Betrachtete man § 13 VStGB als mittelbare Zurechnungsregelung, so wäre es konsequent, der Regelung jede eigenständige Schutzgutsbestimmung abzusprechen; das geschützte Rechtsgut würde allein durch das Strafgesetz bestimmt, das das zuzurechnende Unrecht umschreibt.

Diese Sichtweise entspricht auch der Gesamtkonzeption der Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafgesetzbuch. Den Urhebern des Gesetzes ging es ausdrücklich darum, das materielle deutsche Strafrecht – im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben – an die durch das Rom-Statut festgestellten Standards des internationalen Völkerstrafrechts anzupassen.<sup>2951</sup> Durch die Ausrichtung des § 13 VStGB an den durch die Tat des Untergebenen verletzten Rechtsgütern ist diese völkerstrafrechtsfreundliche Umsetzung weitestmöglich gewährleistet, weil zwar keine Ausweitung der täterschaftlichen Haftung statuiert wurde, aber zumindest eine strafrechtliche Verantwortlichkeit, die – auch wenn der Wortlaut („wegen Verletzung der Aufsichtspflicht“) etwas anderes suggerieren mag – an der Verletzung des Rechtsguts der Tat des Untergebenen orientiert ist.

Die Feststellung *Weigends*, der Vorgesetzte hafte im Rahmen von § 13 VStGB, anders als bei Art. 28 IstGH-Statut, „nicht für die Tat des Untergebenen, sondern ausschließlich für eigenes Verschulden“, ist formal zutreffend, aber ergänzungsbedürftig. Der Vorgesetzte haftet nicht aufgrund der Zurechnung der Bezugstat des Untergebenen täterschaftlich, aber die Haftung für die Tat des Untergebenen als tatbestandlichem Erfolg des § 13 VStGB beinhaltet dennoch eine Haftung für die Ermöglichung der fremden Tat durch die eigene Pflichtverletzung. Damit ist die Vorschrift dem § 4 VStGB einerseits fremd, weil sie keine Beteiligung an der Tat des Untergebenen normiert, andererseits besteht aber doch insofern ein enger systematischer Zusammenhang zwischen § 4 VStGB und § 13 VStGB, als beide Regelungen die Verursachung von Verletzungen der Rechtsgüter sanktionieren, die durch das Völkerstrafgesetzbuch geschützt werden sollen.

2950 Vgl. hierzu hier S. 424 ff.

2951 Vgl. BR-Drs. 29/02, S. 1, 23.

§ 4 VStGB bestraft das vorsätzliche Geschehenlassen einer Tat durch einen den Befehl oder die tatsächliche Kontrolle innehabenden militärischen und zivilen Vorgesetzten gleichermaßen. § 13 VStGB stellt dagegen einen Auffangtatbestand für Fälle dar, in denen dem Vorgesetzten wegen mangelnder Beaufsichtigung seiner Untergebenen zumindest Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann und die Tatbegehung für den militärischen Befehlshaber „*erkennbar*“ (Absatz 1) bzw. für den zivilen Vorgesetzten „*ohne weiteres erkennbar*“ (Absatz 2) und zu verhindern war. Der Auffangcharakter ergibt sich aus der Struktur des Tatbestandes, der grundsätzlich auf alle Fälle Anwendung findet, in denen der objektive Tatbestand des § 4 VStGB erfüllt, der subjektive Tatbestand aber nicht verwirklicht ist, weil der Vorgesetzte im Hinblick auf die Bezugstat lediglich fahrlässig gehandelt hat.

Durch die geringeren Anforderungen an die *mens rea*, die § 13 VStGB stellt, und die sich deswegen – nach Auffassung der Urheber des Völkerstrafgesetzbuchs – verbietende Behandlung des Vorgesetzten als Täter der Tat des Untergebenen sah sich der Gesetzgeber zur Wahl eines anderen strafrechtsdogmatischen Konstrukts als der Unrechtszurechnung gezwungen und ist daher auf die Sanktionierung der Verletzung des Rechtsguts der Tat des Untergebenen durch Aufsichtspflichtverletzung ausgewichen. Diese Lösung ist deswegen strafrechtsdogmatisch konsequent, weil sie die Grundstrukturen verwendet, die auch im allgemeinen Strafrecht gelten. Der Garant, der unter vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung seiner Abwendungspflicht die Verwirklichung einer Vorsatztat zulässt, die er zu verhindern hat, ist wegen der fahrlässigen Nichtabwendung des Erfolgs strafbar, soweit eine entsprechende Fahrlässigkeitsstrafbarkeit gesetzlich normiert ist. Die „*fahrlässige Beteiligung*“ ist diesbezüglich eine fahrlässige Nebentäterschaft. Daran wird deutlich, dass der Gesetzgeber letztlich nur das im § 4 VStGB angelegte Einheitstäterprinzip der Vorgesetztenverantwortlichkeit im § 13 VStGB als Fahrlässigkeitstatbestand fortsetzt. Damit werden Fälle erfasst, die zwar unter Art. 28 IStGH-Statut in der Fahrlässigkeitsbegehung fallen, aber nicht unter § 4 VStGB subsumierbar sind. Entscheidende Bedeutung für die Umsetzung der Vorgesetztenverantwortlichkeit hat § 13 VStGB also insofern, als er eine „*fahrlässige Beteiligung*“ an Vorsatzdelikten ermöglicht, wenn auch dieser Begriff der *Fahrlässigkeitsbeteiligung* ungenau ist, weil Gegenstand des § 13 VStGB auch in § 13 Abs. 2 VStGB kein reines Fahrlässigkeitsdelikt ist. Die Konstruktion des § 13 VStGB ist jedoch im Ergebnis strafrechtsdogmatisch so stimmig wie (theoretisch) effektiv.

### c) Äußerer Tatbestand von § 13 VStGB

Im Tatbestand greift § 13 VStGB zwangsläufig eine Reihe von Elementen des Art. 28 IStGH-Statut auf und transformiert die dort geregelte Vorgesetztenhaf-

tung wegen nachlässiger Aufsichtsführung und Kontrollausübung in deutsches Strafrecht.

### (1) Täterqualität des Vorgesetzten

Der taugliche Täter des § 13 VStGB ist wie bei § 4 VStGB der Vorgesetzte. Es handelt sich bei § 13 VStGB um einen Sondertatbestand, den nur derjenige militärische Befehlshaber (Absatz 1) oder zivile Vorgesetzte (Absatz 2) erfüllen kann, der seine Pflicht zur Aufsicht über Untergebene verletzt, über die er die Befehlsgewalt oder die tatsächliche Kontrolle innehat. Durch Verweis in § 13 Abs. 3 VStGB gilt § 4 Abs. 2 VStGB entsprechend, so dass Personen, die formell nicht Befehlshaber oder Vorgesetzte sind, aber dennoch tatsächliche Kontrollgewalt innehaben, ebenfalls Täter sein können.

Im Gegensatz zu § 4 VStGB, der militärische Befehlshaber und zivile Vorgesetzte gleich behandelt, ist diese Differenzierung im Rahmen des § 13 VStGB wichtig, um bestimmen zu können, welche Anforderungen an den Maßstab der Erkennbarkeit der Tatbegehung zu stellen sind. § 13 VStGB unterscheidet insofern substantiell zwischen zivilen und militärischen Vorgesetzten. Dabei soll hier nicht auf die Einzelheiten der jeweiligen Fallgruppen, sondern nur auf eine systematische Frage eingegangen werden: In welchem Rangverhältnis stehen die Gleichstellungsregelungen von §§ 13 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 2 zu den Begriffsbestimmungen des § 13 Abs. 1 und 2 VStGB? Die Frage einer Normenhierarchie ist für die Fallkonstellation relevant, in der ein grundsätzlich ziviler Vorgesetzter nach § 13 Abs. 2 aufgrund der Besonderheiten der Fallkonstellation auch unter § 4 Abs. 2 Satz 1 VStGB fällt, er also einerseits ziviler Vorgesetzter ist, andererseits aber auch einem militärischen Befehlshaber gleichsteht. Aufgrund der besonderen Pflichtenstellung Letzterer und der ihnen gleichgestellten Personen, die aus § 13 Abs. 1 VStGB deutlich wird, ergibt sich hier eine vom Gesetzestext abweichende Rangfolge: Es ist zunächst § 13 Abs. 1 VStGB zu prüfen und auch im Hinblick auf § 13 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 2 Satz 1 VStGB zu fragen, ob der Vorgesetzte wie ein militärischer Befehlshaber zu behandeln ist. Ist dies der Fall, so erübrigt sich die Prüfung des § 13 Abs. 2 VStGB. § 13 Abs. 2 VStGB hat demnach keine privilegierende Sperrwirkung für die Gleichstellung des § 4 Abs. 2 Satz 1 VStGB. Der Vorgesetzte ist nach den strengsten auf ihn anwendbaren Regeln zu behandeln.

### (2) Unterlassen der gehörigen Beaufsichtigung

Als Tathandlung ist in § 13 VStGB nominell nicht die unmittelbare Nichthinderung der Tat, sondern das Unterlassen der „gehörigen Beaufsichtigung“ anzuse-



hen.<sup>2952</sup> Die Konturen dieses Begriffs sind unter Rückgriff auf das Ordnungswidrigkeitenrecht zu bestimmen, da die Urheber des Völkerstrafgesetzbuchs die Vorschrift in Anlehnung an § 130 OWiG geschaffen haben. Aus der zu dieser Norm entwickelten Rechtsprechung und Literatur ist wohl auch der Begriff der *gehörigen Aufsicht* entnommen. Ihre Ausübung erfordert danach nicht nur die Wahrnehmung der unmittelbaren Kontrolle, sondern die *Aufsichtspflicht* beinhaltet als allgemeiner Oberbegriff auch Leitungs-, Koordinations- und Organisationspflichten.<sup>2953</sup> Damit wird man auch hier die Aufsichtsverpflichtung des Vorgesetzten weit fassen müssen, so dass die gehörige Beaufsichtigung nicht nur die Kontrolle konkreter Maßnahmen umfasst, in deren Rahmen es zu Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch kommen kann, sondern auch im Vorfeld hat der Vorgesetzte seine Pflichten unter der Strafdrohung des § 13 VStGB zu erfüllen: Er hat seine Untergebenen seinen Dienstpflichten entsprechend anzuweisen, auszubilden, zu belehren, einzusetzen und zu überwachen. Verletzt er eine solche Dienstpflicht zumindest fahrlässig, so stellt dies eine tatbestandliche Handlung im Sinne des § 13 VStGB dar.

Die Dienstpflicht zur Aufsichtsführung ist dabei streng an den Schutzgütern der Tatbestände von §§ 6 ff. VStGB auszurichten, da der Vorgesetzte nur die Begehung solcher Straftaten unter allen Umständen zu verhindern hat. Wenn eine verletzte Dienstpflicht ausschließlich zu anderen Zwecken als der Verhinderung von Völkerstraftaten besteht, wird man trotz möglicher Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Straftat ein tatbestandliches Unterlassen zu verneinen haben. Dies gilt etwa dann, wenn eine Dienstpflicht allein wirtschaftlichen Erwägungen oder der Einsatzbereitschaft der Streitkräfte – also gewissermaßen zu internen Zwecken – dient, aber im Einzelfall zur Tatbegehung durch den Untergebenen führt. Vergleichbares gilt dann, wenn die verletzte Pflicht zwar bestimmten Rechtsgütern des Völkerstrafrechts dient, aber andere Rechtsgüter des Völkerstrafrechts durch die Tat des Untergebenen verletzt werden; so etwa in dem von *Weigend* gebildeten Beispielsfall, dass der Vorgesetzte den ihm Untergebenen, der mangels Ausbildung nicht zur Leitung eines Gefangenenlagers geeignet ist, nicht ablöst und dieser im Umfeld des Lagers Plünderungen begeht. Hier kann insofern auf die Lehren von der objektiven Zurechnung und des Schutzzwecks der Norm zurückgegriffen werden.<sup>2954</sup>

2952 Vgl. *Weigend* in: MüKo-StGB, § 13 VStGB Rn. 3.

2953 BGH, Urt. v. 11.7.1956 – 1 StR 306/55, BGHSt 9, 319, 323; Urt. v. 23.3.1973 – 2 StR 390/72, BGHSt 25, 158, 162 f.; BGH wistra 1985, 228; KG wistra 1985, 205; ferner *Hellmann/Beckemper* Rn. 963; *Wittig* WiStR § 6 Rn. 141; *Rogall* in: KK-OWiG § 130 Rn. 40 m.w.N.; *Demuth/Schneider* BB 1970, 642, 648 f.

