

**Badische Landesbibliothek Karlsruhe**

**Digitale Sammlung der Badischen Landesbibliothek Karlsruhe**

**Strafgewalt und Strafgerichtsbarkeit gegenüber  
Kriegsgefangenen wegen vor der Gefangennahme  
begangener Straftaten**

**Elias, Carl L.**

**1916**

**urn:nbn:de:bsz:31-34474**

# **Strafgewalt und Strafgerichtsbarkeit gegenüber Kriegsgefangenen wegen vor der Gefangennahme begangener Straftaten**

---

Inaugural-Dissertation

zur

**Erlangung der Doktorwürde**

der

Hohen juristischen Fakultät

der

**Großherzoglich Badischen  
Ruprecht - Karls - Universität in Heidelberg**

vorgelegt von

**Carl Ludwig Elias.**

---

Gedruckt bei Herrosé & Ziemsen, G. m. b. H., Wittenberg.  
1916.

73 D

8845



**BLB**

Badische Landesbibliothek  
Karlsruhe



8

73 j 8845



Berichterstatter: Prof. Dr. von Lilienthal.



# Inhaltsverzeichnis.

## Einleitung.

|                                                                | Seite |
|----------------------------------------------------------------|-------|
| Behandlung des Themas nach Völkerrecht und deutschem Recht . . | 1     |

## Erster Abschnitt.

Die völkerrechtlichen Rechtsquellen und der Begriff  
der Kriegsgefangenen.

|                                                                                           |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| A. Die Rechtsquellen . . . . .                                                            | 3  |
| B. Begriff der Kriegsgefangenen:                                                          |    |
| I. Kriegsgefangene im technischen Sinn . . . . .                                          | 7  |
| II. Personen in Feindesgewalt, die nicht Kriegsgefangene im<br>Rechtssinne sind . . . . . | 12 |
| 1. Personen, die der Festhaltung unterliegen . . . . .                                    | 12 |
| 2. Spione . . . . .                                                                       | 13 |
| III. Beginn und Ende der Kriegsgefangenschaft . . . . .                                   | 15 |

## Zweiter Abschnitt.

Strafgewalt gegenüber Kriegsgefangenen wegen vor  
Gefangennahme begangener Handlungen.

|                                                                                                               |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Erster Teil. Die vor Kriegsausbruch begangenen Straftaten (nach<br>Völkerrecht und deutschem Recht) . . . . . | 16 |
| Zweiter Teil. Die nach Kriegsausbruch begangenen Straftaten.                                                  |    |
| A. Übersicht über das anzuwendende Recht . . . . .                                                            | 18 |
| I. Die strafbaren Handlungen des Kriegsgefangenen im all-<br>gemeinen . . . . .                               | 18 |
| II. Die im besetzten Gebiete begangenen Handlungen . . . . .                                                  | 18 |
| 1. Völkerrecht . . . . .                                                                                      | 19 |
| 2. Deutsches Strafrecht . . . . .                                                                             | 21 |
| B. Die Frage der Rechtswidrigkeit . . . . .                                                                   | 23 |
| I. Die gemäß dem Völkerrecht vorgenommenen Kriegshand-<br>lungen . . . . .                                    | 23 |



|                                                                                                     | Seite |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| II. Die völkerrechtswidrigen Kriegshandlungen . . . . .                                             | 25    |
| 1. Die Regel . . . . .                                                                              | 25    |
| 2. Ausnahmen, insbesondere die auf Befehl begangenen Handlungen . . . . .                           | 27    |
| C. Befreiung feindlicher Militärpersonen vom Strafrecht des Nehmestaates . . . . .                  | 31    |
| I. Allgemeines über Exterritorialität . . . . .                                                     | 31    |
| 1. Befreiung vom materiellen oder nur vom Prozeßrecht . . . . .                                     | 32    |
| 2. Die „Exterritorialitätsfiktion“ . . . . .                                                        | 34    |
| II. Die Zugehörigkeit zum feindlichen Heere als persönlicher Strafausschließungsgrund . . . . .     | 38    |
| 1. Völkerrecht . . . . .                                                                            | 38    |
| a) Die Begründungen der strafrechtlichen Befreiung in der Literatur . . . . .                       | 39    |
| b) Versuch, die Exemption als auf einem Satze des Gewohnheitsrechts beruhend nachzuweisen . . . . . | 50    |
| α) Staatenpraxis hinsichtlich einer Befreiung von der Gerichtsbarkeit . . . . .                     | 52    |
| β) Staatenpraxis hinsichtlich einer Befreiung vom materiellen Recht . . . . .                       | 54    |
| 2. Deutsches Recht . . . . .                                                                        | 63    |

### Dritter Abschnitt.

#### Gerichtsbarkeit über Kriegsgefangene wegen Handlungen, die vor Gefangennahme begangen sind.

|                                                                      |    |
|----------------------------------------------------------------------|----|
| A. Kriegsgefangene im Rechtssinn:                                    |    |
| I. Völkerrecht . . . . .                                             | 64 |
| a) Die vor Kriegsausbruch begangenen Straftaten . . . . .            | 65 |
| b) Die während des Krieges begangenen Straftaten . . . . .           | 65 |
| II. Deutsches Recht . . . . .                                        | 66 |
| a) Bestehen einer Gerichtsbarkeit . . . . .                          | 66 |
| b) Zuständigkeitsfrage . . . . .                                     | 66 |
| B. Gerichtsbarkeit über Personen, die der „Festhaltung“ unterliegen: |    |
| I. Völkerrecht . . . . .                                             | 67 |
| II. Deutsches Recht . . . . .                                        | 69 |



## Literatur.

- Anschütz, G., Deutsches Staatsrecht: Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie IV, 1 ff.
- Arndt, A., Strafgerichtsbarkeit über Kriegsgefangene: Bl. f. vergl. Rw. X, 262—276.
- Der Spruch der Pariser Kriegsgerichte gegen die deutschen Ärzte: Berliner Tagebl. v. 26. November 1914.
- Beling, E., Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität. (1896).
- Die strafrechtliche Behandlung der Kriegsgefangenen: DJZ. XX, 130—135.
- Berner, A. F., Wirkungskreis des Strafgesetzes. (1853).
- Binding, H., Handbuch des Strafrechts. I. 1885.
- Bluntschli, J. C., Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten. 3. Aufl. 1898.
- Bornhak, C., Die Rechtsprechung des feindlichen Staates über Kriegsgefangene: Im (schwarzen) Tag vom 8. Dezember 1914.
- van Calker, Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, insbes. nach Militärstrafrecht behandelt.
- Coester, Anwendung des heimischen Strafrechts auf Militärpersonen fremder Staaten: DStrafZ. II, 48—53.
- Frank, R., Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11.—14. Aufl. (1914.)
- Gareis, K., Institutionen des Völkerrechts. 2. Aufl.
- Garraud, Traité du droit pénal français. (2. éd. 1898).
- Gerbaulet, Bestrafung von Kriegsgefangenen wegen vor der Gefangennahme im Auslande begangener Straftaten: DJZ. XXI, Sp. 184 ff.
- Ghiron, M., Völkerrechtliche Grundlagen der Staatsgewalt gegenüber Kriegsgefangenen: Bl. f. vergl. Rw. XI.
- Gidel, G., L'arbitrage de Casablanca: Révue générale de droit international public. t. 17 (1910).
- Goldschmidt, J., Die Gerichtsbarkeit über fremde Staaten: Recht und Wirtschaft IV, 240—245.
- Die strafrechtliche Stellung der Kriegsgefangenen: LeipzZ. VIII, 1633 ff.
- Sind Kriegsgefangene wegen Selbstbefreiung gemäß § 79 MStGB. gerichtlich zu bestrafen?: LZ. IX, 1363—1365.



- Harburger, H., Der strafrechtliche Begriff „Inland“ und seine Beziehungen zum Völkerrecht und dem Staatsrecht. (1882.)
- Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1898, 122 ff.
- Heffter - Geffcken, Das europäische Völkerrecht der Gegenwart. 8. Ausg. 1888.
- Heilfron, E., Aburteilung von Militärpersonen durch Kriegsgerichte des Feindes: DJZ. XX, 39—45.
- Heimburger, Carl, Der Erwerb der Gebietshoheit. (1888.)
- de Heyking, A., L'exterritorialité. (1889.)
- Koppmann, Chr., Kommentar zum Militärstrafgesetzbuch, 3. Aufl. von Weigel. (1903.)
- Kriegsgebrauch im Landkrieg. Heft 31 der vom Großen Generalstab herausgegebenen kriegsgeschichtlichen Einzelschriften.
- v. Kries, A., Das persönliche Herrschaftsgebiet der Strafprozeßgesetze: Arch. für öffentliches Recht 1890, S. 338 ff.
- Bemerkungen zu den Vorschriften des Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich und des Militärstrafgesetzbuches über das Verbrechen des Landesverrats: Ztschr. f. d. ges. Strafrw. VIII, 597—632.
- Laband, P., Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. (5. Aufl.)
- v. Liszt, F., Das Völkerrecht. (9. Aufl. 1913.)
- Lehrbuch des deutschen Strafrechts. (20. Aufl. 1914.)
- Loening, E., „Gerichtsbareit über fremde Staaten“: Festschrift für Fitting. Sonderabdr.
- Lueder, C., „Das Landkriegsrecht im besonderen“: v. Holtzendorffs Handbuch des Völkerrechts IV, 371 ff.
- Mayer, M. E., Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten: Festschrift für P. Laband. (1908) Sonderabdr.
- Meurer, Ch., Das Kriegsrecht der Haager Konferenz. (1907.)
- Müller, E., (Meiningen), Der Weltkrieg und das Völkerrecht. (1915.)
- Nys, E., Le droit international. (nouv. éd. 1912.)
- Oetker, F., Notwehr und Notstand: VDAT. II, 255—395.
- Olshausen, J., Kommentar zum Strafgesetzbuch. (9. Aufl. 1912.)
- Oppenheim, L., International law. (sec. éd. 1912.)
- Oppler, Friedrich, Bestrafung Kriegsgefangener wegen vor ihrer Gefangennahme verübter Straftaten: Ztschr. f. d. ges. Strafrw. XXXVII, 849 ff.
- Pietri, Fr., Étude critique sur la fiction d'exterritorialité. (1895.)
- Probst, H., Die Kriegsgefangenen nach modernem Völkerrecht. (Diss. 1911.)
- Rissom, C., Die strafrechtliche Behandlung der Kriegsgefangenen: Ztschr. f. d. ges. Strafrw. XXXVI, 588—594.
- Bestrafung Kriegsgefangener wegen völkerrechtswidriger Kriegshandlungen: Goldt. Arch. LXII, 379 ff.
- Rivier, A., Lehrbuch des Völkerrechts. (2. Aufl. 1899.)



- Rivier, A., Principes du droit des gens. (1896.)  
Stoerk, A., „Staatsuntertanen und Fremde“: v. Holtzendorff, Handbuch  
des Völkerrechts II, §§ 113ff. (S. 585ff.).  
Strupp, K., Niemeyers Ztschr. f. intern. Recht XXV.  
— Das internationale Landkriegsrecht. (1914.)  
Triepel, H., Völkerrecht und Landesrecht. (1899.)  
— Die neuesten Fortschritte auf dem Gebiete des Kriegsrechts. (1894.)  
v. Ullmann, Völkerrecht: „Das öffentliche Recht der Gegenwart“.  
Zitelmann, Haben wir noch ein Völkerrecht? (1914.)  
Zorn, A., Das Kriegsrecht zu Lande. (1906.)







## Einleitung.

Die strafrechtliche Verfolgbarkeit von Kriegsgefangenen seitens des Nehmestaates solcher Handlungen wegen, die sie während der Gefangenschaft begehen, steht außer Frage. Nach § 158 MStGB. und § 1 Ziff. 8 MStGO. unterstehen die Kriegsgefangenen den deutschen materiellen und prozessualen Militärstrafgesetzen.<sup>1)</sup>

Dagegen bildet die Frage nach der Verfolgbarkeit wegen der Straftaten, die vor Gefangennahme<sup>2)</sup> begangen sind, den Gegenstand lebhaften Streites. Diese Frage soll hier nach deutschem Recht beantwortet werden. Dabei kann es aber nicht sein Bewenden haben. Die folgende Untersuchung muß das Völkerrecht mit heranziehen. Es handelt sich nämlich hier um einen Gegenstand, bei dessen Regelung das Landesrecht völkerrechtlich gebunden ist; nun besteht aber die Vermutung, daß jeder Staat seine völkerrechtlichen Pflichten erfüllt: auf Grund dieses Satzes müssen zur Erforschung des Landesrechts die einschlägigen völkerrechtlichen Bestimmungen betrachtet werden; das deutsche Recht ist also mit Hilfe des internationalen Rechts durch den Forschenden zu ergänzen; seine scheinbaren Lücken sind auszufüllen.

<sup>1)</sup> Nach Art. 8 Abs. 2 beider Haager LKO. ist die Strafgewalt des Nehmestaates hinsichtlich einer Selbstbefreiung des Kriegsgefangenen ausgeschlossen; sie kann auch nach deutschem Recht nicht bestraft werden, da § 79 MStGB. völkerrechtsgemäß auszulegen ist (siehe unten S. 2). Vgl. J. Goldschmidt: LZ. IX, 1364; a. A. Romen-Rissom Anm. 1g zu § 64 MStGB. (S. 209). Nach Albert Zorn, „Kriegsrecht zu Lande“ S. 108, bedeutet Gefangenschaft eine „Strafgefangenschaft“, und ist schon aus diesem Grunde die Vorschrift auf den Kriegsgefangenen, der nur Sicherheitsgefangener ist, nicht unmittelbar anwendbar.

<sup>2)</sup> Über den Beginn der Gefangenschaft siehe unten S. 15.



Aus der Vermutung ergeben sich zwei Sätze des ungesetzten Landesrechts, die das Gesagte noch deutlicher erkennen lassen. Diese Sätze hat niemand so klar wie Loening<sup>1)</sup> formuliert:

1. „Die Normen des Landesrechts<sup>2)</sup> sind, soweit sie nicht ausdrücklich und zweifellos das Gegenteil enthalten, so auszulegen, daß sie mit den völkerrechtlichen Normen, die dem Staate Pflichten auferlegen, nicht in Widerspruch stehen.“
2. „In jedem zivilisierten Staate stehen als Normen des ungesetzten Rechts, des Gewohnheitsrechts, diejenigen Rechtsätze in Geltung, die in Geltung stehen müssen, damit der Staat seine völkerrechtlichen Pflichten erfüllen kann, soweit die Geltung eines solchen Rechtssatzes nicht ausdrücklich durch das Landesrecht ausgeschlossen ist.“

Diese beiden Sätze zeigen ganz deutlich, daß das Völkerrecht Erkenntnisquelle des deutschen Rechts ist, daß daher das Völkerrecht bei der folgenden Untersuchung nicht nur herangezogen, sondern auch dem deutschen Recht regelmäßig vorangestellt werden muß, da ohne Prüfung der zwischenstaatlichen Rechtsbeziehungen das deutsche Recht gar nicht erforscht werden kann.

---

<sup>1)</sup> „Gerichtbarkeit über fremde Staaten“ S. 82ff.

<sup>2)</sup> Dies bezieht sich nicht nur auf Gesetzesrecht, sondern auch auf Gewohnheitsrecht, vgl. Triepel, „Völkerrecht und Landesrecht“ (1899), S. 398.



## Erster Abschnitt.

### Rechtsquellen und Begriff der Kriegsgefangenen.

#### A. Die völkerrechtlichen Rechtsquellen.

Eine Untersuchung über Völkerrecht kann nicht begonnen werden, bevor der Geltungsbereich der Rechtsquellen, denen es entspringt, festgelegt ist. Hier muß vor allem klargestellt werden, daß nicht alles Völkerrecht für alle Staaten einheitlich gilt. Zwar ist das Gewohnheitsrecht allgemeines und nicht partikulares Völkerrecht.<sup>1)</sup> Dagegen ist das Völkerrecht, soweit es nur auf Vereinbarung der Staaten untereinander beruht, wie alles Vertragsrecht nur partikulares Recht.<sup>2)</sup> Es läßt sich also, streng genommen,

<sup>1)</sup> Triepel, a. a. O. S. 83ff., bestreitet, daß es ein allgemeines Völkerrecht gibt, davon ausgehend, daß alles Völkerrecht nur auf Vereinbarung beruhe, eine Vereinbarung, bei der sich sämtliche existierenden Staaten beteiligt hätten, aber nicht nachweisbar sei. Indem Triepel jede andere Völkerrechtsquelle als die Vereinbarung leugnet, kommt er dazu, das Gewohnheitsrecht auch auf Vereinbarung zu gründen, a. a. O. S. 95ff. Dementsprechend braucht nach Triepel eine Vereinbarung nicht durch ausdrückliche, in Worte gefaßte Willenserklärungen zu erfolgen, sondern sie kann auch darin bestehen, daß die Staaten sich durch konkludende Handlungen an eine Regel gebunden erklären, deren Inhalt ebenfalls nicht ausdrücklich in Worten festgelegt wird: Auf diese Weise entstehe das sog. Gewohnheitsrecht, das als vereinbartes Recht auch nur partikulares Recht sei. Dennoch gibt es allgemeines Völkerrecht (man denke z. B. an die Unverletzbarkeit der Gesandten), und zwar ist das Gewohnheitsrecht immer allgemeines Recht; denn es entsteht nur auf Grund einer solchen tatsächlichen Übung, welche die Rechtsüberzeugung der Völkerrechtsgemeinschaft, d. h. sämtlicher zivilisierter Staaten, kundgibt. Partikulares Gewohnheitsrecht gibt es nicht (vgl. v. Liszt, Völkerrecht<sup>9</sup> § 2, III).

<sup>2)</sup> Vertragsrecht ist natürlich nur an sich partikulares Recht. Es ist sehr wohl denkbar, daß alle Staaten Kontrahenten sind. Dann haben wir es mit allgemeinem Recht zu tun; vgl. v. Liszt, Völkerrecht S. 13.



eine völkerrechtliche Frage, wenn sie auf Grund von völkerrechtlichen Vereinbarungen beantwortet werden soll, nur für einen bestimmten Staat im Verhältnis zu einem anderen bestimmten Staat entscheiden: So gilt insbesondere die Zweite Genfer Konvention nur für die Beziehungen derjenigen Staaten, die sie ratifiziert haben. Für die übrigen gilt die Erste Konvention weiter, wenigstens sofern sie diese Konvention ratifiziert haben (Art. 31 der Zweiten Genfer Konvention). Das Entsprechende gilt bezüglich der beiden Haager Abkommen (Art. 4 des Abkommens von 1907). Eine weitere Differenzierung ergibt sich aber noch für einen Krieg, in welchem eine Mächtegruppe mit einer anderen in Streit liegt; in einem solchen Kriege kann der soeben aufgestellte Grundsatz durch einen anderen aufgehoben werden. Es enthält nämlich die Mehrzahl der einschlägigen Verträge die Klausel, daß durch die Teilnahme einer solchen Macht am Kriege, die der betreffenden Vereinbarung nicht beigetreten ist, diese Vereinbarung für die Beziehungen zwischen den Vertragsmächten ihre Geltung verliert. Infolgedessen muß bei Anwendung eines solchen Vertrages stets nachgeprüft werden, ob auch alle kriegführenden Parteien den Vertrag ratifiziert haben; sonst ist der Vertrag als solcher für die Beziehungen zwischen den Vertragsmächten unanwendbar.

Die Vertragsklauseln, die hier in Frage kommen, sind folgende: 1. Art. 24 der Zweiten Genfer Konvention. Er lautet: „Die Bestimmungen des gegenwärtigen Abkommens sind für die vertragschließenden Mächte nur bindend im Falle eines Krieges zwischen zwei oder mehreren von ihnen. Diese Bestimmungen hören mit dem Augenblick auf verbindlich zu sein, wo eine Macht, die das Abkommen nicht unterzeichnet hat, kriegführende Macht wird.“ 2. Art. 2 des Ersten LKA. von 1899. Er hat einen nur unwesentlich abweichenden Wortlaut. 3. Art. 2 des Zweiten LKA. von 1907 bringt eine noch genauere Formulierung: „Die Bestimmungen der in Art. 1 angeführten Ordnung<sup>1)</sup> sowie des vorliegenden Abkommens finden nur zwischen den Vertragsmächten Anwendung und nur dann, wenn die Kriegführenden sämtlich Vertragsparteien sind.“ Die Erste Genfer Konvention

---

<sup>1)</sup> Das ist die Ordnung der Gesetze und Gebräuche des Landkriegs.



enthält eine derartige Bestimmung nicht. Diese tritt also wohl in jedem Kriege zwischen Vertragsmächten in Kraft.

Allerdings gibt es über den Sinn dieser Bestimmungen Meinungsverschiedenheit; darüber, daß sie gleichmäßig auszulegen sind, herrscht wohl Einstimmigkeit. Die nächstliegende und aus dem Wortlaut zwanglos sich ergebende Auslegung ist die oben bereits gegebene. Sämtliche Kriegführenden müssen Vertragsmächte sein, andernfalls gilt das Abkommen überhaupt nicht. Tritt es in Kraft, dann gilt es zwischen allen; daß es zwischen zwei kriegführenden Parteien gilt, zwischen zwei anderen aber nicht, dieser Fall kann gar nicht eintreten. Eine andere Meinung aber vertritt Strupp.<sup>1)</sup> Nach ihm bleibt das Abkommen, trotzdem eine nicht kriegführende Macht am Kriege teilnimmt, doch noch zwischen den Kriegführenden, die den Vertrag geschlossen haben, in Kraft. Keinesfalls würden die zwischen mehreren Kriegführenden geltenden Normen durch die bloße Tatsache außer Kraft gesetzt, daß auf einer Seite sich ein Staat befindet, der dem Abkommen nicht beigetreten ist; dies könne nicht der Sinn der zitierten Vorschriften sein. Strupp kommt zu folgendem Schluß: Es muß die Gültigkeit der Haager Konventionen sowie der Zweiten Genfer Konvention lediglich danach beurteilt werden, ob der konkrete Gegner, dem gegenüber eine Norm zur Anwendung käme, oder von dem die Beobachtung einer solchen gefordert wird, das betreffende Abkommen ratifiziert hat oder nicht. Dieser Ansicht vermag Verfasser nicht zu folgen; gegen sie spricht der klare Wortlaut, insbesondere der Art. 2 des Zweiten Haager Abkommens. Es würde nach der Ansicht von Strupp die zweite Hälfte des Satzes nur genau das wiederholen, was in der ersten Hälfte steht; das ist aber nicht anzunehmen, und diese Weitschweifigkeit würde auch mit der Knappheit, womit die Konvention sich sonst ausdrückt, in Widerspruch stehen. Verfasser hegt auch begründete Zweifel an der praktischen Durchführbarkeit der von Strupp gewonnenen Auslegung.<sup>2)</sup>

<sup>1)</sup> Niemeyers Ztschr. f. intern. Recht XXV, 342ff. Vgl. auch E. Müller-Meinigen: „Der Weltkrieg und das Völkerrecht“, S. 9.

<sup>2)</sup> Allerdings werden in einem Weltkriege wie dem gegenwärtigen, der auf der ganzen Erde ausgefochten wird, sämtliche drei Abkommen dadurch außer Kraft gesetzt werden können, daß ein, wenn auch noch so



Aus dem soeben Dargelegten ergibt sich, daß aus dem Vertragsrecht heraus eine einheitliche Beantwortung völkerrechtlicher Fragen an sich zwar nicht möglich ist. Aber die daraus etwa entstehenden Zwiespältigkeiten des Rechts können durch zwei Umstände wieder beseitigt werden, und dies ist der Fall bei allen den Bestimmungen, die für unsere Frage in Betracht kommen.

Erstens. Ein großer Teil der wichtigsten Bestimmungen kehrt in den Verträgen stets wieder. So wird der Art. 8 der Ersten Haager LKO. von der Zweiten Haager LKO. fast wörtlich reproduziert; ebenso stimmen die Art. 29 der LKO., betreffend die Spione, auch Art. 3 der ersten und Art. 12 der Zweiten Genfer Konvention in dem für uns wesentlichen Punkte (der Freilassungspflicht des Nehmestaates) überein. Infolgedessen wird es gleichgültig, welches der beiden Abkommen zur Anwendung gelangt.

