

# BERICHTE UND URKUNDEN

## Die *Erdemovic*-Rechtsprechung des Jugoslawien-tribunals: Probleme bei der Entwicklung eines internationalen Strafrechts, dargestellt am Beispiel des Notstands

*Karin Oellers-Frahm\*/Britta Specht\*\**

### *A. Einleitung*

Das Verfahren gegen den Angeklagten Erdemovic ist das erste Verfahren vor dem Jugoslawien-Strafgerichtshof<sup>1</sup>, das bisher zu einer endgültigen Entscheidung geführt hat<sup>2</sup>. Gegen das erstinstanzliche Urteil vom 29. November 1996 war von dem Angeklagten Berufung eingelegt worden. Die Berufungskammer verwies das Verfahren mit Entscheidung vom 7. Oktober 1997 an eine andere erstinstanzliche Kammer zurück, die am 5. März 1998 ihr Urteil gefällt hat.

Die *Erdemovic*-Rechtsprechung des Jugoslawientribunals zeigt vor allem, welche umfänglichen Probleme bei der Entwicklung eines internationalen Strafrechts bestehen. Nach wie vor ist zu beklagen, daß die internationale Gemeinschaft weder über ein funktionierendes System der Strafverfolgung noch über ein umfassendes internationales materielles Strafrecht<sup>3</sup> verfügt. Ansätze zur Behebung dieses Mangels sind in der Errichtung der neuen Strafgerichtshöfe und der Entwicklung und Auslegung ihrer Statuten zu sehen. Hier ist jedoch noch vieles

---

\* Dr. iur., wissenschaftliche Referentin am Institut.

\*\* Ehemalige Mitarbeiterin am Institut, Rechtsanwältin in Lübeck.

<sup>1</sup> Zur Einsetzung und zum Statut des Jugoslawiengerichts siehe K. Oellers-Frahm, Die Einsetzung des "Internationalen Tribunals über Kriegsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien" durch den Sicherheitsrat, in: U. Beyerlin [u. a.] (Hrsg.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung*, FS für R. Bernhardt, 1995, 733 ff., sowie K. Oellers-Frahm, *Das Statut des Internationalen Gerichtshofs zur Verfolgung von Kriegsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien*, *ZaöRV* 54 (1994), 416 ff.

<sup>2</sup> *Prosecutor v. Erdemovic*, Case No. IT-96-22-T.

<sup>3</sup> Die Bemühungen der International Law Commission zur Schaffung eines Internationalen Strafgesetzes und eines Internationalen Strafgerichtshofs stehen jedoch inzwischen fast vor der Vollendung; vgl. *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, *Official Records of the General Assembly*, fifty-first Session, Suppl 10, Doc. A/51/10, 1996, sowie *Draft Statute for an International Criminal Court*, International Law Commission, forty-sixth Session, 2 May-22 July, 1994, *Official Records of the General Assembly*, Doc. A/CN.4/L.491/Rev.2 of 14 July 1994.

ungewiß geblieben. Die notwendige Kompromißhaftigkeit der internationalen Bestimmungen läßt gerade jene Bereiche des Strafrechts unregelt, für die einzelne innerstaatliche Rechtsordnungen unterschiedliche Bewertungsmaßstäbe gefunden haben. Diese offene Rechtslage führte in dem von dem Jugoslawien-tribunal behandelten Fall des Angeklagten Erdemovic zu erheblichen Problemen, die nicht nur die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils zur Folge hatten, sondern auch in der Berufungskammer Grund für weitgehende inhaltliche Differenzen waren.

### *B. Der Sachverhalt*

Das Jugoslawiengericht mußte in dem Verfahren gegen Erdemovic über die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Angeklagten befinden, der sich an der Erschießung muslimischer Männer und Jugendlicher beteiligt hatte.

Der von dem Gericht zugrunde gelegte Sachverhalt beruhte im wesentlichen auf den Aussagen des Angeklagten. Beweismittel standen dem Gericht letztlich nicht zur Verfügung. Die Aussagen des Angeklagten wurden allerdings durch Untersuchungen der Anklagebehörde bestätigt. Gegenstand der Anklage waren die Geschehnisse in Srebrenica nach dem 11. Juli 1995. Zu dieser Zeit hatten bosnische Serben die Stadt erobert, die muslimische Zivilbevölkerung war geflohen. Die bosnisch-serbische Polizei und Armee nahm alle Männer und Jungen gefangen, derer sie habhaft werden konnten.

In den Tagen danach wurden diese Männer und Jungen Opfer von Massenerschießungen, unter anderem auf dem Gut Branjevo in Pilica am 16. Juli 1995. Hier wurden unter Beteiligung des Angeklagten etwa 1200 Menschen innerhalb von fünf Stunden erschossen. Der Angeklagte meint, selbst etwa 70 Menschen erschossen zu haben.

Zu seiner persönlichen Verwicklung in die kriegerischen Auseinandersetzungen im ehemaligen Jugoslawien brachte der Angeklagte vor, er sei zunächst Soldat der bosnisch-serbischen Armee gewesen, dann jedoch zur kroatischen Armee gewechselt. Im Jahre 1993 habe er versucht, in die Schweiz zu emigrieren. Nachdem dies gescheitert sei, sei er monatelang zwischen den Kriegsparteien umhergeirrt. Aus Hunger und Geldmangel sei er Mitte 1994 wieder Mitglied der bosnisch-serbischen Armee geworden. Bis Oktober 1994 habe es keine Zwischenfälle gegeben, dann seien aber extrem nationalistische Soldaten in seine Einheit eingeschleust worden. Einer der Leutnants sei unmittelbar dem bosnisch-serbischen Geheimdienst unterstellt gewesen. Nachdem er, der Angeklagte, sich geweigert habe, eine Mission durchzuführen, die den Tod einer größeren Gruppe der Zivilbevölkerung nach sich gezogen hätte, sei er vom Leutnant zum einfachen Soldaten degradiert worden.

Am 16. Juli 1995 sei ihm schließlich befohlen worden, zum Gut Branjevo zu fahren. Bei seiner Ankunft sei ihm mitgeteilt worden, daß er und sieben andere Soldaten die dort anwesenden Männer und Jungen zu erschießen hätten. Er habe sich sofort geweigert, dies zu tun. Daraufhin sei er mit seiner eigenen Erschießung

bedroht worden. Ihm sei gesagt worden: "Wenn du das nicht tun willst, dann stell dich mit denen in einer Reihe auf und gib den anderen Soldaten dein Gewehr, damit sie dich auch erschießen können." Ein anderer Soldat, der sich geweigert habe, an dem Erschießungskommando teilzunehmen, sei erschossen worden.

In den folgenden Tagen sei er erneut aufgefordert worden, an einem Erschießungskommando teilzunehmen. Er habe sich weigern können, da ihn drei andere Soldaten dabei unterstützt hätten. Daraufhin sei auf ihn und zwei seiner Freunde ein Mordanschlag von einem anderen Soldaten ihrer Einheit verübt worden, den er schwer verletzt überlebt habe. Er sei wegen der Verletzungen zunächst in einem Krankenhaus in Bijeljina und danach in Belgrad behandelt worden. Nach einmonatiger Behandlung sei er aus dem Militärkrankenhaus in Belgrad entlassen worden. Er habe seine Geschichte einem Journalisten anvertraut und sei unmittelbar danach verhaftet und an das Jugoslawien-Gericht überstellt worden.

Bereits am 28. März 1996 hatte einer der Richter der Strafkammer I entsprechend Regel 90 der Verfahrensordnung die Überstellung Erdemovics an das Jugoslawien-Gericht angeordnet. Am 29. März 1996 übermittelte die Anklagebehörde dem Gericht die Anklageschrift gegen Drazen Erdemovic. Unter Zugrundelegung des oben dargestellten Sachverhalts wurde dem Angeklagten vorgeworfen, er sei eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit nach Art. 5 des Statuts und eines Kriegsverbrechens nach Art. 3 des Statuts schuldig.

Am 31. Mai 1996 erfolgte die erste Anhörung des Angeklagten, nachdem gemäß Art. 19 Statut mit Beschluß vom 29. Mai 1996 die Anklage zugelassen worden war. Im Rahmen der Anhörung erklärte der Angeklagte sich bezüglich des Anklagepunktes Verbrechen gegen die Menschlichkeit, nicht aber bezüglich des Anklagepunktes Kriegsverbrechen für schuldig. Der Anklagepunkt Kriegsverbrechen wurde daraufhin mit Einverständnis der Parteien fallengelassen.

Angesichts des oben dargestellten Sachverhalts erhebt sich unmittelbar die Frage nach der Schuld des Angeklagten. Zwar hatte der Angeklagte ein Schuldbekennnis abgegeben, so daß zweifelhaft war, inwieweit das Gericht danach objektiv das Vorliegen einer Schuld noch überprüfen konnte. Das Verfahren nach einem *guilty plea* des Angeklagten ist jedoch in Statut und Verfahrensordnung des Gerichts nicht detailliert geregelt; dasselbe gilt für Entschuldigungsgründe, die gleichfalls nicht systematisch geregelt sind. Deshalb hatte das Gericht in diesen Fragen keine klare Orientierungshilfe.

### *C. Behandlung des Problems durch das Jugoslawiengericht*

Daß die Einschätzung der Schuld ein wesentlicher Punkt der Entscheidung sein würde, wurde in beiden Instanzen festgestellt. Die erste Instanz vermied eine Entscheidung der insoweit aufgeworfenen Probleme allerdings weitgehend. Erst die Berufungskammer nahm eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den hiermit zusammenhängenden Problemen vor.

## I. Das erstinstanzliche Urteil

Die erste Instanz setzte sich unmittelbar nach Schilderung der Prozeßgeschichte mit der Wirksamkeit des Schuldanerkenntnisses, des *guilty plea* auseinander.

Das Institut des *guilty plea* ist in Art. 20 (3) des Statuts und Regel 62 der Verfahrensordnung vorgesehen, ohne daß ein bestimmtes Verfahren geregelt wird. Für das Gericht ergab sich eine besondere Schwierigkeit daraus, daß der Angeklagte dem Schuldbekennnis hinzugefügt hatte:

“Your Honour, I had to do this. If I had refused, I would have been killed together with the victims. When I refused, they told me: ‘If you’re sorry for them, stand up, line up with them and we will kill you, too.’ I am not sorry for myself, but for my family, my wife and son who then had nine months, and I could not refuse, because then they would have killed me.”

Diese Aussage konnte dahin gehend ausgelegt werden, daß der Angeklagte seine Schuld bei gleichzeitiger Abgabe eines Schuldbekennnisses bestreitet, so daß seine Erklärung doppeldeutig und möglicherweise unwirksam war.