2954 Vgl. *Weigend* in: MüKo-StGB, § 13 VStGB Rn. 21; vgl. ferner nur *Roxin* AT I, § 11 Rn. 84 ff.; *Eisele* in: Schönke/Schröder Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 95.

### (3) Tatbegehung durch einen Untergebenen

Eine Strafbarkeit wegen der Verletzung der Aufsichtspflicht kommt nur dann in Betracht, wenn eine Tat nach dem Völkerstrafgesetzbuch durch einen zu kontrollierenden Untergebenen begangen worden ist. Als Tat kommt hier sowohl eine solche gemäß §§ 6 bis 12 VStGB, jeweils auch im Versuch, als auch eine Tat gemäß § 14 VStGB in Betracht. Soweit es die unzureichende Überwachung von Vorgesetzten betrifft, die sich gemäß § 13 VStGB strafbar machen, dürfte es strafrechtsdogmatisch konsequenter sein, die Aufsichtspflichtverletzung unmittelbar auf die Tat des Untergebenen dieser Vorgesetzten zu beziehen und § 13 VStGB unmittelbar anzuwenden.

### (4) Ursächlichkeit der Pflichtverletzung

Zwischen der Aufsichtspflichtverletzung und der Tatbegehung muss ein kausaler Zusammenhang in dem Sinne bestehen, dass der Vorgesetzte durch die Beachtung seiner Aufsichtspflicht die Begehung der Tat hätte verhindern können. Dies stellt § 13 VStGB im jeweils letzten Halbsatz von Absatz 1 und Absatz 2 ausdrücklich fest. Folgt man der von *Weigend*<sup>2955</sup> vertretenen und aus den dargestellten Gründen zustimmungswürdigen Auffassung, dass es sich bei § 13 VStGB um ein Erfolgsdelikt handelt, so erscheint das Postulat, dass nur eine Tat Gegenstand des Unrechtsvorwurfs wegen Verletzung der Aufsichtspflicht sein kann, deren Verhinderung dem Vorgesetzten durch ordnungsgemäße Aufsichtsführung möglich gewesen ist, als selbstverständlich und seine Umschreibung im Tatbestand als überflüssig. Ein Unterlassen kann nur dann strafbar sein, wenn die Tat durch ein dem Täter mögliches Handeln mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vermieden worden wäre. Das folgt aus den allgemeinen strafrechtlichen Lehren, die gemäß § 2 VStGB auch für das Völkerstrafrecht gelten,<sup>2956</sup> sowie aus dem allgemein gültigen Rechtsprinzip *impossibilium nulla obligatio est*.<sup>2957</sup> Dem Vorgesetzten einen Erfolg vorzuwerfen, den er auch durch rechtmäßiges Verhalten nicht verhindern konnte, würde den Schuldgrundsatz verletzen.<sup>2958</sup>

Das Tatbestandsmerkmal der Kausalitätsbeziehung zwischen Verhinderungsmöglichkeit und Tatbegehung wurde im Gesetzesentwurf damit begründet, dass ein Abstellen auf die Risikoerhöhungslehre – wie in § 130 OWiG – im Hinblick auf den in § 1 VStGB geregelten Grundsatz des Weltrechtsprinzips nicht möglich

2955 *Weigend* in: MüKo-StGB, § 13 VStGB Rn. 3.

2956 Vgl. hierzu *Kühl* § 18 Rn. 30; *Stree/Bosch* in: Schönke/Schröder, Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff. Rn. 155.

2957 Vgl. nur Dig. 50, 17, 185; ferner *Ebert* AT, S. 176; *Vogel* in: Jeßberger/Geneuss, S. 75, 88.

2958 In diesem Sinne auch BT-Drs. 14/8524, S. 36.

gewesen sei.<sup>2959</sup> Dieses Argument überzeugt kaum, weil das Weltrechtsprinzip für Vergehen nach § 13 VStGB nicht gilt; § 1 VStGB ist nur auf Verbrechen, nicht aber auf das Vergehen des § 13 VStGB anwendbar.<sup>2960</sup> Dennoch hat die Verhinderungsmöglichkeit als Tatbestandsmerkmal deswegen eine eigenständige Bedeutung, weil sie die Eigenständigkeit des Merkmals der Kausalität gegenüber der Kontrollgewalt des Vorgesetzten bestätigt, die die Judikatur der Ad-hoc-Tribunale verneint. Das Tatbestandsmerkmal dient mithin einer strukturellen Anpassung des Tatbestandes an das allgemeine deutsche Strafrecht und der Einordnung des in der Vorschrift umschriebenen Delikts als Erfolgsdelikt.

*Weigend* wirft zur Verhinderungsmöglichkeit die Frage auf, ob der Vorgesetzte nicht nur die Tatbegehung, sondern auch die Möglichkeit ihrer Verhinderung erkannt haben muss oder zumindest subjektiv erkennen können musste oder es sich bei Letzterer um eine objektive Bedingung der Strafbarkeit handelt.<sup>2961</sup> Der Wortlaut des § 13 VStGB sei objektiv gefasst und lege es daher nahe, dass die objektive Möglichkeit der Verhinderung zur Tatbestandserfüllung ausreiche. Daher sei auch der Vorgesetzte strafbar, der (ohne Fahrlässigkeit) irrtümlich glaube, den Untergebenen nicht durch seine Lenkungsmacht an der Tatbegehung hindern zu können. Dies sei insbesondere deswegen angemessen, weil der Schwerpunkt des Unrechtsvorwurfs die Aufsichtspflichtverletzung sei.<sup>2962</sup> Hierfür sprechen sowohl die Überschrift des Gesetzes als auch der Wortlaut, der ausdrücklich eine Strafbarkeit wegen „*Verletzung der Aufsichtspflicht*“ normiert. Auch insofern würde eine Parallele zwischen § 13 VStGB und § 130 OWiG entstehen.

Obwohl diese Argumente zutreffen, erscheint die Behandlung der Verhinderungsmöglichkeit als objektive Bedingung der Strafbarkeit nicht überzeugend, weil es sich – auch nach der Auffassung *Weigends* – bei § 13 VStGB um ein Verletzungsdelikt handelt, das gerade nicht den Schutz der Dienstaufsicht zum Gegenstand hat, sondern die Rechtsgüter der Tat, die der Untergebene begeht. Löst man den Kausalnexus zwischen Tathandlung und tatbestandlichem Erfolg aus dem Schuldbezug und damit auch aus dem Unrechtstatbestand, dann bezieht sich die Fahrlässigkeit nur noch auf die Pflichtverletzung und die Voraussehbarkeit der Tatbegehung; die Tat würde zum fahrlässigen Gefährdungsdelikt im Sinne eines Eignungsdelikts,<sup>2963</sup> das nur bei Eintritt eines kausalen Erfolgs bestraft wird. Wenn *Weigend* meint, es führe zu keiner „*Überspannung der strafrechtlichen Haftung*“, in Bezug auf die Verhinderungsmöglichkeit keine Fahrlässigkeit zu verlangen, so fordert dies eine Kontrollüberlegung unter Anwendung der von

2959 BT-Drs. 14/8524, S. 36.

2960 Vgl. auch BT-Drs. 14/8524, S. 14.

2961 *Weigend* in: MüKo-StGB, § 13 VStGB Rn. 25.

2962 *Weigend* in: MüKo-StGB, § 13 VStGB Rn. 25.

2963 Vgl. auch zu dieser Charakterisierung von Delikten, die eine objektive Bedingung der Strafbarkeit aufweisen, *Geisler* GA 2000, 166, 169.

Geisler<sup>2964</sup> als „Abzugsthese“ bezeichneten herrschenden Meinung heraus: Nur wenn auch ohne den Eintritt der objektiven Strafbarkeitsbedingung strafwürdiges Unrecht vorliege und erst ihr Eintritt eine Strafbedürftigkeit<sup>2965</sup> begründet, kann in Bezug auf den zur Unrechtsbegründung überflüssigen Umstand von einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit ausgegangen werden.<sup>2966</sup> In Anwendung auf § 13 VStGB stellt sich damit die Frage, ob die Missachtung der Aufsichtspflicht unabhängig von der daraus entstehenden Folge bereits eine Strafbarkeit wegen Verletzung der Aufsichtspflicht nach § 13 VStGB rechtfertigt. Nur wenn man diese Frage bejaht, wäre die Quasi-Kausalität der Aufsichtspflichtverletzung nicht dem Unrechtstatbestand zuzurechnen, sondern stünde außerhalb der Schuldbeziehung.

Die Annahme, dass eine Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren im Hinblick auf das Unrecht grundsätzlich gerechtfertigt erscheinen kann, wenn der Vorgesetzte seine auf den Schutz der Rechtsgüter des Völkerstrafrechts gerichtete Pflicht zur Aufsicht über Untergebene verletzt, ist im Hinblick auf die Wichtigkeit der betroffenen Schutzgüter vertretbar. Zweifelhaft ist jedoch, ob sich die sich aus der Behandlung der Quasi-Kausalität als objektive Bedingung der Strafbarkeit resultierende Umqualifizierung des Tatbestandes zum abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikt mit dem Charakter des Art. 28 IStGH-Statut vereinbaren lässt, der durch die §§ 4, 13 und 14 VStGB umgesetzt werden soll. Denn diese Regelung beinhaltet mit ihrer unmittelbaren Zurechnungshaftung eine Verantwortlichkeit für die Unrechtsverursachung, nicht allein für eine reine Gefahrschaffung. Zwar ist zuzugeben, dass das deutsche Völkerstrafrecht mangels verfassungsrechtlicher Kompatibilität der einheitlichen täterschaftlichen oder zumindest täteradäquaten Verantwortlichkeit des Vorgesetzten im internationalen Völkerstrafrecht mit dem deutschen Strafrecht strafrechtsdogmatisch und damit strukturell eigene Wege gehen musste; aber im Wesentlichen wurde dennoch Wert darauf gelegt, dass keine Ausdehnung der Haftung über das Völkerstrafrecht eintritt. Gegenstand der superior responsibility im internationalen Völkerstrafrecht ist eine Erfolgs- und keine Gefährdungshaftung. Dafür, dass diese Grundausrichtung des internationalen Völkerstrafrechts im Völkerstrafgesetzbuch verändert werden sollte, sind keine Anhaltspunkte vorhanden. Vielmehr legt die Begründung des Gesetzesentwurfs, die ausdrücklich das Schuldprinzip berücksichtigen wollte, eine Bewertung der Verhinderungsmöglichkeit als echtes Merkmal des Unrechtstatbestandes nahe, so dass § 13 VStGB ein Verletzungsdelikt darstellt.

2964 Geisler GA 2000, 166, 168 f.

2965 Kritik zur dogmatischen Trennschärfe der Begriffe der *Strafwürdigkeit* und *Strafbedürftigkeit* Geisler GA 2000, 166, 169 m.w.N.

