

Professor Dr. Helmut Frister, Düsseldorf, Dr. Marcus Korte, Bonn,
und Professor Dr. Claus Kreß, LL.M. (Cambridge), Köln*

Die strafrechtliche Rechtfertigung militärischer Gewalt in Auslandseinsätzen auf der Grundlage eines Mandats der Vereinten Nationen

Die Frage, wie militärische Gewalt deutscher Soldaten im Rahmen eines Auslandseinsatzes auf der Grundlage eines Mandats der Vereinten Nationen strafrechtlich zu rechtfertigen ist, hat gegenwärtig große praktische Relevanz. Die Notrechte des StGB erweisen sich als unzureichend und systematisch nicht primär einschlägig. Stattdessen ergibt sich die Rechtfertigung aus dem auch innerstaatlich geltenden Sekundärrecht der Vereinten Nationen. Ein dringendes Bedürfnis für die Einführung einer gesetzlichen Regelung besteht nicht, wünschenswert ist aber eine Reform der Zuständigkeiten bei der Strafverfolgung.

I. Klärungsbedarf in Wissenschaft und Praxis

Am Abend des 24.10.2008 eröffnen Bundeswehrsoldaten der International Security Assistance Force (ISAF) an einer Straßensperre in der Nähe von Kundus in Afghanistan im Rahmen ihres Einsatzes das Feuer auf ein sich näherndes Fahrzeug. Fünf Insassen werden durch die Schüsse verletzt. In Deutschland nimmt daraufhin die aufgrund des Stationierungsortes der Soldaten in der Heimat zuständige¹ Staatsanwaltschaft Zweibrücken Ermittlungen auf. Nach deren Feststellungen² hat sich das Fahrzeug mit hoher Geschwindigkeit der Straßensperre genähert und auch auf mehrfache Haltesignale nicht reagiert. Selbst die folgenden Warnschüsse blieben unbeachtet. Als das Fahrzeug nur noch ca. 50 Meter von der Straßensperre entfernt war, gaben die Soldaten – entsprechend dem ihnen zuvor für einen solchen Fall erteilten Befehl – Feuerstöße vor und auf das Fahrzeug ab. Im Fahrzeug befanden sich sechs afghanische Zivilisten, die die Leiche eines Verwandten in die Provinz Badachschan bringen wollten. Alle Insassen waren unbewaffnet, auch Sprengmittel befanden sich nicht im Fahrzeug.

Dieser Vorfall ist ein tragisches Beispiel für die Anwendung militärischer Gewalt durch Bundeswehrsoldaten, die ihren Dienst zunehmend in von den Vereinten Nationen (VN) autorisierten Auslandseinsätzen verrichten. Auftragsgemäß haben sie dort etwa von der Errichtung und Durchsetzung von Straßensperren, dem Stoppen von Schiffen sowie der Entwaffnung und Festnahme mutmaßlicher Piraten

bis hin zur Verwicklung in etwaige Feuergefechte Handlungen vorzunehmen, die den Tatbestand nationaler Strafgesetze verwirklichen. Dabei gilt gemäß § 1a Abs. 2 WStG das (gesamte) deutsche Strafrecht, und zwar abweichend von § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB unabhängig vom Recht des Tatorts auch für Straftaten, die ein Soldat während eines dienstlichen Aufenthalts oder in Beziehung auf den Dienst im Ausland begeht.³

In dem oben geschilderten Fall ermittelte die Staatsanwaltschaft Zweibrücken zunächst gegen den Soldaten, der den Befehl erteilt hatte, Fahrzeuge, die das Haltegebot und alle Warnungen missachten, 50 Meter vor Erreichen der Straßensperre notfalls durch gezielte Schüsse zu stoppen. Darüber hinaus prüfte sie die mögliche Strafbarkeit der Soldaten, die entsprechend diesem Befehl die Schüsse abgegeben hatten. Hinsichtlich des Befehlsgebers stellte sie das Verfahren gemäß § 170 Abs. 2 StPO mit der Begründung ein, dass der generelle Befehl zur Gewaltanwendung durch Art. 24 Abs. 2 GG i. V. m. dem Bundestagsbeschluss zum Einsatz der Bundeswehr in Afghanistan gerechtfertigt sei.⁴ Hinsichtlich der Gewaltanwendung selbst hatte sie jedoch Zweifel, ob sich auf diesem Wege eine strafrechtliche Rechtfertigung ergebe. Deshalb griff sie bezüglich der den Befehl ausführenden Soldaten auf die allgemeinen Notrechte zurück und stellte das Verfahren insoweit wegen eines Erlaubnistatbestandsirrtums, das heißt mit der Begründung ein, dass sich die Soldaten in einer unvermeidbaren Putativnotwehrlage befunden hätten.⁵

Die Entscheidung der Staatsanwaltschaft Zweibrücken verdient insofern Anerkennung, als sie im Ergebnis zu Recht davon ausgeht, dass sich aus dem Mandat der Bundeswehr zum Einsatz in Afghanistan ein eigenständiger strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund ergibt. Zugleich bleibt sie aber bei der Anwendung dieses Rechtfertigungsgrundes „auf halbem Wege stehen“, indem sie lediglich den generellen Befehl zur Gewaltanwendung auf diesem Wege rechtfertigt, bezüglich der Gewaltanwendung selbst aber auf das vertraute Terrain des § 32 StGB zurückgreift. Die „Angst vor der eigenen Courage“, die die Staatsanwaltschaft hier offenbar beschli-

³ Diese weite Erstreckung des deutschen Strafrechts ist damit zu erklären, dass deutsche Soldaten bei Auslandseinsätzen der Gerichtsbarkeit des Aufenthaltsstaats typischerweise entzogen sind (hierzu im Einzelnen *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen, Bd. 2, 2007, S. 1030). Vor diesem speziellen Hintergrund ist es zweifelhaft, ob die Strafverfolgungspflicht nach § 152 Abs. 2 StPO in solchen Fällen von § 153c Abs. 1 Nr. 1 StPO durchbrochen wird.

⁴ Die StA Zweibrücken (Fn. 2) = NZWehrr 2009, 169 (170) stellt auf die im Entscheidungszeitpunkt maßgebliche von der Bundesregierung beantragte (BT-Drs. 16/10473) und vom Bundestag bewilligte (Plenarprotokoll 16/183) Mandatsverlängerung ab.

⁵ StA Zweibrücken (Fn. 2) = NZWehrr 2009, 169 (170–172). Die StA Frankfurt/Oder hatte sich mit einem ähnlichen Vorfall zu befassen, bei dem im August 2008 eine afghanische Frau und zwei Kinder in einem Fahrzeug ums Leben kamen, auf das ein Bundeswehrsoldat das Feuer eröffnete, nachdem auch dieses mehrere Haltesignale und Warnschüsse missachtet hatte. Auch hier wurde die Einstellung des Verfahrens mit einem unvermeidbaren Erlaubnistatbestandsirrtum begründet; StA Frankfurt/Oder v. 15. 5. 2009 – 244 Js 29960/08; in Auszügen veröffentlicht bei *Heinen*, Der aktuelle Fall 03–2009: „Schusswaffengebrauch im Auslandseinsatz“, *www.militärpolizei.de*.

* Professor Dr. Helmut Frister ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Düsseldorf, Dr. Marcus Korte ist Regierungsdirektor im Bundesministerium der Verteidigung und Lehrbeauftragter für Völkerstrafrecht an der Universität Münster, Professor Dr. Claus Kreß ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches Strafrecht, Europäisches Strafrecht, Völkerstrafrecht sowie Friedenssicherungs- und Konfliktsvölkerrecht an der Universität zu Köln. Die in diesem Beitrag geäußerten Rechtsauffassungen geben auch was den Zweitverfasser anbetrifft allein die persönliche Meinung wieder.

¹ Auf Grund einer Vereinbarung zwischen den Generalstaatsanwaltschaften nimmt bei möglichen Straftaten von Bundeswehrangehörigen im Auslandseinsatz zunächst die Staatsanwaltschaft (StA) Potsdam die Funktion als „Staatsanwaltschaft des ersten Zugriffs und als Koordinierungsstelle“ wahr. Sie trifft die ersten unaufschiebbaren Maßnahmen, ermittelt die gesetzlich zuständige Staatsanwaltschaft und gibt das Verfahren an diese ab.

² StA Zweibrücken v. 23. 1. 2009 – 4129 Js 12550/08 = NZWehrr 2009, 169.

chen hat, ist allerdings durchaus verständlich. Sie resultiert daraus, dass die Grundlagen der strafrechtlichen Rechtfertigung militärischer Gewalt in der Rechtswissenschaft bisher kaum hinreichend geklärt sind.⁶

Die folgenden Überlegungen sollen zur Klärung dieser Grundfrage beitragen. Dabei gilt das Augenmerk solchen Auslandseinsätzen, die auf der Grundlage einer Resolution des Sicherheitsrats (SR) der Vereinten Nationen durchgeführt werden und die nicht im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt i. S. des Völkerrechts stehen. Sofern demgegenüber ein solcher Zusammenhang besteht⁷, sind bei der Rechtfertigungsfrage weitere Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die hier nicht im Einzelnen erörtert werden sollen. Der Gedankengang gliedert sich in drei Teile. Zunächst wird aufgezeigt, dass der Rückgriff auf die allgemeinen Notrechte zur Rechtfertigung militärischer Gewalt bei Auslandseinsätzen sachlich unzureichend und systematisch verfehlt ist (II.). Im Anschluss wird dargelegt, dass sich eine tragfähige strafrechtliche Rechtfertigung aus dem VN-Mandat ergibt, das dem jeweiligen Auslandseinsatz zugrunde liegt (III.). Abschließend wird die Frage erörtert, ob eine spezielle gesetzliche Regelung der strafrechtlichen Rechtfertigung, wie sie etwa in Frankreich erfolgt ist und auch für Deutschland diskutiert wird, sinnvoll wäre (IV.).

