ALBIN ESER

Rechtmäßige Tötung im Krieg: Zur Fragwürdigkeit eines Tabus

Originalbeitrag erschienen in:
Dieter Dölling (Hrsg., u.a.), Verbrechen – Strafe – Resozialisierung : Festschrift für Heinz Schöch.
Berlin: De Gruyter, 2010, S. 461-480

ALBIN ESER

Rechtmäßige Tötung im Krieg: zur Fragwürdigkeit eines Tabus

Sonderdruck aus:

Verbrechen – Strafe – Resozialisierung
Festschrift für Heinz Schöch

Herausgegeben von
Dieter Dölling / Bert Götting / Bernd-Dieter Meier / Thorsten Verrel

De Gruyter Berlin 2010

Rechtmäßige Tötung im Krieg: zur Fragwürdigkeit eines Tabus

ALBIN ESER

I. Erkenntnisinteresse

Wenn man es für einen Festschriftbeitrag als gebührend ansieht, sich mit einer bereits von dem zu Ehrenden behandelten Thematik auseinanderzusetzen, so hätte es im Falle von *Heinz Schöch* nahe gelegen, sich aus dem Problembereich der Tötungsdelikte mit der Neuregelung der Patientenverfügung zu befassen. Denn nicht nur, dass sich der verehrte Jubilar, wie seinem reichhaltigen Schriftenverzeichnis zu entnehmen, schon seit Ende der achtziger Jahre mehrfach mit dem Recht auf ein menschenwürdiges Sterben (1986, 1987, 1997, 1999, 2005, 2007) und der Verantwortlichkeit bei Suizid (1996, 2007) beschäftigt hat; auch war er bereits am Alternativ-Entwurf eines Sterbehilfegesetzes (1986) wie auch neuerdings maßgeblich an einem ergänzenden Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (2005) beteiligt, sowie nicht zuletzt mit der Leitung der dem Thema „Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung" gewidmeten Strafrechtlichen Abteilung des 66. Deutschen Juristentages von 2006 in Stuttgart betraut. Nachdem sich vor Kurzem nun selbst der Gesetzgeber nicht mehr den öffentlichen Rufen nach einer gewissen Regelung des so genannten Patiententestaments verschließen konnte, wäre es sicherlich reizvoll gewesen, die in § 1901a BGB durch das Dritte Änderungsgesetz des Betreuungsrechts vom 29.07.2009 eingefügte „Patientenverfügung" im Lichte der Schriften von *Heinz Schöch* zu beleuchten und auf möglicherweise fortbestehende Desiderate aufmerksam zu machen.

Wenn ich mich trotzdem für eine andere Thematik entschieden habe, dann zum einen deshalb, weil die Problematik der Patientenautonomie in letzter Zeit derart viel Aufmerksamkeit erfahren hat, dass ich dazu in dem hier vorgegebenen Rahmen schwerlich wesentlich Neues hätte sagen können. Zum anderen aber hat mich demgegenüber die publizistisch festzustellende Verlegenheit aufgeschreckt, mit der teils non-chalant, vielleicht aber eher rat- wie sprachlos auf die absichtliche, versehentliche oder lediglich „kollaterale" Tötung von Menschen in kriegerischen Auseinandersetzungen

reagiert wird. Wie gerade jüngst in besonders spektakulärer Weise in dem von einem deutschen Offizier ausgelösten UN-Bombardement eines Tanklastzugs im afghanischen Kundus mit einer hohen Zahl (auch) ziviler Opfer zu beobachten war, reichen die Reaktionen von verständnisvoll-billigenden bis zu scharf verurteilenden Extremen – wobei dies nicht nur mit unterschiedlicher politischer Voreingenommenheit, sondern wohl auch mit dem unsicheren Gefühl mangelnder Rechtsklarheit in der Beurteilung von tödlichen Militäraktionen zu erklären sein dürfte.[1] Ja noch mehr: Wenn man sich, wie nachfolgend noch zu zeigen sein wird, die häufig mit kommentarlosen Verweisungen begnügende, wenn sich nicht gar schlicht verschweigende Distanziertheit vor Augen führt, mit der sich in einschlägigem Schrifttum Tötungen im Krieg gerechtfertigt finden, kann man sich des Eindrucks eines Tabus nicht erwehren: Krieg ist unvermeidlich mit dem Töten von Menschen verbunden. Das war schon immer so und wird auch so bleiben. Also besser nicht daran rühren und die Legalität des Tötens nicht weiter hinterfragen. Auf solche gleichsam selbstverständliche Weise tabuisiert, scheint die Tötung im Krieg keiner weiteren Rechtfertigung zu bedürfen. Aber was vielleicht noch in der direkten Konfrontation von Kombattant zu Kombattant zwingend erscheinen mag, vermag dies auch gegenüber unbeteiligten Zivilpersonen zu überzeugen? Und soweit nicht ohne weiteres, wo bleiben dann die Grenzen zu ziehen? Und zwar nicht nur hinsichtlich des Anlasses und Ausmaßes als in steigendem Maße auch hinsichtlich des immer schwerer abzugrenzenden Übergangs von soldatischer bis zu andersartiger Beteiligung an einer kriegsähnlichen Auseinandersetzung? Und wie, wenn im Kampf gegen Terrorismus und vergleichbaren Bedrohungen des Staates das von manchen angediente „Feindstrafrecht" sich auch der Rechtfertigungsprivilegien des „Kriegsrechts" bedienen wollte?

Auch wenn sich diese und weitere Fragen in dem hier vorgegebenen Rahmen weder allseitig entfalten, geschweige abschließend werden beantworten lassen, scheint es doch an der Zeit, mit einer Enttabuisierung des Tötens im Krieg zu beginnen – und sei es auch nur in der Weise, dass man sich zunächst einmal einen Überblick über die Behandlung dieser Problematik – oder auch mit deren beredter Nichtbefassung – im gängigen Schrifttum verschafft (II), überkommene Legitimierungstheorien einer kritischen Überprüfung unterzieht (III) und mögliche Lösungswege andeutet (IV).

[1] Statt vieler vgl. *Rath* Darf die Bundeswehr gezielt töten?, in: die tageszeitung (taz) vom 14.12.2009, *Zielcke* Unschuldige Feinde im Visier, in: Süddeutsche Zeitung vom 19.02.2010. – Auch von dem derzeit nur in Form einer Pressemitteilung zugänglichen Einstellungsbeschluss des Generalbundesanwalts im Ermittlungsverfahren gegen Oberst Klein (8/2010 vom 19.04.2010) wird weder eine abschießende Klärung der Rechtslage noch eine öffentliche Beruhigung zu erwarten sein: vgl. nur *Kreye* Niederlage im Kampf um Herzen und Köpfe, in: Süddeutsche Zeitung vom 21.04.2010.

Wenn auf diese Weise das Tabu rechtmäßiger Tötung im Krieg als des Hinterfragens würdig bewusst gemacht wird, hoffe ich mich auch damit im Interessenkreis des verehrten Jubilars zu bewegen, hat doch *Heinz Schöch* sein Engagement für diesen Rechtsbereich sowohl durch seine Beschäftigung mit der Todesstrafe (2004) als auch erst jüngst wieder durch aktive Mitwirkung am „Alternativ-Entwurf Leben" (2008) eindrucksvoll unter Beweis gestellt.

II. Behandlungsstand

Wie schon zuvor angedeutet, scheint Töten im Krieg als derart selbstverständlich angesehen zu werden, dass man sich für seine Rechtfertigung eine besondere Begründung meint ersparen zu können.

Von dieser Einschätzung vermag ich mich, wie rückblickend einzugestehen ist, auch selbst nicht ganz auszunehmen, glaubte ich mich doch bislang mit Verweisen auf überkommenen Kriegsgebrauch begnügen zu können, ohne diesen auf seine Legitimationskraft hin zu hinterfragen. Immerhin mag ich aber für mich in Anspruch nehmen, bereits bei meiner ersten Befassung mit Tötung im Krieg, als ich rechtsgeschichtlich den Wandlungen des strafrechtlichen Lebensschutzes nachging,[2] von deren offenbar selbstverständlichen Rechtmäßigkeit überrascht gewesen zu sein, wenn ich feststellte: „Dass die Tötung des Kriegsfeindes auch ohne ausdrückliche Zulassung für gerechtfertigt gehalten wurde, (sei) zwar als Folge menschlicher Machtlüsternheit bedauerlich, aber aufgrund langer Tradition nicht verwunderlich".[3] An dieser zunächst allein für die Rechtslage zur Zeit der Constitutio Criminalis Carolina von 1532 getroffenen Feststellung hat sich auch in der Folgezeit nichts Wesentliches geändert, so dass sich die gerne beschworene „Heiligkeit" des Lebens wie auch die oft recht leichthändig behauptete „Absolutheit" seines Schutzes[4] nach wie vor durch die drei klassischen Ausnahmen vom Tötungsverbot – so neben der tödlichen Notwehr und der (noch weithin praktizierten) Todesstrafe eben auch die Tötung im Krieg – relativiert sehen muss.[5] Vielleicht ist es von daher als resignatives Abfinden

[2] *Eser* Zwischen "Heiligkeit" und "Qualität" des Lebens, in: Gernhuber (Hrsg.), Tradition und Fortschritt im Recht. FS gewidmet der Tübinger Juristenfakultät, 1977, S. 377-414.