2966 Nachweise zu dieser h.M. bei Geisler GA 2000, 166, 169.

#### d) Innerer Tatbestand

Der Tatbestand des § 13 VStGB ist auch in der zweiten Alternative von Absatz 1 und 2 nach herrschender Auffassung kein reines fahrlässiges Erfolgsdelikt.

##### (1) Vorsatz hinsichtlich Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnis

Zwar reicht nach *Weigend*<sup>2967</sup> die fahrlässige Begehung der Tathandlung, also der Verletzung der Aufsichtspflicht, zur Tatbegehung aus, aber Vorsatz müsse der Täter hinsichtlich seiner Täterqualität und der grundsätzlichen Pflicht zur Aufsicht aufweisen. Er müsse also wissen, dass es sich bei demjenigen, der die Tat begeht, um einen Untergebenen im Sinne des Völkerstrafrechts handelt, also um eine Person, die grundsätzlich unter seiner Befehls- und Führungsgewalt steht und die er zu beaufsichtigen hat.<sup>2968</sup> Insofern bestehe zwischen § 13 Abs. 1 und Abs. 2 VStGB kein Unterschied. Die beiden Tatbestandsalternativen unterscheiden sich danach nur in der inneren Beziehung des Täters zur Verletzung der Aufsichtspflicht. Während § 13 Abs. 1 VStGB fordert, dass der Vorgesetzte den Vorsatz hat, den ihm im Hinblick auf die Rechtsgüter des Völkerstrafgesetzbuchs obliegenden Pflichten zur Aufsicht der Untergebenen nicht nachzukommen, lässt § 13 Abs. 2 VStGB insofern fahrlässiges Handeln ausreichen.

Letzteres ist fraglos richtig, aber ob die These, der Vorgesetzte könne nur dann nach § 13 VStGB bestraft werden, wenn er weiß, dass er Vorgesetzter des die Tat begehenden Untergebenen ist, ist nicht unbestreitbar. *Weigend* hat diese Sichtweise mit dem Hinweis auf den Wortlaut des § 13 VStGB begründet.<sup>2969</sup> Dieses Argument ist jedoch nicht zwingend. Es heißt in § 13 VStGB, es sei der militärische Befehlshaber oder zivile Vorgesetzte strafbar, der „*es vorsätzlich oder fahrlässig unterlässt, einen Untergebenen ... gehörig zu beaufsichtigen*“. Daraus folgt, dass die Tathandlung in der Fahrlässigkeitsalternative das fahrlässige Unterlassen der Ausübung gehöriger Aufsicht über den Untergebenen ist. Dies schließt grundsätzlich auch den Fall ein, in dem der Vorgesetzte grundsätzlich weiß, dass er überhaupt Vorgesetzter ist und Aufsicht zu führen hat, aber aus Nachlässigkeit nicht erkennt, dass er unter anderen den Täter der Bezugstat zu beaufsichtigen hat. Gegen eine solche Auslegung spricht der Wortlaut der Vorschrift nicht. Im Schulbeispiel für § 16 StGB des auf eine vermeintlich leere Tonne schießenden Täters wird niemand zur Annahme des § 229 StGB fordern, der Täter müsse zumindest davon gewusst haben, dass ein Mensch zugegen sei. Auch dort heißt es aber in der Strafvorschrift, „*wer fahrlässig die Körperverlet-*

2967 *Weigend* in: MüKo-StGB, § 13 VStGB Rn. 28.

2968 *Weigend* in: MüKo-StGB, § 13 VStGB Rn. 24, 28.

2969 *Weigend* in: MüKo-StGB, § 13 VStGB Rn. 28.

zung eines anderen Menschen verursacht“. Hätte die Vorschrift zudem nur hinsichtlich der Wahrnehmung der Aufsicht zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit trennen wollen, so hätte man erwarten können, dass dies auch zum Ausdruck gebracht worden wäre. Dementsprechend wurde zu § 41 WStG auch die Auffassung vertreten, der Tatbestand des Absatzes 3 könne auch dann erfüllt werden, wenn der Vorgesetzte leichtfertig verkennt, dass er überhaupt zur Aufsicht über den Bezugstäter berufen ist.<sup>2970</sup>

Gegen diese Ansicht spricht zwar eine systematische Überlegung: Der Wortlaut weist darauf hin, dass der Täter um seine Vorgesetztenstellung wissen muss; der Begriff des *Vorgesetzten* gewinnt aber nur durch die Relation zum Untergebenen überhaupt Konturen, erst durch die Antwort, dass ihm jemand untergeben ist, bekommt der Begriff überhaupt einen Sinn. Daraus folgt aber nicht zwingend, dass der Täter des § 13 VStGB wissen muss, wem er vorgesetzt ist; er muss lediglich die Tatsache kennen, dass er als Vorgesetzter Aufsichtspflichten wahrzunehmen hat. Daraus folgt, dass der Vorgesetzte nur Vorsatz hinsichtlich seiner Vorgesetztenstellung aufweisen muss, nicht aber wissen muss, wem er im Einzelnen gegenüber aufsichtspflichtig ist. Diese Lösung ist auch sachlich nachvollziehbar: Weiß der Kommandeur einer militärischen Einheit aus Nachlässigkeit nicht, dass er gegenüber den Bezugstätern die Aufsicht zu führen hat, so ist es nicht plausibel, warum er in dieser Situation weniger einen Vorwurf verdient als derjenige, der zwar weiß, dass ein Bezugstäter sein Untergebener ist, der Vorgesetzte aber aus Nachlässigkeit keine Kenntnis von dessen kriminellen Plänen hat. Es erschließt sich nicht, warum das Wissen um die Person des Bezugstäters – das im Übrigen auch für den Vorsatz irrelevant ist<sup>2971</sup> – ein so erhebliches Unrechtselement beinhalten soll, dass nur beim Wissen darum die Grenze zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit überschritten sein soll. Es ist daher überzeugender, auch den Vorgesetzten als nach § 13 VStGB verantwortlich anzusehen, der fahrlässig nicht darum weiß, dass eine Person zu seinen Untergebenen gehört, die er zu überwachen hat.

## (2) Erkennbarkeitsmaßstab

Bis zu diesem Punkt sind auch die Anforderungen, die § 13 VStGB an die mens rea der Vorgesetzten stellt, nicht davon abhängig, ob es sich um einen militärischen oder zivilen Vorgesetzten handelt, dessen strafrechtliche Verantwortlichkeit in Rede steht. Eine Differenzierung zwischen militärischem und zivilem Vorgesetzten findet jedoch im Hinblick auf die Erkennbarkeit der bevorstehenden Bezugstat des Untergebenen statt:

2970 *Lingens* in: Schölz/Lingens<sup>4</sup>, § 41 WStG Rn. 16.

2971 Vgl. hier S. 698 ff.

Das Bevorstehen der Tatbegehung durch den Untergebenen muss für den Vorgesetzten erkennbar gewesen sein, um die Strafbarkeit zu rechtfertigen. Daraus folgt, dass sich der Vorsatz des Vorgesetzten auch in § 13 Abs. 1 VStGB nicht auf das Bevorstehen der Tat des Untergebenen beziehen muss. Insofern wäre es auch ungenau, wollte man bei § 13 VStGB zwischen der vorsätzlichen und fahrlässigen Tatbegehung trennen; es ist vielmehr zwischen der Begehung durch eine vorsätzliche oder fahrlässige Tathandlung zu differenzieren. Welcher Grad der Erkennbarkeit zu fordern ist, hängt gemäß § 13 VStGB von der Stellung des Vorgesetzten ab, so dass spätestens auf dieser Stufe eine exakte Trennung zwischen militärischem Befehlshaber und diesem gleichstehenden Personen einerseits und dem zivilen Vorgesetzten und diesem gleichgestellten Personen andererseits erforderlich ist. Handelt es sich um einen militärischen Befehlshaber, so ist er bereits dann strafbar, wenn er das Bevorstehen der Tat durch seinen Untergebenen erkennen konnte, die Begehung also für den Befehlshaber in seiner konkreten Situation im Sinne der allgemeinen Fahrlässigkeitsdogmatik objektiv vorhersehbar gewesen ist.

(a) Das Erkennbarkeitskriterium bei der Haftung ziviler Vorgesetzter

Der zivile Vorgesetzte oder eine ihm gleichgestellte Person wird dagegen nur wegen der Verletzung der Aufsichtspflicht bestraft, wenn für ihn das Bevorstehen der Tat „ohne weiteres erkennbar“ gewesen ist. Es liegt nahe, diese Vorhersehbarkeitsanforderung als Leichtfertigkeit im Sinne von §§ 251, 306d etc. StGB zu verstehen, so dass diese spezifische Erkennbarkeit gegeben ist, wenn die Gefahr in erhöhtem Grade vorhersehbar war, sich der Eintritt des Erfolg geradezu aufdrängte.<sup>2972</sup> Es handelt sich um Fallgestaltungen, in denen „jeder vernünftige Vorgesetzte ohne besondere Geistesanstrengung“ die Tatbegehung durch den Untergebenen vorhergesehen hätte.<sup>2973</sup> Damit wird ein eigenständiger neuer Fahrlässigkeitsmaßstab geschaffen, der neben die Fahrlässigkeit tritt, die § 15 und § 18 StGB benennen, und die Leichtfertigkeit, die das Strafgesetzbuch in einer Vielzahl von Strafvorschriften verwendet. Die Modifikation der Fahrlässigkeitsvoraussetzungen betrifft jedoch nur das Element der Vorhersehbarkeit, nicht die Pflichtverletzung. Insofern erfordert § 13 VStGB vorsätzliches oder (herkömmlich) fahrlässiges Handeln des Vorgesetzten.

2972 Vgl. BGH, Urt. v. 9.11.1984 – 2 StR 257/84, BGHSt 33, 66, 67; Urt. v. 17.7.1997 – 1 StR 791/96, BGHSt 43, 158, 168; Frister AT, 12/20; Kühl AT, § 17 Rn. 44; Roxin AT I, § 24 Rn. 74 ff.

2973 Vgl. Weigend in: MüKo-StGB, § 13 VStGB Rn. 31.

## (b) Mögliche Friktionen mit dem Rom-Statut

Die Statuierung dieser strengeren Anforderungen an die Erkennbarkeit der Tatbegehung bei nichtmilitärischen Vorgesetzten ist durch Art. 28 lit. b IStGH-Statut bedingt. Danach ist der nichtmilitärische Vorgesetzte nur dann verantwortlich, wenn er *eindeutig auf die Tatbegehung hinweisende Informationen bewusst außer Acht lässt*, und es dann zur Begehung einer Tat durch einen seiner Untergebenen kommt. Der Gesetzesentwurf wollte insofern auch eine Anpassung des nationalen Völkerstrafrechts an das Rom-Statut erreichen, heißt es doch in der Begründung, in § 13 Abs. 2 VStGB werde *„entsprechend der in Artikel 28 Buchstabe b (i) IStGH-Statut vorgegebenen Differenzierung eine besonders naheliegende Voraussehbarkeit der Straftatbegehung verlangt“*.<sup>2974</sup> Damit stellt sich jedoch die Frage, ob es sich bei der Formulierung des § 13 Abs. 2 VStGB tatsächlich um eine Umsetzung der superior responsibility nichtmilitärischer Vorgesetzter aus dem Rom-Statut handelt, denn im Gegensatz zum Völkerstrafgesetzbuch verlangt Art. 28 lit. b (i) IStGH-Statut nicht nur, dass der Vorgesetzte die bevorstehende Tatbegehung *„ohne weiteres erkennen konnte“*, sondern zudem, dass er Informationen bewusst unbeachtet lässt, die klar auf die Tatbegehung durch Unterebene hindeuten. Das Rom-Statut stellt damit scheinbar strengere Anforderungen an die Verantwortlichkeit des nichtmilitärischen Vorgesetzten als § 13 Abs. 2 VStGB. Denn Art. 28 IStGH-Statut verlangt nicht nur die objektiv besonders deutliche Erkennbarkeit der Tatbegehung, sondern in der bewussten Missachtung auch ein subjektives Element. Der nichtmilitärische Vorgesetzte ist also nach Art. 28 lit. b IStGH-Statut nur dann verantwortlich, wenn er die auf die Tatbegehung hindeutenden Anzeichen bewusst ignoriert hat. Dieses Bewusstsein fordert das nationale Völkerstrafrecht nicht; es lässt das Ignorieren der *„ohne weiteres erkennbaren“* bevorstehenden Tatbegehung ausreichen<sup>2975</sup> und geht damit über das mit dem Völkerstrafgesetzbuch verfolgte Ziel der Umsetzung des Rom-Statuts hinaus.