Unter dem Prüfungspunkt “Formelle Gültigkeit” prüft das Gericht zunächst, ob das Schuldbekennnis freiwillig und in Kenntnis der mit der Abgabe des *guilty plea* verbundenen Rechtsfolgen abgegeben wurde. Eine Herleitung dieser Prüfungspunkte erfolgt nicht; sie sind wohl dem System des *common law* entlehnt, da das Institut des *guilty plea* oder *not guilty plea* aus diesem Rechtssystem stammt.

Die Freiwilligkeit der Abgabe des Schuldbekennnisses bejaht das Gericht. Es kommt weiter zu dem Ergebnis, daß der Angeklagte in Kenntnis der mit Abgabe des Schuldbekennnisses verbundenen Rechtsfolgen gehandelt habe, ohne diesbezüglich ins einzelne gehende Untersuchungen vorzunehmen. Diese großzügige Annahme einer Kenntnis des Angeklagten von Rechtsfolgen, die in Verfahrensordnung und Statut keineswegs detailliert dargelegt sind, sondern vom Gericht erst selbst entwickelt werden mußten, erscheint fragwürdig. Das Berufungsgericht nahm hierzu denn auch umfänglich Stellung.

Unter dem folgenden Punkt “Substantive validity” nimmt das Gericht erster Instanz eine objektive Überprüfung der Schuld des Angeklagten vor. Es stellt den Satz auf, daß das Schuldbekennnis nur dann wirksam sein könne, wenn es nicht mehrdeutig sei. Um eine Doppeldeutigkeit auszuschließen, wird überprüft, ob der Angeklagte nach objektivem Maßstab schuldig ist. Dies macht ein Eingehen darauf notwendig, welche Entschuldigungsgründe<sup>4</sup> überhaupt in Betracht kommen.

Der von dem Gericht zugrunde gelegte Sachverhalt läßt an eine Entschuldigung des Angeklagten aufgrund einer durch Befehl ausgelösten Pflichtenkollision oder aber aufgrund einer Notstandslage denken. Beide aus dem nationalen Recht

<sup>4</sup> Im Originaltext wird stets von *defences* gesprochen, einem Begriff, der aus dem anglo-amerikanischen Recht stammt, das keine Unterscheidung macht zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen, vgl. H. Smith, *Criminal Law*, 7. Aufl., 1992, 187f.; zu rechtsvergleichenden Aspekten cf. A. Eser, *Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime*, in: A. Eser/G. Fletcher (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, 1987, 19ff. Im folgenden wird daher ohne weitere Unterscheidung von “Entschuldigungsgründen” oder *defences* gesprochen.

bekanntem Institute sind in Hinsicht auf ihre Anwendbarkeit und Wirkung im internationalen Strafrecht zu untersuchen.

Bezüglich der Pflichtenkollision wegen eines Befehls kann festgestellt werden, daß jedenfalls die Vereinten Nationen ohne weiteres von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit dieser Rechtsfigur ausgegangen sind, ihr aber eine strafausschließende Wirkung nicht beimessen. In Art. 7 Abs. 4 des Statuts des Gerichtshofes heißt es ausdrücklich:

“The fact that an accused person acted pursuant to an order of a Government or of a superior shall not relieve him of criminal responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the International Tribunal determines that justice so requires.”

Dies entspricht der Regelung in Art. 8 des Nürnberger Statuts des Internationalen Militärtribunals und Kontrollratsgesetz Nr. 10 vom 20. Dezember 1945, in Art. IV der Genozidkonvention vom 9. Dezember 1948 und in Art. 85 ff. des ersten Zusatzprotokolls zu den Genfer Konventionen vom 8. Juni 1977. Da das Statut des Jugoslawiengerichts niedergelegte Recht ausdrücklich nur Völkergewohnheitsrecht umfassen sollte<sup>5</sup>, wurde folglich bei seiner Abfassung davon ausgegangen, daß der Entschuldigungsgrund eines Befehlsnotstands grundsätzlich im Völkerrecht anerkannt ist und daß dessen nur strafmildernd, nicht jedoch strafausschließend zu berücksichtigende Wirkung in Fällen von Verbrechen der im Statut niedergelegten Art ebenfalls als Völkergewohnheitsrecht anzusehen ist.

Für die hier durchzuführende Prüfung ist danach, in Übereinstimmung mit dem Gericht festzustellen, daß eine Entschuldigung wegen Pflichtenkollision aufgrund einer Befehlssituation ausgeschlossen, das Schuldbekenntnis insoweit also nicht doppeldeutig ist.

Schwieriger gestaltet sich die entsprechende Prüfung bei Betrachtung des möglichen Entschuldigungsgrundes Notstand. Hierbei ist zunächst klarzustellen, daß Notstand zwar meist – wie im vorliegenden Fall – in Folge eines Befehls von Vorgesetzten entsteht, daß aber auch davon unabhängig eine Notstandssituation bestehen kann. Die Strafkammer anerkennt sehr zu Recht<sup>6</sup> Notstand losgelöst von einer Befehlssituation, was sich aus der Tatsache ergibt, daß sie diesen Punkt gesondert prüft. Anwendbarkeit und Wirkung dieses Instituts werden weder durch die Verfahrensordnung noch durch das Statut geregelt. Allerdings findet sich in Ziffer 58 des Berichts des Generalsekretärs der Vereinten Nationen, dem das Statut des Jugoslawiengerichts angehängt ist, ein Hinweis auf andere Entschuldigungsgründe als Befehlsnotstand. Es heißt dort, daß “the International Tribunal itself will have to decide on various personal defences which may relieve

<sup>5</sup> Vgl. Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993) S/25704, 3 May 1993, Ziffer 34; abgedruckt (ebenso wie das Statut und die Verfahrensordnung und andere Dokumente) in V. Morris/M. P. Scharf, *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, 1993, Bd. 2, 3ff.

<sup>6</sup> Vgl. dazu das Sondervotum Cassese, S. 15, sowie S. Yee, *The Erdemovic Sentencing Judgment: A Questionable Milestone for the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, *Georgia Journal of International Law* 26 (1997), 263 ff., 274.

a person of individual criminal responsibility, such as minimum age or mental incapacity, drawing upon general principles of law recognized by all nations." Damit ist es dem Gericht überlassen, im Einzelfall über die Anwendbarkeit von Entschuldigungsgründen zu entscheiden, wobei die in Ziffer 58 gegebene Aufzählung nur beispielhaft, nicht abschließend ist. In Übereinstimmung mit der Tatsache, daß das Gericht nur Völkergewohnheitsrecht anwenden kann, können also andere Entschuldigungsgründe als der Befehlsnotstand, *superior order*, die im Völkergewohnheitsrecht bestehen, nicht als ausgeschlossen gelten<sup>7</sup>. Das bestehende Völkerrecht muß also daraufhin untersucht werden, ob Notstand als Entschuldigungsgrund bei einem völkerstrafrechtlichen Delikt als Völkergewohnheitsrecht oder als allgemeines Rechtsprinzip im Sinne von Art. 38 (c) des IGH-Statuts anzusehen ist.

Das Gericht stellt fest, daß Militärgerichte neun verschiedener Nationen in Verfahren, die nach dem zweiten Weltkrieg stattfanden, dem Notstand eine strafausschließende Wirkung beigemessen hätten.<sup>8</sup> Stets sei die Annahme des strafausschließenden Notstandes von drei Voraussetzungen abhängig gemacht worden:

- die Tat unter Anklage wurde begangen, um eine unmittelbare Bedrohung abzuwehren;
- es gab keine Fluchtmöglichkeit und auch sonst keinen Ausweg;
- die Tat war verhältnismäßig.

Das Gericht gibt hierfür ausführliche Beispiele,<sup>9</sup> beruft sich, was die strengen Anforderungen an eine Notstandslage angeht, auf die Rechtsprechung des Nürnberger Tribunals,<sup>10</sup> auf allgemeine Regeln des Völkerrechts und nationale Rechtsordnungen, ohne diese aber genauer nachzuweisen. Zum Abschluß dieser Erwägungen führt das Gericht zur Frage der Verhältnismäßigkeit allgemein aus:

"With regard to a crime against humanity, the Trial Chamber considers that the life of the accused and that of the victim are not fully equivalent. As opposed to ordinary law, the violation here is no longer directed at the physical welfare of the victim alone but at humanity as a whole."<sup>11</sup>

Dieser sehr weitgehende Ansatz hätte Anlaß zu einer Vielzahl weiterer Überlegungen geben können, jedenfalls aber einer umfänglichen Begründung bedurft. In dem hier in Frage stehenden Zusammenhang kann die Feststellung eigentlich nichts anderes bedeuten, als daß eine Verhältnismäßigkeitsprüfung stets zu Ungunsten des wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit Angeklagten ausgehen muß: Eine Entschuldigung bzw. Strafausschließung wegen Notstands wäre demnach bei einem Verbrechen gegen die Menschlichkeit nicht möglich. Während diese Entscheidung durchaus als vertretbar erscheint, ist die Art der Darstellung

<sup>7</sup> In diesem Sinne auch Yee, *ibid.*, 288.

<sup>8</sup> Trial Chamber I, Sentencing Judgment, 17ff. Das Gericht bezieht sich dabei auf den Bericht der ILC aus dem Jahre 1996, Suppl. No. 10, A/51/10, 93.

<sup>9</sup> Trial Chamber I, Sentencing Judgment, 8ff.

<sup>10</sup> Hier vor allem auf den *Einsatzgruppen*-Fall, Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. IV, 471ff.

<sup>11</sup> Trial Chamber I, Sentencing Judgment, 10.

im erstinstanzlichen Urteil unglücklich. Sie erweckt nämlich den Eindruck, daß sich diese Regel geradezu zwangsläufig aus den angeführten nationalen Rechtsordnungen und den Urteilen nationaler und internationaler Militärgerichte ergibt.

In Nürnberg ist ein solcher Satz aber nicht aufgestellt worden, und für die deutsche Rechtsordnung gilt beispielhaft, daß das Leben nicht Gegenstand einer Verhältnismäßigkeitsprüfung sein kann: Eine Disproportionalität bei Abwägung zwischen einem angegriffenen und einem durch die Notstandshandlung geschützten Rechtsgut scheidet immer dann aus, wenn es sich bei der drohenden Gefahr um eine Lebensgefahr handelt. Das Rechtsgut Leben entzieht sich als höchstes Gut der Rechtsordnung jeder Relativierung und niemandem kann aus Proportionalitätsgründen unter Strafandrohung letztlich zugemutet werden, seinen Tod hinzunehmen, ohne ihm offenstehende Abwehrmöglichkeiten zu ergreifen.<sup>12</sup>

Der von dem Gericht vertretene Ansatz bot demnach allen Anlaß zur Diskussion. Vor allem aber schien die Frage damit entschieden zu sein, ob das Schuldbekenntnis des Angeklagten doppeldeutig war. Wenn Notstand bezüglich eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit ohnehin nicht zur Entschuldigung führen kann, dann war auch die Berufung des Angeklagten auf eine Notstandssituation für die Frage seiner Schuld bedeutungslos, das Schuldbekenntnis also nicht doppeldeutig.