[3] A.a.O., S. 394.

[4] Wie neuerdings namentlich auch von *Ingelfinger* Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004, S. 7 ff. moniert.

[5] *Eser* (Fn. 2), S. 394; zu dieser Relativität des Lebensschutzes vgl. auch *Eser* Recht und Schutz des Lebens, in: Goerres Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Bd. 3, 7. Aufl. 1987, Sp. 858-862 (859), sowie *ders*. Auf der Suche nach dem mittleren Weg, in: Langer/Laschet (Hrsg.), Unterwegs mit Visionen, 2002, S.117-139 (122 ff., 134 f.).

mit ohnehin Unvermeidlichem erklärbar, dass ich mich bislang mit Hinweisen auf völkerrechtliches Kriegsrecht und diesbezügliche Literatur zufrieden gegeben habe.[6]

Im Vergleich dazu scheint für viele das Töten im Krieg noch viel selbstverständlicher zu sein, indem man es offenbar nicht einmal einer ausdrücklichen Rechtfertigung bedürftig hält. Wenn man sich dazu auf die Durchsicht des gängigen Schrifttums zu den Tötungsdelikten beschränkt – wenngleich unter dem Vorbehalt, dabei möglicherweise etwas an versteckter Stelle Stehendes oder allzu verklausuliert Ausgedrücktes übersehen zu haben –, lässt sich die Feststellung wagen, dass sich die Tötung im Krieg wohl überwiegend überhaupt nicht oder allenfalls beiläufig behandelt findet. Das gilt nicht nur für die mit Tötungsdelikten befasste Lehr- und Kommentarliteratur,[7] sondern sogar für monografische Arbeiten.[8] Auch steht damit die Strafrechtslehre keineswegs allein; vielmehr meinen selbst hochrangige Grundrechtskommentare sich eine Rechtfertigung tödlicher Kriegshandlungen ersparen zu können.[9] Ähnliche Blickverengungen sind auch in monografischen Auseinandersetzungen mit verfassungsrechtlichen

[6] Wie in meiner Kommentierung zu Rechtfertigung von Totschlag in: *Schönke/Schröder*, StGB, 27. Aufl. 2006, § 212 Rn. 7; vgl. auch *Eser* Grounds for excluding criminal responsibility, in: Triffterer (Hrsg.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2. Aufl. 2008, Art. 31 Rn. 39 (S. 880).

[7] Wie – soweit aus den Darstellungen der jeweils letzten Auflagen zu Rechtfertigungsgründen und Tötungsdelikten ersichtlich – in den Lehrbüchern von *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Baumann/Weber/Mitsch*, *Eisele*, *Gropp*, *Jakobs*, *Kindhäuser*, *Krey/Heinrich*, *Kühl*, *Roxin*, *Stratenwerth/Kuhlen* und *Wessels* bzw. für die Kommentierungen von *Günther* (zu §§ 32 ff.) bzw. von *Horn* (zu §§ 211 ff.) im Systematischen Kommentar (Stand 1993), für die (ansonsten eingehenden) Rechtfertigungsausführungen (jeweils zu den Vorbemerkungen vor §§ 32 ff.) von *Rönnau* im Leipziger Kommentar (12. Aufl. 2006) und von *Schlehofer* bzw. von *Dau* (zum Wehrstrafgesetz) im Münchener Kommentar, Bd. 1 (2003), bzw. Bd. 6/2 (2009), wie auch neuestens von *Rosenau* (zu §§ 32 ff.) bzw. von *Momsen* (zu § 212) im StGB-Kommentar von *Satzger/Schmitt/Widmaier* (2009).

[8] Wie beispielsweise für *Ingelfinger* (Fn. 4).

[9] Wie etwa die Kommentierung von Art. 2 Abs. 2 Grundgesetz bei *Udo Di Fabio* im Grundgesetz-Kommentar von Maunz/Dürig (2009), während sich in der Kommentierung von Art. 87a (Rn. 54) durch *Günter Dürig* immerhin noch ein Hinweis auf das Kriegsvölkerrecht findet. Auch unter den von *Murswiek*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 2 Rn. 152 erwähnten Beispielen zu Eingriffen in das Leben findet sich die Tötung im Krieg nicht erwähnt, wenngleich immerhin unter „Grundrechtsbegrenzungen" als Fall der Verhältnismäßigkeit von Eingriffen eingeräumt wird, dass durch prinzipielle Zulässigkeit eines (Verteidigungs-)Krieges implizit auch kriegsvölkerrechtsgemäße Tötungshandlungen „gerechtfertigt" seien (Rn. 172). Aufschlussreich zum verfassungsrechtlichen Schrifttum, auch wenn dies vornehmlich aus dem Blickwinkel des grenzüberschreitenden Grundrechtschutzes geschieht, die Meinungsübersicht von *Wiefelspütz* Auslandseinsatz der Streitkräfte und Grundrechte, Neue Zeitschrift für Wehrrecht 2008, 89-102.

Grenzen des Tötungsverbots zu finden.[10] Gleichermaßen ist in völkerrechtlicher Literatur zu Humanitäts- und Kriegsverbrechen zwar immer wieder von davon möglichen Straffreistellungen die Rede, ohne dass sich jedoch eine Rechtfertigung der Tötung im Krieg als solche ausdrücklich begründet fände.[11]

Von einer ebenfalls großen Zahl von Autoren wird die Tötung im Krieg zwar nicht gänzlich ignoriert; sofern sich deren Behandlung aber nicht ohnedies in bloßen Hinweisen auf andere Literatur erschöpft,[12] begnügt man sich mit der Berufung auf Völkerrecht und/oder Kriegsgebrauch[13] oder beschränkt sich auf die Behandlung von speziellen Teilbereichen tödlicher Kriegshandlungen oder bewaffneter Konflikte, wie einerseits im Zusam-

[10] Wie namentlich bei *Dreier* Grenzen des Tötungsverbots, JZ 2007, 261-270, 317-326, wo die Tötung im Krieg allenfalls in Verbindung mit der traditionellen Figur des „gerechten Krieges" anklingt (S. 262) bzw. die „als Erfüllung einer militärischen Pflicht" einzustufende Tötung feindlicher Soldaten offenbar nur in Verbindung mit der „staatlichen Inpflichtnahme" und der damit dem eigenen Leben drohenden Todesgefahr einer Behandlung wert erscheint (S. 262 f.).

[11] Das betrifft neben der grundlegenden „Introduction to International Criminal Law" von *M. Cherif Bassiouni* (2003) beispielsweise auch die Empfehlungen von *Dieter Fleck* in dem von ihm herausgegebenen Sammelband zu „Rechtsfragen der Terrorismusbekämpfung durch Streitkräfte" (2004), wo weder bei dem zu „Menschenrechtlichen Verpflichtungen" erwähnten „Recht auf Leben" (S. 252, Nr. 13) noch zu den „Kriegsvölkerrechtlichen Regelungen" im Hinblick auf bewaffnete Konflikte (S. 251, Nr. 16) die Rechtmäßigkeit von Tötungen bedacht wird. Auch in den sich mit „defences" befassenden Monografien von *Knoops* Defenses in Contemporary International Criminal Law, 2001, und von *van Sliedregt* Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law, 2003, ist zu einem grundsätzlichen Tötungsrecht nichts Einschlägiges zu finden. Gleiches gilt für die sich ansonsten eingehend mit Rechtfertigungsfragen im internationalen Strafrecht befassende Monografie von *Ambos* Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2. Aufl. 2004.

[12] Wie im Falle von *Gössel/Dölling* Strafrecht Besonderer Teil 1, 2. Aufl. 2004, S. 39 (Rn. 67) sowie von *Neumann* Nomos Kommentar StGB, 2. Aufl. 2005, § 212 Rn. 23.

