

Der Verteidigungswille: Eine noch unerforschte inhärente Voraussetzung des Selbstverteidigungsrechts?*

Von *Eduardo José Pintore*, Córdoba/Argentinien**

Zusammenfassung: *Artikel 51 der UN Charta begründet das Recht auf Selbstverteidigung ohne es in seinen Voraussetzungen näher zu beschreiben. Rechtssprechung und Rechtslehre ordnen diesem Rechtsinstitut verschiedene Voraussetzungen zu wie, z.B. die Gegenwärtigkeit des Angriffs oder die Erforderlichkeit bzw. Verhältnismässigkeit der Verteidigung. Der Verteidigungswille aber wird auf völkerrechtlicher Ebene nicht behandelt, obwohl dieser ein anerkannter Bestandteil der innerrechtlichen Notwehr ist. Die Auseinandersetzung mit der Staatenpraxis bzgl. der Ausübung des völkerrechtlichen Selbstverteidigungsrechts weist darauf hin, dass der Verteidigungswille als innewohnendes Element dieses Rechtsinstituts anzuerkennen ist.*

Abstract: *Article 51 of the UN Charter recognizes the right to self-defense without describing its requirements in detail. Consequently, various conditions of this legal institute such as, for example, the imminence of the attack or the necessity and proportionality of the defense were developed by resorting to jurisprudence and legal doctrine. The defense will, however, is not discussed within the international sphere, although it is a recognized requirement of self defense in national law. A careful examination of the state practice with regard to the exercise of the right of self-defense under international law, points out that the defense will is recognized as a constitutive element of this legal instrument.*

A. Einführung

In verschiedenen Fällen, in denen die Gewaltanwendung eines Staates oder einer Gruppe von Staaten gegenüber einem anderen Staat durch das Selbstverteidigungsrecht gerechtfertigt wurde, treten Sachverhalte zu Tage, die keiner der heute anerkannten Voraussetzungen dieses völkerrechtlichen Rechtsinstituts zugeordnet werden können. So stellt sich etwa im Hinblick auf die *Operation Iraqi Freedom* des Jahres 2003 die Frage, wie der Irrtum bzw. der vermeintliche Irrtum der US-amerikanischen Regierung hinsichtlich der Existenz von Massenvernichtungswaffen im Irak einzuordnen ist. Bei der *Operation Enduring Freedom* des Oktober 2001 stellt sich die Frage nach einer Einordnung von über die bloße Verteidigung hinausgehenden Beweggründen, da sich diese Operation nicht auf die Beseitigung der al-

* Der Verfasser dankt Herrn Micha Sygusch, Freie Universität Berlin, vielmals für sprachliche Beratung und Korrektur.

** Profesor Ayudante (Hilfsprofessor) für Völkerrecht an der juristischen Fakultät der Universidad Nacional de Córdoba, Argentinien.

Qaida-Lager in Afghanistan beschränkte, sondern darüber hinaus auch auf den Sturz des Taliban-Regimes abzielte und mit der militärischen Besetzung des gesamten Landes endete. Weitere Beispiele finden sich zu Beginn des Zweiten Weltkrieges: An welcher Voraussetzung des Selbstverteidigungsrechts sind die vorgetäuschten Vorfälle (einschließlich des vermeintlichen Überfalls auf den Radiosender *Gleiwitz*) zu messen, die als Vorwand zur Selbstverteidigung dienten und mit dem Ausbruch des Zweiten Weltkriegs endeten? Zwar hat die Völkerrechtswissenschaft Sachverhalte dieser Art behandelt, sie ist jedoch nicht zu einer eindeutigen Zuordnung zu einer der anerkannten Voraussetzungen des Rechtsinstituts der Selbstverteidigung gelangt.

Art. 51 der Charta der Vereinten Nationen erkennt das Recht auf Selbstverteidigung im Völkerrecht an, beschreibt es aber in seinen Voraussetzungen nicht näher. Die von der Rechtsprechung und Rechtslehre gegebene Beschreibung entspricht im Wesentlichen den Voraussetzungen des gleichgerichteten Rechtsinstituts des innerstaatlichen Rechts, der Notwehr. So zeichnet sich auch die völkerrechtliche Selbstverteidigung durch zwei Elemente aus: dem Angriff auf der einen Seite und der Verteidigung auf der anderen. Es muss ein gegenwärtiger Angriff vorliegen, eine Verteidigung kann nur gerechtfertigt sein, *if an armed attack occurs*.¹ Dieser muss rechtswidrig sein, denn er muss zugleich eine Verletzung des Art. 2 Abs. 4 der Charta der Vereinten Nationen darstellen.² Im Unterschied zur innerstaatlichen Notwehr muss der Angriff zudem von einem Staat³ ausgehen und es muss sich um

1 So wie es die englische Fassung des Art. 51 UN-Charta fordert. Die Voraussetzung der Gegenwärtigkeit des Angriffs kann aus rechtslogischen Gründen nicht geleugnet werden: Wird die Gegenwärtigkeit des Angriffs durch „gegenwärtige Gefahr“ ersetzt, so wird eine Prüfung der weiteren anerkannten Voraussetzungen dieses Rechtsinstituts, nämlich der Rechtswidrigkeit des Angriffs sowie der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Verteidigungshandlung, heillos problematisiert, wenn nicht unmöglich gemacht. Siehe: *Eduardo José Pintore*, Das präventive Selbstverteidigungsrecht im Lichte allgemeiner Rechtsgrundsätze, Frankfurt am Main 2011, S. 343 ff.

2 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) I.C.J. Reports 1986, Rn. 211. In der Rechtslehre: *Philip Kunig / Robert Uerpmann-Wittack*, Übungen im Völkerrecht, 2. Auflage, Berlin 2006, S. 20; *George Fletcher / Jens David Ohlin*, Defending Humanity. When Force is Justified and Why, New York 2008, S. 89; *Terry D. Gill*, The Temporal Dimension of Self-Defense: Anticipation, Preemption, Prevention and Immediacy, in: *Michael Schmitt / Jelena Pejic* (Hrsg.), International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines. Essays in Honour of Yoram Dinstein, Leiden – Boston 2007, S. 117; *Pierluigi Lamberti Zanardi*, La Legittima Difesa nel diritto internazionale, Milano 1972, S. 231. Die Voraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs führt zugleich dazu, dass keine Selbstverteidigung möglich ist, wenn der „Angriff“ entweder eine Selbstverteidigungshandlung nach Art. 51 UN-Charta oder eine Maßnahme des UN-Sicherheitsrats in Anwendung des Kapitels VII der UN-Charta darstellt.

3 Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, Rn. 139.

einen bewaffneten Angriff handeln.⁴ Auf der anderen Seite muss die Verteidigung sowohl erforderlich⁵ als auch verhältnismäßig⁶ sein.

Soweit die anerkannten Voraussetzungen der Selbstverteidigung im Völkerrecht. Bei der innerstaatlichen Notwehr wird darüber hinaus noch eine weitere Voraussetzung aufgestellt, nämlich das Vorliegen eines Verteidigungswillens, eines *animus defendendi*. Das Subjekt, das sich verteidigt, muss die Notwehrlage erkennen und mit dem Willen zur Verteidigung handeln.

Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, ob der Verteidigungswille bei der völkerrechtlichen Selbstverteidigung als inhärentes Element vorhanden ist. Eine Antwort hierauf wird auf zwei Wegen gesucht. Zunächst wird geprüft, ob es sich bei dieser Voraussetzung um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Völkerrechts handelt. Sodann werden verschiedene Sachverhalte daraufhin untersucht, ob sich das Erfordernis eines Verteidigungswillens bereits nachweisen lässt.

4 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) I.C.J. Reports 1986, Rn. 191, 194, 195, 211 und 249; Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America) I.C.J. Reports 2003, Rn. 64, 72 und 161 ff; René Voigtländer, Notwehrrecht und kollektive Verantwortung. Die zeitliche Begrenzung des Rechts zur Selbstverteidigung nach Art. 51 UN-Charta im Licht von Handlungsinstrumenten des UN-Sicherheitsrats, Frankfurt am Main 2001, S. 28; Torsten Stein / Christian von Buttlar, Völkerrecht, 12. Auflage, Köln – München 2009, Rn. 784; Michael Bothe, Friedenssicherung und Kriegsrecht, in: Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 4. Auflage, Berlin 2007, Rn. 19; Stanimir A. Alexandrov, Self-Defense Against the Use of Force in International Law, Den Haag 1996, S. 98; Albrecht Ranzhofer, Art. 51 UN-Charta, in: Bruno Simma (Hrsg.), The Charter of the United Nations. A Commentary, 2. Auflage, Band I, München 2002, Art. 51, Rn. 20.

5 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) I.C.J. Reports 1986, Rn. 176; Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America) I.C.J. Reports 2003, Rn. 73; UN Doc. A/59/565, A more secure world: our shared responsibility. Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change, Rn. 188; Martin Kunde, Der Präventivkrieg. Geschichte, Entwicklung und gegenwärtige Bedeutung, Frankfurt am Main 2007, S. 120; Stephan Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 9. Auflage, Tübingen und Basel 2008, S. 335; Gill, Fn. 2, S. 123 f; Christian Meisner / Christian von Buttlar, Militärische Terrorismusbekämpfung unter dem Regime der UN-Charta, Baden-Baden 2005, S. 87.

6 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) I.C.J. Reports 1986, Rn. 176; Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, Rn. 41; Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America) I.C.J. Reports 2003, Rn. 77; UN Doc. A/59/565, Fn. 5, Rn. 188; Brun-Otto Bryde, Self-Defense, in: Rudolf Bernhardt (Hrsg.), Encyclopedia of Public International Law, Amsterdam 2000, S. 362; Stein / von Buttlar, Fn. 4, Rn. 794; Hobe, Fn. 5, S. 335; Bothe, Fn. 4, Rn. 19; Markus Kotzur, „Krieg gegen den Terrorismus“. Politische Rhetorik oder neue Konturen des „Kriegsbegriffs“ im Völkerrecht?, AVR 40 (2002) 454 (476); Cristina Rodriguez de Taborda, in: Arturo Santiago Pagliari (Hrsg.), Curso de Derecho Internacional Público, Córdoba, Argentina 2007, S. 533.

B. Der Verteidigungswille bei der innerstaatlichen Notwehr

Sollte der Verteidigungswille eine inhärente Voraussetzung der völkerrechtlichen Selbstverteidigung sein, so müsste er auch im innerstaatlichen Recht verschiedener Staaten Anerkennung gefunden haben.