Das Gericht geht diesen Weg der Entscheidungsfindung aber nicht. Es führt vielmehr unmittelbar an das obenstehende Zitat anknüpfend aus:

“On the basis of the case-by-case approach and in light of all the elements before it, the Trial Chamber is of the view, that proof of the specific circumstances which would fully exonerate the accused of its responsibility has not been provided.”

Das Gericht muß sich nach diesen Ausführungen nicht nur Inkonsequenz in der Gedankenführung, sondern möglicherweise auch einen Verstoß gegen die in Art. 21 (3) des Statuts niedergelegte Unschuldsvermutung vorwerfen lassen. Zunächst einmal hätte es sich nach seiner allgemeinen Aussage über die Wertigkeit des Lebens des Täters und der Opfer zu der Frage äußern müssen, ob danach überhaupt noch das Vorbringen des Beklagten mit Bezug auf Notstand berücksichtigt werden konnte. Dies, so muß man aus der weiteren Argumentation des Gerichts schließen, wurde wohl angenommen, Notstand demnach von der Kammer grundsätzlich als Entschuldigungsgrund anerkannt<sup>13</sup>, denn sonst hätte es keines Wortes mehr zur Beweislast bedurft. Wenn aber die Notstandssituation des Beklagten in Betracht zu ziehen ist, dann steht in Frage, ob es in bezug auf einen Entschuldigungsgrund darauf ankommen kann, daß der Angeklagte – der hier im übrigen bereits die gesamte Tatsachengrundlage für das gegen ihn eröffnete Verfahren geliefert hatte – das Vorliegen eines Entschuldigungsgrundes zu beweisen hat. Die umfassende Umsetzung der Unschuldsvermutung, die im internationalen

<sup>12</sup> Art. 35 (1) StGB.

<sup>13</sup> So auch L. Cavicchioli, *Il constringimento psichico come causa di esclusione della colpevolezza nei crimini contro l'umanità: il caso Erdemovic*, *Rivista di Diritto Internazionale* 80 (1997), 373 ff., 382, und J.C. Nemitz, *Aggravating and Mitigating Circumstances in International Humanitarian Law – The Erdemovic Case*, *Humanitäres Völkerrecht*, 1997, 22 ff., 25.

Recht allerdings bisher nicht näher ausgestaltet ist, könnte verlangen, bei Vorliegen konkreter Hinweise auf einen Entschuldigungsgrund, wie sie hier fraglos gegeben sind, zunächst von dessen Bestehen auszugehen<sup>14</sup> bzw. der Strafverfolgungsbehörde die Beweislast für das Gegenteil aufzuerlegen<sup>15</sup>. Es fragt sich in der Tat, wie stichhaltige Beweise vom Betroffenen in einer Situation äußersten psychischen Notstands gesichert werden sollen. Der Anklagebehörde die Pflicht zum Beweis des Nichtbestehens einer Notstandssituation bei klaren Anfangshinweisen auf deren Existenz aufzuerlegen, steht daher auch besser im Einklang mit Regel 89 (B) der Verfahrensordnung, die ausdrücklich bestimmt, daß bei Fehlen klarer Regeln "a Chamber shall apply rules of evidence which will best favour a fair determination of the matter before it and are consonant with the spirit of the Statute and the general principles of law". Im vorliegenden Fall kommt hinzu, daß es jedenfalls nicht nachvollziehbar ist, wenn das Gericht seine Entscheidung in allen für den Angeklagten nachteiligen Punkten ohne weiteres auf seine Aussage stützt, dessen Einlassung aber offenbar für unglaubwürdig hält, sobald sie dem Angeklagten zum Vorteil gereicht<sup>16</sup>.

Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, daß das Schuldbekentnis nicht doppeldeutig und damit wirksam ist, nachdem es die Entschuldigung wegen Notstandes aus Mangel an Beweisen ausgeschlossen hat.

Es entwickelt im weiteren ausführliche Kriterien der Strafzumessung<sup>17</sup>. In seiner Strafzumessung berücksichtigt es dann allerdings die Notstandssituation nicht einmal mehr im Rahmen der strafmildernden Aspekte, sondern berücksichtigt statt dessen das Alter des Angeklagten und seinen niederen militärischen Rang, die Reue, die er gezeigt hat, seine Zusammenarbeit mit dem Gericht sowie die Tatsache, daß er jetzt keine Gefahr mehr darstellt und einen im positiven Sinne formbaren Charakter hat. Das Strafmaß wird auf dieser Grundlage auf 10 Jahre Haft festgesetzt, die in einem Gefängnis "far from his own country" verbüßt werden sollen<sup>18</sup>.

Gegen dieses Urteil legte Erdemovic am 14. April 1997 gemäß Art. 25 des Statuts Berufung ein und beantragte, daß die Kammer ihn im Hinblick auf seine Notstandslage freisprechen solle oder aber hilfsweise das Strafmaß aus demselben Grunde reduzieren möge.

---

<sup>14</sup> Auch hier besteht wieder ein entscheidender Unterschied zwischen den Rechtssystemen des *continental* und des *common law*: Während in Staaten des *continental law* der Angeklagte in diesen Fällen nicht die Beweislast trägt, ist die Regelung in *common law*-Staaten nicht einheitlich. Vgl. hierzu Nemitz, *ibid.*, 26 insbes. Anm. 38.

<sup>15</sup> Vgl. hierzu Yee (Anm. 6), 303 ff.

<sup>16</sup> Dies rügt besonders heftig auch Yee, *ibid.*, 305, der der Kammer vorwirft, stillschweigend dem volkstümlichen Gedanken gefolgt zu sein, daß man eher lügt, wenn man Gutes über sich selbst sagt, aber nie, wenn man Schlechtes über sich selbst sagt.

<sup>17</sup> Trial Chamber I, Sentencing Judgment, 41 ff.; vgl. dazu Nemitz (Anm. 13), 22 ff.

<sup>18</sup> Trial Chamber, Sentencing Judgment, 111.

## II. Das Urteil der Berufungskammer

Die Berufungskammer hob die Entscheidung der ersten Instanz auf und verwies das Verfahren in vollem Umfang zurück an eine andere erstinstanzliche Kammer. Diese Möglichkeit besteht nach Regel 117 C der Verfahrensordnung.

### 1. Gründe der Berufungsentscheidung

Die diese Entscheidung tragenden Gründe sind außerordentlich kurz gefaßt und verweisen in wesentlichen Aspekten auf die richterlichen Sondervoten, ohne selbst eine vollständige Begründung zu bieten. Die Berufungskammer konnte in kaum einer der aufgeworfenen Fragen Einigkeit über die Berufungsbegründung erzielen. Entscheidende Fragen waren nach Auffassung der Berufungskammer die Wirksamkeit des *guilty plea* und die damit zusammenhängende Frage des Notstandes.

Eine gemeinsame Entscheidung ließ sich noch über die Frage treffen, welche Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit ein *guilty plea* als wirksam angesehen werden kann. In Anlehnung an die im angloamerikanischen Rechtssystem entwickelten Vorgaben kam die Kammer zu dem Schluß, ein Schuldbekennnis müsse freiwillig abgegeben worden sein, es dürfe nicht doppeldeutig sein und der Angeklagte müsse sich über die rechtliche Bedeutung seiner Erklärung im klaren gewesen sein.

Weiterhin waren alle Richter und die Richterin der Auffassung, daß der Angeklagte im vorliegenden Fall das Schuldbekennnis freiwillig abgegeben habe. Zur Begründung dieser Feststellung wurde allerdings bereits auf das Sondervotum der Richterin McDonald und des Richters Vohrah verwiesen.

Mit einer Mehrheit von drei zu zwei Stimmen stellte die Kammer fest, daß es sich nicht um ein doppeldeutiges Schuldbekennnis handele. Dem liegt die von der Dreier-Mehrheit vertretene Auffassung zugrunde, daß Notstand keinen Entschuldigungsgrund für Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen darstelle, die mit der Tötung Unschuldiger einhergehen.

Anderer Ansicht waren bezüglich dieser beiden Fragen die Richter Cassese und Stephen. Zur Begründung der Mehrheitsmeinung wurde wiederum auf das Sondervotum der Richterin McDonald und des Richters Vohrah sowie zusätzlich auf das Sondervotum des Richters Li verwiesen.

Mit einer Mehrheit von vier zu einer Stimme entschied die Kammer, daß der Angeklagte sich über die rechtliche Bedeutung seines Schuldbekennnisses nicht im klaren, das Schuldbekennnis also ungültig war. Auch in diesem Punkt diene das Sondervotum McDonald/Vohrah als Begründung. Anderer Ansicht war in diesem Zusammenhang Richter Li.

Der Inhalt des Urteils der Berufungskammer läßt sich nach alledem nur durch eine Analyse der einzelnen Sondervoten erschließen.

## 2. Sondervoten

a) Sondervotum der Richterin *McDonald* und des Richters *Vohrah*

Dieses Sondervotum, das insoweit die Begründung der Mehrheitsentscheidung darstellt, setzt sich zunächst ausführlich mit dem Institut des *guilty plea* auseinander. Ausgehend von den Bestimmungen des Statuts und den Verfahrensregeln des Jugoslawiengerichts werden die Voraussetzungen *voluntary, informed, not equivocal* unter dem Aspekt aufgestellt, daß der Gerichtshof ein faires Verfahren gewährleisten solle. Im einzelnen werden diese Voraussetzungen allerdings dem US-amerikanischen Recht entnommen, das insoweit zur Ausfüllung des "fairen Verfahrens" herhält. Diese Vorgehensweise wird in dem Votum wie folgt begründet: "Noting that there is no international jurisprudence or authority to lend us further assistance in the interpretation of the guilty plea as it exists in the Statute and the Rules, we are of the opinion that we may have regard to national common law authorities for guidance as to the true meaning of the guilty plea and as to the safeguards of its acceptance"<sup>19</sup>. Dies halten die beiden Richter deshalb für gerechtfertigt, weil der Wortlaut im Statut und in der Verfahrensordnung des Jugoslawien-Tribunals einen Verweis auf das nationale Recht beinhalte, aus dem die Begriffe *guilty plea* und *not guilty plea* entnommen seien<sup>20</sup>. Berechtigte Kritik an diesem Vorgehen übt Richter *Cassese* in seinem Sondervotum, der allerdings der Sache nach zu denselben Voraussetzungen für den *guilty plea* vor dem Jugoslawiengericht kommt<sup>21</sup>.