Zweitens aber gilt das oben Ausgeführte nur für Vertragsbestimmungen als solche; soweit sie zugleich den Inhalt eines Völkergewohnheitsrechtes bilden, gelten sie für alle Staaten. So stellen die hier hauptsächlich in Betracht kommenden Bestimmungen wohl sämtlich neuzeitliches Gewohnheitsrecht dar; dies gilt insbesondere von Art. 8 LKO.<sup>1)</sup> Schon durch die oftmalige Kodifizierung dieser Bestimmung — sie befindet sich übrigens auch im Brüsseler Projekt von 1874 — ist die Überzeugung der Staaten, daß es sich hier um einen feststehenden Kriegsgebrauch handelt, zum Ausdruck gelangt. Auch die Bestimmungen der Art. 29 und 31 sind altes Gewohnheitsrecht;<sup>2)</sup> desgleichen beruht unbedeutender Staat, der nicht zu den Signatarmächten gehört, am Kriege teilnimmt. So gilt in der Tat im gegenwärtigen Kriege das Haager Abkommen von 1907 z. B. nicht, weil Serbien und Montenegro nicht Vertragsmächte sind. Aber diese Folgen werden wesentlich dadurch gemildert, daß ein großer Teil der Vertragsnormen Gewohnheitsrecht enthält.

<sup>1)</sup> Vgl. für Abs. 1 Satz 1 J. Goldschmidt: LZ. VIII, 1635. Schon das MStGB. von 1872 (§ 158) und das französische Reglement für die Kriegsgefangenen von 1893 (Art. 61) unterstellen die Kriegsgefangenen den für die deutsche resp. französische Armee geltenden Strafgesetzen. Vgl. Triepel, Die neuesten Fortschritte auf dem Gebiete des Kriegsrechts S. 53. Für Abs. 2 und 3 vgl. J. Goldschmidt: LZ. VIII, 1365; Bluntschli, Völkerrecht<sup>3</sup> § 609 und Anm. dazu, desgleichen § 611.

<sup>2)</sup> Vgl. bezüglich des Art. 29 Bluntschli a. a. O. §§ 629 und 630, bezüglich des Art. 3 Meurer, „Das Kriegsrecht der Haager Konferenz“ II, 188.



die Unverletzlichkeit der Parlamentäre und Sanitätspersonen auf allgemeinen Kriegsgebrauch.<sup>1)</sup>

Da wir es hier nur mit allgemeinem Recht zu tun haben, muß sich eine einheitliche Antwort auf die zu stellenden Fragen finden lassen, eine Entscheidung, die für alle Staaten und alle Kriege ihre Geltung hat.

## B. Begriff der Kriegsgefangenen.

### I. Kriegsgefangene im technischen Sinne.

Das deutsche Recht legt seinen Bestimmungen über Kriegsgefangene (z. B. § 1 Ziff. 8 StGO. in Verbindung mit § 158 MStGB.) den Begriff des Kriegsgefangenen zugrunde, den das Völkerrecht aufgestellt hat.<sup>2)</sup> Es ist also hier nur der Kriegsgefangenenbegriff des Völkerrechts anzugeben.<sup>3)</sup>

Kriegsgefangene sind diejenigen, die aus militärischen Gründen von einer Kriegspartei in Haft gehalten werden und einen Anspruch auf Behandlung als Kriegsgefangene haben; das sind in der Regel alle diejenigen, die für den Feind tätig geworden sind oder tätig werden können, ohne rechtswidrig zu handeln. Kriegsgefangene sind mithin „diejenigen Personen, die bei einem ausgebrochenen Kriege im Interesse des Feindes befugt wirksam geworden sind, oder von denen man sich einer solchen Wirksamkeit versehen kann, und die deshalb von dem kriegführenden Staat in Sicherungshaft gehalten werden“. <sup>4)</sup>

<sup>1)</sup> Vgl. Bluntschli a. a. O. §§ 599 und 681 mit Anm. dazu.

<sup>2)</sup> Maßgebend ist der gegenwärtige Stand des Völkerrechts: ERMilG. XIX, 229.

<sup>3)</sup> Das folgende ist im Anschluß an J. Goldschmidt, „Die strafrechtliche Stellung der Kriegsgefangenen“: LZ. VIII, 1633 ff. behandelt. Vgl. auch H. Probst, „Die Kriegsgefangenen nach modernem Völkerrecht“ (Diss. 1911) S. 24 ff.; „Kriegsgebrauch im Landkrieg“, Heft 31 der Kriegsgeschichtlichen Einzelschriften herausg. vom Großen Generalstab (1902), S. 12 ff.; Lueder v. Holtzendorffs Handb. d. Völkerrechts IV, § 106.

<sup>4)</sup> J. Goldschmidt a. a. O. 1636. Der Umfang des Begriffs „Kriegsgefangener“ ist in der Literatur kein feststehender. Dem hier gegebenen Begriff kommt am nächsten Generalstabsheft 12 ff. Nach Lueder in Holtzendorffs Handbuch des Völkerrechts IV, 430, bedeutet Kriegs-



Es handelt sich in erster Linie um die Personen des aktiven Kriegsstandes und unter einer gewissen Voraussetzung auch um die Personen, die das Heer begleiten, ohne ihm anzugehören; außerdem können aber auch noch andere Zivilpersonen Kriegsgefangene sein.

1. Die Angehörigen des feindlichen Heeres; diese zerfallen wiederum in „Kombattanten“ und „Nichtkombattanten“; während jene sich persönlich am Kampfe beteiligen, leisten diese Dienste, die, ohne einen spezifisch kriegerischen Charakter zu haben, dem Heere gewidmet sind und so doch dem kriegerischen Zweck unmittelbar zugute kommen. Es sind dies die Militärbeamten, beim Heere angestellte Zivilbeamte u. a.; dazu gehören zwar an sich auch die Sanitätspersonen und die Feldgeistlichen; diese dürfen jedoch nicht zu Kriegsgefangenen gemacht werden.<sup>1)</sup>

Außer dem regulären Heere haben noch den aktiven Kriegsstand die organisierten Freischärler, die, mit sichtbaren Abzeichen versehen, die Gesetze und Gebräuche des Kriegs beobachten (Art. 1 LKO.), und sogar die nichtorganisierte Bevölkerung eines noch nicht vom Feinde besetzten Gebietes, die beim Herannahen des Feindes aus eigenem Antrieb zu den Waffen greift, ohne Zeit gehabt zu haben, sich nach Art. 1 zu organisieren, und die Gesetze und Gebräuche des Krieges beobachtet (Art. 2 LKO.)

Alle diese Personen können vom Feinde festgehalten werden und sind dann als Kriegsgefangene zu betrachten.

2. Von den Personen des sog. passiven Kriegsstandes, d. h. der friedlichen Bevölkerung, sind Kriegsgefangene:

a) diejenigen Zivilpersonen, die dem Heere folgen und sich im Besitze eines Ausweises der Militärbehörde des Heeres be-

gefangenschaft „Unschädlichmachung aller für den Krieg tätigen und wichtigen Personen; nach Geffcken Anm. 2 zu Heffter, Völkerrecht<sup>8</sup> § 128 sind Kriegsgefangene alle inbezug auf den Krieg wirksam handelnden Personen, nicht also auch die im Verdachte künftiger Tätigkeit stehenden. Zu eng ist der Begriff auch bei Roman-Rissom gefaßt: „Kriegsgefangen sind die im Interesse der Kriegführung gefangen genommenen Angehörigen des feindlichen Heeres oder überhaupt des feindlichen Staates“ (Anm. 1 zu § 158 MStGB.); Zivilgefangene können ebenso wie die übrigen Kriegsgefangenen Angehörige neutraler Staaten sein. Vgl. noch Bluntschli, Völkerrecht § 594.

<sup>1)</sup> Siehe unten S. 12.



finden, das sie begleiten. Beispiele zählt Art. 13 LKO. auf: Zeitungskorrespondenten, Lieferanten usw. Erscheint dem Feinde die Festhaltung dieser Personen zweckmäßig, dann haben sie einen Anspruch auf Kriegsgefangenschaft (Art. 13).

b) Außerdem sind nach allgemein anerkanntem Kriegsgebrauch leitende Persönlichkeiten des feindlichen Staates kriegsgefangen, auch dann, wenn sie nicht dem feindlichen Heere angehören: das feindliche Staatsoberhaupt,<sup>1)</sup> die Mitglieder des feindlichen Herrscherhauses, die feindlichen Minister und andere hohe Staatsbeamte in leitender Stellung.<sup>2)</sup>

c) Nach Art. 5 Abs. 2 und Art. 6 des Abkommens über Beschränkungen des Beuterechts vom 18. Oktober 1907 sind Kriegsgefangene:

1. der Kapitän und die Offiziere eines feindlichen Kauffahrteischiffes, die einem neutralen Staate angehören, wenn sie sich weigern, ein förmliches, schriftliches Versprechen abzugeben, während der Dauer des Krieges auf keinem feindlichen Schiffe Dienste zu nehmen (Art. 5 A. 2),
2. der Kapitän, die Offiziere und die Mannschaften eines Schiffes, das dem feindlichen Staate angehört, es sei denn, daß sie sich unter Bekräftigung mit einem förmlichen

<sup>1)</sup> Der Souverän genießt kraft besonderer Rechtsstellung Befreiung von der Gerichtsbarkeit fremder Staaten. Dadurch aber, daß er der Kriegsgefangenschaft unterworfen wird, wird zugleich bewirkt, daß er auch, wie jeder andere Kriegsgefangene, der Gerichtsbarkeit des Nehmestaates unterstellt ist, so daß seine Ausnahmestellung in Wegfall kommt. Die Befreiung vom Gerichtszwange stellt ja nur eine Seite dieser Ausnahmestellung dar, die den Souverän vor jedem staatlichen Zwange bewahrt. Eine stärkere Einschränkung der persönlichen Freiheit als die Gefangensetzung läßt sich aber nicht denken; ist das Prinzip hier in solchem Umfange durchbrochen, dann besteht an seiner Aufrechterhaltung kein Interesse mehr. Somit betrifft die Untersuchung über die prozessuale Stellung der Kriegsgefangenen den feindlichen Souverän genau so wie die übrigen Kriegsgefangenen; vgl. J. Goldschmidt R. und W. IV, 244. Sofern man annimmt, daß der Souverän auch vom materiellen Strafrecht fremder Staaten befreit ist, so fällt diese Befreiung ebenfalls im Kriege fort, und es betrifft die Untersuchung über die Befreiung feindlicher Militärpersonen vom materiellen Strafrecht auch den Souverän, der dem Heere seines Staates angehört.

<sup>2)</sup> Vergl. Lueder a. a. O. S. 430; Nys, „Le droit international“ III, 519.



schriftlichen Versprechen verpflichten, während der Dauer der Feindseligkeiten keinen Dienst zu übernehmen, der mit den Kriegsunternehmungen im Zusammenhang steht (Art. 6).

d) Es sind nach Ansicht des Verfassers endlich noch alle diejenigen Personen Kriegsgefangene, die aus militärischen Gründen festgenommen werden: es handelt sich hier um die „in bezug auf den Krieg wirksam handelnden Personen, wie höhere Beamte, Diplomaten, Kuriere u. dgl., sowie um alle diejenigen Personen, deren Freiheit eine Gefahr für die Kriegspartei des anderen Staates sein kann, z. B. feindlich gesinnte Journalisten, hervorragende, einflußreiche Parteiführer, die Bevölkerung aufhetzende Geistliche u. dgl.“<sup>1)</sup> Zu den „gefährlichen“ Personen gehören insbesondere noch heerespflichtige feindliche Staatsangehörige. Diese Personen, die eine Gefahr für den Gegner bilden, können — das ist unstrittig — festgenommen werden; ihre Festhaltung rechtfertigt sich wie diejenige der Kombattanten u. a. durch das militärische Interesse.<sup>2)</sup> Sind diese Personen aber auch „Kriegsgefangene“, d. h. haben sie einen Anspruch auf Behandlung als Kriegsgefangene?

Ist die Internierung der Zivilpersonen nicht lediglich eine Repressalie, sondern eine militärisch gerechtfertigte Maßregel, so hat sie der Nehmestaat als Kriegsgefangene zu behandeln.<sup>3)</sup> Eine

<sup>1)</sup> Generalstabsheft S. 13. Es kommen hier nur solche Personen in Betracht, die nicht rechtswidrig handeln, oder von denen man sich eines befugten Handelns versehen kann; Personen, die gegen die staatliche Rechtsordnung verstoßen, werden bestraft und haben ebensowenig einen Anspruch auf Behandlung als Kriegsgefangene wie etwa nichtorganisierte Freischärler, Spione usw.: „Die Passivlegitimation zur Kriegsgefangenschaft setzt die Fähigkeit zu befugter Wirksamkeit im Interesse des Feindes voraus“ (J. Goldschmidt a. a. O. 1640/41).

<sup>2)</sup> Allerdings läßt sich die Internierung sämtlicher Angehörigen eines feindlichen Staates, die sich im Inland aufhalten, nicht durch das militärische Interesse rechtfertigen: so ist denn auch die im gegenwärtigen Kriege in Deutschland vorgenommene Internierung der Engländer lediglich eine Repressalie und als solche Maßregel auch von der deutschen Regierung angeordnet worden; an sich also ist es eine völkerrechtswidrige Handlung (vgl. Müller-Meiningen, „Der Weltkrieg und das Völkerrecht“ [1915] S. 176). Hinsichtlich der Behandlung der internierten Engländer ist die deutsche Regierung nicht an das Kriegsgefangenenrecht gebunden.

<sup>3)</sup> Vgl. J. Goldschmidt a. a. O. S. 1640; Generalstabsheft S. 13 (Ziff. 5); Bluntschli, Völkerrecht § 594 und Anm. dazu; Triepel, Die neuesten Fortschritte auf dem Gebiete des Kriegsrechts S. 49 ff.



andere Ansicht vertreten Meurer<sup>1)</sup> und ERMG. XIX, 228 ff.; diese sehen die Internierung von Zivilpersonen als einen Fall von bloßer „Festhaltung“ (siehe unten S. 13) an und stellen die „Zivilgefangenen“ den festgehaltenen Sanitätspersonen, Parlamentären usw. gleich. Das RMG. begründet seine Ansicht ausführlich; es sucht zu beweisen, daß nur diejenigen Personen Kriegsgefangene sind, denen in der LKO. ausdrücklich ein Anspruch auf Behandlung als Kriegsgefangene verliehen ist. Das Gericht meint, daß nur die Personen, die dem aktiven Kriegsstand zugerechnet oder gleichgestellt werden, zu den Kriegsgefangenen gehören, da der Kriegsgefangenschaft als einem Mittel der Kriegführung auch nur die Träger der Kriegführung unterworfen sein könnten; so seien die Mitglieder des Heerestrosses um deswillen als Kriegsgefangene anzusehen, weil sie den Mitgliedern des aktiven Kriegsstandes gleichgestellt würden.<sup>2)</sup> Der Heerestroß wird aber keineswegs dem aktiven Kriegsstand gleichgestellt, es sei denn eben in dieser einen Beziehung, dem Recht auf Behandlung als Kriegsgefangene. Art. 13 zeigt gerade, daß auch Angehörige des passiven Kriegsstandes zu Kriegsgefangenen gemacht werden können. Und so stellt auch nicht nur die LKO. selber Zivilpersonen in diesem Punkte den Militärpersonen gleich; schon oben ist eine Gruppe von Personen (2 b) aufgeführt, die nach der LKO. nicht zu den Kriegsgefangenen zählen würde, deren Anspruch auf Kriegsgefangenschaft lediglich auf Kriegsgebrauch beruht. Stellt man einmal den Satz auf, daß gegen alle feindlichen Personen das Kriegsmittel der Festhaltung zulässig ist, soweit eine militärische Notwendigkeit besteht, dann ist nicht einzusehen, weshalb Mitglieder des Heerestrosses anders, ja besser dastehen sollen als die übrigen feindlichen Staatsangehörigen. Daß jene in der LKO. aufgeführt sind, hat seinen besonderen Grund; der Anspruch auf Kriegsgefangenschaft ist ja hier noch an eine besondere Voraussetzung geknüpft: an den Besitz eines militärischen Ausweises.

Damit ist die Reihe der Personen, die Kriegsgefangene sind, abgeschlossen.

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 118/19.

<sup>2)</sup> Vgl. auch Strupp, „Das moderne Landkriegsrecht“ (1914), I zu Art. 13. Nach ihm handelt es sich um einen Fall der „Festhaltung“, der nur analoge Behandlung in sich schließt. Vgl. auch Probst a. a. O. S. 36.



Kriegsgefangene können nach dem Vorhergehenden nicht nur die feindlichen Staatsangehörigen, sondern auch die Angehörigen neutraler Staaten sein. Angehörige des Nehmestaates selber, die im feindlichen Heere gegen diesen Staat am Kriege teilgenommen haben oder sonstwie gegen diesen Staat tätig geworden sind, werden wegen ihrer Teilnahme an den Feindseligkeiten oder wegen anderer Hilfeleistungen für den Feind bestraft werden und haben keinen Anspruch auf Kriegsgefangenschaft.<sup>1)</sup>

Die folgenden Erörterungen über die Strafgewalt gegenüber den Kriegsgefangenen betreffen nicht alle Kategorien von Kriegsgefangenen. So kommt die Untersuchung über die Rechtswidrigkeit von Handlungen, die vor Gefangennahme begangen sind, nur für die Kombattanten in Betracht; die Untersuchung über die Befreiung der Militärpersonen vom materiellen Recht nur für die Personen des aktiven Kriegsstandes (nicht etwa auch für diejenigen Personen, die das Heer nur begleiten).

## **II. Personen in Feindesgewalt, die nicht Kriegsgefangene im Rechtssinne sind.**

Von der soeben aufgestellten Regel gibt es eine Reihe von Ausnahmen.

1. Nicht Kriegsgefangene sind die Personen, die nicht als Kriegsgefangene behandelt werden dürfen, obwohl sie dem aktiven Kriegsstande angehören. Es sind dies vor allem die Sanitätspersonen und Feldprediger (Art. 9 der Zweiten Genfer Konvention). Unter der kurzen Bezeichnung „Sanitätspersonen“ ist hier zusammengefaßt: das ausschließlich zur Bergung, zur Beförderung und zur Behandlung von Verwundeten und Kranken sowie zur Verwaltung von Sanitätsformationen und Anstalten bestimmte Personal, desgleichen auch die militärischen Abteilungen und Wachtposten, die, mit regelrechtem militärischem Auftrage versehen, mangels bewaffneten Krankenpflegepersonals die Sanitätsformationen und -anstalten bewachen. Auch das geistliche, ärztliche und Lazarettpersonal weggenommener Schiffe kann nicht kriegsgefangen gemacht werden (Dritte Haager Konvention be-

<sup>1)</sup> Siehe oben S. 10, Anm. 1.



treffend die Anwendung der Grundsätze der Genfer Konvention von 1864 auf den Seekrieg, Art. 7). Dazu kommt eine Kategorie von Personen, die sich freiwillig in die Gewalt des Feindes zu begeben pflegen. Es sind die Parlamentäre mit gewissen, diese begleitenden Personen: dem Trompeter, Dolmetscher usw. (Art. 32 LKO).

Sanitätspersonen, Feldprediger und Parlamentäre mit Begleitung dürfen aber unter gewissen Voraussetzungen zeitweilig zurückgehalten werden; die Sanitätspersonen und Feldprediger können, solange ihre Mitwirkung unentbehrlich ist, und solange die militärischen Erfordernisse es erheischen, festgehalten werden (Art. 12 der Zweiten Genfer Konvention); der Parlamentär kann von dem Befehlshaber, zu dem er gesandt wird, zeitweilig zurückgehalten werden, wenn er seine Sendung zur Einziehung von Nachrichten mißbraucht (Art. 33 LKO.). Dies ist im Gegensatz zur Kriegsgefangenschaft die sog. Festhaltung,<sup>1)</sup> über die es weiter keine rechtlichen Vorschriften gibt.

Festgehalten werden können auch die Mitglieder des Heeresstrosses, die den erforderlichen Ausweis nicht besitzen<sup>2)</sup> (Art. 13 LKO.). Auf sie finden die Regeln des Kriegsgefangenenrechts nicht Anwendung. Ihre Behandlung ist nicht völkerrechtlich normiert; sie sind daher den „Festgehaltenen“ zuzurechnen. Hierher gehören endlich noch die Personen, die auf Grund einer Repressalie interniert werden.

2. Personen, insbesondere auch Kombattanten, denen der Anspruch auf Kriegsgefangenschaft zur Strafe entzogen ist, sind die Spione. Nach Art. 29 LKO. gilt als Spion nur, „wer heimlich oder unter falschem Vorwand in dem Operationsgebiet eines Kriegführenden Nachrichten einzieht oder einzuziehen sucht in der Absicht, sie der Gegenpartei mitzuteilen“.

So können auch Militärpersonen, die in das Gebiet des feindlichen Heeres eingedrungen sind, um sich Nachrichten zu verschaffen, Spione sein, sind es aber dann nicht, wenn sie ihre Uniform anhaben (Art. 29, II LKO.). Militärpersonen und Nichtmilitärpersonen, die den ihnen erteilten Auftrag, Mitteilungen an

<sup>1)</sup> Meurer, „Das Kriegsrecht der Haager Konferenz“ S. 119.

<sup>2)</sup> Vgl. Meurer a. a. O. S. 119; Strupp, „Das intern. Landkriegsrecht“ S. 45 und 53.



ihr eigenes oder an das feindliche Heer zu überbringen, offen ausführen, gelten ebensowenig wie Militärpersonen in Uniform als Spione, und zwar auch dann nicht, wenn sie in Luftschiffen befördert werden (Art. 29, II).

Es fragt sich, ob eine Zivilperson oder eine Militärperson, die in Zivil von einem Luftballon aus kundschaftet, Spion ist. Art. 29 läßt die Möglichkeit, eine solche Person als Spion zu betrachten, offen, da er ausdrücklich bestimmt, daß nur solche Militärpersonen und Nichtmilitärs nicht Spione sind, die sich des Luftschiffs bedienen, „um Mitteilungen zu überbringen oder um überhaupt Verbindungen zwischen den verschiedenen Teilen eines Heeres oder eines Gebiets aufrechtzuerhalten“. Spionage kann man nicht annehmen, da diese Personen keineswegs heimlich oder unter falschem Vorwand Nachrichten einziehen, sondern ganz offen, allen sichtbar, auch nicht unter irgendeinem Vorwand; denn „Luftballon und Luftschiffer können für den Feind überhaupt gar nicht unter einem falschen Vorwand aufsteigen und eine Täuschung verursachen, weil der Luftballon ein ewig gleiches Äußere hat“.<sup>1)</sup> Man kann auch nicht etwa eine Militärperson um deswillen als Spion ansehen, weil sie keine Uniform anhat; auf das Äußere des Kundschafters kann doch hier nichts ankommen. Man wird nicht fehlgehen, wenn man das Auskundschaften im Luftschiff oder Aeroplan niemals als Spionage ansieht, seitens des Militärs aber als erlaubtes Kriegsmittel, seitens der Zivilisten als unerlaubte Beteiligung an den Kriegsoperationen betrachtet; Zivilisten haben keinen Anspruch auf Kriegsgefangenschaft, sondern können bestraft werden.<sup>2)</sup>

Die zu 1 aufgeführten Personen sind nicht Kriegsgefangene im Rechtssinne. Dennoch gehört die strafrechtliche Behandlung, die ihnen der Nehmestaat zuteil werden läßt, in diese Darstellung; wird doch die strafrechtliche Verfolgbarkeit der Sanitätspersonen stets im Zusammenhang mit derjenigen der Kriegsgefangenen im technischen Sinne behandelt. Damit diese Abhandlung nicht unvollständig erscheint, muß später an ihrem

<sup>1)</sup> Meurer a. a. O.

<sup>2)</sup> Ebenso J. Goldschmidt: LZ. a. a. O. S. 1638; Meurer S. 178/79. Nach deutschem Recht kommen die §§ 89 ff. StGB. und §§ 160, 161 MStGB. in Betracht.



Schlusse auch noch auf die Verfolgbarkeit dieser Personen kurz eingegangen werden.

### III. Beginn und Ende der Kriegsgefangenschaft.

1. Die Gefangenschaft kann auf zweierlei Art entstehen:<sup>1)</sup> durch freiwillige Ergebung oder durch Wehrlosmachung. Die Kapitulation kann entweder durch den Kapitulanten selber oder durch den Führer einer Truppe für die ganze Truppe erfolgen. Der Wehrlose und Kampfunfähige ist ohne weiteres Gefangener.