I. Anerkennung des Verteidigungswillens und Anforderungen an diesen im innerstaatlichen Recht

Der *animus defendendi* wird in verschiedenen Rechtsordnungen als unabdingbare Voraussetzung des Notwehrrechts gefordert. Es wird vom Verteidiger erwartet, dass er sowohl die Notwehrlage erkennt als auch mit dem Willen zur Verteidigung handelt. Im Folgenden soll auf diese Anerkennung *in foro domestico* näher eingegangen werden.

Im deutschen Recht wird ein Verteidigungswille bei der Ausübung des Notwehrrechts gefordert, d.h. ein finaler Wille zur Verteidigung, der zwar von anderen Beweggründen – wie z.B. Hass oder Rache – begleitet sein, nicht aber im Hintergrund stehen darf.⁷ Der Verteidigungswille erfordert Kenntnis der Notwehrlage⁸ und den Willen, sich zu verteidigen.⁹

Auch in Argentinien ist die Voraussetzung eines Verteidigungswillens anerkannt.¹⁰ Jiménez de Asúa merkt an, dass zwar das Vorliegen einer Notwehrlage objektiv zu bestimmen sei, denn sowohl die Rechtfertigungsgründe als auch ihre rechtlichen Folgen müssten objektiv beurteilt werden. Dies schließe aber ein subjektives Notwehrelement, also den Verteidi-

7 BGH, Beschl. v. 8. März 2000 – 3 StR 67/00, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), (2000) 365 (366); BGH, Beschl. v. 23. August 1991 – 2 StR 360/91, BGH-Rechtsprechung (BGHR), Strafsachen § 32 Abs. 2 Verteidigungswille 1, m.w.N; BGH, Beschl. v. 1. März 1989 – 3 StR 11/89, BGHR, Strafsachen, § 32 Abs. 2. Angriff 3, subjektive Einschätzung; Urs Kindhäuser, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Baden-Baden 2009, § 16, Rn. 37 und 38; Karl Lackner / Kristian Kühl, Strafgesetzbuch. Kommentar, 27. Auflage, München 2011, § 32, Rn. 7; Thomas Fischer, § 32 StGB, in: Beck'scher Kurz-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 58. Auflage, München 2011, § 32, Rn. 25; Hans-Heinrich Jescheck / Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996, § 32, S. 342 f; Jürgen Baumann / Ulrich Weber / Wolfgang Mitsch, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch, Bielefeld 2003, § 17, Rn. 31; Johannes Wessels / Werner Beulke, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau, 40. Auflage, Heidelberg 2010, Rn. 333 und 350 a.

8 Günter Stratenwerth / Lothar Kuhlen, Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat, 5. Auflage, Köln-Berlin-München 2004, § 9, Rn. 94; Walter Perron, § 32 StGB, in: Adolf Schönke / Horst Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 28. Auflage, München 2010, § 32, Rn. 63; Lackner / Kühl, Fn. 7, § 32, Rn. 7; Kindhäuser, Fn. 7, § 16, Rn. 37 und 38; Wolfgang Joecks, Strafgesetzbuch. Studienkommentar, 9. Auflage, München 2010, § 32, Rn. 17; Hans-Ludwig Günther, § 32 StGB, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Auflage, 1999, § 32, Rn. 132 und 135.

9 Kindhäuser, Fn. 7, § 16, Rn. 37 und 38; Lackner / Kühl, Fn. 7, § 32, Rn. 7; Fischer, Fn. 7, § 32, Rn. 25; Jescheck / Weigend, Fn. 7, § 32, S. 342 ff; Baumann / Weber / Mitsch, Fn. 7, § 17, Rn. 32; Wessels / Beulke, Fn. 7, Rn. 333 und 350 a.

10 Siehe z.B. Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal. Parte General. Tomo III. Teoría General de Delito, Buenos Aires 2008, S. 219.

gungswillen, nicht aus, wie auch die objektive Rechtswidrigkeit die subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen nicht ausschließe.¹¹

Das US-amerikanische Rechtssystem fordert ebenfalls, dass der Täter bei seiner Verteidigungshandlung zum Zwecke (*purpose*) der Verteidigung handelt.¹² Der Täter muss vernünftigerweise glauben (*reasonably believe*), angegriffen zu werden,¹³ wobei die Rechtsprechung das Vorliegen dieses Erfordernisses teilweise objektiv¹⁴ und teilweise subjektiv¹⁵ bestimmt. Insoweit sieht sich eine subjektive Bestimmung Kritik ausgesetzt, da sie einer für die Rechtsfertigungsgründe charakteristischen objektiven Bestimmung widerspreche und dazu führen könne, dass es zu einer „Notwehr gegen Notwehr“ komme, da man dem Angegriffenen ein Notwehrrecht gegenüber dem irrgen „Verteidiger“ zubilligen müsse.¹⁶

Auch im italienischen Rechtssystem wird ein *animus defendendi* gefordert, der Täter muss die Notwehrlage erkennen und mit dem Wille zur Verteidigung handeln.¹⁷

Als weitere Rechtsordnungen, die die Voraussetzung eines Verteidigungswillens anerkennen, können Costa Rica,¹⁸ Guatemala,¹⁹ Honduras,²⁰ Spanien,²¹ die Schweiz²² und Uruguay²³ genannt werden.

11 Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. El Delito. Segunda Parte: Las Causas de Justificación, Buenos Aires 1952, § 1299, S. 80, m.w.H.

12 Markus D. Dubber, Einführung in das US-amerikanische Strafrecht, München 2005, S. 152.

13 Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law, 2. Auflage, 2003, § 10.4(a). In der Rechtsprechung siehe, z.B.: State v. Shaw (96-546); 168 Vt. 412; 721 A2d 486. Dort heißt es: “[...] longstanding requirement that, for self-defense to be ‘just and necessary’, a defendant’s belief that he faces imminent peril, and his belief in the need to employ deadly force to repel that peril must be reasonable”.

14 So z.B. U.S. v. Peterson 1222 (1973): “These beliefs must not only have been honestly entertained, but also objectively reasonable in the light of the surrounding circumstances. It is clear that no less than a concurrence of these elements will suffice”. In People v. Goetz 68 N.Y.2d 96, 497 N.E.2d 41 (1986) betont das Gericht, dass diese *reasonably believes* eine „reasonable basis, viewed objectively“ haben müssen.

15 Der Court of Appeals of Oklahoma hat in Betchel v. State, 840 P.2d 1, 26-27 (1992), nach eigenen „hybriden“ Standards festgestellt, dass diese Voraussetzung erfüllt sein kann, obwohl z.B. eine Gefahr für das Leben oder die körperliche Unversehrtheit tatsächlich nicht vorhanden ist, wenn eine vernünftige Person bei den gegebenen Umständen aus der Perspektive des Täters vernünftigerweise glauben würde, dass eine unmittelbaren Gefahr besteht.

16 Kathryn Jo Rosen, The Excuse of Self-Defense: Correcting a Historical Accident on Behalf of Battered Women who kill, The American University Law Review 36 (1986-87), S. 18 ff. und 32.

17 Giovanni Findaca / Enzo Musco, Diritto Penale. Parte Generale, 5. Auflage, Bologna 2007, S. 287.

18 Francisco Castillo González, La Legítima Defensa, San José 2004, S. 201.

19 Carlos Roberto Enriquez Coulun, El delito como acción antijurídica, in: José Luis Díez Ripollés / Esther Giménez Salinas Colomer (Hrsg.), Manual de Derecho Penal Guatemalteco. Parte General, Guatemala 2001, S. 262.

20 Siehe Art. 24 Abs. 3 des honduranischen Código Penal.

21 Juan J. Bustos Ramírez / Hernán Hormazábal Malarée, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Madrid 2006, S. 268.

22 Kurt Seelmann, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Basel 2007, S. 72; José Hurtado Pozo, Droit Pénal. Partie Général, Nouvelle édition, Genéve – Zurich – Bâle 2008, Rn. 731.

Wenn der *animus defendendi* bzw. Verteidigungswille also sowohl die Kenntnis der Notwehrlage als auch den Willen, sich zu verteidigen, voraussetzt, so ist festzustellen, dass diese beiden Voraussetzungen mit ganz eigenen Problemkonstellationen verbunden sind. Dem Kenntniselement ist die Frage nach dem *error*, vor allem nach dem *error de facto*, zuzuordnen. Es geht hier um die falsche Wahrnehmung einer eigentlich inexistenten Notwehrlage, was im Strafrecht unter dem Begriff der Putativnotwehr behandelt wird.²⁴ Im Hinblick auf das Willenselement stellt sich sowohl die Frage nach dem Umgang mit anderen Beweggründen, die neben der Verteidigungsabsicht mitwirken können, weshalb hier von gemischten Beweggründen gesprochen wird, als auch nach dem Umgang mit der vorgetäuschten Notwehr.

Was das Kenntniselement betrifft, so ist im innerstaatlichen Recht eine Tendenz festzustellen, dieses Erfordernis nach objektiven Maßstäben zu bestimmen, was der objektiven Natur der Rechtfertigungsgründe entspricht.²⁵

Was das Willenselement betrifft, duldet das innerstaatliche Recht das Vorhandensein von weiteren Beweggründen, wie z.B. Hass, Rache etc., neben dem Willen zur Verteidigung, dies allerdings unter der Bedingung, dass diese nicht die entscheidenden Motive sind und somit der Wille zur Verteidigung nicht in den Hintergrund gedrängt wird.²⁶

Bei der vorgetäuschten Notwehr – ebenfalls eine Frage des Willenselements – geht um Fälle, in denen eine Person, die eigentlich selbst angreifen will, eine Lage vorbereitet, in der sie als Verteidiger erscheint, also z.B. einen Mord als Notwehr tarnt.²⁷ In diesen Fällen fehlt es an einem Verteidigungswillen, weil keine Notwehrlage gegeben ist.

23 Miguel Langón Cuñarro, *Manual de Derecho Penal Uruguayo*, Montevideo 2006, S. 273.

24 Wobei es im Allgemeinen eher um eine Frage der Schuld und nicht der Rechtswidrigkeit geht (siehe in Italien: *Gianluigi Brocca / Marco Mingrone*, *La Legittima Difesa*, Milano 2003, S. 76. In Spanien: *Bustos Ramírez / Hormazábal Malaréa*, Fn. 21, S. 268). Beim Verteidigungswillen ist aber die Frage nach der Kenntnis der Notwehrlage unumgänglich, denn auf dieser Kenntnis begründet sich der Wille zur Verteidigung und ihr Fehlen führt dazu, dass aus anderen Beweggründen gehandelt wird.