*McDonald* und *Vohrah* untersuchen im weiteren, ob, und gegebenenfalls inwieweit, das Schuldbekennnis des Angeklagten diesen Voraussetzungen, insbesondere den Erfordernissen einer freiwilligen Abgabe und Kenntnis der damit verbundenen Folgen, entspricht. Das Schuldbekennnis sei freiwillig abgegeben worden. Fraglich sei aber, ob es als *informed* gelten könne, was nach der Rechtsprechung aller *common law*-Länder voraussetze, daß der Angeklagte Natur und Konsequenzen seines Schuldbekennnisses verstehe und daß er wisse, für was genau er sich schuldig bekenne. Dies setzt – jedenfalls nach deutschem Rechtsverständnis – eine Parallelwertung in der Laiensphäre bezüglich der rechtlichen Bedeutung des Bekenntnisses voraus. Nach Auffassung von *McDonald* und *Vohrah* war dies aber im vorliegenden Fall nicht gegeben. Die von der Strafkammer erteilte Belehrung habe dem Angeklagten nicht deutlich gemacht, daß das gesamte Verfahren anders abgelaufen wäre, wenn er für "nicht schuldig" plädiert hätte. Außerdem sind die beiden Richter der Auffassung, daß auch die Verteidi-

<sup>19</sup> Appeals Chamber, Judgment, Joint Separate Opinion of Judge *McDonald* and Judge *Vohrah*, 5.

<sup>20</sup> Diese Auffassung entspricht der von *Yee* vertretenen Meinung, wonach "due process and justice require that the common law safeguards be adopted before a guilty plea is accepted", allerdings fügt er wenigstens noch hinzu "under the auspices of interpreting the Statute and the existing Rules" (Anm. 6), 274.

<sup>21</sup> Siehe unten b.

gung von Erdemovic das genaue Ausmaß eines *guilty plea* nicht erfaßt habe<sup>22</sup>. Hiermit sprechen sie einen außerordentlich heiklen Punkt an, ohne ihn jedoch zu vertiefen, nämlich die sehr bedeutende Frage nach der Qualifikation der Verteidiger vor dem Jugoslawiengericht<sup>23</sup>.

Damit hat das Sondervotum im Gegensatz zu der sehr verkürzten Prüfung der ersten Instanz, die letztlich nur darauf abstellte, ob der Angeklagte den Text der Anklage gelesen und ihn sprachlich verstanden hatte, sämtliche Voraussetzungen angesprochen, die das amerikanische Recht zur Prüfung der Gültigkeit eines *guilty plea* bereithält, insbesondere das Verständnis des besonderen Verfahrens, das einem Schuldbekennnis folgt, in dem nämlich nur noch eine Anhörung vor der Urteilsverkündung erfolgt.

Als zweite Voraussetzung eines *informed plea* wird zusätzlich untersucht, ob der Angeklagte die Bedeutung der ihm gegenüber erhobenen Anklage verstanden hatte. Im vorliegenden Fall geht es dabei vor allem um den Unterschied zwischen Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die unterschiedlich schwere und daher mit unterschiedlich hoher Strafe bedrohte Taten darstellen, wobei Verbrechen gegen die Menschlichkeit als die schwereren Taten angesehen werden. Auch in diesem Punkt kommen McDonald/Vohrah zu dem Schluß, daß der Angeklagte in jedem Fall von der Strafkammer, aber auch von seiner Verteidigung nicht hinreichend aufgeklärt worden war.

Schließlich wenden sich McDonald und Vohrah der Frage zu, ob das Schuldbekennnis, das ohnehin nicht *informed* war, zusätzlich doppeldeutig war. Diese Frage weist zwei Komponenten auf:

(1) Stellt Notstand einen Entschuldigungsgrund für ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit dar?

(2) Falls die erste Frage zu bejahen ist: War das Schuldbekennnis des Angeklagten doppeldeutig, weil er sich gleichzeitig auf Notstand berufen hatte?

Wie im erstinstanzlichen Urteil treten die beiden Richter also in eine rein objektive Prüfung der Schuldfrage ein.

Ihr Sondervotum gelangt damit zu der zentralen Frage der rechtlichen Relevanz einer Notstandssituation<sup>24</sup>. Dabei geht es ergebnisorientiert an die Problematik heran, indem allein untersucht wird, ob für einen Soldaten Notstand ein Entschuldigungsgrund für ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder ein Kriegsverbrechen, das die Tötung Unschuldiger zum Gegenstand hatte, sein kann. Die Untersuchung der Frage, ob zu dieser Problematik Völkergewohnheitsrecht nachzuweisen ist, führt nach einer ausführlichen Prüfung der bisherigen internationalen Rechtsprechung zu einem negativen Ergebnis, weil Bedeutung und Zahl der einschlägigen Judikatur zu gering ist und es an einer einheitlichen und konsistenten Staatenpraxis, getragen von der entsprechenden *opinio iuris*, fehlt. Auch bei

<sup>22</sup> S. 11–13 des Sondervotums.

<sup>23</sup> Diese Frage ist vor jedem internationalen Strafgericht schwierig, da die Ausbildung der Juristen naturgegeben nationales Recht betrifft und daher die Kenntnis anderer Rechtssysteme, deren Institute in internationale Gerichtsbarkeit zwangsläufig auch einfließen, gering ist.

<sup>24</sup> S. 22 ff. des Sondervotums.

der Suche nach allgemeinen Rechtsprinzipien kommen die beiden Richter zu einem negativen Befund, da sich die Rechtssysteme des *civil law* und des *common law* in diesem Punkt unterscheiden. Die Systeme des *civil law* sehen Notstand generell als einen Rechtfertigungs- bzw. Entschuldigungs- oder Strafausschließungsgrund für alle Straftaten an. Dies gilt unter anderem auch für die Rechtsordnung des früheren Jugoslawien. Die Rechtsordnungen des *common law* lassen demgegenüber Notstand als Rechtfertigungsgrund oder Entschuldigungsgrund jedenfalls für *murder* nicht gelten.

Das Sondervotum entwickelt daraufhin einen eigenen, als normativ bezeichneten Ansatz. Einführend heißt es hierzu: "... that the law should not be the product or slave of logic or intellectual hair-splitting, but must serve broader normative purposes in light of its social, political and economic role"<sup>25</sup>. Dieser nicht ganz ungefährliche Ansatz wird weiter verfolgt, indem rhetorisch geschickt, methodisch aber fragwürdig darauf verwiesen wird, daß eine Mehrheit des House of Lords und des Privy Council sich für den Bereich des britischen Rechts gegen die Anerkennung des Instituts Notstand als Rechtfertigung, Entschuldigung oder Strafausschließung für *murder* ausgesprochen habe, um ein Ansteigen der Verbrechensrate zu verhindern. Die Beweggründe für diese Rechtsauffassung müßten im internationalen Kontext – "designed to take account of humanitarian concerns in the arena of brutal war" – um so mehr gelten. Eine Notstandssituation zeitige daher in Fällen von "slaughter of innocent human beings on a large scale" keine rechtfertigende, entschuldigende oder strafausschließende Wirkung.

Diese ausschließlich zweckorientierte generalpräventive Entscheidung, die sich nicht auf geltendes Völkerrecht stützen kann, wird abschließend wie folgt gerechtfertigt<sup>26</sup>:

"We do not think that our reference to considerations of policy are improper. It would be naive to believe that international law operates and develops wholly divorced from considerations of social and economic policy. There is the view that international law should distance itself from social policy and this view has been articulated by the International Court of Justice in the *South West Africa Cases*, where it stated that 'law exists, it is said, to serve a social need; but precisely for that reason it can do so only through and within the limits of its own discipline'. We are of the opinion that this separation of law from social policy is inapposite in relation to the application of international humanitarian law to crimes occurring during times of war."

Diese Auffassung veranlaßt die Richter schließlich dazu, Notstand auch dann nicht als Entschuldigung gelten zu lassen, wenn das Leben der Opfer, wie im vorliegenden Fall, ohnehin nicht zu retten war. Die Auffassung, das Recht könne von dem einzelnen nicht verlangen, daß er sein Leben opfere, selbst wenn er damit andere Leben nicht retten kann, akzeptieren sie also nicht. Die Möglichkeit, in diesen Fällen Strafmilderung zu gewähren, sehen sie als eine ausreichende Berück-

<sup>25</sup> S. 65 des Sondervotums.

<sup>26</sup> S. 67 des Sondervotums.

sichtigung der Tatsache, daß die Aufopferung des eigenen Lebens von der Rechtsordnung nicht verlangt wird.

Aus diesen Feststellungen folgt nach Auffassung McDonalds und Vohrahs, die insoweit als Begründung der Mehrheitsmeinung gilt, daß der *guilty plea* des Angeklagten Erdemovic deswegen nicht doppeldeutig war, weil diesem ein Entschuldigungsgrund schon objektiv nicht zur Verfügung stand. Damit erübrigte sich für die beiden Richter die Beantwortung der zweiten Frage.

b) Sondervotum und abweichendes Votum  
des Vorsitzenden Richters Cassese

Das Sondervotum Casseses beschränkt sich auf die Auseinandersetzung mit den beiden wesentlichen Fragen des Falles, nämlich der Bedeutung des *guilty plea* einerseits und den Rechtswirkungen einer Notstandssituation gegenüber Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit andererseits.

1) Die Bedeutung des "guilty plea"

Der Untertitel der ersten Überschrift "Bedeutung des 'guilty plea'" dieses Sondervotums lautet: "Das Ausmaß, in dem ein internationales Strafgericht sich auf nationales Recht berufen kann, um internationale Regelungen auszulegen". Damit wird nicht nur das hier entscheidende Problem auf den Punkt gebracht, sondern auch die Fragwürdigkeit des Sondervotums McDonald/Vohrah in methodischer Hinsicht aufgedeckt. Nach dieser präzisen Fragestellung ergibt sich die Antwort gewissermaßen von selbst: Das internationale Gericht hat internationales Recht anzuwenden. Auf nationales Recht darf es nur rekurrieren, wenn sich dieses in allgemeinen Rechtsprinzipien verfestigt hat (Art. 38 (c) IGH-Statut).

Cassese geht an die Lösung des Problems zurückhaltender heran als McDonald/Vohrah in ihrem Sondervotum. Er stellt zunächst fest, daß die Heranziehung des aus dem *common law* stammenden Instituts des *guilty plea* in Art. 20 Abs. 3 des Statuts nicht bedeute, daß zur Ausfüllung seiner Voraussetzungen auf die entsprechenden nationalen Rechtsordnungen zurückzugreifen sei. Vielmehr müsse in jedem Fall versucht werden, die Lösung unmittelbar aus dem internationalen Recht zu entwickeln. Im vorliegenden Fall lassen sich die Voraussetzungen des *guilty plea* aus dem Statut und der Verfahrensordnung des Gerichts ermitteln, ohne daß auf nationales Recht zurückgegriffen werden müsse.