2. Die Kriegsgefangenschaft endigt<sup>2)</sup> durch gelungene Flucht oder Befreiung durch die eigene Kriegspartei, durch Auswechselung, durch Entlassung, die regelmäßig nur gegen Abgabe des Ehrenworts, nicht mehr gegen den Nehmestaat die Waffen zu führen, geschieht, durch Einbürgerung und endlich durch Friedensschluß und die ihm gleichgestellten Arten der Kriegsbeendigung: die Einstellung der Feindseligkeiten und die *debellatio*, d. h. die vollständige Unterwerfung des Gegners, die mit der Vernichtung seines Staatswesens endet. Schon durch Friedensschluß und die gleichgestellten Tatsachen endet die Kriegsgefangenschaft, nicht etwa erst durch die darauf erfolgende Entlassung.<sup>3)</sup> Nach Art. 20 beider LKO. sollen die Kriegsgefangenen nach Friedensschluß binnen kürzester Frist in ihre Heimat entlassen werden; dies bedeutet aber nicht, daß sie bis zur Entlassung noch Kriegsgefangene sind; mit Friedensschluß hören sie auf Kriegsgefangene zu sein, da mit dem Kriegszustande auch das aus diesem hervorgehende Recht des Nehmestaates zur Gefangenhaltung erlischt; mit Friedensschluß entsteht deshalb die Verpflichtung des Nehmestaates, die bisherigen Kriegsgefangenen zu entlassen, und zwar schleunigst, wie Art. 20 betont.<sup>4)</sup>

<sup>1)</sup> Vgl. zum Folgenden Meurer a. a. O. S. 121; Strupp a. a. O. S. 45.

<sup>2)</sup> Vgl. zum folgenden Meurer a. a. O. S. 135 ff.; J. Goldschmidt a. a. O. S. 1641.

<sup>3)</sup> A. A. Goldschmidt a. a. O.

<sup>4)</sup> Ebenso Meurer S. 136.



## Zweiter Abschnitt.

### **Strafgewalt gegenüber Kriegsgefangenen wegen vor Gefangennahme begangener Handlungen.**

#### Erster Teil:

#### **Die vor Kriegsausbruch begangenen Straftaten (nach Völkerrecht und deutschem Recht).**

Hinsichtlich der vor Kriegsausbruch begangenen Straftaten der Kriegsgefangenen gelten dieselben Vorschriften, die für strafbare Handlungen von Ausländern allgemein erlassen sind. War der Kriegsgefangene zur Zeit der Begehung der strafbaren Handlung einfache Zivilperson, so finden selbstverständlich die Vorschriften Anwendung, die für Straftaten eines Ausländers gelten, nach deutschem Recht also die §§ 3 ff. StGB., insoweit diese Bestimmungen Ausländer betreffen. War der Kriegsgefangene damals aktive Militärperson, so kommt man zu demselben Ergebnis auf Grund der Erwägung, daß die Militärperson ebenso dasteht wie eine Zivilperson und nicht etwa von den gegen Ausländer erlassenen gesetzlichen Strafbestimmungen persönlich befreit ist. Die fremde Militärperson, welche die Grenzen ihres Heimatstaates überschreitet und deutsches Gebiet betritt, untersteht dem deutschen Strafgesetz also wegen aller Straftaten, die sie in Deutschland begeht. Das Gegenteil ist niemals behauptet worden, und es wäre kein Grund für eine solche Behauptung ersichtlich.

Eine Ausnahme jedoch bildet nach weitverbreiteter und richtiger Ansicht der Fall, daß die aktive Militärperson zusammen mit der bewaffneten Macht, der sie angehört, das Gebiet eines fremden Staates mit dessen Erlaubnis betritt. Die Mitglieder eines



Truppenkörpers sind unter der angegebenen Voraussetzung nach Völkergewohnheitsrecht vom materiellen Strafrecht des fremden Aufenthaltsstaates befreit und dementsprechend besteht zu ihren Gunsten nach deutschem Recht ein persönlicher Strafausschließungsgrund.<sup>1)</sup> Diese Ausnahmestellung besteht nur für die in corpore auftretenden Militärpersonen, nicht etwa für solche, die einzeln in fremden Ländern reisen.<sup>2)</sup>

Die Erlaubnis braucht nicht eine ausdrückliche zu sein, eine stillschweigende Duldung wird genügen; dagegen schließt der Verzicht auf militärischen Widerstand keine Erlaubnis seitens des fremden Staates in sich.<sup>3)</sup> Die Befreiung gilt für alle Straftaten der fremden Militärpersonen.<sup>4)</sup>

<sup>1)</sup> Bestritten. Ebenso v. Liszt, Strafrecht<sup>20</sup> S. 119; Meyer-Allfeld, Strafrecht<sup>7</sup> S. 104; Wachenfeld, Strafrecht (1914) S. 53 und 55; Th. R. Schütze, Strafrecht<sup>2</sup> S. 57; Schwartz, Kommentar zum StGB., Anm. 4 zu § 3 StGB.; Oppenhoff-Delius<sup>14</sup> Anm. 14 b) zu § 3 StGB. A. A. Beling, Exterritorialität S. 148 und 172; Frank A. V., 2 zu § 3 StGB.; Olshausen<sup>9</sup> 21 a) zu § 3 StGB. u. a. Nach diesen besteht nur eine Befreiung vom Prozeßrecht und nicht auch vom materiellen Strafrecht. Die Begründung der hier vertretenen Ansicht wird später bei der Frage nach der Befreiung der Militärperson vom materiellen Recht des feindlichen Staates gegeben werden; der Fall, der im Frieden lediglich vereinzelt eintritt, ist zu Kriegszeiten der Regelfall, und nur höchst selten wird die Militärperson zu Kriegszeiten den Boden des feindlichen Auslandes nicht in ihrer Eigenschaft als Mitglied des Heeres betreten. Deshalb ist dort und noch nicht hier der Platz, die Streitfrage ausführlich zu erörtern.

<sup>2)</sup> Vgl. Olshausen Anm. 21 a zu § 3 StGB.; Oppenhoff-Delius a. a. O.; de Heyking, L'exterritorialité S. 135. Die Befreiung gilt für das Landheer sowohl wie für Besatzungen fremder Kriegsschiffe, die sich in deutschen Eigengewässern aufhalten. Doch gelten fremde Schiffe, einer völkerrechtlichen Vorschrift entsprechend, nach deutschem Recht als Ausland; alle auf ihnen von wem immer begangenen Delikte gelten als im Ausland begangen; vgl. Beling, Exterritorialität S. 176 ff.

<sup>3)</sup> Vgl. de Heyking a. a. O. S. 154.

<sup>4)</sup> So heute die allgemeine Ansicht. A. M. früher u. a. L. v. Bar, Intern. Privat- und Strafrecht (1862) S. 575. (Befreiung nur hinsichtlich der Verbrechen und Vergehen, die von den fremden Soldaten gegen ihre Kameraden und Vorgesetzten oder gegen die Heeresordnung oder gegen den eigenen Staat begangen werden.)



## Zweiter Teil.

### Die von den Kriegsgefangenen nach Kriegsausbruch begangenen Straftaten.

#### A. Übersicht über das anzuwendende Recht.

##### I. Die strafbaren Handlungen der Kriegsgefangenen im allgemeinen.

Sieht man vorläufig einmal von der Beantwortung der Frage ab, ob das Strafrecht des Nehmestaates überhaupt für alle Kategorien von Kriegsgefangenen gilt, so ist zunächst zu untersuchen, welche strafrechtlichen Vorschriften auf die Straftaten der Kriegsgefangenen im allgemeinen Anwendung finden. Völkerrechtliche Bestimmungen fehlen darüber gänzlich. Es werden demnach in den einzelnen Staaten diejenigen Vorschriften zur Anwendung gelangen, die für Straftaten von Ausländern allgemein gelten.

Nach deutschem Recht unterstehen sie, darüber besteht kein Zweifel, dem gemeinen Strafrecht, nicht etwa dem Militärstrafrecht. Im allgemeinen gelten für sie also die Bestimmungen des Militärstrafgesetzbuches nicht, wohl aber kommen auf ihre Straftaten die §§ 160, 161 dieses Gesetzes zur Anwendung; auf Grund dieser Vorschriften können auch strafbare Handlungen nach deutschem Recht ihre Vergeltung finden, die der Kriegsgefangene in seinem Heimatlande begangen hat; die §§ 160, 161 MStGB. kommen nämlich auch für Auslandsdelikte in Betracht, da der „Kriegsschauplatz“ sowohl im Inland als im Ausland liegen kann.<sup>1)</sup>

##### II. Die im besetzten Gebiete begangenen Handlungen.

Hinsichtlich des vom Feinde besetzten deutschen, bzw. des von Deutschen besetzten feindlichen Gebietes erhebt sich noch die besondere Frage, ob es Ausland bzw. Inland ist, und ob demnach die dort begangenen Handlungen als im Ausland oder Inland begangen anzusehen sind. Ist das vom Feinde besetzte deutsche

---

<sup>1)</sup> Vgl. z. B. Koppmann-Weigel, Komm. zum MStGB<sup>6</sup>, Anm. 3 zu § 160.



Gebiet nicht mehr Inland, dann können eben auf die darin begangenen Straftaten nur diejenigen Vorschriften Anwendung finden, die für Auslandsdelikte schlechthin gelten. Es muß hier wieder zwischen Völkerrecht und deutschem Strafrecht unterschieden werden.

### 1. Völkerrecht.

Die Ansicht, daß im besetzten Gebiet die Staatsgewalt dem besetzenden Staate zusteht, wird von Arndt vertreten. Nach Arndt<sup>1)</sup> ist der von deutschen Truppen besetzte Boden deutscher Boden und die Straftaten der deutschen Militärperson daselbst sind als im Deutschen Reich begangen anzusehen. „Wie das deutsche Schiff überall als deutscher Boden und Inland gilt, so auch das von einem deutschen Heere besetzte Gebiet.“ Begründet wird diese Ansicht damit, daß das Invasions- und Okkupationsheer seine eigene Staatsgewalt ausübe, und, da auf einem und demselben Boden doch nicht zwei Staatsgewalten bestehen können, so müsse die Staatsgewalt des besetzten Gebietes weichen. Diese Ansicht ist unbegründet.

Kriegerische Besetzung ist nach Völkerrecht kein Rechtstitel für Gebietserwerb. Tatsächlich verdrängt der besetzende Staat allerdings die rechtmäßige Staatsgewalt, indem er ihre Ausübung unmöglich macht. Die Herrschaft des besetzten Staates hört auf, nicht aber das Herrschaftsrecht. Der besetzende Staat ist nicht Rechtsnachfolger desjenigen Staates, dessen Gebiet besetzt wird. Der siegreiche Staat hat allerdings „ein subjektives Recht zur faktischen Ausübung aller nicht von Völkerrechtsnormen verwehrten, aus dem Begriffe der Staatsgewalt entfließenden Befugnisse.“<sup>2)</sup> Die Ausübung der Staatsgewalt im besetzten Gebiete ist deshalb eine rechtmäßige. Hat der siegreiche Staat danach zwar ein Recht, kraft dessen er seine Herrschaft auf das fremde Gebiet erstrecken kann, so ist dieses Recht doch nicht mit der Gebietshoheit zu identifizieren, es ist ein Recht an fremdem Gebiet.<sup>3)</sup> Es

<sup>1)</sup> Berliner Tageblatt vom 26. Nov. 1914, Bl. f. vergl. Rw. X, 262 ff. (Ziff. VI.)

<sup>2)</sup> Strupp, Komm. zu LKO. Anm. 2 zu Art. 42 LKO.

<sup>3)</sup> Vielleicht kann man sagen: ein „ius in re aliena“ (vgl. Beling, Ext. S. 144).



ist auch zeitlich begrenzt und durch die Normen des Kriegsvölkerrechts beschränkt.

So wird denn auch nirgends in der Literatur des Völkerrechts die Okkupation im Kriege als Erwerbstitel angesehen. Das besetzte deutsche Gebiet ist demnach völkerrechtlich nicht Ausland.

Dies würde also zur Widerlegung von Arndts Ansicht genügen. Arndt legt hier offenbar der bloßen Okkupation feindlichen Gebietes diejenigen Wirkungen bei, die einer Eroberung solchen Gebietes zukommen. Gerade die Grenzen aber von Eroberung und Besetzung wären festzustellen gewesen. Dies hat Arndt unterlassen. Finden wir doch in der Literatur die Ansicht vertreten, daß der Staat, der feindliches Gebiet mit dem Willen besetzt, es zu behalten, dieses Gebiet kraft des Rechtstitels der Eroberung erworben habe. So behauptet z. B. Anschütz,<sup>1)</sup> Elsaß-Lothringen sei im Kriege 1870 erobert worden, und die Anerkennung dieser Tatsache durch Abtretung dieser Länder im Friedensschluß mit Frankreich bedeute eben nur eine Novation des völkerrechtlichen Erwerbstitels, nicht aber bilde diese Abtretung den ursprünglichen und einzigen Erwerbstitel. Kann feindliches Staatsgebiet schon während des Krieges durch Eroberung erworben werden, so ist dies für unsere Frage von Bedeutung; denn die Straftaten, die auf diesem Gebiete begangen werden, dürfte der Staat, dem das Gebiet früher gehörte, nun nicht mehr als im Inland begangen ansehen.

Die Eroberung ist als Erwerbstitel fast allgemein anerkannt, doch herrscht über ihre Voraussetzungen Streit. Es wird vielfach angenommen, daß erst nach vollständiger Niederwerfung des Feindes, nach Zerstörung seines ganzen Staatswesens das feindliche Gebiet als erobert gelten kann.<sup>2)</sup> Wenn der Feind gar keinen Wider-

<sup>1)</sup> Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie Bd. 4, S. 115.

<sup>2)</sup> So faßt Heimbürger, „Der Erwerb der Gebietshoheit“ (1888) S. 127 ff., die Eroberung nicht als selbständige originäre Erwerbsart, sondern als Unterart der Okkupation herrenlosen Gebiets auf; mit dem Untergang des feindlichen Staates werde dessen Gebiet herrenlos und falle dem erobernden Staate als Sieger anheim, der es bisher nur kriegerisch besetzt hielt, nunmehr aber die Rolle des Okkupanten spielt. Ihm folgen Ullmann, Völkerrecht in „Das öffentliche Recht der Gegenwart“ S. 307 und Nys, Le droit international II, 52. Vgl. auch Heffter-Geffcken, Das europäische Völkerrecht<sup>8</sup> S. 287; Rivier, Lehrb. d. Völkerrechts<sup>2</sup> § 69 II.



stand mehr zu leisten vermag, verwandelt sich danach die „Okkupation“ in eine „Debellation.“ Aber selbst wenn man Niederwerfung der feindlichen Streitkräfte nur in dem als erobert anzusehenden Gebiete (und nicht im ganzen Staatsgebiet) fordert,<sup>1)</sup> auch dann kann, solange der feindliche Staat noch Widerstand leistet, nicht von einer endgültigen Unterwerfung des besetzten Gebietes die Rede sein, da die Aussicht, daß sich des Kriegsglück wende, noch besteht. Folglich kann, solange der Krieg dauert, von der Eroberung feindlichen Staatsgebiets nicht gesprochen werden.<sup>2)</sup>

Aus diesen Darlegungen ergibt sich: die Besetzung feindlichen Gebiets kann während des Krieges niemals zu einem Erwerb der Gebietshoheit führen, und daher ist auch der einzelne Staat niemals völkerrechtlich verpflichtet, sein vom Feinde besetztes Gebiet als Ausland anzusehen.

## 2. Deutsches Strafrecht.

Für das deutsche Strafrecht lautet die Frage: Ist auf die in dem besetzten Gebiete begangenen Handlungen der § 3 StGB. oder sind die §§ 4 ff. anzuwenden? Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, ob das vom Feinde besetzte Gebiet Ausland, resp. das von Deutschen besetzte feindliche Gebiet deutsches Inland ist.

Nach der in der Literatur des deutschen Strafrechts herrschenden Lehre ist Inland im Sinne des StGB. das „einheitliche Geltungsgebiet der deutschen Strafgesetze.“<sup>3)</sup> Danach wäre es zunächst gleichgültig, ob das in Frage stehende Gebiet völkerrechtlich Inland oder Ausland ist. Aus dieser Ansicht würde sich die unabweisbare Folgerung ergeben, daß es hier darauf ankommt, ob der Feind im besetzten deutschen Gebiete das deutsche Strafgesetz außer Kraft setzt oder nicht. Hebt er das deutsche Straf-

<sup>1)</sup> Vgl. v. Liszt, Völkerrecht<sup>3</sup> S. 92.

<sup>2)</sup> Vgl. A. Rivier, *Principes du droit des gens* II, 300 (auch Rivier, Völkerrecht § 69 II); Bluntschli, Völkerrecht<sup>3</sup> § 289 und Anm. dazu; Heffter-Geffcken a. a. O.

<sup>3)</sup> v. Liszt, *Jahrbuch*<sup>19</sup> S. 108. Vgl. RG. XLIV, 403 ff. (insbesondere S. 407 ff.).



gesetz auf, dann ist das besetzte Gebiet im strafrechtlichen Sinne Ausland. Das Entsprechende wäre zu sagen für das von Deutschen besetzte feindliche Gebiet; dieses wird Inland nur dadurch, daß das Reich dort die deutschen Strafgesetze einführt.

§ 8 StGB. steht der herrschenden Anschauung nicht entgegen; denn hier sollte der reichsrechtliche Inlandbegriff nur gegenüber den Einzelstaaten bestimmt werden.<sup>1)</sup>

Nimmt man an, daß der Staat, der fremdes Gebiet mit dem Willen besetzt, dieses Gebiet zu behalten, es „erobert“ habe, so daß die Staatsgewalt auf ihn übergeht, dann muß auch in jedem Fall das vom Feinde eroberte deutsche Gebiet im Sinne der herrschenden Lehre Ausland sein, da im „eroberten“, nicht bloß okkupierten Gebiete Gesetze der früheren Staatsgewalt nicht mehr in Geltung sein können, jedenfalls nicht mehr als Gesetze des früher herrschenden Staates. Geht die Staatsgewalt in einem Gebiet auf einen anderen Staat über, dann werden die von der früheren Staatsgewalt erlassenen Gesetze, soweit sie aufrechterhalten werden, zu Gesetzen des jetzt herrschenden Staates. Das Gesetz kann seine verbindliche Kraft doch nur vom Staate herleiten, dem die Gebietshoheit von Rechts wegen zusteht. So hat z. B. der Code Napoléon in Elsaß-Lothringen bis zum Jahre 1900 nicht mehr als französisches, sondern als deutsches Gesetz gegolten.

In Konsequenz der hier vertretenen Ansicht indessen ist das vom Feinde besetzte deutsche Gebiet nur dann Ausland, wenn der Feind das deutsche Strafgesetzbuch außer Kraft setzt; tritt dieser Fall ein, dann kommen auf die dort begangenen strafbaren Handlungen die §§ 4 ff. StGB. zur Anwendung; sonst aber ist § 3 anzuwenden. Ebenso gilt für die in dem von Deutschen besetzten Gebieten begangenen Straftaten § 3 StGB. nur dann, wenn dort das deutsche Strafgesetz eingeführt ist.

Übrigens wollte man auch mit Frank <sup>2)</sup> annehmen, daß nur das verfassungsmäßig festgesetzte Reichsgebiet (vgl. Art. 1 Reichsverfassung) Inland im Sinne des Strafgesetzbuches ist, dann ist das besetzte deutsche Gebiet auch noch nicht ohne weiteres Aus-

---

<sup>1)</sup> Vgl. v. Liszt a. a. O.; ERG. XLIV, 407.

<sup>2)</sup> Anm. I zu § 3.



land, wenn die Staatsgewalt auf den besetzenden Staat übergeht, sondern es bedarf noch eines verfassungsändernden Reichsgesetzes, das dies Gebiet vom Reichsgebiet trennt; desgleichen bedarf es eines Gesetzes, wenn das von Deutschen besetzte feindliche Gebiet deutsches Reichsgebiet werden soll.

## B. Die Frage der Rechtswidrigkeit.

Bevor die Frage behandelt wird, ob die Militärperson dem Strafgesetz des feindlichen Staates unterliegt oder ob für sie ein persönlicher Strafausschließungsgrund vorliegt, ist zu untersuchen, inwieweit diese Person überhaupt die Gesetze des feindlichen Staates verletzen kann. Eine allgemeine Befreiung von den Normen eines Staates gibt es für niemanden.<sup>1)</sup> Die Gebote und Verbote des Staates richten sich regelmäßig an jedermann, keiner darf sie mißachten; so kann auch die Militärperson rechtswidrig handeln. Hinsichtlich einzelner Handlungen aber ist die Militärperson zweifellos von den Normen des feindlichen Staates ausgenommen. Zunächst soll die Regel, nach der im einzelnen Fall sich bestimmen läßt, ob die feindliche Militärperson rechtswidrig gehandelt hat oder nicht, aufgestellt werden. Hat im konkreten Fall der Täter gar nicht rechtswidrig gehandelt, dann erübrigt sich ja jede Stellungnahme zu der Frage, ob er dem Strafgesetz unterliegt, auf Grund dessen er bestraft werden soll. Deshalb muß auch in dieser allgemeinen Betrachtung die Frage der Rechtswidrigkeit vorangestellt werden.

I. Es ist ohne weiteres klar, daß die Handlungen, die der Soldat außerhalb des Dienstes begeht, und die mit der Kriegführung außer Zusammenhang stehen, rechtswidrig sein können.

Anders aber steht es mit den Kriegshandlungen. Die Frage der Rechtswidrigkeit bedarf deswegen hier einer genauen Prüfung, weil das Rechtsverhältnis des Krieges, der eine größtmögliche Schädigung der feindlichen Streitmacht bezweckt, die Ausschaltung

---

<sup>1)</sup> Es kann die „extritoriale“ Person (siehe unten S. 31) — das ist heute wohl unstrittig — rechtswidrig handeln; Teilnahmehandlungen an der Tat des „Exterritorialen“ sind strafbar.



eines Komplexes der wichtigsten Verbotsnormen bewirkt. Eine Handlung, die mit der Kriegführung in Verbindung steht, fällt regelmäßig nicht unter die Normen gegen Tötung, Sachbeschädigung, Brandstiftung usw. Man kann den Ausschluß dieser Normen nicht ohne weiteres durch das Völkerrecht erklären; denn das Völkerrecht ist ja nur zwischenstaatliches Recht, es betrifft nicht den einzelnen Angehörigen des Staates. Man kann aber auch andererseits nicht einfach annehmen, daß der Ausschluß der Norm seitens des einzelnen Staates ein Akt freiwilliger Selbstbeschränkung gegenüber dem Feinde ist; vielmehr muß man nach einem Völkerrechtssatze suchen, der die Staaten verpflichtet, Kriegshandlungen gegen sie selbst als nicht gegen ihre Normen verstoßend anzusehen. Nach Völkerrecht ist eine solche Schädigung des Feindes erlaubt, welche nicht ausdrücklich durch Sonderverträge oder die allgemeinen Landkriegsordnungen verboten ist.<sup>1)</sup> Das bedeutet aber: jeder Staat, der den Krieg als rechtlich geordnetes Verhältnis anerkennt, ist verpflichtet, die Bestimmungen, welche für dieses Rechtsverhältnis maßgebend sind, zugleich als bindende Vorschriften für sein Verhältnis zum Gegner derart anzuerkennen, daß Handlungen, die nach internationalem Recht als erlaubte Akte der Kriegführung anzusehen sind, auch nach innerstaatlichem Recht nicht als rechtswidrig angesehen werden dürfen. Jeder Staat ist also nicht nur berechtigt, schädigende Handlungen durch seine Organe vornehmen zu lassen, sondern auch verpflichtet, schädigende Handlungen seitens der Organe des feindlichen Staates als erlaubt hinzunehmen; demnach muß er auch die Handlungen feindlicher Militärpersonen von seinen Normen insoweit ausnehmen, als diese Handlungen völkerrechtlich erlaubte Mittel zur Schädigung des Feindes darstellen.<sup>2)</sup> Ist nun das Recht eines Staates so auszulegen, daß es mit seinen völkerrechtlichen

---

<sup>1)</sup> Es ist nicht jede Schädigung des Feindes erlaubt. „Die Kriegführenden haben kein unbeschränktes Recht in der Wahl der Mittel zur Schädigung des Feindes“ Art. 22. Doch ist grundsätzlich kein Kriegsmittel verboten. In den völkerrechtlichen Abkommen werden nämlich nicht die erlaubten Kriegsmittel aufgezählt, sondern es werden umgekehrt die unerlaubten besonders hervorgehoben. Daraus ergibt sich, daß in der Regel ein Mittel erlaubt ist. (Vgl. Art. 23 LKO.)

<sup>2)</sup> Ebenso Beling, Exterritorialität S. 134.