25 S. für Deutschland z.B. das Urteil des BGH vom 18. April 2002 (BGH, Urt. v. 18. April 2002 – 3 StR 503/01). In Italien das Urteil des Corte di Cassazione (Cass. Sez. I, Urteil vom 8. Juni 1983, *Marinelli*). In der Rechtslehre: *Brocca / Mingrone*, Fn. 24, S. 76.

26 Die deutsche Rechtsprechung ist insoweit sehr eindeutig, s. z.B.: BGH, Beschl. v. 8. März 2000 – 3 StR 67/00, *NStZ* (2000), S. 365 ff., sowie BGH, Beschl. v. 23. August 1991 – 2 StR 360/91, *BGHR*, Strafsachen, § 32 Abs. 2, Verteidigungswille 1 und BGH, Beschl. v. 1. März 1989 – 3 StR 11/89, *BGHR*, § 32 Abs. 2, Angriff 3, subjektive Einschätzung. In der Rechtslehre: *Kindhäuser*, Fn. 7, § 16, Rn. 37 und 38; *Lackner / Kühl*, Fn. 7, § 32, Rn. 7; *Fischer*, Fn. 7, § 32, Rn. 25 und 26; *Jescheck / Weigend*, Fn. 7, § 32, S. 342 ff.; *Baumann / Weber / Mitsch*, Fn. 7, § 17, Rn. 31; *Wessels / Beulke*, Fn. 7, Rn. 333 und 350 a. In der US-amerikanischen Rechtslehre: *LaFave*, Fn. 13, § 10.4 (c) und *Daniel E. Hall*, *Criminal Law and Procedure*, 5. Auflage, New York 2009, S. 236. In der italienischen Rechtsprechung: Cass. Sez. I, Urteil des 18. Februar 2000. In Argentinien: *Donna*, Fn. 10, S. 219 und *Jiménez de Asúa*, Fn. 11, § 1318, S. 200. In Costa Rica: *Castillo González*, Fn. 18, S. 209. In Guatemala: *Enriquez Cojulun*, Fn. 19, S. 262. In Perú: *Felipe A. Villavicencio Terreros*, *Derecho Penal. Parte General*, Lima 2006, S. 546. In Uruguay: *Langón Cuñarro*, Fn. 23, S. 273.

27 Siehe in Deutschland: *Hartmut Suppert*, *Studien zur Notwehr und „notwehrähnlichen Lage“*, Bonn 1973, S. 391.

II. Die Beziehung zwischen Verteidigungswille und Erforderlichkeit bzw. Verhältnismäßigkeit der Verteidigungshandlung

Was die Probleme der gemischten Beweggründe und der vorgetäuschte Notwehr betrifft, d.h. die beide Problemkonstellationen des Willenselements, ist festzustellen, dass sie in enger Verbindung zu den Voraussetzungen der Erforderlichkeit bzw. der Verhältnismäßigkeit der Verteidigungshandlung stehen. Insoweit ist zunächst kurz zu klären, was unter Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Verteidigungshandlung zu verstehen ist. Aus rechtsvergleichender Perspektive bestehen diesbezüglich – sowohl hinsichtlich der Erforderlichkeit als auch hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit – Unterschiede sowohl zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen als auch teilweise innerhalb derselben Rechtsordnung. Allerdings ist allgemein anerkannt, dass sich das Erfordernis der Erforderlichkeit auf die bei der Verteidigungshandlung eingesetzten *Mittel* bezieht, während es beim Erfordernis der Verhältnismäßigkeit um die widerstreitenden *Rechtsgüter* geht. Dies ist – wie in der italienischen Rechtslehre angemerkt wurde – schon deshalb zwingend, weil, würde die Verhältnismäßigkeitsprüfung auch die eingesetzten Mittel umfassen, eine Rechtfertigung auch in Fällen anzuerkennen wäre, in denen durch Einsatz des *einzig vorhandenen Mittels* Rechtsgüter von höchstem Wert zur Verteidigung geringwertiger Rechtsgüter vernichtet würden.²⁸

Im Folgenden wird eine Verteidigungshandlung als *erforderlich* erachtet, wenn sie unter allen *geeigneten* das *mildeste* Mittel darstellt.²⁹ Sie wird als *verhältnismäßig* gewertet, wenn der Wert der durch die Verteidigungshandlung verletzten Rechtsgüter den Wert der durch die

28 *Findaca / Musco*, Fn. 17, S. 282.

29 In Deutschland: *Perron*, Fn. 8, § 32, Rn. 34; *Kindhäuser*, Fn. 7, § 16, Rn. 27; *Lackner / Kühl*, Fn. 7, § 32, Rn. 9; *Fischer*, Fn. 7, § 32, Rn. 28 ff; *Knut Ameling*, Noch einmal: Notwehr gegen sog. Chantage, Neue Zeitschrift für Strafrecht (1988), S. 70 ff; *Joecks*, Fn. 8, § 32, Rn. 11 a; *Günther*, Fn. 8, § 32, Rn. 88; *Jescheck / Weigend*, Fn. 7, § 32, S. 343; *Baumann / Weber / Mitsch*, Fn. 7, § 17, Rn. 18 und 25; *Wessels / Beulke*, Fn. 7, Rn. 335; *Claus Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München 2006, § 15, Rn. 42; *Marion Wössner*, Die Notwehr und ihre Einschränkungen in Deutschland und in den USA, Berlin 2006, S. 31, 43. In Argentinien: *Jiménez de Asúa*, Fn. 11, § 1320, S. 212 ff; *Donna*, Fn. 10, S. 202 ff; *Eugenio Raúl Zaffaroni / Alejandro Alagia / Alejandro Slokar*, Derecho Penal. Parte General, 2. Auflage, Buenos Aires 2003, S. 615; *Carlos Fontan Ballestra*, Derecho Penal, Introducción y Parte General, Actualizado por Guillermos A. C., 16. Auflage, Buenos Aires 1998, S. 288. In der Vereinigten Staaten: *Hall*, Fn. 26, S. 234; *George P. Fletcher*, Notwehr als Verbrechen. Der U-Bahn-Fall Goetz, Aus dem Amerikanischen von Cornelius Nestler-Tremel, Frankfurt am Main 1993, S. 45; *Paul H. Robinson*, Criminal Law Defences, Criminal Practice Series, Band 2, St. Paul, Minnesota 1984, § 131(c). In Italien: *Giorgio Lattanzi*, Codice Penale, Annotato con la Giurisprudenza, Mailand 2007, Art. 52 Nr. 1; *Stefano Del Corso*, in: *Tullio Padovani* (Hrsg.), Codice Penale, Tomo I, Mailand 2007, Art. 52 Nr. 3; *Brocca/Mingrone*, Fn. 24, S. 71 ff; *Marco Boscarelli*, Legittima Difesa, in: *Encyclopédia Giuridica*, Tomo II, Instituto della Encyclopédia Italiana, Rom 1990, 4.2; *Tulio Padovani*, Difesa Legittima, in: *Digesto delle Discipline Penali*, Torino 1989, S. 511 ff.; *Findaca / Musco*, Fn. 17, S. 281.

Verteidigung geschützten Rechtsgüter nicht unverhältnismäßig überwiegt.³⁰ Zur Präzisierung sei angemerkt, dass eine Verteidigungshandlung, die von fremden Beweggründen bestimmt wird, in der Regel weder erforderlich noch verhältnismäßig sein wird. Denn wenn der „Verteidiger“ Ziele verfolgt, die über die bloße Abwehr des Angriffs hinausgehen, so werden die eingesetzten Mittel das zur Verteidigung Erforderliche überschreiten und naturgemäß werden auch Rechtsgüter von höherem Wert verletzt. Die Rechtsprechung liefert uns hierfür Beispiele. So liegt etwa einem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 6. November 1987 ein Sachverhalt zugrunde, bei dem ein Mangel bezüglich des Verteidigungswillens bzw. das Vorhandensein anderer Beweggründe in Verbindung mit der Überschreitung des Erforderlichen und des Verhältnismäßigen festzustellen ist.³¹

In diesem Fall ist also eine „Verteidigungshandlung“ gegeben, die tatsächlich viel weiter geht, als dies zur bloßen Abwehr des Angriffs notwendig gewesen wäre („hätte es ausgereicht, wenn der Angeklagte [...]“). Die vom Täter vorgenommene Handlung ist nicht *erforderlich*, denn es standen mildere Mittel zur Verfügung. Man könnte sogar noch untersuchen, ob insoweit auch Unverhältnismäßigkeit gegeben ist, da eine solche Prüfung im deutschen Rechtssystem aber grundsätzlich nicht erfolgt, wird sie auch hier nicht vorgenommen.³² Für die Frage dieser Arbeit ist von Bedeutung, wie das Gericht bei einer Handlung, welche weit über die „wirksame Abwehr des Angriffs“ hinausgeht, den Mangel beim Verteidigungswillen und zugleich das Vorhandensein anderer Motive, hier die Tötung des Feindes, feststellt.

30 In Deutschland erkennt die Rechtslehre, obwohl nach h.M. § 32 StGB keine Verhältnismäßigkeitsprüfung erfordert, an, dass sich diese Prüfung auf die widerstreitenden Rechtsgüter bezieht: *Lackner / Kühn*, Rn. 7, § 32, Rn. 11; *Wössner*, Fn. 29, S. 195; *Wessels / Beulke*, Fn. 7, Rn. 340. In Argentinien, nicht ganz eindeutig, da bei der Prüfung Rechtsgüter und Mitteln berücksichtigt werden: *Jiménez de Asúa*, Fn. 11, § 1321, S. 204 ff; *Donna*, Fn. 10, S. 206; *Zaffaroni / Alagia / Slokar*, Fn. 29, S. 613 f; *Fontan Ballestra*, Fn. 29, S. 288. Klarer, denn er berücksichtigt nur widerstreitende Mittel: *Ricardo C. Nuñez*, Manual de Derecho Penal, Parte General, 3. Auflage, Córdoba 1987, S. 197. In den Vereinigten Staaten: *Fletcher*, Fn. 29, S. 46. In Italien: *Antonio Pagliaro*, Principi di Diritto Penale, Parte Generale, 2. Auflage, Turin 2006, S. 443; *Giuseppe Bettiol / Luciano Pettoello Mantovani*, Diritto Penale, Parte Generale, 12. Auflage, Padua 1986, S. 384 ff; *Del Corso*, Fn. 29, Art. 52, Rn. 3; *Pado-vani*, Fn. 29, S. 512.