Die von Richter Cassese anhand des Gesamtsystems des Statuts und der Verfahrensordnung festgestellten Voraussetzungen decken sich weitgehend mit denen, die aus dem *common law* bekannt sind<sup>27</sup>. Das ist nicht weiter verwunderlich, da die Übernahme eines aus dem nationalen Recht bekannten Instituts auch dessen Eigenheiten umfaßt, soweit sie auf das völkerrechtliche System übertragbar sind, was beim *guilty plea* der Fall ist. Das bedeutet aber gerade nicht, daß die nationa-

<sup>27</sup> S. 9ff. des Sondervotums.

len Rechtsregeln ungeprüft im Völkerrecht Anwendung finden können. Vielmehr ist jeweils die Übertragbarkeit und systematische Herleitung im Völkerrecht darzulegen. Dem von Cassese vorgeschlagenen Ansatz muß somit als dem methodisch richtigen sicherlich gefolgt werden. Bezüglich seiner Umsetzung ist jedoch anzumerken, daß Cassese eine über die bloße Auslegung hinausgehende, sich der Rechtsschöpfung annähernde Konkretisierung der mageren Vorschriften des Statuts vornimmt. Insgesamt führt die Konkretisierung des *guilty plea* in den beiden Sondervoten trotz deren unterschiedlichen Ansatzes zu einem nahezu identischen Ergebnis. Sie ist nunmehr wohl als "anwendbares Recht" für zukünftige Fälle zu betrachten, so daß Unzulänglichkeiten bezüglich der Aufklärung des Angeklagten vermieden werden. Die Frage, wie die Information des Angeklagten im einzelnen auszusehen hat, wird in dem Sondervotum des Richters Shahabuddeen zur Entscheidung der Strafkammer nach Rückverweisung durch die Berufungskammer untersucht, ohne daß jedoch konkrete Maßstäbe entwickelt werden.

## 2) Rechtswirkungen einer Notstandssituation

Im Rahmen der Untersuchung, ob Notstand ein Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund im internationalen Strafrecht sein kann, kritisiert Cassese insbesondere das Sondervotum McDonald/Vohrah. Er selbst kommt zu dem Ergebnis – und bestätigt damit die Auffassung der Strafkammer –, daß Notstand auch im internationalen Recht generell für alle Delikte ein Entschuldigungsgrund sein kann. Mit Bezug auf die Frage, ob Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit entschuldigt werden können, findet er im Völkergewohnheitsrecht keine spezielle Regel, die eine Ausnahme zu der allgemeinen Regel postuliert, daß grundsätzlich Notstand als Entschuldigung dienen kann. Zwar sieht auch er in den untersuchten Präjudizien keinen Fall, der dem vorliegenden Sachverhalt genau entspricht. Seines Erachtens gibt es aber auch keinen Anhaltspunkt dafür, daß Notstand im Völkergewohnheitsrecht als Entschuldigungsgrund bei Mord ausgeschlossen sein soll<sup>28</sup>. Allerdings lasse sich aus der Praxis entnehmen, daß Notstand nur unter sehr engen Voraussetzungen als Entschuldigungsgrund in Frage kommen könne. Von den drei allgemein anerkannten Kriterien "Begehung der Tat, um eine unmittelbare Bedrohung abzuwehren", "Fehlen einer Alternative wie Flucht oder ähnliches" und "Verhältnismäßigkeit der Tat" könne aber wohl nur in seltenen Fällen der Tötung unschuldiger Menschen die Verhältnismäßigkeit bejaht werden, weil die philosophischen, moralischen und rechtlichen Schwierigkeiten bei der Abwägung des Wertes eines Menschenlebens gegen ein anderes unlösbar seien. Allerdings könne in Fällen, in denen es keine echte Wahl zwischen der Erhaltung des eigenen Lebens und dem unschuldiger Opfer gebe, weil deren Leben in keinem Fall gerettet werden kann, Notstand als Entschuldigungsgrund

<sup>28</sup> S. 46 ff. des Sondervotums.

durchschlagen<sup>29</sup>. Ein solcher Fall könnte nach Auffassung Casseses hier grundsätzlich vorliegen, wobei die Details jedoch von der Strafkammer zu prüfen sind. Daraus folgert er, daß das *guilty plea* des Beklagten doppeldeutig war. Der Angeklagte habe nämlich Umstände vorgetragen, deren tatsächliches Vorliegen ihn entschuldigen könnten. Aus diesem Grunde war nach Auffassung Casseses der Fall an die erste Instanz zurückzuverweisen.

c) Sondervotum und abweichendes Votum des Richters *Stephen*

Richter *Stephen* stimmt mit *Cassese* darin überein, daß Notstand im internationalen Strafrecht auch für alle Arten von Tötungen einen Entschuldigungsgrund darstellen kann. In der Begründung verläßt er sich aber nicht auf die Geltung dieses Satzes im Völkergewohnheitsrecht, sondern meint, eine entsprechende allgemeine Regel im Sinne von Art. 38 (c) IGH-Statut ausmachen zu können. Zwar finde sich im *common law* die Ausnahme, daß Notstand bei *murder* nicht eingewandt werden könne. Diese gründe sich aber allein auf die Überlegung, daß nicht Leben gegen Leben abgewogen werden könne. Diese Überlegung könne hingegen nicht durchgreifen, wenn es für die Rettung des durch den Täter vernichteten Lebens ohnehin keine Chance gegeben habe. Insoweit hätten sich die oben angesprochenen angloamerikanischen Fälle nicht mit Sachverhalten beschäftigt, die dem hier vorliegenden ähnelten: Die Rettung der Opfer sei in jenen Fällen stets möglich, hier aber ausgeschlossen gewesen. Die nach *common law* getroffenen Entscheidungen stünden der Bildung einer allgemeinen Rechtsregel demnach nicht entgegen, wonach in Fällen, in denen die Rettung der Opfer ohnehin aussichtslos gewesen sei, der Notstandssituation des Täters eine entschuldigende Wirkung zugebilligt werden könne.

Diese Ansicht erscheint jedoch wegen der schwierigen Unterscheidung der Situationen und der Fraglichkeit, zu welchem Zeitpunkt die Einschätzung vorgenommen werden muß, ob das Leben Unschuldiger überhaupt zu retten ist, als zweifelhaft. Zudem entspricht sie nicht völlig der Rechtslage der *common law*-Staaten, die zum Teil differenziertere Unterscheidungen für den Ausschluß von Notstand treffen, so daß doch Zweifel bestehen, ob darin nicht ein Hindernis für das Entstehen einer allgemeinen Regel liegt.

d) Sondervotum und abweichendes Votum des Richters *Li*

Nach Auffassung des Richters *Li* bestehen keine Zweifel daran, daß sich der Angeklagte bei Abgabe des *guilty plea* über dessen Bedeutung im klaren gewesen ist. Insbesondere komme es nicht darauf an, ob er den Unterschied zwischen Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit begriffen habe. Die beiden Verbrechenarten stünden nämlich grundsätzlich gleichwertig nebeneinan-

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> ZaöRV 58/2

der. Einer abschließenden Entscheidung der Berufungskammer zur Sache hätte danach nichts entgegengestanden.

Unabhängig von der Frage nach der "Wertigkeit" der beiden Verbrechenarten muß es jedoch, wie im Sondervotum McDonald/Vohrah ausgeführt, darauf ankommen, ob der Angeklagte die Bedeutung der Anklage verstanden, in der Laiensphäre nachvollzogen hat. Davon kann, insbesondere nach den Zitaten aus dem Verfahren vor der Strafkammer im Sondervotum McDonald/Vohrah<sup>30</sup>, hier nicht ausgegangen werden.

### *III. Das abschließende Urteil der zweiten erstinstanzlichen Kammer*

Auf der Grundlage dieser Berufungsentscheidung fällte eine andere erstinstanzliche Strafkammer am 5. März 1998 ein neuerliches Urteil, gegen das der Angeklagte nicht in Berufung gegangen ist und das somit endgültig geworden ist. Vor dieser Kammer hatte sich der Angeklagte am 14. Januar 1998, dieses Mal nach entsprechender eingehender Aufklärung durch die Strafkammer, für schuldig erklärt, Kriegsverbrechen begangen zu haben, nicht aber Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Dieser Anklagepunkt wurde daraufhin von der Strafverfolgungsbehörde zurückgezogen. In diesem jüngsten Verfahren kam es nur noch darauf an, das Strafmaß festzusetzen, nachdem die Berufungskammer Notstand als Entschuldigung ausgeschlossen hatte. Auf der Grundlage des bereits im ersten Verfahren festgestellten Sachverhalts verurteilte die Strafkammer Erdemovic zu einer fünfjährigen Haftstrafe unter Anrechnung der bisherigen Haftzeit.

Bei der Ermittlung der Strafe stellte die Kammer gemäß Art. 24 Statut und Regel 101 (B) Verfahrensordnung erschwerende und mildernde Gründe einander gegenüber, wobei als straferschwerend gemäß Art. 24 Statut der Umfang der Straftat und die Rolle des Angeklagten berücksichtigt wurden. Bei den als strafmildernd heranzuziehenden Gründen wurden die persönlichen Umstände des Angeklagten gewürdigt, sein Alter, sein familiärer Hintergrund und sein nicht bösariger Charakter; außerdem wurden das Schuldanerkennen und seine tiefe Reue sowie seine außerordentlich positive Zusammenarbeit mit dem Gericht und seine Zeugenaussage im Fall Karadzic und Mladic berücksichtigt.

Weiter wurde mit Blick auf strafmildernde Gründe die Notstandssituation berücksichtigt, deren Vorliegen die Strafkammer anerkannte, da der Angeklagte sich in einer Situation befunden habe, in der er keine andere Wahl gehabt habe als zu töten, wenn er nicht selbst getötet werden wollte. Zu diesen Erwägungen stützte sich die Kammer zusätzlich auf weitere Aspekte, wie die Umstände der Tötung der Opfer, ob diesen überflüssiges Leiden zugefügt wurde, welche Mittel der Angeklagte bei der Tötung verwendete und wie seine Geisteshaltung war. Im Ergebnis befand sie, daß der Angeklagte "took no perverse pleasure from what he did". Aus all diesen Gründen fand die Strafkammer dann das Strafmaß von fünf Jahren Haft angemessen. Hiergegen hat der Angeklagte keine Berufung eingelegt.

<sup>30</sup> S. 13–15 des Sondervotums.