Pflichten übereinstimmt,<sup>1)</sup> so folgt daraus, daß die Normen jedes Staates nicht nur nicht für Kriegshandlungen der eigenen Soldaten, sondern ebensowenig für solche Handlungen der feindlichen Soldaten Anwendung finden. „Wenn die Ausnahme von jenen Normen dem Soldaten im Kriege Tötung, Körperverletzung, Nötigung usw. gestattet, so erstreckt sie sich sicherlich auch auf den ausländischen Soldaten, weil sie sich nach internationaler Regel auf ihn erstrecken muß.“<sup>2)</sup> Somit sind alle die Personen nach deutschem Recht gedeckt, die militärische Handlungen gemäß den Regeln des Völkerrechts vornehmen.<sup>3)</sup>

II. 1. Eine solche Schädigung des Feindes aber, die völkerrechtswidrig ist, kann auch der Einzelstaat nach seinem Rechte als unerlaubt ansehen. Mit Recht meint daher Beling,<sup>4)</sup> daß die Normen des Aufenthaltsstaates auch das kriegerische Tun ergreifen, insoweit es nicht den Anforderungen des modernen Völkerrechts entspricht. Handlungen, die dem Kriegsgebrauch widerstreiten, sind unerlaubt.<sup>5)</sup> Er zitiert folgende Beispiele: „Die treulose Gefangennahme eines Parlamentärs stellt einen Bruch der Norm gegen Freiheitsberaubung, die vorsätzliche Tötung eines durch das rote Kreuz Gedeckten einen Mord, die Vergiftung von Brunnen ein gemeingefährliches Delikt dar.“ Da der Einzelstaat solche Handlungen als nicht rechtswidrig anzuerkennen nicht verpflichtet ist, besteht auch kein Grund zur Annahme, daß sein Recht eine derartige Handlung zuläßt. Rissom<sup>6)</sup> vertritt die entgegengesetzte Ansicht. Das staatliche Organ, welches gegen Völkerrecht verstoße, verpflichte sich nicht selbst, sondern seinen

<sup>1)</sup> Siehe oben S. 2.

<sup>2)</sup> Triepel, „Völkerrecht und Landesrecht“ S. 398.

<sup>3)</sup> RG. XVI, 67 deutet diesen Gedankengang kurz an, indem es ausführt, daß die Kombattanten nicht anders als nach den Normen des Völkerrechts beurteilt werden können und es deshalb ausgeschlossen erscheint, daß diese „völkerrechtlich gedeckten und deshalb im strafrechtlichen Sinne nicht rechtswidrig handelnden Personen mit dieser ihrer Tätigkeit in einer unter die Strafgesetze des andern fallenden Weise eines gegen diesen Staat hochverräterischen Unternehmens sich schuldig machen könnten“.

<sup>4)</sup> A. a. O. S. 135.

<sup>5)</sup> Vgl. auch von Kries: Ztschr. f. d. ges. Strafrw. VII, 605 ff.

<sup>6)</sup> Ztschr. f. d. ges. Strafrw. XXXVI, 593; GoldArch. LXII, 382.



Staat.<sup>1)</sup> „In Ansehung der schwankenden Grundlage des Völkerrechts“ wird seiner Meinung nach die „Forderung selbstverständlich, die Frage der Völkerrechtsverletzung als jenseits des Gebietes des Strafrechts liegend zu behandeln“. Er behauptet, daß man andernfalls zu teilweise unbefriedigenden Ergebnissen gelangt: danach müsse man z. B. einen Soldaten, der sich selbst ein Dumdumgeschloß anfertigt und zur Tötung verwendet, wegen Mordes bestrafen.<sup>2)</sup> R. hat nach Ansicht des Verfassers nicht den Beweis erbracht, daß diese Forderung auf das geltende Recht gegründet werden kann. Wenn die Folgerungen aus der hier vertretenen Ansicht teilweise hart erscheinen, so scheint dieser Umstand doch eher gegen eine Strafbarkeit des Täters als gegen eine Normwidrigkeit der Tat zu sprechen.<sup>3)</sup>

<sup>1)</sup> In der Tat ist der Staat für die Handlungen verantwortlich, die seine Heeresangehörigen begangen haben. Vgl. hier Art. 2 LKA.: „Die Kriegspartei, welche die Bestimmungen der bezeichneten Ordnung verletzen sollte, ist gegebenenfalls zum Schadenersatz verpflichtet; sie ist für alle Handlungen verantwortlich, die von den zu ihrer bewaffneten Macht gehörenden Personen begangen werden.“ Aber dadurch ist die einzelne Militärperson nicht ihrer Verantwortlichkeit enthoben. Vielmehr können z. B. Militärpersonen, die spionieren, vom Feinde „bestraft“ werden (Art. 30 LKO.), also müssen sie doch auch gegen die Normen des feindlichen Staates verstoßen können. Es darf nicht angenommen werden, daß nur die Überschreitung der völkerrechtlichen Norm über Auskundschaftung eine Übertretung der Norm des feindlichen Staates herbeiführen könne.

<sup>2)</sup> Diese Folgerung darf man wohl nicht ziehen. Vgl. Fr. Oppler: Ztschr. f. d. ges. Strafrw. XXXVII, 870. Das Völkerrecht verbietet ja nicht, den Gegner mit einem Dumdumgeschloß zu töten. Das Verbot, sich eines solchen Geschosses zu bedienen, will unnötige Verstümmelungen verhindern, nur ein diesem Zwecke des Verbotes widersprechender Erfolg ist demnach meines Erachtens völkerrechtswidrig.

<sup>3)</sup> R. folgert aus seiner Ansicht, daß jede Kriegshandlung, gleichgültig ob sie völkerrechtswidrig ist oder nicht, nach deutschem Recht nicht rechtswidrig sei, d. h. den allgemeinen Normen über Tötung, Körperverletzung nicht unterstehe. Nur dann könne der feindliche Heeresangehörige wegen einer Kriegshandlung bestraft werden, wenn ein deutscher Rechtssatz sie für strafbar (d. h. also auch für verboten) erkläre. Da unsere Strafgesetze feindliche Heeresangehörige nicht ausdrücklich wegen völkerrechtswidriger Kriegshandlungen mit Strafe belegen (wie es die Art. 119 ff. des bayr. MStGB. von 1869, vgl. unten S. 56, taten), so untersucht R. (GoltArch. LXII, 383), ob nicht der deutsche Kriegsgebrauch,



2. Aber auch die an sich völkerrechtswidrige Tat einer Militärperson braucht nicht immer gegen die Normen des feindlichen Staates zu verstoßen. Es gibt einige Gründe, welche die Widerrechtlichkeit im allgemeinen, so auch hier ausschließen können. Die folgenden Gründe für den Ausschluß der Widerrechtlichkeit anzuerkennen, ist natürlich kein Staat verpflichtet; doch sind sie tatsächlich in den weitaus meisten Staaten, wenn auch in verschiedenem Maße, anerkannt. Es handelt sich um die Notwehr<sup>1)</sup> und den Notstand.<sup>2)</sup> Für das deutsche Recht kommen die §§ 52—54 StGB. in Betracht.<sup>3)</sup>

Ein Fall des § 52 StGB. z. B. liegt vor in dem von v. Calker<sup>4)</sup> zitierten Beispiele, wo der Vorgesetzte seinen Befehlen zur Begehung einer strafbaren Handlung durch Bedrohung mit der Waffe Nachdruck zu verschaffen sucht.

Dagegen ruft der Befehl allein nicht den Zustand der Nötigung im Sinne des § 52 StGB. hervor.<sup>5)</sup> Der militärische Befehl stellt weder unwiderstehliche Gewalt noch eine Drohung

d. h. das von der deutschen Militärgewalt zwar nicht ausdrücklich gesetzte, sondern nur aus dauernder Übung nachweisbare Recht, derartige Tatbestände aufgestellt hat. Er gelangt aber zu einem negativen Ergebnis. Wie im Text dargelegt ist, besteht kein Grund, anzunehmen, daß die völkerrechtswidrige Kriegshandlung nach deutschem Recht nicht verboten sei; es besteht aber meines Erachtens ein deutscher Rechtssatz, der feindliche Heeresangehörige wegen aller rechtswidrigen Handlungen, seien es Kriegs-, seien es rein persönliche Handlungen, von Strafe befreit (vgl. unten S. 63).

<sup>1)</sup> Vgl. Oetker: VDAT. II, 298 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. Oetker a. a. O. S. 373 ff.

<sup>3)</sup> Der Notstand beseitigt nach der wohl noch herrschenden Lehre des deutschen Strafrechts stets die Rechtswidrigkeit. Einige Schriftsteller nehmen einen Rechtfertigungsgrund, wenn ein sog. Notrecht besteht, in allen übrigen Fällen, einen Entschuldigungsgrund an; vgl. u. a. Frank Anm. III zu § 52 StGB.; J. Goldschmidt, Der Notstand ein Schuldproblem (1913), insbesondere S. 33 ff. Nach dieser Ansicht enthält die Schuld ein normatives Element, eine Annahme, die immerhin einigen Zweifeln begegnen mag.

<sup>4)</sup> „Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die auf Befehl begangenen Handlungen, insbesondere nach Militärstrafrecht behandelt“, S. 120.

<sup>5)</sup> Das folgende ist im Anschluß an v. Calker, „Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen“ S. 117 ff., behandelt.



mit gegenwärtiger auf andere Weise nicht abwendbarer Gefahr für Leib und Leben des Täters dar. Letztere Alternative bedarf noch einer Erörterung. Zwar ist in dem Befehl des Vorgesetzten grundsätzlich die Drohung enthalten, daß der Untergebene, falls er nicht gehorcht, schwere Strafe für seinen Ungehorsam zu erwarten habe. So kann auch die Androhung der Todesstrafe als Drohung mit Gefahr für das Leben aufgefaßt werden. Dagegen ist die Androhung einer Freiheitsstrafe nicht etwa eine Drohung mit Gefahr für den „Leib“ des Bedrohten; denn die Freiheitsstrafe ist kein Eingriff in die körperliche Integrität. Die Drohung mit einem solchen Eingriff wird aber hier verlangt. Die Bedrohung mit Freiheitsentziehung fällt nach Ansicht des Verfassers nicht darunter.<sup>1)</sup> Wie man sich auch zu dieser Frage stellen mag: keinesfalls (auch nicht wenn Todesstrafe angedroht ist) liegt in dem Befehl eine Drohung mit einer gegenwärtigen auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr; da erst noch ein Strafverfahren eingeleitet werden muß, steht die Strafe weder unmittelbar bevor, noch ist sie — aus demselben Grunde — unabwendbar.

Wohl aber kann durch den Befehl ein anderer Fall des Notstandes hervorgerufen werden, nämlich derjenige der „Pflichtenkollision“. Es handelt sich hier um den von Oetker so genannten „Pflichtennotstand“, <sup>2)</sup> der, obgleich er im Strafgesetzbuch nicht geregelt ist, trotzdem vom Rechte berücksichtigt werden muß. §§ 52 und 54 StGB. wollen den Notstand keineswegs erschöpfend regeln, so daß auch andere Notstandsverletzungen straflos sein können.<sup>3)</sup>

Die Pflichtenkollision entsteht dadurch, daß die Erfüllung der Gehorsamspflicht, die der Soldat seinem eigenen Staate schuldet, die allgemeine Pflicht zur Beachtung der fremden Gesetze, die der feindliche Staat ihm auferlegt, unmöglich macht. Ob eine Gehorsamspflicht gegenüber dem Befehl besteht, ist natürlich nur

---

<sup>1)</sup> Ebenso v. Calker a. a. O. S. 119; v. Liszt Lehrbuch S. 155; Binding, Handbuch S. 770. A. A. Oetker a. a. O. S. 134ff. Dieser versteht darunter eine Lebensentwertung als Gegenstück zum Lebensverlust; ihm beistimmend Frank, Komm. zum StGB. S. 120 a. E.

<sup>2)</sup> Oetker a. a. O. S. 330, 355ff.

<sup>3)</sup> Binding, Handb. S. 770ff., führt aus, daß die Gegenmeinung zu den „sinnlosesten Folgerungen“ führen würde.



nach dem Recht desjenigen Staates zu entscheiden, dem die Militärperson angehört: die Frage ist daher nur für das Heimatrecht zu stellen. Diese Gehorsamspflicht besteht nach dem Heimatrecht stets; denn der Befehl, der das Zuwiderhandeln gegen fremdes Gesetz anordnet, ist nach den Gesetzen des Heimatstaates noch nicht rechtswidrig, und ein nicht rechtswidriger Befehl ist stets bindend.<sup>1)</sup> Nur der gegen ein Heimatgesetz verstoßende Befehl ist nach Heimatrecht rechtswidrig. Der Soldat darf einem militärischen Befehl gegenüber deshalb den Gehorsam nicht verweigern, weil dieser Befehl die Übertretung eines fremdländischen Gesetzes bezweckt. Verwickelter gestaltet sich die Rechtslage, wenn die Handlung, die gegen das Gesetz des Feindes verstößt, zugleich das heimische Gesetz verletzt. Hier handelt es sich in der Tat um einen rechtswidrigen Befehl; dieser braucht nicht unbedingt befolgt zu werden.<sup>2)</sup> Es liegt ein Notstand vor, und zwar wiederum eine Pflichtenkollision; diese Kollision läßt sich nur nach dem Rechte jedes einzelnen Staates lösen. Nach deutschem Recht hat dieser Notstand eine gesetzliche Lösung gefunden. Die einschlägige Bestimmung ist § 47 MStGB., welcher der Gehorsamspflicht bis zu einem gewissen Grade den Vorrang einräumt.<sup>3)</sup> Nach deutschem Recht hat danach der Untergebene einem Befehl in Dienstsachen dann zu gehorchen, wenn die anbefohlene Handlung eine Übertretung darstellt; andernfalls, wenn er nicht weiß, daß der Befehl eine Handlung betrifft, die ein

<sup>1)</sup> Einem rechtmäßigen Befehle gegenüber darf die Frage nach den Grenzen der Gehorsamspflicht nicht aufgeworfen werden, da mit dieser Gehorsamspflicht eine andere Pflicht gar nicht kollidiert, vgl. M. E. Meyer, „Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten“, S. 123. In der Tat kollidiert hier die Gehorsamspflicht mit keiner anderen Pflicht: Der deutsche Soldat z. B. ist ja nach deutschem Recht nicht verpflichtet, das französische Strafgesetz zu achten. Die Gehorsamspflicht kann also nach deutschem Recht nicht zessieren.

<sup>2)</sup> Nach fast allgemeiner Ansicht in der deutschen Literatur vermag auch ein rechtswidriger Befehl zu binden, so daß auch gegenüber einem solchen Befehle eine Gehorsamspflicht bestehen kann. A. A. M. E. Meyer, der in seiner oben zitierten Schrift beweisen will, daß nach deutschem Recht „nur der rechtmäßige Befehl verbindlich ist, während der rechtswidrige . . . niemals eine Gehorsamspflicht auszulösen vermag“. Gegen ihn Frank S. 112 Anm. 2.

<sup>3)</sup> Ebenso Frank S. 112.



bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckt; im Zweifelsfalle hat er also hier auch zu gehorchen.<sup>1)</sup>

Wie ist diese Pflichtenkollision nun vom Recht zu berücksichtigen? Es kann für die Entscheidung nicht von Belang sein, daß die Normen von verschiedenen Staaten ausgehen, in dem Sinne etwa, daß der feindliche Staat die von dem andern auferlegte Gehorsamspflicht schon deshalb nicht berücksichtigt, weil die Norm nicht von ihm erlassen ist. Ein Notstand liegt in jedem Falle vor, und jeder Staat muß ihn als solchen anerkennen. Die deutsche Strafrechtstheorie nun entscheidet die Pflichtenkollision nach dem Satze, daß die bedeutungsvollere Pflicht auf Kosten der minder bedeutungsvollen zu erfüllen und die Nichterfüllung der letzteren daher nicht rechtswidrig ist. Von zwei gleichartigen Pflichten braucht natürlich nur eine erfüllt zu werden; das Pflichten-subjekt hat hier die Wahl.<sup>2)</sup> Dieser Grundsatz, wie er hier von der Lehre des deutschen Strafrechts aufgestellt ist, wird von der Theorie und Praxis aller Staaten befolgt werden; denn die Prämissen, aus denen er folgt, müssen für alle Staaten gelten: „impossibilium nulla obligatio und Wahl des kleineren Übels, nach der das Recht beherrschenden ratio“. Der einzelne Staat darf nun bei der Interessenabwägung in unserm Falle keinen nationalen Gesichtspunkt aufstellen. Sein Interesse, daß der feindliche Soldat dem Vorgesetzten Gehorsam leiste, ist ein rein negatives; trotzdem muß er die Gehorsamspflicht des Soldaten gegenüber dem eigenen Staate höher veranschlagen als die Gehorsamspflicht gegenüber den Gesetzen eines feindlichen Staates, selbst wenn er selber

<sup>1)</sup> So die herrschende Ansicht, vgl. v. Calker S. 113; dagegen M. E. Meyer, der annimmt, daß § 47 die Unverbindlichkeit rechtswidriger Befehle voraussetzt, auf dieser unangetasteten Basis nur die Schuldfrage regelt und daß im § 47 aus der Unverantwortlichkeit des Untergebenen nicht auf die Verbindlichkeit des Befehls zu schließen sei.

<sup>2)</sup> Diese Grundsätze entsprechen der allgemeinen Ansicht. Vgl. Oetker S. 356; Binding, Handbuch S. 762 ff.; Binding (und nach ihm auch Karl Kühn, „Die Pflichtenkollision im Strafrecht“) unterscheidet noch Kollision zwischen Pflichten (sog. „echte Pflichtenkollision“, § 151 II Ziff. 1) und Kollision zwischen Rechtsgut und Rechtspflicht, (§ 151 II Ziff. 3). Diese Unterscheidung wird vom Verfasser wegen der Einfachheit der Darstellung nicht gemacht. Der Grundsatz ist für beide Fälle der gleiche.



dieser feindliche Staat ist. Es muß hier die Lage der Person, die in den Pflichtenkonflikt gerät, in erster Linie berücksichtigt werden. Für diese Person ist die Gehorsamspflicht ohne Frage ausnahmslos wichtiger als das fremde Gesetz. Die Autorität ihres Staates wird ihr ungleich mehr gelten als die des fremden, noch dazu feindlichen, Staates. Diese tatsächliche, dem Rechte des Heimatstaates entsprechende Anschauung muß auch der feindliche Staat als einzig richtig gelten lassen: was seinen eigenen Angehörigen recht ist, sollte denen des andern Staates billig sein. Wir gelangen also hier zu folgendem Resultat: Ob der militärische Befehl derart Gehorsam erheischt, daß die Militärperson gegen die Gesetze des feindlichen Staates verstoßen muß, kann nur nach dem Rechte des Staates beurteilt werden, dessen Heer die Militärpersonen angehört. Ist der Befehl nach diesem Rechte verbindlich, dann kann der Soldat auch nach dem Rechte des feindlichen Staates nicht „rechtswidrig“ handeln.

### **C. Befreiung feindlicher Militärpersonen vom Strafrecht des Nehmestaates.**

Die folgende Untersuchung über die Befreiung von Kriegsgefangenen vom Strafrecht des Nehmestaates wegen Handlungen, die sie nach Kriegsausbruch begangen haben, bezieht sich nur auf Mitglieder des feindlichen Kriegsheeres; denn Zivilpersonen müssen auf jeden Fall in Kriegszeiten dem Strafrecht des fremden, auch des feindlichen, Staates genau so unterliegen wie zu Friedenszeiten; irgendwelche Bedenken dagegen kann es gar nicht geben.

#### **I. Allgemeines über Exterritorialität.**

Persönliche Befreiungen von der Staatsgewalt pflegt man als „Exterritorialität“ zu bezeichnen.

In der Literatur des Völkerrechts wird der Gedanke einer Exterritorialität feindlicher Truppenkörper vertreten, doch ist diese keineswegs allgemein anerkannt. Es wird darum eingehender Prüfung bedürfen, ob eine solche Exterritorialität nach Völkerrecht und deutschem Strafrecht gegeben ist, genauer, ob das Völkerrecht den Staaten eine Befreiung vorschreibt, und das deutsche Strafrecht



diesen Personen eine solche Befreiung tatsächlich gewährt. Bevor wir aber in eine Prüfung dieses besonderen Falles der „Exterritorialität“ eintreten, sind einige Vorfragen zu beantworten, welche das Wesen der „Exterritorialität“ im allgemeinen betreffen.

1. Es gibt nämlich gerade in der neuesten Zeit eine Kontroverse, besonders unter den deutschen Strafrechtslehrern darüber, ob Exterritorialität Freistellung nur von der Gerichtsbarkeit oder auch vom Strafrecht in sich schließt; mit anderen Worten: Es wird bezweifelt, ob es überhaupt persönliche Ausnahmen vom materiellen Strafrecht gibt. Gesetzt den Fall, daß der Exterritoriale überhaupt vom Strafrecht befreit ist, so ist weiter noch zu fragen: „Wie weit geht diese Befreiung?“

Die Befreiung vom materiellen Strafrecht ist keineswegs in der Literatur des Völkerrechts die überwiegende Ansicht.<sup>1)</sup> Das einzige, was sich sicher feststellen läßt, ist, daß die Frage in der älteren Literatur des Völkerrechts nicht klar hervortritt, so daß man mit Beling<sup>2)</sup> sogar annehmen kann, daß ein Streit im eigentlichen Sinne, von unseren Tagen abgesehen, hier überhaupt nicht bestanden hat. Offenbar nimmt die überwiegende Mehrheit nur eine Befreiung von der Gerichtsbarkeit an, ohne sich die Frage nach der Befreiung vom materiellen Strafrecht vorzulegen. Gewöhnlich heißt es in den Lehrbüchern des Völkerrechts, daß der Exterritoriale von der Strafgerichtsbarkeit befreit ist. Die Ansicht, daß auch eine Befreiung vom materiellen Recht stattfindet, wird nur ganz vereinzelt aufgestellt. Erst in der neuesten Zeit wird der Umfang der „Exterritorialität“ problematisch und wird durchweg in der Literatur des deutschen Strafrechts,<sup>3)</sup> aber wenig nur in der des Völkerrechts behandelt. Die Erwägungen sind im großen und ganzen dieselben für das Völkerrecht wie für das Strafrecht.

So sehr die Rechtslage nun auch im Einzelfalle zweifelhaft sein mag, — eines scheint doch nunmehr klar geworden zu sein: die Frage läßt sich nicht allgemein beantworten, sondern es muß der Einzelfall der Exterritorialität geprüft werden. Die Fragestellung darf nicht sein: „Ist der Exterritoriale befreit vom Straf-

<sup>1)</sup> Wie v. Liszt meint, vgl. Völkerrecht<sup>9</sup> § 14 N. 2.

<sup>2)</sup> Exterritorialität S. 6.

<sup>3)</sup> S. o. S. 17.



recht oder nicht“, sondern „ist der Gesandte, das fremde Staatsoberhaupt usw. befreit vom Strafrecht oder nicht?“ Ganz allgemein läßt sich das Problem nicht lösen; man muß den Umfang der Übung und den praktischen Zweck im Auge haben, den das Recht im einzelnen Fall verfolgt. Einerseits nämlich besteht keine rechtliche Notwendigkeit, daß der „Exterritoriale“ schlechthin vom Strafrecht ausgenommen ist; insbesondere ist das Hauptargument, daß der Exterritoriale nicht zwei Strafrechten zugleich unterliegen kann, nicht durchschlagend.<sup>1)</sup> Diese Ansicht ist überzeugend von Binding<sup>2)</sup> widerlegt worden, namentlich durch Hinweis auf § 4 StGB., dessen zweiter Absatz das Bestehen eines ausländischen Strafanspruchs sogar zur Bedingung für die Entstehung des deutschen Strafanspruchs macht: Hier ist also die Konkurrenz von Strafansprüchen mehrerer Staaten zur „logisch begrifflichen Notwendigkeit geworden“; oder wollte man behaupten, daß § 4 StGB. völkerrechtswidrig sei? Nicht beizustimmen ist auch der Ansicht v. Liszts,<sup>3)</sup> daß Befehlsgewalt ohne Zwangsgewalt „leerer Schall“ ist. Die Befehlsgewalt kann ja dann in Wirkung treten, wenn die Zwangsgewalt wiederhergestellt ist. Man braucht eben nur an die Verfolgbarkeit der Handlungen nach Beendigung des Exterritorialitätsprivilegs denken; von welcher Bedeutung die Befehlsgewalt dann werden kann, sehen wir gerade in unserm Fall. Es gibt also keinen Grund, aus dem ganz allgemein eine Befreiung vom Strafrecht nach Völkerrecht sich überzeugend herleiten ließe. Andererseits läßt sich aber auch ganz allgemein nicht dartun, daß nur eine Befreiung von der Gerichtsbarkeit gegeben ist.<sup>4)</sup>

Nur eine Untersuchungsmethode kann hier zur Klarheit führen. Es muß der Grund geprüft werden, welcher zur Entstehung des Privilegs geführt hat, der Zweck, den das Recht verfolgt. Dieser

<sup>1)</sup> Vgl. v. Liszt, Völkerrecht<sup>9</sup> S. 121 (Anm. 2 a. E.) Diese Ansicht spielt auch bei der Begründung der Exterritorialität feindlicher Truppenkörper eine große Rolle. Vgl. unten S. 41 ff.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 98 ff.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 120.