31 BGH, Urt. v. 6. November 1987 – 2 StR 251/87, in: BGHR, Strafsachen, BGHR, § 32 Abs. 2 StGB, Erforderlichkeit 2. Das Gericht bewertet den Sachverhalt wie folgt: „Zur wirksamen Abwehr des Angriffs und zur endgültigen Ausschaltung des Gegners hätte es ausgereicht, wenn der Angeklagte L. das Messer entwunden und ihn dadurch entwaffnet hätte. Dass ihm dies möglich gewesen wäre, erscheint nach den Gesamtumständen des Falles nicht ausgeschlossen, liegt vielmehr nahe [...] Bei der neuen Verhandlung und Entscheidung wird das nunmehr mit der Sache befasste Tatgericht auch die – nach dem Geschehensablauf nicht fern liegende – Möglichkeit in Betracht ziehen müssen, dass der Angeklagte das Vorgehen L's lediglich zum Anlass genommen haben könnte, ihn zu töten, ohne selbst mit Verteidigungswillen zu handeln; auch unter diesem Gesichtspunkt könnte eine Rechtfer- tigung des ersten Messerstiches durch Notwehr ausscheiden.“.

32 Dadurch, dass die Grenze des Erforderlichen bei der Abwehr überschritten wird, weil das gewählte Mittel nicht das mildeste zur Verfügung stehende war, wird zugleich auch die Grenze des Verhältnismäßigen überschritten.

Ein weiteres Beispiel kann der Rechtsprechung des italienischen *Corte di Cassazione Penale* entnommen werden. Einem Urteil von 18. Juli 1981 liegt eine dem oben geschilderten Sachverhalt entsprechende Situation zugrunde.³³ Auch hier ist eine Überschreitung des Erforderlichen gegeben, das Handeln wird durch andere, nicht im Zusammenhang mit der Abwehr des Angriffs stehende Beweggründe bestimmt. Nach italienischem Strafrecht ist zudem eine Unverhältnismäßigkeit der Handlung festzustellen.³⁴

In den beiden geschilderten Fällen sieht man die typische Konstellation, dass sich die Handlung nicht auf die Neutralisierung des Angriffs beschränkt, sondern weit darüber hinausgeht, um andere Ziele, wie z.B. die Tötung eines Feindes aus Hass, Rache etc., zu erreichen. Die Handlung ist, obwohl sie ein geeignetes Mittel zur Abwehr des Angriffs darstellt, nicht das mildeste Mittel und vernichtet so Rechtsgüter höheren Wertes. Es ist festzustellen, dass eine Verbindung zwischen dem Verteidigungswillen und der Erforderlichkeit bzw. der Verhältnismäßigkeit der Verteidigungshandlung besteht.

Nachdem nun also aufgezeigt wurde, dass die Voraussetzung des Verteidigungswilens in den innerstaatlichen Rechtsordnungen anerkannt ist, die an ihn gestellten Anforderungen geklärt wurden und sein Zusammenwirken mit den Voraussetzungen der Erforderlichkeit bzw. Verhältnismäßigkeit der Verteidigungshandlung beschrieben wurde, ist zu prüfen, ob diese Voraussetzung der Notwehr auch bei der völkerrechtlichen Selbstverteidigung zu finden ist.

C. Der Verteidigungswille und die völkerrechtliche Notwehr

Zunächst ist festzustellen, dass ein Verteidigungswille als Voraussetzung des Selbstverteidigungsrechts i.S. des Art. 51 UN-Charta von der völkerrechtlichen Rechtslehre bzw. Rechtsprechung bisher weder ausdrücklich noch systematisch behandelt wurde. Man bewegt sich insoweit auf unerforschem Terrain. Es wurden allerdings bereits zwei Erkenntnisse gewonnen: Es existieren eine Reihe von Fragen im Zusammenhang mit der völkerrechtlichen Notwehr, die sich den bisher in Rechtsprechung und Rechtslehre anerkannten Voraussetzungen nicht zuordnen lassen. Zudem wurde aufgezeigt, dass verschiedene innerstaatliche Rechtsordnungen die Voraussetzung des Verteidigungswillens kennen, welche Anforderungen an diesen gestellt und welche Konstellationen von ihm erfasst werden. Im Folgenden soll analysiert werden, inwiefern aufgrund dieser Erkenntnisse das Vorhandensein der Voraussetzung eines Verteidigungswillens bei der völkerrechtlichen Selbstverteidigung nachgewiesen werden kann.

- 33 Cass. Sez. I, Urteil Nr. 7151 vom 18. Juli, in: *Rivista Penale* (1982) 243. Der entsprechende Abschnitt des Urteils lautet: „Der offenbar schwer alkoholisierte Sala hätte mittels Muskelkraft neutralisiert werden können [...] Da er durch acht Schüsse in den Rücken getroffen wurde [...] All dies konstituiert sichere bzw. symptomatische Elemente eines erbitterten sowie mörderischen Entschlusses, was die Anwendung einer Notwehr ausschließt.“
- 34 Denn eine Verteidigung wird in diesem Rechtssystem als verhältnismäßig angesehen, wenn der Schaden, welcher dem Angreifer zugefügt wird, entweder geringer, gleich oder „erträglich höher“ gegenüber demjenigen ist, der dem Angegriffenen droht. Siehe: *Brocca / Mингrone*, Fn. 24, S. 85.

I. Der Verteidigungswille und die allgemeinen Rechtsgrundsätze

Wie bereits festgestellt, hat die Voraussetzung des Verteidigungswillens beim Notwehrrecht in verschiedenen innerstaatlichen Rechtssystemen Anerkennung gefunden. Die eingangs gestellte Frage, ob dieses Element des Rechtsinstituts der Notwehr auch bei seiner völkerrechtlichen Entsprechung, dem Recht auf Selbstverteidigung gem. Art. 51 UN-Charta zu finden ist, könnte zunächst wie folgt beantwortet werden: Wenn diese Voraussetzung durch ihre Anerkennung in verschiedenen Rechtssystemen ein unabdingbares bzw. inhärentes Element dieses Rechtsinstituts ist, muss dies auch für die völkerrechtliche Notwehr gelten. Insoweit spielt also die Anerkennung dieser Voraussetzung im innerstaatlichen Recht eine zentrale Rolle.³⁵ Gilt ein Rechtsgrundsatz übereinstimmend in verschiedenen Rechtsordnungen, spricht dies dafür, dass dieser Rechtsgrundsatz auch in der völkerrechtlichen Rechtsordnung Geltung haben sollte.³⁶ Die allgemeinen Rechtsgrundsätze haben im Völkerrecht, neben ihrer Funktion als Rechtsquelle,³⁷ Bedeutung bei der Auslegung von Rechtsnormen des Vertrags- bzw. Gewohnheitsrechts, wenn Inhalt und Sinn dieser Normen zweifelhaft sind. Diese Funktion als Auslegungshilfsmittel wird sowohl vom positiven Völkerrecht³⁸ als auch von der

- 35 Die rechtsvergleichende Methode ist hier von besonderer Bedeutung, da es sich bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Völkerrechts um aus den staatlichen Rechtsordnungen übernommene übereinstimmende Lösungen handelt. *Hermann Mosler*, Rechtsvergleichung vor völkerrechtlichen Gerichten, in: René Marcic / Hermann Mosler / Erik Suy / Karl Zemanek (Hrsg.), Internationale Festschrift für Alfred Verdross zum 80. Geburstag, München – Salzburg 1971, S. 401 und 404; *Alain Pellet*, Kommentar zum Art. 38, in: Andreas Zimmermann / Christian Tomuschat / Karin Oellers-Frahm (Hrsg.), Statute of the International Court of Justice. A Commentary, Oxford – New York 2006, S. 769 f., Rn. 258; *Kay Hailbronner*, Ziele und Methoden völkerrechtlich relevanter Rechtsvergleichung, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV) 36 (1976) 190 (206); *Michael Bothe*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Praxis internationaler Gerichte, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV) 36 (1976) 28 (282); *Bin Cheng*, General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals, London 1953, S. 24; *Wolfgang Weiß*, Allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts, Archiv des Völkerrechts (AVR) 39 (2001) 394 (398); *Stephan Schmitz*, Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Iran-United States Claims Tribunal, Frankfurt am Main 1992, S. 92; *Manfred Rotter*, Die Allgemeinen Rechtsgrundsätze, in: Hans-Peter Neuhold / Waldemar Hummer / Christoph Schreuer (Hrsg.), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts, 4. Auflage, Wien 2004, S. 82, Rn. 442.
- 36 *Cheng*, Fn. 35, S. 390; *Jean Spiropoulos*, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht. Eine Auslegung von Art. 38, 3 des Statuts des Ständigen Internationalen Gerichtshofs, Kiel 1928, S. 32; *Cesar Sepulveda*, Derecho Internacional, México DF. 1991, S. 105.
- 37 Es ist Art. 38 Abs. 1 lit. c des Statuts des Internationalen Gerichtshofs, der die allgemeinen Rechtsgrundsätze, neben dem Vertrags- bzw. Völker gewohnheitsrecht, als dritte Quelle des Völkerrechts nennt.
- 38 Gem. Art. 31 Abs. 3 lit. c des Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge sind zur Auslegung der Vertragsnormen „any relevant rules of international law applicable in the realtions between the parties“ heranzuziehen. Unter *rules of international law* sind die drei völkerrechtlichen Rechtsquelle des Art. 31 des IGH-Status, d.h. neben Vertrags- und Gewohnheitsrecht auch die allgemeine Rechtsgrundsätze, zu verstehen. Siehe: *Mark E. Villiger*, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Leiden – Boston 2009, Rn. 25, S. 433; *Edmundo Vargas Carreño*,

völkerrechtlichen Rechtslehre³⁹ anerkannt. Besonders bei der Regelung des Selbstverteidigungsrechts scheint diese Lösung als notwendig.⁴⁰ Art. 51 UN-Charta erkennt das Recht auf Selbstverteidigung an, beschreibt dessen Inhalt aber nicht näher.⁴¹ In Anbetracht des oben Ausgeführten gelangt man jedoch bei einer die allgemeinen Rechtsgrundsätze berücksichtigenden Auslegung des Art. 51 UN-Charta zu dem Ergebnis, dass die Voraussetzung des Verteidigungswillens ein inhärentes Element des Selbstverteidigungsrechts ist. All dies spricht dafür, dass dieses Erfordernis auch beim völkerrechtlichen Selbstverteidigungsrecht berücksichtigt werden muss. Im Folgenden soll dies anhand von Beispielen verdeutlicht werden.