Ein Grund für diese in Relation zum Rom-Statut scheinbar schärfere Haftung des zivilen Vorgesetzten für Nachlässigkeiten ist nicht unmittelbar erkennbar. Vielmehr spricht die Begründung des Gesetzesentwurfs dafür, dass seine Urheber § 13 Abs. 2 VStGB nicht in der sich aus dem Wortlaut ergebenden Schärfe verstanden wissen wollten, sondern vielmehr eine dem internationalen Völkerstrafrecht entsprechende Verantwortlichkeit geplant war. Das wirft die Frage auf, ob es dem Rechtsanwender in casu zukommen kann, eine begrenzende Auslegung des § 13 Abs. 2 VStGB unterhalb seines Wortlauts dahin gehend vorzunehmen, dass man für die Erfüllung des Tatbestandes von § 13 VStGB nicht nur an die

2974 BT-Drs. 14/8524, S. 36.

2975 Vgl. Weigend in: MüKo-StGB, § 13 VStGB Rn. 31.



objektive Erkennbarkeit erhöhte Anforderungen stellt, sondern auch ein im Gesetz nicht genanntes subjektives Erkennbarkeitselement installiert, um die nach dem Gesetzeszweck zu scharfe Haftung des Vorgesetzten abzuwenden, oder ob es sich hierbei um eine grundsätzlich unzulässige Rechtsfindung contra legem bona partem handelt.<sup>2976</sup>

*Weigend*<sup>2977</sup> hat Kritik an einer solchen Einschränkung geäußert, da ein bewusstes Außerachtlassen konkreter Informationen „als Gedankenprozess unterhalb der Schwelle von Vorsätzlichkeit psychologisch nur schwer vorstellbar“ sei. Denn es werde nicht verlangt, dass der Vorgesetzte die Gefahr erkannt und ernst genommen habe.<sup>2978</sup> Dieses Argument ist dann zutreffend, wenn man an das bewusste Ignorieren von Indizien auf die Tatbegehung durch den Untergebenen sehr hohe Anforderungen stellt. Geht man davon aus, dass das Bewusstsein nicht nur die Tatsachen als solche, sondern sie auch als Hinweis auf die Tatbegehung erfasst, so entsteht tatsächlich eine Identität zwischen bewusster Missachtung der Anzeichen und Vorsatz in Bezug auf die Tatbegehung. Lässt man jedoch für ein bewusstes Nichtbeachten von Hinweisen ausreichen, dass der Vorgesetzte die Hinweise zur Kenntnis nimmt, sich jedoch keine Gedanken über ihre Bedeutung macht und deswegen keine Kenntnis von der bevorstehenden Tat hat, so erfüllt ein solches Bewusstsein kaum die Voraussetzungen des dolus eventualis. Zudem wirft dieses Monitum die Frage nach dem Bezugspunkt der Erkennbarkeit auf, weil *Weigend* offensichtlich davon ausgeht, dass es zur Tatbestandserfüllung ausreichend ist, wenn die *Gefahr* der Tatbegehung für den Vorgesetzten erkennbar gewesen ist.<sup>2979</sup> Mit der Erkennbarkeit der Gefahr begnügt sich das Gesetz jedoch nicht; vielmehr verlangt es, dass für den Vorgesetzten die Begehung einer Bezugstat – einer zumindest in gewisser Weise konkretisierbaren Tat – (ohne Weiteres) erkennbar gewesen ist. Die Erkennbarkeit der Gefahr der Tatbegehung ist vor diesem Hintergrund zwar in der Praxis regelmäßig ausreichend, weil mit der Erkennbarkeit der Gefahr typischerweise die Erkennbarkeit der Tatbegehung verbunden ist; dennoch sind diese beiden Objekte der Erkennbarkeit zu unterscheiden. Es ist also denkbar, dass der Vorgesetzte Warnzeichen für die konkrete Tat bewusst ignoriert, ohne hinsichtlich der bevorstehenden Tatbegehung zwangsläufig vorsätzlich handeln zu müssen, nämlich insbesondere dann, wenn er die Anzeichen erkennt, aber falsch einschätzt.

Ein weiterer Aspekt, der hier Beachtung finden sollte und dem Widerspruch zwischen Art. 28 lit. b IStGH-Statut und § 13 Abs. 2 VStGB ein wenig die Schärfe nehmen dürfte, ist die Frage der Beweisführung im internationalen Völkerstrafrecht: Denn hier erfolgt keine klare Trennung zwischen den materiellen Anforde-

2976 Vgl. zur Auslegung contra legem *Krey* ZStW 101 (1989), 838, 861 ff. m.w.N.

2977 Vgl. *Weigend* in: MüKo-StGB, § 13 VStGB Rn. 31.

2978 *Weigend* in: MüKo-StGB, § 13 VStGB Rn. 31.

2979 So *Weigend* in: MüKo-StGB, § 13 VStGB Rn. 31.

rungen an den inneren Verbrechenstatbestand und ihrem prozessualen Nachweis. Deutlich wird dies dadurch, dass im internationalen und auch europäischen Strafrecht oftmals davon ausgegangen wird, der Nachweis des Vorsatzes oder einer anderen inneren Einstellung des Täters zur Tat könne auch ausschließlich anhand der Feststellung objektiver Umstände geführt werden,<sup>2980</sup> weshalb der Schluss von den objektiven Anhaltspunkten für den Vorsatz auf diesen nicht mehr erforderlich ist. Geht man von dieser Prämisse aus, so dürfte dies die höheren Anforderungen, die Art. 28 lit. b IStGH-Statut stellt, letztlich wieder relativieren. Dann muss sich das Gericht lediglich die Überzeugung vom Vorliegen der tatsächlichen Anhaltspunkte verschaffen, die den Schluss auf die bevorstehende Bezugstat des Untergebenen ohne Weiteres zulassen und damit zu dem Ergebnis führen, dass jeder Vorgesetzte, der diese Informationen zur Verfügung hatte, die Anzeichen nur bewusst ignoriert haben muss und nicht schlicht aus Nachlässigkeit übersehen haben kann. Nicht notwendigerweise feststehen müsste, dass der Vorgesetzte diese Anzeichen bewusst ignoriert hat. Diese Betrachtungsweise führt letztlich zu dem Ergebnis, das auch aus § 13 Abs. 2 VStGB folgt: Für den Vorgesetzten müssen die tatsächlichen Anzeichen ohne Weiteres erkennbar gewesen und er dennoch untätig geblieben sein.

Letztlich fordert auch das Gebot der völkerrechtsfreundlichen Auslegung keine Restriktion des § 13 VStGB, denn das Völkerstrafrecht verwehrt es dem nationalen Gesetzgeber nicht, strengere strafrechtliche Regelungen für schwere Verletzungen der Rechtsgüter der Völkergemeinschaft aufzustellen und damit einen weitergehenden Rechtsgüterschutz zu schaffen. Zwar könnte hier erwogen werden, ob es dem Gesetzgeber im Hinblick auf das völkerrechtliche Nichteinmischungsgebot verwehrt ist, seine Strafgewalt auch auf Taten auszudehnen, die keinen hinreichenden inländischen Anknüpfungspunkt bieten.<sup>2981</sup> Jedoch ist insofern eine differenzierende Betrachtung erforderlich: Nur weil das IStGH-Statut die Strafbarkeit des nicht meldenden zivilen Vorgesetzten von einer bewussten Fahrlässigkeit abhängig macht, folgt daraus nicht, dass Taten, die diese Anforderungen an den inneren Tatbestand nicht erfüllen, nicht völkerstrafrechtlich strafwürdig sind und damit ein innerstaatlicher Anknüpfungspunkt erforderlich wäre. Denn das Weltrechtsprinzip, das eine inländische Anknüpfung obsolet macht, kann auch durch Völkergewohnheitsrecht begründet sein.<sup>2982</sup> Es muss daher nicht zwingend eine Strafbarkeit unter der Jurisdiktion des Rom-Statuts vorgesehen sein, damit Deutschland berechtigt ist, auf eine Völkerrechtsverletzung seine nationalen Strafnormen anzuwenden. Es reicht aus, wenn es sich um einen strafwürdigen Bruch des Völkerrechts handelt. Dass dies auch bei einer fahrlässigen

2980 Dies macht bereits das Institut der „*constructiv knowledge*“ als Wissen deutlich, vgl. hier S. 464, 502.

2981 *Ambos* in: MüKo-StGB, Vor §§ 3 bis 7, Rn. 9 m.w.N.

2982 *Ambos* in: MüKo-StGB, Vor §§ 3 bis 7, Rn. 41.

Aufsichtspflichtverletzung gilt, ergibt sich schon aus den Statuten der Ad-hoc-Gerichtshöfe. Denn Art. 7 Abs. 3 JStGH-Statut und Art. 6 Abs. 3 RStGH-Statut lassen nach der Judikatur für alle Vorgesetzten eine fahrlässige Begehung – wie diese im Einzelnen aussehen muss, soll hier dahinstehen – ausreichen, ohne besondere Anforderungen an die Vorhersehbarkeit zu statuieren. Daher steht einer rein objektiven Bestimmung der Erkennbarkeit in § 13 Abs. 2 VStGB auch dann nichts entgegen, wenn damit die Anforderungen an eine Strafbarkeit, die Art. 28 IstGH-Statut stellt, unterschritten werden, solange das Völkerstrafrecht die Strafwürdigkeit der Pflichtverletzung als solcher anerkennt. Diese völkerstrafrechtliche Anerkennung einer prinzipiellen Strafwürdigkeit fahrlässigen Verhaltens von Vorgesetzten, das nicht die in Art. 28 lit. a (i) IstGH-Statut gesetzten Maßstäbe erreicht, ist durch die Statute der Ad-hoc-Gerichtshöfe und die Judikatur dieser Gerichte gegeben. Außerdem gilt für § 13 VStGB ohnehin nicht das Weltrechtsprinzip, weil § 1 VStGB nur die Verbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch generell dem deutschen Strafanwendungsrecht unterwirft.

### (c) Lösungsweg

Damit ist ein gewisser Widerspruch zwischen den Vorstellungen der Urheber des Völkerstrafgesetzbuchs einerseits und dem Wortlaut des § 13 VStGB andererseits festgestellt. In solchen Fallgestaltungen, in denen die wortlautgetreue Anwendung von Strafvorschriften zu weitgreifende Strafdrohungen zur Folge hätte, hat die Rechtsprechung durchaus Restriktionen vorgenommen, wie beispielsweise die Reduktion des Tatbestandes von § 239a StGB durch den Großen Senat des Bundesgerichtshofs zeigt.<sup>2983</sup> Aber solche Tatbestandseinschränkungen sind regelmäßig nicht allein auf die Entstehungsgeschichte der einschränkend ausgelegten Vorschrift gestützt oder aus den jeweiligen Motiven zu der betreffenden Gesetzesbestimmung abgeleitet worden; vielmehr setzten solche Restriktionen zumindest strafrechtssystematische oder kriminalpolitische Argumente voraus.<sup>2984</sup> Vorliegend spricht jedoch lediglich der allgemeine Hinweis auf die Anpassung des nationalen Strafrechts an das Rom-Statut für eine eng an diesem völkerrechtlichen Vertrag orientierte Auslegung. Man wird weder eine strafrechtsdogmatische Begründung dafür finden können, dass nur der bewusst fahrlässig handelnde Vorgesetzte nach § 13 VStGB verantwortlich sein soll, noch – vor dem Hintergrund der Straftaten, auf die sich die Vorschrift bezieht – behaupten können, eine solche Haftung auch für leicht vorhersehbare und nicht verhinderte Taten

2983 Vgl. BGH, Beschl. v. 22.11.1994 – GSSt 1/94, BGHSt 40, 350, 355 ff. mit zust. Anmerkung *Renzikowski* JR 1995, 349 ff.