Das einzige dieser Entscheidung beigelegte Sondervotum des Richters Shahabuddeen befaßt sich mit der nicht unwichtigen Frage, wie eine Strafkammer im konkreten Fall sicherstellen kann, daß der Angeklagte Sinn und Tragweite des *guilty plea* völlig verstanden hat. Shahabuddeen hält es nicht für erforderlich, daß jedes Element einzeln dargelegt werden muß, sondern verweist drauf, daß eventuelle Unstimmigkeiten in dem Schuldbekennnis vom Gericht gewürdigt werden müßten.

Im zweiten Punkt seines Sondervotums weist Shahabuddeen auf die Schwierigkeit der Strafkammer hin, mit der Feststellung der Berufungskammer umzugehen, daß Verbrechen gegen die Menschlichkeit schwerere Verbrechen darstellen als Kriegsverbrechen. Das Statut treffe nämlich insoweit keine Unterscheidung und enthalte auch keine Strafandrohung, an der die Kammer sich orientieren könnte.

#### D. Kritik

Die Entscheidung *Erdemovic* enthält zur Frage des *guilty plea* Präzisierungen, die aufgrund der nur cursorischen Regelung in Statut und Verfahrensordnung erforderlich waren. Sie hat in diesem Punkt verdienstvollerweise nun Klarheit geschaffen und Leitlinien aufgestellt, die dem Gericht in Zukunft sehr hilfreich sein werden. Die Tatsache, daß die völlig unterschiedlichen Ansätze der Richter zur Feststellung der Voraussetzungen eines *guilty plea* – McDonald/Vohrah legen angloamerikanisches Recht, Cassese internationales Recht, insbesondere im System des Statuts und der Verfahrensordnung des Jugoslawientribunals zugrunde – zu nahezu identischen Ergebnissen geführt haben, kann nur bedeuten, daß die nunmehr aufgestellten Kriterien für ein wirksames Schuldanerkenntnis die Regeln im Statut und der Verfahrensordnung ergänzen und künftig als geltendes Recht vom Gericht angewendet werden. Wünschenswert wäre es zudem, daß diese Kriterien in der Verfahrensordnung ausdrücklich niedergelegt werden, so daß das Rechtsinstitut des *guilty plea* klaren Vorgaben folgt. Da insoweit die Entscheidung des *Erdemovic*-Falles wohl allgemein akzeptiert wird, soll im folgenden nur noch auf die zentrale Frage der Berücksichtigung des Notstands eingegangen werden.

#### I. Der Methodenstreit in der Berufungskammer

Die Sondervoten zur Entscheidung der Berufungskammer und die Form dieser Entscheidung machen besonders deutlich, wie schwierig es für ein internationales Gericht mit Richtern aus unterschiedlichen Rechtssystemen ist, in Statut und Verfahrensordnung ungerichtete oder nicht hinreichend geregelte Fragen zu beantworten. Dies fällt insbesondere ins Gewicht, wenn es um für die Betroffenen so wesentliche Fragen geht wie die Anerkennung eines Schuldausschließungsgrundes oder eines Rechtfertigungsgrundes. Bei der Auseinandersetzung mit der Frage, ob Notstand als Entschuldigungsgrund für die im Statut des Jugoslawien-

gerichts niedergelegten Straftaten in Betracht kommen kann, kommt es wesentlich darauf an, wie die Frage gestellt wird. Lautet die Frage "Entschuldigt die eigene Lebensbedrohung die Tötung anderer?", wie sie dem Sondervotum McDonald/Vohrah zugrunde liegt, so ist sie am Grundsatz der Gleichwertigkeit von Leben zu messen, der es grundsätzlich nicht zuläßt, daß ein Leben Vorrang vor einem anderen hat. Lautet die Frage hingegen "Kann eine Rechtsordnung den einzelnen zwingen, auf sein Leben zu verzichten?", so wird die Frage von der moralischen Ebene herabgeholt und in den Zusammenhang des jeweiligen objektiven Sachverhalts und der Anforderungen gestellt, die eine Rechtsordnung an einen Menschen stellen kann, von dem sie aber in der Regel nicht verlangt, daß er die Kraft zum Märtyrer hat.

Die von McDonald/Vohrah verfolgte Methode der Rechtsfindung ist zudem fragwürdig. Durch den extrem eng gewählten Ansatz der Fragestellung und die Anlehnung an ausschließlich nationales Recht fällt es naturgemäß leicht, die Existenz eines diesen Sachverhalt behandelnden Völkergewohnheitsrechts zu verneinen. Darüber hinaus ermöglicht es diese Art des Ansatzes aber auch, das in der Frage nach einer Rechtfertigung durch Notstand bestehende Regel-Ausnahme-Verhältnis in sein Gegenteil zu verkehren.

Wesentlicher Ansatzpunkt für eine Kritik an dem Vorgehen McDonalds und Vohrahs ist es, daß sie sich in ihrer Begründung rechtlicher Erwägungen ausdrücklich enthalten und politische Entscheidungen treffen zu müssen verneinen. Das Gericht hat für eine solche Vorgehensweise keine Kompetenz. Es soll zwar auch zur Abschreckung von zukünftigen Verbrechen beitragen, hat also auch eine generalpräventive Funktion, primär soll es aber individuelle Gerechtigkeit walten lassen.

Demgegenüber ist Cassese zuzustimmen, der sich um eine methodengerechte Anwendung des Völkerrechts bemüht. Unzweifelhaft enthalten Verfahrensregeln und Statut sowie das nur unvollständig bestehende Völkerstrafrecht Regelungslücken, die die Entscheidungsfindung des Gerichts wesentlich erschweren. Das Gericht muß dennoch seine Entscheidungen auf nachvollziehbares Recht und nicht auf wechselhafte politische Überzeugungen gründen. Zwecküberlegungen können danach nur zulässig sein, wenn sie im Zusammenhang mit der Auslegung bestehenden Völkerrechts angestellt werden und die durch den Wortlaut der völkerrechtlichen Norm gesetzten Grenzen respektieren.

Im übrigen bleibt festzuhalten, daß es Aufgabe des Gerichts ist, das bestehende Völkerrecht anzuwenden, nicht nationales Recht. Daß die Formulierungen in dem Statut teilweise dem *common law* entlehnt sind, läßt sich nicht als Hinweis darauf mißdeuten, daß das System des internationalen Strafrechts dem *common law* folge. Eine so weitgehende Verweisung hätte ausdrücklich erfolgen müssen. Die teilweise Übernahme von Begriffen reicht nicht aus. Sie ist daraus zu erklären, daß sich das Völkerrecht in der Regel keiner eigenen Nomenklatur bedient. Gerade im internationalen Strafrecht scheint der Rückgriff auf nationales Strafrecht nicht ungefährlich, da im nationalen Strafrecht ganz überwiegend Einzeltaten und Einzeltäter betroffen sind, während das internationale Strafrecht, wie es aus den Statuten

der beiden *ad hoc*-Strafgerichte und dem Entwurf eines Ständigen Internationalen Strafgerichts sowie dem Entwurf eines internationalen Strafgesetzbuches hervorgeht<sup>31</sup>, mit Verbrechen großen Ausmaßes – “crimes committed on a massive and widespread scale” –, die meist im Zusammenhang mit bewaffneten Konflikten begangen werden, befaßt ist.

Die Übernahme von nationalem Recht in Anknüpfung ausschließlich an die Verwendung von bestimmten Termini ohne einen näheren Anhaltspunkt in dem jeweiligen internationalen Instrument dafür, daß dies beabsichtigt war, ist daher nicht akzeptabel. Sie ist im übrigen auch in bezug auf *subpoenas* von einer Strafkammer angewendet worden: In diesem Fall hat die Berufungskammer jedoch dagegen Stellung ergriffen<sup>32</sup> und den entsprechenden Terminus bzw. das damit umschriebene Rechtsinstitut in den Rahmen und das System des internationalen Strafgerichts und seiner Kompetenzen gestellt. Damit hat sie die Übernahme der Regeln des nationalen Systems, aus dem dieses Institut stammt, ausdrücklich abgelehnt.

Einer kurzen Anmerkung bedarf in diesem Zusammenhang auch die äußere Form der Entscheidung der Berufungskammer. In Abweichung von der sonst üblichen Abfassung eines Gerichtsurteils, in dem die Gründe dargelegt sind, auf denen die Entscheidung basiert, ist in dieser Entscheidung zur Begründung der Entscheidung nur auf die verschiedenen Sondervoten verwiesen worden. Für den Leser wird das Verständnis der Entscheidung dadurch außerordentlich erschwert, zumal es jeweils nur bestimmte Teile der Sondervoten sind, die insoweit relevant sind. Auch wenn es sich nicht um eine Entscheidung handelt, die für den Angeklagten eine direkte verurteilende Wirkung hat, sondern “nur” um eine Berufungsentscheidung, die den Fall an eine andere Strafkammer zur erneuten Verhandlung zurückverweist und nur dieser Leitlinien vorgibt, an denen sie sich zu orientieren hat, erscheint eine solche Entscheidungsform bedenklich und sollte in Zukunft unbedingt vermieden werden.

## II. Die rechtliche Wirkung einer Notstandssituation

Die zentrale Frage des Falles *Erdemovic* galt der Rechtswirkung einer Notstandssituation bei Begehen eines Kriegsverbrechens bzw. eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit. Daß für derartige schwere Verbrechen allein die Erkenntnisse von Institutionen zum Tragen kommen sollten, die dem angloamerikanischen Rechtskreis angehören, kann nicht akzeptiert werden. Die Selbstverständlichkeit, mit der die Berufungskammer in Anlehnung an McDonald/Vohrah diesen Schritt tut, gibt Anlaß zu Bedenken. Dies gilt um so mehr, als sich das angloamerikanische Recht jedenfalls nach Darstellung des Sondervotums McDo-

<sup>31</sup> Vgl. K. Ambos, Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code: Observations from an International Criminal Law Viewpoint, in: European Journal of International Law, 7 (1996), 519ff.

<sup>32</sup> Vgl. Appeals Chamber, Entscheidung vom 26.2.1998, *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, in der es um eine *subpoena* gegen den Staat Kroatien zur Vorlage bestimmter Beweisstücke ging.

nald/Vohrah beinahe ausschließlich teleologischer Kriterien zur Entscheidung dieser Rechtsfrage bedient<sup>33</sup>. Die pauschale Feststellung, bereits das House of Lords und der Privy Council hätten eine rechtliche Wirkung der Notstandssituation abgelehnt, bleibt für den Rest der Welt selbst dann unannehmbar, wenn nicht die Entscheidungen dieser beiden Institutionen als solche, sondern nur deren Beweggründe als verbindlich betrachtet werden.