II. Verteidigungswille auf völkerrechtlicher Ebene

Die Problemstellungen, die im innerstaatlichen Recht mit der Voraussetzung des Verteidigungswillens verbunden sind, sind – naturgemäß mit Unterschieden – auch auf völkerrechtlicher Ebene zu finden. Die diese Problemstellungen betreffende Fragen werden von Staaten, von der Rechtsprechung und der Rechtslehre thematisiert, ohne sie ausdrücklich dem Verteidigungswillen zuzuordnen. Es handelt sich um Fälle, in denen entweder das Kenntnis- oder das Willenselement eine Rolle spielt.

Derecho Internacional Público de acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el Siglo XXI, Santiago de Chile 2007, S. 155.

- 39 Siehe: *Alfred Verdross / Bruno Simma*, Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis, 3. Auflage, Berlin 1984, Rn. 610, S. 389; *Kay Hailbronner*, Ziele und Methoden völkerrechtlich relevanter Rechtsvergleichung, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV) 36 (1976) 190 (206); *Wilhelm Wengler*, Völkerrecht, Band I, erster und zweiter Teil, Berlin – Göttingen – Heidelberg 1964, S 365; *Wolfgang Graf Vitzthum*, Begriff, Geschichte und Rechtsquellen des Völkerrechts, in: *Wolfgang Graf Vitzthum* (Hrsg.), Völkerrecht, 4. Auflage, Berlin 2007, Rn. 142, S. 71; *Michael Bothe*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Praxis internationaler Gerichte, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV) 36 (1976) 281 (289); *Hersch Lauterpacht*, The Development of international law by the International Court, Cambridge – New York 1996, S. 165 f; *Arturo Santiago Pagliari*, Curso de Derecho Internacional Público, Córdoba, Argentina 2007, S. 63.
- 40 Im diesen Sinne erklärte der ehemalige IGH-Richter Jiménez de Aréchaga: „Bei der Klärung der Frage, ob ein Fall von Selbstverteidigung vorliegt, muss auf Kriterien zurückgegriffen werden, die ihre Quelle in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen finden. Alle Länder erkennen in ihren jeweiligen Rechtssystemen das Rechtsinstitut der Notwehr an, dessen Ausübung bestimmten Grundsätzen unterworfen ist. Diese Grundsätze bilden so allgemeine Rechtsgrundsätze, die unmittelbare Anwendung in der völkerrechtlichen Sphäre finden.“ *Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Derecho Internacional Público, Tomo II, Montevideo 1996, S. 318. Die Übersetzung aus dem Spanischen erfolgte durch den Verf. dieser Arbeit.
- 41 Er bestimmt nur, dass dieses Recht im Falle eines bewaffneten Angriffs gegen ein Mitglied der Vereinten Nationen zum Tragen kommt. Rechtsprechung und Rechtslehre gehen von bestimmten Voraussetzungen dieses Rechtsinstituts aus, wie jener der Rechtswidrigkeit des Angriffs, der Staatlichkeit bzw. Intensität und – auf der Seite der Verteidigung – der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit. Unter all diesen Voraussetzungen befindet sich der Verteidigungswille nicht.

1. Kenntnis der Verteidigungslage (Kenntniselement)

Um zu verdeutlichen, dass der Verteidigungswille auch auf völkerrechtlicher Ebene von Bedeutung ist, soll hier auf die *Operation Iraqi Freedom* eingegangen werden. Die *Operation Iraqi Freedom*, die am 20. Mai 2003 begann, wurde damit begründet, dass man die Massenvernichtungswaffen des Iraks vernichten wolle, bevor dieser sie einsetzen könne. Der Irak wurde, was mit hohen Verlusten an Menschenleben verbunden war, mit militärischen Mitteln angegriffen, besiegt und vollständig besetzt. Nach einer langen Suche nach Massenvernichtungswaffen kam die *Survey Group* im September 2004 zu dem Ergebnis, dass das Regime von Saddam Hussein seine Massenvernichtungswaffen bereits im Jahr 1991 vernichtet hatte. Zum Zeitpunkt der *Operation Iraqi Freedom* waren also keine funktionierenden Massenvernichtungswaffen vorhanden.⁴² Der bewaffnete Angriff der „Koalition der Willigen“ wurde durch zwei juristisch fragwürdige Argumente gerechtfertigt: Die Nichterfüllung von Resolutionen des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen⁴³ und das Recht auf präventive Selbstverteidigung gegen einen zukünftigen Angriff mit Massenvernichtungswaffen seitens des Iraks.⁴⁴

- 42 Siehe den Bericht der *Survey Gruppe*, „Comprehensive Report of the Special Advisor to the DCI on Iraq's WMD“. Dort wird unter dem Titel „Key Findings“ ausdrücklich bestätigt, dass die Massenvernichtungswaffenkapazitäten 1991 „essentially destroyed“ wurden. Der Bericht ist abrufbar unter: https://www.cia.gov/library/reports/general-reports-1/iraq_wmd_2004/index.html.
- 43 Die Begründung der britischen Regierung bei der Benachrichtigung des UN-Sicherheitsrats über die Operation am 20. März 2003 war der materielle Bruch der UN-Sicherheitsrat-Resolutionen Nr. 678 (1990), 687 (1991) und 1441 (2002). Siehe UN. Doc. S/2003/350, abrufbar unter: <http://www.hamamoto.law.kyoto-u.ac.jp/kogi/2003yakan/s-2003-350.pdf>.
- 44 Zum Teil wird bestritten, dass die *Operation Iraqi Freedom* auch mit dem präventiven Selbstverteidigungsrecht begründet wurde. Siehe z.B. *Michael Bothe*, Der Irak-Krieg und das völkerrechtliche Gewaltverbot, Archiv des Völkerrechts (AVR) 41 (2003) 255 (260 ff.); *Thomas Bruha*, Irak-Krieg und Vereinte Nationen, AVR 41 (2003) 295 (297). Die Erklärung der US-Regierung umfasste, neben dem Bruch der Resolutionen des UN-Sicherheitsrats, auch die Erwägung einer Verteidigung ihres Staates und der Völkergemeinschaft. So betont die die US-Regierung bei ihrer Benachrichtigung des UN-Sicherheitsrats vom 20. März 2003: „The actions that coalition forces are undertaking are an appropriate response. They are necessary steps to defend the United States and the international community from the threat posed by Iraq and to restore international peace and security in the area. Further delay would simply allow Iraq to continue its unlawful and threatening conduct“. Siehe: UN. Doc. S/2003/351, abrufbar unter: <http://www.hamamoto.law.kyoto-u.ac.jp/kogi/2003yakan/s-2003-351.pdf> So geht auch der überwiegende Teil der Rechtslehre davon aus, dass die *Operation Iraqi Freedom* von der US-Regierung mit dem präventiven Selbstverteidigungsrecht begründet wurde. Siehe z.B. *Zlata Drnas de Clément*, La invasión de EE.UU. a Iraq: legalidad-legitimidad vs. pragmatismo globalizante, in: Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba 2005, abrufbar unter: http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos-recientes/ad_folder_listing?b_start:int=120&C=1 Auch die US-amerikanische Völkerrechtslehre hat entsprechend argumentiert. So z.B. *John Yoo*, International Law and the War in Iraq, American Journal of International Law (AJIL) 97 (2003) 563 (74), wo er bekräftigt: „Applying the reformulated test for using force in anticipatory self-defence to the potential use of force against Iraq reveals that the threat of a WMD attack by Iraq, either directly or through Iraq's support for terrorism, was sufficiently “imminent” to render the use of force necessary to protect the United States, its citizens, and its allies“. In dieser

Lässt man die Frage außen vor, ob ein Recht auf präventive Selbstverteidigung überhaupt existiert, unterstellt man, dass ein Krieg wie derjenige der *Operation Iraqi Freedom* grundsätzlich von Art. 51 UN-Charta gedeckt sein kann und akzeptiert man die offizielle Version der Regierung der Vereinigten Staaten, so ergibt sich, dass die *Operation Iraqi Freedom* aufgrund einer irrigerweise angenommenen völkerrechtlichen Notwehrlage geführt wurde und dieser Irrtum durch Fehlinformationen der US-Geheimdienste hervorgerufen wurde.⁴⁵ Zweifel an diesem (ggf. selbst verschuldeten) Irrtum ergeben sich daraus, dass es zum damaligen Zeitpunkt Staaten gab, die Bedenken hinsichtlich der amerikanischen Argumentation äußerten.⁴⁶ In Anbetracht unter anderem auch dieser Tatsache fragten sich *Fletcher* und *Ohlin* in einer offenen Anwendung von Begriffen des US-amerikanischen Strafrechts nach der „Vernünftigkeit“ des „Glaubens“, welchen die US-Regierung vor der *Operation Iraqi Freedom* hatte.⁴⁷

Doch lassen wir die Frage nach der „Vernünftigkeit“ bzw. Ehrlichkeit der amerikanischen Regierung bei Seite und stellen der Zielsetzung dieser Arbeit entsprechend folgende Frage: Welcher Voraussetzung des Rechtsinstituts der völkerrechtlichen Selbstverteidigung lässt sich ein (solcher) *error de facto* zuordnen? Die Antwort ist eindeutig: Keiner der hergebrachten Voraussetzungen. Denn bei der Frage eines Irrtums betreffend die Selbstverteidigungslage handelt es sich um ein typisches Problem der Voraussetzung des Verteidigungswillens. Dieser jedoch wird, obwohl sich die mit ihm verbundenen Fragen auch hier stellen, auf völkerrechtlicher Ebene nicht ausdrücklich behandelt.

2. Wille zur Verteidigung (Willenselement)

Beim Willenselement können zwei Konstellationen identifiziert werden. Zum einen können neben dem Willen zur Verteidigung auch weitere Beweggründe mitwirken, die den Vertei-

Richtung auch: *Ruth Wedgwood*, The Fall of Saddam Hussein: Security Council Mandates and Preemptive Self-Defense, *AJIL* 97 (2003) 576 (583).