[13] Aus dem national- wie auch internationalstrafrechtlichen Schrifttum ist hierzu insbesondere hinzuweisen auf *Lackner/Kühl* StGB, 26. Aufl. 2007, Vor § 32 Rn. 24, § 212 Rn. 4; *Kreß* Münchener Kommentar StGB, Bd. 3, 2003, § 220 a/§ 6 StGB (wo allerdings nur Rechtfertigungsgründe zu § 6 behandelt werden, nicht aber die grundsätzliche Rechtmäßigkeit von Kriegshandlungen); *Nill-Theobald* Defences bei Kriegesverbrechen am Beispiel Deutschlands und der USA, 1998, S. 55 ff.; *Schmidhäuser* Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1975, S. 315 f.; *H. Schneider* Münchener Kommentar StGB, Bd. 3, 2003, Rn. 53; *Schwenck* Die kriegerische Handlung und die Grenzen ihrer strafrechtlichen Rechtfertigung, in: Warda u.a. (Hrsg.), FS Lange, 1976, S. 97-118 (98); *Zimmermann/Geiß* Münchener Kommentar StGB, Bd. 6/2, 2009, § 8 VStGB Rn. 247 f., sowie neuestens *Safferling/Kirsch* Die Strafbarkeit von Bundeswehrangehörigen bei Auslandseinsätzen, in: Juristische Arbeitsblätter (JA) 2010, S. 81-86 (82). Aus dem verfassungs- und völkerrechtlichen Schrifttum findet sich die Berufung auf Kriegsrecht beispielsweise bei *Kunig* in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, 5. Aufl. 2000, Art. 2 Rn. 44; *Dahm/Delbrück/Wolfrum* Völkerrecht, Bd. I/3, 2. Aufl. 2002, S. 1024 ff.; *Arnold* War Crimes, in: Triffterer (Fn. 6), Art. 8 Rn. 58 und *Murswiek* (Fn. 9) sowie im Ergebnis auch bei *Wiefelspütz* (Fn. 9), S. 102.

menhang mit besonders gravierenden Kriegsverbrechen[14] oder andererseits möglicherweise grenzwertiger Kriegsrepressalien;[15] auch tödliche Aktionen zur Wahrung der Luftsicherheit wären, wenn im Sinne einer „kriegsrechtlich inspirierten Regelung" zu verstehen,[16] hier einzuordnen.

Nach alledem kann es nicht überraschen, dass sich der Kreis von Autoren, bei denen von einer eingehenderen Befassung mit der Tötung im Krieg die Rede sein kann, in leicht überschaubaren Grenzen hält. Dazu ist aus dem strafrechtlichen Schrifttum in erster Linie das Lehrbuch von *Maurach* zu nennen, dessen Darstellung schon seit seiner ersten Auflage bis hin zur jüngsten Neubearbeitung von *Schroeder* keine wesentlichen Änderungen erfahren hat.[17] Auch die Kommentierungen von *Jaehnke*[18] und von *Sternberg-Lieben*[19] sind dieser Gruppe zuzurechnen. Aus der völkerrechtlichen Literatur ist insbesondere auf die Lehrbücher von *Cassese*[20] und *Ipsen*[21] hinzuweisen.

Wendet man von hier den Blick der höchstrichterlichen Rechtssprechung zu, so sieht man sich in das große Lager derer zurückversetzt, für die sich die Rechtmäßigkeit von Tötung im Krieg – als gleichsam selbstverständlich keiner weiteren Rechtfertigung bedürftig – kurzerhand aus dem Kriegsrecht ergibt. Das gilt sowohl für die früheren Urteile der Oberlandesgerichte

[14] Wie bei *Satzger* Internationales und Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. 2009, S. 262 ff. und *Werle* Völkerstrafrecht, 2. Aufl. 2007, S. 201 ff., 384 ff., ähnlich wie bereits in meinem Beitrag zu: „Defences" in Strafverfahren wegen Kriegsverbrechen, in: Schmoller (Hrsg.), FS Triffterer, 1996, S. 755-775. Hierzu ließen sich auch die bereits erwähnten Monografien von *Ambos* (Fn. 11) und *Nill-Theobald* (Fn. 13) rechnen.

[15] Wie bei *Jescheck/Weigend* Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 328 (mit Hinweis auf BGHSt 23, S. 103 [unten Fn. 24]; *Paeffgen* Nomos Kommentar StGB, Bd. 1, 2. Aufl. 2005, Vor § 32 Rn. 206; vgl. auch *Verdross/Simma* Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, S. 907.

[16] So *Fischer* StGB, 57. Aufl. 2010, § 34 Rn. 11 a. Vgl. auch *Schultze-Fielitz* in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 2. Aufl. 2004, Art. 2 II Rn. 46 zu Lebensgefährdung bei militärischen Aktionen (ohne dass aber dazu Rechtfertigungsgründe erörtert würden).

[17] Vgl. *Maurach* Deutsches Strafrecht Besonderer Teil, 1. Aufl. 1954, S. 21 ff. bzw. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, 10. Aufl. 2009, S. 37 ff.

[18] *Jähnke* in: Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl. Bd. 5, 2005, § 212 Rn. 16 f.

[19] In Vertiefung der Vorauflagen *Lenckner/Sternberg-Lieben* in: Schönke/Schröder, StGB. 28. Aufl. (im Druck), Vor § 32 Rn. 91.

[20] *Cassese* International Criminal Law, 2003, S. 219 ff.

[21] *Ipsen* Völkerrecht, 5. Aufl. 2004, S. 1230 f., S. 1240 ff.

Kiel[22] und Dresden[23] wie auch für die üblicherweise zitierten neueren Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zur Erschießung von Kriegsgeiseln[24].

III. Legitimationstheorien

Sucht man nach einer Erklärung für die weit verbreitete Selbstverständlichkeitseinstellung, mit der das Töten im Krieg ohne weiteres Begründungsbemühen hingenommen wird, so könnte sie, wie sich als Erstes aufdrängt, in einem unreflektierten Festhalten an einer als menschheitsgeschichtlich nicht weiter zu hinterfragenden Gewohnheit zu finden sein.[25] Doch was schon immer so war, muss nicht deshalb richtig gewesen und weiter hin gut sein – und dies schon deswegen nicht, weil sowohl die Grenzen des Krieges wie auch der sich gegenüberstehenden Kombattanten immer fließender und die als „Kollateralschäden" verharmlosten Auswirkungen auf unbeteiligte Zivilpersonen immer alarmierender werden. Aber vielleicht geht es, um sich solchen drängenden Fragen nicht stellen zu müssen, gerade um deren bewusstes Verdrängen? Auch gilt es ja nicht nur, eine Rechtfertigung für das aktive Töten von Feinden zu finden, vielmehr will auch das zu erduldende und seinerseits nicht einklagbare Getötetwerden eigener Soldaten und Bürger erklärt sein.

Um es gleich unumwunden zuzugeben: auch ich vermag dazu hier keine endgültigen Antworten zu geben. Zumindest aber sollte mit dem Hinterfragen überkommener Positionen begonnen werden, und sei es auch nur, um unhaltbar Gewordenes auszuscheiden und möglicherweise Weiterführendes aufzuzeigen.

Wenn in diesem Sinne nachfolgend einige – sei es ausdrücklich vertretene oder eher nur unterschwellig zugrunde liegende – Legitimationstheorien zum Töten im Krieg in Frage gestellt werden sollen, so ist dabei ein häufig übersehener Unterschied im Auge zu behalten: Aus welcher Rechtsquelle sich Töten im Krieg legitimieren lässt (wie etwa aus völkerrechtlichem

[22] OLG Kiel, SJZ 1947, Sp. 323-330, mit – entgegen seiner im Übrigen scharf ablehnenden Kritik – offenbar zustimmender Anmerkung von *Arndt*, S. 333-337.

[23] OLG Dresden, SJZ 1947, Sp. 519-521, mit diesbezüglich ebenfalls zustimmender Anmerkung von *A. Henneka* Sp. 522-527.

[24] BGHSt 23 (1969), 103 bzw. 49 (2005), 189, mit diesbezüglich zustimmenden Anmerkungen von *Gribbohm* NStZ 2005, 38 f. und *Bröhmer/Bröhmer* NStZ 2005, 39 f.

[25] Offenbar erschien, wie auch von *Wolff* Gewaltmaßnahmen der Vereinten Nationen und die Grenzen der strafrechtlichen Rechtfertigung der beteiligten deutschen Soldaten, Neue Zeitschrift für Wehrrecht 1996, 9-21, festgestellt, die Rechtmäßigkeit von Tötungen im Krieg „im Ergebnis so klar, dass die dogmatische Herleitung kaum diskutiert wird" (S. 15). Im gleichen Sinne ist auch bei *Dreier* zur Tötungsproblematik im Krieg von „nicht gerade überbordender Literatur" die Rede (Fn. 10, S. 262 Anm. 18).

Gewohnheitsrecht oder aus vertraglichem Kriegsrecht) und wie eine Legitimierung verbrechenssystematisch einzuordnen ist (wie etwa bereits als Tatbestandsausschluss oder erst als Rechtfertigung), dies ist das eine, das mehr rechtstechnisch Formale. Welche Ratio hingegen dem zugrunde liegt, ist das andere, das mehr fundamental Materiale. Gewiss kann beides miteinander zusammenhängen. Doch wenn beispielsweise das Töten im Krieg aufgrund gewohnheitsrechtlichen Kriegsgebrauches als schon gar nicht vom Tötungsverbot umfasst befunden wird, dann ist damit lediglich eine tatbestandsausschließende Rechtsquelle benannt, ohne dass aber dafür schon eine rationale Begründung gegeben wäre – ähnlich wie umgekehrt ein Tötungsgrund ohne Wirkung bleibt, solange ihm die Geltungsgrundlage fehlt oder die verbrechenssystematische Eingliederung verbaut ist.