II. Rechtfertigung aufgrund allgemeiner Notrechte?

Die wichtigsten Notrechte sind Notwehr (§ 32 StGB) und Notstand (§ 34 StGB).⁸ Während die Notwehr zur Verteidigung gegenüber rechtswidrigen Angriffen und damit zur Abwehr von Gefahren berechtigt, die von Menschen ausgehen, geht es beim Notstand in erster Linie um die Abwehr von Gefahren, die von Sachen oder Naturgewalten herrühren.⁹ Schon daraus erhellt, dass für die Rechtfertigung militärischer Gewalt im Wesentlichen die Notwehr in Betracht kommt. Sie berechtigt gemäß § 32 StGB nicht nur zur Verteidigung der eigenen Rechtsgüter, sondern auch und in gleicher Weise zur Verteidigung der Rechtsgüter Dritter. Man spricht in einem solchen Fall von „Nothilfe“, die aber kein eigenständiger Rechtfertigungsgrund, sondern ein Anwendungsfall des Notwehrrechts ist.

Da der Einsatz militärischer Gewalt im Ausland insgesamt dem Schutz der Rechtsgüter Dritter dient, scheint die Nothilfe als strafrechtliche Rechtfertigung für einen solchen Einsatz im Prinzip durchaus in Betracht zu kommen. Dies gilt umso mehr, als insbesondere das deutsche Notwehrrecht sehr scharf ist und im Grundsatz alle Maßnahmen erlaubt, die zur Abwehr eines Angriffs erforderlich sind.¹⁰ Jedoch sind gerade aufgrund dieser Schärfe die Voraussetzungen der Notwehr in zeitlicher Hinsicht sehr eng gefasst. Eine Notwehrlage setzt die Gegenwärtigkeit der abzuwehrenden Bedrohung voraus und dies wird in der Rechtspre-

chung allgemein so ausgelegt, dass der Angriff auf das betreffende Rechtsgut unmittelbar bevorstehen oder noch andauern muss.¹¹ Wird ein Angriff erst vorbereitet oder ergreift der Angreifer nach erfolgtem Angriff die Flucht, so ist die Notwehr und damit auch eine Nothilfe nicht bzw. nicht mehr zulässig.

Welche Probleme daraus für die Rechtfertigung militärischer Gewalt bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr resultieren, kann man sich beispielhaft klarmachen, wenn man den eingangs referierten Fall der Staatsanwaltschaft Zweibrücken dahingehend modifiziert, dass das sich dem Kontrollpunkt nähernde Fahrzeug nicht auf die kontrollierenden Soldaten zufährt, sondern in höchst auffälliger Weise versucht, sich durch Ausweichen oder Wenden der Kontrolle zu entziehen. In einem solchen Fall läge in Ermangelung eines bereits gegenwärtigen Angriffs keinerlei Notwehrlage vor, so dass die Soldaten bei alleiniger Anwendung der Notrechte keine Möglichkeit hätten, die Kontrolle durchzusetzen. Sie dürften nicht nur nicht auf das Fahrzeug schießen, sondern keinerlei Maßnahmen ergreifen, die den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllen. Schon dieses einfache Beispiel zeigt, dass eine Rechtfertigung militärischen Handelns durch die Notrechte zur Erfüllung des Auftrags der Bundeswehr bei Auslandseinsätzen unzureichend ist. Die Einrichtung eines Kontrollpunkts zur Abwehr terroristischer Aktivitäten hat nur dann einen Sinn, wenn die Kontrolle notfalls auch mit Gewalt durchgesetzt werden kann, so wie dies bei entsprechenden polizeilichen Kontrollstellen im Inland selbstverständlich ist.¹² Wenn schon die Polizei im friedlichen Deutschland zur Aufrechterhaltung der Sicherheit Befugnisse benötigt, die über die Abwehr bereits gegenwärtiger Angriffe hinausgehen, dann kann die Bundeswehr bei der Erfüllung ihres Auftrags der Wiederherstellung der Sicherheit in Afghanistan erst recht nicht ohne solche weitergehenden Befugnisse auskommen. Aus den allgemeinen Notrechten lassen sich diese jedoch nicht ableiten.

Aber nicht nur wegen der engen zeitlichen Grenzen ist die sich aus der Notwehr bzw. Nothilfe ergebende Rechtfertigung unzureichend. Ein weiteres Manko besteht darin, dass diese Rechtfertigung eine objektiv vorliegende Angriffsabsicht voraussetzt, der bloße Anschein einer solchen – und sei er auch noch so stark – jedenfalls nach herrschender Meinung nicht ausreicht.¹³ Die Problematik verdeutlicht der zu Beginn referierte Fall der Staatsanwaltschaft Zweibrücken. Weil sich im Nachhinein herausstellte, dass es sich bei den Insassen des Fahrzeugs um harmlose Zivilisten handelte, hat die Staatsanwaltschaft einen Fall der Putativnotwehr angenommen und damit den Soldaten lediglich einen unvermeidbaren Erlaubnistatbestandsirrtum zugebilligt. Dies ist zwar insofern keine „Einstellung zweiter Klasse“, als die Staatsanwaltschaft ausdrücklich festgestellt hat, dass die Soldaten keinen Fehler gemacht haben, der Irrtum nicht nur für sie, sondern auch für jeden anderen in der konkreten Situation unvermeidbar war. Aber gleichwohl gibt es einen we-

⁶ Für einen vereinzelt Klärungsversuch siehe *H. A. Wolff* NZWehr 1996, 9.

⁷ Wie die in Deutschland zum ISAF-Einsatz geführte Debatte zeigt, ist die Frage, ob die Schwelle insbesondere zum nicht-internationalen bewaffneten Konflikt erreicht ist, mitunter nicht leicht zu beantworten.

⁸ Zu den weiteren Notrechten *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2009, 13. Kapitel Rn. 11.

⁹ Zur Defensivnotstandsbefugnis zur Abwehr einer Gefahr, die von einem Menschen ausgeht, *Frister* (Fn. 8), 17. Kapitel Rn. 21.

¹⁰ *Frister* (Fn. 8), 16. Kapitel Rn. 1–4 sowie 26 zu der „sozialethischen Einschränkung“ des Notwehrrechts im Fall eines „krassen“ Missverhältnisses.

¹¹ *Frister* (Fn. 8), 16. Kapitel Rn. 13 sowie 14f. zu der vor allem früher geführten Debatte über eine ausnahmsweise zeitliche Ausdehnung des Notwehrrechts in „notwehrähnlichen Lagen“.

¹² Da gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 2 VwGO ein Rechtsmittel gegen unaufschiebbare Anordnungen und Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten keine aufschiebende Wirkung hat, kann die Polizei das Haltegebot an einer Kontrollstelle nach vorheriger Androhung im Wege unmittelbaren Zwangs durchsetzen (vgl. zum Beispiel §§ 50 Abs. 1, 55 Abs. 1 PolG NW); zu der Art und Weise der Zwangsangewandung vgl. zum Beispiel §§ 57 ff. PolG NW, zur begrenzten Zulässigkeit des Schusswaffengebrauchs insbesondere z. B. §§ 63 f. PolG NW.

¹³ *Frister* (Fn. 8), 14. Kapitel Rn. 8–12 (m. w. Nachw.).

sentlichen Unterschied zwischen objektiver Rechtfertigung und bloßem Erlaubnistatbestandsirrtum. Wer lediglich aufgrund eines Erlaubnistatbestandsirrtums straflos ist, dessen Handeln ist seinerseits objektiv rechtswidrig und begründet damit ein Abwehrrecht des Betroffenen, das sich entweder aus der Notwehr¹⁴ oder zumindest aus dem Defensivnotstand¹⁵ ergibt. Wenn also die Schüsse der Soldaten in dem Fall der Staatsanwaltschaft Zweibrücken wirklich nur wegen eines Erlaubnistatbestandsirrtums straflos wären, dann hätten sich die Insassen des Fahrzeugs gegen dieses Verhalten zur Wehr setzen dürfen, und die Soldaten wären ihrerseits zur Duldung dieser rechtmäßigen Verteidigungshandlung verpflichtet gewesen.

Die Fragwürdigkeit dieses Ergebnisses wird erneut durch einen Vergleich mit entsprechendem polizeilichen Handeln im Inland deutlich. Im Polizeirecht ist anerkannt, dass die Rechtmäßigkeit polizeilichen Handelns objektiv ex ante, das heißt nach dem für den handelnden Amtswalter in der konkreten Situation objektiv erkennbaren Sachverhalt zu beurteilen ist, so dass auch bei einer sogenannten Anscheinsgefahr eine Befugnis zur Gefahrenabwehr besteht.¹⁶ Für das Handeln der Bundeswehr bei Auslandseinsätzen kann jedenfalls dann im Ergebnis nichts anderes gelten, wenn diese auf der Grundlage eines Mandats der Vereinten Nationen handelt. Denn die Soldaten der Bundeswehr handeln dann als Amtswalter mit dem internationalen Auftrag der Sicherung des Rechtsfriedens¹⁷, und deshalb muss die Rechtmäßigkeit ihres Handelns nach dem für den handelnden Amtswalter in der konkreten Situation objektiv erkennbaren Sachverhalt beurteilt werden. Das aber ist mit dem Rückgriff auf die allgemeinen Notrechte ebenfalls nicht zu gewährleisten.¹⁸

Dies leitet über zu der grundlegenden systematischen Problematik einer Rechtfertigung der Anwendung militärischer Gewalt durch die allgemeinen Notrechte. Die Notrechte sind von ihrer Grundidee her Rechte des Bürgers, sie regeln gerade nicht die Ausübung staatlicher Gewalt, sondern geben dem Bürger eine Notkompetenz für den Fall, dass die staatliche Gewalt ihre Aufgabe, die Rechte der Bürger zu schützen, nicht erfüllen kann. Dementsprechend ist in der Rechtswissenschaft seit langem umstritten, ob und inwieweit hoheitliches Handeln überhaupt durch die allgemeinen Notrechte gerechtfertigt werden kann.¹⁹ Die Rechtsprechung nimmt dies zwar an, wenn sich eine hoheitliche Befugnisnorm im Einzelfall als zu restriktiv erweist²⁰, aber auch

nach ihrer Auffassung hat eine solche Rechtfertigung lediglich subsidiären Charakter, so dass eine primäre Rechtfertigung amtlichen Handelns und damit auch der Anwendung militärischer Gewalt durch die Notrechte nicht möglich ist.