- 45 So die *US-National Security Strategy* 2006: „The Iraq Survey Group also found that pre-war intelligence estimates of Iraqi WMD stockpiles were wrong – a conclusion that has been confirmed by a bipartisan commission and congressional investigations.“ Siehe: *National Security Strategy of the United States of America*, Jahr 2006, S. 23.
- 46 So betonten Deutschland, Frankreich und Russland einige Wochen vor Beginn des Krieges, dass es keine ausreichenden Beweise für die Existenz von Massenvernichtungswaffen im Irak gebe, was die von der „Koalition der Willigen“ behauptete Selbstverteidigungslage unterminierte. Siehe: UN Doc. S/2003/214, Annex to the letter dated 24 February 2003 from the Permanent Representative of France, Germany and the Russian Federation to the United Nations addressed to the President of the Security Council. Dort ist zu lesen: “While suspicions remain, no evidence has been given that Iraq still possesses weapons of mass destruction or capabilities in this field”.
- 47 *Fletcher / Ohlin*, Fn. 2, S. 105 f. Dort wird betont: „The real question in Iraq is whether the Bush administration had enough credible, publicly revealed evidence to believe they would find something that had eluded the United Nations inspectors. President Bush might have believed that he would find something, but, as in the Goetz case, the real problem was whether his belief was reasonable on the basis of the evidence publicity available“.

digungswillen in den Hintergrund drängen. Es liegen also *gemischte Beweggründe* vor. Zum anderen gibt es Fälle, in denen es schon deshalb keinen Willen zur Verteidigung gibt, weil überhaupt keine Selbstverteidigungslage gegeben ist. Das Rechtssubjekt, das als Verteidiger erscheinen möchte, ist hier in Wahrheit Angreifer. Es konstruiert aber eine Lage, in der er als Opfer eines Angriffs erscheinen soll, um seine rechtswidrige Handlung als rechtmäßig darzustellen. Es liegt eine *vorgetäuschte Selbstverteidigung* vor.

a) Die Konstellation der gemischten Beweggründe

Die gemischten Beweggründe (*mixed motives*) werden vor allem im Zusammenhang mit den sog. „humanitären Interventionen“ thematisiert.⁴⁸ Solche Vorgänge werden überwiegend als Fälle einer völkerrechtlichen Nothilfe zu Gunsten der bedrohten Bevölkerung gerechtfertigt.⁴⁹

Die Hauptfrage ist hier, inwiefern fremde Beweggründe neben dem Willen zur Verteidigung mitwirken können, ohne dass dieser in den Hintergrund rückt. Auch wenn insoweit ein Urteil nur im Einzelfall getroffen werden kann, hat die Rechtslehre – ohne ausdrücklich einen Verteidigungswillen zu thematisieren – einige Feststellungen getroffen. So wurde z.B. betont, dass die Frage, welchen Zweck eine militärische Aktion erfüllen soll, für die Beurteilung ihrer Zulässigkeit von großer Bedeutung ist.⁵⁰ Es müsse bei der Verteidigungshandlung eben um Verteidigung und nicht etwa um Vergeltung oder Bestrafung gehen.⁵¹ Auch dürfe die Selbstverteidigungshandlung nicht auf die Absetzung der Regierung des angreifenden Staates abzielen (sog. *regime change*).⁵² Als Beispiel für einen solchen Fall wird hier die *Operation Enduring Freedom* des Jahres 2001 in Afghanistan genannt. Dort wurden die Ziele der Operation einige Tage nach ihrem Beginn um die gewaltsame Beseitigung des Taliban-Regimes erweitert, da dies zur Ausschaltung von al-Qaida erforderlich sei.⁵³ Die Beseitigung des Taliban-Regimes aber schloss zugleich die militärische Besetzung des gesamten Landes mit ein.

48 Siehe z.B.: *Joseph Bordat*, „Eingreifen und Bestrafen, Zur neuen Rolle der Vereinten Nationen“, Juristische Zeitgeschichte NRW, Band 16, Recklinghausen 2008, S. 185.

49 *Stein / von Buttlar*, Fn. 4, S. 292, Rn. 821.

50 *Horst Fischer*, Friedenssicherungsrecht, in: *Knut Ipsen* (Hrsg.), Völkerrecht, 4. Auflage, München 1999, § 59, S. 950, Rn. 39. Hier ist eine Verbindung zwischen Verhältnismäßigkeit und Verteidigungswillen zu sehen, wenn betont wird: „Bestrafungsaktionen sind mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unvereinbar.“.

51 *Kunig / Uerpmann-Wittzack*, Fn. 2, S. 143. Hier wird diese Frage unter der Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit behandelt, was, worauf unten noch näher eingegangen werden wird, eine Verbindung dieser Voraussetzung mit jener des Verteidigungswillens aufzeigt.

52 *Stein / von Buttlar*, Fn. 4, S. 282, Rn. 797. *Attila Tanzi*, Introduzione al Diritto Internazionale Contemporaneo, 2. Auflage, Padua 2006, S. 458, der anführt, dass, geht es allein um die Terrorismusbekämpfung, z.B. die Absetzung der Regierung oder die militärische Besetzung des Territoriums die Grenze der Erforderlichkeit bzw. der Verhältnismäßigkeit überschreitet, was wiederum die Beziehung zwischen diesen beiden Voraussetzungen und jene der Verteidigungshandlung verdeutlicht.

53 *Stein / von Buttlar*, Fn. 4, S. 282, Rn. 795.

Gerade bei der Afghanistan-Operation dürften fremde Beweggründe eine Rolle gespielt haben, hält man sich die geopolitisch bedeutsame Lage Afghanistans vor Augen.⁵⁴ Es erscheint symptomatisch, dass die *US-National Security Strategy* des Jahres 2006 Afghanistan als „Brückenland“ bezeichnet.⁵⁵

Einen weiteren Fall, der sich – nach Ansicht des Irans – durch gemischte Beweggründe auszeichnet, stellt die militärische Operation *Praying Mantis* des Jahres 1988 dar, welche die Vereinigten Staaten als Selbstverteidigung im Ölplattform-Fall⁵⁶ gerechtfertigt haben.⁵⁷ Der IGH lehnte diese Rechtfertigung aufgrund fehlender Beweise ab und erachtete die Zerstörung der Ölplattformen als nicht erforderlich.⁵⁸ Der Iran vertrat die Ansicht, dass die Vereinigten Staaten sich nicht hatten verteidigen wollen, sondern mit der Zerstörung der wirtschaftlich sehr bedeutenden Ölplattformen eine wirtschaftliche Schwächung des Irans während des Krieges mit dem Irak anstreben.⁵⁹

Die beiden geschilderten Fälle machen deutlich, dass die Frage der fremden Beweggründe, die neben dem Verteidigungswillen bestehen können, auch auf internationaler Ebene von Bedeutung ist.

- 54 Afghanistan grenzt an die kommende Weltmacht China, dem Hauptkonkurrenten der gegenwärtigen Weltmacht USA. Es grenzt zudem an den Iran, der reich an energetischen Ressourcen ist und durch den die kürzeste Verbindung vom Golf von Oman nach Zentralasien verläuft. Afghanistan grenzt zudem an Zentralasien, einer Region, die aufgrund ihres Überflusses an natürlichen Ressourcen, vor allem energetischer und mineralischer Art, von besonderem Interesse für die Industrieländer ist. Soweit der Iran bestimmten Ländern, vor allem denjenigen, die die Operation Enduring Freedom durchgeführt haben, keinen Zugang nach Zentralasien gewährt, ist Afghanistan unverzichtbar um die dort gelegenen Staaten – über Pakistan – erreichen zu können.
- 55 Siehe: *The National Security Strategy of the United States of America* des Jahres 2006. Auf Seite 40 wird betont: „Increasingly, Afghanistan will assume its historical role as a land-bridge between South and Central Asia, connecting these two vital regions.“
- 56 Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), I.C.J. Reports 2003, S. 161 ff.
- 57 Die Vereinigten Staaten erhoben hier den Vorwurf, dass die Ölplattformen von Salman und Nasr Stützpunkte des iranischen Militärs seien und brachten sie in Verbindung mit Angriffen auf den Schiffsverkehr in der Region des Golfs von Oman.
- 58 Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), I.C.J. Reports 2003, Rn. 76.
- 59 So ist auf Seite 15 des Memorandums zur Sitzung am 19. Februar 2003 zu lesen: „18. ... by destroying these central platforms, production from all the associated wells and other platforms was stopped, and the United States knew that full well when it carried out its assault. By targeting the central platforms, maximum commercial damage was inflicted on Iran.“ Und weiter: „21. ... But given the fact that there was no evidence that the Salman and Nasr platforms were engaged in any military-related operations, the only reason they were attacked was to inflict economic harm on Iran at a highly sensitive point in its conflict with Iraq.“ Und schließlich auf Seite 35: „19. ... But that does not mean that the right of self-defence can serve as a kind of magic want to justify any use of force a State deems useful to preserve its interests.“ Siehe: Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), CR 2003/7, Public sitting held on Wednesday 19 February 2003, abrufbar unter: <http://www.icj-cij.org/docket/files/90/5137.pdf>.

b) Die Konstellation der vorgetäuschten Selbstverteidigung

Im Unterschied zu der gerade analysierten Konstellation, bei der andere Beweggründe den Verteidigungswillen verdrängen, geht es bei der vorgetäuschten Selbstverteidigung um Fälle, in denen überhaupt kein Wille zur Verteidigung, sondern nur ein Wille zum Angriff gegeben ist. Der Staat, der angreifen will, konstruiert eine Lage, in der er als Opfer eines Angriffs erscheinen soll, um seine rechtswidrige Handlung als rechtmäßig darzustellen.

Um aufzuzeigen, dass solche Fälle auch auf internationaler Ebene existieren, genügt es, daran zu erinnern, dass der Zweite Weltkrieg unter dem Vorwand der Selbstverteidigung begonnen wurde. Am Morgen des 1. Septembers 1939 verkündete der damalige Reichskanzler Adolf Hitler vor dem Reichstag den Anfang des Feldzugs nach Polen.⁶⁰ Während Hitler diese Rede hielt, griffen bereits zwei Heeresgruppen der Wehrmacht mit ca. 1.500.000 Soldaten Polen an zwei Fronten an. Obwohl sich die Rede auf Vorfälle der vergangenen Nacht bezog, handelten die Heeresgruppen hierbei nach Plänen, die bereits Monate zuvor erarbeitet worden waren. Bereits am 25. August war mit einer verdeckten Generalmobilmachung begonnen worden. Am 23. August war der Molotow-Ribbentrop-Pakt⁶¹ geschlossen und am 31. August von beiden Seiten ratifiziert worden. Dieser Pakt enthielt in einem geheimen Zusatzprotokoll Absprachen betreffend eine Aufteilung Polens zwischen dem Deutschen Reich und der Sowjetunion, zu der es nach der polnischen Niederlage tatsächlich kam. In seiner Rede sprach Hitler von 14 Grenzzwischenfällen, unter ihnen auch der „polnische Überfall“ auf den Sender *Gleiwitz*, die – was historisch erwiesen ist – nicht nur vom Sicherheitsdienste des Reiches initiiert, sondern auch von Hitler persönlich angeordnet worden waren.⁶² Der Zweck dieser vorgetäuschten Grenzzwischenfälle bestand allein darin, Polen als Angreifer darzustellen und als Verteidigung erscheinen zu lassen, was in Wahrheit Angriff war.