Um sich die Radikalität der Legitimierungsfrage bewusst zu machen, braucht man sich eigentlich nur die unterschiedliche Behandlung des Tötens innerhalb und außerhalb eines militärischen Konflikts vor Augen zu führen: Während ein „normaler" Totschlag ohne ausdrückliche Rechtfertigung selbstredend als rechtswidrig zu verwerfen ist, gilt das Töten im Krieg als rechtmäßig, ohne dass dafür jeweils eine besondere Begründung verlangt würde. Ja noch mehr: nicht nur dass die Tötung von feindlichen Kombattanten selbstredend als rechtmäßig angesehen wird, vielmehr darf man sich von steigendem Tötungserfolg sogar noch Belobigungen und statusfördernde Auszeichnungen erhoffen. Das ist umso erstaunlicher, als es meines Wissens keinen Rechtssatz gibt, der ausdrücklich das Töten im Krieg für rechtmäßig erklären würde.[26] Vielmehr scheint diese Legitimierung lediglich auf beiderseits militärisch akzeptierter Tolerierung und daraus entstandenem Gewohnheitsrecht zu beruhen.[27]

Wenn dies so vorsichtig tastend formuliert ist, dann schon deshalb, weil man bei der Suche nach expliziten Rechtmäßigkeitserklärungen der Tötung von Kriegsfeinden selbst bei eingehenderen Abhandlungen von Kriegsrecht

[26] So auch die Feststellung von *Wolff* a.a.O., 15.

[27] Falls überhaupt als eigenständige Rechtmäßigkeitserklärung für Tötung im Krieg geeignet, wäre allenfalls an die Ausnahmeklausel in Art. 15 Abs. 2 Europäische Menschenrechtskonvention zu denken, wonach „bei Todesfällen infolge rechtmäßiger Kriegshandlungen" von dem in Art. 2 garantierten Recht auf Leben abgewichen werden kann. Doch auch dabei wird offensichtlich die Rechtmäßigkeit tödlicher Kriegshandlungen bereits als anerkannt vorausgesetzt. In diesem Sinne dürfte auch *Frowein* (in: Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009, Art. 15 Rn. 14) zu verstehen sein, wenn er offenbar bereits als rechtmäßig anerkannte Kriegshandlungen „also auch unter Art. 15 gerechtfertigt" sieht. Auch aus Art. 57 (2) (a) (e) Zusatzprotokoll I 1977 zur Haager Landkriegsordnung, wo es um Vorsichtsmaßnahmen zum Schutz der Zivilbevölkerung geht, kann daraus, dass Angriffsziele keine Zivilpersonen sein dürfen, allenfalls indirekt entnommen werden, dass „militärische Ziele" angegriffen werden dürfen und dies wohl auch die Tötung von Kombattanten einschließt.

im allgemeinen und Tötungsrechtfertigungen im besonderen weitgehend im Stich gelassen wird. Während etwa in der vergleichsweise umfangreichen „Revision der Lehre von den angeblich straflosen Tödtungen" von *Abegg*[28] – neben allgemeiner Notwehr und Notstand – die gerechtfertigte Tötung bestimmter gleichsam bemakelter Menschen bis hin zu inneren Feinden und Fahnenflüchtigen im römischen, germanischen und gemeinen deutschen Strafrecht eine detaillierte Behandlung erfährt,[29] wird im Verhältnis zum Krieg lediglich beiläufig festgestellt, dass „die bis zur Vernichtung der Gegner ausgedehnte Befugniß und Verpflichtung" ihre Rechtfertigung in der „höhern Nothwendigkeit und Befugniß des Staates zur Kriegsführung" finde.[30] Oder um einen Blick auf das speziell dem „Kriegsrecht" gewidmete Lehrbuch von *Berber* zu werfen, findet sich den Kriegsführenden zwar das Recht zugestanden „sich gegenseitig in großem Umfang Schäden zuzufügen, die im Frieden verboten sind und dort Völkerrechtsdelikte darstellen würden",[31] ohne dass aber ausdrücklich klargestellt würde, ob und inwieweit mit diesem „Recht zur Schädigung des Feindes" auch dessen Tötung mit abgedeckt ist.[32]

Wenn somit nicht auf direktem Weg positiv-explizite Rechtmäßigkeitserklärungen zur Tötung im Krieg zu finden sind, bleibt auf indirektem Weg danach zu suchen. Und in der Tat scheint man damit eher fündig zu werden. Denn wenn, wie von *Berber* im Anschluss an die vorangehende Passage fortgeführt, nach Art. 22 Haager Landkriegsordnung „die Kriegsführenden kein unbeschränktes Recht in der Wahl der Mittel zur Schädigung des Feindes (haben)", und daraus zu schließen sei, dass, diejenigen Kriegsmittel, die nicht verboten sind, als erlaubt zu betrachten seien,[33] nach Art. 23 Haager Landkriegsordnung aber gerade nicht das Töten von Kriegsfeinden an sich, sondern nur bestimmte Tötungsformen (wie die Verwendung von vergifteten Waffen, die meuchlerische Tötung oder die eines wehrlosen Feindes)

[28] *Abegg* Untersuchungen auf dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft, 1830, S. 55-378.

[29] Vgl. insbesondere *Abegg* a.a.O., S. 198 ff., 204 ff., 301 ff., 371 ff.

[30] *Abegg* a.a.O., S. 102.

[31] *Berber* Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. II Kriegsrecht, 2. Aufl. 1969, S. 163.

[32] Auch dass das Sachregister bei der Suche nach „Tötung im Krieg" oder vergleichbaren Begriffen nicht weiter hilft – und dies im Übrigen auch für andere Lehrbücher des Völkerrechts zu konstatieren ist –, lässt einmal mehr die Frage offen, ob dies aus desinteressiertem Nichtbefassen mit ohnehin Selbstverständlichem oder in bewusster Problemverdrängung geschieht.

[33] *Berber* (Fn. 31), S. 163.

verboten sind,[34] dann wäre aus dem mangelnden Verbot die Erlaubtheit der Tötung im Kriege als solcher zu entnehmen.[35]

In dieser indirekten Legitimierung eines Tötungsrechts im Krieg aus dem Fehlen eines ausdrücklichen Tötungsverbots, wie dies meist unausgesprochen der traditionellen Vorstellung zugrunde liegen dürfte, scheint man sich – über ungeschriebenen Kriegsgebrauch und die nur partiellen Verbote bestimmter Tötungsmittel der Haager Landgerichtsordnung und deren verschiedenartiger Vorläufer und Nachfolger[36] hinaus – nicht zuletzt auch durch die neueren Statuten der internationalen Strafgerichtsbarkeit gestärkt sehen. Denn wenn beispielsweise in Art. 3 des Statuts für den Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien von 1993 oder in Art. 8 des Rom-Statuts für den Internationalen Strafgerichtshof von 1998 weder das Töten von Kriegsgegnern noch von mitbetroffenen Zivilisten als solches verboten ist, sondern vorsätzliche Tötung nur bei bestimmten Verstößen gegen Gesetze oder Gebräuche des Krieges als „Kriegsverbrechen" strafbar ist, dann scheint es in der Tat nahe zu liegen, alle nicht ausdrücklich verbotenen Tötungsmodalitäten – und somit insbesondere das Töten als solches – im Krieg für erlaubt zu halten.[37]

Doch so sehr sich solche Schlussfolgerungen aufdrängen mögen und möglicherweise von all jenen gezogen werden, die sich für die Rechtmäßigkeit der Tötung im Krieg schlicht auf Völkerrecht und/oder Kriegsgebrauch berufen,[38] sind sie wirklich zwingend und überzeugend? Ganz abgesehen von der noch zu hinterfragenden Ratio einer kriegsbedingten Tötungsberechtigung, sind gegen deren Legitimierung auf indirektem Wege schon gewisse rechtstechnische Zweifel angebracht. Gewiss: für erlaubt zu betrachten, was nicht verboten ist, klingt nach Freiheitlichkeit. Doch kann

[34] Näher dazu *Oeter* Kampfmittel und Kampfmethoden in bewaffneten Konflikten und ihre Vereinbarkeit mit dem humanitären Völkerrecht, in: Hasse u.a. (Hrsg.), Humanitäres Völkerrecht, 2001, S. 78-109.

[35] Ohne sich ausdrücklich gegen *Berber* zu wenden, wird demgegenüber von *Ipsen* (Fn. 21), S. 1240 zwar festgestellt, dass die Beschränkung des kodifizierten Rechts auf Verbote nicht bedeute, dass alle Schädigungshandlungen, die nicht verboten sind, erlaubt seien; die von ihm angeführten Beschränkungen in der Wahl der Mittel und Methoden der Kriegsführung wie auch die erforderliche Beachtung des Prinzips der Humanität stellen aber die offenbar als selbstverständlich erlaubte Tötung im Krieg jedenfalls im Grundsatz nicht in Frage.