2984 Vgl. hierzu nur *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, BT, § 18 Rn. 37 m.w.N.; *Eser/Eisele* in: *Schönke/Schröder*, § 239a Rn. 13a; *Horn/Wolters* in: *SK-StGB* § 239 Rn. 7; eingehend hierzu *Forster* *Zwei-Personen-Verhältnisse*, S. 41 ff.

Untergebener sei unverhältnismäßig, weil die unbewusst fahrlässige Aufsichtspflichtverletzung nicht strafwürdig und strafbedürftig sei; es geht immerhin um die Verhinderung von Straftaten, die „die Menschheit als solche“ betreffen. Daher überzeugt eine strikte Beachtung des Wortlauts eher als eine besonders restriktive Auslegung von § 13 VStGB.

In diesem Zusammenhang muss ferner berücksichtigt werden, dass die Einschränkung, die Art. 28 lit. b (i) IStGH-Statut im Hinblick auf die Beurteilungssorgfalt des nichtmilitärischen Vorgesetzten vornimmt, im Wesentlichen dazu dienen dürfte, diesen vor Sorgfaltsanforderungen zu bewahren, denen er nicht gerecht werden kann. Während das deutsche Völkerstrafrecht als Teil des deutschen Strafrechts dessen allgemeine Fahrlässigkeitsdogmatik teilt und daher die Sorgfaltsanforderungen an jeden Vorgesetzten nach seiner sozialen Rolle und konkreten Situation bestimmt werden, verfügt das internationale Völkerstrafrecht nicht über eine valide dogmatische Basis, die eine differenzierte Ermittlung des angemessenen Fahrlässigkeitsmaßstabes ermöglichen würde. Diese Konkretisierung der Anforderungen muss vielmehr über den Verbrechenstatbestand oder eine Zurechnungsregel erreicht werden. Daher bestehen erhebliche Zweifel, ob die in § 13 Abs. 2 VStGB vorgenommene Einschränkung der Verantwortlichkeit ziviler Vorgesetzter überhaupt notwendig war, um den Vorgaben des Art. 28 lit. b IStGH-Statut zu entsprechen. Denn die Beschränkung auf eine dem nichtmilitärischen Vorgesetzten angemessene Sorgfaltspflicht, die seine Fähigkeiten nicht überspannt, leistet die deutsche Fahrlässigkeitsdogmatik ohne eine spezifische Beschränkungsvorschrift. Damit bliebe § 13 VStGB bei einschränkender Auslegung der Fahrlässigkeitsanforderungen wohl sogar noch hinter den Strafbarkeitsanforderungen aus Art. 28 lit. b IStGH-Statut zurück.

### (3) Zeitpunkt der Erkennbarkeit

Aus dem Wortlaut des § 13 VStGB ergibt sich nicht zweifelsfrei, wann die bevorstehende oder begonnene Tatbegehung für den Vorgesetzten vorhersehbar gewesen sein muss. Dies wirft die Frage nach der Kongruenz zwischen Erkennbarkeit und Aufsichtspflichtverletzung auf. Eindeutig ist, dass der Vorgesetzte, der die bevorstehende Tatbegehung im Zeitpunkt der Aufsichtspflichtverletzung erkennt oder (ohne Weiteres) erkennen musste, verantwortlich ist, wenn er trotz Verhinderungsmöglichkeit nicht einschreitet. Problematischer stellt sich die Situation jedoch dar, wenn in diesem Zeitpunkt die Tatbegehung nicht erkennbar war, sie aber später für den Vorgesetzten erkennbar wird. Mag der Wortlaut zu dieser zeitlichen Komponente auch keine Auskunft geben, so folgt aus dem Deliktscharakter des § 13 VStGB als Erfolgsdelikt doch, dass die Erkennbarkeit ebenso wie die Möglichkeit der Verhinderung durch ordnungsgemäße Aufsicht bereits im Zeitpunkt der Aufsichtspflichtverletzung gegeben sein muss, da andernfalls eine

Pflichtverletzung zum Gegenstand des Vorwurfs der Herbeiführung der Tat des Untergebenen durch Unterlassen gemacht würde, der es an einem Schuldbezug zum Erfolg fehlt. Die Pflichtverletzung kann dem Täter auch dann strafrechtlich vorgeworfen werden, wenn er diesen Tatbestandserfolg nicht vorhersehen konnte, aber der Pflichtverstoß kann nicht Gegenstand eines Erfolgsdelikts sein. Die Aufsichtspflichtverletzung erfolgt im Hinblick auf den durch sie herbeigeführten tatbestandlichen Erfolg – die Tatbegehung – nicht fahrlässig oder gar vorsätzlich, wenn dieser Erfolg nicht vorhersehbar war.

Durch dieses Verständnis ergeben sich auch regelmäßig keine Strafbarkeitslücken, weil der Vorgesetzte, der später erkennt oder für den (ohne Weiteres) erkennbar wird, dass seine Aufsichtspflichtverletzung zu der Tatbegehung führt, regelmäßig eine neue Aufsichtspflichtverletzung begeht, wenn er nun trotz einer Möglichkeit zur Abwendung der Tat nicht aktiv wird. Ein Ausnahmefall kann sich insofern allenfalls dann ergeben, wenn der Vorgesetzte zunächst seine Aufsichtspflicht verletzt, ohne dass die Folge der Tatbegehung erkennbar ist und sich dann zu einem späteren Zeitpunkt die Erkennbarkeit ergibt, er aber dann nicht mehr Vorgesetzter des betreffenden Untergebenen ist oder aus anderen Gründen keine Verhinderungsmöglichkeit mehr hat. Damit, dass diese seltenen Ausnahmefälle nicht erfasst sind, wird man sich jedoch abfinden müssen, auch wenn dieses Verständnis der Verantwortlichkeit einen willkommenen Vorwand für Schutzbehauptungen im Rahmen eines Strafverfahrens liefern dürfte; doch eine Durchbrechung des strafrechtlichen Simultanitätsprinzips rechtfertigen diese Argumente wohl kaum.<sup>2985</sup>

#### *e) Konkurrenzrechtliche Einordnung der Verantwortlichkeit nach § 13 VStGB*

Die strafrechtsdogmatische Struktur des § 13 VStGB als Auffangtatbestand für § 4 VStGB macht eine konkurrenzrechtliche Einordnung der Vorschrift innerhalb des Völkerstrafgesetzbuchs relativ leicht. Tateinheit mit anderen Straftatbeständen des VStGB ist wohl nur bei § 14 VStGB denkbar. Ist der Vorgesetzte als Täter der Anlasstat oder wie deren Täter nach § 4 VStGB zu bestrafen – eine andere Form der Teilnahme dürfte im Wesentlichen aufgrund der besonderen Stellung der Beteiligung nach § 4 VStGB kaum möglich sein –, so tritt § 13 VStGB als subsidiär zurück. Die Tateinheit mit § 14 VStGB ist jedoch insofern problematisch, als im Falle einer Pflichtverletzung des Vorgesetzten, die zur Tat des Untergebenen geführt hat, der Grundsatz nemo tenetur se ipsum accusare<sup>2986</sup> besondere Bedeutung gewinnt. Der Vorgesetzte ist nicht verpflichtet, eine Strafverfolgung einzuleiten oder aktiv zu ermöglichen, wenn er sich selbst damit in die konkrete

<sup>2985</sup> Vgl. Weigend in: MüKo-StGB, § 13 VStGB Rn. 26.

<sup>2986</sup> Hierzu insbesondere Rogall Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, S. 17 ff. m.w.N.

Gefahr der Strafverfolgung bringt.<sup>2987</sup> Soweit es das Verhältnis zwischen § 13 VStGB und den Körperverletzungs- und Tötungsdelikten des allgemeinen Strafrechts betrifft, so ergibt sich aus den zumindest partiell unterschiedlichen Schutzrichtungen der Strafvorschriften des Besonderen Teils ein Verhältnis der Ideal Konkurrenz.

### 3. Unterlassene Meldung einer Straftat (§ 14 VStGB)

Das dritte und das System der Vorgesetztenverantwortlichkeit nach dem Völkerstrafgesetzbuch abschließende Element statuiert das Gesetz mit einer Strafbarkeit, die eine unterlassene Verfolgung von Straftaten gegen das humanitäre Völkerrecht nach §§ 6 ff. VStGB mit Strafe bedroht. § 14 VStGB soll die Sanktionsvorgabe des Art. 28 IstGH-Statut, soweit dies verfassungsrechtlich möglich ist, abschließend berücksichtigen und stellt daher die vorsätzliche Verletzung der duty to punish unter Strafe. Die Vorschrift soll mittels Sanktionsdrohung verhindern, dass Vorgesetzte „Verstöße ihrer Untergebenen gegen das VStGB *unter den Teppich kehren*“.<sup>2988</sup>

#### a) Systematische Stellung und Schutzzweck der Norm

§ 14 VStGB beinhaltet ebenso wie § 13 VStGB einen eigenständigen Straftatbestand, der jedoch – da nichts anderes bestimmt ist und insofern § 15 StGB gilt – nur durch vorsätzliches Handeln erfüllt werden kann.

#### (1) Gesetzgeberische Vorüberlegungen zu § 14 VStGB und Art. 28 IstGH-Statut

Die Begründung des Gesetzesentwurfs zum Völkerstrafgesetzbuch<sup>2989</sup> gibt lediglich einen spärlichen Hinweis auf die systematische Stellung der Strafvorschrift: Die Gleichstellung des Unterlassens der Verfolgung von Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch mit der täterschaftlichen Tatbegehung erscheine als eine „*deutlich überzogene und nach deutschem Recht auch dogmatisch nicht haltbare Regelung*“. Diese Bewertung des Art. 28 IstGH-Statut im Hinblick auf die Sanktionierung von Verletzungen der duty to punish ist nur im konkreten Kontext des deutschen Völkerstrafgesetzbuchs zutreffend. Die auf das internationale Völkerstrafrecht bezogene Beurteilung, die Haftung sei deutlich überzogen, überzeugt dagegen aus Sicht des internationalen Völkerstrafrechts nicht, denn ein solch umfassender Haftungstatbestand entspricht den Strukturen der relativ ge-

2987 Ebenso Weigend in: MüKo-StGB, § 13 VStGB Rn. 37.

2988 Weigend in: MüKo-StGB, § 14 VStGB Rn. 2.

2989 BT-Drs. 14/8524, S. 36.

ring ausdifferenzierten Beteiligungsdogmatik des internationalen Völkerstrafrechts, er ist unter gewissen Prämissen nachvollziehbar und im Hinblick auf die weiten Strafraumen des Rom-Statuts folgerichtig.