Vorliegend wurde dieses Beispiel angeführt, da insoweit – anders als bei zeitgenössischen Beispielen – historische Gewissheit über das Geschehen besteht. Oben etwa wurde die *Operation Iraqi Freedom* als Beispiel eines *error de facto* bei der Ausübung des Selbstverteidigungsrechts beschrieben. Es lässt sich aber auch die Hypothese aufstellen, dass die Bush-Administration um das Nichtvorhandensein von Massenvernichtungswaffen im Irak wusste und eine Bedrohung lediglich behauptete, um eines der erdölreichsten Länder der Welt militärisch besetzen zu können. Entsprechendes wurde auch bereits in der Debatte des Sicher-

- 60 Da wurde betont: „Polen hat heute nacht zum erstenmal auf unserem eigenen Territorium auch mit bereits regulären Soldaten geschossen. Seit 5.45 Uhr wird jetzt zurückgeschossen! [...] Ich werde diesen Kampf, ganz gleich, gegen wen, so lange führen, bis die Sicherheit des Reiches und bis seine Rechte gewährleistet sind.“ Rede Adolf Hitlers vor dem Reichstag am 1. September 1939, abrufbar unter: <http://www.georg-elser-arbeitskreis.de/texts/hitler-1939-09-01.htm>.
- 61 Der deutsch-sowjetische Nichtangriffspakt von 23. August 1939 und das geheime Zusatzprotokoll, abrufbar unter: <http://www.ns-archiv.de/krieg/sowjetunion/vertrag/nichtangriffspakt.php> Ferner: <http://www.bundestag.de/dokumente/analysen/2010/hitler-stalin-pakt.pdf>.
- 62 Siehe: *Walther Hofer*, Die Entfesselung des Zweiten Weltkrieges. Darstellung und Dokumente, Berlin 2007, S. 384. Hofer gibt, auf S. 398, die eidesstattliche Erklärung, die Alfred Naujoks im Jahr 1945 im Nürnberger Prozesse gegeben hat, wieder.

heitsrates der Vereinten Nationen am 19. März 2003, d.h. einige Stunde vor dem Beginn der *Operation Iraqi Freedom*, von Syrien⁶³ und dem Irak selbst⁶⁴ vorgetragen.

Dieses Beispiel macht zugleich einen weiteren Aspekt der Voraussetzung des Verteidigungswillens und zwar in Verbindung mit einem möglicherweise bestehenden Recht auf präventive *Selbstverteidigung* deutlich: Das hohe Missbrauchspotential beim Nichtvorliegen eines gegenwärtigen und somit nachweisbaren Angriffs, das als Frage des Willenselements eine Frage des Verteidigungswillens ist und nicht nur von der Rechtslehre,⁶⁵ sondern auch von den Staaten, sogar von jenen, die dieses Recht beanspruchen, anerkannt wird.⁶⁶

- 63 Der syrische Vertreter betonte damals: "Syria believes that ignoring that paragraph, demanding that inspectors be suddenly withdrawn from Iraq or that their work be suspended also makes it clear, beyond any shadow of a doubt, that the objective is not to disarm Iraq of weapons of mass destruction, but to occupy it and usurp its natural resources, in contravention of all norms and laws." Siehe: UN Doc. S/PV.4721, abrufbar unter: <http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=S/PV.4721>.
- 64 Der irakische Vertreter betonte: „After the failure of those two countries (hier werden die Vereinigten Staaten und Großbritannien gemeint) to provide even a shred of evidence, and after they realized that the world was beginning to understand the truth, namely, that Iraq was free of weapons of mass destruction, those countries decided to expose their real goals and intentions, that is, to occupy Iraq and to control its oil wells. That is the only truth; no other exists. The coming days will prove the reality of that truth. But by then it will be too late.“ Siehe: UN Doc. S/PV.4721.
- 65 Albrecht Randelzhofer, Art. 51, in: Bruno Simma (Hrsg.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, 2. Auflage, Band I, München 2002, Art. 51, Rn. 39. Dort ist zu lesen: "Since the (alleged) imminence of an attack cannot usually be assessed by means of objective criteria, any decision on this point would necessary have to be left to the discretion of the State concerned. The manifest risk of an abuse of that discretion which thus emerges would de facto undermine the restriction to one particular case of the right of self-defence." Michael Bothe, *Terrorism and the Legality of Pre-emptive Force*, European Journal of International Law 14 (2003), S. 237; Tanzi, Fn. 53, S. 466; Benedetto Conforti, *Diritto Internazionale*, 7. Auflage, Neapel 2006, S. 344, der anmerkt: "Im Hinblick insb. auf die Terrorismusbekämpfung erscheint die Berufung auf das Selbstverteidigungsrecht lediglich als ein Vorwand, um die rechtswidrige Anwendung von Gewalt zu legitimieren, die sich daraus ergibt, dass der bewaffnete Angriff, auf welchen sich Art. 51 UN-Charta bezieht, den Einsatz von Streitkräften eines Staates voraussetzt und die „Antwort“ auf diesen Angriff sofort erfolgen und auf die Abwendung der Aggression abzielen muss.“ Übersetzt aus dem Italienischen vom Verf. dieser Arbeit.
- 66 Die *National Security Strategy of the United States of America* des Jahres 2002 warnt auf Seite 15: "... nor should nations use preemption as a pretext for aggression." Der Bericht der Kommission für Außenpolitik des britischen Parlaments für die Jahre 2002-2003 weist im Zusammenhang mit dem Irak auf dieses Missbrauchspotential der sog. präventiven Selbstverteidigung hin: „We conclude that should the US, British and other governments seek to justify military action against Iraq for example, on an expanded doctrine of „pre-emptive self-defence“, there is a serious risk that this will be taken as legitimising the aggressive use of force by other, less law-abiding states.“ Select Committee on Foreign Affairs, Session 2002-03, Second Report, *Disarming Iraq*, Rn. 154.

3. Der Verteidigungswille und die Voraussetzungen der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit der Verteidigungshandlung

Wie oben bei der Behandlung des Verteidigungswillens im innerstaatlichen Recht erläutert wurde, besteht eine Verbindung zwischen der Voraussetzung des Verteidigungswillens und jener der Erforderlichkeit bzw. Verhältnismäßigkeit der Verteidigungshandlung. Dies gilt auch für die völkerrechtliche Ebene. Insoweit wird darauf hingewiesen, dass Handlungen, die auf anderen Beweggründen als dem Verteidigungswillen beruhen, für eine Verteidigung weiter erforderlich noch verhältnismäßig sein können.⁶⁷

Es ist jedoch kurz zu erläutern, was Erforderlichkeit bzw. Verhältnismäßigkeit auf völkerrechtlicher Ebene bedeutet. Obwohl im Völkerrecht die Voraussetzung der Erforderlichkeit nicht eindeutig dem Verteidigungsmittel und die Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit nicht eindeutig den widerstreitenden Rechtsgütern zugeordnet werden kann, so ist doch jedenfalls eine entsprechende Tendenz erkennbar.⁶⁸ Zu einer klareren Systematisierung könnte man durch eine die allgemeinen Rechtsgrundsätze berücksichtigenden Auslegung des Art. 51 UN-Charta gelangen.

Was die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung betrifft, konkretisierte der IGH diese Voraussetzung im Ölplattform-Fall in einer Weise, die – entsprechend dem Ansatz dieser Arbeit – eine Verbindung zum Verteidigungswillen erkennen lässt. So betonte der IGH, dass Abwehrmaßnahmen *für den Zweck der Verteidigung erforderlich* sein müssen und dass dieses Erfordernis strikt und sachlich zu verstehen sei, wodurch er jeden Raum für sonstige beliebige Maßnahmen ausschließt.⁶⁹ Das heißt, es ist allein der Zweck der Verteidigung, der bestimmt, was erforderlich ist. Insoweit besteht dann auch kein Ermessensspielraum des sich verteidigenden Staates. In diesem Sinne stellt der IGH in demselben Urteil fest, dass Erforderlichkeit bedeutet, dass das durch die Verteidigungshandlung beschädigte Rechtsgut ein unabdingbares Ziel darstellen müsse, um den Angriff zu beenden, d.h. dieses Ziel muss in enger Verbindung mit dem Angriff stehen.⁷⁰ Dieser enge Bezug der Voraussetzung der Erforderlichkeit zum

67 *Julio D. González Campos / Luís I. Sánchez Rodríguez / Paz Andrés Sáenz de Santa María*, *Curso de Derecho Internacional Público*, 4. Auflage, Cizur Menor, Navarra 2008, S. 1017.

68 Ganz eindeutig die deutsche Völkerrechtslehre, nach der die Verteidigungshandlung als erforderlich zu bewerten ist, wenn sie das mildeste Mittel zur endgültigen Abwehr des Angriffs darstellt. Siehe: *Christian Meiser / Christian von Buttlar*, *Militärische Terrorismusbekämpfung unter dem Regime der UN-Charta*, Baden-Baden 2005, S. 87.

69 *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, I.C.J., Reports 2003, Rn. 73: "...since the requirement of international law that measures taken avowedly in self-defence must have been necessary for that purpose is strict and objective, leaving no room for any "measure of discretion".

70 *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, I.C.J., Reports 2003, Rn. 76.

Angriff besteht, nach ständiger Rechtsprechung des IGH,⁷¹ auch bei der Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit. Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung besteht eine Abwägung zwischen den in der Not beeinträchtigten Interessen.⁷² Natürlich ist die Zahl der Verluste an Menschenleben unabdingbarer Bestandteil der Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁷³

Im Folgenden soll die zwischen der Voraussetzung des Verteidigungswillens und jener der Erforderlichkeit bzw. Verhältnismäßigkeit der Verteidigungshandlung bestehende Verbindung sowohl hinsichtlich des Kenntniselements als auch hinsichtlich des Willenselements des Verteidigungswillens näher untersucht werden.