Hingegen überzeugt, wie bereits betont, der Ansatz des Vorsitzenden Richters Cassese, dessen Position völkerrechtssystematisch begründet wird und daher angemessen ist, wenn es eine Rechtslücke im Völkerrecht zu füllen gilt. Auch der Generalsekretär der Vereinten Nationen hat in seinem Bericht, dem das Statut beigegeben ist<sup>34</sup>, nicht an eine Anlehnung an das nationale Recht eines Staates oder einer Staatengruppe gedacht, sondern ausdrücklich auf die "general principles of law recognized by all (Hervorh. hinzugefügt) nations" Bezug genommen.

Dabei ist letztlich nicht das Ergebnis, der völlige Ausschluß der Notstandssituation als Entschuldigung bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen, der kritikwürdige Aspekt. Es gibt nämlich gute Gründe, für Taten, wie die genannten, jede Entschuldigung oder Rechtfertigung auszuschließen<sup>35</sup>. Hierbei kann man mit der besonderen Situation in kriegerischen Auseinandersetzungen argumentieren, in denen die Mitglieder der Kampfparteien wissen, daß sie ihr Leben riskieren. Daraus kann man ableiten, daß die Anforderungen an ihre eigene "Opferbereitschaft", an das ihnen moralisch Zumutbare, höher ist als bei allgemeinen Verbrechen. Vom Soldaten, der eine besondere Ausbildung im Hinblick auf das Bestehen von Lebensgefahren erhalten hat, kann demnach erwartet werden, mehr Widerstandskraft aufzubringen als normalerweise von einem Menschen in Zwangssituationen verlangt wird. Entspricht ein Kriegsteilnehmer diesen Anforderungen nicht, so hat er dies selbst zu vertreten. In solchen Fällen ist dann Strafmilderung ein angemessener Weg, der persönlichen psychischen Zwangslage Rechnung zu tragen<sup>36</sup>.

Als weiteres Kriterium für den Ausschluß des Notstandes als Entschuldigung läßt sich – in Anlehnung an § 35 Absatz 1 des deutschen StGB – fragen<sup>37</sup>, ob der Betroffene die Gefahr selbst mit verursacht hat oder ob er aufgrund seiner besonderen Rechtssituation die Gefahr tragen muß. Dieser Parameter würde für Kriegs-

<sup>33</sup> Vgl. zu diesem Punkt auch Cavicchioli (Anm. 13), 382.

<sup>34</sup> Cf. Anm. 5, § 58.

<sup>35</sup> Vgl. dazu H. Lauterpacht, *The Law of Nations and the Punishment of War Crimes*, *British Year Book of International Law*, 21 (1944), 79 ff.; Y. Dinstein, *The Defence of Obedience to Superior Orders in International Law*, 1965, 80; M.C. Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, 1992, 444 ff.

<sup>36</sup> Vgl. Yee (Anm. 6), 298, und Cavicchioli (Anm. 13), 383.

<sup>37</sup> § 35 Abs. 1 StGB lautet: Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit eine rechtswidrige Tat begeht, um die Gefahr von sich, einem Angehörigen oder anderen ihm nahestehenden Personen abzuwenden, handelt ohne Schuld. Dies gilt nicht, soweit dem Täter nach den Umständen, namentlich weil er die Gefahr selbst verursacht hat oder weil er in einem besonderen Rechtsverhältnis stand, zugemutet werden konnte, die Gefahr hinzunehmen; jedoch kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden, wenn der Täter nicht mit Rücksicht auf ein besonderes Rechtsverhältnis die Gefahr hinzunehmen hatte.

teilnehmer immer gelten, die durch ihre Beteiligung am Krieg nicht nur eine besondere Rechtsstellung übernommen haben, sondern auch durch ihre Beteiligung an den kriegerischen Auseinandersetzungen die Notstandslage mit verursacht haben. Die besondere Rolle als Kriegsteilnehmer erlegt ihnen daher eine besondere Verantwortung auf<sup>38</sup>.

Diese und andere Erwägungen stützen daher durchaus die Mehrheitsmeinung der Berufungskammer, Notstand allenfalls strafmildernd zu berücksichtigen. Deshalb ist auch der Anlaß für die hier geübte Kritik nicht das Ergebnis, sondern der Weg, auf dem diese Meinung begründet wurde. Da das Jugoslawiengericht ausdrücklich und ausschließlich allgemeine Regeln des Völkerrechts anzuwenden hat, die Grundlage der im Statut niedergelegten Zuständigkeiten sind, ist sein Handeln auch nur bei Bestehen einer solchen Regel rechtmäßig. Solange aber eine entsprechende Regel des Völkerrechts nicht festgestellt werden kann, ist auch der Rechtsstandpunkt, daß Notstand als Entschuldigung für Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit grundsätzlich ausgeschlossen ist, nicht vertretbar. Dies gilt zumal dann, wenn er mit Argumenten nur aus einem Rechtssystem, dem des *common law*, gestützt wird.

Da jedoch, wie das Sondervotum Cassese mit ausführlicher und überzeugender Begründung darlegt, die Entschuldigung wegen Notstand aus dem Völkergewohnheitsrecht hergeleitet werden kann, hätte die Berufungskammer diesen Weg wählen sollen, um ihre Entscheidung mit den besonderen Vorgaben an dieses Gericht in Einklang zu bringen.

Selbst wenn man aber angesichts der unterschiedlichen Bewertung der völkerrechtlichen und nationalen Praxis in den Sondervoten McDonald/Vohrah einerseits und demjenigen von Cassese andererseits zu dem Schluß kommt, daß das Völkerrecht keine Lösung bereithält, so hätte man den im internationalen wie im nationalen Strafrecht anerkannten Grundsatz *in dubio pro reo* beachten und die für den Angeklagten günstigere Situation der Entscheidung zugrunde legen müssen, auch wenn es sich um die schwersten denkbaren Verbrechen handelt.

Angesichts der Tatsache, daß die Voraussetzungen für die Bejahung der Notstandslage eng und strikt sind, würde mit einem solchen Vorgehen den Anforderungen an ein faires Verfahren besser gedient<sup>39</sup> als mit dem Verweis auf sozialpolitische Ziele zur Handhabung der moralischen Zwangslage in einem einzigen Rechtssystem, nämlich dem des *common law*, was zudem auch nicht unbestritten blieb.

Da die Berufungskammer zunächst nur die Frage entschied, ob überhaupt in Fällen wie dem vorliegenden Notstand als Entschuldigung akzeptiert werden kann, und sie hier zu einem negativen Ergebnis kam, endete die Prüfung an diesem Punkt. Auch die erste Strafkammer, die grundsätzlich eine Entschuldigung wegen Notstands bejaht hatte, hatte keine weitere Prüfung vorgenommen, da sie

---

<sup>38</sup> Vgl. hierzu H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility*, 1992, 212ff., und G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, 1978, 833.

<sup>39</sup> So auch Cavicchioli (Anm. 13), 390.

im konkreten Fall das Vorliegen einer Notstandssituation aus Mangel an Beweisen abgewiesen hatte. Abschließend sind daher einige Gedanken darüber anzustellen, wie die Entscheidung *Erdemovic* hätte ausfallen können, wenn sich in der Berufungskammer die Mindermeinung hätte durchsetzen können, wonach Notstand grundsätzlich als Entschuldigung zu akzeptieren ist.

Dann hätte zunächst einmal das verkürzte Verfahren nach einem *guilty plea* nicht angewendet werden können, weil die Berufung auf Notstand ein *guilty plea* doppeldeutig und damit nichtig macht. Es hätte also das normale Strafverfahren durchgeführt werden müssen.

Bezüglich der Berufung des Angeklagten auf Notstand hätten dann die drei allgemein anerkannten Voraussetzungen geprüft werden müssen, und zwar "im Lichte des Charakters des anstehenden Verbrechens"<sup>40</sup>. Diese Prüfung wirft zunächst die Frage auf, ob diese Voraussetzungen ausschließlich auf den Zeitpunkt der Notstandstat bezogen werden müssen, oder ob, wie im vorliegenden Fall, die Tatsache, daß der Täter sich freiwillig in die kritische Situation begeben hat, eine Rolle spielt. Da gerade bei Verbrechen der vorliegenden Art die Tatbestandsvoraussetzungen für die Anerkennung einer Notstandssituation als Entschuldigung eng auszulegen sind, kann bei der Frage, ob die Gefahrensituation vermeidbar war, nicht unberücksichtigt bleiben, daß Erdemovic sich 1994, als bereits allgemein bekannt war, welche Greueltaten auf beiden Seiten der Kriegsparteien an der Zivilbevölkerung und unschuldigen Opfern begangen wurden, freiwillig zur bosnisch-serbischen Armee meldete. Er hätte damals bereits die möglichen kriminellen Folgen seines Schrittes absehen können, so daß die Berufung auf Notstand als Entschuldigung nicht gerechtfertigt sein kann<sup>41</sup>. Zudem ist im konkreten Fall die Verhältnismäßigkeit seines Handelns problematisch. Auch wenn, wie Cassese in seinem Dissent zu Recht betont, diese auch bei Mord gegeben sein kann, wenn die Rettung der Opfer ohnehin nicht möglich war, so bestehen doch starke Zweifel angesichts der Zahl der unschuldigen Opfer, etwa 70 Personen, der lediglich das Leben eines einzelnen, des Angeklagten, gegenüberstand<sup>42</sup>. Hier kann wohl nicht mehr von der Verhältnismäßigkeit der Tat gesprochen werden, so daß ausschließlich eine Strafmilderung in Betracht kommt.

Art. 14 des ILC-Draft Code on Crimes Against the Peace and Security of Mankind fordert, daß die den Notstand begründenden Voraussetzungen im Hinblick auf "the character of each crime" zu prüfen sind. Der besondere Charakter eines Verbrechens liegt z.B. darin, daß ein besonderer Vorsatz zur Begehung der Tat vorliegen muß. Während Kriegsverbrechen nur den generellen Tötungsvorsatz

<sup>40</sup> Art. 14 des ILC Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, Fundstelle in Anm. 3, sieht vor, daß "the competent court shall determine the admissibility of defences in accordance with the general principles of law, in the light of the character of each crime".

<sup>41</sup> Vgl. in diesem Sinne auch Cavicchioli (Anm. 13), 381 und 394. Diese Argumentation findet auch Bestätigung im *Einsatzgruppen*-Fall des Nürnberger Kriegsverbrechertribunals, Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. IV, 480ff., und Trial of Field *Erhard Milch*, in International Law Reports 14, 303; siehe auch Sondervotum Cassese, S. 16.