Soweit die Begründung des Gesetzesentwurfs jedoch zu dem Verdikt der strafrechtsdogmatischen Unhaltbarkeit einer täterschaftlichen Verantwortlichkeit aufgrund der im Nachhinein unterlassenen Verfolgung der Taten Untergebener gelangt, ist diese Bewertung im Kontext des deutschen Strafrechts zutreffend.<sup>2990</sup> Denn die Art. 28 IStGH-Statut zugrunde liegende Haftung für die Existenz von Unrecht wäre im deutschen Strafrecht wohl nur auf der Basis einer vornehmlich absoluten Straftheorie vertretbar, die von der herrschenden Auffassung, insbesondere vom Bundesverfassungsgericht und dem Bundesgerichtshof, nicht akzeptiert wird. Diese herrschende Ansicht geht von einer vergeltenden Vereinigungstheorie aus,<sup>2991</sup> die sich auch im Strafgesetzbuch wiederfindet, das insbesondere generalpräventive Aspekte der Strafe ausdrücklich nennt (§§ 46 Abs. 1 S. 2, 47 StGB). Soweit auch präventive Strafzwecke anerkannt werden, bereitet eine Versacherhaftung wegen der unterlassenen Negierung bestehenden Unrechts erhebliche dogmatische Friktionen. Denn das deutsche Strafrecht verobjektiviert das Unrecht nicht in der Weise, dass seine reine Existenz eine Handlungspflicht begründet, die sich unmittelbar auf die Rechtsverletzung beziehen könnte. Die strafbewehrten Rechtspflichten zur Verfolgung von Straftaten, die das deutsche Strafrecht kennt, haben ihren Grund nicht in der Notwendigkeit einer Negierung des Unrechts selbst, sondern in der Verteidigung der Rechtspflege und des Rechtsfriedens gegen die erschütternde Wirkung strafbaren Unrechts auf diese Rechtsgüter. Diese Pflichten richten sich also präventiv auf die Vermeidung der Ausstrahlungswirkung des Unrechts, nicht auf die nachträgliche Beseitigung seiner Existenz.

Aus der Stellungnahme in der Gesetzesbegründung ergibt sich letztlich für § 14 VStGB Folgendes: § 14 VStGB stellt nicht die Mitwirkung an der Verursachung des Unrechts der Tat des Untergebenen unter Strafe, sondern beinhaltet eine Bestimmung, die dem Schutz eines anderen Rechtsguts als dem dieser Tat dient. Dies ergibt sich auch aus der Systematik des Völkerstrafgesetzbuchs, denn sollte § 14 VStGB einem insofern nachträglichen Schutz dienen, so wäre es systematisch zumindest naheliegend gewesen, die Regelung in § 13 VStGB als Absatz 3 einzufügen; die Schaffung einer eigenständigen Regelung wäre unplausibel. Ferner macht die weitere Begründung des Entwurfs zu § 14 VStGB diese strafrechtsdogmatische Eigenständigkeit der Vorschrift deutlich:

<sup>2990</sup> Vgl. auch Weigend in: MüKo-StGB, § 14 VStGB Rn. 1.

<sup>2991</sup> Insbesondere in der Entscheidung des BVerfG (Urt. v. 21.6.1977 – 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187, 255 ff.) zur lebenslangen Freiheitsstrafe kommen sowohl die präventiven Zwecke der Strafe als auch ihr Vergeltungsaspekt zur Sprache, vgl. ferner Krey/Esser AT, Rn. 150 m.w.N.; Roxin AT I, § 3 Rn. 33 ff.

## (2) Anlehnung von § 14 VStGB an § 138 StGB und § 40 WStG

§ 14 VStGB statuiert eine Pflicht des Vorgesetzten, Straftaten seiner Untergebenen zu verfolgen oder verfolgen zu lassen. Die Strafbarkeit der von § 15 des Entwurfs – nun § 14 VStGB – erfassten Handlung werde „*ähnlich wie bei § 40 WStG und ähnlich § 138 StGB*“ dadurch begründet, dass durch die Untätigkeit des Vorgesetzten die abstrakte Gefahr einer Nichtbestrafung des verantwortlichen Untergebenen begründet oder erhöht werde.<sup>2992</sup> Hier verkennt die Begründung des Referentenentwurfs den Zweck der Regelungen, an die sie § 15 VStGB-E anlehnt: § 138 StGB soll gerade nicht die bewusste Schaffung oder Erhöhung des Risikos der Nichtsanktionierung einer schweren Straftat sanktionieren.<sup>2993</sup> Die Strafvorschrift ist vielmehr im Vorfeld der Tatbegehung angesiedelt<sup>2994</sup> und hat damit zwingend eine völlig andere Schutzrichtung als § 14 VStGB. Auch § 40 WStG erfasst diese Gefahr, die die Urheber des Gesetzesentwurfs im Auge hatten, nicht. Die Vorschrift normiert nach *Dau*<sup>2995</sup> einen „*wehrrechtsspezifischen Sondertatbestand zu § 258 StGB*“, der nicht der staatlichen Strafrechtspflege, sondern der Ordnung und Disziplin der Streitkräfte dient.<sup>2996</sup> Ob es sich bei § 40 WStG insofern noch um einen Sondertatbestand zur Strafvereitelung des allgemeinen Strafrechts handeln kann, – das ist sehr zweifelhaft<sup>2997</sup> –, mag hier dahinstehen; zu konstatieren ist jedoch, dass die unterlassene Verdachtsmeldung nach dem Wehrstrafrecht deutlich weiter reicht als § 14 VStGB und § 258 StGB. Denn der Vorgesetzte im Wehrstrafrecht muss lediglich bezüglich des Verdachts vorsätzlich handeln, nicht hinsichtlich der Begehung einer Straftat. Schon daraus wird deutlich, dass das Schutzobjekt des § 40 WStG formaler Natur sein muss; er schützt nicht den materiellen Strafanspruch des Staates.<sup>2998</sup>

Auch § 14 VStGB schützt reflexartig die staatliche Rechtspflege, weil ohne die strafrechtliche Verfolgung von Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch die Präventionswirkung des Völkerstrafrechts verloren geht.<sup>2999</sup> Führt man sich jedoch die oben genannten Erwägungen im Expertenentwurf und die umfassende

2992 So noch der Arbeitsentwurf des Bundesministeriums der Justiz zum Völkerstrafgesetzbuch vom 2. Mai 2001 zu § 15 VStGB-E, S. 85 f.

2993 Vgl. *Sternberg-Lieben* in: Schönke/Schröder, § 138 Rn. 1; wahrscheinlich deswegen ist der Hinweis auf § 138 StGB auch in der Begründung des von der Bundesregierung im Bundesrat eingebrachten Gesetzesentwurfs (BR-Drs. 29/02; ebenso in BT-Drs. 14/8524, S. 36) nicht mehr vorhanden.

2994 Vgl. BGH, Urt. v. 19.3.1996 – 1 StR 497/95, BGHSt 42, 86, 88; ferner *Hohmann* in: MüKo-StGB, § 138 Rn. 2; Lackner/Kühl, § 138 Rn. 1; *Sternberg-Lieben* in: Schönke/Schröder, § 138 Rn. 1 jeweils m.w.N.

2995 *Dau* in: Erbs/Kohlhaas, § 40 WStG Rn. 2.

2996 *Schwenck* Wehrstrafrecht, S. 198; *Dau* in: Erbs/Kohlhaas, § 40 WStG Rn. 3; *Lingens/Korte* WStG § 40 Rn. 2.

2997 Vgl. zum Schutzzweck des § 258 nur *Altenhain* in: NK-StGB, § 258 Rn. 3; *Bülte* in: Graf/ Jäger/ Wittig § 258 Rn. 3; *Stree/Hecker* in: Schönke/Schröder, § 258 Rn. 1; *Walter* in: Leipziger Kommentar, § 258 Rn. 3 ff.

2998 Vgl. hierzu auch hier S. 295 ff.

2999 Vgl. *Weigend* in: MüKo-StGB, § 14 VStGB Rn. 2.



Regelung der Vorgesetztenverantwortung in Art. 28 IStGH-Statut vor Augen, so wird deutlich, dass es sich auch bei § 14 VStGB letztlich um einen Auffangtatbestand handelt. Es sollen die Fälle erfasst werden, in denen dem Vorgesetzten eine Beteiligung ebenso wenig nachgewiesen werden kann wie die Kenntnis bzw. fahrlässige Nichtkenntnis von der Tatbegehung oder eine Aufsichtspflichtverletzung im Vorfeld der Tat. Der Vorgesetzte wird sanktioniert, der durch seine Nichtmeldung der Tat weiteren Taten Vorschub leistet, indem er den Eindruck erweckt, der begangene Rechtsbruch werde von der Organisation, der Täter und Vorgesetzter angehören, toleriert. Durch die Sanktion soll der Begehung von Taten nach dem Völkerstrafgesetzbuch der psychische Nährboden entzogen werden. Insofern ist eine Ähnlichkeit zu § 140 Nr. 1 StGB zu erkennen, der die Störung des öffentlichen Friedens durch die Belohnung von bestimmten Straftaten unter Strafe stellt; die Vorschrift dient dazu, einer Verbrechensbereitschaft entgegenzuwirken.<sup>3000</sup> Bei diesem Delikt handelt sich ebenso wie bei Unterlassung der Meldung nach § 14 VStGB um ein abstraktes Gefährdungsdelikt;<sup>3001</sup> insofern unterscheidet sich die Strafvorschrift grundlegend von § 258 StGB, der ein Erfolgsdelikt normiert. Schutzgut des § 14 VStGB ist unmittelbar der Rechtsfrieden, der durch die Bestrafung des Untergebenen gewahrt und gestärkt werden soll, und mittelbar das Schutzgut eines jeden Tatbestandes der §§ 6 bis 14 VStGB, das durch die konsequente Sanktionierung von Taten nach dem Völkerstrafgesetzbuch vor der spezifischen Gefahr einer Begehung zukünftiger Taten bewahrt werden soll.

### b) Tatbestand

Die Erfüllung des Tatbestands von § 14 VStGB erfordert, dass es ein Vorgesetzter vorsätzlich unterlässt, eine Tat nach dem Völkerstrafgesetzbuch der für die Untersuchung oder Verfolgung zuständigen Stelle unverzüglich zur Kenntnis zu bringen. Als Vortat kommt hier jedes rechtswidrige tatbestandsmäßige Verhalten eines Untergebenen in Betracht. Soweit unterscheidet sich der Tatbestand nicht von dem der §§ 4, 13 VStGB.<sup>3002</sup>

#### (1) Vorgesetzter als disziplinarischer Vorgesetzter

Der Begriff des *Vorgesetzten* umfasst auch hier sowohl den militärischen Befehlshaber als auch den zivilen Vorgesetzten sowie ihnen nach § 14 Abs. 2 i.V.m. § 4

3000 Vgl. BGH, Urt. v. 18.12.1968 – 2 StR 322/68, BGHSt 22, 282, 285; Ostendorf in: NK-StGB, § 140 Rn. 3.

3001 Vgl. Weigend in: MüKo-StGB, § 14 VStGB Rn. 4.

3002 Vgl. Weigend in: MüKo-StGB, § 14 VStGB Rn. 9 ff.

Abs. 2 VStGB gleichgestellte Personen, also faktische Vorgesetzte.<sup>3003</sup> Jedoch stellt *Weigend* zutreffend fest, dass die Vorgesetztenstellung in § 14 VStGB vom Telos der Bestimmung her eine andere Vorgesetztenstellung meinen muss als §§ 4, 13 VStGB. Während diese Vorschriften Bestimmungen enthalten, die im weitesten Sinne die Mitwirkung an den Taten der Untergebenen betreffen, sanktioniert § 14 VStGB ein nachträgliches Fehlverhalten. Daher könne es nicht auf die Frage der Handlungskontrolle und der Lenkungsmacht, sondern lediglich darauf ankommen, dass der Vorgesetzte die Kompetenz und die Pflicht habe, „durch Weitergabe der nötigen Informationen an die zuständige Stelle untersuchen und verfolgen zu lassen“.<sup>3004</sup> Maßgebend für § 14 VStGB ist daher die Stellung als (faktisch) für die Disziplinierung verantwortlicher Vorgesetzter. Deshalb macht sich der mittlerweile als Vorgesetzter Abgelöste, der nachträglich erkennt, dass seine ehemaligen Untergebenen Straftaten gegen das Völkerstrafgesetzbuch begangen haben, nicht nach § 14 VStGB strafbar, wenn er eine Meldung unterlässt. Strafbar ist dagegen derjenige Vorgesetzte, der erst nachträglich die Vorgesetztenstellung übernimmt und nun von der begangenen Tat erfährt und diese nicht meldet.