- Das Kenntniselement des Verteidigungswillens in Verbindung mit der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Verteidigungshandlung

Was das Kenntniselement betrifft, sind zwei Fälle zu unterscheiden. Im ersten Fall wird nur irrtümlich von einer Selbstverteidigungslage ausgegangen. Die „Verteidigungshandlung“ ist dann als Ganzes weder erforderlich noch verhältnismäßig, denn es gibt ja überhaupt keinen Angriff. So ist die „Verteidigungshandlung“ hier in Wirklichkeit selbst ein Angriff seitens des irrenden „Verteidigers“. Im zweiten Fall wird irrtümlich von einer nicht erreichten Intensität des Angriffs ausgegangen.⁷⁴ Auch hier kann die Verteidigungshandlung die Grenze des Erforderlichen und des Verhältnismäßigen überschreiten.

Die oben geschilderte *Operation Iraqi Freedom* ist – mit den bereits erwähnten Vorbehalten – der ersten Fallgruppe zuzuordnen. Hier lag kein Angriff vor, so dass zwar – nach Aussage der an der Operation beteiligten Mächte – ein Verteidigungswille bestand, das Vorgehen aber weder erforderlich noch verhältnismäßig war. Mithin unterbrach ein *error de facto* die Verbindung zwischen Verteidigungswillen und Erforderlichkeit bzw. Verhältnismäßigkeit.

71 „Self-defence would warrant only measures which are proportional to the armed attack.“ Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. United States of America*), I.C.J. Reports 1986, Rn. 176 und Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, Rn. 41.

72 *Kunig/Uerpmann-Wittzack*, Fn. 2, S. 21.

73 *Kimberly Kessler Ferzan*, Defending Imminence: From Battered Women to Iraq, *Arizona Law Review* 42 (2004), S. 213 (223); *Kotzur*, Fn. 6, S. 476; *Stein von Buttlar*, Fn. 4, S. 281, Rn. 794. *Fletcher / Ohlin*, Fn. 2, S. 100.

74 Im umgekehrten Fall, in dem der Angriff tatsächlich stärker ist, als die vom sich verteidigenden Rechtssubjekt wahrgenommen wird, wird die Grenze des Erforderlichen bzw. Verhältnismäßigen nie überschritten.

- b) Das Willenselement des Verteidigungswillens in Verbindung mit der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Verteidigungshandlung

Wie bereits erläutert, sind mit dem Willenselement zwei unterschiedliche Konstellationen verbunden: Die Konstellation der gemischten Beweggründe und die Konstellation der vorgetauschten Selbstverteidigung.

- aa) Die Konstellation der gemischten Beweggründe

Bei der Konstellation der gemischten Beweggründe ergibt sich die Nichterforderlichkeit und Unverhältnismäßigkeit der Verteidigungshandlung daraus, dass auch andere Beweggründe vorliegen. Die vermeintliche Verteidigungshandlung wird insoweit unabhängig vom Angriff durchgeführt. Die wahre Motivation für die „Verteidigungshandlung“ wird bei den anderen Beweggründen zu suchen sein.

Dies lässt sich anhand der bereits oben angeführten Beispiele, der *Operation Enduring Freedom* und dem Ölplattform-Fall, verdeutlichen.

Bei der *Operation Enduring Freedom* kam es durch ein über die Verhinderung weiterer Anschläge durch al-Qaida hinausgehendes Ziel, nämlich die Beseitigung des Taliban-Regimes, zu Maßnahmen, die zur bloßen Verteidigung nicht erforderlich und die unverhältnismäßig waren. Das Vorgehen war nicht erforderlich, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Sturz des Taliban-Regimes eine unabdingbare Voraussetzung zur Abwehr künftiger Angriffe war und weil die militärische Bekämpfung des Terrorismus diesen nicht gestoppt hat.⁷⁵ Es bestand also keine enge Verbindung zwischen dem Ziel des Taliban-Regime zu beseitigen und dem Ziel weitere Angriffe abzuwenden.⁷⁶ Die Unverhältnismäßigkeit des Vorgehens ergibt sich aus der Vernichtung verschiedener höchster Rechtsgüter, die der Sturz des Taliban-Regimes und die militärische Besetzung des gesamten Territoriums Afghanistans verursacht haben.⁷⁷ Die Nichterforderlichkeit und Unverhältnismäßigkeit der „Verteidigungshandlung“ bei der *Operation Enduring Freedom* sind Folge des Vorhandenseins fremder Beweggründe.

75 So wurde zur militärischen Terrorismusbekämpfung angemerkt: „...if the use of force proves ineffective in deterring terrorist attacks, it is also difficult to argue that it is necessary.“ *Christine Gray*, in: *Malcolm D. Evans (Hrsg.), International Law*, 2. Auflage, New York 2006, S. 603.

76 Dies wird dadurch bestätigt, dass nach Absetzung des Taliban-Regimes im Oktober 2001 weitere terroristische Anschläge u.a. in Europa und Pakistan verübt wurden. Zudem steigt die Zahl terroristischer Angriffe innerhalb Afghanistan von Jahr zu Jahr.

77 Neben Menschenleben waren insoweit auch andere Rechtsgüter, wie z.B. der Weltfrieden, die souveräne Gleichheit und politische Unabhängigkeit Afghanistans usw., betroffen. Die militärische Besetzung des Landes brachte zudem einen asymmetrischen Krieg zwischen den Besatzern und den Aufständischen, der nach zehn Jahren noch andauert und mit der fortlaufenden Vernichtung von Rechtsgütern verbunden ist. Die völkerrechtliche Rechtslehre geht im Allgemeinen davon aus, dass es nicht erforderlich bzw. unverhältnismäßig ist, ein Regime abzusetzen, um terroristische Organisationen auf dessen Territorium auszuschalten. Siehe: *Tanzi*, Fn. 53, S. 458; *Kunig / Uerpmann-Wittack*, Fn. 2, S. 143; *Stein / von Buttlar*, Fn. 4, S. 282, Rn. 797.

Was den Ölplattform-Fall betrifft, themisierte der IGH in seinem Urteil nicht, ob die Vereinten Staaten mit den militärischen Maßnahmen auf eine Schädigung der iranischen Wirtschaft abzielten. Er betrachtete jedoch die auf beiden Seiten beeinträchtigten Rechtsgüter und stellte hinsichtlich der Operation *Praying Mantis* Unverhältnismäßigkeit fest.⁷⁸

In beiden Fällen sind sowohl die Nichterforderlichkeit der Maßnahmen als auch deren Unverhältnismäßigkeit starke Argumente, die für das Vorhandensein auch anderer Beweggründe sprechen. Zwar ist der Verteidigungswille ein subjektives Element des Rechtsinstituts der Selbstverteidigung, er ist jedoch, wie oben gezeigt wurde, objektiv, durch Tatsachen zu bestimmen. Solche Tatsachen sind *auch* die Überschreitung des Erforderlichen bzw. Unverhältnismäßigen, die sich aus dem objektiven Geschehen ergibt.

bb) Die Konstellation der vorgetäuschten Selbstverteidigung

Hinsichtlich der Konstellation der vorgetäuschten Selbstverteidigung ist sogleich anzumerken, dass hier in Wirklichkeit kein Angriff gegeben und somit die gesamte „Verteidigungs-handlung“, die eben keine Verteidigungshandlung, sondern bloßer Angriff ist, weder erforderlich noch verhältnismäßig sein kann. Es ist also keine der drei Voraussetzungen der Verteidigungs-handlung erfüllt: Es fehlt am Verteidigungswillen, an der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit.

D. Ergebnisse

Es wurde aufgezeigt, dass der Verteidigungswille eine inhärente Voraussetzung sowohl des innerstaatlichen als auch des völkerrechtlichen Rechtsinstituts der Notwehr ist.

Dies ergibt sich zunächst aufgrund allgemeiner Rechtsgrundsätze, es lässt sich aber auch anhand der auf völkerrechtlicher Ebene untersuchten Beispiele herleiten: Der von der US-Regierung behauptete *error de facto* bei der *Operation Iraqi Freedom*, das Missbrauchspotential eines reklamierten präventiven Selbstverteidigungsrechts, die gemischten Beweggründen bei Verteidigungsmaßnahmen, wie bei der *Operation Enduring Freedom* oder beim Ölplattform-Fall, und die vorgetäuschte Selbstverteidigung beim Überfall auf Polen im Jahr 1939, all dies sind Fragen, die der Voraussetzung des Verteidigungswillens zuzuordnen sind.

Hinzu kommt noch die enge Verbindung dieser Voraussetzung mit den weiteren Voraussetzungen dieses Rechtsinstituts, nämlich der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit

78 Während der Iran die Zerstörung der beiden Ölplattformen, zweier Kriegsfregatten sowie weiterer Schiffe und Flugzeuge zu beklagen hatte, wurde auf Seiten der Vereinigten Staaten – die keinen Verlust an Menschenleben erlitten – lediglich ein Kriegsschiff durch eine Mine beschädigt. In An-betracht dieses Bildes stellen sich die Verluste des Irans als unverhältnismäßig hoch dar, was sogar gelten würde, wenn man auf iranischer Seite allein die Zerstörung der beiden Ölplattformen berücksichtigte. Siehe: Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), I.C.J. Reports 2003, Rn. 77. Insoweit ist die völlige Unverhältnismäßigkeit des Vorgehens der Vereinigten Staaten ein Indiz dafür, dass die Argumentation des Irans, die Vereinigten Staaten hätten keinen Angriff abwehren, sondern der iranischen Wirtschaft schaden wollen, zutreffend ist.

der Verteidigungshandlung. Auch dies weist eine Zugehörigkeit des Verteidigungswillens zum Rechtsinstitut der Notwehr – innerstaatlicher wie völkerrechtlicher – nach.

Gewiss sind einige der Fälle, die hier betrachtet wurden, als Beispiele der Selbstverteidigung eher fragwürdig. Ihre Einordnung ist, zum Teil zu Recht, in der Rechtslehre stark umstritten. Gerade bei diesen Fällen ist aber festzustellen, dass ein Verteidigungswille entweder nicht eindeutig zu erkennen oder schlicht nicht vorhanden ist und die Nichtkenntnis der Notwehrlage oder das Vorhandensein gemischter Beweggründe eine wichtige Rolle spielen.

Im Völkerrecht ist das Selbstverteidigungsrecht die einzige Ausnahme vom Gewaltverbot, die den Staaten aus eigener Autorität zukommt, so dass Gewaltanwendungen von Staaten, die keine Maßnahmen der kollektiven Sicherheit gem. Kapitel VII der UN-Charta darstellen, mit Selbstverteidigung begründet werden, obwohl dies nur teilweise oder nicht zutreffend ist.

Dies bestätigt die Wichtigkeit der Voraussetzung des Verteidigungswillens, durch welche die Frage nach den wahren Beweggründen beim völkerrechtlichen Selbstverteidigungsrecht gestellt wird.