Etwas anderes lässt sich auch nicht daraus herleiten, dass Bundesregierung und Bundestag in ihren Entscheidungen zum Afghanistaneinsatz explizit auf die Möglichkeit der Rechtfertigung der Anwendung militärischer Gewalt im Rahmen von Selbstverteidigung und Nothilfe hinweisen.²¹ Dieser Hinweis entspricht in seiner Funktion den Notrechtsvorbehalten in den Polizeigesetzen, das heißt er bringt zum Ausdruck, dass der Amtsträger als Person sich wie jeder Bürger auf die Notrechte berufen kann, also strafrechtlich gerechtfertigt ist, wenn er unter den Voraussetzungen des § 32 StGB gehandelt hat. Er besagt aber nicht, dass die Rechtfertigung militärischer Gewalt im Ausland primär oder gar ausschließlich nach Maßgabe des § 32 StGB zu rechtfertigen wäre.

Als Zwischenergebnis ist damit festzuhalten, dass die Notrechte zur prinzipiellen Rechtfertigung der Anwendung militärischer Gewalt im Ausland auf der Grundlage eines VN-Mandats sachlich und systematisch unzureichend sind. Die Anwendung militärischer Gewalt bedarf als hoheitliches Handeln einer spezifischen Rechtfertigung, die – anders als die allgemeinen Notrechte – die Soldaten nicht nur zur Abwehr bereits gegenwärtiger Angriffe berechtigt und darüber hinaus gewährleistet, dass die Rechtmäßigkeit ihres Handelns auf der Grundlage des objektiv erkennbaren Sachverhalts beurteilt wird.

III. Rechtfertigung aufgrund des VN-Mandats

Eine solche Rechtfertigung ergibt sich aus dem Völkerrecht. Für einen aus dieser Rechtsordnung abgeleiteten Erlaubnistatbestand gibt es das überlieferte Vorbild der Schädigungshandlungen von Kombattanten in einem internationalen bewaffneten Konflikt. In einer zwischenstaatlichen bewaffneten Auseinandersetzung handeln die Kombattanten beider staatlichen Konfliktparteien bei ihren jeweiligen Schädigungshandlungen völkerrechtskonform, soweit sie sich innerhalb der durch das Recht des internationalen bewaffneten Konflikts gezogenen Grenzen bewegen.²² Die entsprechenden, auch im Völkergewohnheitsrecht verankerten Erlaubnisse werden über den Art. 25 GG in das deutsche Recht überführt²³ und begründen innerhalb dieser Rechtsordnung eine strafrechtliche Rechtfertigung, ohne dass es dafür eines Rückgriffs auf die Notrechte oder eine andere strafgesetzzliche Regelung bedürfte.²⁴ Von dieser Rechtfertigungslösung

¹⁴ So etwa *BSG* v. 25. 3. 1999 = JZ 2000, 96 (97) mit Anm. *Roxin*; ebenso (und mit eingehender Begründung) *Erb*, in: MünchKommStGB, Bd. 1, 2003, § 32 Rn. 38–40.

¹⁵ So etwa *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2006, § 15 Rn. 15.

¹⁶ Vgl. etwa *Denninger*, in: *Lisken/Denninger*, Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, Kap. E Rn. 46–51 (m. w. Nachw.).

¹⁷ Anders mögen die Dinge bei der Anwendung militärischer Gewalt außerhalb des VN-Systems der kollektiven Sicherheit liegen. Zwar handeln die Soldaten der Konfliktparteien auch hier nicht als Privatpersonen, sondern als Staatsorgane. Doch stehen sich die beteiligten Staaten selbst in einem anderen Rechtsverhältnis gegenüber, da auch der in Ausübung seines Selbstverteidigungsrechts handelnde Staat keinen internationalen Ordnungsauftrag erledigt, sondern ein (völkerrechtliches) Notrecht wahrnimmt.

¹⁸ Ein paralleles Problem kann sich dann ergeben, wenn Soldaten in einem Auslandseinsatz auf der Grundlage eines VN-Mandats die Befugnis eingeräumt wird, vorläufige Festnahmen zum Zweck der Strafverfolgung vorzunehmen. Auch hier ist es sachgerecht, für die Befugnisfrage (wie in § 127 Abs. 2 StPO) auf die ex ante-Perspektive abzustellen und einen entsprechenden Verdacht genügen zu lassen, mag dieser sich auch im Nachhinein als unbegründet erweisen. Demgegenüber lässt sich zu der allgemeinen Festnahmebefugnis nach § 127 Abs. 1 Satz 1 StPO der Standpunkt einnehmen, dass der Festzunehmende die Tat tatsächlich begangen haben muss (so *Frister* [Fn. 8], 14. Kapitel Rn. 15 m. w. Nachw.).

¹⁹ *Frister* (Fn. 8), 16. Kapitel Rn. 34–36 m. w. Nachw.

²⁰ *BGHSt* 27, 260 ff. (Kontaktsperre); vgl. auch *BGHSt* 31, 304 (307) = JZ 1984, 386 (dazu *Gössel* JZ 1984, 361); 34, 39 (51 f.).

²¹ Siehe etwa BT-Drs. 16/10473, 3 (Ziff. 7): „Die Internationale Sicherheitsunterstützungstruppe ist autorisiert, alle erforderlichen Maßnahmen, einschließlich der Anwendung militärischer Gewalt zu ergreifen, um das Mandat gemäß Resolution 1833 (2008) durchzusetzen. Die Wahrnehmung des Rechts zur individuellen und kollektiven Selbstverteidigung bleibt davon unberührt. Die [...] eingesetzten Kräfte sind befugt, Nothilfe zugunsten von jedermann wahrzunehmen.“

²² Zum Völkerrecht der bewaffneten Konflikte allgemein *Fleck* (Hrsg.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2. Aufl. 2008, passim.

²³ Zur Diskussion darüber, ob Art. 25 GG eine Transformation oder eine Adoption von Völkerrecht bewirkt, s. *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, 4. Aufl. 2009, S. 150.

²⁴ Für eine eingehende Darstellung siehe *Schwenck*, in: *Festschrift Lange*, 1976, S. 97. Prämisse dieser „Rechtfertigungslösung“ ist die Anwendbarkeit der Tatbestände des allgemeinen Strafrechts auf Schädigungshandlungen im

für den Einsatz im internationalen bewaffneten Konflikt²⁵ ausgehend liegt es nahe, auch bei der Rechtfertigung für die Anwendung militärischer Gewalt im Rahmen von VN-mandatierten Krisenreaktionseinsätzen unterhalb der Schwelle des bewaffneten Konflikts in der Völkerrechtsordnung anzusetzen.

1. Völkerrechtlicher Anknüpfungspunkt

Anknüpfungspunkt hierfür ist die Kompetenz des Sicherheitsrats, den Frieden notfalls auch durch militärische Zwangsmaßnahmen zu sichern.²⁶ Die einschlägige Regelung findet sich in Art. 42 der Satzung der VN (SVN). Dort ist vorgesehen, dass der Sicherheitsrat „mit Luft-, See- oder Landstreitkräften die zur Wahrung oder Wiederherstellung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit erforderlichen Maßnahmen durchführen“ kann. Voraussetzung für die Anwendung solcher friedenssichernder militärischer Maßnahmen ist gemäß Art. 39 SVN die Feststellung des Sicherheitsrats, dass „eine Bedrohung oder ein Bruch des Friedens oder eine Angriffshandlung vorliegt“, der bzw. dem durch eine nicht-militärische Sanktionsmaßnahme im Sinne von Art. 41 SVN, also insbesondere durch wirtschaftliche oder diplomatische Sanktionen, nicht hinreichend Rechnung getragen werden kann. Da der Sicherheitsrat über keine eigenen Streitkräfte verfügt, sieht Art. 43 SVN vor, dass die Mitgliedstaaten ihm auf sein Ersuchen Streitkräfte zur Verfügung stellen, so dass die jeweilige friedenssichernde militärische Maßnahme unter Führung des Sicherheitsrats selbst vorgenommen werden kann. Eine Verpflichtung zur Stellung von Streitkräften setzt jedoch den Abschluss von Sonderabkommen zwischen dem Sicherheitsrat und den Mitgliedstaaten voraus, zu dem es bisher nicht gekommen ist.²⁷ Aufgrund dessen hat der Sicherheitsrat in der Vergangenheit mehrfach einzelne Mitgliedstaaten oder auch zwischenstaatliche Organisationen von Mitgliedstaaten wie insbesondere die NATO durch auf Kapitel VII verweisende Resolutionen mit entsprechenden friedenssichernden militärischen Maßnahmen beauftragt.²⁸ Dies ist zwar in der SVN nicht aus-

drücklich vorgesehen, wird aber in der Völkerrechtslehre²⁹ und auch in der grundlegenden Entscheidung des *BVerfG* zu Auslandseinsätzen der Bundeswehr vom 12. 7. 1994³⁰ im Licht der Staatenpraxis ebenfalls als von Art. 39 i.V.m. Art. 42 SVN gedeckt angesehen. Das Spektrum denkbarer militärischer Einsätze nach dem VII. Kapitel der SVN ist inzwischen nicht mehr auf die bewaffnete Durchsetzung des internationalen Friedens gegen einen den Frieden störenden Staat wie im Kampfeinsatz gegen den Irak im Jahr 1990 beschränkt. Vielmehr hat es sich dadurch erweitert, dass der Sicherheitsrat insbesondere bei Friedensbedrohungen mit einem innerstaatlichen Schwerpunkt dazu übergegangen ist, sogenannte „robuste friedenserhaltende“ Mandate zu formulieren, die den Streitkräften die Befugnis einräumen, auch jenseits von Selbstverteidigungssituationen militärische Gewalt anzuwenden, soweit dies zur Umsetzung des Mandats erforderlich ist.³¹ Diese Praxis hat dazu geführt, dass die Grenzen zwischen Friedenserhaltung und Friedenssicherung auf der Grundlage eines VN-Mandats fließend geworden sind. Ein robustes Mandat in dem genannten Sinn formulieren insbesondere die Resolutionen des Sicherheitsrats, die die völkerrechtliche Grundlage für den Einsatz der Bundeswehr im Rahmen der ISAF in Afghanistan bilden.³²

Die aufgrund des VII. Kapitels der SVN ergangenen Resolutionen des Sicherheitsrats rechtfertigen völkerrechtlich nicht nur das Handeln des deutschen Staates, sondern auch die Handlungen des für den deutschen Staat agierenden einzelnen Soldaten. Denn da der Staat nur durch natürliche Personen handeln kann, ist in jeder völkerrechtlichen Rechtfertigung des Staates zugleich eine Rechtfertigung der für ihn agierenden Staatsorgane angelegt, soweit eine solche Rechtfertigung zur Vermeidung eines Wertungswiderspruchs benötigt wird. Ein solcher träte dann auf, wenn der Staat von einer völkerrechtlichen Erlaubnis Gebrauch macht, das für den betreffenden Staat handelnde Staatsorgan aber strafbar wäre.