[36] Näher zu dieser Entwicklung *Bothe* Friedenssicherung und Kriegsrecht, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 4. Aufl. 2007, S. 637-725 (643 ff., 683 ff.); *van der Wolf/van der Wolf* Laws of War and International Law, 2002.

[37] In diesem Sinne offenbar die Interpretation des geltenden Völkerrechts bei *Kremnitzer* Präventives Töten, in: Fleck (Hrsg.), Rechtsfragen der Terrorismusbekämpfung durch Streitkräfte, 2004, S. 201-222 (204 f.).

[38] Neben den oben in Fn. 13 Genannten wären hier wohl auch anzuführen: *Gössel/Dölling* (Fn. 12), *Jähnke* (Fn. 18), *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 19), *Maurach/Schroeder* (Fn. 17). Vgl. ferner unten zu Fn. 62.

man sich auf diese Maxime auch dann berufen, wenn es zur Gestattung von etwas an sich Verbotenem dienen soll? Wäre es nicht ein Trugschluss zu meinen, durch Aufhebung eines Tötungsverbots ein Tötungsrecht einzuräumen, sei nichts anderes, als Freiheit gegen Beschränkungen durch Verbote zu schützen? Während bei Letzterem von einer an sich unbeschränkten Freiheit auszugehen ist, wie sie zum Töten gerade nicht gegeben ist, wird bei Legitimierung eines kriegsbedingten Tötungsrechts aus dem Fehlen eines ausdrücklichen Tötungsverbots verkannt, dass es schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und zudem nach dem strafrechtlichen Tötungsverbot keine Tötungsfreiheit gibt, diese vielmehr von vornherein eingeschränkt ist und etwaige Ausnahmen davon ihrerseits einer Begründung bedürfen, die aber nicht schon allein im Fehlen eines ausdrücklichen kriegsbezüglichen Tötungsverbots gesehen werden kann. Kurzum: da das Töten von Menschen grundsätzlich verboten (und dadurch tödliche Freiheitsentfaltung von vornherein eingeschränkt) ist, lässt sich kriegsbedingtes Töten nicht einfach aus dem Fehlen eines ausdrücklichen Tötungsverbots im Kriegsrecht legitimieren. Vielmehr bedarf auch das Töten im Krieg, um vom grundsätzlichen Tötungsverbot ausgenommen zu sein, einer materialen Ratio, die nicht ohne weiteres aus einem rechtstechnischen Umkehrschluss zu gewinnen ist.

Solche Vorbehalte sind auch nicht durch Verweis auf die gesetzesförmige Pönalisierung bestimmter Tötungsmodalitäten als Kriegsverbrechen ausgeräumt, wie dies in den zuvor erwähnten Statuten des Jugoslawien-Tribunals und des Internationalen Strafgerichtshofs geschehen ist. Im Gegenteil: wollte man alles für erlaubt halten, was nicht als „Kriegsverbrechen" für strafbar erklärt ist, dann würde das Tötungsrecht in bewaffneten Konflikten sogar noch eine Erweiterung erfahren. Denn nachdem nicht alles, was durch die Haager Landkriegsordnung und die einschlägigen Genfer Konventionen verboten ist, zugleich als Kriegsverbrechen strafbar ist,[39] würde im Umkehrschluss jedwedes Töten im bewaffneten Konflikt erlaubt sein, solange es nur nicht die Schwere eines Kriegsverbrechens erreicht. Damit aber würde die mit der Kriminalisierung bestimmter Verletzungen des *ius in bello* beabsichtigte Verstärkung des Schutzes von Kombattanten und Zivilpersonen hinsichtlich ihres Lebens gerade kontraproduktiv geschwächt: indem das Tötungsrecht als solches erweitert würde. Ein solcher Rückschritt im Streben nach Humanisierung des – wenn schon nicht zu vermeidenden – Krieges kann nicht gewollt gewesen sein. Deshalb lässt sich Töten im Krieg

[39] Vgl. *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (Fn. 13), S. 1052 ff.; *Werle* (Fn. 14), S. 389 f.

nicht einfach damit legitimieren, dass alles erlaubt sei, was kein Kriegsverbrechen darstellt.[40]

Wie aber wäre dann Tötung im Krieg auf andere Weise zu legitimieren? Wenn man sich dafür nicht einfach mit der formalen Berufung auf Völkerrecht und Kriegsgebrauch zufrieden geben will,[41] zumal mit einer solchen weit verbreiteten Scheinlegitimierung lediglich eine mögliche Rechtsquelle benannt, aber damit noch keine materiale Begründung dafür geliefert ist, warum und wann grundsätzlich verbotenes Töten gleichwohl als rechtmäßig zu akzeptieren sei, dann wird man nicht umhin können, vorzufindende Erklärungen zur Tötung im Krieg auf ihren expliziten Gehalt oder ihre möglicherweise unausgesprochen zugrunde liegende Ratio hin zu untersuchen.

Um es gleich vorweg zu nehmen, ist freilich auch davon nur wenig Ergiebiges zu erwarten. Immerhin wäre aber möglicherweise Erhellendes aus der Art von Konstruktionen zu gewinnen, mit denen man rechtmäßiges Töten im Krieg mit dem strafrechtlichen Tötungsverbot in Einklang zu bringen versucht. Dabei sind im Wesentlichen drei unterschiedlich weit gehende Abstufungen erkennbar.

Eine Vereinbarkeit von grundsätzlichem Tötungsverbot und militärischer „Lizenz zum Töten" scheint am leichtesten und weitestgehenden dadurch zu erreichen sein, dass man tödliche Kriegshandlungen von vornherein von der Garantie des Lebensschutzes ausgenommen sieht: wie etwa dadurch, dass Anderes zu meinen geradezu für „absurd" erklärt wird, weil Krieg „auf die Tötung von Menschen angelegt" sei,[42] oder dass gegnerische Kombattanten als „naturgemäß legitime ‚militärische Ziele'" verstanden werden;[43] denn damit wird dem Töten im Krieg schon durch immanente Einschränkung des Tötungsverbots der Makel der Rechtswidrigkeit genommen. Eine solche „quasi-tatbestandliche Begrenzung des Lebensgrundrechts"[44] dürfte auch dort gemeint sein, wo tödliche Aktionen als „vom Kriegsrecht gewohnheits-

[40] Im gleichen Sinne auch *Ipsen* (Fn. 21), S. 384 unter Bezugnahme auf die sog. Martens'sche Klausel.

[41] Vgl. oben in und zu Fn. 38.

[42] So besonders drastisch *Matthias Hartwig* (laut *Markus Decker* Ist es nun doch ein Krieg?, in: Kölner Stadt-Anzeiger vom 11.2.2010). Auch für *Josef Isensee* wäre es „absurd", jeden Pulverschuss als „Grundrechtseingriff" gegen einen betroffenen feindlichen Soldaten zu qualifizieren und dafür eine grundrechtliche Güterabwägung zu erfordern (in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], Handbuch des StaatsRechts, Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 115 Rn. 90). Vgl. auch die unten Fn. 55 zitierte Bemerkung von *Welzel*.

[43] So *Oeter* (Fn. 34), S. 88.

[44] Wie sie *Sachs* in: Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, Bd. IV/1, 2006, S. 151 f., aus der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zum Verteidigungsauftrag des Art. 87a Abs. 1 S. 1 Grundgesetz meint herleiten zu können

rechtlich erlaubt" befunden werden[45], wenn sie „im Rahmen der Kriegsführung straflos zu sein pflegen"[46], wenn von (auch) „legitimierender Wirkung" der Kriegsregeln gesprochen wird,[47] oder wenn in kriegerischen Auseinandersetzungen das Tötungsverbot als „außer Kraft gesetzt" oder als „aufgehoben" betrachtet[48] und darin ein „rechtliches Privileg" für Kombattanten gegen Strafverfolgung gesehen wird.[49]

Was aber ist von derartigen Ausgrenzungen tödlicher Militäraktionen aus dem Tötungsverbot zu halten? Genau besehen beschreiben sie lediglich eine (suspendierende) Wirkung, ohne dass aber dafür auch schon eine Begründung geliefert würde. Auch wenn es unbestreitbar zur Gewohnheit geworden war, dass „an overall licentiousness in the use of force in the interational arena was taken for granted",[50] muss es Gründe für eine sich daraus entwickelnde „Lizenz zum Töten" gegeben haben. Könnte ein Souveränitätsdenken dahinter stehen, das nicht nur interne Macht verleiht, sondern Krieg als legitimes Mittel staatlicher Machtpolitik versteht[51] und dementsprechend auch grenzüberschreitende Gewaltrechte einräumt? Aber wenn schon, soll dies auch grundlos schlicht aus eigener Machtenfaltung geschehen dürfen? Oder wäre dafür nicht wenigstens ein „gerechter Grund" zu fordern – was natürlich zu überwunden geglaubten Auseinandersetzungen um den „gerechten Krieg" zurückführen müsste? Im Grunde ist eine solche Rückkehr ja bereits eingeleitet: so durch das grundsätzliche Gewaltverbot in Art. 2 Nr. 4 Charta der Vereinten Nationen, nach deren Art. 51 die Abwehr eines bewaffneten Angriffs nur „zur individuellen oder kollektiven Selbstverteidigung" erfolgen darf (und selbst dieses „naturgegebene Recht" weiteren formalen Beschränkungen unterliegt),[52] wie auch durch die vom humanitären Völkerrecht entwickelten Tötungseinschränkungen gegenüber

[45] BGHSt 49, 189 (193); im gleichen Sinne hatte bereits BGHSt 23, 103 (106) in Bezug auf Kriegsrepressalien von (keinen) „dem Kriegsgebrauch entsprechenden – rechtmäßigen – Kampfhandlungen" gesprochen. Vgl. aber dazu auch unten zu Fn. 61.