<sup>4)</sup> Binding, Handb. des Strafr. S. 685, behauptet ganz allgemein folgendes, ohne den Beweis anzutreten: „Die Exterritorialität wirkt Freiheit vom Gerichtszwange: sie wirkt prozessualisch, nicht materiell-rechtlich, sie wirkt prinzipiell nicht Strafflosigkeit, noch weniger Exemption von den Normen, sondern Unverfolgbarkeit.“



Grund kann verschieden sein für die „Exterritorialität“ des Gesandten, des Konsuls usw.<sup>1)</sup>

Die Befreiung vom Strafrecht ist, wenn sie überhaupt eintritt, eine totale.

2. Dies ist anders, wenn die „Exterritorialität“ als eine Fiktion aufgefaßt wird, dahingehend, daß der „Exterritoriale“ als außerhalb des Gebietes des Aufenthaltsstaates befindlich anzusehen sei.<sup>2)</sup> Gründet man die „Exterritorialität“ auf einen in diese Fiktion gekleideten Rechtssatz, so sieht man, daß die Befreiung vom materiellen Strafrecht, wenn man eine solche auf Grund der Exterritorialitätsfiktion überhaupt annehmen will, nur partiell sein kann; da nämlich die extritoriale Person als im Ausland befindlich anzunehmen ist, so müßten auch ihre strafbaren Handlungen als im Ausland begangen anzusehen sein, und es wäre der Aufenthaltsstaat daher genötigt, auf solche Handlungen dasjenige Strafrecht anzuwenden, das für im Auslande begangene Straftaten gilt.<sup>3)</sup> So nimmt denn auch in der Tat Heilfron<sup>4)</sup> an, daß feindliche Truppenkörper im deutschen Inlande demjenigen Teil des deutschen Strafrechts unterstehen, der auf Auslandsdelikte von Ausländern Anwendung findet (§ 4 StGB., §§ 160, 161 MStGB.). Nach Heilfron ist es also gleich, ob die strafbare Handlung der feindlichen Militärperson im Ausland oder im Inland begangen ist; sie muß gleichermaßen wie eine im Ausland begangene Handlung bestraft werden.

---

<sup>1)</sup> Auch Beling a. a. O. untersucht den Rechtsgrund jeder einzelnen Immunität, gelangt aber dann für alle Fälle zu dem gleichen Ergebnis, nämlich einer Befreiung ausschließlich vom prozessualen Zwange; vgl. insbesondere S. 156. Von Kries dagegen bestimmt im Arch. f. ö. R. V (1890), S. 353 den Umfang der Befreiung in den einzelnen Fällen verschieden. So tritt er bald für eine Befreiung vom materiellen Recht, bald nur für Gerichtsfreiheit ein. Vgl. auch v. Kries, Lehrbuch des Strafprozeßrechts S. 86, 87.

<sup>2)</sup> Die Exterritorialitätsfiktion findet heute noch Anhänger: so z. B. v. Liszt S. 118, Harburger „Der strafrechtliche Begriff Inland“ S. 176, 190 ff. Gegen die Exterritorialitätsfiktion u. a. Beling, „Exterritorialität“ S. 111 ff., v. Kries a. a. O. S. 450 ff., de Heyking S. 35 ff., insbesondere S. 38; Stoerk in: v. Holtzendorffs Handb. d. Völkerr. II, S. 667.

<sup>3)</sup> Vgl. v. Kries S. 351.

<sup>4)</sup> DJZ. Jahrg. 20, Sp. 42 ff.



Aber gerade eine aus diesem Rechtssatze sich ergebende Freistellung vom materiellen Strafrecht wäre sinnlos, da sie eine allzu bedingte, nämlich eine vom guten Willen des Aufenthaltsstaats abhängige wäre. Gerade mit der Exterritorialitätsfiktion ist die Befreiung vom Strafrecht schwer vereinbar.

„Exterritorialität“ als ein im Gewande der Fiktion auftretender Rechtssatz bedeutet, daß die exterritoriale Person nicht der Gebietshoheit des Aufenthaltsstaates unterworfen werden darf. Damit nämlich von dem Grundsatz: „quod est in territorio, est etiam de territorio“ eine Ausnahme gemacht wird, z. B. bezüglich des Gesandten, und damit dieser nicht der Gebietshoheit des Aufenthaltsstaates unterworfen ist, mußte es rechtlich so angesehen werden, als befände er sich außerhalb des Gebietes.

So entstand die bekannte, von Grotius aufgestellte Fiktion.<sup>1)</sup> Nun ist aber weder die Kriminalhoheit, noch die Jurisdiktionshoheit in der Gebietshoheit enthalten. Das vom Staat erlassene Strafrecht gilt zwar nur innerhalb des Staatsgebiets. Wenn der Staat aber Strafgesetze erläßt, welche im Ausland befindliche Personen betreffen, so greift er keineswegs in den Herrschaftsbereich des fremden Staates ein. So sind der Staatsgewalt im allgemeinen zwar alle Menschen, Sachen und Rechtsverhältnisse nur so weit unterworfen, als sie mit dem Staatsgebiet in Zusammenhang stehen. Die Strafbefehlsgewalt ergreift aber trotzdem ideell den ganzen Erdball.<sup>2)</sup> Somit ist die räumliche Beschränkung der Herrschaftsgewalt des Staates hier ohne Bedeutung. In der Tat trifft das deutsche Strafrecht nicht nur solche Personen, die sich im Inland, sondern auch solche, die sich im Ausland strafbar machen, Deutsche sogar in weitem Maße. Der auf der Exterritorialitätsfiktion beruhende völkerrechtliche Lehrsatz verpflichtet die Staaten, das für Auslandsdelikte geltende Strafrecht anzuwenden, doch nur zu dem Ziele, um diese dem Strafrecht zu ent-

<sup>1)</sup> Die Stelle lautet: „Quare omnino ita censeo placuisse gentibus ut communis mos, qui quemvis in alieno territorio existentem eius loci territorio subiecit, exceptionem pateretur in legatis, ut — qui sicut fictione quadam habentur pro persona mittentium — ita etiam fictione simili constituerentur quasi extra territorium. Unde et civili iure populi, apud quem vivunt, non tenentur.“

<sup>2)</sup> Vgl. Beling, Exterritorialität S. 112 ff.



ziehen. Dieser völkerrechtliche Satz würde aber nur dann seinen Zweck erreichen, wenn ein zweiter Rechtssatz daneben bestände, dahingehend, daß die Aufenthaltsstaaten in ihren Gesetzgebungen ausschließlich das Territorialitätsprinzip walten lassen müßten. Denn da kein Staat gehindert ist, auch den Ausländer im Ausland in weitem Umfange seinem Strafrecht zu unterwerfen, so könnte er eine dem Fiktionssatze ganz entgegengesetzte Wirkung erzielen, ohne gegen ihn zu verstoßen. Ein solcher zweiter Rechtssatz besteht aber ganz sicher nicht. Somit kann meines Erachtens von den Anhängern der Extritorialitätsfiktion die Frage nach der Befreiung vom materiellen Recht nicht aufgeworfen werden: eine Vorschrift, die in der Form der Extritorialitätsfiktion vom Strafrecht befreien sollte, wäre sinnlos.

Die Extritorialitätsfiktion ist aber überhaupt abzulehnen. Sie bot eine passende Formulierung für die strafrechtliche Unverfolgbarkeit der extritorialen Personen nur so lange dar, als man wenigstens die Gerichtsbarkeit allgemein als Ausfluß der Gebietshoheit ansah. Sobald man davon abgeht, ist die Fiktion nicht mehr am Platze; denn sie vermag die Privilegierung nicht auf eine passende Formel zu bringen, mag diese auch nur eine Befreiung von der Gerichtsbarkeit herbeiführen. Bis in die neueste Zeit hinein hat man allgemein angenommen, daß sich die Gerichtsbarkeit eines Staates nur auf die sich im Inland aufhaltenden Personen erstreckt. Erst v. Kries<sup>1)</sup> hat im Jahre 1890 nachgewiesen, daß diese Auffassung für das deutsche Recht unrichtig ist, und hat darzutun versucht, „daß eine derartige Beschränkung der inländischen Gerichtsbarkeit nur dort besteht, wo es sich um dritte Personen handelt, die in einem Prozeß mitzuwirken haben, daß dagegen, wo die Einleitung einer Untersuchung und die Erhebung der öffentlichen Klage gegen einen Beschuldigten in Betracht kommt, prinzipiell gar keine Schranken bestehen, daß hier also Inländer und Ausländer im Inland wie im Ausland gleichmäßig in Betracht kommen. Und dies entspricht auch dem Völkerrecht. Kein Staat darf, ohne in die Gebietshoheit des andern einzugreifen, prozessuale Handlungen auf dessen Gebiete vornehmen; es ist dem Staate also verboten, auf dem Gebiete des

---

<sup>1)</sup> Arch. f. ö. R. (1890) S. 338 ff., vgl. Beling S. 114.



andern Gerichtsbarkeit nach Maßgabe des inländischen Prozeßrechts auszuüben. Dagegen besteht kein völkerrechtlicher Rechtssatz, der einem Staate verböte, sein Prozeßrecht auch gegen solche Personen wirken zu lassen, die sich im Ausland aufhalten, selbst wenn sie Ausländer sind. Folglich können nach inländischem Prozeßrecht, das an sich nur im Inlande gilt, auch Handlungen gegen solche Personen vorgenommen werden, die sich im Auslande aufhalten. So gibt es in der deutschen Strafprozeßordnung zahlreiche Bestimmungen, aus denen mit Sicherheit gefolgert werden kann, daß nach deutschem Prozeßrecht auch ein Verfahren gegen Ausländer, die sich im Auslande aufhalten, zulässig ist. Deshalb könnte gegen den Gesandten, trotzdem er als im Ausland befindlich gilt, noch das Verfahren gegen Abwesende stattfinden, sein inländisches Vermögen beschlagnahmt werden usw. Diese Folgerungen entsprechen aber nicht der tatsächlichen Rechtslage; denn die Exterritorialität befreit gänzlich von der Gerichtsbarkeit; so ist es internationaler Brauch, so auch deutsches Gesetz (vgl. GVG. § 18).

Die Exterritorialitätsfiktion muß also mit ihren Folgen für die Exemption vom materiellen Recht fallen gelassen werden. Der völkerrechtliche Satz, der dem Staate S. die Befreiung der Person X. von seiner Gerichtsbarkeit vorschreibt, heißt nicht: Es soll der Staat S. den X. nicht als auf seinem Gebiete befindlich ansehen, sondern er lautet: es soll der Staat S. den X. von seinem Prozeßrecht befreien. Besteht ein solcher Rechtssatz, dann nennt man die Person „extritorial“.

Die sog. „Exterritorialität“ bewirkt auf jeden Fall eine Befreiung vom Prozeßrecht; ob sie auch eine Exemption vom materiellen Strafrecht herbeiführt, läßt sich nur für jede Kategorie von „Exterritorialen“ getrennt erörtern. Die „Exterritorialität“ wird somit hier nicht als ein einheitliches Rechtsinstitut verstanden, sondern als ein Inbegriff von Exemptionen, eine Summe von Befreiungen, die für eine Personenkategorie größer sein kann als für eine andere. Es muß somit nach Ansicht des Verfassers in dem Falle der Zugehörigkeit einer Person zu einem feindlichen Heere zunächst geprüft werden, ob eine Befreiung von der Strafgerichtsbarkeit gegeben ist, sodann ob ihr auch eine solche vom materiellen Strafrecht verliehen ist.



## II. Die Zugehörigkeit zum feindlichen Heere als persönlicher Strafausschließungsgrund.

### 1. Völkerrecht.

Die Befreiung der Militärperson vom Strafrecht des feindlichen Staates kann sich nur auf Gewohnheitsrecht gründen. Jedes Gewohnheitsrecht beruht auf zwei Voraussetzungen: tatsächlicher Übung und der Rechtsüberzeugung, auf die sich die Gewohnheit gründet. Beide Elemente lassen sich aber nicht so leicht nachweisen wie etwa diejenigen, auf die sich die Exterritorialität der Gesandten gründet. „Es gibt bei der Feststellung des Völkerrechts mehr Schwierigkeiten als in einem andern Gebiete des Rechts. Seine Entstehung beruht vielfach nicht auf bewußter Rechtssetzung, und so ist sein Inhalt in weitem Maße unfertig. . Ein Satz wird aufgestellt, öfter geübt, und so verdichtet er sich allmählich zum Rechtssatze, indem die Überzeugung von seiner verbindlichen Kraft allmählich durchdringt; aber der Augenblick dieser Rechtswerdung ist nicht genau zu bestimmen, und so ist denn eine große Reihe von Sätzen erst noch im Zustande des Werdens. Ihr Dasein ist noch nicht sicher und klar.“<sup>1)</sup> Haben wir es nun mit einem solchen werdenden Rechtssatz zu tun, oder ist der Satz als bestehend sicher erweisbar? Diese Frage wäre zu lösen.

Zunächst ist aber festzustellen, daß der Rechtssatz, der dem Staate die Befreiung der feindlichen Militärperson von seinem Strafrecht vorschreibt, selber bewiesen werden muß. Es ist versucht worden, die Exemption der Militärperson vom materiellen Strafrecht des feindlichen Staates aus einem Generalsatze oder aus allgemeinen kriegsrechtlichen Bestimmungen herzuleiten. Dies ist aber nicht möglich: insbesondere können alle die Tatsachen und Erwägungen die geeignet sind, etwa das Entstehen der Sonderstellung der Militärperson historisch zu erklären, nicht ohne weiteres dazu verwandt werden, um ihr Bestehen nachzuweisen. Sie können nicht als Rechtssätze angeführt werden, aus denen sich dann mit logischer Notwendigkeit der Satz von der Befreiung vom Strafrecht ergibt.

<sup>1)</sup> Zitelmann in „Haben wir noch ein Völkerrecht?“ (1914) S. 19.



a) So wird am häufigsten die Exemption vom Strafrecht mit dem Satze: „Par in parem non habet imperium“ begründet. Das geht natürlich nicht an. Dieser Satz mag, was wir ja dahingestellt sein lassen können, die Übung zur Entstehung gebracht haben, er kann aber nicht als Generalsatz dienen, um den logischen Schluß auf den hier zu beweisenden Satz zu ziehen. Als Beispiel mag hier die Beweisführung Bornhaks<sup>1)</sup> angeführt werden: „Par in parem non habet imperium“, d. h. bei der Gleichberechtigung aller Staaten kann kein Staat gegenüber dem andern eine Herrschaftsgewalt in Anspruch nehmen, wie sie sich z. B. in der Rechtsprechung ausprägt . . . . Was vom Staate gilt, das gilt anerkanntermaßen auch von seinen hervorragendsten Organen, dem Staatsoberhaupte, den diplomatischen Vertretern und von seiner Wehrmacht zu Lande und zu Wasser“. Daraus wird dann die Folgerung gezogen: „Sie sind auch auf dem Gebiete des fremden Staates als exterritorial zu betrachten, werden immer als außerhalb des Gebietes befindlich fingiert. Es kommt gar nicht darauf an, ob sie mit dem Willen des fremden Staates in sein Gebiet eingedrungen sind. Eine Rechtsprechung über die Mitglieder der fremden Wehrmacht hat der Staat nicht.“

Wenn Bornhak aus dem Satze: „Par in parem non habet imperium“ den Spezialsatz folgert: „Par in parem non habet iurisdictionem“, so steht er auf dem Boden der in der Literatur und Rechtsprechung überwiegenden Ansicht.<sup>2)</sup> Diese Ansicht soll hier, ohne nähere Begründung als richtig angenommen werden; der Schluß aber, den B. aus diesem Satze zieht, gibt zu starken Zweifeln Anlaß. Zunächst muß bemerkt werden, daß B. nur die Gerichtsbarkeit eines Staates über den andern verneint, keineswegs aber ausdrücklich feststellt, daß aus diesem Satz auch eine Befreiung vom materiellen Recht zu folgern ist. B. glaubt offenbar, daß eine Ausnahmestellung gegenüber der Gerichtsbarkeit eine Befreiung vom materiellen Recht zur Folge hat, und wähnt demnach, diese Folge mit dem Begriff der Exterritorialität gekennzeichnet zu haben. Diese schon oben bekämpfte Ansicht, die ja

---

<sup>1)</sup> K. Bornhak, „Die Rechtsprechung des feindlichen Staates über Kriegsgefangene“: (Schwarzer) Tag vom 8. Dezember 1914.

<sup>2)</sup> Vgl. v. Liszt, Völkerrecht S. 69.



allerdings nicht offen ausgesprochen wird, ist auch an dieser Stelle zurückzuweisen. Deshalb müßte es seitens B. unternommen werden, nachzuweisen, daß der Satz von der Gleichberechtigung aller Staaten auch eine Befreiung des einen Staates vom materiellen Recht des andern zur Folge hat. Dies hat aber B. aus den Gründen, die oben erwähnt sind, unterlassen. Weitaus schwerer wiegt der Einwand, der dagegen zu erheben ist, daß B. von der „Exterritorialität“ des Staates auf die „Exterritorialität“ der Organe des Staates einen Schluß zieht. Was vom Staate gilt, gilt noch lange nicht „anerkanntermaßen“ auch von seinen „Organen“. Einerseits ist das Heer keineswegs Organ im technischen Sinne; andererseits würde aber aus der Organschaft gar nicht die „Exterritorialität“ folgen, da Organe (im technischen Sinne) nur ganz vereinzelt „exterritorial“ sind.<sup>1)</sup> So ist z. B. der Reichskanzler nicht „exterritorial“, müßte es aber nach B. sein, da er zu den „hervorragendsten“ Organen des Reiches gehört. Dasselbe wäre vom Reichstag zu sagen. Dies genügt, um festzustellen, daß die Auswahl der Staatsorgane, die „exterritorial“ sind, wie sie hier getroffen ist, rein willkürlich und von keinem höheren Rechtsstandpunkt aus getroffen ist. Das Heer verkörpert die Machtfülle des Staates; diese rein ideelle Erwägung mag zu der tatsächlichen Übung geführt haben, daß die Angehörigen des Heeres, nachdem sie gefangen worden sind, nicht mehr wegen Taten, die sie vorher begangen haben, verfolgt werden. Daß wie bei der Schaffung jeder Art von Exemtionen, so auch bei derjenigen der Befreiung feindlicher Truppenkörper, rein politische und nicht rechtliche Erwägungen maßgebend waren, daß die einzelnen Arten von Exterritorialität nicht aus einem höheren Prinzipie hergeleitet sind

<sup>1)</sup> Zwar wird die „Exterritorialität“ des Souveräns aus diesem Satze vielfach hergeleitet; vgl. z. B. Loening, „Gerichtsbärkeit über fremde Staaten“ S. 143 ff. (Dagegen Beling, Exterritorialität S. 126 ff., wo auch weitere Literaturangaben zu finden sind.) Doch trifft der hier angeführte Grund, der Monarch repräsentiere die Staatsgewalt, sei der persönliche Träger der Souveränität seines Staates, keinesfalls auf das Heer zu; wären alle Vertreter des Staates exterritorial, dann brauchte die exterritoriale Stellung des Souveräns doch gar nicht immer besonders hervorgehoben zu werden. Daran, daß dies geschieht, sieht man, daß der Souverän und die übrigen Vertreter des Staates, die exterritorial sind, hier eine Sonderstellung einnehmen.



und von Rechts wegen gelten, ist klar. Diesen politischen Gründen muß später noch genauer nachgeforscht werden. Hier genügt die Feststellung, daß der von B. angeführte Grund kein Rechtsgrund ist.

Eine ähnliche Motivierung wie bei B. finden wir in dem Plädoyer von Weiß, das dieser am 6. Mai 1909 vor dem Haager Schiedsgericht gehalten hat.<sup>1)</sup> Weiß verkennt nicht, daß der Staat in dem von einem fremden Heere besetzten Gebiete die Staatsgewalt von Rechts wegen behält. Doch könne das fremde Heer dieser Staatsgewalt nicht unterworfen sein. Die Ableitung dieses Satzes erfolgt fast in gleicher Weise wie bei B. aus dem Prinzip der Unabhängigkeit der Staaten: „Le corps expéditionnaire emporte avec son drapeau la souveraineté de l'état, qui lui confie le soin de le défendre: c'est l'état lui-même qui est en marche et cet état ne peut dépendre d'un autre état.“

Ähnlich äußern sich Garraud<sup>2)</sup> (L'armée expéditionnaire est un démembrement de l'état, auquel elle appartient“) und Berner<sup>3)</sup> („Das Heer ist der wirkliche Träger der Souveränität des Staates, dessen nach außen gewendete Macht“). Denselben Ideen huldigt auch Pietri:<sup>4)</sup> „Les troupes de l'état représentent au plus haut degré sa souveraineté; elles sont cette souveraineté matérialisée et agissante.“

Noch eine andere Argumentation, die ebenfalls zugleich die strafrechtliche Exemption des Heeres im Frieden und im Kriege dartun soll, stützt sich darauf, daß das Heer im fremden Lande unter eigenem Recht steht. Es werden hier regelmäßig die Sätze zitiert: „Où est le drapeau, là est la France“, „der Soldat trägt sein

<sup>1)</sup> Ein Auszug aus diesem Plädoyer wird aus dem Sitzungsprotokoll des Schiedsgerichts von K. Strupp in Niemeyers Zeitschr. f. intern. Recht XXV, 360 ff. mitgeteilt. Ausführlichere Mitteilungen bei Gilbert Gidel, „L'arbitrage de Casablanca“ in der „Revue générale de droit international public“ XVII (1910), p. 385 ff.

<sup>2)</sup> Droit pénal français<sup>2</sup> t. 1 p. 274. Garraud folgert daraus sonderbarerweise, daß das von französischen Truppen besetzte Gebiet vom Standpunkt des französischen Strafrechts Inland sei. Dagegen Beling, Exterritorialität S. 114, 163.

<sup>3)</sup> Wirkungskreis des Strafgesetzes S. 215.

<sup>4)</sup> Étude S. 374.



Strafrecht im Tornister“. <sup>1)</sup> Auch hier wirkt die irrtümliche Anschauung mit, daß der Soldat, weil er unter dem Gesetze seines Staates steht, nicht auch unter dem des Aufenthaltsstaates stehen könne. Die falsche Vorstellung, als ob eine und dieselbe Person nicht dem Strafrecht mehrerer Staaten unterstehen könne, ist schon oben widerlegt worden. Hier ist im besonderen noch zu sagen: Einen völkerrechtlichen Rechtssatz, daß der Soldat nur unter dem Rechte seines eigenen Staates stehe, kann es gar nicht geben, da es überhaupt an einem Rechtssatze mangelt, der ihn unter das heimische Strafrecht stellt. Wenn alle Staaten allgemein die im Ausland bei den Fahnen weilenden Militärpersonen unter das heimische Strafrecht stellen, geradeso als ob sie sich im Inlande aufhielten, so tun sie das aus Gründen der Opportunität, und nicht weil ein völkerrechtlicher Rechtssatz sie dazu zwingt. Ebenso wenig aber wie § 4 StGB. den Ausländer den Strafbestimmungen seines Staates entzieht, die die Angehörigen des eigenen Staates wegen hochverräterischer Handlungen gegen das Deutsche Reich bedrohen, ebensowenig entzieht z. B. § 7 MStGB. den deutschen Soldaten, der in Frankreich sich aufhält, dem französischen Strafrecht. Daher können § 7 MStGB., § 160 Code de justice militaire und ähnliche Bestimmungen nicht zur Beweisführung herangezogen werden. <sup>2)</sup> Coester <sup>3)</sup> formuliert dies so: „Wir bestrafen, weil unser militärisches Interesse an Aufrechterhaltung von Zucht und Ordnung und Disziplin in unserem Heere das überall fordert, nach unserm Recht strafbare Handlungen unserer Militärpersonen unter den angegebenen Voraussetzungen ohne Rücksicht darauf, ob sie im Inland oder im Ausland begangen sind; denn wir müssen auch bei unseren im Ausland befindlichen Militärpersonen Zucht, Ordnung und Disziplin gewahrt wissen. Mehr hat wahrscheinlich jener alte Satz vom Strafgesetzbuch im Tornister auch nicht bedeuten sollen. Natürlich scheiden wir dann auch folgerichtig, da wir nur ein Recht zur Anwendung bringen können, mit der An-

<sup>1)</sup> Dieser Satz wird von Heilfron, DJZ. L, 43 und Gerbaulet, „Bestrafung von Kriegsgefangenen wegen vor der Gefangennahme im Auslande begangener Straftaten“: DJZ. XXI Sp. 185 zitiert.