2. Überführung in innerstaatliches Recht

Problematischer als bei bewaffneten Konflikten ist bei friedenssichernden Maßnahmen jedoch die notwendige Überführung der völkerrechtlichen Rechtfertigung in das innerstaatliche Recht. Denn Art. 25 GG überführt im Wesentlichen nur das Völkergewohnheitsrecht in innerstaatliches Recht³³, während eine SR-Resolution nach dem VII. Kapitel der SVN ihre Grundlage in einem völkerrechtlichen Vertrag findet. Jedoch lässt sich die Übernahme der aus dem VN-Mandat resultierenden völkerrechtlichen Befugnis in die

internationalen bewaffneten Konflikt. Hiervon geht die Rechtsprechung seit den Leipziger Prozessen vor dem *RG* wegen im Ersten Weltkrieg begangener Kriegsverbrechen aus (siehe vor allem *RG* v. 6. 7. 1921; Weißbuch des Reichsministers der Justiz, RT-Drs. 1921, Nr. 2584, 42 [52]). Die Frage war seinerzeit heftig umstritten (für eine hart formulierte Kritik am *RG* siehe *Hofacker ZStW* 43 [1923], 649). Später ist darüber nachgedacht worden, immerhin die völkerrechtskonformen Schädigungshandlungen über die Figur der sozialen Adäquanz von den Tatbeständen des allgemeinen Strafrechts anzunehmen, doch hat sich diese Position zu Recht nicht durchgesetzt (*Schwenck* ebda. S. 97 m. w. Nachw.).

²⁵ Noch kaum diskutiert worden ist die Frage, ob es sich bei der Rechtfertigung konfliktsvölkerrechtskonformer Schädigungshandlungen von deutschen Soldaten im *nicht*-internationalen bewaffneten Konflikt ebenso verhält wie bei den entsprechenden Handlungen im internationalen bewaffneten Konflikt. Diese Frage lässt sich nicht einfach unter Hinweis darauf verneinen, dass die *nicht*-staatlichen Kämpfer in einem solchen Konflikt kein Kombattantenprivileg genießen und deshalb nach dem allgemeinen Strafrecht des Staates, den sie bekämpfen, bestraft werden können. Denn gerade in diesem Punkt haftet dem Recht des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts ein asymmetrischer Grundzug an. Deshalb lässt sich eine dem internationalen bewaffneten Konflikt analoge Rechtfertigungslösung für Schädigungshandlungen von Soldaten im *nicht*-internationalen bewaffneten Konflikt erwägen; undeutlich zu diesem Punkt *H. A. Wolff NZWehr* 1996, 9 (20).

²⁶ Hierzu allgemein *Ruffert/Walter*, *Institutionalisiertes Völkerrecht*, 2009, § 11 Rn. 408 ff.

²⁷ *Frowein/Krisch*, in: *Simma* (Hrsg.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Vol. I, 2002, Art. 43 Rn. 9 – 11.

²⁸ *Frowein/Krisch*, in: *Simma* (Fn. 27), Art. 42 Rn. 19, 21 – 24; *Blokker*, in: *Blokker/Schrijver* (Hrsg.), *The Security Council and the Use of Force*, 2005, S. 1.

²⁹ *Frowein/Krisch*, in: *Simma* (Fn. 27), Art. 42 Rn. 24; *De Wet*, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, 2004, S. 260 ff. (dort wird ergänzend auf Art. 48 SVN abgehoben).

³⁰ *BVerfGE* 90, 286 (351 ff., 380) = *JZ* 1994, 1062 mit Anm. *Heun*.

³¹ Zu der entsprechenden Entwicklung im Überblick *Zacklin*, in: *Blokker/Schrijver* (Fn. 28), S. 91; für eingehende Darstellungen siehe *Arnold*, *Law Enforcement within the Framework of Peace Support Operations*, 2008; *Arnold/Knoops* (Hrsg.), *Practice and Policies of Modern Peace Support Operations under International Law*, 2006; jeweils passim.

³² Mit Resolution 1386 (2001) v. 20. 12. 2001 beschloss der VN-SR die Einrichtung der ISAF zur Unterstützung der Afghanischen Interimsverwaltung bei der Aufrechterhaltung der Sicherheit in Kabul und seiner Umgebung. Eine Ausweitung des Mandats auf Gebiete Afghanistans außerhalb Kabuls erfolgte mit der Resolution 1510 (2003) v. 13. 10. 2003. Das ursprünglich für sechs Monate erteilte Mandat wurde seitdem halbjährlich, später jährlich verlängert, zuletzt durch Resolution 1890 (2009) v. 8. 10. 2009.

³³ Daneben erfasst Art. 25 GG nach zutreffender Lesart auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze i. S. des Art. 38 Abs. 1c) IGH-Statut; *Geiger* (Fn. 23), S. 145.

deutsche Rechtsordnung auch ohne Rekurs auf Art. 25 GG begründen. Die Übernahme beruht nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG (gegebenenfalls i. V. m. Art. 24 Abs. 2 GG) auf dem deutschen Zustimmungsgesetz vom 6. 6. 1973 zur SVN³⁴. Wie das *BVerfG* in seiner bereits erwähnten Entscheidung vom 12. 7. 1994 ausführt, hat sich die Bundesrepublik durch den Beitritt zur SVN in ein System kollektiver Sicherheit im Sinne des Art. 24 Abs. 2 GG eingeordnet, zu dem auch die Befugnis des Sicherheitsrats gehört, zur Wahrung bzw. Wiederherstellung des Weltfriedens als ultima ratio zur Anwendung militärischer Gewalt zu ermächtigen. Damit hat die Bundesrepublik Deutschland dem Sicherheitsrat für den Bereich friedenssichernder Maßnahmen eine Regelungsbefugnis eingeräumt. Macht der Sicherheitsrat von dieser Befugnis durch die Annahme einer Resolution Gebrauch, so betrifft die Regelungswirkung zwar zunächst Deutschland als Völkerrechtssubjekt. Doch auch hier muss, soweit es zur Vermeidung eines Wertungswiderspruchs geboten ist, eine innerstaatliche Regelungswirkung angenommen werden. Ob diese Wirkung bereits auf Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG zurückgeführt werden kann³⁵ oder für die Übernahme völkerrechtlich bindender Beschlüsse internationaler (Vertrags-)Organe in die deutsche Rechtsordnung eine über Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG hinausgehende verfassungsrechtliche Rezeptionsnorm erforderlich ist³⁶, kann im Anwendungsbereich des Art. 24 Abs. 2 GG dahinstehen, weil dieser jedenfalls eine solche Rezeptionsnorm darstellt. Sieht er doch explizit eine Beschränkung der Hoheitsrechte des deutschen Staates vor, „um eine friedliche und dauerhafte Ordnung in Europa und zwischen den Völkern der Welt herbeizuführen und zu sichern“.

Im Ergebnis sind damit die vom Sicherheitsrat nach dem VII. Kapitel der SVN angeordneten friedenssichernden militärischen Maßnahmen nicht nur völkerrechtlich, sondern auch innerstaatlich gerechtfertigt, ohne dass es hierfür einer spezifischen, auf den einzelnen Einsatz bezogenen Umsetzung bedürfte. Zwar verlangt das Grundgesetz nach der Rechtsprechung des *BVerfG* für den Einsatz bewaffneter Streitkräfte in jedem Einzelfall grundsätzlich einen Parlamentsbeschluss.³⁷ Jedoch betrifft das Erfordernis eines solchen Parlamentsbeschlusses allein die Entscheidung, ob sich Deutschland an der jeweiligen vom Sicherheitsrat beschlossenen Maßnahme beteiligen soll, nicht aber die Frage, ob diese Maßnahme rechtmäßig ist. Die auch innerstaatliche Rechtmäßigkeit der vom Sicherheitsrat beschlossenen Maßnahmen hat Deutschland schon mit dem Beitritt zur SVN und deren Umsetzung in nationales Recht anerkannt.