[46] OLG Dresden SJZ 1947, Sp. 520 (521).

[47] *Bothe* (Fn. 36), S. 686; im gleichen Sinne wohl auch *Zimmermann/Geiß* (Fn. 13), § 8 VStGB, Rn. 248 (S. 701).

[48] *Werle* (Fn. 14), S. 378 bzw. *Safferling/Kirsch* (Fn. 13), S. 85, wobei dies offenbar aus der zuvor festgestellten grundsätzlichen Erlaubtheit der Tötung feindlicher Kombattanten abgeleitet wird (vgl. aber dazu auch unten zu Fn. 61). Obgleich eine solche Begründung letztlich nicht selbst akzeptierend, findet sich auch bei *Wolff* (Fn. 25), S. 12 unter Berufung auf *Carl Schmitt* für den Kriegsfall als „Ausnahmezustand" eine Aufhebung des Strafrechtssystems erwogen.

[49] *Safferling/Kirsch* (Fn. 13), S. 82. Ähnlich ist im Interview von *Michael Bothe* („Die Tötung von Zivilisten muss hingenommen werden", in: Berliner Zeitung vom 10.02.2010) von „Privileg der Kombattanten" die Rede.

[50] Wie von *Dinstein* National and Collective Self-defense, in: Cherif Bassiouni/Nanda (Hrsg.), A Treatise on International Criminal Law, Vol. I, 1973, S. 273-286 (273) moniert.

[51] Wie von *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (Fn. 13), S. 818 f. beschrieben.

[52] Näher dazu *Bothe* (Fn. 36), S. 652 ff.; *Ipsen* (Fn. 21), S. 1072 ff., 1086 ff.

Zivilpersonen und teilweise auch gegenüber Kombattanten.[53] Doch selbst durch solche speziell-partiellen Tötungsverbote bleibt eine militärische Lizenz zum Töten als solche vorausgesetzt und wird gewissermaßen lediglich vom Rand her eingeschränkt, während die vorausliegende Frage nach dem tieferen Grund für die Suspendierung des grundsätzlichen Tötungsverbots für den Kriegsfall unbeantwortet bleibt. Das ist nicht zuletzt deshalb unbefriedigend, weil ohne Nennung eines Suspendierungsgrundes auch die Grenzen einer Ausnahme vom grundsätzlichen Tötungsverbot unbestimmbar bleiben: Wird etwa eine kriegerische Lizenz zum Töten als Ausprägung grenzüberschreitungsberechtigender Souveränität verstanden, dann wird sie tendenziell weitergehen (wie beispielsweise bis hin zu territorialen Expansionsansprüchen oder zur Durchsetzung von wirtschaftlichen Energieinteressen), als wenn das grundsätzliche Tötungsverbot nicht schon durch die bloße Existenz eines Krieges aufgehoben wird, sondern nur weil und soweit er zu ihrerseits legitimen Interessen ausgelöst und durchgeführt wird.

Auch mit der gelegentlichen Berufung auf „Sozialadäquanz" lässt sich Tötung im Krieg schwerlich als rechtmäßig begründen und gleichzeitig begrenzen. Nach dieser Rechtsfigur sollen als sozialadäquat „alle Betätigungen, die sich innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozialethischen Ordnungen des Gemeinschaftslebens bewegen", auch wenn man sie dem Wortlaut nach einen Tatbestand subsumieren könnte, gleichwohl nicht dem Deliktstatbestand unterfallen.[54] Da dies auch auf kriegsmäßige Tötungen zutreffe, seien diese keine Tötungen im Sinne der §§ 211 ff.[55] Zwar geht dieser Ansatz insofern weniger weit, als Tötung im Krieg nicht schon von vornherein aus dem Tötungsverbot ausgegrenzt wird, sondern – in strafrechtsdogmatischen Kategorien gesprochen – zunächst einmal durchaus vom Tatbestand der Tötungsdelikte umfasst erscheint. Auch mag

[53] Wie insbesondere aufgrund der Haager Landkriegsordnung von 1907 und dem IV. Genfer Abkommen mit seinen Zusatzprotokollen von 1949; vgl. im Einzelnen *Ipsen* (Fn. 21), S. 1241 ff., 1251 ff.

[54] Wie beispielhaft von *Welzel* Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1940, S. 33 formuliert.

[55] *Welzel* a.a.O., S. 34; geradezu sarkastisch in diesem Sinne vgl. bereits *Welzels* Studien zum System des Strafrechts, in: ZStW 58 (1939), 491-566 (527), wonach „der Gedanke, dass das Heer im Kampf um Leben und Tod lauter strafrechtliche Tatbestände – wenn auch rechtmäßig – verwirkliche, zu absurd, zu papieren konstruiert (sei), als dass er richtig sein könnte" (vgl. aber dazu auch unten Fn. 59). Im gleichen Sinne für Behandlung tödlicher Kriegshandlungen als „sozialadäquat" *Niethammer*, in: J. v. Olshausen's Kommentar zum StGB, 12. Aufl. 1942, Vorbem. 4 vor § 51, sowie selbst noch in den 50er Jahren *von Weber* Negative Tatbestandsmerkmale, in: Bockelmann u.a. (Hrsg.), FS Mezger, 1954, S. 183-192 (186, 188); *Schaffstein* Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStW 72 (1960), 369-396 (371); ferner zeitweilig auch *Mayer* Der Verbrechensbegriff, in: Deutsches Strafrecht 1938, S. 73-107 (97); vgl. aber dazu auch unten Fn. 60.

die verbrechenssystematische Frage dahinstehen, ob durch „Sozialadäquanz" bereits die Tatbestandsmäßigkeit ausgeschlossen wird oder ihr nur rechtfertigende Wirkung beizulegen ist.[56] Was jedoch im vorliegenden Zusammenhang schon sozialpsychologisch gegen die Heranziehung dieser Rechtsfigur spricht, ist der damit verbundene Eindruck von Verniedlichung, kann es doch bei Sozialadäquanz eigentlich nur um die Ausschließung von geringfügigen Rechtsgutsbeeinträchtigungen oder Interessenkollisionen gehen: Davon aber kann bei gezielter Tötung von Menschen schlechterdings nicht die Rede sein.[57] Auch wenn das für Sozialadäquanz wesentliche Kriterium der „Üblichkeit" des Verhaltens angesichts erschreckend zahlreicher Todesopfer in stets gegenwärtigen Kriegen und bewaffneten Konflikten bedauerlicherweise erfüllt sein mag, wird man bei Tötung von Menschen schwerlich von „völlig sozial-normal" und „sozial angemessen" sprechen können, wie dies im Sinne allgemeiner „gesellschaftlicher Billigung" als weiterem Kriterium sozialer Adäquanz erforderlich ist[58]; dies umso weniger, je mehr man sich über die direkte Konfrontation von Soldat gegen Soldat hinaus auch in die „kollaterale" Tötung von Zivilpersonen hineinbegibt.[59] Vor allem aber soll auch um des allgemeinen Wertbewusstseins willen „der Soldat wissen, dass er tötet" und sich dabei „bewusst bleiben, dass es sich um schwerwiegende und schmerzvolle Vorgänge handelt, die besonderer Rechtfertigung bedürfen".[60]

Damit ist die Position erreicht, die sich, sofern überhaupt ein Legitimationsbedürfnis für tödliche Kriegaktivitäten angesprochen wird, heute wohl vorwiegend vertreten findet. Danach erfüllen auch Tötungen im Krieg oder in vergleichbaren bewaffneten Konflikten, gleich ob Kombattanten oder Zivilpersonen betreffend, grundsätzlich den Tatbestand eines Tötungsdelikts, so dass sie, um nicht strafrechtliche verfolgt zu werden, der Rechtfer-

[56] Vgl. *Roxin* Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl. 2006, S. 295 f.

[57] Vgl. *Eser* „Sozialadäquanz": eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur? in: Schünemann u.a. (Hrsg.), FS Roxin, 2001, S. 199-212 (211).

[58] Vgl. *Welzel* Das neue Bild des Strafrechtssystems, 1952, S. 20.