Argumente bei Pietri, Étude S. 330 und de Heyking, L'extritorialité S. 156.

<sup>2)</sup> Ebenso Beling DJZ. XX, 131.

<sup>3)</sup> DStrafrZ. II, 50.



wendung unseres Rechts das ausländische aus. Wie aber das Ausland sich zu solchen in seinem Gebiet geschehenen Taten unserer Militärpersonen stellt, müssen wir naturgemäß ihm überlassen.“

Die oben dargelegten Begründungen geben der strafrechtlichen Immunität der Truppen im Kriege dieselbe Rechtsgrundlage wie ihrer Immunität im Frieden. So erklärt Weiß, daß kein Unterschied zu machen sei zwischen kriegerischer und friedlicher Besetzung fremden Gebietes. Eine Besetzung gegen den Willen des fremden Staates müsse dieselben Rechte geben wie eine solche, die mit seinem Willen geschieht. Auch Bornhak behauptet, daß der Satz: *Par in parem* usw. im Frieden wie im Kriege gelte, und zieht daraus den Schluß, daß auch für die Truppenkörper im Kriege die Folge der „Exterritorialität“ sich ergebe. Die Behauptung, daß der Grundsatz der Gleichheit auch im Kriege nicht aufhört, gibt aber zu Zweifeln Anlaß. Gerade neuerdings wird von Goldschmidt<sup>1)</sup> die Ansicht vertreten, „daß dem Satze: *Par in parem non habet iurisdictionem*, „die Maßgabe in *pace* hinzuzufügen“ ist. Diese Ansicht wird mit dem Rechtsschutzinteresse des eigenen Staates begründet, das im Kriege das „rein formale Interesse der Reinhaltung eines völkerrechtlichen Begriffes“ überwiegt. Keineswegs gleichgültig ist aber, ob der Truppenkörper mit oder gegen den Willen des fremden Staates dessen Gebiet betritt, muß doch in Friedenszeiten nach einer weitverbreiteten Ansicht der Aufenthalt seitens des fremden Staates sogar ausdrücklich bewilligt sein. Es wird also die strafrechtliche Befreiung an eine Voraussetzung geknüpft, die im Kriege zweifellos wegfällt. Die Betrachtung der Ungleichheit der Voraussetzungen der „Exterritorialität“ im Kriege und der im Frieden legt also den Gedanken nahe, die „Exterritorialität“ der feindlichen Militärpersonen auf eine besondere, durch den Krieg geschaffene Rechtslage zurückzuführen. Hierher gehört die Erwägung, daß das feindliche Heer „sich bewußt im Widerspruch mit der rechtmäßigen Gewalt setze und die Staatsgewalt und die von ihr erlassenen Gesetze demnach nicht An-

<sup>1)</sup> „Recht und Wirtschaft“ 4. Jahrg. No. 10, S. 244 ff. Da oben bereits gezeigt ist, daß die Exterritorialität des Heeres unmöglich aus dem zitierten Satze gefolgert werden kann, braucht hier auf die Kontroverse nicht näher eingegangen zu werden.



wendung finden können“. <sup>1)</sup> Diese Erwägung ist aber falsch; denn es hängt ja gar nicht vom Willen des besetzenden Staates ab, ob diese Gesetze sich auf ihn erstrecken sollen oder nicht. Es kann zwar der besetzende Staat das bisher geltende Strafrecht für das okkupierte Gebiet außer Kraft setzen, so daß diese Gesetze nicht mehr in dem Gebiete für die Zeit der Okkupation gelten. Hieraus folgt aber nicht, daß das Strafrecht des okkupierenden Staates nicht mehr auf solche Handlungen, die im okkupierten Gebiet begangen sind, Anwendung finden kann. Darauf allein aber kommt es hier an. Somit schlägt auch der Versuch fehl, die Exemption vom Strafrecht daraus zu erklären, daß im krieglerisch besetzten Gebiete die gesetzmäßige Gewalt tatsächlich in die Hände des feindlichen Staates übergegangen ist.

Es bleiben endlich noch die dahin zielenden Versuche übrig, die Nichtverfolgbarkeit der Kriegsgefangenen wegen früherer Straftaten aus dem Kriegsgefangenenrecht zu begründen. Hierhin gehören in erster Linie die Versuche von Arndt und Ghiron, durch Auslegung der Konventionen betreffend die Gebräuche des Landkriegsrechts neue Argumente zu gewinnen. Arndt, <sup>2)</sup> der übrigens nicht streng genug zwischen Gerichtsbarkeit und materiellem Recht unterscheidet, geht davon aus, daß das Wesen der Kriegsgefangenschaft im heutigen Recht lediglich in einer tatsächlichen Beschränkung der natürlichen Freiheit besteht, ausschließlich zu dem Zwecke, um die Rückkehr in den feindlichen Staat und eine fernere Teilnahme am Kriege zu verhindern. Aus dem allgemein anerkannten Satz, daß Kriegsgefangenschaft nur Sicherungsgefangenschaft sei, ist aber entgegen Arndt nicht zu folgern, daß wegen vorher begangener Straftaten nicht bestraft werden darf. Sicherungsgefangenschaft bedeutet eben den Gegensatz zur Strafgefangenschaft, d. h. der Gefangene ist nicht etwa wie ein Strafgefangener zu halten, seine Freiheit soll nicht mehr beschränkt werden, als unbedingt erforderlich ist, um ihn unschädlich zu machen. Mehr bedeutet dies nicht.

Arndt geht von der Voraussetzung aus, daß die Regelung des Kriegsgefangenenrechts eine ausschließliche ist. Es sind dem Nehmestaat nur ganz bestimmte Rechte gegenüber den Gefangenen

<sup>1)</sup> Heilfron a. a. O.

<sup>2)</sup> Bl. f. vgl. R. w. X, 262 ff. (Ziff. VI).



gegeben. Darin kann man Arndt vielleicht beitreten.<sup>1)</sup> Wenn Arndt aber nun den Satz aufstellt, daß dem Nehmestaat nur das Recht übertragen sei, die Kriegsgefangenen wegen der während der Gefangenschaft begangenen Straftaten zu bestrafen, nicht dagegen das Recht, sie wegen vor Gefangennahme begangener Straftaten zu strafen, so mag dies an sich auch richtig sein; nur ist dazu zu sagen, daß über die Bestrafung von Kriegsgefangenen wegen früherer Straftaten gar nicht das Kriegsgefangenenrecht entscheiden kann, soweit es sich wenigstens um das materielle Strafrecht handelt. Arndt selbst gibt zu, daß durch die Nichtaufnahme einer dem Art. 59 der Kriegsartikel der Vereinigten Staaten von Amerika <sup>2)</sup> entsprechenden Bestimmung in das Haager Landeskriegsabkommen die Frage nach der Verfolgbarkeit wegen früherer Straftaten noch nicht negativ entschieden sei; wenn nämlich die feindlichen Militärpersonen dem Strafrecht des Staates unterliegen, der sie später gefangennimmt, so wird die Strafberechtigung keineswegs infolge der Kriegsgefangenschaft erlöschen, und es bedarf nicht noch einmal eines bekräftigenden Hinweises darauf, daß sie aufrechterhalten bleibt. Die Unterstellung unter das Strafrecht des Nehmestaates wegen strafbarer Handlungen, die gar nicht während der Kriegsgefangenschaft begangen sind, kann eben nicht unter die Normen des Kriegsgefangenenrechts fallen. Diese Handlungen hat die feindliche Militärperson, nicht aber der Kriegsgefangene begangen. Die Kriegsgefangenschaft spielt hier eine rechtlich unerhebliche Rolle; sie gibt dem Staate nur die tatsächliche Macht, das Unrecht zu ahnden. Die Frage nach der Verfolgbarkeit dieser Handlungen bleibt stets dieselbe, mag die Person kriegsgefangen sein, mag der Krieg überhaupt ein Ende gefunden und dieselbe Person nunmehr als Zivilist auf einer Vergnügungsreise den Boden des früher feindlichen Staates betreten. Somit ist die Problemstellung Arndts anzufechten. Meines Erachtens ist es also nicht richtig, zu sagen, daß die Kriegsgefangenen nicht wegen früherer Straftaten verfolgt werden können, weil eine

<sup>1)</sup> Gegen diese Theorie vom *numerus clausus*: Fr. Oppler: Z. f. ges. Strafw. XXXVII, 866. Beide Ansichten führen zu demselben Resultat, wie im Text ausgeführt wird: die Frage, die uns hier beschäftigt, ist in der Tat in der LKO. offengelassen.

<sup>2)</sup> Siehe unten S. 57.



Bestimmung im Kriegsgefangenenrecht fehlt, die eine strafrechtliche Verfolgung wegen dieser Taten zuläßt. Es gibt nur zwei Möglichkeiten: entweder die feindliche Militärperson ist strafbar, dann bedarf es keiner Sonderbestimmung, die die Strafbefugnisse auch gegen den Kriegsgefangenen aufrechterhält; oder sie ist nicht strafbar, dann ist die Bestimmung, welche die Verfolgung ausdrücklich verbietet, ohne jede Bedeutung. Somit wäre es verfehlt, eine Freistellung oder Nichtfreistellung vom Strafrecht innerhalb der Normen, welche die Verhältnisse der feindlichen Militärperson als eines Kriegsgefangenen zum Nebenstaat betreffen, zu suchen.

Die Ausführungen von Ghiron<sup>1)</sup> sollen dazu dienen, einen neuen und eigenartigen Beweis für diese These zu liefern, und zwar wird von Ghiron deutlich ausgesprochen, daß es sich hier nicht nur um einen Mangel an der Gerichtsbarkeit, sondern auch um eine Freistellung vom materiellen Recht handelt. Ghirons Beweisführung geht von dem oben dargestellten falschen Ausgangspunkt aus. Schon der Titel des Aufsatzes „Völkerrechtliche Grundlagen der Staatsgewalt gegenüber Kriegsgefangenen“ beweist es; denn aus den über diese Grundlagen von ihm aufgestellten Rechtssätzen heraus will er beweisen, daß die Kriegsgefangenen wegen früherer Straftaten nicht dem Strafrecht des Nehmestaates unterliegen. Ghiron führt in seinem komplizierten Beweise Argumente ins Feld, die als kühne, ihrerseits wieder beweisbedürftige Hypothesen anzusprechen sind. Die Grundzüge der Beweisführung sind folgende. Alle diejenigen Vorschriften, die dem Zweck der Sicherung dienen, bilden ein Sonderrecht. Neben diesem Sonderrecht liegt ein Gebiet des sog. modifizierten Rechts, das alle diejenigen Rechtsverhältnisse regelt, die das Leben des Kriegsgefangenen mit sich bringt. Dieses qualifizierte Recht, dessen Ursprung im Sonderrecht liegt, kann diesen Ursprung nicht verleugnen und sich nur auf Verhältnisse erstrecken, die mit dem unfreiwilligen Aufenthalt in Beziehung stehen. Soweit Sonderrecht und qualifiziertes Recht nicht gelten, ist Normalrecht anzuwenden. Dieses Normalrecht ist das Heimatrecht. Jeder Staat hat nämlich einen Anspruch, seine Angehörigen unter eigenem Recht zu behalten, einen Anspruch, auf

---

<sup>1)</sup> Ghiron: Bl. f. vgl. Rw. XI.



den jeder Staat unter drei Voraussetzungen Verzicht leistet: 1. Friedliche Mitarbeit aller Staaten, 2. Proportionalität zwischen den Rechtsordnungen der Kulturstaaten, 3. Freiheit des Staates, die Freizügigkeit des eigenen Angehörigen zu beschränken, der die Voraussetzung entspricht, daß der einzelne jedenfalls nie gegen eigenen Willen vom fremden Staat auf fremdes Gebiet geführt werden kann. Mit einer dieser Voraussetzungen fällt auch der Verzicht weg. In diesem Falle, der während eines Krieges stets eintreten wird, kann jeder Staat also verlangen, daß der fremde Staat Heimatrecht für seine Angehörigen im fremden Lande gelten läßt. Daraus ist der Schluß zu ziehen: Das subsidiär geltende Normalrecht bewirkt also eine Suspendierung der Rechtspflege des Aufenthaltsstaates sowohl nach der Seite des formellen wie auch des materiellen Rechtes hin. Der Staat soll die Gefangenen bei Rechtsanwendung und bei Gerichtsbarkeitsausübung so behandeln, als wären sie noch im Heimatstaate. Der Kriegsgefangene ist also, soweit nicht Sonderrecht oder qualifiziertes Recht Platz greifen, „exterritorial“. Ein Fall, in dem dieses Recht zur Anwendung gelangt, ist gegeben, wenn der Kriegsgefangene eine strafbare Handlung vor Gefangennahme begangen hat. Ghiron unterscheidet zwischen einer auf Befehl ausgeführten und einer freiwilligen Handlung. Der erste Fall sei hier überhaupt auszuschalten; denn eine befohlene Handlung, selbst wenn sie völkerrechtswidrig ist, sei straflos.<sup>1)</sup> Im zweiten Fall ist so zu entscheiden, als ob der Verbrecher im Heimatsstaate wohne, also finde Heimatsrecht Anwendung. Gegen den Ausgangspunkt, der den ganzen Beweis auf eine falsche Basis stellen dürfte, ist oben schon hinreichend gesagt worden. Hier genügt die Feststellung, daß einzelne Punkte des Beweises anfechtbar sind; vor allem ist es zweifelhaft, ob es einen Satz gibt, der dem einzelnen Staate das Recht verleiht, seine Angehörigen bei Ausschluß fremden Rechts unter eigenem Recht zu behalten; auch der gewohnheitsrechtliche Verzicht auf die aus diesem Satz sich ergebenden Rechtsfolgen ist nicht bewiesen. Alles dies hat den Anschein einer allzu künstlichen Konstruktion, die noch selber des Beweises harrt.

---

<sup>1)</sup> In dieser allgemeinen Formulierung ist das nicht richtig. Siehe oben S. 27 ff.



Ist nun festgestellt, daß über das Entstehen einer Strafbefugnis gegen die Militärperson vor ihrer Gefangennahme nicht Vorschriften, die den Kriegsgefangenen als solchen betreffen, entscheiden können, so wäre es doch denkbar,<sup>1)</sup> daß umgekehrt eine Vorschrift besteht, die den Kriegsgefangenen wegen solcher Straftaten, die er während der Gefangenschaft begangen hat, vom Strafrecht des Nehmestaates dann freigibt, wenn er zu seinem Heere zurückkehrt. Es könnte dann daraus, daß die Rückkehr zum Heere die Strafe wieder aufhebt, gefolgert werden, daß die Zugehörigkeit zum Heer von vornherein die Bestrafung ausschließt. So könnte also von der Straflosigkeit des Kriegsgefangenen wegen Verbrechen, deren er sich während der Kriegsgefangenschaft schuldig gemacht hat, auf die Straflosigkeit von vor der Gefangenschaft begangenen Verbrechen geschlossen werden. Hier kommt der Art. 8 Abs. 2 in Betracht, und in der Tat wird diese Vorschrift von Bornhak<sup>2)</sup> zum Beweise seiner Ansicht herangezogen: „Entwichene Kriegsgefangene, die wieder ergriffen werden, bevor sie ihr Heer erreicht oder das Invasionsland verlassen haben, unterliegen disziplinarischer Bestrafung. Werden sie aber nach gelungener Flucht von neuem gefangen, so ist eine Bestrafung wegen der früheren Flucht ausgeschlossen; d. h. also: die Verantwortlichkeit des Kriegsgefangenen gegenüber der Gewalt des feindlichen Staates beginnt erst mit dem Augenblick der Gefangennahme. Dies gilt selbst dann, wenn er schon einmal Gefangener war, um wieviel mehr für die Zeit, für die er noch durch die Exterritorialität seiner Kriegsmacht gedeckt war.“ Im Zusammenhang mit dieser Vorschrift wird von Rissom<sup>3)</sup> Art. 31 Haager Konvention zitiert, der bestimmt, daß ein Spion, der zu seinem Heere zurückgekehrt ist und später vom Feinde gefangen genommen wird, für die früher begangene Spionage nicht verantwortlich gemacht werden kann. Art. 31 und Art. 8 stimmen in der Tat darin überein, daß sie die erneute Zugehörigkeit zum eigenen Heer als eigentümlichen Strafaufhebungsgrund festsetzen; sie unterscheiden sich darin, daß es sich in Art. 8 um ein während der Gefangenschaft, in Art. 31 um ein vor der Gefangenschaft begangenes Delikt handelt. Ein Unterschied, der

<sup>1)</sup> Vgl. zum Folgenden Rissom: Ztschr. f. d. ges. Strafrw. XXXVI, 591.

<sup>2)</sup> Im (schwarzen) Tag vom 8. Dezember 1914.

<sup>3)</sup> a. a. O.



allerdings für unsere Betrachtung unwesentlich ist; trotzdem aber muß Art. 31 hier deshalb außer acht bleiben, weil er einen Fall behandelt, in welchem eine feindliche Militärperson, die nicht kriegsgefangen ist, zweifellos dem Strafrecht des feindlichen Staates unterliegt. Dies zeigt Art. 30 in Verbindung mit Art. 29, 2, nach welchem eine in Zivilkleidung auskundschaftende Militärperson, die auf frischer Tat ergriffen wird, wegen Spionage „nicht ohne vorausgegangenes Urteil bestraft werden“ darf. Es handelt sich um einen durchaus schon gewohnheitsrechtlich anerkannten Fall, in welchem Bestrafung zulässig ist. Art. 31 kommt hier also nicht in Betracht. Aus Art. 8, 3 aber läßt sich kein Prinzip konstruieren; es bleibt ein vereinzelter Fall. So entgeht z. B. die Person, der die Flucht gelungen ist, nur der wegen der Flucht verwirkten Disziplinarstrafe (vgl. Art. 8, 2), nicht aber der Strafe, die wegen eines während der Flucht begangenen Verbrechens<sup>1)</sup> verwirkt ist. Rissom<sup>2)</sup> weist darauf hin, daß eine Verallgemeinerung des Art. 8 um so weniger am Platze ist, als der Art. 12 einen anderen Fall im gegenteiligen Sinn entscheidet. Wenn der auf Ehrenwort entlassene Kriegsgefangene sich wiederum am Kampfe gegen den feindlichen Staat beteiligt, wird er wegen Bruchs seines Ehrenwortes bestraft. Hierin sieht Rissom mit Recht ebenfalls einen völkerrechtlichen anerkannten Fall, wo Kriegsgefangene für ihr Verhalten beim Feinde verantwortlich gemacht werden können.

Aus den Bestimmungen über das Kriegsrecht lassen sich also nicht Argumente für eine Befreiung gewinnen; damit ist die Reihe der wesentlichsten Argumente, die für eine Exemption der feindlichen Militärperson vom Strafrecht angeführt werden, geschlossen. Es hat sich gezeigt, daß das Vorhandensein eines Satzes, der den Staaten die Freistellung der feindlichen Militärperson von ihrem materiellen Strafrecht vorschreibt, nicht aus anderen Sätzen logisch gefolgert, auch nicht als Prinzip aus einzelnen Bestimmungen des Kriegsvölkerrechts gewonnen werden kann, sondern es stellt sich die Notwendigkeit heraus, nachzuweisen, daß dieser Satz für sich gewohnheitsrechtlich besteht.

<sup>1)</sup> Vgl. Strupp: LKO. A. II zu Art. 8 LKO.; Meurer a. a. O. S. 133.

<sup>2)</sup> A. a. O.



b) Nach Ansicht des Verfassers existiert ein solcher Gewohnheitsrechtssatz, kraft dessen die Militärperson vom Strafrecht des feindlichen Staates befreit ist. Er steht nicht selbständig neben dem Satze da, der die strafrechtliche Exemption fremder Truppenkörper betrifft, sondern es handelt sich um denselben Satz. Diese Ansicht nähert sich der oben S. 39 ff. dargelegten, die von Bornhak, Weiß, Pietri vertreten wird, daß Truppenkörper im Frieden wie im Kriege der Strafgewalt fremder Staaten nicht unterliegen. Sie unterscheidet sich aber von der oben besprochenen Ansicht in einem wesentlichen Punkte. Verfasser leitet sie nicht aus dem Satze par in parem usw. her; die Bedenken, die gegen diese Ableitung zu erheben sind, wurden ja bereits oben ausgesprochen und bedürfen keiner näheren Ausführung an dieser Stelle mehr. Es ist also eine einzige Grundlage zugleich für die uns hier nicht unmittelbar interessierende Exemption zu Friedenszeiten und diejenige im Kriege zu finden. Diese Grundlage ruht in einem Satze des Gewohnheitsrechts, der durch eine auf Rechtsüberzeugung gerichtete Übung entstanden ist. Die Prüfung wird unten ergeben, daß die Staatenpraxis unserm Satze nicht ungünstig ist.

Bevor der Versuch unternommen wird, die auf tatsächlicher Übung entstandene strafrechtliche Befreiung von Truppenkörpern auch im Kriege nachzuweisen, sollen vorher noch einige Einwände, die erhoben werden könnten, zurückgewiesen werden.

Es handelt sich darum, daß dem fremden Truppenkörper ja der Aufenthalt bewilligt sein muß. Dieser Einwand könnte also schon die Ansicht umstoßen, daß der Rechtssatz, der die Befreiung fremder Truppenkörper ausspricht, auch feindliche Truppenkörper betrifft. Ein solcher Gegengrund ist aber nicht durchschlagend. Die Bewilligung ist nicht der Grund der Exterritorialität. Die ganz vereinzelt vertretene Meinung, daß die Aufenthaltsbewilligung zugleich die Bewilligung der Exterritorialität enthalte, ist zurückzuweisen.<sup>1)</sup> Der Staat, der einem fremden Heere den Aufenthalt erlaubt, ist völkerrechtlich verpflichtet, dem Heere auch die „Exterritorialität“ zu gewähren. Es handelt sich nicht etwa nur um eine Regel für die Auslegung einer staatlichen Willenserklärung. Wenn nun trotzdem die Bewilligung zur Vor-

<sup>1)</sup> Vgl. z. B. Beling: DJZ. XX, 131.



aussetzung der Exterritorialität gemacht ist, so hat dies seinen guten Grund. Der Staat, der gewaltsam in ein fremdes Gebiet einbricht und dieses besetzt hält, soll nicht noch ein Vorrecht beanspruchen dürfen. Ähnlich liegt es ja im Gesandtenrecht; nur der vom Empfangsstaat genehmigte Gesandte ist nach Völkerrecht zum Gesandten bestellt und kann „exterritorial“ sein. Der Staat zwar, der in Friedenszeiten fremdes Gebiet durch sein Heer besetzen läßt, verstößt gegen die Völkerrechtsordnung, nicht aber der Staat, der zu Kriegszeiten fremdes Gebiet okkupiert. Dieser Staat handelt nicht rechtswidrig. Ob der Krieg mit oder ohne Grund erklärt wird, ist gleichgültig; das Rechtsverhältnis, welches Krieg genannt wird, gestattet dem Feinde in jedem Falle, das feindliche Gebiet zu besetzen. Es fällt also eine Voraussetzung der „Exterritorialität“ zu Friedenszeiten nicht ohne weiteres fort, sondern sie wird ersetzt durch den Kriegszustand selber.

Aber noch ein anderer Einwand könnte erhoben werden: die Ausnahmestellung kann doch nur zu Friedenszeiten gegeben sein. Alle die sogenannten Exterritorialitäts-Privilegien haben ihren letzten Grund in dem Zwecke, die friedlichen Beziehungen zwischen den Staaten aufrechtzuerhalten; im Augenblick, wo der eine Staat den andern bekämpft, fällt dieser Zweck nicht nur weg, sondern es wäre doch auch geradezu sinnlos, noch besondere Privilegien zu gewähren. Darauf wäre zu erwidern, daß ja die Immunität als gegenseitiges Zugeständnis auch im eigenen Interesse jedes Staates liegt. Außerdem aber ist sie nicht nur zugunsten des feindlichen Staates, sondern auch zugunsten des einzelnen Soldaten gegeben; der Soldat vor allem bedarf dieses Schutzes, damit er vor ungerechten Urteilen bewahrt bleibt.