Dass der für die Beteiligung deutscher Soldaten regelmäßig erforderliche Parlamentsbeschluss nicht als Übernahme der völkerrechtlichen Rechtfertigung der Resolution des Sicherheitsrats in innerstaatliches Recht zu verstehen ist, wird besonders deutlich, wenn man sich einen durch den Sicherheitsrat legitimierten militärischen Einsatz vorstellt,

an dem sich Deutschland nicht beteiligt. Obwohl in einem solchen Fall naturgemäß kein den Einsatz billigender Beschluss des Deutschen Bundestages existiert, ist auch das Handeln der an solchen Einsätzen beteiligten ausländischen Soldaten durch die entsprechende Resolution des Sicherheitsrats nach deutschem innerstaatlichen Recht gerechtfertigt. Dies ist zum Beispiel wichtig, wenn bei einem solchen Einsatz ein deutscher Staatsbürger getötet wird. Denn in diesem Fall ist gemäß § 7 Abs. 1 StGB der Geltungsbereich des deutschen Strafrechts eröffnet, so dass auch das Handeln des ausländischen Soldaten einer Rechtfertigung nach innerstaatlichem deutschem Strafrecht bedarf.³⁸

Aus der unmittelbaren innerstaatlichen Wirkung der Resolutionen des Sicherheitsrats nach dem VII. Kapitel der SVN folgt allerdings nicht zwingend, dass der für die Beteiligung deutscher Soldaten an einem militärischen Auslandseinsatz grundsätzlich erforderliche „Gesamtakt von Regierungsantrag und Parlamentszustimmung“³⁹ für die strafrechtliche Rechtfertigung deutscher Soldaten ohne Bedeutung wäre. Denn die Resolutionen des Sicherheitsrates enthalten für sich genommen lediglich die an die Staaten gerichtete Ermächtigung, militärische Gewalt anzuwenden. Die Soldaten sind deshalb durch die Resolutionen nur gerechtfertigt, wenn und soweit sie für einen Staat handeln, der von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht hat. Ein Handeln auf eigene Faust wird durch die Resolutionen des Sicherheitsrats selbstverständlich nicht gestattet. Dies hat zur Folge, dass Handlungen der an einem vom Sicherheitsrat legitimierten Einsatz beteiligten Soldaten nur dann strafrechtlich gerechtfertigt sind, wenn der ihn entsendende Staat von der Ermächtigung des Sicherheitsrats in wirksamer Weise Gebrauch gemacht hat.

3. Rechtmäßigkeit der Entsendung als Voraussetzung der Rechtfertigung?

Zu bestimmen bleibt, nach Maßgabe welcher Rechtsordnung die Wirksamkeit einer deutschen Inanspruchnahme einer Ermächtigung des Sicherheitsrats für die Zwecke der strafrechtlichen Rechtfertigung der unmittelbar handelnden Soldaten zu beurteilen ist. Denkbar ist zunächst, auf das deutsche Verfassungsrecht abzustellen. Dann wäre zu berücksichtigen, dass der Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland nach dem Grundgesetz grundsätzlich einen Parlamentsbeschluss voraussetzt.⁴⁰ Damit würde der Bundestagsbeschluss zwar nicht zur Voraussetzung für die innerstaatliche Rechtmäßigkeit einer vom Sicherheitsrat legitimierten Anwendung militärischer Gewalt, aber grundsätzlich sehr wohl Voraussetzung dafür, dass sich deutsche Soldaten an dieser Gewaltanwendung rechtmäßig beteiligen dürfen. Etwas anderes würde nur dann und solange gelten, wie ein Auslandseinsatz zu Recht auf die Eilkompetenz der Bundesregierung gestützt wird.⁴¹ Bei einer solchen gemischt völker-

³⁴ BGBl. II S. 430.

³⁵ Immerhin heißt es in *BVerfGE* 90, 286 (380): „Wenn die Bundesrepublik Deutschland sich [...] an Friedenstruppen der Vereinten Nationen beteiligt, denen auch die Durchführung von Zwangsmaßnahmen obliegt, so stellt sich dies bei einer verfassungsrechtlichen Beurteilung nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 Alternat. 1 GG als ein Vorgehen dar, dass im Zustimmungsgesetz zur Charta eine hinreichende Grundlage findet.“

³⁶ Nach *Geiger* (Fn. 23), S. 127, enthält das Grundgesetz „keine ausdrückliche Vorschrift über die Zulässigkeit von Verträgen, die ein internationales Organ zum Erlass völkerrechtlich bindender Beschlüsse ermächtigen“.

³⁷ *BVerfGE* 90, 286 (383 ff.); zur Eilkompetenz der Bundesregierung bei Gefahr im Verzug ebda. S. 388.

³⁸ Wegen des Erfordernisses der parallelen Tatortstrafbarkeit genügt freilich auch eine Rechtfertigung nach der Rechtsordnung des Tatorts (nicht aber eine solche nach der des Entsendestaates). In der Praxis werden sich solcherlei Fragen indes selten stellen, weil ausländische Soldaten typischerweise nach den Regeln über die Staatenimmunität von der deutschen Strafgerichtsbarkeit ausgenommen sein werden.

³⁹ Erhellend zur Rechtsnatur dieses „Gesamtakts“ *A. Paulus*, in: *Weingärtner* (Hrsg.), *Einsatz der Bundeswehr im Ausland*, 2007, S. 101.

⁴⁰ Zu der einfach-gesetzlichen Ausgestaltung des Parlamentsvorbehalts eingehend *Wiefelspütz*, *Der Auslandseinsatz der Bundeswehr und das Parlamentsbeteiligungsgesetz*, 2008, passim.

⁴¹ In einem solchen Fall entfiel die Rechtfertigung des Handelns der deutschen Soldaten auch nicht etwa rückwirkend, wenn der Bundestag von

rechtlich-verfassungsrechtlichen Konstruktion des gesuchten strafrechtlichen Rechtfertigungsgrundes schlugen verfassungsrechtliche Fehleinschätzungen der Bundesregierung etwa im Hinblick auf das Vorliegen von Gefahr im Verzug oder das Erfordernis eines neuen Gesamtkontakts wegen veränderter Umstände auf die strafrechtliche Rechtfertigung des Handelns der Soldaten durch, die dann nach den Grundsätzen über das Handeln auf Befehl nach § 5 Abs. 1 WStG lediglich entschuldigt werden könnten. Das gilt jedenfalls dann, wenn man verfassungsrechtlich fehlerhafte Akte der Regierung in unserem Zusammenhang nicht in Analogie zum Fehlerfolgenregime bei Verwaltungsakten unterhalb der Evidenzschwelle als wirksam behandeln und dies für die strafrechtliche Rechtfertigung genügen lassen wollte.

Allerdings lässt sich fragen, ob es sachgerecht ist, verfassungsrechtliche Fehleinschätzungen der Bundesregierung im Hinblick auf die erforderliche Parlamentsbeteiligung zu Lasten der unmittelbar handelnden Soldaten auf die Ebene der strafrechtlichen Rechtfertigung durchschlagen zu lassen. Zwar hat das *BVerfG* die praktische Relevanz dieser Frage neuerdings glücklicherweise dadurch reduziert, dass es einen Evidenzmaßstab bei der Frage anlegen möchte, ob veränderte Umstände eine erneute Parlamentsbefassung erforderlich machen.⁴² Doch ganz theoretisch wird das Problem hierdurch nicht. Deshalb lohnt die Überlegung, ob nicht auch die Wirksamkeit der deutschen Inanspruchnahme einer Ermächtigung des VN-Sicherheitsrats nach Maßgabe des Völkerrechts beurteilt werden sollte. Hiernach käme es entscheidend darauf an, dass Deutschland seinen entsprechenden Willen nach außen hin wirksam artikuliert. Verfassungsrechtliche Mängel der Willensbildung wären unter Berücksichtigung des in Art. 46 des Wiener Vertragsrechtsübereinkommens zum Ausdruck gelangenden Rechtsgedankens nur bei Offensichtlichkeit von Bedeutung. Im Hinblick darauf, dass der vom *BVerfG* entwickelte Parlamentsvorbehalt bei einer verfassungsvergleichenden Betrachtung wohl kaum als Gemeingut angesehen werden kann, wäre bei der Annahme eines offensichtlichen Mangels Zurückhaltung geboten. Die mit einer solchen rein völkerrechtlichen Rechtfertigungslösung verbundene (geringfügige) Zurückführung des Strafbarkeitsrisikos für deutsche Soldaten, die an Auslandseinsätzen teilnehmen, erscheint durchaus sachgerecht. Überdies ist zu bedenken, dass das *BVerfG* das grundsätzliche Erfordernis einer parlamentarischen Zustimmung zu Auslandseinsätzen der Bundeswehr im Hinblick auf eine angemessene Kompetenzverteilung zwischen den beiden betroffenen Verfassungsorganen entwickelt hat, und es ihm kaum gleichzeitig darum gegangen sein wird, die Voraussetzungen für eine strafrechtliche Rechtfertigung der Soldaten entsprechend zu verschärfen. Hiernach sprechen gute Gründe dafür, die hier interessierende Rechtfertigungsfrage völkerrechtlich zu beantworten, anstatt sie mit Grenzfragen des Parlamentsvorbehalts zu befrachten.

Als Zwischenergebnis ist damit festzuhalten, dass sich für den Einsatz militärischer Gewalt durch die Bundeswehr bei vom Sicherheitsrat nach dem VII. Kapitel der SVN angeordneten friedenssichernden Maßnahmen eine unmittelbare strafrechtliche Rechtfertigung aus der auch innerstaatlich wirksamen Ermächtigung des Sicherheitsrats ergibt, sofern und soweit Deutschland von dieser Ermächtigung Gebrauch macht. Die Wirksamkeit der Inanspruchnahme einer solchen

Ermächtigung ist jedenfalls dann gegeben, wenn deren verfassungsrechtliche Voraussetzungen erfüllt sind. Gute Gründe sprechen indes dafür, bereits die völkerrechtliche Wirksamkeit der Inanspruchnahme in unserem Zusammenhang ausreichen zu lassen.