[59] Wie schwer dabei die Grenze zwischen Recht und Unrecht zu ziehen ist und schon deshalb nicht von kaum bestimmbaren gesellschaftlichen Einschätzungen abhängen kann, zeigt das zähe diplomatische Ringen um Ausweitung des humanitären Schutzes und dementsprechender Einschränkung von Tötungslizenzen. Offenbar auch aus diesem Grund gegen Rechtfertigung kriegsbedingter Tötungshandlungen mittels „Sozialadäquanz" *Würtenberger* Zur Rechtswidrigkeit der Kriegsverbrechen, FS Mezger (Fn. 55), S. 193-212 (195f.), wie auch bereits *Maurach* (Fn. 17), S. 21 bzw. *Maurach/Schroeder* (Fn. 17), S. 37.

[60] So eindrucksvoll *Mayer* Strafrecht. Allgemeiner Teil, 1953, S. 107, ohne allerdings dabei die Abkehr von seiner früheren gegenteiligen Meinung (vgl. o. Fn. 55) offen zu legen. Gleiches gilt auch für *Welzel*, bei dem seit seinem Das deutsche Strafrecht, 1947, S. 36, wie von *Hirsch* (Fn. 61), S. 88 festgestellt, die kriegsmäßige Tötung nicht mehr unter den Beispielen für Sozialadäquanz zu finden ist.

tigung (oder eines sonstigen Straffreistellungsgrundes) bedürfen.[61] Woraus sich aber eine Rechtfertigung näherhin begründen lässt, dazu gibt es, sofern überhaupt – und sei es auch ohne verbrechenssystematische Einordnung – artikuliert, nur spärliche und uneinheitliche Aussagen.

Vergleichsweise am häufigsten wird die Rechtfertigung tödlicher Kriegshandlungen schlicht aus dem Kriegs(völker)recht abgeleitet.[62] Doch so wenig dies nach traditioneller Selbstverständlichkeitseinstellung überraschen kann, so wenig vermag es zu befriedigen. Nicht als ob sich nicht auch aus dem Völkerecht – ähnlich wie aus innerstaatlichem Zivil- und Polizeirecht – Rechtfertigungsgründe ergeben könnten.[63] Doch wie schon zuvor dargetan, ist mit dem Verweis auf Völkerrecht lediglich eine Rechtfertigungsquelle benannt, ohne dass aber damit schon begründet wäre, warum man – beispielsweise – gegnerische Kombattanten selbst dann soll töten dürfen, wenn diese sich eines aufgezwungenen Angriffskriegs zu erwehren haben und/oder sich nicht ihrerseits gerade in einer Angriffsposition befinden, ganz zu schweigen von tödlichen „Kollateralschäden", die von der Zivilbevölkerung sollen klaglos hinzunehmen seien.

Um die materiale Begründungslücke zu füllen, wird gelegentlich auch versucht, die Rechtfertigung militärischer Tötungsaktionen aus Amtsrechten oder Dienstpflichten herzuleiten.[64] Doch auch auf diesem Wege ist nicht

[61] In diesem Sinne eines „Rechtfertigungsgrundes des Kriegsrechts" (so OLG Kiel SJZ 1947, Sp. 325 f.) – mehr oder weniger explizit und ohne Anspruch auf vollständige Erfassung – BGHSt 23, 103 (107); *Arnold* in: Triffterer (Fn. 6), Art. 8 Rn. 58 (S. 338 f.); *Cassese* (Fn. 20), S. 219; *Gössel/Dölling* (Fn. 12), S. 39; *Hirsch* Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962), 87-135 (109 f.); *Jähnke* (Fn. 18); *Lackner/Kühl* (Fn. 13); *Maurach/Schroeder* (Fn. 17), S. 37; *Murswiek* (Fn. 9), Art. 2 Rn. 172; *Rönnau* (Fn. 7), Vor § 32 Rn. 302; *Safferling/Kirsch* (Fn. 13), S. 85 (obgleich freilich einerseits von Privileg und Aufhebung des Tötungsverbots sprechend [vgl. oben zu Fn. 49] bzw. andererseits auch schon den Ausschluss der Strafbarkeit im Rahmen der objektiven Zurechnung erwägend [S. 85 Anm. 61]); *Schmidhäuser* (Fn. 13), S. 316 f.; *Schneider* (Fn. 12), § 212 Rn. 53; *Schwenck* (Fn. 12), S. 97; *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 19), Vor § 32 Rn. 91 (unter Hinweis auf *Maurach*); *Wolff* (Fn. 25), S. 12 f.; *Würtenberger* (Fn. 59), S. 193-212 (196); *Zöller* Grausame Tötung oder völkerrechtlich gedeckte Kriegsrepressalie?, Jura 2005, 552-561 (557).

[62] Das gilt aus dem Kreis der in der vorangehenden Fn. 61 Genannten – jeweils a.a.O. – für *Gössel/Dölling*, *Hirsch*, *Maurach-Schroeder*, *Murswiek*, *Rönnau*, *Schmidhäuser*, *Schneider*, *Lenckner/Sternberg-Lieben*, *Würtenberger* und *Zöller*, ferner für *Lackner-Kühl*, *Schwenck* und *Wolff*, bei denen jedoch auch noch auf Amtsrechte Bezug genommen wird (vgl. zu Fn. 64), sowie für *Arnold* und *Cassese*, bei denen auch noch Notstandsaspekte herangezogen werden (vgl. zu Fn. 65).

[63] Wie namentlich von *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 19), Vor § 32 Rn. 91 und *Rönnau* (Fn. 7), Vor § 32 Rn. 302 hervorgehoben und schon von *Würtenberger* (Fn. 59) zu verschiedenen Rechtsquellen entfaltet.

[64] Neben den nur kursorischen Bezugnahmen darauf bei *Jescheck/Weigend* (Fn. 15), S. 391, *Lackner/Kühl* (Fn. 13), *Schwenck* (Fn. 13), S. 97 und *Wolff* (Fn. 25), der von einem „internationalen Amtsrecht" spricht (S. 19), ist insbesondere hinzuweisen auf OLG Kiel SJZ 1947 Sp.

weit zu kommen. Ganz abgesehen davon, dass sich damit nur tödliche Kriegshandlungen staatlich einberufener Krieger, nicht aber von Kämpfern in sonstigen bewaffneten Konflikten erfassen ließen, lassen sich selbst staatlich verliehene Tötungslizenzen nicht rein formal aus der Hoheitsgewalt ableiten, sondern bedürfen ihrerseits einer materialen Legitimierung. Zudem wäre für solche Befugnisse jedenfalls insoweit eine völkerrechtliche Grundlage erforderlich, als sie territoriale Souveränitätsgrenzen überschreiten.

Vergleichsweise selten finden sich Notstands- oder vergleichbare Güterabwägungsaspekte zur Legitimierung von Tötung im Krieg herangezogen.[65] Dies ist umso erstaunlicher, als doch gerade von Erforderlichkeits- und Verhältnismässigkeitskriterien am ehesten sowohl eine Begründung wie zugleich auch eine Begrenzung tödlicher Kriegshandlungen zu erwarten wäre. Oder meint man, daraus zu befürchtenden Anforderungen bereits durch das Verbot bestimmter kriegerischer Methoden und Mittel ausreichend Rechnung getragen zu haben? Aber würde dies nicht wiederum zu dem fragwürdigen Schluss führen, Töten schlicht für erlaubt zu halten, soweit es nicht ausdrücklich verboten ist?

Auch auf Notwehr- oder vergleichbare Verteidigungsaspekte wird zur Rechtfertigung tödlicher Kriegshandlungen kaum zurückgegriffen.[66] Das ist ebenfalls verwunderlich, nachdem das völkerrechtliche Gewaltverbot doch gerade bei Wahrnehmung des „naturgegebenen Rechts zur kollektiven und individuellen Selbstverteidigung" überschritten werden darf.[67] Oder fürchtet man, dass sich damit tödliche Kriegshandlungen von Kombattanten eines Angriffsstaates nicht mehr legitimieren ließen und auch „Kollateralschäden" unter der Zivilbevölkerung, wie sie in alarmierendem Übermaß zu beobachten sind, schwerer zu begründen wären?

323 (329), wonach „die Amtstätigkeit eines Vollzugsbeamten [denen auch Soldaten zugerechnet werden] bei pflichtmäßiger Vollstreckung immer rechtmäßig (sei)"; noch deutlicher *Dreier* (Fn. 10), S. 262, wonach die Tötung feindlicher Soldaten nicht als kriminelles Delikt, sondern als „Erfüllung einer militärischen Pflicht" eingestuft wird. Wohl im gleichen Sinne US Manual for Courts Martial (1951), para. 197 (b), wonach „homicide committed in the proper performance of a legal duty is justifiable" (zitiert nach *Cassese* [Fn. 20], S. 219).

[65] Immerhin vergleichsweise eingehend dazu *Cassese* (Fn. 20), S. 219 f., ferner ansatzweise *Arnold* (Fn. 13), Art. 8 Rn. 58 (S. 339), indem die Rechtfertigung nach Kriegsrecht mit den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und der militärischen Notwendigkeit in Verbindung gebracht wird. Gleichermaßen muss nach OLG Kiel SJZ 1947, Sp. 326 neben Beachtung der Kriegsregeln die Tat auch „durch militärische Notwendigkeiten geboten" sein.