Dieser Betrachtung ist im Hinblick auf Wortlaut, Struktur und Rechtsgut des § 14 VStGB zuzustimmen, auch wenn sie zu gewissen Friktionen mit der Grundlage der Strafvorschrift im internationalen Völkerstrafrecht führt, da Art. 28 IStGH-Statut und die Judikatur der Ad-hoc-Gerichtshöfe auch für die Frage der Sanktionierung einer Verletzung der duty to punish im Wesentlichen auf die effective control abgestellt haben.<sup>3005</sup> Doch unter Bezugnahme auf die sich aus Art. 87 ZP I ergebende Pflicht zur Verhinderung von Zuwiderhandlungen gegen das humanitäre Völkerrecht und dem aktiven Eintreten gegen Völkerrechtsverbrechen durch ihre Sanktionierung sind die vom deutschen Gesetzgeber angelegten Maßstäbe für die Sanktionierung von Verletzungen der Verfolgungs- und Sanktionierungspflicht völkerrechtlich nachvollziehbar und als folgerichtig anzusehen.

## (2) Tathandlung des Unterlassens der Meldung

Den Tatbestand des § 14 VStGB erfüllt der Vorgesetzte, der die Tat nicht „unverzüglich der für die Untersuchung oder Verfolgung zuständigen Stelle zur Kenntnis bringt“. Welche Stelle zuständig ist, kann aufgrund der Geltung des Weltrechtsprinzips (§ 1 VStGB) nicht sinnvoll erörtert werden. Anders als bei § 13 VStGB ist hier die Differenzierung zwischen militärischem und zivilem Vor-

3003 Vgl. *Weigend* in: MüKo-StGB, § 14 VStGB Rn. 5.

3004 Vgl. *Weigend* in: MüKo-StGB, § 14 VStGB Rn. 6.

3005 Vgl. S. 599 ff.; *Weigend* in: MüKo-StGB, § 14 VStGB Rn. 6.

gesetzten genauso wenig von Relevanz wie im § 4 VStGB. Auch hier werden an alle Vorgesetzten die gleichen Anforderungen gestellt.

Die Tatbestandsverwirklichung erfolgt durch Zeitablauf,<sup>3006</sup> nämlich durch das „nicht unverzüglich“ Zur-Kennntnis-Bringen der Tat. Ein Zur-Kennntnis-Bringen erfordert die Abgabe einer Mitteilung oder Anzeige an die zuständige Stelle. Bei dem Merkmal „unverzüglich“ handelt es sich dagegen um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Dieser wird im Strafgesetzbuch mehrfach in Verbindung mit Unterrichtungs-, Melde- oder Anzeigepflichten verwendet und zwar in §§ 98 Abs. 2 Satz 2, 138 Abs. 2, 142 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1, 266a Abs. 3 Satz 1, Abs. 6, 328 Abs. 2 Nr. 1, 331 Abs. 2, 333 Abs. 3 StGB. Eine einheitliche Auslegung des Begriffs ergibt sich jedoch aus der zu diesem Merkmal ersichtlichen Rechtsprechung nicht. Die Übernahme der zivilrechtlichen Legaldefinition des § 121 Abs. 1 BGB, der unter unverzüglich „ohne schuldhaftes Zögern“ versteht, führt hier nicht weiter, da diese Umschreibung lediglich die Frage aufwirft, was unter schuldhaft zu verstehen ist.<sup>3007</sup> Die Inhaltsbestimmung des Wortes hat vielmehr im Hinblick auf den Schutzzweck zu erfolgen, so dass man in Übertragung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>3008</sup> zur Unverzüglichkeit in § 142 StGB Folgendes konstatieren kann:

Unverzüglich heißt nicht zwingend sofort.<sup>3009</sup> Maßgeblich ist, ob durch den Zeitablauf zwischen der Kenntnisnahme und der Mitteilung an die Untersuchungs- oder Verfolgungsbehörde gerade der Zweck der Mitteilung, die Untersuchung oder Verfolgung ernstlich gefährdet oder gar vereitelt wird; daher ist dem Vorgesetzten hinreichend Zeit für eine sachgerechte Einschätzung der Situation und entsprechende Überlegungen zu gewähren.<sup>3010</sup> Eine Anzeige der Tat erfolgt damit noch so lange unverzüglich, wie sich der Zeitablauf nicht negativ auf ihre Aufklärung und gegebenenfalls ihre Sanktionierung auswirkt.<sup>3011</sup> Jedoch ist hier im Hinblick darauf, dass das Schutzgut der Norm der Rechtsfrieden und seine Erhaltung durch angemessene Sanktionierung von Taten nach dem Völkerstrafgesetzbuch ist, eine entsprechende Einschränkung vorzunehmen. Auch wenn die Untersuchungen oder die Verfolgung im Einzelfall durch einen längeren Zeitablauf nicht gefährdet werden, weil etwa die Beweislage unzweifelhaft ist, kann die Unverzüglichkeit der Mitteilung dann entfallen, wenn der notwendige zeitliche Zusammenhang zwischen Tat und Sanktion zerrissen wird. Aus kriminologischer

3006 So Weigend in: MüKo-StGB, § 14 VStGB Rn. 14.

3007 A.A. wohl die h.M.: für § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB OLG Koblenz, Urt. v. 1.6.1981 – 1 Ss 230/81, DAR 1981, 330 f.; für § 331 Abs. 3 StGB Fischer, § 331 Rn. 36; für § 98 Abs. 2 Satz 2 Lampel/Hegmann in: MüKo-StGB, § 98 Rn. 23.

3008 BGH, Urt. v. 29.11.1979 – 4 StR 624/78, BGHSt 29, 138 ff.

3009 Vgl. nur OLG Hamm, Urt. v. 9.4.2003 – 20 U 212/02, NJW-RR 2003, 1189, 1190; LG Gießen, Beschl. v. 29.11.2013 – 7 Qs 192/13, BeckRS 2014, 02324.

3010 Vgl. Weigend in: MüKo-StGB, § 14 VStGB Rn. 14.

3011 Vgl. Weigend in: MüKo-StGB, § 14 VStGB Rn. 14.

Sicht ist es für die Wirkung einer Strafe auf den Rechtsfrieden sehr wichtig, dass die Sanktionierung einer Straftat innerhalb einer möglichst kurzen Frist nach der Tat erfolgt.<sup>3012</sup> Hier mögen einige wenige Tage nicht von Belang sein, wartet der Vorgesetzte jedoch wochenlang ab, so bringt er die Tat selbst dann nicht mehr unverzüglich zur Kenntnis, wenn die Verzögerung keine Ermittlungsnachteile zur Folge hat. Er verwirklicht den Straftatbestand des § 14 VStGB, weil der Eindruck einer Billigung der Tat entstehen kann.

### (3) Meldepflicht und Ausnahmen

Mit der Frage der Unverzüglichkeit in einem gewissen Zusammenhang steht die Frage, inwiefern der Täter auch dann zur Einleitung der Verfolgung verpflichtet sein kann, wenn offensichtlich ist, dass die Tat nicht mehr effektiv verfolgt werden kann. Dies ist beispielsweise denkbar, wenn die Beweislage so ungünstig ist, dass eine Verfolgung aussichtslos erscheint, der Verfolgung andere Hindernisse entgegenstehen – wie etwa der Tod des Untergebenen – oder auch eine Verfolgung bereits im Gange ist. Hier hat *Weigend* das unbenannte Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit der Verfolgung in den Tatbestand eingefügt.<sup>3013</sup> Die Erforderlichkeit des pflichtgemäßen Verhaltens ist ein Tatbestandsmerkmal, das einem abstrakten Gefährdungsdelikt grundsätzlich fremd ist, da es nicht darauf ankommt, ob die tatbestandliche Unterlassung im konkreten Fall tatsächlich eine Gefährdung des Schutzgutes der Strafvorschrift bewirken kann. Jedoch wäre es widersinnig, strafbares Unrecht anzunehmen, soweit die Erfüllung der Meldepflicht sinnlos wäre, weil eine Verfolgung offensichtlich nicht stattfinden oder zumindest nicht zu einer Sanktionierung wegen einer Tat nach dem Völkerstrafgesetzbuch führen kann. Eine tatsächlich erfüllbare, aber im konkreten Fall sinnlose Meldeverpflichtung kann nicht strafbewehrt sein; dies würde zu einem verfassungsrechtlich kaum haltbaren Strafrechtsschutz für die Erfüllung einer Formpflicht führen. Daher kommt eine Tatbestandserfüllung nur dann in Betracht, wenn die Meldepflicht auch strafrechtlich existent, weil relevant ist und mit einer für die Strafverfolgung positiven Wirkung erfüllt werden kann.

### c) Verhältnis der Verletzung der Meldepflicht zur Beteiligung an Taten nach dem Völkerstrafgesetzbuch

Eine Gesetzesverletzung nach § 14 VStGB kann grundsätzlich in Konkurrenz mit anderen Straftaten treten. Nach dem Wortlaut des Gesetzes kommt eine Strafbarkeit auch dann in Betracht, wenn der Vorgesetzte als Teilnehmer einer Tat nach

3012 Vgl. zu diesem allgemeinen Grundsatz etwa *Streng* Jugendstrafrecht, Rn. 22 m.w.N.

3013 Vgl. *Weigend* in: MüKo-StGB, § 14 VStGB Rn. 12.

dem Völkerstrafgesetzbuch oder nach §§ 13, 4 VStGB für die Vortat bestraft wird. Denn § 14 VStGB fordert eine Tat, die ein Untergebener begangen hat. Damit scheidet grundsätzlich nicht einmal eine Tat als Vortat aus, an der der Vorgesetzte als Mittäter beteiligt gewesen ist, denn diese wäre zumindest auch von dem Untergebenen selbst begangen. Dennoch kommt eine Konkurrenz von Beteiligung nach §§ 26, 27 StGB oder § 4 VStGB an der Vortat und § 14 VStGB aus zwei Gründen nicht in Betracht:

Zum einen kann die Pflicht zur Mitteilung einer Straftat an die zur Untersuchung und Verfolgung zuständige Stelle nicht gegeben sein, wenn der Meldepflichtige damit unter Strafandrohung gezwungen würde, eine Tat anzuzeigen, an der er selbst in strafbarer Weise beteiligt gewesen ist. Eine solche Pflicht würde dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit zuwiderlaufen. Zum anderen stellt § 14 VStGB einen Auffangtatbestand dar, um die Fälle von Pflichtverletzungen durch Vorgesetzte zu erfassen, die nicht selbst Beteiligung oder zumindest fahrlässige Mitwirkung an der Straftat nach dem Völkerstrafgesetzbuch sind. Ein Auffangtatbestand kommt jedoch schon denklogisch nur dann zum Tragen, wenn die Handlung von anderen Strafnormen, die schwere Strafe androhen, nicht erfasst wird.