4. Voraussetzungen und Reichweite der Rechtfertigung

a) Auslegung der Resolution und allgemeine Grundsätze

Voraussetzungen und Reichweite des vorstehend entwickelten Rechtfertigungsgrundes sind in erster Linie durch Auslegung der jeweiligen Resolution des Sicherheitsrats zu ermitteln. Die entsprechenden Formulierungen sind allerdings wenig detailliert. In der Regel ermächtigen sie nur dazu, alle notwendigen Maßnahmen („all necessary measures“) zu ergreifen, um das Ziel der Operation zu erreichen. Diese relative Unbestimmtheit ist unter rechtsstaatlichen Aspekten wenig erfreulich, führt aber nicht dazu, dass die betreffenden Ermächtigungen unwirksam wären. Da das strafrechtliche Gesetzmäßigkeitsprinzip des Art. 103 Abs. 2 GG keine abschließende gesetzliche Regelung der zu Gunsten des Täters wirkenden Strafausschließungs- oder Milderungsgründe verlangt, findet der spezifisch strafrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz auf Rechtfertigungsgründe ohnehin keine Anwendung.⁴³ Zu beachten ist insoweit allein der für die Ermächtigung zu hoheitlichem Handeln allgemein geltende verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz. Dessen Anwendung kann und muss jedoch den Besonderheiten des völkerrechtlich geprägten Regelungszusammenhanges Rechnung tragen.⁴⁴ Die besondere Auslegungsbedürftigkeit völkerrechtlicher Regelungen liegt in der Natur der Sache und ist vom Grundgesetz in Art. 24 Abs. 2 GG hingenommen worden.

Welche Maßnahmen zur Erfüllung des Auftrags notwendig und damit von der Ermächtigung des Sicherheitsrats gedeckt sind, hängt in erster Linie von dem Ziel der jeweiligen Operation ab. Im Fall von *ISAF* etwa ergibt sich aus dem Zusammenspiel der Resolutionen 1386 (2001) und 1510 (2003) sowie den nachfolgenden Verlängerungsresolutionen⁴⁵ die Befugnis, alle erforderlichen militärischen Mittel einzusetzen,

„to support the Afghan Transitional Authority and its successors in the maintenance of security in Afghanistan, so that the Afghan Authorities as well as the personnel of the United Nations and other international civilian personnel engaged, in particular, in reconstruction and humanitarian efforts, can operate in a secure environment, and to provide security assistance for the performance of other tasks in support of the Bonn agreement.“

Eine allgemeine Grenze ergibt sich dem Grundsatz nach aus den Beschränkungen des Rechts der bewaffneten Konflikte.⁴⁶ Auch wenn dieses unmittelbar nur für einen bewaffneten Konflikt gilt, kann man ohne Weiteres von der Vermutung ausgehen, dass der Sicherheitsrat bei friedenserhaltenden Einsätzen nicht zu Maßnahmen ermächtigen will, die sogar im bewaffneten Krieg verboten sind.⁴⁷

⁴³ Frister (Fn. 8), 4. Kapitel Rn. 9, 36.

⁴⁴ *BVerfGE* 100, 313 (362 f.); ähnlich Nolte *VVDStRL* 67 (2008), 144.

⁴⁵ Siehe Fn. 32.

⁴⁶ So auch Spies *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften* (HuV-I) 2009, 137 (141).

⁴⁷ Eine kategorische Regel, derzufolge das Konfliktsvölkerrecht bei VN-Einsätzen unterhalb der Schwelle zum bewaffneten Konflikt in toto zu befolgen sei, gilt freilich nicht. So ist beispielsweise der Einsatz von sogenannten riot control agents nach dem Chemiewaffenübereinkommen nur als

seiner Rückholkompetenz Gebrauch machte. Vielmehr hätte die entsprechende Entscheidung des Parlaments lediglich eine Wirkung ex nunc.

⁴² *BVerfG* v. 13. 10. 2009 – 2 BvE 4/08, Rn 23 f.

Darüber hinaus wird man die Formulierung „all necessary measures“ über ihren unmittelbaren Wortsinn hinaus nicht nur als Verpflichtung auf die Erforderlichkeit, sondern auch auf die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ansehen können.⁴⁸ Denn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dürfte heute zumindest im Kern im allgemeinen Völkerrecht verankert sein.⁴⁹ Freilich hat er im Völkerrecht je nach Regelungszusammenhang eine unterschiedliche Bedeutung.⁵⁰ Zu differenzieren ist zwischen der „strategischen“ Verhältnismäßigkeit als Beschränkung des Selbstverteidigungsrechts nach Art. 51 SVN, der „taktischen“ Verhältnismäßigkeit des einzelnen militärischen Angriffs i. S. d. Konfliktsvölkerrechts gemäß Art. 51 Abs. 5b Erstes Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen zum Humanitären Völkerrecht und schließlich dem menschenrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgebot bei Eingriffen in die Grundrechte des Lebens und der Fortbewegungsfreiheit. Soweit hier angenommen wird, die Ermächtigung zum Einsatz „aller notwendiger Mittel“ sei auch im Licht des völkerrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips zu lesen, wird hiermit zunächst ein Analogon zur strategischen Verhältnismäßigkeit bei der Wahrnehmung des Selbstverteidigungsrechts nach Art. 51 SVN⁵¹ bezeichnet. Da sich dieser Verhältnismäßigkeitsmaßstab nicht auf den einzelnen militärischen Angriff bezieht, sondern auf das insgesamt aufgewandte Maß an militärischer Gewalt, ist er für unsere strafrechtliche Rechtfertigungsfrage von nachrangiger Bedeutung. Die Beachtlichkeit des taktischen, konfliktsvölkerrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes⁵² ergibt sich aus dem bereits herausgestellten Grundsatz der Schranke des Konfliktsvölkerrechts. Allerdings bezieht sich diese Schranke allein auf die Verursachung ziviler Begleitschäden und ist aus friedensrechtlicher Sicht zu großzügig formuliert. Praktisch bedeutsam ist danach die Frage, inwieweit sich aus dem allgemeinen internationalen Menschenrechtsstandard für die Anwendung militärischer Gewalt unterhalb der Schwelle des bewaffneten Konflikts auf der Grundlage eines VN-Mandats ein „taktischer“ Verhältnismäßigkeitsmaßstab ableiten lässt, der strenger ist als sein konfliktsvölkerrechtliches Pendant.⁵³ Es lässt sich schwerlich sagen, dass dieser Punkt in der bisherigen Praxis und Lehre eine einheitliche und klare Antwort erführe⁵⁴, und in diesem Beitrag soll nicht im Einzelnen auf ihn eingegangen werden. Immerhin erscheint es im Licht einschlägiger Stellungnahmen internationaler Organe des Menschenrechtsschutzes⁵⁵ denkbar, dass man sich auf einen Verhältnismäßigkeitsmaßstab zubewegt, der strenger ist als derjenige des Kon-

fliktsvölkerrechts, der aber im Hinblick auf die typischerweise notstandsähnliche Lage im Einsatzgebiet nicht dieselben engen Grenzen setzt, wie sie für Polizeieinsätze in Friedenszeiten Geltung beanspruchen.

b) Rules of Engagement

In der Praxis wird die Ermächtigung des Sicherheitsrats bei NATO-Einsätzen durch sogenannte Rules of Engagement (RoE) konkretisiert.⁵⁶ Dies sind nach der Definition der NATO „Anweisungen an militärische Kräfte (einschließlich Einzelpersonen), die die Umstände, Bedingungen, den Umfang und die Art und Weise definieren, mit der Gewalt“ angewendet werden darf.⁵⁷ Die RoE werden als Annex des Operationsplans für den jeweiligen Einsatz vom NATO-Militärausschuss beschlossen und vom NATO-Rat gebilligt. In ihnen wird zum Beispiel geregelt, ob und inwieweit Widerstand gegen die Handlungen der Einsatzkräfte mit Gewalt gebrochen oder eine Flucht mit Gewalt verhindert werden darf, ob und inwieweit der Einsatz bestimmter Waffen zulässig ist und ob und inwieweit auch schon vor einem unmittelbaren Angriff gegen Personen vorgegangen werden darf, die eine feindselige Handlung oder eine feindselige Absicht erkennen lassen. Als Annex des Operationsplans werden die RoE allerdings nicht veröffentlicht, sondern unterliegen der Geheimhaltung. Schon aus diesem Grund kann ihnen nach außen keine rechtssetzende Wirkung zukommen. Es handelt sich um reines Innenrecht der NATO⁵⁸, das in seiner Funktion den deutschen Verwaltungsvorschriften vergleichbar ist. Dementsprechend dürfen die RoE den durch die Resolution des Sicherheitsrats vorgegebenen Rahmen in keinem Fall überschreiten. Sie können jedoch zusätzliche materielle oder formelle Einschränkungen enthalten, zum Beispiel vorsehen, dass die Anwendung bestimmter militärischer Gewalt einer Freigabe auf höherer militärischer „Befehlsebene“ bedarf.⁵⁹ In einem solchen Fall stellt sich die Frage, ob die vorgenommene Einschränkung auf die strafrechtliche Rechtfertigung durchschlägt, also in dem genannten Beispiel die Anwendung dieser Gewalt ohne die geforderte Freigabe – vorbehaltlich einer etwaigen Rechtfertigung durch die Notrechte – rechtswidrig oder eine bloße Dienstpflichtverletzung ist.

Im Polizeirecht gibt es insoweit ein vergleichbares Problem, als für spezielle polizeiliche Maßnahmen, etwa den Einsatz bestimmter schwerer Waffen, Behördenleitervorbehalte vorgesehen sind. Hier ist anerkannt, dass nur die Missachtung gesetzlicher Behördenleitervorbehalte die Rechtswidrigkeit der Maßnahme begründet, die Missachtung bloßer innerdienstlicher Vorschriften hingegen die strafrechtliche Rechtfertigung unberührt lässt.⁶⁰ Überträgt man diese Lösung auf das vorliegende Problem, so ergibt sich, dass die Missachtung in den RoE vorgesehener Freigabeerfordernisse aufgrund des innerdienstlichen Charakters die strafrechtliche Rechtfertigung nicht hindert. Entsprechendes muss auch für andere in den RoE enthaltene Einschränkungen gelten. Da diese Einsatzregeln keine rechtssetzende Wirkung haben, können sie die sich aus der Resolution des Sicherheitsrats ergebende

„Methode der Kriegsführung“ kategorisch verboten; Kreß, in: Münch-KommStGB, Bd. 6/2, 2009, § 12 Rn. 33.