Weiter aber könnte noch eingewendet werden: wenn alles daran gesetzt wird, um die feindliche Wehrmacht zu vernichten, wird doch dem Strafrichter nicht zugemutet werden dürfen, sie zu schonen.<sup>1)</sup> Dieser Einwand wäre aber gleichfalls nicht stichhaltig. Mit Recht bemerkt Harburger,<sup>2)</sup> daß „es wohl keine ungeeigneteren Vergleichsobjekte als die kriegerische Vernichtung von Militärpersonen auf der einen Seite und die Aburteilung von strafbaren Handlungen auf der andern“ gibt. Der Soldat, der

<sup>1)</sup> Vgl. Beling: Exterritorialität S. 138.

<sup>2)</sup> Kritische Vierteljahrsschrift 1898, S. 138.



täglich sein Leben aufs Spiel setzt, hat einen Anspruch darauf, davor geschützt zu werden, daß er als Verbrecher gebrandmarkt wird.

Die Staatenpraxis kann, wie in allen übrigen Fällen persönlicher Exemtionen (der sog. Exterritorialität), als Erkenntnisquelle nur eine Befreiung von der Gerichtsbarkeit ergeben; es wird sich später zeigen, daß die tatsächliche Übung eine Befreiung auch vom materiellen Recht nicht positiv zu erkennen gibt, sondern daß sie nur in dem Sinne erforscht werden kann, ob sie einer materiell strafrechtlichen Exemtion nicht etwa ungünstig ist. Das letzte Wort hat die Theorie; diese nimmt aber gerade die aus der Praxis ersichtliche Befreiung vom Prozeßrecht zum Ausgangspunkt, von dem aus sie auf die Befreiung vom materiellen Recht, die ebenfalls durch die Praxis erzeugt ist, sich in ihr aber nicht auf gleiche Weise kundgibt, schließt. Es ist also zunächst die Befreiung vom Prozeßrecht nachzuweisen, wie schon einmal (S. 37) betont ist.

α) Prüft man nun zunächst die Praxis nur hinsichtlich einer Befreiung von der Gerichtsbarkeit, so sieht man, daß im besetzten Gebiete die Aburteilung der Militärpersonen des besetzenden Staates durch die Gerichte dieses Staates erfolgt. Beispiele finden sich bei Pietri;<sup>1)</sup> doch daraus darf ja nicht ohne weiteres auf eine den besetzenden Staat ausschließlich vorbehaltene Gerichtsbarkeit über diese Militärpersonen geschlossen werden; denn es können diese Personen einer zweifachen Gerichtshoheit unterstehen. Das ist oben bereits erörtert worden. An sich könnten also auch die Gerichte des besetzten Staates, die vom besetzenden Staate in ihren Funktionen belassen sind, über Strafhandlungen der feindlichen Militärpersonen entscheiden. So hält Beling<sup>2)</sup> die Aburteilung durch die Gerichte des gegnerischen Staates für zulässig: „Wenn beispielsweise ein Soldat der okkupierenden Armee bei einem Einbruchsdiebstahl oder einem Sittlichkeitsverbrechen von den Sicherheitsbeamten des gegnerischen Staates abgefaßt würde, so würde seine Verhaftung und Aburteilung sowie die Strafvollstreckung gegen ihn mit Fug von den Gerichtsbehörden des Aufenthaltsstaates erfolgen können.“

<sup>1)</sup> Étude S. 375.

<sup>2)</sup> Exterritorialität S. 138.



Wie kommt es aber nun, daß trotzdem regelmäßig ausschließlich die Gerichte des besetzenden Staates urteilen und die Gerichte des besetzten die Gerichtsbarkeit nicht in Anspruch nehmen? Wohl doch nur um deswillen nicht, weil die Rechtsanschauung herrscht, die Gerichte des besetzenden Staates seien ausschließlich berufen, über die Angehörigen der Okkupationsarmee zu urteilen. Nach Belings Ansicht besteht eine Jurisdiktionskonkurrenz; nach welchen Regeln aber entscheiden sich nun Kompetenzkonflikte?<sup>1)</sup> Eine solche Regel fehlt; sie müßte aber doch bestehen, da zwei Staaten die Gerichtsbarkeit auf demselben Gebiete ausüben, beide also tatsächlich in der Lage sind, die Delinquenten vor ihre Gerichte zu ziehen.

Dafür, daß ein Gewohnheitsrecht hier besteht, kraft dessen die Okkupationsarmee ausschließlich unter der Gerichtsbarkeit des okkupierenden Staates steht, läßt sich außerdem eine Entscheidung eines internationalen Schiedsgerichts anführen; denn die tatsächliche Übung kann sich auch in den Entscheidungen dieser Gerichte kundgeben, und zwar wird einer solchen Entscheidung eine besonders hohe Bedeutung zukommen.

Das Schiedsgericht, das zur Entscheidung des sog. Casablanca-falles auf Grund eines Deutsch-Französischen Vertrages vom Jahre 1908 eingesetzt wurde, erließ am 22. Mai 1909 eine Entscheidung, die für uns von Belang ist.<sup>2)</sup> Es handelte sich im wesentlichen darum, daß Deutschland in Marokko, also in einem Lande, wo es, auf Grund einer sog. Kapitulation, die Gerichtsbarkeit über deutsche Untertanen durch seine Konsuln ausübt, über

<sup>1)</sup> Harburger a. a. O. S. 139.

<sup>2)</sup> Abgedruckt im „Nouveau recueil général de traités“ (herausgegeben von Triepel). 3<sup>e</sup> série t. II (1909), p. 21 ff. Oppler: Ztschr. f. d. ges. Strafrw. XXXVII, 862, bestreitet die Bedeutung dieses Urteils für unseren Fall. Er meint: „Nur dann wäre der Haager Schiedsspruch für die uns hier beschäftigende Frage vielleicht präjudiziell, wenn es sich bei Marokko um deutsches Territorium gehandelt oder wenn der marokkanische Staat eine Jurisdiktion über französische Soldaten für sich in Anspruch genommen hätte. Von alledem war dabei keine Rede.“ Darauf ist zu erwidern, daß das Gericht nach Völkergewohnheitsrecht urteilte, und es nicht darauf ankommt, welchem Staat das Territorium zustand, und daß nach der Formulierung des Schiedsspruchs anzunehmen ist: bei Streit zwischen Marokko und Frankreich würde der Gerichtshof ebenso geurteilt haben (vgl. Text S. 54).



desertierende Deutsche, die dem französischen Okkupationskorps angehörten, die Gerichtsbarkeit in Anspruch nahm. Das Gericht entschied nun, daß ein Okkupationskorps im allgemeinen eine ausschließliche Jurisdiktion über alle zu dem Korps gehörigen Personen ausübt; ja, diese Jurisdiktion habe sogar regelmäßig den Vorzug vor der Konsulargerichtsbarkeit, und zwar dann, wenn die Personen, für welche die Gerichtsbarkeit in Anspruch genommen ist, das besetzte Gebiet nicht verlassen haben. So heißt es dann weiter: „Zu der in Frage stehenden Zeit war die befestigte Stadt Casablanca militärisch besetzt und bewacht durch französische Streitkräfte, welche die Garnison dieser Stadt bildeten und sich in der Stadt selbst oder in den umliegenden Lagern befanden. Unter diesen Umständen blieben die Deserteure deutscher Reichsangehörigkeit, die zu den Streitkräften eines dieser Lager gehörten und sich innerhalb der Stadtmauer befanden, der ausschließlichen Militärjurisdiktion unterworfen.“

Das Gericht macht keinerlei Unterscheidung zwischen kriegerischer und friedlicher, zwischen bewilligter und nichtbewilligter Okkupation; es war zwischen den Parteien sogar strittig geworden, ob in Marokko Kriegszustand herrsche. Der französische Agent betont ausdrücklich, daß der Sultan die Besetzung keineswegs gebilligt hatte, daß Kämpfe stattgefunden haben. Doch das Gericht geht über alles dies stillschweigend hinweg und spricht nur von Okkupation schlechthin. Damit bringt es zum Ausdruck, daß die Art der Besetzung gleichgültig ist.

Danach ist als ziemlich sicher anzusehen, daß ein Gewohnheitsrecht besteht, kraft dessen auch im Kriege die Mitglieder eines Heeres vom Gerichtszwange des feindlichen Staates befreit sind.

β) Doch damit ist noch keine Befreiung auch vom materiellen Recht gegeben. Es ist ja oben die Ansicht bekämpft worden, daß Personen, die prozessualer Verfolgung seitens des Aufenthaltsstaates nicht unterliegen, dadurch ohne weiteres vom materiellen Recht befreit sind. Wir müssen eine solche Befreiung vom materiellen Recht nunmehr als im geltenden Recht vorhanden nachweisen.

Die tatsächliche Übung kann einmal in dem Recht des einzelnen Staates zum Ausdruck kommen. Das einzelstaatliche



Recht tritt in zwei Formen auf: dem Gesetzes- und Gewohnheitsrecht. Die Frage, ob ein nationales Gewohnheitsrecht entstanden ist, soll hier beiseite gelassen werden: einmal, weil das internationale Gewohnheitsrecht ja als das primäre hier dargestellt werden soll und daher von diesem auf das Nationalrecht, nicht aber umgekehrt zu schließen ist; andererseits aber, weil durch die nationalrechtliche Betrachtungsweise hier nichts gewonnen wäre, da sie keine neuen Gesichtspunkte bieten könnte.

In den nationalen Gesetzgebungen kann die tatsächliche Übung zum Ausdruck gelangen, indem darin feindliche Militärpersonen vom Strafrecht ausdrücklich befreit sind. Solche Bestimmungen gibt es nicht. Wenn der Staat diese Personen von seinem Strafrecht befreien sollte, so würde dies überall nur durch Gewohnheitsrecht geschehen.

Die Landesgesetze können aber im negativen Sinne die staatliche Rechtsüberzeugung wiedergeben, indem sie feindliche Militärpersonen mit Strafe bedrohen oder Vorschriften erlassen, aus denen mittelbar hervorgeht, daß das Landesrecht einen dem Satze ungünstigen Standpunkt einnimmt. Es kommen aber hier nicht solche Vorschriften wie §§ 160, 161 MStGB. in Betracht, die Ausländer schlechthin mit Strafe bedrohen; ihnen gegenüber ist die Frage, die uns hier beschäftigt, ebenfalls aufzuwerfen; sie entscheiden sie selber nicht.<sup>1)</sup> Nicht etwa läßt sich sagen, daß unter den Ausländern die feindlichen auf jeden Fall mit einbegriffen sind. Das Gleiche wäre zu sagen von den Art. 99 und 100 des Hessischen Militärstrafgesetzbuches von 1858, welche auf ausländische Militärpersonen anwendbar sind (Art. 4 desselben Gesetzes). Den Vorschriften dieser beiden Artikel gegenüber wird die Frage nach dem Ausschluß feindlicher Militärpersonen ebenso zu prüfen sei wie den §§ 160, 161 gegenüber.

Aus einer Reihe wichtiger Militärstrafgesetze (das gemeine Strafrecht kommt hier nicht in Betracht) — den von Argentinien, Belgien, Dänemark, Frankreich, Großbritannien, Japan, Österreich, Rußland, Schweiz und den älteren deutschen Militärstrafgesetzbüchern — bedroht nur ein einziges, soweit Verfasser sieht, ausdrücklich feindliche Militärpersonen mit Strafe. Es ist das

<sup>1)</sup> Vgl. Rissom: Ztschr. f. d. ges. Strafrw. 36, 591.



schon von Rissom (a. a. O.) angeführte Bayerische Militärstrafgesetzbuch von 1869, welches bloß drei Jahre in Geltung war; es handelt sich um die Art. 119 ff. dieses Gesetzes. Art. 119 zählt unter den Personen, die nach den folgenden Bestimmungen zu bestrafen sind, ausdrücklich die Militärangehörigen der feindlichen Macht auf, welche die Grenzen ihrer Dienstpflicht überschreiten. Unter den folgenden Bestimmungen interessieren hier nicht Art. 120 Ziff. 1 und 121, die von Spionage handeln, und Art. 123, der den gegen Ehrenwort freigelassenen Kriegsgefangenen, der das Ehrenwort bricht, betrifft; wohl aber müssen angeführt werden die Ziff. 2 und 3 des Art. 120, welche die Tatbestände der Verleitung zur Untreue und zum Ungehorsam und der sog. Falschwerbung enthalten, weiterhin Art. 122, welcher einzelne Fälle von Verrat und Aufstand normiert, und endlich Art. 124, der ganz allgemein solche Handlungen unter Ausschluß der vorhergehenden Spezialfälle, wodurch absichtlich der feindlichen Macht Vorschub geleistet oder den bayerischen Truppen Nachteile zugefügt werden,<sup>1)</sup> mit Strafe bedroht. Die Militärangehörigen der feindlichen Macht sind aber nur dann strafbar, wenn sie die Grenzen ihrer Dienstpflicht überschreiten. Die Art. 119 ff. finden ihre Bedeutung darin, daß sie nicht wie die ähnlichen Bestimmungen des Allgemeinen Bayerischen Strafgesetzbuches von 1861 (Art. 112 d. G.) nur bayerische Staatsangehörige und in Bayern sich aufhaltende Ausländer betreffen, daß sie nicht wie die übrigen Bestimmungen des 10. Hauptstücks des MStGB. nur bayerische Militärpersonen unter Strafe stellen.<sup>2)</sup> Wenn hier feindliche Militärpersonen wegen einzelner Handlungen mit Strafe bedroht werden, so ist daraus nicht zu schließen, daß feindliche Militärpersonen nach bayerischem Recht grundsätzlich straflos gewesen seien. Nicht die grundsätzliche Freistellung dieser Personen vom bayerischen Strafrecht gab den Anlaß zu diesen Bestimmungen. Wenn

---

<sup>1)</sup> Auf den ersten Blick erscheinen diese Bestimmungen etwas Außergewöhnliches zu sein; doch sieht man bei näherer Betrachtung, daß es sich, alles in allem genommen, um dieselben Bestimmungen handelt, welche die §§ 160, 161 MStGB. enthalten. Das Besondere liegt nur darin, daß hier nicht nur Ausländer, sondern auch ausdrücklich feindliche Militärpersonen mit Strafe belegt werden.

<sup>2)</sup> Vgl. Koppmann, Komm. Anm. 1 zu Art. 119 MStGB.



feindliche Militärpersonen noch besonders unter den Ausländern hervorgehoben sind, so findet dies seine hinreichende Erklärung in dem Relativsatz: „wenn sie die Grenzen ihrer Dienstpflicht überschreiten.“ Dieser Satz verdankt nämlich seine Entstehung dem Bestreben, die Frage zu entscheiden, wann die bezeichneten Handlungen feindlicher Militärpersonen rechtswidrig sind.<sup>1)</sup> Dieser Versuch steht gewiß vereinzelt da. Wohl schon aus diesem Grunde ist dies die einzige Strafdrohung gegen feindliche Militärpersonen geblieben, wenn man von den Strafdrohungen gegen Spionage absieht.

Selbst wenn hier und da ein Staat feindliche Militärpersonen für strafbar hielt, so hat er doch diese Personen nicht ausdrücklich mit Strafe belegt, da es für überflüssig gehalten werden konnte, neben Ausländern auch noch ausdrücklich feindliche Militärpersonen unter Strafe zu stellen. Wir wollen deshalb das hier gewonnene ziemlich günstige Resultat nicht zu hoch veranschlagen.<sup>2)</sup> Daß der Gedanke, feindliche Militärpersonen seien straflos, manchen Gesetzgebern nicht ferngelegen haben mag, sehen wir z. B. an den Kriegsartikeln der Vereinigten Staaten von Amerika aus dem Jahre 1869. Es handelt sich um die Bestimmung des Art. 59: „A prisoner of war remains answerable for his crimes committed against the captors army or people, committed before he was captured, and for which he has not been punished by his own authorities.“

Hier sind zwar nicht einzelne Tatbestände von strafbaren Handlungen feindlicher Militärpersonen aufgestellt, doch ist wohl nicht zu leugnen, daß dem Gesetzgeber eine Verantwortlichkeit der feindlichen Militärpersonen vor Gefangennahme auch für die Zeit

<sup>1)</sup> Vgl. v. Kries: Ztschr. f. d. ges. Strafrw. VII, 607 ff. Auch Art. 121 grenzt rechtswidrige und rechtmäßige Handlungen voneinander ab.

<sup>2)</sup> Man darf diese Bestimmung aber nicht ansehen „als einen durchschlagenden Beweis dafür, daß die tatsächliche Praxis gerade die Exemption feindlicher Soldaten von der Strafgerichtsbarkeit (d. h. Strafrecht) verwarf.“ (Oppler: Ztschr. f. d. ges. Strafrw. XXXVII, 864). Sie steht doch ganz vereinzelt da und war nur kurze Zeit in Kraft. Daß die Bestimmungen, insbesondere im Jahre 1870, als mit einem Völkerrechtssatze widersprechend angegriffen worden sind, ist uns in der Tat nicht bekannt. Aber man weiß ja auch nichts darüber, ob sie damals überhaupt in der Gerichtspraxis zur Anwendung gelangten.



nach Kriegsausbruch vorgeschwebt hat. Das Gesetz geht von der Voraussetzung aus, daß feindliche Militärpersonen strafbar sind; wird doch ausdrücklich ausgesprochen, daß der Gefangene verantwortlich bleiben soll wegen solcher Straftaten, die er gegen das Heer begangen hat, das ihn gefangen hält; hier muß doch vor allem an die während des Krieges begangenen Delikte gedacht werden. Allerdings spricht die Bestimmung nicht ausdrücklich die Verantwortlichkeit feindlicher Militärpersonen aus. Sie berührt sich mit dem § 602 von Bluntschli's Völkerrecht: „Personen, welche wegen eines vor ihrer Gefangenschaft verübten Vergehens der Strafgerichtsbarkeit des Nehmestaates unterworfen sind, können auch nachher von dem Gerichte verfolgt und bestraft werden.“<sup>1)</sup> Es hat Bluntschli ferngelegen, wie auch aus der Anmerkung zu ersehen ist, damit etwa eine Verantwortlichkeit der feindlichen Militärperson statuieren zu wollen, aber er hat sie auch gar nicht ohne weiteres vorausgesetzt, und darin liegt der Unterschied von Art. 59.

Die Staatenpraxis kann aber noch auf andere Weise in Erscheinung treten, nämlich dadurch, daß die einzelnen Staaten tatsächlich so handeln, als ob die feindlichen Militärpersonen von ihrem Strafrecht befreit seien oder auch nicht, d. h. also vor allem, daß die Staaten die Kriegsgefangenen wegen früherer Handlungen nicht bestrafen oder es doch tun. Diese tatsächliche Übung läßt sich mit Sicherheit nicht feststellen. Man kann natürlich nicht ohne weiteres sagen, daß in den Kriegen etwa des letzten Jahrhunderts wegen früherer Straftaten nicht verfolgt worden ist. Was wir mit annähernder Sicherheit feststellen können, ist, daß eine Praxis, die auf eine solche Bestrafung abzielt, nicht bekannt ist. Nur so ist es ja auch denkbar, daß sich eine durchaus nicht nur vereinzelte Anschauung herausgebildet hat, die feindlichen Militär-

---

<sup>1)</sup> Der Sinn dieses Satzes wird ganz klar in der Anmerkung zu § 602: „Die Kriegsgefangenschaft macht natürlich nicht frei von der ohnehin begründeten Verantwortlichkeit für Verbrechen oder Vergehen, welche vor der Kriegsgefangenschaft verübt worden sind; wenn z. B. jemand, der, zuvor dem Nehmestaat Wertpapiere unterschlagen oder gestohlen hatte, später Kriegsgefangener wird, so wird er ebenso der Verfolgung des Strafgerichts überliefert, wie wenn er in dem eingenommenen Staate vorher einen Mord begangen hätte.“



personen seien nach Völkerrecht vom Strafrecht befreit, und daß die gegenteilige Anschauung nirgends mit dem Argumente verfochten wird, die Staatenpraxis stehe einem solchen Rechtssatze entgegen. Leider finden wir nirgends in der Literatur einen Hinweis auf diese tatsächliche Übung. Verfasser hat selbst eine Probe aufs Exempel gemacht, und zwar für den Krieg von 1870/71. Er hat in der Vossischen Zeitung von August 1870 bis Februar 1871 keine einzige Nachricht gefunden, aus der erhellt, daß in Frankreich ein Deutscher wegen einer nach französischem Recht strafbaren Handlung verfolgt, geschweige denn abgeurteilt wurde, und dies, obwohl nach Ansicht der Franzosen reichlich Anlaß dazu gewesen wäre. Den deutschen Truppen wurden schon damals alle Greuelthaten nachgesagt, die überhaupt denkbar sind. In einem an die Vertreter des Auslandes gerichteten Zirkular wirft der Graf Chaudordy den deutschen Soldaten Diebstähle und Brandstiftungen, Mord und Totschlag, Mißhandlungen von Frauen vor.<sup>1)</sup> Ähnlichen Inhalt hat ein Protest des Generals Chaney an den preussischen Kommandanten von Vendôme.<sup>2)</sup> Wenn es einerseits nicht an Nachrichten über Anklagen der Franzosen gegen die deutschen Soldaten fehlt, so begegnet uns andererseits nirgends ein Bericht über eine Strafverfolgung. Hätte eine solche stattgefunden, so wäre sie doch zweifellos genau so wie heute in den Blättern mitgeteilt und Gegenstand lebhafter Diskussion geworden. Nicht nur von französischer, sondern auch von deutscher Seite aus ist offenbar auf jede Strafverfolgung verzichtet worden; denn es findet sich auch keine Nachricht, daß deutsche Gerichte französische Kriegsgefangene wegen strafbarer Handlungen, die sie vor Gefangennahme begangen haben, aburteilten. Diese Tradition ist im heutigen Kriege wenigstens auf deutscher Seite befolgt worden. Über die Praxis auf seiten der Feinde muß das Urteil bis zu Ende des Krieges zurückgestellt werden. Es sind einige Verurteilungen ergangen, doch nicht alle durchweg aufrechterhalten worden.

Die Nachprüfung der Staatenpraxis ergibt also, daß, wenn auch nicht mit absoluter Sicherheit, so doch mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit eine Rechtsübung angenommen werden darf,

<sup>1)</sup> Vgl. Voss. Ztg. vom Jahre 1870, Nr. 312, S. 6.

<sup>2)</sup> Voss. Ztg. vom 30. Dezember 1870, S. 7.



nach welcher ein Okkupationskorps auch vom materiellen Recht befreit ist. Es wird nun für die friedliche Besetzung behauptet, daß sie nur eine Befreiung vom staatlichen Zwange bewirkt. Auf diesem Standpunkt steht Beling:<sup>1)</sup> Der Rechtsgrund der Exterritorialität fremder Truppenkörper bestehe darin, daß das fremde Heer nicht an der Erfüllung seiner Aufgaben gehindert werden dürfe; doch dies erfordere nur eine Befreiung vom staatlichen Zwange, nicht aber eine Befreiung auch vom materiellen Recht. Träfe diese Ansicht Belings zu, dann würde sie auch für die kriegerische Besetzung gelten, da ein einheitlicher Rechtsatz auch nur auf einem einheitlichen Grunde beruhen kann. Wir hätten somit einen schlagenden Gegengrund auch gegen eine Befreiung vom materiellen Recht der feindlichen Armee. Es bedarf folglich eines Nachweises, daß die Belingsche Ansicht nicht zutrifft.

Wenn der Verfasser mit aller Entschiedenheit hier für eine Befreiung vom materiellen Recht und nicht nur vom prozessualen Zwange Stellung nehmen zu müssen glaubt, so geschieht dies aus einem teleologischen Gesichtspunkte heraus; es muß hier vor allem der Zweck der Rechtsübung ins Auge gefaßt werden. Dasselbe macht Beling auch, indem er den Rechtsgrund der Exterritorialität feststellt und aus diesem Rechtsgrund heraus den Umfang der Übung bestimmen will. Mit Recht bemerkt Beling: „Lediglich die Zurückführung des Rechtsinstituts auf die Bedürfnisse des Rechtslebens, die Einführung in Sinn und Wesen desselben kann über seine Bedeutung Aufschluß geben.“ So können wir auch folgenden Sätzen Belings völlig zustimmen: „Der wahre Rechtsgrund auch der militärischen Exterritorialität zeigt sich ganz deutlich, wenn man die praktische Seite ins Auge faßt. Wie der Gesandte eines besonderen Schutzes bedürftig ist, wenn er im fremden Lande völkerrechtlich sanktionierte Aufgaben lösen soll, so läßt sich auch auf eine glatte Abwicklung eines Truppendurchmarsches, einer Schiffsverproviantierung und ähnlicher, hierher gehöriger Aktionen nur rechnen, wenn den ausführenden Militärpersonen für ihre Person eine gewisse Sicherheit in Anspruch genommen wird. Auch die militärische Exterritorialität bezweckt also ein „ne impediatur“.