[66] Immerhin sind dahingehende Anklänge bei *Dinstein* (Fn. 50), S. 274, *Kremitzer* (Fn. 37), S. 204 f. und *Verdross/Simma* (Fn. 15), S. 901 f. zu finden.

[67] Vgl. zu Art. 51 Charta der Vereinten Nationen oben zu Fn. 52.

IV. Ausblick

Das mag des Fragens genug sein, um darzutun, dass aufgrund der weitverbreiteten Selbstverständlichkeit, mit der Töten im Krieg als rechtmäßig hingenommen wird, wichtige Fragen unbeantwortet bleiben und daraus auch manche Rat- und Fassungslosigkeit zu erklären ist, mit der in der Öffentlichkeit auf die fatalen Folgen aktueller bewaffneter Auseinandersetzungen reagiert wird. Konkrete Antworten darauf sollten und konnten hier nicht gegeben werden; denn wie hoffentlich deutlich geworden ist, geht es mir zunächst einmal buchstäblich prinzipiell um die grundlegende und maßgebende Kernfrage: das Töten im Krieg als solches. Statt sich allein um seine Eingrenzung zu bemühen, wie das gewissermaßen vom Rand her durch Verbote geschieht, bedarf zu allererst seine Erlaubtheit einer Begründung.

Wenn man diese gewohnheitsmäßig gleichsam als „geschenkt" ansieht, so wird das sicherlich nicht zuletzt aus der menschheitsgeschichtlichen Erfahrung von der schicksalhaften Unabwendbarkeit von Kriegen und damit unvermeidlich verbundener Opfer an Menschenleben zu erklären sein. Aber könnte die daraus als „selbstverständlich" gefolgerte Rechtmäßigkeit tödlicher Kriegshandlungen nicht auch zu wohlfeilem Selbstschutz gegen Strafverfolgung von fragwürdigen Tötungsaktionen dienen? Solange im Krieg alles als erlaubt gilt, was nicht verboten ist, befindet sich der Täter auf der besseren Seite: Er braucht lediglich das Verbotensein seines Tuns zu bestreiten, ohne seine Erlaubtheit positiv begründen zu müssen – eine beweislastmäßig zweifellos für ihn günstigere Verteidigungsposition. Könnte es also – wie vor allem um eines möglichst großen militärischen Handlungsspielraums willen – sogar im politischen Interesse liegen, sich weniger um die positive Begründung rechtmäßiger Tötung im Krieg zu bemühen, als sich allenfalls Einschränkungen vorausgesetzter Rechtmäßigkeit durch partielle Verbote abringen zu lassen?

Wenn ich diese Grundeinstellung in Frage stellen möchte, dann nicht etwa deshalb, weil ich so weltfremd wäre, Tötungen im Krieg generell die Rechtmäßigkeit vorenthalten zu wollen. Ebenso, um nur ein nahe liegendes Beispiel zu nennen, wie sich eine Privatperson gegen einen rechtswidrigen Angriff erforderlichenfalls mit tödlicher Folge muss verteidigen dürfen, muss Gleiches auch für ein angegriffenes Land und für die zu seiner Verteidigung eingesetzten Soldaten gerechtfertigt sein. Wohl aber müssen solche Berechtigungen zur Tötung von Menschen begründet und in ihren Voraussetzungen und Grenzen umschrieben sein. Sich dafür nicht einfach negativ mit dem Verbot bestimmter Kriegshandlungen zu begnügen, sondern erlaubtes Töten im Krieg positiv zu bestimmen, wäre – kurz skizziert – in dreifacher Hinsicht von besonderer Bedeutung.

Würde – erstens – Krieg nicht schon als solcher zum Töten berechtigen, dann müssten schon dem Grunde nach die Interessen bestimmt und gewichtet werden, für deren Verteidigung und Durchsetzung grundsätzlich menschliches Leben geopfert werden darf: sei es auf Seiten des Gegners oder auch hinsichtlich der den eigenen Kämpfern drohenden Lebensgefahr. Dann würden – abgesehen von klaren Fällen aufgezwungener Verteidigung gegen einen völkerrechtliche Gewaltverbote missachtenden Angriffskrieg – nicht nur bewaffnete Konflikte um wirtschaftliche Interessen oder ethnische Säuberungsaktionen fragwürdig, vielmehr würde dann vielleicht auch manche kriegerische Auseinandersetzung, die sich die Rettung „nationaler Ehre" aufs Panier geschrieben hat, als rational „grundlos" entlarvt. Gewiss könnte dies neue Diskussionen um den „gerechten Krieg" auslösen. Dies wird aber ohnehin unvermeidlich sein, je mehr die Anwendung militärischer Gewalt selbstherrlicher Souveränität entzogen und in den Dienst humanitärer Rechte gestellt wird.

Durch Benennung eines legitimierenden Grundes würden sich – zweitens – auch die Voraussetzungen und Grenzen rechtmäßigen Tötens besser bestimmen und beschreiben lassen. Ist das Recht zur Tötung fremder und zur Opferung eigener Kombattanten nicht einfach aus der staatlichen Souveränität abzuleiten, dann bedarf es anderer Rechtfertigungskonzepte, wie besonders nahe liegend in Anlehnung an Notwehr- und Notstandsmodelle. Auch wenn diese wie auch möglicherweise andere Rechtfertigungsmaximen im Blick auf individuelle Konflikte entwickelt sein mögen, könnten darin enthaltene Verteidigungs- und Abwägungskriterien wie auch sonstige – positive oder negative – Legitimierungsaspekte unter Berücksichtigung der Besonderheiten kriegerischer Auseinandersetzungen zur Bestimmung von Voraussetzungen und Grenzen rechtmäßigen Tötens herangezogen werden. Das gilt nicht zuletzt auch für die Tötung von unbeteiligten Zivilpersonen, deren Rechtfertigung nach Grund und Grenzen noch einer wirklich befriedigenden Lösung harrt.[68]

Wenn positiv bestimmt, dann könnte – drittens – auch einem formalen rechtsstaatlichen Erfordernis Rechnung getragen werden. Nimmt man verfassungsrechtlich ernst, dass staatliche Eingriffe in das Grundrecht Leben einer gesetzlichen Eingriffsgrundlage bedürfen,[69] dann kann für das Recht zu Töten schwerlich genügen, lediglich negativ bestimmte Tötungsmodali-

[68] Vgl. *Oeter* (Fn. 34), S. 83 ff.; *Schaller* Humanitäres Völkerrecht und nichtstaatliche Gewaltakteure, 2007; *Prantl* Wie viel kostet ein toter Afghane?, in: Süddeutsche Zeitung vom 10.12.2009.

[69] Zu den damit verbundenen Problemen – nicht zuletzt bei Auslandseinsätzen – vgl. insbesondere den Meinungsüberblick von *Wiefelspütz* (Fn. 9).

täten durch Verbot auszugrenzen: Dann bedarf das Töten als solches einer positiven gesetzesförmigen Rechtfertigung.[70]

Auch wenn in diesem Beitrag mehr Fragen gestellt als bereits Antworten gegeben werden konnten, so hoffe ich doch, auf ein Legitimitätsproblem aufmerksam gemacht zu haben, über das bisher mit allzu großer Selbstverständlichkeit zur Tagesordnung übergegangen wird. Das ist umso bedenklicher, wenn durch Ausweitung des Kriegsbegriffs auch daraus abgeleitete „Lizenzen zum Töten" legitimiert werden sollen. Dazu kommt einem nicht nur der – an die Stelle ordentlicher Strafverfahren tretende – „War on Terror" in den Sinn,[71] auch in Kategorien von „Feindstrafrecht" zu reden, lässt Unheilvolles ahnen.

Eine solche Thematik ist gewiss nicht etwas, womit man einen Jubilar zu seinem Geburtsfest beglücken könnte. Nachdem ich jedoch um das eingangs geschilderte Engagement von *Heinz Schöch* für den Schutz des Lebens weiß, darf ich hoffen, mit meinen dem gleichen Zweck dienenden Überlegungen sein Interesse zu finden – zugleich in dankbarer Erinnerung an freundschaftliche Begegnungen während gemeinsamer Tübinger Zeit und auch weiterer verschiedenartiger Zusammenarbeit, wie nicht zuletzt aufgrund seiner langjährigen Mitwirkung im Fachbeirat des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg.

[70] Grundlegend in diesem Sinne auch *Yousif* Die extraterritoriale Geltung der Grundrechte bei der Ausübung deutscher Staatsgewalt im Ausland, 2007, S. 166 ff., 188, 212 ff.

[71] Mit den damit verbundenen Unklarheiten und Missbrauchsmöglichkeiten eindringlich beschrieben von *Wieczorek* Unrechtmäßige Kombattanten und humanitäres Völkerrecht, 2005, S. 162 ff.; vgl. auch *Waechter* Polizeirecht und Kriegsrecht, JZ 2007, 261-268.