48 Frowein/Krisch, in: Simma (Fn. 27), Introduction to Chapter VII Rn. 30 (mit der berechtigten Warnung davor, allzu weitgehende Schranken aus diesem Prinzip ableiten zu wollen); für einen konkreten (Streit-)Fall zur Verhältnismäßigkeitsfrage im VN-SR Kreß AVR 35 (1997), 222.

49 Eingehend zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz neuerdings Vranes AVR 47 (2009), 1.

50 Zu den erforderlichen Differenzierungen im Ausgangspunkt wie im Text Greenwood, in: Fleck (Fn. 22), S. 35–37 (Rn. 131).

51 Die Geltung eines solchen Verhältnismäßigkeitsprinzips hat der IGH in seinem Urteil v. 27. 6. 1996 zum Streitfall zwischen Nicaragua und den USA anerkannt; ICJ Reports 1996, 103 (Rn. 194).

52 Zu ihm näher etwa Oeter, in: Fleck (Fn. 22), S. 203–207 (Rn. 456).

53 Zu ihm näher Kretzmer European Journal of International Law (EJIL) 16 (2005), 177.

54 Allgemein zur Problematik Rensmann, in: Weingärtner (Fn. 39), S. 49.

55 Die minutiöse Analyse von Kretzmer EJIL 16 (2005), 177–183 zeigt, dass die einschlägigen Stellungnahmen zum Recht auf Leben einen begrenzten Spielraum für die Möglichkeit lassen, das Zeitfenster zulässiger Gewaltanwendung über den Punkt des unmittelbar bevorstehenden Angriffs hinaus zu öffnen. Es liegt nicht fern anzunehmen, dass der VN-SR besagtes Zeitfenster dann öffnen darf, wenn er in einer den internationalen Frieden bedrohenden, das heißt notstandsähnlichen Situation Mitgliedstaaten dazu

ermächtigt, alle erforderlichen militärischen Mittel einzusetzen, um der Friedensbedrohung zu begegnen.

56 Allgemein zu den RoE St. Weber HuV-I 2001, 76; Dreist NZWehr 2007, 45, 99, 146; Spies, in: Weingärtner (Fn. 39), S. 115.

57 NATO Dokument MC 362/1 „NATO Rules of Engagement“ v. 30. 6. 2003, vom NATO-Rat gebilligt am 22. 7. 2003.

58 Spies, in: Weingärtner (Fn. 39), S. 118.

59 Spies, in: Weingärtner (Fn. 39), S. 117.

60 Vgl. etwa Rabor, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, Kap. F Rn. 356.

Rechtfertigung weder erweitern noch nach außen wirksam einschränken. Für die Staatsanwaltschaft und die Gerichte sind die RoE damit zunächst nicht mehr als eine unverbindliche Auslegungshilfe bei der Bestimmung der Voraussetzungen und des Umfangs der aus der jeweiligen Resolution des Sicherheitsrats abzuleitenden Rechtfertigung. Sie geben wieder, welche militärischen Zwangsbefugnisse die beteiligten Staaten selbst als zur Erfüllung des Mandats des Sicherheitsrats geeignet, erforderlich und angemessen erachten. Allerdings prägt der Inhalt der RoE auf die Dauer auch die Praxis friedenssichernder militärischer Einsätze und geht auf diesem Wege mit in die Auslegung der Resolutionen des Sicherheitsrats ein.⁶¹ Maßnahmen, die im Rahmen bisheriger Einsätze angewendet und vom Sicherheitsrat nicht beanstandet wurden, sind auch bei vergleichbaren Einsätzen als von dessen Ermächtigung abgedeckt anzusehen.

5. Folgerungen

Ausgehend von diesen Auslegungsgrundsätzen ist eine Rechtfertigung militärischen Handelns deutscher Soldaten im Rahmen des ISAF-Einsatzes in zeitlicher Hinsicht auch jenseits eines gegenwärtigen Angriffs i. S. d. § 32 StGB und in sachlicher Hinsicht auch gestützt auf ein ex ante getroffenes Gefahrurteil möglich, und zwar auch dann, wenn man annehmen möchte, es gehe nicht um die Beteiligung an einem bewaffneten Konflikt.⁶² Hierfür spricht bereits der Zweck eines robusten Mandats, den Soldaten Befugnisse zu verleihen, die über die engen Grenzen der Selbstverteidigung hinausgehen. Darüber hinaus sehen die vom Sicherheitsrat nicht beanstandeten RoE der NATO⁶³ die Anwendung militärischer Gewalt gegen Objekte und Personen bereits bei Vorliegen einer feindseligen Absicht (hostile intent)⁶⁴ oder einer feindseligen Handlung (hostile act)⁶⁵ und damit im Vorfeld eines unmittelbar bevorstehenden Angriffs vor. Die Feststellung einer feindseligen Handlung ist anhand objektiver „Anhaltspunkte und Erkenntnisse, die auf die Absicht hinweisen, einen Angriff zu führen oder in anderer Weise Schaden zu bewirken“, zu treffen.⁶⁶

Ungeachtet der vorhandenen Auslegungsprobleme ist jedenfalls im Ergebnis festzuhalten, dass es für die Anwendung militärischer Gewalt bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr auch unterhalb der Schwelle des bewaffneten Konflikts eine amtliche Befugnis gibt, die das Handeln der Soldaten strafrechtlich rechtfertigt.⁶⁷ Sie ergibt sich aus den auch inner-

staatlich wirksamen Resolutionen des Sicherheitsrats, soweit Deutschland von dessen jeweiliger Ermächtigung wirksam Gebrauch macht. Die allgemeinen Notrechte des Bürgers, das heißt insbesondere Notwehr und Nothilfe, sind nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen gegenüber diesem Amtsrecht der Soldaten subsidiär, das heißt sie sind nur dann anzuwenden, wenn die amtliche Befugnis im Einzelfall hinter dem Notwehrrecht zurückbleibt und zur Abwehr des Angriffs nicht hinreichend ist. In einem solchen Ausnahmefall kann das Notwehrrecht zwar das Handeln des Staates als solches nicht legitimieren, wohl aber das Handeln des handelnden Soldaten als Person strafrechtlich rechtfertigen.⁶⁸

Eines solchen Rückgriffs auf die subsidiären Notrechte bedarf es – entgegen der Staatsanwaltschaft Zweibrücken – allerdings nicht deshalb, weil die objektiv im Rahmen ihrer amtlichen Befugnis handelnden Soldaten bei zugleich bestehender bzw. angenommener Notwehrlage „nicht primär mit dem Ziel der Durchsetzung des Mandats, sondern mit der Intention [handeln], sich oder ihren Kameraden zu helfen“⁶⁹. Denn selbst wenn man hinsichtlich des subjektiven Notrechtselements eine über die Kenntnis der Notrechtslage hinausgehende spezifische Notrechtsmotivation verlangen möchte⁷⁰, so liegt es ausgesprochen fern, dem zur Verteidigung von Kameraden handelnden Soldaten den Willen abzuspochen, gleichzeitig auch zur Mandaterfüllung tätig zu werden.

IV. Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung?

Abschließend soll auf die Frage eingegangen werden, ob und gegebenenfalls in welcher Weise eine ausdrückliche gesetzliche Regelung der strafrechtlichen Rechtfertigung der Anwendung militärischer Gewalt bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr notwendig oder wünschenswert wäre. Vorbild dafür könnte eine im März 2005 in das französische Wehrrecht eingefügte Regelung sein. Sie lautet in deutscher Übersetzung:

„Strafrechtlich nicht verantwortlich ist ein Soldat, der unter Wahrung des Völkerrechts im Rahmen eines militärischen Einsatzes, der außerhalb des französischen Staatsgebiets stattfindet, Zwangsmaßnahmen oder Waffengewalt anwendet oder den Befehl dazu erteilt, wenn dies zur Erfüllung seines Auftrags notwendig ist.“⁷¹

die Schlüsselformulierung „all necessary means“ nun befugnisweiternd im Licht der konfliktvölkerrechtlichen Schädigungsbefugnisse auszulegen ist. Diese Überlegung legt die weitere Frage nahe, ob nicht auch das klassische kriegsrechtliche Rechtfertigungsmodell für Schädigungshandlungen außerhalb einer kollektiven Sicherheitsmaßnahme im Hinblick auf die Soldaten desjenigen Staats zu ergänzen ist, der auch nach Maßgabe des ius contra bellum erlaubt, insbesondere in Ausübung seines Selbstverteidigungsrechts zu handeln. Hier könnte sich ein zusätzlicher strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund aus dem völkerrechtlichen Selbstverteidigungsrecht ergeben; die Regeln des Konfliktvölkerrechts dienen bei einer solchen Rechtfertigungskonstruktion der Konkretisierung dessen, was zur Wahrnehmung des Selbstverteidigungsrechts erforderlich ist. Den Hinweis, über diese Möglichkeit nachzudenken, verdanken die Verf. Herrn Kollegen *Georg Nolte*.

⁶¹ Zur Bedeutung der nachfolgenden Praxis für die Auslegung von SR-Resolutionen nach dem VII. Kapitel *Frowein/Krisch*, in: *Simma* (Fn. 27), Introduction to Chapter VII Rn. 34.

⁶² Dazu, dass der menschenrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in solchen Fällen auf einen Kernbereich reduziert sein mag, siehe oben im Text bei Fn. 55.

⁶³ Zu den bei ISAF zugrunde gelegten RoE *Spies* HVV-I 2009, 137 (142).

⁶⁴ Annex A zu MC 362/1, Nr. 421 u. 423; die „feindselige Absicht“ wird dabei als „wahrscheinliche und identifizierbare Bedrohung“ („likely and identifiable threat“) beschrieben und beispielhaft wird das Beziehen von Feuerstellungen in noch nicht wirksamer Schussentfernung genannt.