Durch ähnliche Überlegungen wird auch das Verhältnis von § 14 zu § 13 VStGB bestimmt. Auch hier ist zunächst der Auffangcharakter des strafbaren Unterlassens der Meldung einer Straftat bestimmend für das Konkurrenzverhältnis. Zwar mag es hier hinsichtlich des Strafrahmens zu einer Situation kommen, in der eine Vorrangigkeit des § 13 VStGB durch die Strafandrohung zum Ausdruck gebracht wird, etwa wenn es sich um eine fahrlässige Aufsichtspflichtverletzung handelt, die ebenso wie das Unterlassen der Meldung einer Straftat mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren bestraft werden kann. Jedoch geben auch hier der Grundsatz des *nemo tenetur* und die Systematik der Vorgesetztenverantwortlichkeit nach dem Völkerstrafgesetzbuch vor, dass die jeweils vorrangige Norm die nachrangige ausschließt, soweit es die gleiche Tat betrifft. Liegt also eine Strafbarkeit gemäß § 4 oder § 13 VStGB vor, so scheidet eine Strafbarkeit wegen des Unterlassens der Meldung aus. Dabei ist jedoch zu beachten, dass nicht schon die Meldepflicht entfällt, sondern erst die Schuldhaftigkeit der Verletzung der Meldepflicht wegen Unzumutbarkeit zu verneinen ist. Dieser Aspekt kann im Rahmen der Teilnahme an der Nichtmeldung relevant werden.

#### *d) Verhältnis zum StGB*

Hinsichtlich des Verhältnisses von Taten nach § 14 VStGB zu solchen nach dem StGB erscheint der Bezug zu § 258 StGB aufgrund der Ähnlichkeit der zu erfüllenden Pflichten besonders relevant. Doch ergibt sich in diesem Zusammenhang insofern ein praktisches Problem: Unterlassungstäter des § 258 StGB kann der

Vorgesetzte nur sein, wenn er eine Garantenstellung innehat. Diese ergibt sich in der Regel aus der besonderen Aufgabe, an der Strafverfolgung mitzuwirken. Ist der Vorgesetzte aber selbst mit der Strafverfolgung befasst, so kann er eine Meldung an die zuständige Stelle nicht mehr unterlassen, da er Teil dieser Stelle ist und diese damit schon Kenntnis von der Tat hat. Er ist dann aus §§ 258, 13 StGB, nicht jedoch gemäß § 14 VStGB strafbar. Damit scheidet jedoch nur ein Konkurrenzverhältnis zwischen §§ 258, 258a, 13 StGB und § 14 VStGB aus, da Letzterer nur dann erfüllt sein kann, wenn der Täter selbst zur Mitwirkung an der konkreten Strafverfolgung berufen, also Teil der zuständigen Stelle ist. Eine Strafbarkeit wegen Strafvereitelung durch Unterlassen in Tateinheit mit Unterlassen der Meldung einer Straftat nach dem Völkerstrafgesetzbuch ist jedoch dann denkbar, wenn der Vorgesetzte ausnahmsweise zur Meldung der Tat zum Zwecke der Strafverfolgung verpflichtet ist. Hier reicht § 14 VStGB selbst nicht aus, um eine hinreichende Garantenstellung im Sinne des § 258 StGB zu begründen. Zwar statuiert § 14 VStGB die Meldepflicht des Vorgesetzten, jedoch dient die Norm dem Zweck der Wahrung und Herstellung des Rechtsfriedens und nicht unmittelbar der Strafverfolgung, es fehlt an der für die Garantenstellung erforderlichen Interessenidentität zwischen tatbestandlichem Schutzgut und Zweck der Garantenstellung.<sup>3014</sup> Ist der Vorgesetzte jedoch aufgrund einer ausdrücklichen Dienstanweisung oder eines entsprechenden Befehls verpflichtet, Straftaten anzuzeigen, um damit die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs zu ermöglichen und nicht nur um die Disziplin und Ordnung der Streitkräfte aufrechtzuerhalten, so kommt eine Garantenstellung und damit eine Unterlassungstäterschaft gemäß §§ 258, 13 StGB in Idealkonkurrenz zu § 14 VStGB in Betracht. Hier verdrängt auch § 258 StGB trotz des höheren Strafmaßes die Tat nach § 14 VStGB nicht, da die Straftatbestände der Erhaltung verschiedener Schutzgüter dienen und damit eine Sanktionierung aus beiden Normen erforderlich ist, um den vollständigen Unrechtsgehalt der Pflichtverletzung und ihrer Folgen aufzufangen.

## II. Fazit zur Struktur der Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafgesetzbuch

Der Gesetzgeber hat nach herrschender Auffassung mit der Konzeption und Umsetzung des Völkerstrafgesetzbuchs gute Arbeit geleistet.<sup>3015</sup> Das gilt nicht nur für

3014 Zur Interessenidentität *Sangenstedt* Garantenstellung und Garantenpflicht, S. 532 f. und *Rudolphi* NStZ 1991, 361, 364; ferner *Bülte* NStZ 2009, 57, 58.

3015 So auch *Weigend* ZStW 116 (2004), 999, 1026 f. zur Regelung der Vorgesetztenverantwortlichkeit im VStGB; zum VStGB insgesamt spricht *Satzger* (NStZ 2002, 125, 132) von einem „großen Wurf“, ähnlich positiv *Werle/Jeffberger* JZ 2002, 725, 734; i.E. auch *Vogel* ZStW 114 (2002), 403, 435 f.

das Gesetzeswerk im Allgemeinen, sondern auch für die Vorgesetztenverantwortlichkeit im Besonderen. Die dogmatische Konstruktion einer Auffächerung des Art. 28 IStGH-Statut in Einzeltatbestände mit unterschiedlichem Unrechtsgehalt, durch welche die weite Haftung des Vorgesetzten für die Taten Untergebener umgesetzt worden ist, erfasst das strafwürdige und strafbedürftige Unrecht im Wesentlichen hinreichend und mit der gebotenen Rücksicht auf die das Strafrecht prägenden Verfassungsprinzipien, insbesondere das Schuldprinzip. Mit Rücksicht auf den Schuldgrundsatz haben die Urheber des Gesetzesentwurfs bewusst darauf verzichtet, den fahrlässig die Hinderung einer Tat nach dem Völkerstrafgesetzbuch unterlassenden Vorgesetzten *wie* einen oder *als Täter* der Bezugstat des Untergebenen zu bestrafen.<sup>3016</sup> Auf eine Strafdrohung gegenüber dem Vorgesetzten, der die Meldung einer Straftat nach dem Völkerstrafgesetzbuch fahrlässig unterlässt, hat der Gesetzgeber ebenfalls verzichtet. Eine Begründung dafür findet sich in den Entwürfen zum Völkerstrafgesetzbuch nicht.

Ein Blick auf die strafrechtsdogmatische Systematik der Vorgesetztenverantwortlichkeit zeigt eine Dreigliederung: die einheitstäterschaftliche vorsätzliche Beteiligung nach § 4 VStGB, die Beteiligung an der Tat des Untergebenen durch fahrlässige Aufsichtspflichtverletzung nach § 13 VStGB und die unterlassene Verfolgung von Straftaten Untergebener nach § 14 VStGB. Während es sich bei den ersten beiden Stufen um Beteiligungsregeln – zumindest im weitesten Sinne – handelt, die auf die Schutzgüter der konkreten Bezugstat ausgerichtet sind, beinhaltet § 14 VStGB eine Regelung, die lediglich allgemein dem Schutz der Rechtsgüter des Völkerstrafgesetzbuchs dienen soll.

Basis dieser dreistufigen Vorgesetztenverantwortlichkeit sind die Art. 28 IStGH-Statut zugrunde liegenden Pflichten zur Verhinderung und Sanktionierung von Straftaten gegen das Völkerstrafgesetzbuch, die dem Vorgesetzten aufgrund der Übernahme seiner Aufgaben obliegen. Diese Pflichten entstehen bei dem Vorgesetzten, weil dieser mit der tatsächlichen Übernahme der Erfüllung völkerrechtlicher Pflichten des Staates in eine eigene Pflichtenstellung hineinwächst. Aus Art. 87 ZP I hat jeder Signatarstaat die *duty to prevent and to punish*. Diese Pflichten kann der Staat als Völkerrechtssubjekt nicht selbst wahrnehmen, sondern muss sie delegieren. Erfolgt eine solche Delegation, so erwächst daraus auch für den Delegationsempfänger eine entsprechende Pflichtenstellung. Nimmt ein Rechtssubjekt das ausschließlich Staaten zukommende Gewaltmonopol für sich in Anspruch, so entstehen in Parallelität des in Anspruch genommenen Rechts zur Ausübung von Gewalt und Schaffung von Gefahren für die Rechtsgüter des Völkerstrafgesetzbuchs die Pflichten zur Verhinderung und Sanktionierung.

Diese Pflichten fächern sich in die beschriebene dreistufige Haftung des Vorgesetzten für die Erfüllung der Aufgaben zum Schutz dieser Rechtsgüter auf. Die

3016 Vgl. BT-Drs. 14/8524, S. 36.

Vorschriften über die Vorgesetztenverantwortlichkeit stellen insofern Einfassungen einer spezifischen Art der Garantenverantwortlichkeit dar. Den Vorgesetzten kann man als Garanten kraft institutionalisierter Kontrollmacht bezeichnen. Er ist ein Garant, der kraft Übernahme der Aufgabe eine – im Hinblick auf die Rechtsgüter des Völkerstrafrechts – spezifische Gefahrenquelle zu überwachen hat. Der Vorgesetzte ist für die Verhinderung von Straftaten verantwortlich, die sich daraus ergeben, dass die Verbindung menschlicher Unzulänglichkeiten mit der Gefährlichkeit bestimmter Sachen, Einrichtungen oder Institutionen für die betreffenden Rechtsgüter des Völkerstrafgesetzbuchs besonders brisante Risikoquellen hervorbringen. Insofern ist der Vorgesetzte, der nicht formell militärischer Befehlshaber oder hoheitlicher Vorgesetzter ist, letztlich *nur* ein Garant, wenn auch ein besonders verpflichteter, weil er zum Schutz besonders wichtiger Rechtsgüter auf Posten gestellt ist und seine Fehler und Versäumnisse extreme Auswirkungen haben können.

#### *D. Ergebnisse der Untersuchung zur Struktur der Vorgesetztenverantwortlichkeit im deutschen Strafrecht und ihre Bewertung*

Nachdem nun die Regelungen erörtert worden sind, die das allgemeine Strafrecht und das sogenannte Nebenstrafrecht zum Zwecke der Umsetzung von Vorgesetztenverantwortung in strafrechtliche Verantwortlichkeit zur Verfügung stellen, muss sich diese Untersuchung die Frage vorlegen, ob und welche strafrechtsdogmatischen Strukturen sich aus den bestehenden Vorschriften für die Vorgesetztenverantwortlichkeit im Allgemeinen ableiten lassen. Insbesondere ist zu erörtern, inwiefern es möglich erscheint, aus dem Konglomerat der Regelungen, mit denen insbesondere das Nebenstrafrecht den Versuch unternimmt, dem hier gegenständlichen Phänomen des Auseinanderklaffens von Verantwortung und strafrechtlicher Verantwortlichkeit Herr zu werden. Alle hierzu geschaffenen Regelungen erfassen jeweils nur einen Ausschnitt der Verantwortlichkeit. Dennoch erscheint es möglich, ein effektives Organon zu entwickeln, um die tatsächliche – also mit nicht rechtlicher, sondern wörtlicher Verantwortung im Sinne von für etwas „*Rede und Antwort stehen müssen*“ erfüllte – Entscheidungsgewalt des Vorgesetzten in eine Verantwortlichkeitssphäre mit Rechtscharakter zu transformieren. Die Frage, der sich die folgenden Ausführungen nähern wollen, lautet also: Inwieweit und in welcher Weise sind die im bisher geltenden Recht bestehenden Teilregelungen geeignet, die Vorgesetztenverantwortung als strafrechtliche Verantwortlichkeit hinreichend abzubilden?