---

<sup>1)</sup> Exterritorialität S. 144 ff.



Daß dieser Zweck aber eine Befreiung vom materiellen Strafrecht und nicht, wie Beling meint, nur vom Gerichtszwange erfordert, erkennt man besonders dann, wenn man sich die Lage des Soldaten im Kriege vergegenwärtigt. Es beeinträchtigt im höchsten Grade die Kriegführung, wenn der Soldat eine Bestrafung seitens der Feinde befürchten muß. Sagt man, daß das Gesetz die Magna charta des Verbrechers ist, so kann das feindliche Gesetz zweifellos dies nicht sein für den Soldaten; der Soldat kann sich nicht stets darum kümmern, ob er bei einer Handlung feindliches Gesetz verletzt oder nicht, für ihn muß das höchste Gesetz die Disziplin sein. Überdies ist ihm eine Prüfung, ob eine Handlung völkerrechtswidrig ist und damit gegen das feindliche Gesetz verstößt, in den meisten Fällen unmöglich.

Gerade aus der Betrachtung des Zwecks, der mit der „Exterritorialität“ feindlicher Truppenkörper verfolgt wird, geht hervor, daß die „Exterritorialität“ der Truppenkörper eine Befreiung vom Strafrecht mit sich bringt. Wenn Beling nicht zu demselben Resultat gelangt, so liegt der Grund darin, daß er eine „Exterritorialität“ feindlicher Truppenkörper überhaupt leugnet. Er gewinnt das Resultat somit lediglich aus der Betrachtung der Lage von fremden Truppenkörpern im Frieden.

Beling <sup>1)</sup> versucht vielmehr einen „psychologischen Gegenbeweis“ zu führen, daß ein Rechtssatz, der die Nichtverfolgbarkeit von Kriegsgefangenen wegen ihrer vor Gefangennahme begangenen Handlungen zur Folge hat, nicht besteht. Seine Ausführungen, die beweisen sollen, es könne keine Rechtsüberzeugung der Staaten, die Träger einer auf eine solche Nichtverfolgbarkeit gerichteten Übung ist, geben, vermögen jedoch nicht zu überzeugen. Er sagt: „Gibt ein Staat feindliche Übeltäter aus der Hand seiner Justiz, so muß er sich sagen, daß sie von ihrer eigenen Justiz kaum nach Verdienst gestraft werden — denn solche Vertrauensseligkeit gerade für den Kriegsfall wäre recht weltfremd. Und was nützt es ihm, daß er seine eigenen Heeresangehörigen der fremden Justiz entwindet? Die Folge, die er davon befürchten muß, ist die, daß eben nur die fremde Justiz ausgeschaltet wird, dafür aber der feindliche Staat die Unglücklichen einfach rechts-

---

<sup>1)</sup> DJZ. XX, 132 ff.



fessellos brutalisieren wird . . . . . So wird die Ausschaltung der feindlichen Justiz nicht als Gewinn erscheinen, sondern gerade umgekehrt der Wunsch sein, daß der feindliche Staat gezwungen sei, in den Rechtsformen Farbe zu bekennen.“

Dem muß Satz für Satz widersprochen werden. Die Hoffnung, daß der feindliche Staat selber bestraft, darf keine geringe sein; denn jedes Heer, das auf Disziplin hält, wird außerdienstliche Ausschreitungen bestrafen: es ist also im eigenen Interesse des Staates gelegen, zu strafen. Ferner aber bietet gerade die „Rechtsform“ kein Hindernis für ungerechte und unbillige Verurteilungen: ganz abgesehen von der Voreingenommenheit feindlicher Gerichte, vermögen diese nicht sich die notwendigen tatsächlichen Grundlagen für ihr Urteil zu verschaffen: man denke hier an Zeugen-  
aussagen verbitterter feindlicher Landesbewohner. Gerade aber das Gerichtsverfahren kann eine schlechte Behandlung der Kriegs-  
gefangenen, die es absolut nicht ausschließt, noch dadurch erhöhen, daß es diese zu Verbrechen stempelt: das Gerichts-  
verfahren wird zum politischen Agitationsmittel. Es ist also im höchsten Grade wünschenswert, daß der feindliche Staat durch eine Rechtsvorschrift gehindert ist, die Militärpersonen des eigenen Staates zu bestrafen. Es besteht für den feindlichen Staat ja auch gar keine Notwendigkeit wegen früherer Handlungen zu bestrafen: die Kriegsgefangenen befinden sich schon ohne weiteres in Haft und jede Ausschreitung während Kriegsgefangenschaft kann er mit der erforderlichen Strenge sühnen.

Um aber eine Verrohung der feindlichen Kriegführung, eine brutale Behandlung der eigenen kriegsgefangenen Heeresangehörigen zu verhindern, kann jeder Staat zum Mittel der Repressalie greifen: dieses Mittel wird und muß auch genügen, um nachteilige Folgen, die sich aus der Befreiung der feindlichen Militärpersonen vom einheimischen Strafrecht ergeben könnten, zu beseitigen.<sup>1)</sup> Wird ein Täter in flagranti ertappt, dann macht man Gebrauch vom Kriegsnotrecht: ein feindlicher Soldat, der bei Ausübung eines Verbrechens ergriffen wird, hat keinen Anspruch auf Schonung. Der Kriegsgebrauch macht also ebenfalls ein Gerichtsverfahren überflüssig.

<sup>1)</sup> Vgl. Rissom: Goltd. Arch. LXII, 381.



## 2. Deutsches Recht.

Das hier für das Völkerrecht gewonnene Ergebnis läßt sich ohne weiteres auf das deutsche Recht übertragen. Die deutsche Staatenpraxis steht einer Befreiung der feindlichen Militärperson vom deutschen Strafrecht nicht entgegen (vgl. oben S. 59). Nach dem oben auf S. 2 wiedergegebenen Satze ist die deutsche Praxis dahin zu deuten, daß der deutsche Staat die völkerrechtliche Verpflichtung erfüllen will und die feindlichen Militärpersonen vom deutschen Strafrecht freistellt.

Da die deutschen Gerichte ausschließlich das deutsche Strafrecht anzuwenden haben, ist also eine Bestrafung derjenigen feindlichen Kriegsgefangenen wegen vor Gefangennahme im Kriege begangener Handlungen nach deutschem Recht nicht möglich, die dem feindlichen Heere angehörten: diese Personen genießen einen persönlichen Strafausschließungsgrund.

Dies gilt nicht nur bezüglich der Handlungen, die vom Kriegsgefangenen im Deutschen Reich, sondern auch bezüglich derjenigen, die in seinem Heimatland begangen sind, sofern sie vom deutschen Recht als Auslandsdelikte eines Ausländers unter Strafe gestellt sind.



### Dritter Abschnitt.

## Gerichtbarkeit über Kriegsgefangene wegen Handlungen, die vor Gefangennahme begangen sind.

### A. Kriegsgefangene im Rechtssinn.

#### I. Völkerrecht.

Laut Art. 8 LKO. unterstehen die Kriegsgefangenen denselben Prozeßgesetzen, die für das Heer des Nehmestaates gelten; es kann also kein Zweifel darüber bestehen, daß der Nehmestaat Gerichtbarkeit über die Kriegsgefangenen im allgemeinen hat. Es entsteht aber die Frage, ob Gerichtbarkeit wegen aller Straftaten, welche die gefangene Person verübt hat, besteht, oder ob nicht Ausnahmen wegen der strafbaren Handlungen gemacht sind, die vor Gefangennahme begangen wurden. Die Berechtigung, diese Frage aufzuwerfen, kann nicht bestritten werden. Wenn Art. 8 die Kriegsgefangenen unter ganz bestimmte Prozeßgesetze des Nehmestaates stellt, so ist damit keineswegs gesagt, daß es notwendigerweise wegen aller Straftaten geschieht, daß es jedenfalls gleichgültig ist, wann die Straftaten begangen sind. Vielmehr liegt der Gedanke nicht fern, daß diese Vorschrift eine Unterstellung des Kriegsgefangenen unter die Gerichtbarkeit des Nehmestaates nur wegen solcher strafbaren Handlungen, die der Kriegsgefangene als solcher, d. h. während der Gefangenschaft, verübt hat, bezweckt. Ohne weiteres wird man dies aber nicht annehmen dürfen. Vielmehr müßte aus der LKO. hervorgehen, daß wegen vorheriger Straftaten eine Ausnahme gemacht sei. Diese Ausnahme bedürfte des Beweises; ein solcher Beweis läßt sich aber nicht erbringen.



Die vor Gefangennahme begangenen Straftaten zerfallen in solche, die vor Kriegsausbruch, und in solche, die nach Kriegsausbruch begangen sind.

a) Die Person, die vor Beginn des Krieges eine strafbare Handlung begangen hat und dann zum Kriegsgefangenen gemacht wird, kann verfolgt werden. Es besteht kein Grund, einen Mangel der Gerichtsbarkeit anzunehmen. Ein solcher Mangel ist nicht etwa dadurch gegeben, daß die Person sich unfreiwillig im Inlande aufhält. Daß die zu verfolgende Person sich im Inland aufhält, und gar freiwillig aufhält, ist nicht Voraussetzung der gerichtlichen Verfolgbarkeit dieser Person; räumliche Schranken der Gerichtsbarkeit gibt es nach Völkerrecht gar nicht. Es gibt nur tatsächliche Hindernisse, und ein solches Hindernis kann auch Abwesenheit im Ausland sein. Daraus folgt: Der Umstand, daß die vor Kriegsausbruch delinquierende Person ohne oder gar wider ihren Willen Inland betreten hat, ist ohne jede rechtliche Bedeutung.

b) Hat die nunmehr kriegsgefangene Person eine strafbare Handlung während des Krieges, aber bevor sie in Feindesgewalt gerät, begangen, so untersteht sie wegen solcher Handlung ebenfalls der deutschen Gerichtsbarkeit. Ein besonderer Grund läßt sich für die Befreiung von der Gerichtsbarkeit wegen solcher Handlungen nicht anführen. (Daß die Unfreiwilligkeit des Aufenthalts kein rechtliches Hindernis darstellt, ist bereits zu a) darzutun versucht worden.) Dies gilt insbesondere auch für den feindlichen Heeresangehörigen: wenn dieser auch zur Zeit, wo er die Straftat beging, vom Prozeßrecht befreit war, so folgt doch daraus nicht auch eine Befreiung wegen dieser Handlungen für die Zeit, wo er generell dem Prozeßrecht des feindlichen Staates untersteht. Die Geltung eines Satzes, der die Befreiung von der Gerichtsbarkeit wegen vor Gefangennahme begangener Straftaten ausspricht, ist nirgends nachgewiesen worden, — darin ist Beling<sup>1)</sup> beizustimmen — und es zeigt sich dem Verfasser auch kein Weg, auf welchem sie sich nachweisen ließe. Die Erwägungen, die das Bestehen eines solchen Satzes wünschenswert erscheinen ließen, können unmöglich dazu dienen, sein Bestehen nachzuweisen.

Der Kriegsgefangene untersteht folglich wegen aller Straftaten,

<sup>1)</sup> DJZ. XX, 132.



die er vor Gefangennahme begangen hat, der Gerichtsbarkeit des Nehmestaates, und zwar denselben Prozeßgesetzen, die für das Heer des Nehmestaates gelten.

## II. Deutsches Recht.

a) Wenn nach Völkerrecht Gerichtsbarkeit wegen vor Gefangennahme begangener Straftaten gegeben ist, so liegt kein Grund vor, anzunehmen, daß nach deutschem Recht die Gerichtsbarkeit wegen dieser Handlungen ausgeschlossen sein sollte. Es ist hier nur zu fragen, welche Gerichte, ob die Militär- oder die bürgerlichen Gerichte zuständig sind?

b) Über die Straftaten, die vor Gefangenschaft, sei es vor, sei es nach Kriegsausbruch begangen wurden, sind in der Regel die ordentlichen Strafgerichte zu urteilen berufen. Die Militärgerichte sind nicht kompetent.<sup>1)</sup> Dies folgt aus § 6 MStrGO. Hier wird nämlich ausdrücklich bestimmt, daß aktive Militärpersonen auch wegen solcher strafbarer Handlungen den Militärgerichten unterstehen, die sie vor dem Dienst Eintritt begangen haben. Aus dem Fehlen einer Vorschrift, die Entsprechendes für die Kriegsgefangenen anordnet, ist zu schließen, daß vor Gefangennahme begangene Handlungen der Kriegsgefangenen nicht vor die Militärgerichte gehören. Dem steht nicht entgegen, daß § 1 MStGO. die Kriegsgefangenen wegen aller strafbaren Handlungen der Militärgerichtsbarkeit unterstellt: damit ist nur gesagt, daß eine Unterstellung wegen sämtlicher militärischen und gemeinen Delikte stattfindet im Gegensatz zu § 5, der gewisse Personen nur wegen einzelner Delikte der Sondergerichtsbarkeit unterstellt. Die Kompetenzregelung wegen früherer Straftaten ist dagegen den § 6 ff. überlassen.<sup>2)</sup> <sup>3)</sup> Dagegen sind die Militärgerichte zuständig wegen

<sup>1)</sup> Ebenso ERMG. mitgeteilt von Schlayer in DJZ. XX, 1235; Romen-Rissom, Anm. 1 zu § 6 StGO.; Coester: DStrZ. II, 48. Anders Rissom: ZStrafw. XXXVI, 590. Aus der Unzuständigkeit der Militärgerichtsbarkeit folgt die Zuständigkeit der Zivilgerichtsbarkeit; so hat sich auch schon ein Zivilgericht zur Aburteilung einer Straftat für zuständig erklärt, die ein Kriegsgefangener vor seiner Gefangennahme begangen hat. Vgl. Gerbaulet: DJZ. XXI, 184 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. die Entscheidung des RMG. a. a. O.

<sup>3)</sup> Diese Auslegung des deutschen Rechts ist durchaus nicht etwa völkerrechtswidrig. Nach Völkerrecht muß der Kriegsgefangene derselben



der Delikte der §§ 160, 161 MStGB., auch wenn diese vor Gefangennahme begangen sind. § 5 Ziff. 4 unterstellt Ausländer wegen der Zuwiderhandlungen gegen diese Vorschriften der Militärgerichtsbarkeit; dieser müssen in solchen Fällen die Kriegsgefangenen als Ausländer also stets unterliegen.

## B. Gerichtsbarkeit über die Personen, die der „Festhaltung“ unterliegen.

### I. Völkerrecht.

Nach der Zweiten Genfer Konvention, Art. 9, sollen das Sanitätspersonal und die Feldprediger unter allen Umständen geachtet und geschützt werden.<sup>1)</sup> Sie dürfen nicht als Kriegsgefangene behandelt werden, wenn sie in die Gewalt des Feindes gelangen. Ob dieser Schutz so weit geht, daß diese Personen überhaupt nicht gerichtlich verfolgt werden dürfen, darüber besteht Streit. Die eine Ansicht geht dahin, daß Art. 9 die Sanitätspersonen nur vor „kriegerischer Gewalt“ schützt, und daß „rechtmäßige Durchführung eines Strafverfahrens mit Schutz und Achtung durchaus vereinbar“ sei.<sup>2)</sup> Demgegenüber wird behauptet, daß der Schutz der Sanitätspersonen der Gesandtenimmunität zu vergleichen sei, vor jedem staatlichen Zwange, also auch vor dem gerichtlichen, bewahre. Für diese von Strupp<sup>3)</sup> vertretene An-

Gerichtsbarkeit unterstellt sein wie die deutsche Militärperson. Daraus ergibt sich aber nicht für das deutsche Recht die Verpflichtung, sie auch wegen der vor Gefangennahme begangenen Handlungen den Militärgerichten zu unterstellen. Deutsche Militärpersonen unterstehen wegen Handlungen, die vor Dienst Eintritt begangen sind, den ordentlichen Gerichten; eine Ausnahme, die aber auch ihrerseits zahlreiche zur Regel zurückführende Einschränkungen erleidet, gilt nur für aktive Militärpersonen. Es ist also ganz in der Ordnung, daß die deutschen Prozeßgesetze die Kriegsgefangenen wegen Handlungen vor Kriegsgefangenschaft den ordentlichen Gerichten unterstellt haben. Es bedurfte keineswegs einer Unterwerfung unter die Militärgerichte.

<sup>1)</sup> Auch die Erste Genfer Konvention erklärte sie für unverletzlich (Art. 2 in Verbindung mit Art. 1).

<sup>2)</sup> Beling: DJZ. XX, 135.

<sup>3)</sup> In Niemeyers Ztschr. f. intern. Recht XXV, 357.



sicht könnte zunächst angeführt werden, daß die Sanitätspersonen ausdrücklich von der Kriegsgefangenschaft befreit sind,<sup>1)</sup> mithin auch nicht die Vorschriften des Art. 8 Haager LKO. Anwendung finden. Dagegen ließe sich allerdings einwenden, daß die Sanitätsperson dann jedenfalls den ordentlichen Gerichten unterstehen könne. Verfasser nimmt an, daß das Landkriegsabkommen die Beziehungen des Kriegsgefangenen zum Nehmestaat nicht in der Art ausschließlich regelt, daß, würde Art. 8 fehlen, der Kriegsgefangene überhaupt nicht der Gerichtsbarkeit des Nehmestaates unterstände. Folgerichtig muß Verfasser auch annehmen, die Rechtsstellung der Sanitätspersonen in den Genfer Konventionen habe nicht in dem Sinne eine ausschließliche Regelung erfahren, daß infolgedessen der Nehmestaat keine Gerichtsbarkeit über diese Personen hat.<sup>2)</sup>

Eine Stütze für die Ansicht von Strupp ist aber der Art. 12 der Zweiten in Verbindung mit Art. 3 der Ersten Genfer Konvention. Nach der älteren Konvention konnten sich nämlich die Sanitätspersonen, die in Feindesgewalt geraten waren, einfach zu ihren Truppen zurückziehen und sich ihnen ohne weiteres wieder anschließen. Diese Vorschrift ist in der neueren Konvention mit der Maßgabe aufrechterhalten, daß die Sanitätspersonen erst dann zurückgeschickt zu werden brauchen, wenn sie unentbehrlich sind; bis dahin kann sie der Feind an der Rückkehr verhindern und müssen sie ihre Verrichtungen unter Leitung des Feindes fortsetzen. Aus diesen Bestimmungen ist ersichtlich: die Personen sollen ihrem humanitären Zweck nicht entzogen werden. Kann nun eine Ausnahme gemacht werden zugunsten des feindlichen Staates, der ein Strafverfahren einleiten will? Meines Erachtens widerspricht dies dem Sinn der Vorschrift, der das humane Interesse an der Pflege der Verwundeten über den Eigennutz der kriegführenden Staaten stellt. Es gibt nur einen eigennützigen Grund, welcher den Nehmestaat zum Zurückbehalten berechtigt: die ist das

<sup>1)</sup> Strupp a. a. O.

<sup>2)</sup> Aus der Gegenmeinung würde zu folgern sein, daß die Sanitätsperson überhaupt nicht dem Gesetze des Feindes untersteht, insbesondere auch nicht dem materiellen Strafrecht; dies würde wohl zu weit gehen. Die Genfer Konventionen bezwecken lediglich die Sicherstellung der Sanitätsperson vor dem Zwang des feindlichen Staates.



militärische Interesse (Art. 11). Es könnte ja sonst ein Strafverfahren auch zum Vorwand genommen werden, um monatelang die Mittel des Feindes zur Pflege seiner Kranken und Verwundeten auf das erheblichste einzuschränken.

Nach Ansicht des Verfassers spricht Art. 12 dafür, daß Schutz und Achtung auch eine Befreiung von der Gerichtsbarkeit in sich schließen. Zum wenigsten aber wird man sagen müssen, daß die Person, die gerichtlich verfolgt werden soll, nicht aus diesem Grunde zurückbehalten werden darf. Die Bestimmung in Art. 12 bietet also ein so erhebliches Rechtshindernis für die Ausübung der Gerichtsbarkeit, daß die Strafverfolgung, sollte sie auch an sich erlaubt sein, so gut wie illusorisch bleiben würde; einen praktischen Wert würde sie kaum noch haben.

Bezüglich der Parlamentäre wären die gleichen Ausführungen wie bezüglich der Sanitätspersonen und Feldprediger zu machen. Auch der Parlamentär hat einen Anspruch auf Unverletzlichkeit (Art. 32 LKO.), den er nur unter einer ganz bestimmten Voraussetzung verliert (Art. 34 LKO.). Der Befehlshaber, zu dem der Parlamentär gesandt wird, darf diesen nur „bei vorkommendem Mißbrauche . . . zeitweilig“ zurückhalten (Art. 33 III LKO.). Der Parlamentär verliert sein Recht der Unverletzlichkeit, wenn der bestimmte, unwiderlegbare Beweis vorliegt, daß er seine bevorrechtigte Stellung dazu benutzt hat, um Verrat zu üben oder dazu anzustiften.

Bezüglich der sonstigen, der Festhaltung unterliegenden Personen bestehen keine Sondervorschriften; diese unterliegen der Gerichtsbarkeit des Nehmestaates in derselben Weise wie Ausländer, die sich im Inland aufhalten.

## II. Deutsches Recht.

Die Zweite Genfer Konvention und die beiden Haager Landkriegsabkommen sind zwar im Reichsgesetzblatt veröffentlicht worden, doch haben sie nicht die Zustimmung des Reichstages gefunden, sondern sind diesem nur zur Kenntnisnahme vorgelegt worden (vgl. Drucksachen des RT. Nr. 443 von 1907, Nr. 369 von 1900/01, Nr. 527 von 1907). Diese völkerrechtlichen Ab-



kommen sind demnach nicht Reichsgesetz geworden.<sup>1)</sup> Doch sind die hier in Betracht kommenden Vorschriften wohl zweifellos deutsches ungesetztes Recht. Durch die gewohnheitsmäßige Befolgung der Vorschriften von deutscher Seite gerade in dem gegenwärtigen Kriege<sup>2)</sup> zeigt sich, daß auf deutscher Seite jeder irgendwie Beteiligte sich daran gebunden fühlt. Es muß also vermutet werden (s. o. S. 2), daß die Vorschriften deutsches Recht geworden sind.

Es ist folglich anzunehmen, daß auch nach innerstaatlichem deutschen Recht die Personen, die unverletzlich sind, überhaupt nicht, also auch nicht wegen solcher strafbaren Handlungen, gerichtlich verfolgt werden dürfen, die sie vor ihrer Festhaltung begangen haben.

<sup>1)</sup> A. A. J. Goldschmidt: LZ. IX, 1363 mit der Begründung, daß dem Richter eine Prüfung gehörig verkündeter Reichsgesetze nicht zustehe. Wenn man aber auch annimmt, daß formlose Mitteilung ausnahmsweise die formelle Verkündung ersetzt (Art. 17 RV.), so kann doch der Mangel der Ausfertigung keineswegs bedeutungslos sein; denn erst die Ausfertigung, eine authentische Erklärung, die das rechtmäßige Zustandekommen des Gesetzes konstatiert, nimmt dem Richter das Prüfungsrecht. Vgl. Laband, Staatsrecht<sup>5</sup> II, 44 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. z. B. bezüglich des Sanitätspersonals E. Müller a. a. O. S. 125.





## Lebenslauf.

Am 19. September 1891 wurde ich, Carl Ludwig Elias, zu Berlin als Sohn des Schriftstellers und Privatgelehrten Dr. phil. Julius Elias und seiner Ehefrau Julie, geb. Levin, geboren. Ich gehöre der mosaischen Religion an. Meine Schulbildung erhielt ich auf dem Königl. Französischen Gymnasium zu Berlin, das ich Ostern 1910 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte an den Universitäten Berlin, Freiburg i. Br., München und Heidelberg und hörte dort die Vorlesungen und Übungen der Herren Professoren: von Amira, Anschütz, Ernst Cassirer, F. Endemann, James Goldschmidt, Heinsheimer, Hellmann, Hellwig, E. Heymann, Kahl, Kipp, von Liszt, R. Merkel, Rickert, Riezler, Erich Schmidt, Richard Schmidt, Alfred Schulze, Seckel, Thoma, Wenger und Martin Wolff.

Am 20. Juli 1916 bestand ich das Rigorosum vor der juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität zu Heidelberg.

Allen meinen hochverehrten Lehrern erlaube ich mir auch an dieser Stelle meinen ehrfurchtsvollen Dank auszusprechen.

---

BLB Karlsruhe



51 75321 6 031