<sup>42</sup> Im Sinne des Ausschlusses einer Entschuldigung bei einer derartigen Konstellation Cavicchioli (Anm. 13), 387, mit Verweis auf den *Krupp*-Fall des Nürnberger Kriegesgerichts.

erfordern, und dieser Vorsatz auch in einer Notstandssituation gegeben ist, weil der Betroffene bewußt die Wahl getroffen hat zu töten, statt getötet zu werden, ist diese Frage bei Verbrechen, die einen qualifizierten Vorsatz erfordern, differenzierter zu beurteilen. Das Verbrechen des Völkermordes setzt z. B. einen besonderen Vorsatz voraus, der darauf abzielt, bestimmte nationale, ethnische, rassische oder religiöse Gruppen ganz oder teilweise auszulöschen; Verbrechen gegen die Menschlichkeit setzen voraus, daß die Taten systematisch und in großem Umfang begangen werden. Nach der Entscheidung des Jugoslawiengerichts im *Tadic*-Fall ist zusätzlich zu verlangen, daß sie diskriminierenden Charakter haben<sup>43</sup>. Ein solcher qualifizierter Vorsatz ist jedoch im Zeitpunkt des Notstandhandelns sicher nicht vorhanden, denn Motiv der Tat ist die Rettung des eigenen Lebens, nicht die Absicht, Personen bestimmter Zugehörigkeiten, seien sie ethnischer, religiöser, nationaler oder rassischer Natur, zu vernichten. Daher ist in einer Notstandssituation eine Bestrafung wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder auch Völkermord nicht möglich, wenn der spezielle Vorsatz fehlt, der zur Begehung dieser Taten erforderlich ist. Allerdings bleiben diese Taten als Kriegsverbrechen strafbar, da der allgemeine Tötungsvorsatz vorliegt<sup>44</sup>.

Im Fall *Erdemovic* hätte also nach der hier vertretenen Auffassung Notstand durchgreifen können, soweit es um Verbrechen gegen die Menschlichkeit ging. Dies darf aber nicht zu dem Fehlschluß führen, daß das Verfahren vor der ersten Strafkammer, vor der Erdemovic sich nur für Verbrechen gegen die Menschlichkeit schuldig bekannt hatte, zu einem Freispruch hätte führen müssen, wenn die Kammer den Notstand nicht aus Mangel an Beweisen verneint hätte. Die Kammer hätte nämlich, wenn sie die Prüfung weitergeführt hätte, den *guilty plea* als doppeldeutig und damit als ungültig erklären müssen mit der Folge, daß dann das übliche Verfahren hätte durchgeführt werden müssen, für das beide Anklagepunkte, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, vorlagen. Bei einer Entschuldigung bezüglich eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit wäre dann eine Verurteilung wegen Kriegsverbrechen erfolgt. Dabei hätte die psychische Zwangslage als strafmildernd, nicht jedoch als entschuldigend berücksichtigt werden müssen, da Notstand als Entschuldigung aus den oben dargelegten Gründen bei Kriegsverbrechen nicht durchgreift.

### E. Schlußbemerkung

Die hier besprochene Entscheidung des Jugoslawiengerichts macht die besonderen Probleme der internationalen Strafgerichtsbarkeit deutlich, die sich aus der

<sup>43</sup> Trial Chamber, Case No. IT-94-1-T, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Opinion and Judgment vom 7.5.1997, wo es auf S.171 heißt: "...the Trial Chamber adopts the requirement of discriminatory intent for all crimes against humanity under Article 5". Allerdings ist diese Entscheidung noch nicht rechtskräftig; das Berufungsverfahren ist noch anhängig.

<sup>44</sup> Vgl. zur Problematik des *dolus specialis* L. Cavicchioli, Sull'elemento soggettivo nei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità, *Rivista di Diritto Internazionale*, 1993, 1058ff., 1064-1073; siehe auch Yee (Anm. 6), 299ff.

Unvollständigkeit des internationalen Strafrechts ergeben. Diese darf nicht dazu führen, daß dem Angeklagten bereits wegen der Schwere der ihm vorgeworfenen Delikte kein faires Verfahren gewährt wird. In diesem Zusammenhang ist insbesondere die Rolle der Verteidigung vor internationalen Strafgerichten anzusprechen, die im vorliegenden Fall fraglos nicht zufriedenstellend wahrgenommen wurde. Entscheidende Bedeutung hat aber auch die Methode der Rechtsfindung, die sowohl in der Entscheidung der ersten Strafkammer als auch in der Entscheidung der Berufungskammer fragwürdig war. Gerade an das Strafrecht muß in besonderem Maße die Anforderung gestellt werden, Regelmäßigkeit, Vorhersehbarkeit und Nachvollziehbarkeit der Verfahren zu gewährleisten. Diesen Kriterien kann nur auf rationaler Grundlage genügt werden, die die Zuständigkeiten und Aufgaben sowie die Vorgaben für das Tätigwerden des Gerichts beachtet. Das Jugoslawiengericht ist, wie schon seine Bezeichnung andeutet<sup>45</sup>, zur Aburteilung von Einzelfällen aufgerufen. Zwar haben seiner Schaffung auch politische und moralische Erwägungen zugrunde gelegen, sie dürfen aber bei der Rechtsfindung durch das Gericht selbst keine Rolle spielen. Als internationales Gericht hat das Jugoslawiengericht die ihm im Statut übertragenen Kompetenzen im Lichte des Völkerrechts, nicht des nationalen Rechts, auszulegen und gegebenenfalls auszufüllen. Entgegen der Mehrheitsmeinung der Berufungskammer, wie sie sich im Sondervotum McDonald/Vohrah ausdrückt, ist zu hoffen, daß sich das Gericht den dort zitierten und gerügten Ausführungen des Internationalen Gerichtshofs im *Südwestafrika*-Fall wieder annähert, in dem so treffend festgestellt wurde, daß "law exists, it is said, to serve a social need; but precisely for that reason it can do so only through and within the limits of its own discipline". Dies stimmt mit der Ermahnung des Vorsitzenden Richters Cassese überein: "This International Tribunal is called upon to apply international law, in particular our Statute and principles and rules of international humanitarian law and international criminal law"<sup>46</sup>.

Trotz der hier geübten Kritik auch an der Entscheidung der Berufungskammer, die, das sei nochmals betont, vor allem die Methode der Entscheidungsfindung und weniger das konkret gefundene Ergebnis betrifft, ist festzuhalten, daß die besonders unbefriedigende Entscheidung der ersten Strafkammer in dem erforderlichen Umfang von der Berufungskammer korrigiert wurde, so daß schließlich ein gerechtes und gerechtfertigtes Urteil ergehen konnte. Insbesondere die Tatsache, daß die Berufungskammer nicht selbst entschieden hat, was sie nach Art. 25 Absatz 2 Statut hätte tun können, und zwar wohl auch in einem Verfahren, das die Überprüfung einer Entscheidung im verkürzten Verfahren nach einem *guilty plea* betraf, ist positiv hervorzuheben. Auf diese Weise hat sie dem Angeklagten noch einmal das vollständige Verfahren, einschließlich einer erneuten Berufungsmöglichkeit, eröffnet, was angesichts des Urteils der ersten

<sup>45</sup> Im Titel des Gerichts heißt es offiziell: International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law.

<sup>46</sup> S. 13 des Sondervotums.

Strafkammer der allein angemessene Weg war, um den Erfordernissen des *fair trial* zu genügen.

### Summary<sup>47</sup>

## The *Erdemovic* Case before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Problems Concerning the Development of International Criminal Law, with Particular Emphasis on Duress

This article comments on the first final decision delivered by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. The main topic of the *Erdemovic* Case concerned the question of duress in general and of duress after a guilty plea in particular.

The accused, Drazen Erdemovic, had participated in the killing of some 1200 innocent men in connection with the events at Srebrenica. According to his own statement he himself had killed about 70 persons.

Before the Trial Chamber he pleaded guilty on the charge of crimes against humanity, but not for war crimes, the second point of the indictment which was then no longer upheld by the Prosecution. When pleading guilty Erdemovic immediately added, however, that he had been forced to participate in the killing because otherwise he would have been killed himself.

The Trial Chamber was thus confronted with the question of duress as a defence in connection with a guilty plea for a war crime or crimes against humanity. Defences are not provided for in the Statute of the Tribunal. The only defence mentioned concerns superior orders which, however, may not relieve the accused of his criminal responsibility but may only be considered in mitigation of the punishment. According to the report that the Secretary-General of the United Nations gave in the context of the creation of the Criminal Tribunal, this did not mean that defences should be excluded as a matter of principle. The Trial Chamber found in this case that, in contrast to superior orders, duress could, in principle, be invoked as a defence. With regard to the fact that duress had been invoked in the context of a guilty plea the question arose whether this was a reason to consider the guilty plea invalid. The Trial Chamber did, however, not answer this question but dismissed the claim of duress because of lack of proof. In its judgment it condemned the accused to a ten-year term of imprisonment without taking any regard at all to the situation of duress. The accused appealed against this decision.

The Appeals Chamber had a lot of difficulties in reaching a decision, a fact that is reflected in the strange manner in which the decision is conceived. Instead of giving a full reasoning in its judgment, the Appeals Chamber refers to several separate opinions annexed to the decision, in particular to the common separate opinion of Judges McDonald and Vohrah. Contrary to the findings of the Trial Chamber, the Appeals Chamber reached the conclusion that, in international law, duress may not be regarded as

<sup>47</sup> Summary by the author.

a defence in cases of murder and may only be taken into account by mitigating the punishment. The reasons given for this finding are taken from the common law system and are, moreover, based primarily on political and social considerations and not on legal ones. This point of the majority decision met the justified criticisms of the President of the Appeals Chamber, Cassese, who was of the opinion that general international law did not exclude a defence because of duress, even not in case of murder.

Although the Appeals Chamber had found that duress was not a defence and thus did not invalidate the guilty plea, it came nevertheless to the conclusion that the guilty plea was null because "it was not informed", which means that the accused did not really know what were the consequences of his guilty plea. Therefore the Appeals Chamber referred the whole case back to another Trial Chamber. Before this Trial Chamber the accused pleaded guilty as to the crime of violation of the laws or customs of war. In a rather brief judgment the Trial Chamber weighed the aggravating circumstances of the case against the mitigating ones, including into the latter also the situation of duress of the accused. It found a 5-year term of imprisonment to be an adequate punishment. Since the accused did not appeal against this decision the judgment has become final.

In their comment the authors come to the conclusion that duress does exist as a defence in international law and that therefore, as President Cassese explains in his dissenting opinion, the Tribunal should have accepted this defence. The consequences of accepting the defence of duress would have been different for the different points of the indictment: as to crimes against humanity, duress would constitute a defence, because this crime presupposes a specific intent which is not present in a case where the crime is committed under duress. As to the violation of the laws or customs of war duress may in general not be admitted as fully excluding the personal responsibility because the accused acts with the necessary intent, namely that to kill, and only in very few cases may it be possible that all prerequisites are given to admit a case of duress. In the present case the accused had joined the army deliberately at a moment when the atrocities perpetrated in the war were generally known. Therefore he could not rely on duress because there had been a possibility for him not to become involved in the situation of killing innocent victims.