⁶⁵ Annex A zu NATO-Dokument MC 362/1, Nr. 422 u. 424; die „feindselige Handlung“ wird als Durchführung und Unterstützung absichtlicher Handlungen definiert, die schwere Schäden oder eine ernste Gefahr bewirken, ohne jedoch bereits einen tatsächlichen Angriff darzustellen. Beispielhaft hierfür ist das Eindringen eines Flugzeugs in den NATO-Luftraum und die Weigerung des Piloten, den Weisungen der Abfangkräfte Folge zu leisten.

⁶⁶ Annex A zu NATO-Dokument MC 362/1, Anlage 1 Nr. 2.

⁶⁷ Ist die Schwelle zum bewaffneten Konflikt erreicht, so greift zum einen das klassische völkerrechtliche Rechtfertigungsmodell (siehe v. III. mit Fn. 25). Es ist freilich nicht ausgemacht, dass ein solches Rechtfertigungsmodell den hier entfalteten Rechtfertigungsgrund ersetzt. Statt dessen spricht viel dafür, dass dieser Rechtfertigungsgrund bestehen bleibt, jedoch

⁶⁸ *Frister* (Fn. 8), 16. Kapitel Rn. 36.

⁶⁹ StA Zweibrücken (Fn. 2) = NZWehrr 2009, 169 (171).

⁷⁰ Hierzu *Frister* (Fn. 8), 14. Kapitel Rn. 23 ff. (m. w. Nachw.).

⁷¹ Die Norm wurde als Art. 17 Abs. 2 in das Gesetz über die allgemeine Rechtsstellung der Soldaten (loi portant statut général des militaires) aufgenommen; die Gesetzesmaterialien erweisen deutlich die Parallelität der in Frankreich geführten Diskussion; Rapport de la Commission de révision du statut général des militaires, 29. 10. 2003, S. 15; N° 1969 Assemblée Nationale, 12ième législature, Rapport fait au nom de la Commission de la défense nationale et des forces armées sur le projet de loi (n° 1741) portant statut général des militaires, S. 83; instruktiv zur Entstehungsgeschichte auch *L. Burkhardt*, Effektive Umsetzung völkerrechtlicher Mandate internationaler Militäreinsätze durch Deutschland und Frankreich (2007); *www.whi-berlin.de/documents/whipaper0108.pdf*, S. 53 ff.

In der rechtswissenschaftlichen Diskussion wird verschiedentlich vorgeschlagen, auch der deutsche Gesetzgeber möge entweder im Strafgesetzbuch selbst (als neuer § 34a) oder im Wehrstrafgesetz (als neuer § 4a) einen solch expliziten strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund formulieren.⁷² Die als Begründung vorgetragene Befürchtung, andernfalls lasse sich ein durch die allgemeinen Notrechte nicht abgedecktes militärisches Handeln überhaupt nicht strafrechtlich rechtfertigen, hat sich allerdings nach dem Ergebnis der vorstehenden Überlegungen als unbegründet erwiesen.

Damit ist allerdings noch nicht die Frage beantwortet, ob eine solch ausdrückliche gesetzliche Regelung zur Gewährleistung einer größeren Rechtssicherheit für die Soldaten nicht gleichwohl sinnvoll sein könnte. Diese Frage wäre sicherlich zu bejahen, wenn auf diese Weise die relative Unbestimmtheit der sich aus dem VN-Mandat ergebenden Rechtfertigung eingegrenzt oder gar ganz beseitigt werden könnte. Jedoch zeigt bereits der Blick auf die zitierte französische Regelung, dass eine solche Hoffnung unbegründet ist. Die Regelung ist um keinen Deut präziser als die Ermächtigungen des Sicherheitsrats selbst und kann dies der Natur der Sache nach auch gar nicht sein. Da der Umfang der erforderlichen Befugnisse bei Auslandseinsätzen nicht statisch ist, sondern von den durch das konkrete VN-Mandat definierten Zielen des jeweiligen Einsatzes abhängt, muss sich eine für alle Auslandseinsätze in gleicher Weise geltende innerstaatliche Regelung notwendigerweise darin erschöpfen, auf die völkerrechtliche Rechtfertigung zu verweisen, und kann damit nicht präziser sein als diese selbst.

Der einzige Vorteil einer gesetzlichen Regelung der sich aus dem VN-Mandat ergebenden Rechtfertigung bestünde deshalb darin, die Existenz dieses Rechtfertigungsgrundes ausdrücklich klarzustellen und auf diese Weise zum Beispiel zu vermeiden, dass sich Staatsanwaltschaften aus Unkenntnis oder Unsicherheit genötigt sehen, stattdessen auf die allgemeinen Notrechte des Bürgers auszuweichen. Jedoch wäre dies wohl auch durch eine bessere Information über die Rechtslage und die seit langem diskutierte Schaffung einer staatsanwaltschaftlichen Spezialzuständigkeit zu erreichen.⁷³ Sofern man gleichwohl eine ausdrückliche gesetzliche Regelung für wünschenswert hält, sollte diese jedenfalls nicht im Strafgesetzbuch oder Wehrstrafgesetz, sondern entweder in einem neu zu schaffenden Streitkräfteaufgabengesetz oder in einem bereits bestehenden Gesetz über die Rechtsstellung und Befugnisse der Soldaten erfolgen. Nur eine solche Lösung entspräche der auch sonst üblichen Systematik, die Rechtfertigung von Amtsträgern nicht im Strafrecht zu regeln, sondern der jeweiligen öffentlich-rechtlichen Regelung ihrer Aufgaben und Befugnisse zu entnehmen. Wiche man von dieser Übung in unserem Zusammenhang ab, so müsste

der Eindruck entstehen, bei den Soldaten, die militärische Zwangsmaßnahmen im Rahmen eines VN-mandatierten Auslandseinsatzes durchführen, handle es sich um „Amtsträger zweiter Klasse“.

Weder ein derartiges Gesetz noch die besondere Sachkunde einer speziell für Auslandseinsätze der Bundeswehr zuständigen Staatsanwaltschaft könnten allerdings etwas daran ändern, dass die Staatsanwaltschaft die Anwendung militärischer Gewalt im Einzelfall überprüft und schon bei ernsthaften Zweifeln an der Rechtfertigung ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren einleitet. Schon weil solch ernsthafte Zweifel in der Praxis häufig nicht rechtlicher, sondern tatsächlicher Natur sind, das heißt aus der Notwendigkeit einer weiteren Aufklärung des Sachverhalts resultieren, lässt es sich der Natur der Sache nach nicht vermeiden, dass auch Handlungen, die sich im Nachhinein als vollkommen gerechtfertigt erweisen, zunächst zum Gegenstand eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens gemacht werden. Deshalb ist es aus rechtswissenschaftlicher Sicht fragwürdig, wenn in der Öffentlichkeit dagegen polemisiert wird, dass Soldaten wegen einer im Ergebnis rechtmäßigen Anwendung militärischer Gewalt mit einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren überzogen werden. In einem Rechtsstaat haben Amtsträger zwar besondere Eingriffsbefugnisse, aber sie genießen bei der Ausübung dieser Befugnisse keine strafrechtliche Immunität und müssen sich deshalb – ebenso wie andere Bürger – gefallen lassen, dass die Staatsanwaltschaft schon den bloßen Anfangsverdacht der Begehung einer Straftat auf seine Berechtigung überprüft. So sind zum Beispiel Einsätze der Polizei häufig Gegenstand später eingestellter staatsanwaltschaftlicher Ermittlungsverfahren, ohne dass dies für die betroffenen Polizisten als unzumutbar empfunden würde.

Die Soldaten haben als „Amtsträger in Uniform“ ein Recht darauf, dass ihnen – ebenso wie anderen Amtsträgern – auch bei Auslandseinsätzen die Eingriffsbefugnisse gewährt werden, die sie zu einer ordnungsgemäßen Erfüllung ihres Auftrages benötigen. Im Gegenzug müssen sie dann aber auch wie andere Amtsträger dazu bereit sein, die Einhaltung der Grenzen dieser Eingriffsbefugnisse gegebenenfalls auch von Staatsanwaltschaften und Gerichten überprüfen zu lassen. Es versteht sich, dass dies für die betroffenen Soldaten ungewohnt ist und sehr belastend sein kann. Aber dem sollte man nicht durch eine Tabuisierung staatsanwaltschaftlicher Ermittlungsverfahren, sondern dadurch entgegenwirken, dass deren rechtsstaatliche Normalität deutlich gemacht und zugleich – am besten durch eine Zentralisierung der Strafverfolgungszuständigkeit – dafür Sorge getragen wird, dass die Ermittlungen zügig und sachkundig durchgeführt werden können.⁷⁴

⁷² Dreist Unterrichtsblätter für die Bundeswehrverwaltung 2008, 93 (102 f.) (§ 34a StGB); Burkhardt (Fn. 71), S. 55 f. (§ 4a WStG).

⁷³ Die Koalitionsvereinbarung zwischen CDU, CSU und FDP für die 17. Legislaturperiode sieht auf S. 125 (in etwas ungenauer Formulierung) vor, dass „eine zentrale Zuständigkeit der Justiz für die Verfolgung von Straftaten von Soldaten, die diesen in Ausübung ihres Dienstes im Ausland vorgenommen werden“ geschaffen werden soll; http://www.bundesregierung.de/nm_774/Content/DE/StatischeSeiten/Breg/koalitionsvertrag-inhaltsverzeichnis.html.

⁷⁴ Eine solche Zentralisierung der Strafverfolgungszuständigkeit wäre allerdings ein erheblicher Eingriff in das Gerichtsverfassungs- und Strafverfahrensrecht, bei dem eine Vielzahl von Gesichtspunkten zu beachten ist. Sie muss deshalb sorgfältig durchdacht werden. Dabei liegt die Annahme nicht fern, dass die nähere Befassung mit ausländischen Lösungen die hiesige Debatte befruchten könnte; für einen ersten monographischen Diskussionsbeitrag mit rechtsvergleichenden Erkenntnissen siehe Spring, Brauchen wir in Deutschland eine Militärgerichtsbarkeit?, 2008, passim.